NILG FAMILIE & RECHT 5

Vergelijkenderwijs

Actuele ontwikkelingen in het Belgische en Nederlandse familierecht

Redactie • Katharina Boele-Woelki • Frederik Swennen

Boom Juridische uitgevers

Dit boek verschijnt naar aanleiding van de jaarlijkse studiedag van de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht op 17 november 2011 te Rotterdam. In verband met het toenemend aantal internationale echtscheidingen waar Belgen en Nederlanders bij betrokken zijn, wordt aandacht besteed aan de echtscheiding en de voornaamste echtscheidingsgevolgen, zowel tussen de ex-partners als met betrekking tot de kinderen van het gezin. Twee algemene rapporten geven een toelichting over de belangrijkste onderwerpen en kenmerken van het Belgische en Nederlandse familierecht. Vervolgens bevat dit boek grondige rapporten over:

– materieel recht en rechtspleging in verband met de echtscheiding;
– de vaststelling en inning van partneralimentatie;
– het huwelijksvermogensrecht, meer in het bijzonder de koude uitsluiting;
– de ouderlijke verantwoordelijkheid.

De vergelijkende analyse aan het eind toont aan dat er veel gelijkenissen en verschillen tussen beide buurlanden bestaan, dat het vergelijken tot nieuwe inzichten leidt en dat in beide landen meer empirisch onderzoek op alle terreinen van het familierecht wenselijk is.

Blijf op de hoogte van ander relevant onderzoek via het *open access* forum Familie & Recht (www.familieenrecht.nl).

De reeks **Familie & Recht** is gericht op debat tussen theorie en praktijk op het terrein van het familierecht in brede zin. Kennisuitwisseling met andere wetenschapsgebieden, zoals de sociale wetenschappen speelt hierbij een belangrijke rol. Monografieën, proefschriften, conferentiebundels en commentaren maken deel uit van de reeks. De reeks **Familie& Recht** is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de **Alliantie Familie & Recht.** De uitgaven zijn bestemd voor advocaten, notarissen, rechters, wetenschappers en ambtenaren van de burgerlijke stand.
De reeks **Familie & Recht** is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van het familierecht in het kader van de **Alliantie Familie & Recht** en maakt deel uit van de boekenreeks van het **Netherlands Institute for Law and Governance** (NILG). Het NILG is een samenwerkingsverband van universiteiten en andere onderzoeksinstellingen dat zich tot doel stelt onderzoek op het terrein van Law and Governance te bevorderen. Centraal staat de balans tussen publieke en private belangen in het recht en de wijze waarop de regulering van die belangen door de publieke en de private sector plaatsvindt.

ISBN 978-90-8974-735-8
9 789089 747358

VERGELIJKENDERWIJS

VERGELIJKENDERWIJS

Actuele ontwikkelingen in het Belgische en Nederlandse familierecht

Redactie
Prof.dr. Katharina Boele-Woelki
Prof.dr. Frederik Swennen

Boom Juridische Uitgevers
Den Haag 2012

Redactie reeks Familie en Recht
Prof.mr.dr. Mascha Antokolskaia, Vrije Universiteit Amsterdam
Prof.dr. Katharina Boele-Woelki, Universiteit Utrecht
Prof.dr. Frits Salomons (Vrije Universiteit Amsterdam)
Prof.mr.dr. Leon Verstappen, Rijksuniversiteit Groningen

De reeks Familie & Recht is onderdeel van de samenwerking van Nederlandse specialisten op het gebied van familierecht in het kader van de Aliantie Familie & Recht. De Aliantie beoogt de bestudering van het nationale, internationale en vergelijkende familierecht vanuit mono- en multidisciplinaire perspectief te bevorderen. Zij maakt deel uit van het *Netherlands Institute for Law and Governance* (NILG).

www.nilg.nl

© 2012 Katharina Boele-Woelki en Frederik Swennen | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-735-8
NUR 822

www.bju.nl

VOORWOORD

Op 17 november 2011 vond te Rotterdam de jaarlijkse studiedag plaats van de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht. De FJR 'ging vreemd' die dag, onder de titel Vergelijkenderwijs: Actuele ontwikkelingen in het familierecht in België en Nederland. Aandacht werd besteed aan de echtscheiding en de voornaamste echtscheidingsgevolgen, zowel tussen de ex-partners als met betrekking tot de kinderen van het gezin. Voor die thema's kwamen zowel het nationaal als het internationaal privaatrecht van België en Nederland aan bod. Ten slotte werd een podiumdiscussie gehouden over de openbaarheid van de familierechtspraak in beide landen.

Vanuit het oogpunt van de praktijkjurist vonden wij dit thema relevant in verband met het toenemend aantal internationale echtscheidingen waar Belgen en Nederlanders bij betrokken zijn. Daarom is in twee plenaire sessies een algemene toelichting gegeven bij wat de Belgische en Nederlandse praktijkjuristen minstens over elkaars rechtssysteem zouden moeten weten. Vervolgens vonden parallelle workshops plaats over:

- materieel recht en rechtspleging in verband met de echtscheiding;
- de vaststelling en inning van partneralimentatie;
- het huwelijksvermogensrecht, meer in het bijzonder de koude uitsluiting;
- de ouderlijke verantwoordelijkheid.

Ook voor de rechtswetenschappers sloot de studiedag aan bij actuele aandachtspunten. Zowel het Belgische als het Nederlandse familierechtssysteem heeft immers de Franse Code civil als oorsprong. Sedert 1804 heeft het familierecht in beide landen echter fundamentele wijzigingen ondergaan, waarbij het Nederlandse recht in het algemeen nauwer bij het Duitse is gaan aanleunen. Wegens de gemeenschappelijke oorsprong en de vergelijkbare evoluties die de Belgische en Nederlandse samenlevingen hebben doorgemaakt, was het daarom boeiend gelijkenissen en verschillen in kaart te brengen om daaruit van elkaar te kunnen leren.

Wij zijn blij dat de FJR een vruchtbare samenwerking heeft kunnen aangaan met wetenschappers van alle Vlaamse rechtsfaculteiten (KU Leuven, UGent, UHasselt, Universiteit Antwerpen en VU Brussel), zodat elk thema door zowel een Belgische als een Nederlandse deskundige kon worden behandeld.

Wij zijn trots u het resultaat van de studiedag te kunnen presenteren in de vorm van de 5de publicatie in de boekenserie Familie & Recht. Wij hopen verder met de lezer dezes in contact te blijven via het open access forum Familie & Recht (www.familieenrecht.nl).

Frederik Swennen Katharina Boele-Woelki

INHOUDSOPGAVE

HET BELGISCHE ECHTSCHEIDINGSRECHT **1**

I **Korte historiek van het Belgische echtscheidingsrecht** **1**

II **Statistische gegevens** **2**

III **De gronden tot echtscheiding** **4**
§ 1 De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk 4
A. Gronden 4
B. Rechtspleging 7
C. Bewijsrecht 8
§ 2 De echtscheiding door onderlinge toestemming 10
A. Situering 10
B. Vereisten 10
C. Procedure 14

IV **De gevolgen van de echtscheiding** **17**
§ 1 Algemeen 17
A. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting 17
B. De echtscheiding door onderlinge toestemming 19
§ 2 De onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten 20
A. Na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting 20
B. Na echtscheiding door onderlinge toestemming 32
§ 3 Het ouderlijk gezag, de verblijfsregeling en onderhoudsverplichting ten aanzien van kinderen na echtscheiding 33
A. Situering 33
B. Na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting 33
C. Na echtscheiding door onderlinge toestemming 35

GESCHIEDENIS VAN GEZAG EN OMGANG IN NEDERLAND EN ENIGE IN HET OOG SPRINGENDE VERGELIJKINGEN MET DE SITUATIE IN BELGIË **39**

I **Geschiedenis van gezag en omgang in Nederland** **39**
§ 1 Een casus uit 1935 39
§ 2 Het Burgerlijk Wetboek van 1838 41
§ 3 De Wet van 6 februari 1901, Stb. 62 in werking getreden in 1905 41
§ 4 Wetgeving in Nederland vanaf 1971 43
§ 5 De rechtspraak 44

II Enige in het oog springende vergelijkingen met het scheidingsrecht in België 45
§ 1 Schuld en scheiding 45
§ 2 De situatie met betrekking tot gezag en omgang na echtscheiding in België 46
§ 3 De onderhoudsuitkering na scheiding 47

III Conclusies 48

DE GRONDEN EN PROCEDURE TOT ECHTSCHEIDING IN BELGIË EN NEDERLAND 51

I Inleiding 51

II België 53
§ 1 Historische evolutie 53
A. Het echtscheidingsrecht vanaf de Code civil van 1804 tot nu 53
B. Het schuldgerelateerde echtscheidingsrecht van vóór de Wet van 27 april 2007 55
C. Het schuldloze echtscheidingsrecht van na de Wet van 27 april 2007 57
§ 2 Huidig echtscheidingsrecht 58
A. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk 60
B. De echtscheiding door onderlinge toestemming 73
C. Bemiddeling 77

III. Nederland 78
§ 1 Historische evolutie 78
§ 2 Huidig echtscheidingsrecht 80
A. De echtscheiding op grond van duurzame ontwrichting van het huwelijk 80
B. Bemiddeling en overlegscheiding 89

IV Rechtsvergelijkende conclusie 91

ONDERHOUDSUITKERING NA ECHTSCHEIDING EN BEËINDIGING SAMENLEVINGSRELATIE 95

I Inleiding 95

II België 95
§ 1 Alimentatieovereenkomst 96
A. Echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting 96

	B. Echtscheiding door onderlinge toestemming	96
	C. Samenlevingsrelaties	97
§ 2	Gebrek aan een overeenkomst	97
	A. Algemeen	97
	B. Gerechtigdheid	98
	C. Bedrag: behoefte en draagkracht	105
	D. Duur	111
	E. Latere wijziging	112
	F. Einde van de onderhoudsuitkering	114
	G. Niet nakomen van de uitspraak tot toekenning van de onderhoudsuitkering	115
§ 3	Onderhoudsuitkering na wettelijke en feitelijke samenwoning	115
§ 4	Besluit	117
III	**Nederland**	**118**
§ 1	Alimentatieovereenkomst	118
§ 2	Gebrek aan overeenkomst	118
	A. Algemeen	118
	B. Behoefte	119
	C. Draagkracht	120
	D. Limitering	121
	E. Latere wijzigingen van het bedrag	122
	F. Beëindiging van de alimentatie voor het einde van de termijn	123
	G. Overgangsrecht	124
§ 4	Samenwoners	125
§ 5	Toekomst	126

KOUDE UITSLUITING IN NEDERLAND EN BELGIË - EEN RECHTSVERGELIJKENDE ANALYSE **129**

I	**Inleiding**	**129**
II	**Koude uitsluiting in Nederland**	**130**
§ 1	Mogelijkheden tot bestrijding van onbillijkheden bij gehuwden en ongehuwden	130
§ 2	Aantasting koude uitsluiting op grond van wet en jurisprudentie	131
	A. Wilsgebreken bij totstandkoming van huwelijkse voorwaarden	131
	B. Imprévision; wijzigingsbevoegdheid van de rechter	132
	C. Beperkende en aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid	134
§ 3	Aanspraken op grond van wet en jurisprudentie	135
	A. Art.1:81 en 1:84 BW	135
	B. Vergoeding van arbeid in huishouden of onderneming	136
	C. Ongerechtvaardigde verrijking	137
	D. Economische eigendom, maatschap of onbenoemde	

	overeenkomst	138
§ 4	Vermogensverschuiving tussen echtelieden	142
	A. Natuurlijke verbintenis	142
	B. Vergoedingsvorderingen	144
§ 5	Aanspraak op levensonderhoud	145
	A. Levensonderhoud tussen gescheiden echtgenoten	145
	B. Levensonderhoud tussen gescheiden samenlevers	145
§ 6	Nieuwe wetgeving?	146
§ 7	Tussenbesluit – koude uitsluiting in Nederland	147
III	**Koude uitsluiting in België**	**148**
§ 1	Inleiding	148
§ 2	Rechterlijk ingrijpen	148
	A. Bijdrage in de lasten van het huwelijk respectievelijk het samenleven	148
	B. Verrijking zonder oorzaak	150
	C. Omzetting van de natuurlijke verbintenis	155
§ 3	Nieuwe wetgeving?	159
§ 4	Tussenbesluit – koude uitsluiting in België	160
IV	**Rechtsvergelijkende analyse**	**160**
KINDEREN: GEZAG, VERBLIJF EN ALIMENTATIE NAAR NEDERLANDS EN BELGISCH RECHT		**163**
I	**Inleiding**	**163**
II	**Ouderlijk gezag**	**164**
§ 1	Het Nederlandse recht	164
	A. Inhoud van ouderlijk gezag	164
	B. Van eenhoofdig naar gezamenlijk gezag na de scheiding	165
§ 2	Het Belgische recht	175
	A. Inhoud van het ouderlijk gezag	175
	B. Ontwikkeling van het gezamenlijk gezag van uitzondering naar hoofdregel	177
	C. Uitoefening van het gezamenlijk gezag	179
§ 3	Synthese: wat kunnen Nederland van België op het gebied van gezagsrecht van elkaar leren?	182
III	**Verblijf en contact**	**185**
§ 1	Het Nederlandse recht	185
	A. Verdeling van zorg en opvoedingstaken in geval van gezamenlijk gezag	185
	B. Recht van de ouder zonder gezag op omgang, informatie en consultatie	192

§ 2 Het Belgische recht 194
A. Verblijfsco-ouderschap bij gezamenlijke gezagsuitoefening 194
B. Het recht op persoonlijk contact en het recht op toezicht van de ouder die het ouderlijk gezag niet uitoefent 197
§ 3 Synthese: wat kunnen Nederland en België op het terrein van verblijf en contact van elkaar leren? 199

IV Kinderalimentatie 200
§ 1 Het Nederlandse recht 200
A. Kring alimentatiegerechtigde kinderen en alimentatieplichtige ouders 200
B. Berekening 202
C. Alimentatie bij verblijfsco-ouderschap 206
D. Alimentatie in samengestelde gezinnen 208
E. Knelpunten en nieuwe voorstellen 209
F. Overeenkomsten over kinderalimentatie 212
§ 2 Het Belgische recht 213
A. De jongste wetswijziging 213
B. Kring van alimentatieplichtigen 215
C. Berekening 217
D. Alimentatie bij verblijfsco-ouderschap 222
E. Overeenkomsten over kinderalimentatie na echtscheiding 222
§ 3 Synthese: wat kunnen wij op het terrein van kinderalimentatie van elkaar leren? 224

V Conclusie: wat kunnen Nederland en België van elkaar leren? 226

GRENSOVERSCHRIJDENDE ECHTSCHEIDINGEN 229

I Casus 229

II Bevoegdheid 229
§ 1 Echtscheiding 229
§ 2 Ouderlijke verantwoordelijkheid 231
§ 3 Alimentatie (partneralimentatie en kinderalimentatie) 234
§ 4 Verdeling huwelijksvermogen 236

III Toepasselijk recht 238
§ 1 Echtscheiding 238
A. Nederland 238
B. België 241
§ 2 Ouderlijke verantwoordelijkheid 243
A. Nederland 243
B. België 244
§ 3 Alimentatie 245

	A. Partneralimentatie	245
	B. Kinderalimentatie	246
§ 4	Verdeling huwelijksvermogen	246
	A. Nederland	246
	B. België	248
IV	**Erkenning en tenuitvoerlegging**	**251**
§ 1	Echtscheiding	251
§ 2	Ouderlijke verantwoordelijkheid	252
§ 3	Alimentatie	253
§ 4	Verdeling huwelijksvermogen	255
V	**Ter afsluiting**	**255**
BELGIË EN NEDERLAND IN EUROPA: VERENIGD IN VERSCHEIDENHEID		**257**
I	**Inleiding**	**257**
II	**Kaart van het personen- en familierecht, met scenic views**	**257**
§ 1	Internationaal Familierecht	257
§ 2	Echtscheiding	259
§ 3	Alimentatie Na Echtscheiding	260
	A. Basisregeling	260
	B. Verschillen	261
§ 4	Huwelijksvermogensrecht	263
§ 5	Ouderlijke Verantwoordelijkheid	263
	A. Basisregeling	263
	B. Uitzonderingsregelingen	264
	C. De rechten van het kind	265
	D. Onderhoudsrecht	265
III	**Overkoepelende thema's**	**266**
§ 1	Empirisch En Multidisciplinair Onderzoek	266
§ 2	Alternatieve Geschilbeslechting	266
§ 3	Status Versus Contract	267
	A. Internationaal familierecht	267
	B. Echtscheiding	268
	C. Alimentatie na echtscheiding	268
	D. Huwelijksvermogensrecht	270
	E. Ouderlijke verantwoordelijkheid	270
IV	**Concluderend: vergelijken leidt tot nieuwe inzichten**	**271**

HET BELGISCHE ECHTSCHEIDINGSRECHT

Prof. dr. Patrick Senaeve
Buitengewoon hoogleraar aan de KU Leuven en Kamervoorzitter in het Hof van Beroep Brussel

I KORTE HISTORIEK VAN HET BELGISCHE ECHTSCHEIDINGSRECHT

Tot 1974 was het Belgische echtscheidingsrecht nog zonder fundamentele wijzigingen dat van de Code civil français van 1804, die werd opgedrongen onder de Franse heerschappij en behouden is gebleven eerst ten tijde van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden onder Willem I, en vervolgens in 1830 in wat toen het Koninkrijk België werd. De Code Napoléon hield duidelijk een reactie in tegen de liberale opvatting inzake echtscheiding die gold tijdens de periode van de Franse revolutie. In de Code Napoléon werden de echtscheidingsgronden tot schuldige gedragingen teruggebracht; wel werd de echtscheiding door onderlinge toestemming die tijdens de Franse revolutie was ingevoerd, behouden, maar zij werd zeer streng gereglementeerd.

Een Wet van 1 juli 1974 betekende de doorbraak van het beginsel van de schuldloze echtscheiding. De echtgenoot van een geesteszieke kon na tien jaar feitelijke scheiding echtscheiding bekomen zonder dat er van schuld gesproken werd. Bovendien kon na tien jaar feitelijke scheiding echtscheiding worden bekomen zelfs tegen de wil in van een 'onschuldige' partner; dan bleef de schuld-en-boete-idee wel de regeling van de alimentatierechtelijke gevolgen van de echtscheiding beheersen.

Een Wet van 2 december 1982 bracht beide termijnen op vijf jaar. Een Wet van 16 april 2000 reduceerde deze termijnen verder tot twee jaar.

Door deze evolutie kende het Belgische echtscheidingsrecht tot 2007 vijf verschillende types van echtscheiding:

1. de echtscheiding op grond van fout: type van de *divorce-sanction*;
2. de echtscheiding door onderlinge toestemming: type van de *divorce-accord*;
3. de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding: type van de *divorce-faillite*;
4. de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wegens geestesstoornis: type van de *divorce-remède*;
5. de echtscheiding door omzetting van een voorheen doorgevoerde scheiding van tafel en bed: een louter juridische vorm van echtscheiding.

Door een Wet van 27 april 2007 werd het Belgische echtscheidingsrecht radicaal hervormd. Hoewel het de bedoeling van de regering was om het oude pluralistische systeem van vijf echtscheidingsgronden te vervangen door een monistisch systeem waarin naar het voorbeeld van andere Europese wetgevingen de duurzame ontwrichting van het huwelijk als enige – zij het overkoepelende – grond zou worden aangehouden, werd uiteindelijk de echtscheiding door onderlinge toestemming (met enkele wijzigingen) als afzonderlijke echtscheidingsgrond behouden.

Aldus kent het Belgische recht sinds de Echtscheidingswet 2007 twee gronden tot echtscheiding die naast elkaar bestaan:

- de echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 230 BW);
- de echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk (art. 229 BW).

De basisdoelstelling van de wet van 27 april 2007 was een waarachtig recht op echtscheiding te waarborgen. De Belgische wetgever ging er van uit dat het huwelijk geen star instituut meer is, maar een sui generis pact dat dag na dag wordt hernieuwd in functie van de liefde en/of de genegenheid: verdwijnen deze bij (minstens een van) de echtgenoten, dan moet ook het huwelijk op een gemakkelijke manier kunnen worden ontbonden.

De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting is een schuldloze vorm van echtscheiding, zowel wat de grond als wat de gevolgen betreft. Aangezien evenwel het rechtvaardigheidsgevoel er zich tegen verzet dat een 'zwaar schuldige' ex-echtgenoot zou kunnen rekenen op voortgezette financiële solidariteit, kan de schuld toch nog ter sprake komen bij de regeling van de onderhoudsuitkering na echtscheiding (zie *infra* pagina 10). De vergrote vrijheid van de huwelijkse partners gaat niet geheel ten koste van de verantwoordelijkheid. Aldus heeft de Belgische wetgever in 2007 een compromis gezocht tussen individualisme en voortgezette solidariteit.

II STATISTISCHE GEGEVENS

Zoals alle andere geïndustrialiseerde landen kent ook België de laatste dertig jaren een werkelijke divorce boom. Vanaf 1970 is het aantal echtscheidingen zeer snel en voortdurend omhoog gegaan: 6.935 in 1970, 15.365 in 1980, en 20.444 in 1990. Van 1985 tot 1994 was er sprake van een stabilisering, schommelend tussen 20.000 en 22.500.[1] In 1995 werden plots 34.983 echtscheidingen genoteerd, maar dit extreem hoge was uitsluitend toe te

[1] Bron: *Statistisch Jaarboek van België* en *Bevolkingsstatistieken*, 1995/2, N.I.S. De getallen tot 1970 betreffen de op de burgerlijke stand overgeschreven echtscheidingen, die vanaf 1970 betreffen de door de rechtbanken van eerste aanleg ingewilligde echtscheidingen.

schrijven aan een inhaalbeweging veroorzaakt door de radicale hervorming – in de zin van een inkorting – van de echtscheidingsprocedures door de wet van 30 juni 1994; de jaren nadien lag het getal merkelijk lager.

Vanaf 2000 is er terug een stijging vast te stellen: 27.002 echtscheidingen in 2001, 29.314 (2002), 30.628 (2003), 31.355 (2004), 31.405 (2005), 30.840 (2006), 29.189 (2007), 30.081 (2008), 35.366 (2009), 32.606 en 28.903 (2010).[2]

Het is interessant de cijfergegevens voor een bepaald jaar aangaande de echtscheidingen te plaatsen tegenover die aangaande de nieuw gesloten huwelijken.[3]

JAAR	**HUWELIJKEN**	**ECHTSCHEIDINGEN**	**%**
1998	44.393	26.503	59,70%
1999	44.171	26.423	59,82%
2000	45.123	27.002	59,84%
2001	42.110	29.314	69,61%
2002	40.434	30.628	75,75%
2003	41.777	31.355	75,05%
2004	43.296	31.405	72,54%
2005	43.141	30.840	71,49%
2006	44.813	29.189	65,14%
2007	45.561	30.081	66,02%
2008	45.613	35.366	77,53%
2009	43.303	32.606	75,30%
2010	42.159	28.903	68,56%

Wat het proportionele aandeel betreft van de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (E/OO) tegenover de echtscheiding door onderlinge toestemming (E/OT) zijn de volgende recente statistische gegevens beschikbaar.[4]

---

2 Bron: FOD Economie, Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie, Thematische Directie Maatschappij. Het betreft de op de registers van de burgerlijke stand overgeschreven echtscheidingen.

3 Bron: FOD Economie, Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie. Het betreft de op de registers van de burgerlijke stand overgeschreven echtscheidingen. Eigen berekening.

4 Bron: FOD Justitie, Vast Bureau Statistiek en Werklastmeting (VBSW), *De jaarlijkse statistieken van de hoven en de rechtbanken, Rechtbanken van eerste aanleg, burgerlijke griffies*, 2008, p. 44; 2009, p. 45; 2010, p. 45. Het betreft (enkel) de overschrijvingen van vonnissen van echtscheiding op de burgerlijke stand op basis van de gegevens van de griffies van de rechtbanken van eerste aanleg; de arresten van de hoven van beroep die de echtscheiding uitspreken respectievelijk de uitspraak van de echtscheiding bevestigen werden hierin niet verwerkt, zodat het werkelijke aantal echtscheidingen hoger ligt, alsook het proportionele aandeel van de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting, gelet op de verwaarloosbaarheid van de arresten inzake echtscheiding door onderlinge toestemming. Daarnaast zijn er die jaren, gelet op het overgangsrecht van de Wet

JAAR	E/OO		E/OT		Totaal
2008	13.587	44,59%	16.887	55,41%	30.474
2009	13.589	49,30%	13.974	50,70%	27.563
2010	12.018	49,05%	12.484	50,95%	24.502

III DE GRONDEN TOT ECHTSCHEIDING

§ 1 De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk

A. Gronden

1. Overzicht

De wet bepaalt dat de echtscheiding wordt uitgesproken indien de rechter vaststelt dat het huwelijk onherstelbaar ontwricht is (art. 229 § 1 BW).[5]

Het huwelijk is onherstelbaar ontwricht 'wanneer de voortzetting van het samenleven tussen de echtgenoten en de hervatting ervan redelijkerwijs onmogelijk is geworden ingevolge die ontwrichting'. Hierbij wordt echter geen definitie gegeven van de notie 'ontwrichting' zelf, maar enkel van de notie 'onherstelbaarheid' van de ontwrichting van het huwelijk.

Bij de uitwerking van deze echtscheidingsgrond maakt de wet een onderscheid tussen de hypothese dat een van de echtgenoten de echtscheiding vordert tegen de andere en aldus de ontbinding van het huwelijk aan de andere echtgenoot opdringt, en de hypothese dat de echtgenoten gezamenlijk de echtscheiding vorderen en aldus beiden de ontbinding van hun huwelijk nastreven.

van 27 april 2007, ook nog echtscheidingen uitgesproken op basis van het oude echtscheidingsrecht (echtscheidingen op grond van bepaalde feiten).

5 P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2007, p. 103-137; P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007*, Antwerpen: Intersentia 2008 ; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht, in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen. Evaluatie van de wetten van 27 april 2007, 1 juli en 27 december 2006 en 18 juli 2006*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 1-52; P. Senaeve, 'De echtscheidingswet gerepareerd en gewijzigd. Commentaar bij de wet van 2 juni 2010', *T.Fam.* 2010, p. 149-160.

2. Vereisten

De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting op gezamenlijk verzoek van beide echtgenoten (art. 229 § 2 BW).

Ingeval de echtgenoten gezamenlijk de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting vorderen, kunnen zich verscheidene mogelijkheden voordoen:

1. Het staat vast dat de echtgenoten op het ogenblik van verschijning voor de rechtbank sinds minstens zes maanden feitelijk gescheiden leven: in dat geval spreekt de rechtbank de echtscheiding onmiddellijk uit, zonder andere beoordeling (art. 1255 § 1 lid 2 Ger.W.).
2. De echtgenoten leven op dat ogenblik nog niet sinds minstens zes maanden feitelijk gescheiden (of deze minimale duur van feitelijke scheiding staat niet vast):
   - in dat geval moet de rechtbank eerst een tweede zitting vaststellen op een datum die hetzij onmiddellijk volgt op een termijn van zes maanden vaststaande feitelijke scheiding, hetzij maximaal na een termijn van drie maanden na de eerste zitting (bijvoorbeeld als de echtgenoten dan nog samenwonen), met andere woorden de kortste van beide termijnen;
   - na de tweede zitting waarop beide echtgenoten hun wil bevestigen om uit de echt te scheiden, spreekt de rechtbank de echtscheiding uit (art. 1255 § 1 lid 3 Ger.W.).
3. Uitzonderlijk zouden de echtgenoten met alle wettelijke middelen het bewijs kunnen leveren van de onherstelbare ontwrichting van hun huwelijk om de echtscheiding dadelijk te verkrijgen (art. 229 § 1 BW). Dit is in het geval van een gezamenlijk verzoek evenwel zuiver hypothetisch.

De wet vereist niet dat de echtgenoten feitelijk gescheiden leven.

Bij deze vorm van echtscheiding op gezamenlijk verzoek vereist de wet niet dat de echtgenoten voorafgaandelijk een akkoord bereikt hebben over de gevolgen van de ontbinding van hun huwelijk. Dit is het fundamentele verschil met de echtscheiding door onderlinge toestemming: zie *infra* pagina 10 e.v.

De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting op eenzijdige vordering van een der echtgenoten (art. 229 § 1 en § 3 BW).

Ook ingeval een der echtgenoten eenzijdig de echtscheiding vordert, kunnen zich verscheidene mogelijkheden voordoen:

1. Het staat vast dat de echtgenoten op het ogenblik van verschijning voor de rechtbank sinds minstens één jaar feitelijk gescheiden leven: in dat

geval spreekt de rechtbank de echtscheiding onmiddellijk uit, zonder andere beoordeling (art. 229 § 3 BW en art. 1255 § 2 lid 1 Ger.W.).

2. De echtgenoten leven op dat ogenblik nog niet sinds minstens één jaar feitelijk gescheiden, of deze minimale duur van feitelijke scheiding staat niet vast:
   - ook in deze hypothese moet de rechtbank eerst een tweede zitting vaststellen, in dit geval op een datum die hetzij onmiddellijk volgt op een termijn van één jaar vaststaande feitelijke scheiding, hetzij onmiddellijk volgt op een termijn van één jaar na de eerste zitting (art. 1255 § 2 lid 2 Ger.W.);
   - na de tweede zitting waarop een van de echtgenoten – in voorkomend geval de oorspronkelijke verweerder, eiser op tegeneis – om de echtscheiding verzoekt, spreekt de rechtbank de echtscheiding uit (art. 1255 § 2 lid 2 Ger.W.).

   In geval van een eenzijdig verzoek wordt dus steeds een feitelijke scheiding van minstens één jaar vereist, tenzij in het uitzonderlijke geval dat de echtgenoten na de eerste zitting nog een tijdje zijn blijven samenwonen, in welk geval een echtscheidingsprocedure van minstens één jaar vereist wordt;
3. De eisende echtgenoot beschikt ook over de mogelijkheid om met alle wettelijke middelen het bewijs leveren van de onherstelbare ontwrichting van zijn huwelijk (bijvoorbeeld op basis van het wangedrag van de andere echtgenoot: overspel, mishandeling, zware strafrechtelijke veroordeling, enzovoort), met name om de echtscheiding dadelijk te verkrijgen (art. 229 § 1 laatste zin BW). Een gehuwde kan van deze mogelijkheid evenwel gebruik maken ook al is hij reeds meer dan één jaar feitelijk gescheiden en zou hij aldus de echtscheiding kunnen verkrijgen op grond van art. 229 § 3 BW.

Ook ingeval de andere echtgenoot ernstig geestesgestoord of krankzinnig is, kan de geestesgezonde echtgenoot eenzijdig de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting vorderen. De geestesgestoorde echtgenoot wordt als verweerder in de echtscheidingsprocedure verplicht vertegenwoordigd, door zijn voogd, door zijn voorlopig bewindvoerder of, bij gebreke, door een beheerder ad hoc vooraf op verzoek van de eiser aangewezen door de voorzitter van de rechtbank. Het is uitgesloten dat een geestesgestoorde echtgenoot via vertegenwoordiging zelf de echtscheiding vordert.

De overgang van een eenzijdige vordering naar een gezamenlijk verzoek

Ten slotte voorziet de wet in de mogelijkheid dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting oorspronkelijk door een der echtgenoten wordt gevorderd, maar dat in de loop van de echtscheidingsprocedure de andere echtgenoot zich akkoord verklaart met de vordering tot echtscheiding. In dat geval voorziet de wet in de overgang van de eenzijdige procedure naar de

procedure op gezamenlijk verzoek. De echtscheiding wordt in dat geval door de rechtbank uitgesproken mits voldaan wordt aan de – soepelere – termijnen bepaald voor de echtscheiding op gezamenlijk verzoek (art. 1255 § 3 Ger.W.).

3. Gemeenschappelijke regels

Er wordt voor het inleiden van een echtscheidingsprocedure op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk geen minimumduur van het huwelijk vereist en evenmin een minimumleeftijd van de echtgenoten, ook niet indien de echtscheiding door de echtgenoten gezamenlijk wordt gevorderd. Niets staat eraan in de weg dat de echtgenoten onmiddellijk na de huwelijkssluiting gezamenlijk een echtscheidingsprocedure starten, waarbij zij tweemaal voor de rechter moeten verschijnen, de tweede keer onmiddellijk na verloop van drie maanden sinds de eerste verschijning, waarna bij volgehouden wil van beide echtgenoten de rechtbank de echtscheiding moet uitspreken. Deze optie van de wetgever impliceert duidelijk een zuiver contractuele benadering van het huwelijk.

De in bepaalde gevallen minimaal vereiste duur van de feitelijke scheiding wordt in alle hypotheses beoordeeld op het ogenblik dat de gezamenlijk optredende echtgenoten respectievelijk de alleen optredende echtgenoot voor de rechtbank verschijn(en)(t). De duur van de feitelijke scheiding die verloopt tijdens de echtscheidingsprocedure wordt dus meegeteld om aan de minimale termijn te komen.

B. Rechtspleging

Behoudens enkele uitzonderingen en bijzonderheden wordt de echtscheidingsprocedure ingeleid, behandeld en beslecht zoals de gemeenrechtelijke burgerlijke procedure.

De eenzijdige vordering tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting wordt ingeleid bij verzoekschrift op tegenspraak (art. 1254 § 1 lid 2 en lid 3 Ger.W.). Indien de eiser evenwel de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk wenst te bewijzen door alle middelen van recht overeenkomstig art. 229 § 1 BW, dient hij zijn echtscheidingsvordering bij dagvaarding in te leiden (art. 1254 § 1 lid 1-3 a contrario Ger.W.). In de andere gevallen kan hij het verzoekschrift vervangen door een dagvaarding.

Ingeval de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting door de echtgenoten gezamenlijk wordt gevorderd, wordt de procedure ingeleid bij (eenzijdig) verzoekschrift (art. 1254 § 1 lid 1 Ger.W.). Het verzoekschrift wordt ondertekend door iedere echtgenoot zelf of door ten minste één advocaat of één notaris (art. 1254 § 1 lid 1 Ger.W. – vgl. bij echtscheiding door onderlinge toestemming, *infra* pagina 35).

De echtgenoten zijn ingevolge een wet van 5 april 2011 niet langer verplicht om in persoon voor de rechter te verschijnen; zij kunnen zich laten vertegenwoordigen door één of twee advocaten (art. 1255 § 6 lid 1 Ger.W.). Tijdens de parlementaire voorbereiding werd er op gewezen dat met deze wet een gehuwde niet alleen aan zijn echtgenoot die hij in de steek heeft gelaten, onvoorwaardelijk de echtscheiding kan opdringen van zodra er één jaar feitelijke scheiding is – dat is het resultaat van de Wet van 27 april 2007 – maar thans bovendien zijn partner – die misschien ontredderd is achtergebleven – zelfs niet meer onder ogen dient te komen voor de rechter.

Evenwel kan de echtscheidingsrechter de echtgenoten gelasten toch persoonlijk te verschijnen:

- hetzij ambtshalve, als hij het zelf nuttig acht, met name teneinde de partijen met elkaar te verzoenen of teneinde de relevantie na te gaan van een akkoord over de persoon, het levensonderhoud en de goederen van de kinderen;
- hetzij op verzoek van een van de partijen, of op verzoek van het openbaar ministerie, in welk geval het de rechter vrijstaat de persoonlijke verschijning al dan niet te bevelen.

Voor zover de echtgenoten (of een van hen) in persoon verschijnen, verloopt de echtscheidingsprocedure in raadkamer, omwille van de eerbiediging van hun privéleven (art. 757 § 2 lid 1 onder 11° Ger.W.).

De verwerende echtgenoot heeft de mogelijkheid om in de loop van de echtscheidingsprocedure zelf een tegenvordering tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting in te stellen. Aangezien het echtscheidingsrecht (behoudens de echtscheiding door onderlinge toestemming) maar één echtscheidingsgrond kent, namelijk de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk, en het uitspreken van de echtscheiding op deze of gene vordering geen weerslag heeft op de gevolgen van de ontbinding van het huwelijk (onderhoudsuitkering, huwelijksvoordelen), wordt van zodra de rechtbank de echtscheiding heeft uitgesproken op vordering van één van de echtgenoten en dit echtscheidingsvonnis in kracht van gewijsde is getreden, de andere echtscheidingseis zonder voorwerp. Maar niets belet de rechtbank om in één en hetzelfde vonnis de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting uit te spreken zowel op hoofdeis als op tegeneis.

C. Bewijsrecht

1. Situering

Het bewijs van de gronden die worden aangevoerd om de echtscheiding te bekomen, moet worden geleverd overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels.

Alleen de gedingbeslissende eed is uitgesloten aangezien deze een dading inhoudt, die in deze materie uitgesloten is.

2. Bewijs van de feitelijke scheiding

De feitelijke scheiding wordt in beginsel bewezen aan de hand van de getuigschriften van woonst die aangeven dat de echtgenoten gedurende de volledige door de wet vereiste minimumduur van de feitelijke scheiding (één jaar respectievelijk zes maanden) op een verschillend adres zijn ingeschreven in de bevolkingsregisters.

Ingeval de feitelijke scheiding niet aan de hand van deze getuigschriften bewezen kan worden, kan zij met alle andere middelen rechtens bewezen worden. Evenwel wordt de bekentenis, net zoals de gedingbeslissende eed, uitdrukkelijk uitgesloten als bewijsmiddel van de duur van de feitelijke scheiding als grond tot echtscheiding (art. 1255 § 4 Ger.W.); een bekentenis kan niet volstaan, gelet op de bedoeling van de wet om door het instellen van een minimumtermijn van feitelijke scheiding de echtgenoten te beschermen tegen een overhaaste beslissing om uit de echt te scheiden.

3. Bewijs van concrete feiten die de onherstelbare ontwrichting aangeven

Ingeval de eiser er voor kiest om de onherstelbare ontwrichting van zijn huwelijk te bewijzen aan de hand van concrete feiten, kan hij daartoe alle wettelijke bewijsmiddelen aanwenden (art. 229 § 1 in fine BW). In de praktijk komen daar vooral geschreven bewijsstukken voor in aanmerking (bijvoorbeeld afschriften van strafvonnissen en van strafdossiers; proces-verbaal van gerechtsdeurwaarder waarbij op grond van een voorafgaande gerechtelijke machtiging het overspel werd vastgesteld (art. 1016*bis* Ger.W.; verslag van een privédetective). Uitzonderlijk kan ook een beroep gedaan worden op het bewijs door getuigenverhoren.

Hier kan de bekentenis (door de verwerende echtgenoot) wél als bewijsmiddel worden aangewend, maar zij levert geen volledig bewijs op van het aangevoerde feit: de gemeenrechtelijke bepaling aangaande de bekentenis in civiele zaken (art. 1356 lid 2 BW) vindt geen toepassing in de materie van de echtscheiding.[6] De rechter kan met name de bekentenis verwerpen bij collusie tussen de echtgenoten. De bekentenis kan enkel slaan op een concreet feit (bijvoorbeeld overspel, slagen en verwondingen); het kan niet gaan om de bekentenis dat het huwelijk onherstelbaar ontwricht is, want dat is een vaststelling die slechts gemaakt kan worden op basis van een concreet feit of een geheel van concrete feiten.

---

[6] Hof van Cassatie 12 januari 1933, *Pas.* 1933, I, 71.

Ten slotte kan het bewijs ook geleverd worden doordat beide partijen een feit (bijvoorbeeld het overspel van de eiser) als vaststaand erkennen. Ook in dat geval moet de rechtbank evenwel nagaan of er geen collusie is.

§ 2 De echtscheiding door onderlinge toestemming

A. Situering

De onderlinge en volgehouden toestemming van de echtgenoten om hun huwelijk te ontbinden, uitgedrukt overeenkomstig de wet, vormt ook in het hervormde echtscheidingsrecht een afzonderlijke grond tot echtscheiding (art. 230 BW). Het wederzijdse goedvinden van de echtgenoten biedt hen de discretionaire mogelijkheid om hun huwelijk te doen ontbinden, voor zover ze voldoen aan alle formele vereisten, zonder dat er enige andere grond voorhanden dient te zijn.

B. Vereisten

1. Geen materieelrechtelijke vereisten

De wet verbindt geen vereisten van materieelrechtelijke aard aan het starten van een procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming. Zo bestaat er geen minimumleeftijd voor de echtgenoten. Ook een minderjarige die, na ontheffing van de leeftijdsvereiste door de jeugdrechtbank, in het huwelijk is kunnen treden – en daardoor ontvoogd werd – kan zelfstandig de vordering tot echtscheiding door onderlinge toestemming inleiden.

Er wordt evenmin een minimumduur van het huwelijk vereist. De echtgenoten kunnen onmiddellijk na de voltrekking van hun huwelijk, bij hun allereerste echtelijke moeilijkheden, een echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming opstarten.

2. Formeelrechtelijke vereisten

Situering
Om door onderlinge toestemming uit de echt te scheiden, moeten de echtgenoten het niet alleen over het beginsel van de ontbinding van hun huwelijk eens zijn, maar moeten zij bovendien een volledig akkoord bereikt hebben over de vermogensrechtelijke, persoonlijke en alimentaire gevolgen van deze ontbinding, zowel met betrekking tot zichzelf als met betrekking tot hun gemeenschappelijke kinderen.

Bij gebreke van akkoord over één enkel punt staat deze vorm van echtscheiding voor hen niet open. In dat geval kunnen zij hun toevlucht nemen tot de

echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting op gezamenlijk verzoek (*supra* pagina 33).

Vermogensrechtelijke overeenkomst (art. 1287 Ger.W.)

De vermogensafwikkeling
De echtgenoten moeten hun wederzijdse vermogensrechtelijke aanspraken regelen.[7] Dit houdt in dat ze een akkoord moeten vinden omtrent de vereffening-verdeling van het gemeenschappelijk vermogen of van de tussen hen bestaande onverdeeldheden, en omtrent de wederzijdse rekeningen. Zij kunnen hierbij de vereffeningsregels volgen die verbonden zijn met hun huwelijksvermogensstelsel, maar in de praktijk berust de regeling doorgaans op een vergelijk dat tussen de echtgenoten getroffen wordt, zodat zij neerkomt op een dading. Zij moeten al hun vermogensrechtelijke aanspraken en betwistingen zelf regelen, en kunnen de beslechting ervan niet overlaten aan een rechter of een arbiter, noch uitstellen tot na de ontbinding van hun huwelijk. Zij kunnen wél overeenkomen om met betrekking tot een bepaald goed (bijvoorbeeld de gezinswoning) in onverdeeldheid te blijven.

Deze regeling mag in een onderhandse akte gebeuren, behalve als er onroerende zakelijke rechten worden overgedragen of aangewezen, in welk geval de notariële vorm verplicht is.

Het ab intestato erfrecht
Verder is het verplicht om een regeling te treffen aangaande het *ab intestato* erfrecht van de ene echtgenoot ten opzichte van de andere, de reserve inbegrepen, voor het geval één van de echtgenoten zou overlijden tijdens de echtscheidingsprocedure. In de praktijk wordt meestal wederzijds afstand gedaan van het intestaatserfrecht, de wettelijke reserve inbegrepen, maar dit is niet verplicht.

Eenmaal de echtscheidingsprocedure werd ingeleid, heeft het beding van afstand van erfrecht uitwerking, wat ook de oorzaak van het overlijden moge zijn (bijvoorbeeld zelfmoord).[8]

Familierechtelijke overeenkomst (art. 1288 lid 1 Ger.W.)
Daarnaast dienen de echtgenoten een overeenkomst af te sluiten aangaande een aantal in de wet opgesomde familierechtelijke aangelegenheden.

---

7 Y.-H. Leleu, 'Les conventions patrimoniales préalables au divorce par consentement mutuel', *TBBR* 1999, p. 369-388.

8 Vgl. Hof van Cassatie 13 december 2010, C.09.0612.F.

De verblijfplaats van de echtgenoten
De echtgenoten moeten hun overeenstemming vastleggen omtrent de verblijfplaats van elk van beiden tijdens de echtscheidingsprocedure. Hoewel door het instellen van de echtscheidingsprocedure de samenwoningsplicht wordt opgeschort, is het niet uitgesloten dat zij verkiezen een gezamenlijke verblijfplaats te behouden tijdens de proeftijd; in de praktijk worden bijna steeds afzonderlijke verblijfplaatsen overeengekomen.

De uitoefening van het gezag over de persoon en de goederen, en het omgangsrecht
De wet legt de echtgenoten op overeen te komen omtrent de uitoefening van het gezag over de persoon en het beheer over de goederen van de gemeenschappelijke minderjarige kinderen, en om, ingeval de uitsluitende uitoefening wordt toegekend aan één der ouders, een regeling te treffen omtrent het omgangsrecht van de ouder aan wie de kinderen niet worden toevertrouwd.

Beide regelingen moeten zowel de proeftijd als de periode na de echtscheiding beogen.
Zoals bij de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting blijven ook hier beide ouders titularis van het gezag over de persoon en het beheer over de goederen, en behouden beiden de ouderlijke prerogatieven in verband met de staat van de persoon, zodat zij over deze aspecten geen regeling kunnen treffen.

De ouders kunnen vooreerst kiezen voor het wettelijke basissysteem, namelijk de gezamenlijke uitoefening van het gezag over de persoon en het beheer over de goederen (het zogenaamde gezagsco-ouderschap).

In dat geval moeten zij een voldoende gedetailleerde verblijfsregeling van het kind in de overeenkomst opnemen. Alle opties staan hierbij voor hen open. De ouders kunnen anderzijds kiezen voor een systeem van uitsluitende uitoefening van het gezag over de persoon en het beheer over de goederen door één der ouders, eventueel gemilderd wat het gezag over de persoon betreft door een gecombineerd systeem (bijvoorbeeld gezamenlijk beslissingsrecht inzake de fundamentele opties, ofwel consultatieplicht lastens de ouder aan wie de uitoefening van het gezag wordt toegekend). Alleen ingeval een systeem van uitsluitende uitoefening wordt overeengekomen, dient tevens een regeling van het omgangsrecht voor de andere ouder te worden bepaald.

De onderhoudsbijdrage voor de kinderen
Voorts moeten de echtgenoten een regeling treffen over de wijze waarop elk van hen zal bijdragen in de kosten van onderhoud, opvoeding; opleiding en ontplooiing, zowel tijdens de proeftijd als na de echtscheiding.

De wet bepaalt uitdrukkelijk dat de ouders alleen een overeenkomst kunnen (en moeten) maken over de onderhoudsbijdrage in de onderlinge verhouding tussen

de ouders (het contributio-aspect), maar dat deze regeling geen afbreuk mag doen aan de onderhoudsverplichting tegenover de kinderen zelf (het obligatio-aspect) die van openbare orde is zodat de ouders ze niet conventioneel kunnen beperken of ongedaan maken.

Derhalve is het toegelaten om inzake het onderhoud van de kinderen een nihilbeding overeen te komen, dat wil zeggen een overeenkomst dat één van de echtgenoten voor het geheel zal instaan en de andere niets zal bijdragen, voor zover dergelijk beding niet derwijze is opgevat dat één van de echtgenoten ontslagen wordt van zijn verplichting tegenover het kind zelf;[9] met andere woorden het contributio-aspect van de onderhoudsbijdrage (dus de verdeelsleutel tussen de ouders), maar alleen dit, staat ter vrije beschikking van de echtgenoten. Daarentegen is een verzaking door een ouder aan het recht om namens zijn kind een bijdrage in het onderhoud te eisen vanwege de andere ouder voor het geval hijzelf niet meer de mogelijkheid zou hebben om het kind het nodige levensonderhoud te verschaffen – met andere woorden een verzaking aan het obligatio-aspect – niet toegelaten.[10]

De eventuele onderhoudsuitkering tussen de echtgenoten
Ten slotte moeten de echtgenoten een regeling treffen omtrent een eventuele uitkering tussen de echtgenoten onderling, zowel tijdens de proeftijd als na de echtscheiding. De inhoud van deze regeling staat ter vrije beschikking van de echtgenoten, zodat zij wederzijds een nihilbeding kunnen inlassen.

Dit is de enige hypothese in het Belgische recht waarin de echtgenoten zonder enige beperking een conventionele regeling kunnen treffen omtrent de hulp- en bijdrageplicht die binnen het huwelijk bestaat. Deze regeling, voor zover ze de overblijvende duur van het huwelijk betreft, blijft bindend zolang de echtgenoten de echtscheidingsprocedure voortzetten, en heeft zelfs bij afstand van de procedure – weliswaar voorlopig – bindende kracht.

Ingeval de echtgenoten een uitkering overeenkomen, dienen zij tevens in een formule te voorzien voor de eventuele aanpassing van het bedrag aan de evolutie van de kosten van levensonderhoud, alsook eventuele herzienings- en uitdovingsbedingen op te nemen.

Voor zover ze de periode ná de echtscheiding betreft, heeft de eventuele uitkering tussen echtgenoten geen alimentair karakter, maar een conventioneel karakter. Zij wordt in beginsel beheerst door de regels van het verbintenissenrecht. Aldus gaat de verbintenis tot betaling van die uitkering over op de erfgenamen van de echtgenoot, tenzij anders is bedongen (art. 1122 BW).

---

9 Hof van Cassatie 8 oktober 1982, *RW* 1983-1984, p. 1193.
10 Hof van Cassatie 10 oktober 1974, *RW* 1974-1975, p. 1183.

De Wet van 27 april 2007 heeft nochtans in belangrijke mate afbreuk gedaan aan dit conventionele karakter door de principiële veranderlijkheid van de uitkering in te voeren (*infra* pagina 2).

C. Procedure

1. Aard van deze echtscheidingsprocedure

Ook om door onderlinge toestemming uit de echt te scheiden is de tussenkomst van de rechter noodzakelijk, zelfs als er geen gemeenschappelijke minderjarige kinderen zijn.

De procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming vormt een willige rechtspleging die onderworpen is aan regels die volledig afwijken van die inzake de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting.

2. Rechtspleging

Inleiding van de procedure
Vooraleer de procedure in te leiden, moeten de echtgenoten over een geschreven vermogensrechtelijke en familiale overeenkomst beschikken (art. 1287-1288 Ger.W.).

De procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming wordt ingeleid door de neerlegging van een verzoekschrift. Dit verzoekschrift moet onder meer verwijzen naar de vermogensrechtelijke en familiale overeenkomsten die als bijlage worden opgenomen (art. 1288*bis* lid 3 Ger.W.).

Het verzoekschrift wordt ondertekend ofwel door beide echtgenoten (die daarvoor geen advocaat noch notaris nodig hebben), ofwel door ten minste één advocaat of één notaris (art. 1288*bis* lid 6 Ger.W. – vergelijk bij de gezamenlijk gevorderde echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting, *supra* pagina 17).

Verplicht advies van het Openbaar Ministerie
Het Openbaar Ministerie brengt schriftelijk advies uit over de naleving van de vormvereisten, over de toelaatbaarheid van de echtscheiding en over de inhoud van de familiale overeenkomst met betrekking tot de minderjarige kinderen (art. 1289ter Ger.W.). Over de inhoud van de overige onderdelen van de familiale overeenkomst en over de inhoud van de vermogensrechtelijke overeenkomst kan het Openbaar Ministerie geen advies uitbrengen.

Verschijning van de echtgenoten

Algemeen
Naargelang zij al dan niet reeds meer dan zes maanden feitelijk gescheiden leven, moeten de echtgenoten in de loop van de echtscheidingsprocedure in beginsel eenmaal dan wel tweemaal gezamenlijk verschijnen voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, waarbij zij hun wil uiten om uit de echt te scheiden op basis van de tussen hen bereikte akkoorden. Voor het berekenen van de minimaal vereiste duur van de feitelijke scheiding wordt hier uitgegaan van het tijdstip van het neerleggen ter griffie van het verzoekschrift tot echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1291*bis* Ger.W.).

Feitelijke scheiding van meer dan zes maanden
De echtgenoten moeten in ieder geval binnen één maand na de neerlegging van het verzoekschrift in persoon verschijnen voor de voorzitter van de rechtbank (art. 1289 Ger.W.). Bij deze vorm van echtscheiding is de persoonlijke verschijning van de echtgenoten voor de rechter dus wél verplicht, ook al zijn er geen gemeenschappelijke minderjarige kinderen, wat onlogisch is.

De rechter kan aan de echtgenoten voorstellen om de regeling van de familiale overeenkomst met betrekking tot hun minderjarige kinderen te wijzigen ingeval die hem strijdig lijkt met het belang van de kinderen (art. 1290 lid 2 Ger.W.).

Ingeval de voorzitter aan de echtgenoten heeft voorgesteld om de beschikkingen die hem strijdig lijken met het belang van het kind te wijzigen, dient hij een nieuwe datum te bepalen voor een bijkomende verschijning van de echtgenoten (art. 1290 lid 4-5 Ger.W.). Tijdens deze bijkomende verschijning kan de rechter de regelingen omtrent de kinderen die manifest strijdig zijn met de belangen van de kinderen, laten schrappen respectievelijk wijzigen. In zo'n geval moeten de echtgenoten daarover een aanvullende overeenkomst opstellen die tijdens een derde verschijning moet worden voorgelegd (art. 1290 lid 3-5 Ger.W.).

De rechter kan evenwel nooit zelf *ex autoritate* de overeenkomst aanpassen of wijzigen. Ingeval de echtgenoten weigeren in te gaan op zijn verzoek, kan dit echter tot de afwijzing van de echtscheiding door onderlinge toestemming leiden.

Onmiddellijk na de eerste (in voorkomend geval tweede of derde) verschijning geeft het Openbaar Ministerie schriftelijk advies aan de rechtbank in raadkamer, en doet de rechtbank onmiddellijk uitspraak over het echtscheidingsverzoek (art. 1296-1298 Ger.W.).

Nog geen feitelijke scheiding van meer dan zes maanden
Ingeval de echtgenoten bij de inleiding van de vordering nog niet zes maanden feitelijk gescheiden leven, moeten zij steeds een tweede (in voorkomend geval

derde) maal verschijnen voor de voorzitter binnen een maand nadat drie maanden verlopen zijn sinds hun eerste verschijning (art. 1294 lid 1 Ger.W.). In dat geval verlopen maximaal één + drie + één = vijf maanden tussen de neerlegging van het verzoekschrift en de tweede verschijning, behoudens ingeval een bijkomende verschijning werd bevolen, in welk geval de termijn van drie maanden geschorst wordt (art. 1294 lid 3 Ger.W.).

De echtgenoten zijn bij deze tweede (in voorkomend geval derde) verschijning niet meer verplicht in persoon te verschijnen, maar zij kunnen zich laten vertegenwoordigen door een advocaat of door een notaris, desnoods door één enkele advocaat of notaris die volmacht heeft om voor beiden te verschijnen (art. 1294 lid 1 Ger.W.).

Onmiddellijk na deze tweede (in voorkomend geval derde) verschijning geeft het Openbaar Ministerie schriftelijk advies aan de rechtbank in raadkamer, en doet de rechtbank uitspraak over het echtscheidingsverzoek (art. 1296-1298 Ger.W.).

3. Taak van de rechtbank

Beginsel

De taak van de rechtbank is in beginsel beperkt tot het doorvoeren van een legaliteitscontrole. Indien blijkt dat de echtgenoten over alle door de wet opgegeven elementen een overeenkomst hebben gesloten, en dat zij de procedurele voorschriften hebben nageleefd, dan moet de rechtbank de echtscheiding uitspreken, zonder nadere motivering (art. 1298 Ger.W.). In het omgekeerde geval moet de rechtbank het verzoek tot echtscheiding afwijzen, waarna de echtgenoten een nieuwe procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming kunnen starten.

De rechtbank kan er zich wel niet toe beperken na te gaan of de echtgenoten over alle voorgeschreven punten een overeenkomst hebben gesloten, maar dient tevens na te gaan of de gesloten overeenkomsten geen bedingen bevatten die indruisen tegen de openbare orde en/of de goede zeden, in welk geval deze aangetast zouden zijn door nietigheid, hetgeen gelijkstaat met een ontbreken van overeenstemming omtrent dat punt. Evenzeer dient de rechtbank die vaststelt dat het om een schijnhuwelijk gaat, te weigeren de echtscheiding uit te spreken.

Het komt de rechtbank echter geenszins toe om de vermogensrechtelijke en de familiale overeenkomsten te toetsen op hun redelijkheid en billijkheid, noch om de echtgenoten op te leggen om hun overeenkomsten op bepaalde punten te wijzigen.

Uitzondering betreffende de regeling aangaande de minderjarige kinderen
Wat de regeling in de familiale overeenkomst aangaande de minderjarige kinderen betreft, moet de rechtbank bovendien een marginale toetsing doorvoeren van de inhoud ervan. Ingeval de belangen van het kind manifest worden geschaad door de overeengekomen regeling, en de echtgenoten weigeren om deze regeling aan te passen, kan en moet de rechtbank de echtscheiding afwijzen).

4. Afstand van de procedure

Elk van beide echtgenoten kan op elk ogenblik van de procedure beslissen om deze niet verder te zetten. In dat geval is er evenwel geen automatisch verval van de bindende kracht van de voorafgaande overeenkomsten: de familierechtelijke overeenkomsten blijven de echtgenoten uit kracht van de wet – weliswaar voorlopig – verbinden (art. 1294*bis* § 2 Ger.W.).[11]

De echtgenoten kunnen niet vooraf aan dit wettelijke beschermingsmechanisme verzaken door in hun voorafgaande overeenkomsten deze voorlopig bindende kracht uit te sluiten.

De voorafgaande familierechtelijke overeenkomsten blijven voorlopig van kracht hetzij tot de echtgenoten naderhand over dezelfde materie een nieuwe overeenkomst hebben gesloten, hetzij tot de kortgedingrechter in het kader van een procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting over dezelfde materie voorlopige maatregelen (art. 1280 Ger.W.) heeft bevolen.

IV DE GEVOLGEN VAN DE ECHTSCHEIDING

§ 1 Algemeen

A. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting

1. Uitwerking van de uitspraak

Sinds de Wet van 30 juni 1994 spreekt de rechter de echtscheiding uit, daar waar hij ze voordien enkel toestond. Elk vonnis van echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting, ook dat verkregen op gezamenlijk verzoek, dient door de ene echtgenoot aan de andere betekend te worden (art. 1276 lid 2 Ger.W.). De echtscheiding wordt definitief en het huwelijk is ontbonden op de dag waarop het vonnis van echtscheiding in kracht van gewijsde treedt (art. 1278 lid 1 Ger.W.).

---

[11] E. Willems, 'De wet van 31 oktober 2008: nieuwe pijler voor de brug van E.O.T. naar E.O.O. in artikel 1294*bis*, § 2 Ger.W.', *T.Fam.* 2009, p. 43-46.

2. Overschrijving op de burgerlijke stand

Als publiciteitsmaatregel naar derden toe, en met het oog op de overeenstemming van de registers van de burgerlijke stand met de gewijzigde staat van de persoon, dient de uitspraak van de echtscheiding te worden overgeschreven op de registers van de burgerlijke stand. Binnen de maand na het in kracht van gewijsde treden maakt de griffie een uittreksel van de uitspraak over aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar de huwelijksvoltrekking heeft plaatsgehad (art. 1275 § 2 lid 1 Ger.W.). De ambtenaar van de burgerlijke stand moet binnen één maand het beschikkende gedeelte van de uitspraak overschrijven in zijn registers, en het vermelden in de kant van de akte van huwelijk (art. 1275 § 2 lid 3 Ger.W.).

3. Het tot stand komen van de echtscheiding in de verhouding met derden

De uitspraak van de echtscheiding heeft ten aanzien van derden, zowel wat de persoon van de echtgenoten betreft als wat hun goederen betreft, slechts gevolgen vanaf de dag van de overschrijving van het vonnis of arrest in de registers van de burgerlijke stand (art. 1278 lid 1 Ger.W.).

4. Het tot stand komen van de gevolgen tussen de echtgenoten onderling

Door de echtscheiding wordt het huwelijk ontbonden, en wel in de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten op het ogenblik van het in kracht van gewijsde treden van het vonnis of arrest van echtscheiding. De ontbinding van het huwelijk werkt ex nunc, dat is enkel voor de toekomst. De plichten van getrouwheid, hulp, bijdrage in de lasten van het huwelijk, enzovoort moeten worden nageleefd tot op de dag van het in kracht van gewijsde treden van de uitspraak.

Op deze regel bestaat één uitzondering. Ten aanzien van de echtgenoten zelf, en uitsluitend wat hun goederen betreft, wordt aan de ontbinding een beperkte retroactieve werking gegeven tot op de dag van het inleiden van de (eerste) echtscheidingsvordering (art. 1278 lid 2 Ger.W.). Deze regel houdt in dat in de verhouding tussen echtgenoten gehuwd onder een stelsel van gemeenschappelijk vermogen, noch het actief noch het passief van de gemeenschap nog aangroeit na het uitbrengen van de dagvaarding respectievelijk het neerleggen van het verzoekschrift tot echtscheiding. Tot aan deze datum blijven de regels van het huwelijksvermogensrecht gewoon van toepassing.[12]

Op grond van de billijkheid en enkel in geval van uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter op vordering van een der echtgenoten evenwel beslissen dat goederen verworven respectievelijk schulden aangegaan na de

---

12 Hof van Cassatie 8 november 1990, *Pas.* 1991, I, 251.

feitelijke scheiding maar vóór het inleiden van de echtscheidingsprocedure eveneens buiten de vereffening van het gemeenschappelijk vermogen gehouden worden (art. 1278 lid 4-5 Ger.W.). Dit wordt in de praktijk maar zelden toegekend.

B. De echtscheiding door onderlinge toestemming

1. De uitwerking van de uitspraak

Zoals bij de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting, spreekt ook hier de rechtbank de echtscheiding uit, en heeft de echtscheiding uitwerking door het in kracht van gewijsde treden van de uitspraak (art. 1304 lid 3 Ger.W.).

Hier dient het vonnis niet door de ene echtgenoot aan de andere betekend te worden, maar treedt het vonnis – behoudens in geval van hoger beroep – automatisch in kracht van gewijsde één maand na de uitspraak.

De regels aangaande de overschrijving op de burgerlijke stand en aangaande de totstandkoming van de echtscheiding in de verhouding met derden (art. 1304 lid 1 Ger.W.), zoals uiteengezet bij de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (*supra* pagina 17), vinden mutatis mutandis toepassing. Hierna wordt enkel stilgestaan bij de regels die specifiek zijn voor de echtscheiding door onderlinge toestemming.

2. De homologatie van de overeenkomst met betrekking tot de minderjarige kinderen

Het onderdeel van de voorafgaande overeenkomsten dat betrekking heeft op de minderjarige kinderen van de echtgenoten, wordt door de rechtbank in het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt gehomologeerd (art. 1298 Ger.W.). De overeenkomst inzake de kinderen heeft niet louter een conventioneel karakter, maar zij krijgt door de door de rechter uitgeoefende inhoudelijke controle een gemengd conventioneel-jurisdictioneel karakter.

Door deze homologatie maken de overeenkomsten met betrekking tot de kinderen, zowel inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag, het verblijf en het omgangsrecht als inzake de onderhoudsbijdragen, een integrerend deel uit van het echtscheidingsvonnis, waardoor zij gezag van gewijsde verwerven alsook – voor zover zij die nog niet hadden uit hoofde van de notariële vorm waarin zij gegoten zijn – uitvoerbare kracht.

3. De totstandkoming van de echtscheiding in de verhouding tussen de echtgenoten

Ook hier heeft de ontbinding van het huwelijk slechts gevolg vanaf de dag waarop de uitspraak in kracht van gewijsde gaat, en werkt zij enkel voor de toekomst (art. 1304 lid 3 Ger.W.).

Op deze laatste regel bestaat één uitzondering. Ten aanzien van de echtgenoten zelf, en uitsluitend wat hun goederen betreft, wordt aan de ontbinding een beperkte retroactieve werking gegeven tot op de dag van de eerste verschijning van de echtgenoten voor de voorzitter van de rechtbank (art. 1304 lid 2 Ger.W.). Het is evenwel toegelaten om in de vermogensrechtelijke overeenkomst een conventionele afwijking op deze regel in te lassen, en de overeengekomen regeling inzake de goederen tussen de echtgenoten te laten terugwerken tot op een vroeger tijdstip, bijvoorbeeld tot op de dag van het verlijden van de overeenkomst, of de dag van het neerleggen van het verzoekschrift tot echtscheiding door onderlinge toestemming.

§ 2 De onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten

A. Na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting

1. Algemeen

Begripsbepaling
Hoewel de persoonlijke gevolgen van het huwelijk tussen de ex-echtgenoten ophouden te bestaan, kan ook na de ontbinding van het huwelijk één van hen ertoe gehouden zijn aan de andere een uitkering te betalen voor diens levensonderhoud.[13]

Grondslag
Met de ontbinding van het huwelijk verdwijnen de plichten tot hulp (art. 213 BW) en tot bijdrage in de lasten van het huwelijk (art. 221 lid 1 BW) die tijdens de echtscheidingsprocedure nog de grondslag vormen voor de toekenning van een onderhoudsgeld tussen de echtgenoten. De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting heeft een geheel zelfstandige grondslag. Deze uitkering is gesteund op de gedachte dat de tijdens het huwelijk geldende solidariteit op materieel vlak tussen de partners in bepaalde omstandigheden en voor een beperkte periode dient voort te duren na de echtscheiding, maar met een belangrijke tempering in functie van het foutieve

---

13 I. Martens, I., ‘Twee jaar toepassing van het nieuwe alimentatierecht na EOO, met inbegrip van het overgangsrecht’, *TBBR* 2010, p. 55-75; Ch. Van Roy, ‘Overzicht van rechtspraak (2007-2011) – De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting’, *T.Fam.* 2011, p. 111-137.

gedrag van de partner tijdens het huwelijk. Deze uitkering heeft aldus een hybride karakter.

2. De gerechtigdheid op een onderhoudsuitkering na echtscheiding

Beginsel
Als uitgangspunt voor de gerechtigdheid op een onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk kiest de wet voor de behoefte van de ene ex-echtgenoot aan een uitkering, en de mogelijkheid van de andere ex-echtgenoot om die uitkering te verstrekken. De rechter kan op vordering van de behoeftige (ex-)echtgenoot een uitkering tot levensonderhoud toekennen ten laste van de andere echtgenoot (art. 301 § 2 lid 1 BW). De gerechtigdheid op een onderhoudsuitkering staat in beginsel los van de schuldnotie: zij is zelfs verschuldigd aan de echtgenoot die de echtscheiding heeft gevorderd zonder enige fout in hoofde van de andere echtgenoot te hebben bewezen.

Of een echtgenoot principieel al dan niet *gerechtigd* is op een onderhoudsuitkering na echtscheiding hangt dus eenvoudigweg af van de wanverhouding in de respectieve globale economische situatie van de ex-echtgenoten: de minst begoede of economisch zwakste is principieel onderhoudsgerechtigd, de meest begoede of economisch sterkste is principieel onderhoudsplichtig. Aangezien de globale economische situatie een per definitie evolutieve notie is, kan de gerechtigdheid zelf op een onderhoudsuitkering na echtscheiding wisselen van titularis indien gedurende de looptijd van de onderhoudsuitkering de situatie ingrijpend wijzigt: de onderhoudsschuldenaar kan onderhoudsschuldeiser worden (bijvoorbeeld bij langdurige ziekte of werkloosheid) en vice versa.

De regel inzake de gerechtigdheid op een uitkering na echtscheiding geldt ongeacht of de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting eenzijdig dan wel gezamenlijk gevorderd wordt, hoewel een aantal specifieke bepalingen enkel relevant zijn ingeval een der echtgenoten de echtscheiding vordert.

Uitzonderingen

Algemeen
De wetgever van 2007 heeft voorzien in twee uitzonderingen op het beginsel dat voor de grondslag van de onderhoudsuitkering na echtscheiding geen rekening gehouden wordt met de fouten van de echtgenoten.

Wat de bewijslast betreft behoort het aan de aangesproken echtgenoot die wenst te ontsnappen aan de uitkering na echtscheiding, om een fout te bewijzen in hoofde van de onderhoudsschuldeiser.

Eerste uitzondering: partnergeweld
In geen geval kan een onderhoudsuitkering na echtscheiding worden toegekend aan de echtgenoot die schuldig werd bevonden aan een fysieke gewelddaad, of aan een poging daartoe, tegen de persoon van de andere echtgenoot (art. 301 § 2 lid 3 BW).

De misdrijven waar artikel 301 § 2 lid 3 BW naar verwijst, zijn: verkrachting en poging tot verkrachting, opzettelijke slagen en verwondingen, poging tot doodslag, tot moord of tot vergiftiging, enzovoort. Feiten van psychisch geweld worden niet in aanmerking genomen, maar dergelijke feiten kunnen in voorkomend geval wel aanvaard worden als een 'zware fout' in de zin van artikel 301 § 2 lid 2 BW (zie *infra*).

Enkel een strafrechtelijke uitspraak die de echtgenoot schuldig heeft bevonden, komt in aanmerking als verplichte uitsluitingsgrond.

Bovendien is in artikel 301 § 2 lid 3 BW geen enkele beperking aangebracht aangaande het tijdstip waarop de geweldpleging op de persoon van de aangesproken onderhoudsschuldenaar werd gepleegd, zodat ook geweldplegingen begaan nadat het huwelijk reeds onherstelbaar ontwricht was, en zelfs na de ontbinding van het huwelijk, kunnen worden aangevoerd als grond tot verval van de onderhoudsaanspraak.

In tegenstelling tot de bewezen zware fouten in de zin van artikel 301 § 2 lid 2 BW (zie *infra* pagina 23) beschikt de rechter hier niet over enige beoordelingsvrijheid. Is de echtgenoot die een onderhoudsuitkering na echtscheiding vordert, schuldig bevonden aan een van de genoemde misdrijven, dan moet hij afgewezen worden van zijn vordering tot het bekomen van een onderhoudsuitkering.

Tweede uitzondering: andere zware fout
De rechtbank kan het verzoek om een onderhoudsuitkering na echtscheiding ook weigeren indien de echtgenoot die een uitkering vordert, een (andere) zware fout (dan fysiek partnergeweld) heeft begaan die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt (art. 301 § 2 lid 2 BW). De rechter doet hierbij uitspraak naar billijkheid. Er werd door de wetgever geoordeeld – mijns inziens terecht – dat het rechtvaardigheidsgevoel van de burgers gekwetst zou (kunnen) worden indien de echtgenoot die door diens onaanvaardbaar gedrag de breuk heeft veroorzaakt, na de ontbinding van het huwelijk niettemin aanspraak zou kunnen maken op voortgezette financiële steun vanwege de andere echtgenoot.

Het begrip fout werd niet in de wet gedefinieerd. Volgens de tekst van de wet moet het wel gaan om een zware fout; de 'lichtste' fout kan dus niet worden weerhouden om de aanspraak op een onderhoudsuitkering na echtscheiding uit te sluiten. De rechtspraak laat zich leiden door de catalogus van feiten die in het

oude echtscheidingsrecht op grond van fout werden aanvaard als gewelddaden, mishandelingen en grove beledigingen. De notie 'zware fout' sluit dus aan bij de notie van de schuldgronden uit het oude echtscheidingsrecht, waarbij ook steeds een ernstige tekortkoming werd vereist. Aldus vormt bijvoorbeeld het overspel van de onderhoudsschuldeiser een mogelijke reden om te worden uitgesloten van de aanspraak op een onderhoudsuitkering na echtscheiding, maar het is een fout zoals de andere, waarvan de rechter het zwaarwichtige karakter dient te beoordelen. Met het oog op de uitsluiting van de gerechtigdheid op een onderhoudsuitkering na echtscheiding is in het Belgische recht de vaststelling van het overspel bij proces-verbaal van gerechtsdeurwaarder – door de Wet van 20 mei 1987 ingevoerd met het oog op de echtscheiding op schuldgronden – nog steeds mogelijk (art. 1016*bis* Ger.W.)[14] – zie *supra* pagina 9.

De wet stelt bovendien als beperking dat het moet gaan om een zware fout die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt. Een zware fout (bijvoorbeeld overspel) begaan nadat het huwelijk reeds onherstelbaar ontwricht was (bijvoorbeeld ingevolge het overspel van de andere echtgenoot), komt aldus niet in aanmerking.

De bewijslast van de zware fout valt ten laste van de verweerder inzake de onderhoudsuitkering. Het feit dat de eiser in echtscheiding overeenkomstig artikel 229 § 1 BW het bewijs levert van een tekortkoming in hoofde van de andere echtgenoot op basis waarvan de echtscheidingsrechter de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk aanvaard heeft, brengt niet van rechtswege mee dat de verweerder in echtscheiding geen aanspraak zou kunnen maken op een onderhoudsuitkering na echtscheiding. Aan de ene kant kan de uitspraak inzake de echtscheiding zelf dus niet vooruitlopen op de uitspraak inzake de gerechtigdheid op een onderhoudsuitkering na echtscheiding, en aan de andere kant kan er aan de vaststelling van een bewezen tekortkoming inzake de grond tot echtscheiding geen volledig gezag van gewijsde worden toegekend inzake de betwisting aangaande de zware fout in het alimentatiegeschil: de alimentatierechter is weliswaar gebonden door de vaststelling van de feiten in het echtscheidingsvonnis, maar het komt enkel aan hem toe om het foutieve en het zwaarwichtige karakter ervan te beoordelen in de zin van artikel 301 § 2 lid 2 BW.

De begroting van de onderhoudsuitkering na echtscheiding

De vierstapsmethodiek

De begroting van de onderhoudsuitkering na echtscheiding dient te gebeuren aan de hand van een vierstapsmethode. Vooreerst dient de toepasselijke referentiestandaard te worden vastgesteld, waarbij het bedrag wordt bepaald

---

14 Zie daarover P. Senaeve, in: *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), art. 1016bis Ger.W.

waarop de potentieel onderhoudsgerechtigde in beginsel aanspraak kan maken. In een tweede fase wordt nagegaan of de potentieel onderhoudsgerechtigde niet zelf over voldoende middelen beschikt (of kan beschikken) om het vooropgestelde levensniveau, met andere woorden het in de referentiestandaard bepaalde bedrag, te bereiken. Blijkt dit niet of niet volledig het geval te zijn – en enkel in deze hypothese – dan wordt in een derde fase de financiële toestand van de potentieel onderhoudsplichtige bepaald, teneinde na te gaan of diens draagkracht voldoende is om het theoretisch ten titel van onderhoud verschuldigde bedrag te voldoen. Ten slotte wordt nagegaan of het bekomen bedrag de wettelijke maximumgrens niet overschrijdt.

Eerste stap: de toepasselijke referentiestandaard
De rechter legt het bedrag van de onderhoudsuitkering na echtscheiding vast die ten minste de staat van behoefte van de uitkeringsgerechtigde moet dekken (art. 301 § 3 lid 1 BW).

Om die staat van behoefte te bepalen houdt de rechter rekening met de aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde. Om die terugval te waarderen, steunt de rechter zich met name (art. 301 § 3 lid 2 BW):

- op de duur van het huwelijk en de leeftijd van de partijen; een in de steek gelaten echtgenoot verdient een beter lot indien hij op oudere leeftijd is en indien het huwelijk lang duurde, dan indien hij nog een leeftijd heeft waarbij (her)inschakeling op de arbeidsmarkt gemakkelijk is;
- op het gedrag van de echtgenoten tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden en het zorg dragen voor de kinderen tijdens het samenleven of daarna: de uitkering tot levensonderhoud moet hoger liggen naargelang de keuzes die de echtgenoten samen maakten tijdens het samenleven en die de professionele loopbaan van een van hen belemmerde; de uitkering kan daarentegen lager liggen en het verzoek kan zelfs worden verworpen indien vaststaat dat ze afkomstig is van een echtgenoot die elke beroepsactiviteit staakte voor het eigen gemak (tenzij de andere echtgenoot geen tegenstander was van dergelijke keuze).

De beoordeling van een ‘terugval’ houdt in ieder geval de vergelijking in van twee toestanden, namelijk enerzijds de daadwerkelijke economische situatie van de onderhoudsgerechtigde op het ogenblik van de echtscheiding (of het ogenblik waarop, na de echtscheiding, de onderhoudsgerechtigde voor het eerst een onderhoudsuitkering vordert) en anderzijds de theoretische economische situatie waarin de onderhoudsgerechtigde zou hebben verkeerd indien hij niet met de onderhoudsplichtige in het huwelijk was getreden. De wetgever heeft beoogd dat wordt nagegaan of de onderhoudsgerechtigde zijn inkomsten of mogelijkheden om inkomsten te verwerven niet heeft kunnen optimaliseren wegens (of tijdens) het huwelijk met de onderhoudsplichtige. Het Hof van Cassatie, in het tot nu toe enige arrest dat daarover geveld is, meent daarentegen

dat de rechter niet alleen rekening dient te houden met de terugval van de economische situatie die het gevolg is van de keuzes die de echtgenoten tijdens het samenleven hebben gemaakt, maar eveneens met de (aanzienlijke) terugval van de economische situatie wegens de echtscheiding, zodat hij zowel de gevolgen van het huwelijk van de partijen als de gevolgen van hun echtscheiding voor de economische situatie van de onderhoudsschuldeiser in aanmerking kan nemen.[15]

Deze verduidelijking in de wet van 'de staat van behoefte' wijst er op dat het criterium volstrekt onverenigbaar is met de idee van behoeftigheid in de zin van het niet beschikken over een bestaansminimum zoals beoogd in artikel 205 BW. De verwijzing in artikel 301 § 2 BW – inzake de grondslag van de uitkering – naar 'de behoeftige echtgenoot' mag dus niet letterlijk worden opgevat. Artikel 301 § 3 lid 1 BW spreekt overigens niet over de staat van behoeftigheid maar over de staat van behoefte. Anderzijds heeft de wetgever uitdrukkelijk het behoud van de levensstandaard van tijdens het samenleven als toepasselijke referentiestandaard verworpen. Desalniettemin stelt het Hof van Cassatie dat de notie 'gedrag van de echtgenoten tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden' ook het begrip levensstandaard bevat, zodat de rechter onder meer met de levensstandaard van de echtgenoten tijdens het huwelijk rekening kan houden.[16] Deze opvatting kan evenwel niet bijgetreden worden, nu zij regelrecht indruist tegen de ratio legis van de Wet van 27 april 2007.
De conclusie is dat het wettelijke criterium iets er tussenin is, en dat de rechters ter zake een bijzonder grote beoordelingsmarge hebben. Het gevolg is dan ook dat er in de rechtspraak geen uniforme toepassing voorhanden is.

Indien de aangesproken echtgenoot aantoont dat de staat van behoefte van de onderhoudsschuldeiser het gevolg is van een eenzijdig door deze laatste genomen beslissing en zonder dat de noden van het gezin deze keuze gerechtvaardigd hebben, kan hij hetzij worden ontheven van het betalen van de uitkering, hetzij enkel gehouden zijn tot het betalen van een verminderde uitkering (art. 301 § 5 BW).

Aldus laat de wet de onderhoudsschuldenaar toe te vermijden dat hij een uitkering moet betalen indien de onderhoudsschuldeiser zich in zekere zin vrijwillig inkomsten heeft ontzegd en door zijn gedrag tijdens het samenleven zijn eigen berooidheid heeft veroorzaakt. Hoewel de wet beoogt de echtgenoot te beschermen die een economisch nadeel heeft ondergaan wegens zijn investering in het gezin, gaat het niet op degene te bevoordelen die zich zonder gegronde redenen afzijdig gehouden heeft van het beroepsleven.

---

15 Hof van Cassatie 12 oktober 2009, *T.Fam.* 2010, 71 m.nt. C. Van Roy.
16 Hof van Cassatie 12 oktober 2009, *T.Fam.* 2010, 71 m.nt. C. Van Roy.

Tweede stap: de draagkracht van de onderhoudsgerechtigde
Om vast te stellen of de principieel onderhoudsgerechtigde zijn staat van behoefte kan dekken, houdt de rechter rekening met twee elementen (art. 301 § 3 lid 2 BW):

1. Zijn huidige inkomsten, van welke aard ook (beroepsinkomsten, vervangingsinkomsten, inkomsten uit vermogen inzonderheid dat toebedeeld in het kader van de vereffening-verdeling, enzovoort).
2. Zijn mogelijkheden: de ex-echtgenoot die in staat is door arbeid geheel of gedeeltelijk in zijn onderhoud te voorzien, is er toe gehouden te arbeiden om in zijn staat van behoefte te voorzien, ook al heeft hij tijdens het huwelijk niet of slechts deeltijds buitenshuis gewerkt.

Slechts indien rekening houdend met zijn huidige inkomsten én met zijn mogelijkheden om inkomsten te verwerven, de principieel onderhoudsgerechtigde zijn staat van behoefte – zoals vastgesteld in de eerste fase – niet kan dekken, kan hij aanspraak maken op een uitkering na echtscheiding. Aldus is het mogelijk dat deze uitkering voor het eerst wordt toegekend enige tijd na de echtscheiding, ingeval de principieel onderhoudsgerechtigde eerst op dat ogenblik niet langer in staat is zijn staat van behoefte zelf te dekken (bijvoorbeeld op het ogenblik van zijn oppensioenstelling).

Derde stap: de draagkracht van de onderhoudsplichtige
Opdat de principieel onderhoudsplichtige ex-echtgenoot aangesproken zou kunnen worden, is vereist dat hij over voldoende middelen beschikt om een uitkering te betalen.

Om te bepalen of de onderhoudsplichtige over de nodige middelen beschikt, wordt uitsluitend rekening gehouden met zijn werkelijke inkomsten enerzijds, zijn werkelijke lasten anderzijds. Van de kant van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot wordt geen rekening gehouden met zijn mogelijkheden (zie art. 301 § 3 lid 3 BW), behalve uiteraard in geval van moedwillig nalaten om bepaalde inkomsten waarop hij aanspraak kan maken, op te vragen en in geval van het bedrieglijk organiseren van zijn onvermogen. De hulp die de onderhoudsplichtige zelf ontvangt van zijn ouders kan niet in rekening worden gebracht om zijn draagkracht te beoordelen.[17]

Bij het vaststellen van de werkelijke lasten van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot moet niet alleen rekening gehouden worden met zijn eigen uitgaven en die voor gemeenschappelijke kinderen, maar eveneens met de onderhoudskosten voor niet-gemeenschappelijke kinderen en zelfs met de onderhoudskosten voor de kinderen van de nieuwe echtgenoot die deel uitmaken van zijn gezin.

---

[17] Hof van Cassatie 30 oktober 2008, *T.Fam.* 2009, 67 m.nt. I. Martens.

Vierde stap: beperking tot 1/3 van de inkomsten van de onderhoudsschuldenaar
Het bedrag van de uitkering die na echtscheiding verschuldigd is, mag in geen geval hoger zijn dan een derde van de inkomsten van de onderhoudsplichtige (art. 301 § 3 lid 3 BW).

Deze regel die de Code Napoléon reeds kende (voor de echtscheiding op grond van fout) werd in het Belgische recht onder de nieuwe echtscheidingswetgeving – om begrijpelijke redenen – behouden. Deze forfaitaire begrenzing houdt een verzachting in van de gevolgen van de voortgezette solidariteit op financieel vlak, en vormt een waarborg tegen een al te overdreven belasting voor de uitkeringsplichtige ex-echtgenoot. Eén derde van de netto inkomsten blijkt aldus in het Belgische recht een magische grens te vormen die door de rechter onder geen enkele omstandigheid overschreden mag worden. In hoofde van de uitkeringsgerechtigde ex-echtgenoot brengt zij wel mee dat het dekken van de staat van behoefte niet in alle opzichten gewaarborgd wordt, zelfs niet in de gevallen waarin de uitkeringsplichtige daartoe de middelen heeft.

Voor het bepalen van de grens van 1/3 der inkomsten moet uitgegaan worden van de netto-inkomsten van de onderhoudsplichtige, dus het bedrag dat hij overhoudt na aftrek van de lasten die worden opgelegd door de sociale en fiscale wetten.[18] Met andere lasten waar de onderhoudsplichtige toe gehouden is in het kader van zijn bestedingspatroon, alsook ten behoeve van anderen (bijvoorbeeld zijn kinderen), wordt daarentegen geen rekening gehouden voor het bepalen van de maximumgrens.

Modaliteiten van de onderhoudsuitkering na echtscheiding

Maximumduur

Ratio legis
De onderhoudsuitkering na echtscheiding is van rechtswege beperkt in de tijd. De wetgever van 2007 beschouwde het vastleggen van een maximumtermijn als het logische correlaat van het feit dat de onderhoudsschuldeiser geen fout van de andere echtgenoot moet bewijzen om het recht op een uitkering te verkrijgen. Teneinde mogelijke misbruiken te vermijden, werd dan ook het recht op een uitkering in de tijd beperkt: het huwelijk kan niet worden beschouwd als een vorm van ‘win for life’ (een Belgisch loterijspel).

De maximumduur
Het uitgangspunt is dat de duur van de onderhoudsuitkering na echtscheiding niet langer mag zijn dan de duur van het huwelijk (art. 301 § 4 lid 1 BW). De wetgever oordeelde dat de termijn dat het huwelijk standgehouden heeft, het best overeenstemt met het nagestreefde doel, namelijk dat rekening wordt

[18] Hof van Cassatie 11 juni 1987, *Arr. Cass.* 1986-1987, 1397.

gehouden met de leeftijd van de echtgenoten en met de opofferingen die één van de echtgenoten heeft moeten doen als gevolg van het feit dat hij veel heeft geïnvesteerd in het samenleven (bijvoorbeeld een vrouw van vijftig jaar die tijdens haar huwelijk een hele loopbaan heeft laten schieten, verdient na 25 jaar huwelijk een gunstiger lot dan een vrouw van dertig jaar die maar twee jaar gehuwd was).

De rechter die een onderhoudsuitkering na echtscheiding toekent, dient dus in zijn uitspraak een maximumtermijn te bepalen waarin deze uitkering verschuldigd is, en deze termijn mag maximum gelijk zijn aan de duur van het huwelijk. De rechter kan in functie van de concrete omstandigheden wel een kortere termijn opleggen.

Het gaat niet om een vaste termijn, maar om een termijn waarin de uitkering maximaal verschuldigd is. Het opleggen van deze termijn belet niet dat in geval van gewijzigde omstandigheden de uitkering aangepast of afgeschaft wordt.

Voor het bepalen van de duur van het huwelijk wordt gerekend van de dag van de huwelijkssluiting tot aan de dag van de ontbinding van het huwelijk in de verhouding tussen de echtgenoten, dit is de dag waarop het vonnis of arrest dat de echtscheiding uitspreekt, in kracht van gewijsde treedt. Hierin is dus ook de duur van de echtscheidingsprocedure en van de eventuele voorafgaande feitelijke scheiding begrepen. Daarentegen wordt de periode van de voorhuwelijkse samenleving niet meegeteld, hoe lang die ook geduurd heeft.

Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk bepaalt, begint deze maximumtermijn steeds te lopen vanaf de datum van de ontbinding van het huwelijk, zelfs ingeval de onderhoudsuitkering slechts jaren na de ontbinding van het huwelijk voor het eerst gevorderd en toegekend wordt. De onderhoudsuitkering na echtscheiding is door de wetgever immers bedoeld als een overgangsregeling, waarna de behoeftige ex-echtgenoot geacht moet worden economisch zelfredzaam te zijn. Teneinde hem daartoe te stimuleren, heeft de wetgever een maximale overgangsperiode vastgelegd gedurende welke de financiële nadelen ingevolge de beëindiging van het huwelijk in hoofde van de onderhoudsgerechtigde redelijkerwijs kunnen worden toegerekend aan de onderhoudsplichtige. Het is dus de gerechtigdheid op een onderhoudsuitkering na echtscheiding die in de tijd is beperkt, en niet de onderhoudsuitkering als dusdanig.

Mogelijkheid van verlenging

Indien bij het verstrijken van de aanvankelijke maximumtermijn de uitkeringsgerechtigde ex-echtgenoot kan aantonen dat hij, om redenen onafhankelijk van zijn wil, nog steeds in staat van behoefte verkeert, kan de rechtbank, in geval van buitengewone omstandigheden (bijvoorbeeld maar niet enkel om redenen verbonden met het pensioenregime), de termijn verlengen (art. 301 § 4 lid 2 BW).

Genoemde buitengewone omstandigheden bieden de onderhoudsgerechtigde enkel de mogelijkheid om bij het einde van de oorspronkelijk in de tijd beperkte uitkering een verlenging ervan te vorderen. Het is uitgesloten dat hij deze omstandigheden zou aanvoeren om reeds ab initio van bij de oorspronkelijke vaststelling van de uitkering een termijn te bekomen die langer is dan de duur van het huwelijk. Door die twee opeenvolgende stadia op te leggen, beoogde de wetgever meer rechtszekerheid te creëren en het gevaar voor nutteloze betwistingen te vermijden doordat de echtgenoten niet van in den beginne kunnen redetwisten over de mogelijkheid dat de uitkering langer verschuldigd is dan de duur van hun huwelijk.

In geval van verlenging moet de onderhoudsuitkering verplicht beperkt blijven tot het bedrag dat noodzakelijk is om de staat van behoefte van de onderhoudsgerechtigde te dekken (art. 301 § 4 lid 2 in fine BW).

Mogelijkheid van kapitalisering (art. 301 § 8 BW)
De periodieke uitkering kan in twee gevallen vervangen worden door de eenmalige uitbetaling door de onderhoudsplichtige van een kapitaal. De kapitalisering van de uitkering kan vooreerst op basis van een overeenkomst, die zowel tijdens de echtscheidingsprocedure als na de echtscheiding gesloten kan worden. Het gaat hier om een dading tussen de (ex-)echtgenoten die hen toelaat tot een clean break te komen, in plaats van verder financieel aan elkaar gebonden te blijven. Zij is slechts geldig na homologatie door de rechter, die dient na te gaan of er een vrije toestemming in hoofde van beide ex-echtgenoten aanwezig is, zonder evenwel de motieven noch de opportuniteit van de overeenkomst te onderzoeken.

Bovendien kan de kapitalisering opgelegd worden door de rechter, maar enkel op vraag van de onderhoudsplichtige, niet van de onderhoudsgerechtigde. Het Grondwettelijk Hof oordeelt dat de uitsluiting van de onderhoudsgerechtigde geen discriminatoire behandeling inhoudt.[19] Ingeval de rechter op het verzoek van de onderhoudsplichtige ingaat, moet hij zich houden aan de regels van de kapitalisatietechniek.

De beëindiging van de onderhoudsuitkering na echtscheiding

Verval van rechtswege bij nieuw huwelijk en bij wettelijke samenwoning
De onderhoudsuitkering na echtscheiding neemt in elk geval definitief een einde zowel ingeval de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot opnieuw in het huwelijk treedt, als ingeval deze een wettelijke samenwoning aangaat. De enige uitzondering waarin de wet voorziet, is de andersluidende overeenkomst dienaangaande tussen de ex-echtgenoten (art. 301 § 10 lid 2 BW). Het gaat om

[19] Arbitragehof 14 september 2006, nr. 136/2006.

een grond van verval van rechtswege van de aanspraak op een onderhoudsuitkering na echtscheiding, zodat er geen rechterlijke tussenkomst vereist is om dit vast te stellen.

Uit de aanwending van de term 'definitief' volgt dat ook na de ontbinding van het nieuwe huwelijk resp. na de beëindiging van de wettelijke samenwoning de aanspraak op een onderhoudsuitkering na echtscheiding ten laste van de vroegere echtgenoot uitgesloten blijft.

Facultatieve beëindiging bij feitelijk samenleven
Ingeval de onderhoudsgerechtigde feitelijk samenleeft met iemand anders 'als waren zij gehuwd' kan de rechtbank de onderhoudsverplichting van de ex-echtgenoot beëindigen (art. 301 § 10 lid 3 BW). In geval van feitelijk samenleven heeft de wetgever dus een facultatieve beëindiging vooropgesteld, omdat het feitelijk samenleven niet systematisch een economische solidariteit tussen de partners meebrengt. De rechter gaat hierbij uit van de mate waarin deze feitelijke samenleving daadwerkelijk de economische situatie van de onderhoudsgerechtigde verbetert. De verwijzing naar een feitelijk samenleven van de partners 'als waren zij gehuwd' beoogt de samenleving van twee personen die geen paar vormen (zoals een broer en een zus) van de toepassing ervan uit te sluiten.

Verzaking
Een verzaking aan het recht op een onderhoudsuitkering na echtscheiding is rechtsgeldig voor zover zij gebeurt na de echtscheiding. Dergelijke verzaking is definitief; de rechter kan er niet op terugkomen (art. 1134 BW). Vóór de ontbinding van het huwelijk (tijdens de echtscheidingsprocedure) kan evenwel geen afstand van het recht op een uitkering gedaan worden (art. 301 § 9 lid 1 BW); dit kan enkel in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming.

Overlijden van de uitkeringsplichtige (art. 301 § 10 lid 1 BW)
De wet bepaalt uitdrukkelijk dat de uitkering niet meer verschuldigd is bij het overlijden van de tot uitkering gehouden ex-echtgenoot; de onderhoudsverplichting gaat dus niet over op diens erfgenamen. Wel ontstaat er in die hypothese een onderhoudsplicht ten laste van de nalatenschap van de uitkeringsplichtige.

Afschaffing
De oorspronkelijk toegekende onderhoudsuitkering kan worden opgeheven door de rechter. Een gerechtelijke opheffing is nooit definitief; het is voor de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot mogelijk na een afschaffing van zijn uitkering ingevolge de verbetering van zijn toestand, nadien opnieuw een uitkering te bekomen in geval van nieuwe verslechtering van zijn toestand, voor

zover hij zich nog binnen de maximumduur van zijn gerechtigdheid op een uitkering bevindt (*supra* pagina 27).

Overeenkomst over de onderhoudsuitkering na echtscheiding
De wet bepaalt uitdrukkelijk dat de (ex-)echtgenoten de eventuele aanspraken op een onderhoudsuitkering na echtscheiding, het bedrag ervan en de eventuele herzieningsmodaliteiten contractueel kunnen vastleggen (art. 301 § 1 BW).

Eenmaal hun huwelijk ontbonden is, zijn de ex-echtgenoten volledig vrij om een overeenkomst te sluiten, eventueel in de vorm van een dading, waarbij zij het bedrag van de uitkering bepalen of wijzigen, of waarbij de onderhoudsgerechtigde verzaakt aan het recht op een onderhoudsuitkering. Dergelijke overeenkomst wordt in beginsel beheerst door de regels van het verbintenissenrecht en is rechtsgeldig zonder dat een rechterlijke bekrachtiging vereist is (behalve ingeval zij de vervanging van de uitkering door een kapitaal beoogt). Evenwel zijn de regels inzake de wijzigbaarheid van de onderhoudsuitkering na echtscheiding ook van toepassing op de conventioneel bepaalde uitkering.

Ook reeds tijdens de echtscheidingsprocedure kunnen de echtgenoten daarover een overeenkomst sluiten – met uitsluiting evenwel van een verzaking (zie pagina 13) – die uitwerking krijgt na de echtscheiding, ook zonder bekrachtiging door de echtscheidingsrechter (art. 301 § 9 lid 2 BW).

De wijziging van de onderhoudsuitkering na echtscheiding
De onderhoudsuitkering na echtscheiding is principieel veranderlijk: na de oorspronkelijke vaststelling ervan hetzij door de rechter, hetzij door partijen zelf in een overeenkomst, kan zij op verzoek van een der ex-echtgenoten door de rechter verhoogd, verminderd en eventueel afgeschaft worden (art. 301 § 7 lid 1 BW).

De ex-echtgenoot die een verhoging, vermindering of afschaffing van de uitkering wenst te verkrijgen, dient te bewijzen dat er nieuwe omstandigheden zijn die zich onafhankelijk van zijn wil voordeden en waardoor het bedrag van de uitkering niet meer aangepast is. Er wordt niet vereist dat de wijziging in de financiële toestand ingrijpend is. Zowel een verbetering (bijvoorbeeld verkrijgen van een nalatenschap) als een verslechtering (bijvoorbeeld ziekte, werkloosheid, pensionering) van de toestand van hetzij de uitkeringsgerechtigde hetzij de uitkeringsplichtige komt in aanmerking. Derhalve kan ook een inkomensstijging van de uitkeringsplichtige leiden tot een verhoging van het oorspronkelijk vastgestelde bedrag van de uitkering. Bovendien mag bij verhoging van de uitkering de grens van 1/3 van de inkomsten van de onderhoudsplichtige (*supra* pagina 31) niet overschreden worden.

Ten slotte mag bij vermindering van de uitkering wegens verbetering van de toestand van de onderhoudsgerechtigde, deze niet minder ontvangen dan hij nodig heeft voor het dekken van zijn staat van behoefte. Dit houdt in dat een zelfs aanzienlijke verbetering van de toestand van de uitkeringsgerechtigde slechts kan leiden tot een vermindering van de onderhoudsuitkering voor zover vastgesteld wordt dat deze vermindering het dekken van zijn staat van behoefte niet in het gedrang brengt.

B. Na echtscheiding door onderlinge toestemming

1. Regeling

De gevolgen van de ontbinding van het huwelijk na een echtscheiding door onderlinge toestemming op het vlak van de onderhoudsuitkering na echtscheiding worden beheerst door de overeenkomsten die de echtgenoten hierover voorafgaandelijk moeten afsluiten (*supra*). De wettelijke regels aangaande de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting zijn hier in beginsel niet van toepassing.

2. Wijzigingen

Wijzigingen met wederzijds goedvinden
Van zodra de echtscheidingsprocedure definitief afgelopen is en het huwelijk ontbonden is, is er geen wettelijk beletsel meer dat de ex-echtgenoten met wederzijdse toestemming hun overeenkomsten (onder meer) inzake de onderhoudsuitkering na echtscheiding wijzigen (art. 1134 lid 2 BW): wat in beginsel niet kon zolang de echtscheidingsprocedure duurde, wordt mogelijk van zodra het huwelijk ontbonden is.

Wijzigingen door de rechter op vraag van één der ex-echtgenoten
De Wet van 27 april 2007 heeft afbreuk gedaan aan het voordien geldende principieel onveranderlijke karakter van de onderhoudsuitkering na echtscheiding. Na de ontbinding van het huwelijk kan ook de bedongen onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming door de rechter verhoogd, verminderd of afgeschaft worden voor zover het bedrag ervan niet meer aangepast is (art. 1288 lid 3 Ger.W.). Deze bepaling is dezelfde voor de (conventionele) onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming als voor de (wettelijke) onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting (art. 301 § 7 lid 1 BW – *supra* pagina 31).

Zoals voor de onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting dient de ex-echtgenoot die een verhoging, vermindering of afschaffing van de bedongen uitkering wenst te verkrijgen, te bewijzen dat er nieuwe omstandigheden zijn die zich onafhankelijk van zijn wil voordeden sinds het echtscheidingsvonnis en waardoor het bedrag van de overeengekomen

uitkering niet meer aangepast is. Er wordt niet vereist dat de wijziging in de financiële toestand ingrijpend is. Zowel een verbetering als een verslechtering van de toestand van hetzij de uitkeringsgerechtigde hetzij de uitkeringsplichtige komt in aanmerking.

Ingeval de ex-echtgenoten in hun familierechtelijke overeenkomst elkaar uitdrukkelijk geen onderhoudsuitkering na echtscheiding hebben toegekend, of indien zij in hun voorafgaande overeenkomsten niets hebben vermeld aangaande een onderhoudsuitkering na echtscheiding, laat de wet (art. 1288 lid 3 Ger.W.) de rechter niet toe om na de echtscheiding toch een onderhoudsuitkering toe te kennen: hij kan enkel het bedrag van een bedongen uitkering verhogen, verminderen of afschaffen.

De echtgenoten kunnen evenwel, hetzij in hun voorafgaande overeenkomsten, hetzij zelfs na de echtscheiding, conventioneel de principiële veranderlijkheid van de overeengekomen onderhoudsuitkering na echtscheiding uitschakelen (art. 1288 lid 3 in initio Ger.W.). Zij kunnen aldus overeenkomen dat het bedrag van de bedongen onderhoudsuitkering niet of slechts in bepaalde gevallen of in een bepaalde mate (bijvoorbeeld enkel een verlaging) vatbaar is voor een wijziging.

§ 3 Het ouderlijk gezag, de verblijfsregeling en onderhoudsverplichting ten aanzien van kinderen na echtscheiding

A. Situering

In het Belgische recht staat de regeling van het ouderlijk gezag sinds een Wet van 31 maart 1987 niet meer in functie van de al dan niet gehuwde staat van de ouders. Het enige wat bepalend is, is een wettelijk vastgestelde afstammingsband langs vaderszijde respectievelijk langs moederszijde, en als er twee ouders zijn, het samenwonen respectievelijk het gescheiden leven van de ouders. Ook de regeling van de ouderlijke plichten staat los van het al dan niet gehuwd zijn van de ouders. Aldus zou de situatie van de kinderen na echtscheiding strikt genomen geen afzonderlijke behandeling behoeven. De wet besteedt er nochtans bijzondere aandacht aan, en aangezien de ouders na echtscheiding per definitie niet samenleven moet er hoe dan ook een regeling getroffen worden aangaande het verblijf van en de omgang met de gemeenschappelijke kinderen.

B. Na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting

1. Ouderlijke prerogatieven en verblijfsregeling

Na echtscheiding blijft het ouderlijk gezag bestaan in hoofde van beide ouders; er is geen sprake van het inrichten van voogdij. Aldus behouden ook na echtscheiding beide ouders de prerogatieven i.v.m. de staat van de persoon van

de minderjarige (bijvoorbeeld toestemming tot de adoptie van hun minderjarig kind).

Met betrekking tot de uitoefening van het gezag over de persoon en het beheer over de goederen en de verblijfsregeling heeft de wet een bijzondere regeling uitgewerkt. Twee hypotheses moeten onderscheiden worden:

1. tijdens de echtscheidingsprocedure werden er voorlopige maatregelen bevolen aangaande de uitoefening van het gezag en de verblijfsregeling. In dat geval blijft deze regeling verder gelden ook na de ontbinding van het huwelijk (art. 302 BW);
2. tijdens de echtscheidingsprocedure werden dergelijke voorlopige maatregelen niet bevolen. In dat geval valt men terug op de algemene regeling aangaande niet samenlevende ouders: de uitoefening van het gezag over de persoon en de goederen behoort verder gezamenlijk toe aan beide ouders (art. 302 BW).

Kenmerkend voor de regeling is dat de echtscheidingsrechter geen bevoegdheid heeft om uitspraak te doen aangaande de uitoefening van het gezag en de verblijfsregeling na echtscheiding: tijdens de echtscheidingsprocedure is een andere rechter daarvoor bevoegd (de voorzitter van de rechtbank rechtsprekend in kort geding), en eenmaal de echtscheidingsprocedure is afgehandeld, wordt de jeugdrechtbank daarvoor opnieuw bevoegd. De echtscheidingsrechter kan wel een akkoord tussen de echtgenoten aangaande de uitoefening van het ouderlijk gezag en de verblijfsregeling van hun kinderen homologeren (art. 1256 lid 1-2 Ger.W.).

In elk van beide hypotheses kan na de echtscheiding de jeugdrechtbank de uitoefening van het gezag regelen, alsook de verblijfsregeling resp. het omgangsrecht ten behoeve van de ouder die de kinderen niet bij zich opvoedt, en dit met het belang van het kind als enig criterium (art. 387*bis* lid 1 BW).

Wat de verblijfsregeling van de kinderen na het uiteengaan van de ouders betreft is het uitgangspunt van de Belgische wetgeving dat de ouders daarover zelf een regeling treffen, die zij eventueel ter homologatie kunnen voorlegen aan de rechtbank, waarbij de rechtbank dergelijk akkoord moet homologeren tenzij het kennelijk in strijd is met het belang van het kind, hetgeen inhoudt dat de rechter slechts een marginale toetsing doorvoert (art. 374 § 2 lid 1 BW en art. 1256 lid 2 Ger.W.).

Ingeval de ouders geen akkoord bereiken en hun betwisting voorleggen aan de rechter, dient deze sinds een Wet van 18 juli 2006 bij voorrang de mogelijkheid te onderzoeken om het verblijf van het kind op gelijkmatige manier tussen de ouders vast te leggen. Aldus werd het gelijkmatig verdeeld verblijf (ook ‘verblijfsco-ouderschap’ of ‘50-50 verblijfsregeling’ genoemd) als model of referentiekader in de wet ingeschreven. Er bestaat evenwel geenszins een

verplichting voor de rechter om dergelijk gelijkmatig verdeeld verblijf systematisch op te leggen als er door de ouder die er zich tegen verzet geen tegenindicaties bewezen worden, maar enkel een verplichting om dat systeem prioritair te onderzoeken voorzover een der ouders dat vordert. In de praktijk hebben de betwistingen dienaangaande vooral betrekking op kinderen van drie tot twaalf jaar.

2. Ouderlijke verplichtingen

Ook in de ouderlijke verplichtingen komt als dusdanig geen wijziging door de ontbinding van het huwelijk. Elk van de ouders blijft gehouden bij te dragen in de kosten van onderhoud, opvoeding, opleiding en ontplooiing naar evenredigheid van zijn middelen (art. 203 § 1 BW). Werd de onderhoudsbijdrage ten laste van de ouder bij wie het kind niet hoofdzakelijk verblijft, tijdens de echtscheidingsprocedure vastgesteld bij voorlopige maatregel, dan blijft deze ook verder gelden na de echtscheiding.

C. Na echtscheiding door onderlinge toestemming

1. Regeling

De gevolgen van de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding door onderlinge toestemming worden ook op het vlak van de verhouding met de gemeenschappelijke kinderen volledig beheerst door de overeenkomsten die de echtgenoten hierover voorafgaandelijk moeten afsluiten (*supra*).

2. Wijzigingen

Wijzigingen met wederzijds goedvinden
Van zodra de echtscheidingsprocedure definitief afgelopen is en het huwelijk ontbonden is, is er ook hier geen wettelijk beletsel meer dat de ex-echtgenoten met wederzijdse toestemming hun overeenkomsten aangaande hun gemeenschappelijke kinderen wijzigen (*supra*).

Aangaande de rechtsgeldigheid van overeenkomsten waarbij ex-echtgenoten de door de rechtbank gehomologeerde overeenkomst betreffende hun minderjarige kinderen wijzigen, dient een onderscheid gemaakt te worden:

1. over hun respectieve bijdrage (= *contributio*) in de kosten van onderhoud, opvoeding, opleiding en ontplooiing kunnen de door onderlinge toestemming uit de echt gescheiden ouders rechtsgeldig een overeenkomst sluiten die afwijkt van de in de voorafgaande overeenkomst vastgelegde bijdrageregeling, voor zover zij de rechtmatige belangen van het kind niet miskent en geen afbreuk doet aan de onderhoudsverplichting van (één van) de ouders tegenover het kind zelf (= *obligatio*);

2. daarentegen kan een overeenkomst waarbij de ex-echtgenoten minnelijk afwijken van de regeling aangaande de uitoefening van het ouderlijk gezag, van de verblijfsregeling resp. van het omgangsrecht niet rechtsgeldig zijn zonder rechterlijke homologatie, nu de wetgever dit punt uitdrukkelijk onderworpen heeft aan de controle door de rechtbanken en dus de wilsautonomie van de ouders beperkt heeft. Dergelijke wijziging dient ter homologatie te worden voorgelegd aan de jeugdrechtbank.

Over deze problematiek bestaat evenwel een diepgaande controverse in rechtspraak en rechtsleer.[20]

Wijzigingen door de rechter op vraag van één der ex-echtgenoten
Met betrekking tot de onderhoudsbijdrage voor de kinderen heeft de wetgever eveneens in een uitzondering voorzien op het beginsel van de onveranderlijkheid. Ingeval nieuwe omstandigheden buiten de wil van de ex-echtgenoten de toestand van het kind of van één van de ex-echtgenoten ingrijpend wijzigen, kan de vrederechter de regeling omtrent de onderhoudsbijdrage herzien (art. 1288 lid 2 Ger.W.).

Aldus komen omstandigheden die de ex-echtgenoot bewust in het leven heeft geroepen om zijn schuldenlast te verzwaren of om zijn financiële positie te verslechteren, niet in aanmerking, zoals de werkloosheid ingevolge het zelf ontslag nemen of het ontslag om dringende reden, het wegschenken van goederen die inkomsten opleveren, enzovoort.
Ook een zelfs aanzienlijke wijziging van de toestand van het kind die eerder het gevolg is van het gebrek aan vooruitziendheid van één van de ouders, met andere woorden een gebrek aan bekommernis om voor de toekomst normale voorzorgsmaatregelen te treffen, komt in beginsel niet in aanmerking.

Ook wat de uitoefening van het gezag over de persoon en de goederen alsook de verblijfsregeling respectievelijk het omgangsrecht betreft, heeft de wetgever in een uitzondering voorzien op het beginsel van de bindende kracht van de overeenkomst. Volgens de wet kan de jeugdrechtbank hierin een wijziging aanbrengen wanneer nieuwe omstandigheden buiten de wil van de partijen de toestand van de echtgenoten of die van de kinderen ingrijpend wijzigen (art. 1288 lid 2 Ger.W.).

---

[20] Zie onder meer J. Gerlo, ‘Kan een door de rechter gehomologeerde overeenkomst gewijzigd worden zonder tussenkomst van de rechter?’, noot bij Hof van Beroep Brussel 1 december 1998, *EJ* 1999, p. 68-72; E. Vieujean, ‘Divorce par consentement mutuel – Révision des conventions relatives aux enfants’, noot bij Hof van Beroep Brussel (Jk.) 7 mei 1999, *TBBR* 2000, p. 290-296.

Dergelijke wijziging is volgens de wet onderworpen aan een driedubbele voorwaarde:

1. het moet gaan om omstandigheden die niet bestonden ten tijde van het sluiten van de voorafgaande overeenkomst;
2. deze omstandigheden mogen niet zijn tot stand gekomen door de wil van één der ex-echtgenoten;
3. zij moeten de toestand van de ex-echtgenoten of die van het kind ingrijpend wijzigen.

Het is nochtans evident dat de vereiste dat de gewijzigde omstandigheid zich buiten de wil van de ex-echtgenoten moet hebben voorgedaan, door de wetgever enkel werd ingelast met het oog op de overeengekomen onderhoudsbijdrage voor de kinderen (*supra* pagina 12) en niet relevant kan zijn bij de beoordeling van een wijziging van de overeengekomen regeling van de uitoefening van het ouderlijk gezag, het verblijf en/of de omgang ten aanzien van het kind; in de rechtspraak speelt dit vereiste hier dan ook geen enkele rol.

In de praktijk komen dergelijke wijzigingen veelvuldig voor, bijvoorbeeld in geval van onbevredigende organisatie van het verblijf van het kind of van het omgangsrecht, volgehouden wens van het kind om bij de andere ouder zijn hoofdverblijf te hebben, verhuis van één van de ouders naar het buitenland, enzovoort.

GESCHIEDENIS VAN GEZAG EN OMGANG IN NEDERLAND EN ENIGE IN HET OOG SPRINGENDE VERGELIJKINGEN MET DE SITUATIE IN BELGIË

Cees van Leuven
Raadsheer in het Gerechtshof ’s-Gravenhage

In deze bijdrage zal allereerst een beschrijving worden gegeven van de geschiedenis van het gezag- en omgangsrecht in Nederland in het kader van echtscheiding. Achter deze geschiedenis zit diep menselijk leed. Scheiden zal altijd leed op (blijven) leveren. De wijze waarop in Nederland gedurende vele decennia is omgesprongen met gezag en omgang in het kader van scheiden heeft bijgedragen aan een – achteraf gezien – onnodige vergroting en verzwaring van dat leed.

Na de beschrijving van de geschiedenis van gezag en omgang volgt, in het licht van de bijdrage in deze bundel van Patrick Senaeve, een bespreking van de meest in het oog springende verschillen tussen het Belgische en Nederlandse recht, wederom in het kader van echtscheiding.

I GESCHIEDENIS VAN GEZAG EN OMGANG IN NEDERLAND

§ 1 Een casus uit 1935

Zestien jaar was ik getrouwd en ik gevoelde mij gelukkig; ik hield van mijn vrouw; wij hadden twee kinderen, twee jongens waar wij trots op waren. Ik had een betrekking als hoofdboekhouder. Ons leven liet niets te wensen over.

Op een dag kreeg ik op kantoor een anonymen brief, waarin mij werd aangeraden eens wat meer te letten op mijn vrouw en tandarts X. Het eerste wat ik thuisgekomen deed was mijn vrouw den brief te laten lezen. Tot mijn verwondering begon zij niet te lachen, als om een misplaatste grap, maar werd zij doodsbleek en zeide zij geen woord. Toen barstte zij in tranen uit en verklaarde snikkend dat het waar was. Zij hield van dien man; zij wist eerst nu wat liefde was, zij kon het niet helpen. Ik was sprakeloos, ik had een gevoel of ik wakend droomde. Eindelijk vroeg ik haar wat zij wilde, wat haar plannen waren, wat er van de kinderen moest worden en van mij. Zij antwoordde dat X met haar wilde trouwen, en dat zij goed vond dat ik de kinderen hield, als zij die regelmatig kon zien.

Het samenzijn met mijn vrouw werd voor mij moeilijk. Tenslotte verliet mijn vrouw het huis.
De echtscheiding had een snel verloop. De kinderen waren mijn troost; vooral de oudste, die vijftien was, en die begrepen had wat er gebeurd was, leefde met mij mee.

Toen kwam de dag van het familieverhoor, waarop de rechtbank zou beslissen wie de voogdij zou hebben over onze kinderen. Ik ging met een gerust hart naar het gerechtsgebouw: de kinderen hadden het goed bij mij, en mijn vrouw en ik waren overeengekomen, dat zij beiden bij mij zouden blijven. Maar wie schetst mijn verbazing toen ik tijdens het verhoor plots moest horen, dat mijne vrouw alle afspraken en beloften brak, en verlangde dat het jongste kind aan haar zou worden toegewezen. Ik was buiten mijzelf van verontwaardiging. Ik deelde de rechtbank mede wat wij hadden afgesproken. De president haalde zijn schouders op en verklaarde, dat zulke afspraken geen rechtskracht hadden; het ging niet om wat de ouders wilden of aangenaam vonden, maar om het belang van de kinderen. Ik wilde het een en ander inbrengen, maar de president vond, dat de rechtbank voldoende was ingelicht en legde mij het zwijgen op.
De uitspraak was dat ik voogd werd over mijn oudsten zoon en mijn vrouw voogdes over den jongste. Wij kregen ieder de toeziende voogdij over het kind dat aan den ander was toegewezen, maar mijn advocaat vertelde mij, dat dat een wassen neus was, en practisch geen rechten opleverde.

Enige dagen later werd de kleine door twee rechercheurs van de kinderpolitie afgehaald. Een toestand van diepe depressie maakte zich van mij meester. Ik raadpleegde nog een anderen advocaat en vroeg diens advies over hoger beroep. Hij ontried het mij. Volgens hem huldigde de rechtspraak hier te lande de opvatting, dat een slechte echtgenote een behoorlijke moeder kan zijn. Wat hij voor mij kon doen, was trachten van mijn gewezen vrouw gedaan te krijgen, dat ik het kind van tijd tot tijd zou zien. Maar hij voegde er direct aan toe, dat een bezoekrecht door onze wet niet werd erkend. Wat dit laatste betekende, zou ik spoedig aan den lijve ondervinden. Mijn vrouw, die mij aanvankelijk toestond den jongen eenmaal in de veertien dagen te zien, begon na korten tijd uitvluchten te zoeken en bezwaren op te werpen. Het werden zeldzame keren dat ik hem nog zag en uiteindelijk kwam hij niet meer op bezoek.[1]

Deze casus uit de jaren dertig van de vorige eeuw is er een uit een serie die oneindig groot is geweest en waarbij vele ouders en kinderen traumatische ervaringen met ernstige gevolgen voor hun verdere leven hebben opgedaan. Nog tot voor kort hebben belangenorganisaties en ook ouders die zelf ernstig hebben geleden onder het verlies van contact met hun kind, de bizarre onbalans die na

---

[1] Uit: B.J. Stokvis, *Echtscheiden. 35 huwelijkstragedies*, Lochem: De Tijdstroom 1940.

scheiden in het ouderschap in Nederland als normaal werd beschouwd aan de kaak gesteld.[2] Vele jaren van actievoeren hebben hun vruchten afgeworpen. Even leek het er zelfs op dat de balans te zeer zou doorslaan: in het oorspronkelijke wetsvoorstel van Luchtenveld,[3] dat de Tweede Kamer passeerde, was opgenomen dat *gelijk* ouderschap na echtscheiding de norm zou worden. Bij de behandeling van het regeringsvoorstel, de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, hebben zij het nog wel voor elkaar gekregen dat De Wit, kamerlid van de SP-fractie, op 16 april 2007 een amendement indiende, strekkende tot de opname in de wet van het begrip 'gelijkwaardig ouderschap'.[4] De aanvaarding van dat amendement, tegen de wil van de minister in, heeft geleid tot de thans geldende leden 4 en 5 van artikel 1:247 Burgerlijk Wetboek (BW). Het vijfde lid onderstreept dat de gelijkwaardigheid ernstig dient te worden opgevat. Inmiddels weten we dat de rechtspraak dit signaal oppakt.[5]

§ 2 Het Burgerlijk Wetboek van 1838

Ons eerste Burgerlijk Wetboek kende een gezagsstelsel dat eenvoudigweg inhield dat de ouderlijke macht tijdens het huwelijk bestond en ook na scheiding in stand bleef:

> *'Onverminderd de bepaling van het eerste lid van het vorige artikel, behouden de vader en de moeder de rechten, welke uit de ouderlijke macht of de voogdij voortspruiten. Wie ook de persoon zij aan wie de kinderen zijn toevertrouwd, behouden de beide ouders de bevoegdheid om voor hun onderhoud en hunne opvoeding te waken, en zullen daartoe, naar evenredigheid van hun vermogen, moeten bijdragen'.*[6]

De ouders bleven, na echtscheiding, op elkaar aangewezen. Dit is het geval geweest vanaf 1838 tot 1905.

§ 3 De Wet van 6 februari 1901, Stb. 62 in werking getreden in 1905

Vanaf de inwerkingtreding van de Wet van 6 februari 1901, die een nieuw stelsel van ouderlijke macht introduceerde, luidde artikel 284:

---

2 Onder meer: Stichting Dwaze Vaders, Fathers 4 Justice, Purple Hearts, Stichting Kind en Omgangsrecht, Stichting Kinderen-Ouders-Grootouders, Stichting Ouders Zonder Omgang, Ouderverstoting.nl, Stichting Sheherazade, Vader Kennis Centrum.

3 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 676, nr. 2.

4 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 145, nr. 11.

5 HR 13 april 2012, *NJ* 2012, 245.

6 Art. 285, Boek I (van personen) Wet van 1838.

> *'Bij het uitspreken der echtscheiding bepaalt de rechtbank den dag waarop de ouders en de bloedverwanten of aangehuwden der minderjarige kinderen zullen worden gehoord omtrent de voorziening in voogdij en de toeziende voogdij. Na verhoor beslist de rechter (...)'*[7]

De ouderlijke macht eindigde bij het uitspreken der scheiding, voogdij en toeziende voogdij deden hun intrede. Tijdens de parlementaire behandeling verdedigde de toenmalige Minister van Justitie, Cort van der Linden, de voorgestelde wijziging als volgt:

> *'Bij de ouders berust gedurende het huwelijk het gezag over de kinderen, onder de naam van ouderlijke macht. Na de ontbinding van het huwelijk, ook door echtscheiding, treedt in plaats van ouderlijke macht voogdij, een door derden gecontroleerd gezag. Gescheiden ouders kunnen niet gemeenschappelijk overleggen welke maatregelen zij in het belang van hun kinderen zullen nemen. Nu de vrouw niet langer in de gelegenheid is, dagelijks haren invloed te doen gelden, is de reden vervallen, waarom de man uitsluitend met de uitoefening van de ouderlijke macht kon worden belast. Een keuze moet worden gedaan tussen de beide ouders.'*

Bij het lezen van deze passage dient men in ogenschouw te nemen dat in de tot op dat moment bestaande situatie de vaderlijke macht uitgangspunt was bij de zeggenschap over kinderen.. Na echtscheiding werden de kinderen doorgaans aan de moeder toevertrouwd. De moederlijke 'macht' concentreerde zich na echtscheiding op de dagelijkse verzorging. Vóór 1905 bleven de ouders na echtscheiding via de gezamenlijke ouderlijke macht op elkaar aangewezen, na 1905 had de ouder aan wie de voogdij werd opgedragen alle macht. De commissie van voorbereiding uit de Tweede Kamer meende dat de ouder die de toeziende voogdij kreeg toch tenminste ook een bezoekrecht zou moeten krijgen en enige invloed op de opvoeding zou moeten kunnen uitoefenen. De minister antwoordde echter dat hij een dergelijk voorschrift moeilijk zou kunnen opnemen in de wet, allereerst omdat het voor de rechter vrijwel ondoenlijk was een geschikte regeling te maken, en voorts omdat er geen sanctie vastgesteld kon worden voor het geval de naleving te wensen zou overlaten. De minister meende dat deze aangelegenheid overgelaten moest worden aan het verantwoordelijkheidsgevoel van de voogdijvoerende ouder. Dit bleek niet te werken: in vele gevallen zag de toeziend voogd zijn contact met het kind voorgoed verbroken. In 1939, 1947 en 1957 werd de minister gevraagd of niet

---

7 Art. 284, Boek I Wet van 6 februari 1901.

de tijd gekomen was een wettelijke regeling van het bezoekrecht op te stellen. Steeds weer werd van regeringswege beargumenteerd dat het verstandiger was dit achterwege te laten. Als argumenten werden gehanteerd:

- het collectieve recht op ouderlijke macht is weg na echtscheiding;
- voogdij is absoluut en kan niet gedeeld worden;
- het bezoekrecht kan een oorzaak worden van toename van het aantal scheidingen;
- een bezoekregeling wordt een bron van twist en verwikkelingen;
- wie gaat scheiden neemt de kwade kans dat hij of zij de kinderen nooit meer zal zien.

In België bestond dit recht wel, om toezicht te houden op het levensonderhoud en de opvoeding van de kinderen, evenals in Frankrijk, Zwitserland, Duitsland en Engeland.[8] Nederland nam vele jaren een uitzonderingspositie in. Dat veranderde pas vanaf 1971.

§ 4 Wetgeving in Nederland vanaf 1971

De rechter kreeg in 1971, in het kader van de algehele herziening van het scheidingsrecht en de introductie van het begrip 'duurzame ontwrichting', de *bevoegdheid* een omgangsregeling na scheiding vast te leggen. Een ouder had dus nog altijd niet *het recht* op een omgangsregeling. Op 1 december 1990 werd een wettelijk recht op omgang in Nederland geïntroduceerd, nader uitgewerkt in artikel 1:377a e.v. BW, in werking getreden in 1995.[9]

Van rechtswege doorlopend gezamenlijk gezag na echtscheiding deed pas weer zijn intrede met ingang van 1 januari 1998.[10] Gelijkwaardig ouderschap en de

---

8 De parlementaire geschiedenis van de Wet van 6 februari 1901 is te lezen in A.D.W. de Vries & F.J.G. van Tricht, *Geschiedenis der wet op de ouderlijke macht en voogdij (6 februari 1901, Stbl. no. 62)*, Groningen: Wolters 1903-1910. Zie voorts de terugblik van M. Rood-de Boer, *Ouders en Kinderen. Aspecten van het familierecht* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Becht 1962.

9 De wetsaanpassing in 1971 introduceerde slechts een bevoegdheid voor de rechter een regeling te treffen omtrent de omgang tussen het kind en de ouder die niet gezag belast was (art. 1:61 lid 5 BW oud). Er ontstond dus nog steeds geen recht op omgang. Het wetsontwerp *Kamerstukken II* 1984/85, 18 964, nr. 2 leidde tot de Wet van 13 september 1990, *Stb.* 482, in werking getreden op 1 december 1990. Pas toen werd een einde gemaakt aan de rechteloze positie van de ouder zonder voogdij of gezag. Deze wet introduceerde het omgangsrecht in ons BW in het gewijzigde art. 1:161 lid 5 BW. Met de Wet van 6 april 1995, *Stb.* 240 (*Kamerstukken II* 1992/93, 23 012, nr. 2) werd het omgangsrecht opgenomen in art. 1:377a e.v. BW. Vanaf dat moment was het omgangsrecht niet langer beperkt tot de scheidingssituatie.

10 Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, *Stb.* 506, in werking getreden op 1 januari 1998.

verplichting voorafgaande aan de scheiding een ouderschapsplan op te stellen, werden tot norm verheven in de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, in werking getreden op 1 maart 2009. Vanaf dat moment geldt naast het recht op omgang voor de ouder die niet het gezag heeft, ook een *plicht* tot omgang. Daarnaast zijn sanctiemogelijkheden in de wet opgenomen.[11]

§ 5 De rechtspraak

De vader in de casus uit 1934 liet het er bij zitten. Toch werd in de rechtspraak in die jaren een kleine opening gemaakt:

> *'dat het nu zeker, bijzondere gevallen daargelaten, in het belang zal zijn van het kind, dat de band met den vader of de moeder, aan wien na echtscheiding de voogdij niet is opgedragen, niet geheel wordt verbroken, en dan ook wel degelijk de mogelijkheid bestaat dat het feit, dat de ander der ouders van zijn zeggenschap als voogd gebruik maakt om elke aanraking tusschen beiden te verhinderen, als een ernstige, de belangen van het kind in gevaar brengende tekortkoming zal zijn te beschouwen (...) die er op zou kunnen wijzen, dat de voogd 'zijn taak als voogd niet op de juiste wijze vervult'*[12]

Het gevolg kan zijn dat de voogdij wordt gewijzigd. Er is dus nog altijd geen sprake van een recht op omgang. Eerst onder invloed van het verdragenrecht (art. 8 EVRM) ontstond enige structurering van omgang in de Nederlandse rechtspraak: het recht op omgang is er, gefundeerd op artikel 8 lid 1 EVRM, maar kan worden beperkt door de afweging met de rechten van de andere ouder en het kind. Aan de beperking is in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw veel gewicht gegeven. Vanaf het moment van de introductie van het recht op omgang in de wetgeving (1990 en 1995), zien we in de rechtspraak geleidelijk een ontwikkeling ontstaan die in toenemende mate ertoe leidt dat het verzoek van de ouder tot vaststelling van een omgangsregeling, serieus wordt genomen. De verzorgende ouder dient zich meer en meer te verantwoorden, de druk om mee te werken aan een omgangsregeling wordt verhoogd en meer middelen worden ingezet, zoals een verwijzing naar het omgangshuis.[13] We zien

---

11 Art. 1:253a lid 5 BW.

12 HR 28 augustus 1939, *NJ* 1939, 948.

13 Omgangshuizen komen voort uit het in 1993 in Alkmaar en in 1995 in Maastricht begonnen project *Begeleide OmgangsRegeling* (BOR). Vrijwilligers waren beschikbaar om op gestructureerde wijze gescheiden ouders en kinderen te begeleiden in gevallen waarin een omgangsregeling niet op gewone wijze van de grond kon komen. Evaluaties wezen uit dat deze projecten zeer succesvol waren, zie B. Chin-A-Fat & C. van Rooijen, 'Oplossingen voor omgangsproblematiek', *FJR* 2004, 92.

bij de toepassing van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding sedert maart 2009 eveneens een actieve rol voor de rechter in drie opzichten:

1. het toezicht op de naleving van de verplichting een ouderschapsplan over te leggen;[14]
2. de toepassing van de norm van gelijkwaardig ouderschap in de rechtspraak (zie noot 5) en
3. het creëren van maatwerk in de zorgregelingen die de ouders op tegenspraak ter vaststelling aan de rechter voor leggen.[15]

II ENIGE IN HET OOG SPRINGENDE VERGELIJKINGEN MET HET SCHEIDINGSRECHT IN BELGIË[16]

§ 1 Schuld en scheiding

De grond voor de scheiding in Nederland is (reeds sedert 1971) de duurzame ontwrichting. Nadere eisen, bijvoorbeeld een eis dat de partijen tenminste al gedurende een periode van 12 maanden niet meer (formeel) samenwonen, worden niet meer gesteld. In België spreekt de rechter de echtscheiding sinds de Wet van 27 april 2007 uit op grond van onherstelbare ontwrichting naast de mogelijkheid dat de scheiding wordt uitgesproken op grond van onderlinge

---

14 Zie onder meer: Rb. Rotterdam 17 juli 2009, *LJN* BK1422; Rb. Haarlem 15 juni 2010, *LJN* BN1638; Rb. Groningen 31 augustus 2010, *LJN* BN5877; Hof 's-Gravenhage 21 juli 2010, *LJN* BN3673; Hof Amsterdam 18 januari 2011, *LJN* BP1465. Aan de hand van de hier weergegeven uitspraken kan worden vastgesteld dat de rechter de verplichting om een ouderschapsplan over te leggen serieus neemt: het niet overleggen van een ouderschapsplan kan tot niet ontvankelijkheid van het verzoek tot echtscheiding leiden. Tegelijkertijd lijkt de rechtspraak ook de kant op te gaan dat een verzoeker al snel ontvankelijk is indien duidelijk wordt gemaakt waarom men in de onderhavige zaak geen ouderschapsplan heeft overgelegd. De uitspraak van het Hof 's-Gravenhage lijkt ruimte te bieden voor de constructie dat het ouderschapsplan in het verzoekschrift is opgenomen. Het is de vraag of hiervoor in algemene zin ruimte bestaat of – en daar komt het wellicht ook in de Haagse zaak op aan – dat er sprake moet zijn van omstandigheden waarin er geen mogelijkheid was een afzonderlijk en door partijen ondertekend (daaruit blijkt hun overeenstemming) plan over te leggen. De tekst van art. 815 lid 2 Rv ('Het verzoekschrift bevat een ouderschapsplan (…)') geeft echter ook ruimte voor de gedachte dat het plan en de afspraken in het verzoekschrift kunnen worden opgenomen. Het Hof Amsterdam heeft in ieder geval bepaald dat de afspraken over de kinderen ook in een zogenaamd echtscheidingsconvenant opgenomen mogen worden. Het ouderschapsplan is in dat geval geïntegreerd in de totaalregeling die partijen met elkaar inzake de gevolgen van de scheiding hebben getroffen.

15 Hof 's-Gravenhage 9 mei 2012, *LJN* BX3357.

16 De bron waarop ik mij voor wat betreft de Belgische situatie heb gebaseerd is het handboek van collega P. Senaeve, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven: Acco 2012.

toestemming. Er worden daarnaast aanvullende eisen gesteld op het gebied van de termijn gedurende dewelke de partijen niet meer samenleven. Zo bezien zou men verwachten dat België vanaf april 2007 eindelijk ook definitief verlost is geworden van de schuld toewijzing bij scheiding, met alle onverkwikkelijke taferelen die daar in de toepassing van het scheidingsrecht bij kwamen kijken (in Nederland vóór 1971), zo als de ontijdige bezoeken van de deurwaarder om vast te stellen dat de vrouw het bed deelde met haar vriend. Wat blijkt het geval: de echtgenoot die voor de periode na scheiding in België een onderhoudsuitkering vordert kan die uitkering door de rechter worden geweigerd wegens een zogenaamde 'zware fout'. Nu blijkt vervolgens dat overspel tijdens de huwelijksrelatie, dus nog voordat de onherstelbare ontwrichting een feit is, zo een zware fout kan opleveren. In Nederland kan men niet op een dergelijke grond bezwaar opwerpen tegen het verzoek tot een uitkering in het levensonderhoud. Schuld aan scheiden heeft in Nederland zijn betekenis verloren. Het lijkt er op dat onze zuiderburen het stukje folklore rond de schuldscheiding nog niet geheel hebben kunnen los laten. Onze wetgeving kent het artikel 1:399 BW.[17] De toepassing er van gaat echter niet zo ver dat vreemd gaan tijdens het huwelijk, dus nog voordat de duurzame ontwrichting een feit was, op zich aanleiding zal zijn de verplichting tot levensonderhoud te matigen. In de beschrijving van Senaeve valt te lezen dat de procedure op grond waarvan de scheiding kan worden gevorderd in België nogal wat modaliteiten kent, terwijl in Nederland twee sporen worden gevolgd: 1. het gemeenschappelijk verzoek, dat enorm aan populariteit heeft gewonnen, en 2. het eenzijdig verzoek. In beide gevallen is de grond tot scheiden de duurzame ontwrichting, zonder dat bijkomende omstandigheden, zo als de duur van de ontwrichting een rol spelen. Indien de duurzame ontwrichting wordt betwist, hetgeen zich in enkele gevallen per jaar nog voordoet, volstaat doorgaans dat de verzoekende partij persisteert, hetgeen voor de rechter een genoegzame aanwijzing oplevert dat sprake is van een duurzame ontwrichting.[18]

§ 2 De situatie met betrekking tot gezag en omgang na echtscheiding in België

Aan één ouder kan na scheiding de exclusieve uitoefening van het gezag worden opgedragen. Voor elke ouder, zo kan men in het meest recente handboek van Patrick Senaeve lezen, is het omgangsrecht in de eerste plaats onderdeel van zijn ouderlijk gezag, namelijk de concretisering van zijn recht op persoonlijk contact ten opzichte van zijn kind zowel ingeval hij, bij exclusieve uitoefening, niet het

---

17 Artikel 1:399 BW luidt als volgt: 'De rechter kan de verplichting van bloed- en aanverwanten tot levensonderhoud matigen op grond van zodanige gedragingen van de tot onderhoud gerechtigde, dat verstrekking van levensonderhoud niet of niet ten volle kan worden gevergd'.

18 Zie onder meer HR 16 november 2007, *LJN* BA9621, met name de conclusie van A-G Strikwerda.

ouderlijk gezag uitoefent, of ingeval hij, als enige ouder, niet met zijn kind samenwoont. Het is de rechtspraak geweest die decennialang invulling heeft gegeven aan het omgangsrecht. Dat leverde een groot verschil op met de situatie zo als die in Nederland tot 1971 is geweest. Door de Wet van 13 april 1995 heeft de Belgische wetgever het beginsel van het gezagsco-ouderschap ingevoerd: de gezamenlijke uitoefening door beide ouders van de bevoegdheden over de persoon en de goederen van de minderjarige, zowel ingeval de ouders samenleven als ingeval zij niet samenleven. Het beginsel van het gezagsco-ouderschap werd door de wetgever vooral geïntroduceerd vanuit de wens om bij beide ouders een grotere verantwoordelijkheid voor het kind te bevorderen, ongeacht of ze samenwonen of niet.

Met de Wet van 18 juli 2006 werd het gelijkmatig verdeeld verblijf of verblijfsco-ouderschap van kinderen van gescheiden levende ouders als allereerst te onderzoeken verblijfsregeling ingevoerd. Allereerst dient dus te worden onderzocht of een co-ouderschap mogelijk is, pas daarna komen de andere mogelijkheden aan de orde. Die andere mogelijkheden kunnen variëren van gedeelde ouderlijke verantwoordelijkheden op benoemde terreinen, tot een aan één ouder opgedragen exclusieve ouderlijke gezagsuitoefening met een omgangsrecht voor de andere ouder. De ouders dienen de rechter inzicht te geven in wat zij willen bij scheiding.

§ 3 De onderhoudsuitkering na scheiding

Waar in België via de zogenaamde vierstapsmethodiek de onderhoudsbijdrage wordt vastgesteld, gebeurt dit in Nederland al vanaf 1979 met gebruikmaking van de zogenaamde Alimentatienormen: een verzameling van aanbevelingen die de werkgroep Alimentatienormen van de NVvR (Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak) in de loop van de jaren heeft gepubliceerd en in één uitgave, het rapport Alimentatienormen (in de wandelgangen aangeduid als TREMA-rapport).

De Alimentatienormen zijn niet in de wet vastgelegd. De rechter is er niet aan gebonden. Ze vormen een leidraad die rechtspraak breed wordt gehanteerd als hulpmiddel of vertrekpunt bij het vaststellen van de onderhoudsbijdragen, zo wel die voor de ex-partners als die voor de kinderen. Ieder jaar opnieuw wordt een actuele versie gepresenteerd. De normen leiden bij toepassing vaak tot weliswaar gestandaardiseerde, maar toch gedetailleerde berekeningen, waarbij een kleine verandering in de inkomsten of de lasten aanleiding kan geven tot meerdere elkaar in tijdvakken opvolgende alimentatieberekeningen en vaststellingen. De rechter is niet verplicht zijn berekening kenbaar te maken. In een beschikking valt, ter vergelijking met de viertrapsraket in België, vaak de navolgende indeling te onderscheiden (vanzelfsprekend ingeval onderdeel van het geschil vormend): 1. ingangsdatum, 2. behoefte, 3. behoeftigheid, 4.

draagkracht, 5. aandeel van de partijen in de kosten (indien het onderhoud van de minderjarigen betreft) en 6. 'jus'vergelijking. Aan een 'jus'vergelijking zal de Belgische rechter wellicht niet zo snel toekomen, gelet op de regel aldaar dat de uitkering die na echtscheiding verschuldigd is, in geen geval hoger mag zijn dan eenderde van het (netto) inkomen van de onderhoudsplichtige. De duur van de uitkering aan de ex-partner bedraagt in België maximaal de duur van het huwelijk. De rechter kan een kortere termijn opleggen. In Nederland geldt als maximale termijn: twaalf jaar, en bij een huwelijk dat korter dan vijf jaar heeft geduurd en kinderloos is gebleven: de duur van het huwelijk. Zowel in België als in Nederland is ingeval van zeer bijzondere omstandigheden verlenging van de termijn mogelijk (geldt niet in Nederland voor de huwelijken die korter dan vijf jaar hebben geduurd).

III CONCLUSIES

Het scheidingsrecht in Nederland laat ten opzichte van dat van België verschillen zien. Tegelijkertijd kunnen we vast stellen dat op hoofdlijnen sprake is van overeenstemming. Scheiden geschiedt op basis van ontwrichting van de relatie, schuldtoewijzing is daar volledig op de achtergrond geraakt. In alimentatiezaken zijn er verschillen, maar ook hier is op hoofdlijnen eenzelfde benadering te onderscheiden: partneralimentatie is een tijdelijke aangelegenheid (geworden).

Gezag en omgang blijken communicerende vaten, zowel in Nederland als in België. Van 1838 tot 1905 was voor gescheiden ouders en hun kinderen in Nederland sprake van een evenwicht omdat de macht tussen de ouders doorgaans zo verdeeld was dat de vader de macht had over de materiële zaken die de kinderen betroffen en de moeder over de zorg. Zo moesten zij wel tot compromissen komen die contact na scheiding tussen de beide ouders en de kinderen verzekerden. Ook in België heeft het aspect dat de gezamenlijke ouderlijke macht na scheiding niet verbroken wordt voor een zeker evenwicht gezorgd. In België is dat altijd zo gebleven, met verbeteringen vanaf 1995. Vanaf 1905 werd de situatie in Nederland, anders dan in België, wezenlijk anders. Ouderlijke macht verdween bij scheiding en maakte plaats voor de voogdij en toeziende voogdij. De macht over materie (geld) en zorg kwam volledig bij één ouder te liggen, zonder enig recht voor de andere ouder, zelfs geen bezoekrecht. Hoewel de Belgische wet, evenals de Nederlandse, geen recht op bezoek kende in die tijd, kwam in België in de rechtspraak wel tot leven het uit het ouderlijk gezag voortvloeiende recht op contact met het kind, ook al werd de exclusieve uitoefening van de bevoegdheden van het gezag aan één van de ouders toegekend. De toeziende voogdij in Nederland bleek een volledig lege huls en is, misschien ook om die reden, later zelfs afgeschaft. Dat de onbalans in

Nederland bijna honderd jaar heeft bestaan is onbegrijpelijk en stemt tot bezinning en overdenking.

Nadat in 1990 en 1995 het omgangsrecht in de Nederlandse wet werd verankerd, is vervolgens met ingang 1 januari 1998 het doorlopen van gezamenlijk gezag na echtscheiding tot norm verheven. De situatie van vóór 1905 leek weer aanwezig. Toch is er pas weer sprake van een herstelde machtsbalans sedert de introductie van het begrip '*gelijkwaardig* ouderschap na scheiding'. België lijkt sedert 18 juli 2006 een zelfde machtsbalans na te streven.

Nederland is nu op de goede weg bij de invulling van het ouderschap na scheiding. Ik spreek hier de wens uit dat we op de ingeslagen weg voort gaan. Met name het invoeren en bestendigen van methodes die de naleving van ouderschapsplannen bevorderen en maatwerkoplossingen ondersteunen in de ernstige probleem gevallen, die zich zullen blijven voor doen, vragen aandacht. Ik wil besluiten met een vraag naar bezinning en overdenking.
Wat zich in deze beschouwing achteraf opdringt is de ongelofelijke impact die niet-doordachte wetgeving kan hebben op het welzijn van individuen, en dat gedurende zo veel jaren. Niet ontkend kan worden dat het welzijn van zeer vele gescheiden ouders en hun kinderen in de jaren na 1905 *wet*willig is vernietigd. Waar ik over zou willen nadenken is hoe we dat in de toekomst kunnen vermijden. Eén aspect dat zich opdringt: waar het welzijn van een individu ter discussie kan worden gesteld, in de zin dat dat gevaar kan gaan lopen, waar dat op het moment van vóór een wetswijziging nog niet of niet in die mate het geval is, dient een uiterst zorgvuldig onderzoek plaats te vinden waarbij ruimte moet worden geboden voor de breedst mogelijke belangenafweging. Er moet wel een zeer belangrijk doel gediend worden met nieuwe regels, voordat we zouden willen aanvaarden dat het welzijn van onze medemensen in de waagschaal zal worden gesteld. De argumenten die in 1901 werden aangedragen en vele jaren werden staande gehouden, overtuigen, tegen deze achtergrond bezien, niet.

DE GRONDEN EN PROCEDURE TOT ECHTSCHEIDING IN BELGIË EN NEDERLAND

E. Alofs
Wetenschappelijk medewerkster Vrije Universiteit Brussel en Universiteit Antwerpen

M. Klein
Advocate te Rotterdam bij SmeetsGijbels Advocaten

I INLEIDING

De mogelijkheid tot echtscheiding werd in de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden veralgemeend ingevoerd tijdens de Franse revolutionaire periode, waarbij de basisbeginselen van de revolutie (vrijheid, gelijkheid en broederlijkheid) werden doorgetrokken in de wetgeving. Vóór de Franse revolutionaire periode gold voor katholieken de onverbreekbaarheid van het huwelijk; zij konden enkel van tafel en bed scheiden om zwaarwichtige redenen.[1] Niet-katholieken konden daarentegen op grond van bepaalde feiten (onder meer overspel en verlating) of door onderlinge toestemming uit de echt scheiden.[2] Vermits de onontbindbaarheid van het huwelijk in strijd werd geacht met de idealen van de Franse revolutie en in het bijzonder met de individuele vrijheid,[3] werd echtscheiding op verscheidene gronden mogelijk gemaakt. Dit erg progressieve echtscheidingsrecht kende de echtscheiding op grond van: onderlinge toestemming,[4] onverenigbaarheid van gemoed of karakter,[5] feitelijke scheiding van minstens zes maanden[6] en bepaalde gronden, waarbij zowel

---

1 Art. 44-49 Edict van 27 september 1784, uitgevaardigd door Jozef II. Zie hierover: J. Monballyu, *Geschiedenis van het familierecht. Van de late middeleeuwen tot heden*, Leuven: Acco 2006, p. 62.

2 Art. 50, 1° - 57, 8° Edict van 27 september 1784. Zie hierover: J. Monballyu, *Geschiedenis van het familierecht. Van de late middeleeuwen tot heden*, Leuven: Acco 2006, p. 62.

3 Zie onder meer: de preambule van *Décret 20-25 septembre 1792 qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce* (aangehaald in: A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent: Mys & Breesch 2001, p. 163).

4 Dit kon door middel van een verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 2 *Décret 20-25 septembre 1792* (volledig aangehaald in: A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent: Mys & Breesch 2001, p. 390 e.v.).

5 Art. 3 *Décret 20-25 septembre 1792* ('l'incompatibilité d'humeur ou de caractère').

6 Art. 1 *Décret 23-28 avril 1794 (4-9 floréal an 2) contenant des dispositions additionnelles à celui du 20 septembre 1792 sur le divorce* (volledig aangehaald in: A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent: Mys & Breesch 2001, p. 402 e.v.).

schuldige als niet-schuldige gedragingen in aanmerking kwamen.[7] De scheiding van tafel en bed werd afgeschaft, maar reeds van tafel en bed gescheiden echtgenoten konden elk vragen deze om te zetten in een echtscheiding.[8] De basisgedachte achter het revolutionaire huwelijks- en echtscheidingsrecht was dat dit diende uit te gaan van de affectieve liefdesband tussen de echtgenoten, veeleer dan dat het gebaseerd moest zijn op juridische verplichtingen en dwang. Man en vrouw werden in de Franse revolutionaire echtscheidingswetgeving gelijk behandeld, een gelijkheid die met de invoering van de Code civil in 1804 werd tenietgedaan[9] en slechts geleidelijk werd hersteld.[10]

De Code civil van 1804 was reactionair ten aanzien van de Franse revolutionaire wetgeving. De ontbindbaarheid van het huwelijk werd terug aan banden gelegd en de gronden tot echtscheiding restrictiever omschreven. Echtscheiding was nog slechts mogelijk door onderlinge toestemming,[11] weliswaar onder strikte voorwaarden,[12] en op grond van schuldige gedragingen - overspel door de vrouw, overspel en onderhoud van de bijzit in de gemeenschappelijke woning door de man, gewelddaden, mishandelingen of grove beledigingen en veroordeling tot een onterende straf.[13] Daarnaast kon de heringevoerde scheiding van tafel en bed onder bepaalde voorwaarden worden omgezet in een echtscheiding, doch enkel op vraag van de verweerder (en dus onschuldig

---

7 Met name: gewelddaden, mishandelingen, grove beledigingen, kennelijk immoreel gedrag, veroordeling tot een lijfstraf of onterende straf, familieverlating gedurende minstens twee jaar en afwezigheid gedurende minstens vijf jaar, geestestoestand van één der partners, emigratie naar het buitenland om politieke redenen. Zie art. 4 *Décret 20-25 septembre 1792*. Dit decreet werd later niettemin geschorst door het *Décret 8 août 1795 (15 thermidor an 3) qui suspend l'exécution de ceux des 8 nivôse et 4 floréan an 2, relatifs au divorce* (volledig aangehaald in A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent: Mys & Breesch 2001, p. 403).

8 Art. 5 *Décret 20-25 septembre 1792*.

9 Zie onder meer: art. 213, 214, 1124, 1421 CC (oud).

10 Over het echtscheidingsrecht tijdens de Franse revolutionaire periode, zie ook: M. Antokolskaia, 'The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy', in: M. Martín-Casals & J. Ribot (red.), *The role of self-determination in the modernisation of family law in Europe*, Girona: Documenta Universitaria, 2006, p. 38 e.v.; J. Bart, 'Le Code civil des Français: continuité et renouveau?', in: D. Heirbaut & G. Martyn (red.), *Napoleons nalatenschap*, Mechelen: Kluwer, 2005, p. 57 e.v.; K. Bastaits, C. Van Peer, E. Alofs, e.a., 'Hoe verloopt een echtscheiding in Vlaanderen', in: D. Mortelmans e.a. (red.), *Scheiding in Vlaanderen*, Leuven: Acco 2011, p. 86; J. Gerlo, *Handboek voor familierecht. 1 Personen- en familierecht*, Brugge: Die Keure 2003, p. 197; A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent: Mys & Breesch 2002, p. 163-164; D. Mortelmans, F. Swennen & E. Alofs, 'De echtscheiding en haar gevolgen. Een vervlochten evolutie van recht en samenleving', in: D. Cuypers, D. Mortelmans & N. Torfs (red.), *Echtscheiding: werkelijk win for life?*, Brugge: Die Keure 2008, p. 9.

11 Art. 233 CC (oud).

12 Art. 275 e.v. CC (oud).

13 Art. 232 CC (oud).

geachte echtgenoot) in de procedure tot scheiding van tafel en bed.[14] Strenge grond- en vormvoorwaarden hadden tot doel het aantal echtscheidingen te beperken ter bescherming van de huwelijkse kinderen, de financieel afhankelijke echtgenote en het familiebezit.[15]

Het huidige Nederlandse en Belgische echtscheidingsrecht zijn beide gegroeid uit de Franse Code civil van 1804. Niettemin hebben beide echtscheidingsstelsels sindsdien fundamentele wijzigingen ondergaan. Deze bijdrage geeft, zowel voor België (II.) als voor Nederland (III.), een overzicht van de historische evolutie van het echtscheidingsstelsel sinds de Code civil van 1804 tot nu (§ 1), gevolgd door een analyse van het huidige echtscheidingsrecht ((§ 2). Hoewel beide rechtsstelsels een quasi-schuldloos echtscheidingsrecht kennen, gegrond op de duurzame, respectievelijk onherstelbare ontwrichting van het huwelijk, zijn er belangrijke verschillen waar te nemen, zowel in de gronden als de procedure tot echtscheiding. In een rechtsvergelijkende conclusie worden beide stelsels dan ook op een aantal punten met elkaar vergeleken (IV.).

II BELGIË

§ 1 Historische evolutie

A. Het echtscheidingsrecht vanaf de Code civil van 1804 tot nu

Waar in Frankrijk de mogelijkheid tot echtscheiding tijdens de Restauratie in 1816 werd afgeschaft en pas terug werd ingevoerd in 1884, bleef in België de

---

14 Art. 310 CC (oud).

15 Over het echtscheidingsrecht in de Code civil van 1804, zie ook: M. Antokolskaia, 'The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy', in: M. Martín-Casals & J. Ribot (red.), *The role of self-determination in the modernisation of family law in Europe*, Girona: Documenta Universitaria, 2006, p. 40; K. Bastaits, C. Van Peer, E. Alofs, e.a., 'Hoe verloopt een echtscheiding in Vlaanderen', in: D. Mortelmans e.a. (red.), *Scheiding in Vlaanderen*, Leuven: Acco 2011, p. 86; J. Gerlo, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, Brugge: Die Keure 2003, p. 197; D. Heirbaut, 'De vrouwen(on)rechtsgeschiedenis van Napoleon tot vandaag: een verhaal van voortdurende vooruitgang?', in: E Brems & L. Stevens (red.), *Recht en gender in België*, Brugge: Die Keure 2011, p. 27-30; A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent: Mys & Breesch 2002, p. 168; D. Mortelmans, F. Swennen & E. Alofs, 'De echtscheiding en haar gevolgen: een vervlochten evolutie van recht en samenleving', in: D. Cuypers, D. Mortelmans & N. Torfs (red.), *Echtscheiding: werkelijk win for life?*, Brugge: Die Keure 2008, p. 9-10; B. Poelemans, *Scheiden op maat. Pleidooi voor een gematigde hervorming van het echtscheidingsrecht*, Gent: Mys & Breesch, 1994, p. 3 e.v.

wetgeving van 1804 behouden.[16] Op enkele kleinere aanpassingen na bleven het echtscheidingsrecht en in het bijzonder de gronden tot echtscheiding grotendeels ongewijzigd tot de tweede helft van de twintigste eeuw met de openstelling van de vordering tot omzetting van een scheiding van tafel en bed in een echtscheiding voor de initiële eiser in de procedure van scheiding van tafel en bed (1962),[17] de afschaffing van de discriminatie op het vlak van overspel tussen man en vrouw (1974)[18] en de invoering van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van tien jaar (1974).[19] Door laatstvermelde wetswijziging kon voor het eerst sinds de Franse revolutionaire periode voor een schuldloze echtscheiding op eenzijdig verzoek worden gekozen - al bleven de gevolgen (tenzij in geval van geestesstoornis van één der echtgenoten) schuldbepaald.[20] De termijnen van de vereiste feitelijke scheiding werden geleidelijk ingekort naar vijf jaar (1982)[21] en twee jaar (2000).[22] Overspel werd gedepenaliseerd (1987)[23] en de echtscheidingsprocedures vereenvoudigd en ingekort (1994 en 1997).[24] De meest fundamentele inhoudelijke hervorming sinds 1804 is niettemin gerealiseerd door de Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding,[25] waarbij een echtscheidingsrecht werd gecreëerd dat sterk aanleunt bij de soepele en progressieve Franse revolutionaire wetgeving en waarin het 'recht op echtscheiding' centraal staat.

---

16 O. Matocq & Y. Favier, 'Règles générales des procédures de divorce', in : P. Murat (red.), *Droit de la famille*, Parijs : Dalloz, 2007, nr. 130.12; P. Senaeve, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven: Acco 1996, p. 570.

17 Wet van 20 juli 1962 betreffende de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed (*BS* 7 augustus 1962).

18 Wet van 28 oktober 1974 tot wijziging van de artikel 387, 388 en 389 van het Strafwetboek, van de artikelen 229 en 230 van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 1269 van het Gerechtelijk Wetboek (*BS* 29 november 1974).

19 Wet van 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en het Gerechtelijk Wetboek, betreffende de echtscheiding (*BS* 17 augustus 1974).

20 Art. 306, 307 en 307bis BW (oud).

21 Wet van 2 december 1982 tot wijziging van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 1270bis van het Gerechtelijk Wetboek, *BS* 21 december 1982.

22 Wet van 16 april 2000 tot wijziging van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek en van de artikelen 1270bis, 1309 en 1310 van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (*BS* 19 mei 2000).

23 Wet van 20 mei 1987 tot opheffing van de artikelen 387 en 390 van het Strafwetboek inzake overspel (*BS* 12 juni 1987).

24 Wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding (*BS* 21 juli 1994) en Wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (*BS* 27 juni 1997).

25 *BS* 7 juni 2007 (in werking getreden op 1 september 2007).

B. *Het schuldgerelateerde echtscheidingsrecht van vóór de Wet van 27 april 2007*

Vóór de hervorming van 2007 kende België een gemengd echtscheidingssysteem, met zowel schuldbepaalde echtscheidingsgronden (overspel, gewelddaden, mishandelingen, grove beledigingen)[26] als schuldloze echtscheidingsgronden (feitelijke scheiding al dan niet wegens geestesstoornis[27] en onderlinge toestemming[28]), en met twee rechtsplegingen (op grond van feiten en door onderlinge toestemming).

De schuldgerelateerde echtscheidingsgronden waren op limitatieve wijze opgesomd: overspel, gewelddaden, mishandelingen en grove beledigingen. Gelet op de extensieve interpretatie van de notie 'grove belediging' kwam echter elke vrijwillige, ernstige en beledigende schending van een huwelijksverplichting als grond tot echtscheiding in aanmerking.[29]

De echtscheiding op grond van feitelijke scheiding betrof een schuldloze echtscheidingsvorm, vermits de eiser tijdens de echtscheidingsprocedure geen fout ten laste van de verweerder diende aan te voeren.[30] De gevolgen waren (tenzij in geval van geestesstoornis) niettemin schuldbepaald.[31] De echtscheiding werd op deze grond toegestaan wanneer de duurzame ontwrichting van het huwelijk vaststond[32] én zij de materiële toestand van de minderjarige kinderen niet gevoelig zou doen verslechten.[33]

---

26 Art. 229 (oud) en 231 BW (oud). Zie hierover uitgebreid: M. Govaerts, 'Echtscheiding op grond van bepaalde feiten', in: *CBR-Jaarboek 1997-98*, Antwerpen: Maklu 1998, p. 94-108.

27 Art. 232 lid 1 en lid 2 BW (oud). De toestand van krankzinnigheid of diepe geestesstoornis betrof geen zelfstandige grond tot echtscheiding; ook in deze hypothese dienden de feitelijke scheiding en duurzame ontwrichting van het huwelijk te worden bewezen. Zie hierover uitgebreid: M. Govaerts, 'Echtscheiding op grond van bepaalde feiten', in: *CBR-Jaarboek 1997-98*, Antwerpen: Maklu 1998, p. 109-114.

28 Art. 233 BW (oud).

29 G. Baeteman, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne: Kluwer 1993, p. 387-393 en 401; P. Senaeve, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven: Acco 1996, p. 576.

30 G. Baeteman, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne: Kluwer 1993, p. 510.

31 Oud art. 306, 307 en 307bis BW. Zie hierover ook: E. Alofs & A. Mortelmans, 'Het belang van de fout in het alimentatierecht na echtscheiding: een rechtshistorische en rechtsvergelijkende studie van België, Nederland, Frankrijk en Engeland', *TPR* 2010, p. 399.

32 Volgens de meest recente strekking maakten de feitelijke scheiding en het inleiden van de echtscheidingsvordering een weerlegbaar vermoeden uit dat het huwelijk duurzaam ontwricht was (zie bijvoorbeeld: Hof van Beroep Antwerpen 24 december 2003, *NJW* 2004, p. 699; P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 105). Volgens een andere, eerdere strekking vloeide de duurzame ontwrichting daarentegen niet

De (nog steeds voorhanden zijnde) schuldloze echtscheiding door onderlinge toestemming kwam/komt tot stand door de onderlinge en volgehouden toestemming van de echtgenoten op de wijze, onder de voorwaarden en na de proeftijden bepaald door de wet. De voorwaarden, termijnen en procedure versoepelden geleidelijk aan. Deze echtscheidinggrond kende een opmars[34] en was de laatste decennia veruit de meest populaire echtscheidingsvorm. Deze populariteit is sinds de echtscheidingshervorming van 2007 niettemin gedaald.

Het vóór de Wet van 27 april 2007 geldende echtscheidingsrecht werd gekenmerkt door een – in vergelijking met 1804 weliswaar sterk afgezwakt – huwelijksbeschermend karakter. De onderliggende doelstelling bestond erin het levenslange huwelijksmodel te beschermen. De nadruk lag hierbij op de maatschappelijke functies die het huwelijk vervulde, met name procreatie, opvoeding van de kinderen, voorzien in de materiële bestaanszekerheid van het gezin en bescherming van het familiebezit.[35] Slechts indien beide echtgenoten het huwelijk wensten te beëindigen, kon dit in onderlinge overeenstemming gebeuren. Bij gebrek aan eensgezindheid kon de echtscheiding slechts worden toegestaan op bepaalde foutgerelateerde gronden als sanctie voor de schuldige tekortkoming van één of beide echtgenoten aan een huwelijksverplichting. De echtscheiding op grond van feitelijke scheiding vormde niettemin de uitzondering op deze regel: in deze hypothese kon de echtgenoot tot echtscheiding worden gedwongen, ook al was hij onschuldig. De echtgenoot die zijn partner geen tekortkomingen aan de huwelijksplichten kon verwijten,

---

automatisch voort uit de feitelijke scheiding en moest ze afzonderlijk worden bewezen (voor verwijzingen, zie: G. Baeteman, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne: Kluwer 1993, p. 506).

33 Het Arbitragehof oordeelde niettemin dat artikel 232 BW de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie schond in zoverre het de toekenning van een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding afhankelijk maakte van de voorwaarde dat de materiële toestand van de minderjarige kinderen uit het huwelijk niet op gevoelige wijze verslecht - hetgeen geen vereiste was bij de andere vormen van echtscheiding (Arbitragehof 12 mei 2004, nr. 81/2004).

34 Voor cijfers tussen 1902 en 1982, zie: L. De Witte & L. Van den Bossche, *Vermits het recht niet tot liefde kan dwingen… Naar een schuldloze echtscheiding*, Brussel: SEVI, 1986, p. 21. Zie ook: J. Fierens, 'La quadrature de la faute dans le cercle du divorce', *JT* 2007, p. 337; J. Gerlo, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, Brugge: Die Keure 2003, p. 196; G.P. Hoefnagels, 'Liberalisering, humanisering en de echtscheiding door onderlinge toestemming, *FJR* 1984, p. 54; W. Pintens, 'Echtscheiding', in: M. Storme, G. Baeteman & J. Gerlo (red.), *Het familierecht geactualiseerd*, Gent: Storme, 1985, p. 2.

35 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel: Bruylant, 1939, nr. 564, 565, 567. Zie hierover ook: G. Baeteman, *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne: Kluwer 1993, p. 383-385; B. Poelemans, *Scheiden op maat. Pleidooi voor een gematigde hervorming van het echtscheidingsrecht*, Gent: Mys & Breesch, 1994, p. 4; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce: le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 927 e.v., 934 e.v., 1059 e.v.

beschikte bijgevolg niet over de mogelijkheid uit de echt te scheiden dan na een duurzame feitelijke scheiding van oorspronkelijk tien, later vijf en uiteindelijk twee jaar. De echtscheiding kon dus slechts onder strikte voorwaarden eenzijdig worden opgedrongen. Een 'recht op echtscheiding' bestond met andere woorden niet.

C Het schuldloze echtscheidingsrecht van na de Wet van 27 april 2007

Het Belgische echtscheidingsrecht wordt de laatste decennia gekenmerkt door een liberalisering ten gevolge van de toenemende individualisering van de maatschappij in het algemeen, en de stijgende nood aan flexibiliteit (onder meer in relaties) en desinstitutionalisering van het huwelijk in het bijzonder. Waar ten tijde van het levenslange huwelijksmodel van de Code civil van 1804 de nadruk lag op de maatschappelijke functies die het huwelijk vervulde, wordt het huwelijk thans als een private overeenkomst beschouwd die haar oorsprong vindt in de liefde en die bijgevolg bij het eindigen van de liefde moet kunnen worden ontbonden.[36] De echtscheidingshervorming van 2007 vindt haar grondslag in dit maatschappelijk gewijzigde huwelijksconcept.[37]

De voornaamste doelstellingen van de wetgever bij de hervorming van 2007 waren de nefaste gevolgen van een foutgerelateerde echtscheidingsprocedure te temperen[38] en een 'recht op echtscheiding' in te voeren.[39] Ter realisatie hiervan

---

36 Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de hervorming van de echtscheiding (hierna afgekort: 'Memorie van toelichting'), *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2341/001, p. 6; Verslag Subcommissie Kamer, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/007, p. 49 en 67, Verslag Commissie Senaat, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 3; *Hand.* Senaat 2006-07, nr. 3-210 (22 maart 2007), p. 49). Zie hierover ook: M. Antokolskaia, 'Objectives and values of substantive family law', in: J. Meeusen, e.a. (red.), *International Family Law of the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 54 e.v.; J. Fierens, 'La quadrature de la faute dans le cercle du divorce', *JT* 2007, p. 336; J.-L. Renchon, 'Le droit de la personne et de la famille: de l'indisponibilité à l'autodétermination', in: D. Heirbaut & G. Martyn (eds.), *Napoleons nalatenschap*, Mechelen: Kluwer, 2005, p. 132 e.v.
F. Swennen & F. Aps, 'De echtscheidingswet 2007', *RW* 2007-2008, p. 555.

37 Voor kritiek op de gewijzigde opvatting omtrent het huwelijksconcept, zie: J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 927 e.v. ,934 e.v, 1058 e.v.

38 Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 6; Verslag Subcommissie Kamer, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/007, p. 11-12, 41; Verslag namens de commissie voor de Justitie van de Kamer op 9 februari 2007 uitgebracht door mevrouw Deom en de heer Verherstraeten (hierna afgekort: 'Verslag Commissie Justitie Kamer'), *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2341/018, p. 9; Verslag Commissie Senaat, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 47, 48; *Hand.* Kamer 2006-07, CRIV 51 Plen 265 (14 februari 2007), p. 6, 27 e.v., 43; *Hand.* Senaat 2006-07, nr. 3-210 (22 maart 2007), p. 49-50.

39 Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 6; Verslag Subcommissie Kamer, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/007, p. 9; Verslag

werd de echtscheidingsprocedure versoepeld[40] en het schuldgerelateerde echtscheidingsstelsel verlaten. Met deze hervorming naar een schuldloos echtscheidingsrecht sloot België aan bij een tendens die in verschillende Europese landen waar te nemen is.[41]

De Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding werd gevolgd door verscheidene reparatiewetten, waarvan de laatste dateert van 5 april 2011.[42] In de hiernavolgende uiteenzetting wordt een stand van zaken gegeven van het actuele Belgische echtscheidingsrecht, met inbegrip van deze wetswijzigingen.

§ 2 Huidig echtscheidingsrecht

De initiële doelstelling van de wetgever bij de hervorming van 2007 was te komen tot een monistisch echtscheidingssysteem met één grond tot echtscheiding en één rechtspleging.[43] Dit voornemen werd verlaten voor een dualistisch systeem bestaande uit twee echtscheidingsgronden met elk een afzonderlijke procedure:[44] de succesvolle echtscheiding door onderlinge toestemming werd behouden naast de nieuw ingevoerde echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk.

Commissie Senaat, *Parl. St*. Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 2; *Hand*. Senaat 2006-07, nr. 3-210 (22 maart 2007), p. 50.

40 Memorie van toelichting, *Parl. St*. Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 3 en 5.

41 Zie hierover uitgebreider: E. Alofs & A. Mortelmans, 'Het belang van de fout in het alimentatierecht na echtscheiding: een rechtshistorische en rechtsvergelijkende studie van België, Nederland, Frankrijk en Engeland', *TPR* 2010/2, p. 383 e.v.; J. Gerlo, *Handboek voor familierecht. 1. Personen- en familierecht*, Brugge: Die Keure 2003, p. 199.

42 Zie onder meer: 1. de Wet van 31 oktober 2008 tot wijziging van artikel 1294bis, § 2 Ger.W. teneinde de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding te verduidelijken (*BS* 23 januari 2009), 2. de Wet van 17 november 2009 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek inzake de kostenverdeling onder partijen bij een echtscheidingsprocedure (*BS* 22 januari 2010), 3. de Wet van 2 juni 2010 tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek wat de procedure inzake echtscheiding betreft (*BS* 21 juni 2010) en 4. de wet van 5 april 2011 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de persoonlijke verschijning en de poging tot verzoening bij echtscheiding betreft en tot invoering van een kennisgeving over het bestaan en het nut van bemiddeling in echtscheidingszaken (*BS* 16 juni 2011).

43 Memorie van toelichting, *Parl. St*. Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 3, 6-7.

44 Zie onder meer: Verslag Subcommissie Kamer, *Parl. St*. Kamer 2005-06, nr. 51-2341/007, p. 59; Verslag Commissie Justitie Kamer, *Parl. St*. Kamer 2006-07, nr. 51-2341/018, p. 13, 16, 20; Verslag Commissie Senaat, *Parl. St*. Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 45; *Hand*. Kamer 2006-07, CRIV 51 Plen 265 (14 februari 2007), p. 59. Zie hierover ook: F. Swennen, 'Artikel 229', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 5.

Enkel indien de echtgenoten het eens zijn over de echtscheiding én alle gevolgen, kunnen zij opteren voor de echtscheiding door onderlinge toestemming. Zijn de echtgenoten het weliswaar eens over het principe om uit de echt te scheiden, maar niet over alle gevolgen ervan, of zijn zij het zelfs niet eens over de beslissing om te scheiden, dan is enkel de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting een optie. Om de echtscheiding op deze grond kan niettemin gezamenlijk worden verzocht, zodat het in die hypothese ook een vorm van echtscheiding door onderlinge toestemming impliceert. Bovendien kunnen ook in het kader van deze procedure deelakkoorden aangaande de gevolgen van de echtscheiding worden gehomologeerd door de echtscheidingsrechter (art. 1255 § 1 lid 3 Ger.W.).

Sinds de hervorming van 2007 is er een verschuiving van echtscheidingsvorm waar te nemen, waarbij de populariteit van de echtscheiding door onderlinge toestemming is gedaald ten voordele van de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk. Waar vóór de hervorming de echtscheiding door onderlinge toestemming de meerderheid uitmaakte van het aantal echtscheidingen in Vlaanderen (ongeveer 80%), respectievelijk in België (ongeveer 75%),[45] was de verdeling in 2008, 2009 en 2010 ongeveer gelijk voor beide echtscheidingsvormen.[46] Deze verschuiving in echtscheidingsvorm bevestigt de vrees van sommige parlementsleden geuit tijdens de voorbereiding van de Wet van 27 april 2007.[47] Aan de basis ervan ligt de mogelijkheid tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk op gezamenlijk verzoek. Deze echtscheidingsvorm impliceert in wezen een soort echtscheiding door onderlinge toestemming, waarbij de onderlinge toestemming zich niettemin beperkt tot de beslissing tot echtscheiding zelf en zich dus niet uitstrekt tot de echtscheidingsgevolgen.

---

45 Zie onder meer: Verslag Subcommissie Kamer, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/007, p. 34.

46 Cijfers op basis van de 'jaarlijkse statistieken van hoven en rechtbanken' (FOD Justitie). In die zin ook: Mondelinge parlementaire vraag van C. Nyssens aan de staatssecretaris voor Gezinsbeleid M. Wathelet over de gevolgen van de nieuwe echtscheidingswet, *Hand.* Kamer 7 mei 2009, p. 37-38. Zie hierover ook: F. Aps, 'Evaluatie en toekomstperspectieven van de Echtscheidingswet 2007. Het verhaal van het badwater en het kind…', *RW* 2009-2010, p. 1754.

47 *Hand.* Kamer 2006-07, CRIV 51 Plen 265 (14 februari 2007), p. 34. Over de verschuiving in echtscheidingsvorm die niet overeenkomt met de initiële bedoeling van de wetgever, zie ook: Aanvullend verslag namens de commissie voor de justitie van de Kamer op 21 februari 2011 uitgebracht door mevrouw S. De Wit bij het wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de persoonlijke verschijning en de poging tot verzoening bij echtscheiding betreft, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, nr. 53K0756/009, p. 4-5. Deze vrees werd eveneens proactief geuit door J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 959.

A *De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk*

De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk[48] betreft een overkoepelende echtscheidingsvorm die drie subgronden omvat, waarin de oude echtscheidingsgronden gedeeltelijk terugkeren:

1 de onherstelbare ontwrichting kan worden bewezen met alle wettelijke bewijsmiddelen (art. 229 § 1 BW);
2 de onherstelbare ontwrichting wordt onweerlegbaar vermoed na een feitelijke scheiding van een bepaalde duur (art. 229 § 2 en § 3 BW);
3 de onherstelbare ontwrichting wordt onweerlegbaar vermoed na het herhaald verzoek tot echtscheiding met een tussenliggende reflectieperiode (art. 229 § 2 in fine en § 3 in fine BW).

De rechtsleer uitte kritiek op het nodeloos ingewikkelde karakter van deze koepelbepaling waaronder in feite drie zelfstandige echtscheidingsgronden schuilgaan.[49]

1. Subgronden

a. Concreet bewijs

De ene echtgenoot kan de andere in echtscheiding dagvaarden op grond van het bewijs, met alle wettelijke middelen,[50] van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk. De rechtbank kan de echtscheiding in deze hypothese dadelijk (of na verdere bewijsvoering) uitspreken indien hij, op basis van het door de eiser geleverde bewijs, vaststelt dat het huwelijk onherstelbaar ontwricht is. Het huwelijk wordt onherstelbaar ontwricht geacht 'wanneer de voortzetting van de

---

48 Art. 229 BW jo. art. 1254-1283 Ger.W.

49 P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 109; F. Swennen, 'Artikel 229', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 6.

50 Met betrekking tot de discussie over de toelaatbaarheid van de bekentenis en de eed als bewijsmiddel, zie onder meer: J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 971; P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 116; P. Senaeve, 'Het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting uitspreekt', *T. Fam.* 2010, p. 82 e.v.; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 9 e.v.; F. Swennen, 'Artikel 229', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 21 e.v.; G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 687.

samenleving tussen de echtgenoten en de hervatting ervan redelijkerwijs onmogelijk is geworden' (art. 229 § 1 BW jo. artikel 1255 § 5 Ger.W.).

Hoewel de fout van één of beide echtgenoten niet langer een autonome grond tot echtscheiding uitmaakt, is deze niettemin nog indirect aanwezig in het kader van het feitelijke bewijs van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk. Dit sluit aan bij de bedoeling van de wetgever om het debat over de fout te behouden (onder meer om het leed van het slachtoffer uit te drukken), doch zonder dat dit debat een noodzaak mag zijn voor het verkrijgen van de echtscheiding.[51]

Partnergeweld,[52] het uiten van telefonische bedreigingen[53] en een zware strafrechtelijke veroordeling[54] zijn voorbeelden van foutief gedrag waaruit de onherstelbare ontwrichting kan blijken.[55] In de rechtspraak staan overspelige relaties en het vormen van een huishouden met een nieuwe partner op de eerste plaats.[56] Het bewijs van overspel kan nog steeds worden geleverd door

---

51 Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 8.

52 Verslag Commissie Senaat, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 36. H. Casman, 'Nieuw echtscheidingsrecht. Toelichting voor de notariële praktijk', *Not.Fisc.M.* 2007, p. 281; P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 109; F. Swennen, 'Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 29, nr. 37. Voor toepassingen, zie: Rb. Brussel 9 november 2007, *JLMB* 2008, p. 338; Rb. Brussel 9 november 2007, *JLMB* 2008, p. 340; Rb. Aarlen 29 februari 2008, *RTDF* 2010, p. 213; Rb. Aarlen 9 mei 2008, *RTDF* 2010, p. 227.

53 D. Pire, 'Le divorce pour désunion irrémédiable: un an d'application', in: Y.-H. Leleu (red.), *Actualités de droit familial. Le point en 2008*, Luik: Anthémis 2008, p. 13.

54 P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 109. Voor een toepassing, zie: Rb. Luik 9 oktober 2007, *JLMB* 2008, p. 355; Rb. Eupen 21 maart 2008, *JLMB* 2009, p. 1918.

55 Uitgebreider, zie: F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 5.

56 Rb. Luik 23 oktober 2007, *JLMB* 2008, p. 357; Rb. Nijvel 13 november 2007, *JLMB* 2008, p. 341; Rb. Leuven 4 februari 2008, *RABG* 2008, p. 710; Rb. Bergen 2 oktober 2008, *Act.dr.fam.* 2008, p. 210; Hof van Beroep Brussel 4 december 2008, *RTDF* 2009, p. 711 m.nt. M. Fallon; Rb. Oudenaarde 23 december 2008, *RW* 2008-2009, p. 1741; Hof van Beroep Brussel 16 november 2009, *RTDF* 2011, p. 57; Hof van Beroep Gent 11 maart 2010, *T. Fam.* 2010, p. 79 m.nt. P. Senaeve; Rb. Nijvel 8 juni 2010, *RTDF* 2011, p. 685; Hof van Beroep Brussel 10 januari 2011, *RTDF* 2011, p. 317. Over overspel als oorzaak van de onherstelbare ontwrichting, zie ook: Verslag Commissie Senaat, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 36; H. Casman, 'Nieuw echtscheidingsrecht. Toelichting voor de notariële praktijk', *Not.Fisc.M.* 2007, p. 281; P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 109; F. Swennen, 'Doelstellingen van de

vaststelling ervan door een gerechtsdeurwaarder, die wordt bijgestaan door de politie en een slotenmaker om zich toegang te verschaffen tot de woning en een proces-verbaal opmaakt met verslag van al zijn zintuiglijke waarnemingen (overeenkomstig art. 1016*bis* Ger.W.).[57] Het bewijs van foutief gedrag, zoals overspel, an sich is echter onvoldoende. Dit gedrag moet bovendien de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk tot gevolg hebben gehad.[58] Zowel fouten van de verwerende als van de eisende partij komen als bewijs van de onherstelbare ontwrichting in aanmerking, onder voorbehoud van collusie.[59] De eiser kan zich bijgevolg beroepen op eigen tekortkomingen om de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk te bewijzen.[60] In deze hypothese gaat het echter niet om een bekentenis in de bewijsrechtelijke zin van het woord, vermits een bekentenis enkel kan worden aangevoerd tegen diegene die haar aflegt (art. 1354 en 1356 lid 2 BW). Wanneer de eiser in het kader van het bewijs van de onherstelbare ontwrichting op grond van artikel 229 § 1 BW verwijst naar een

---

hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 29, nr. 37; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 6.

57 Voor toepassingen, zie: Rb. Nijvel 13 november 2007, *JLMB* 2008, p. 341; Rb. Leuven 4 februari 2008, *RABG* 2008, p. 710; Hof van Beroep Gent 27 maart 2008, *NjW* 2009, p. 277; Rb. Bergen 2 oktober 2008, *Act.dr.fam.* 2008, p. 210; Rb. Hasselt 5 januari 2010, *Limb. Rechtsl.* 2010, p. 130 (samenvatting in: *RTDF* 2011, p. 234).

58 J. Fierens, 'Le divorce pour cause de désunion irrémédiable', *Div. act.* 2007, p. 105; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 966; P. Senaeve, 'Het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting uitspreekt', *T. Fam.* 2010, p. 83; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 6; F. Swennen & B. Weyts, 'Fouten tussen echtgenoten. Een tocht doorheen het echtscheidings- en aansprakelijkheidsrecht', in: G. Verschelden (red.), *XXXVIe PUC Willy Delva. Echtscheiding*, Mechelen: Kluwer 2010, nr. 11. Zie bijvoorbeld: Hof van Beroep Luik 19 november 2008, *RRD* 2008, p. 363.

59 J. Fierens, 'Le divorce pour cause de désunion irrémédiable', *Div. act.* 2007, p. 105; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 967; P. Senaeve, 'Het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting uitspreekt', *T. Fam.* 2010, p. 82; F. Swennen, 'Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 28.

60 Zie bijvoorbeeld: Rb. Luik 9 oktober 2007, *JLMB* 2008, p. 355; Rb. Brussel 22 februari 2008, *JLMB* 2008, p. 1042; Rb. Nijvel 4 maart 2008, *RTDF* 2010, p. 215; Rb. Nijvel 29 oktober 2008, *JLMB* p. 2009, p. 136 m.nt. G. Hiernaux; Hof van Beroep Gent 11 maart 2010, *T. Fam.* p. 2010, p. 79 m.nt. P. Senaeve.

eigen tekortkoming, betreft dit dan ook slechts een loutere erkenning van een feit. Een dergelijke erkenning volstaat echter niet om een feit, waarvan de waarachtigheid wordt betwist door de tegenpartij, te bewijzen.[61] De erkenning dient bovendien betrekking te hebben op een concreet feit en kan niet de onherstelbare ontwrichting als dusdanig tot voorwerp hebben.[62]

Hoewel de eisende echtgenoot zijn vordering op grond van artikel 229 § 1 BW in de praktijk meestal steunt op het wangedrag van de partner, kan de ontwrichting niettemin ook afgeleid worden uit schuldloze gedragingen of situaties, zoals de geestesstoornis of een zware depressieve toestand van een echtgenoot.[63]

In tegenstelling tot hetgeen geldt bij de andere subgronden, beschikt de rechter in het kader van artikel 229 § 1 BW over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Een groot deel van de rechtsleer en rechtspraak is niettemin van mening dat deze subgrond restrictief moet worden geïnterpreteerd en toegepast als een 'hardheidsclausule' die slechts in uitzonderlijke gevallen de onmiddellijke echtscheiding kan rechtvaardigen, namelijk wanneer van de eisende partij niet redelijkerwijs kan worden verwacht dat hij de termijnen van feitelijke scheiding of reflectie doorloopt.[64] Deze enge interpretatie kan worden

---

61 Zie hierover: F. Aps en J. Gerlo, 'Artikel 1255 Ger.W.', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 5 e.v.; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 967; P. Senaeve, 'Het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting uitspreekt', *T. Fam.* 2010, p. 82 en 83.

62 F. Aps en J. Gerlo, 'Artikel 1255 Ger.W.', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 6.

63 A. Duelz, J.-C. Brouwers en Q. Fischer, *Le droit du divorce*, Brussel: Larcier 2009, p. 70; J. Fierens, 'Le divorce pour cause de désunion irrémédiable', *Div. act.* 2007, p. 105; D. Mortelmans, F. Swennen & E. Alofs, 'De echtscheiding en haar gevolgen: een vervlochten evolutie van recht en samenleving', in: D. Cuypers, D. Mortelmans & N. Torfs (red.), *Echtscheiding: werkelijk win for life?*, Brugge: Die Keure 2008, p. 12. Zie ook: Verslag Commissie Senaat, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 56: hier werd de vraag gesteld, doch niet beantwoord. Enigszins kritisch: J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 970 e.v.

64 F. Aps en J. Gerlo, 'Artikel 1255 Ger.W.', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 4; A. Duelz, J.-C. Brouwers & Q. Fischer, *Le droit du divorce*, Brussel: Larcier 2009, p. 71 e.v.; J.-P. Masson, 'Un an d'application de la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce', *JT* 2008, p. 466; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 962 e.v., 971; F. Swennen, 'Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden

bijgetreden, vermits deze overeenstemt met de bedoeling van de wetgever om het beroep op deze subgrond zo beperkt mogelijk te houden, bijvoorbeeld in geval van echtelijk geweld, maar ook wanneer beide echtgenoten reeds een nieuwe relatie zijn aangegaan voor het verstrijken van de vereiste termijnen van feitelijke scheiding.[65] In het verlengde van deze strikte interpretatie kan de echtscheiding bovendien niet langer worden uitgesproken op grond van artikel 229 §1 BW, wanneer de voorwaarden voor de andere subgronden – vereiste termijnen van feitelijke scheiding of procedure zijn verlopen – vervuld zijn.[66]

Een andere strekking is niettemin veel soepeler in het aanvaarden van het bewijs van de onherstelbare ontwrichting met alle wettelijke middelen.[67]

b. Feitelijke scheiding

De onherstelbare ontwrichting van het huwelijk wordt voorts onweerlegbaar vermoed na een feitelijke scheiding van zes maanden dan wel één jaar, naargelang een gezamenlijk dan wel eenzijdig verzoek tot echtscheiding voorhanden is (art. 229 § 2, respectievelijk art. 229 § 3 BW). Wordt de echtscheiding eenzijdig gevorderd, maar verklaart de andere echtgenoot zich in de loop van de procedure akkoord met die vordering, dan geldt de korte termijn van zes maanden die geldt voor de echtscheiding op gezamenlijk verzoek (art. 1255 § 3 Ger.W.).[68]

Het bestaan van de feitelijke scheiding impliceert dat de echtgenoten op meer dan toevallige wijze ononderbroken gescheiden leven (materieel element) en dit

---

(red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 24; F. Swennen, 'Artikel 229', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 8-9; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 5. In deze zin ook: Hof van Beroep Gent 11 maart 2010, *T. Fam.* 2010, p. 79 m.nt. P. Senaeve.

65 Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 13; Verslag Subcommissie Kamer, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/007, p. 37, 49, 57; Verslag Commissie Senaat, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 53.

66 Hof van Beroep Luik 19 november 2008, *RRD* 2008, p. 363; Rb. Nijvel 3 februari 2009, *RTDF* 2010, p. 237; Rb. Nijvel 29 mei 2009, *RTDF* 2011, p. 95; Rb. Nijvel 29 september 2009, *RTDF* 2011, p. 97; Rb. Nijvel 29 september 2009, *RTDF* 2011, p. 99; Rb. Nijvel 13 oktober 2009, *RTDF* 2011, p. 101. In andersluidende zin: Rb. Brussel 9 november 2007, *JLMB* 2008, p. 337; Rb. Brussel 9 november 2007, *JLMB* 2008, p. 338; Rb. Nijvel 4 maart 2008, *RTDF* 2010, p. 215; Rb. Aarlen 9 mei 2008, *RTDF* 2010, p. 227.

67 Zie bijvoorbeeld: Rb. Neufchâteau 2 oktober 2007, *JLMB* 2007, p. 1609; Rb. Luik 16 oktober 2007, *JLMB* 2008, p. 356; Rb. Brussel 14 maart 2008, *JLMB* 2010, p. 316; Rb. Nijvel 19 mei 2009, *RTDF* 2011, p. 92; Rb. Brussel 1 december 2009, *RTDF* 2010, p. 608; Rb. Nijvel 8 juni 2010, *RTDF* 2011, p. 685.

68 Voor een toepassing, zie: Rb. Luik 23 oktober 2007, *JLMB* 2008, p. 357.

door minstens één van hen ook gewild is (intentioneel element).[69] In overmachtsituaties, zoals een ziekenhuisopname of een verblijf in de gevangenis, ontbreekt dit intentioneel element vaak,[70] doch niet noodzakelijk.[71]

De feitelijke scheiding kan met alle wettelijke middelen worden bewezen, met uitzondering van de bekentenis en de eed (art. 1255 § 4 Ger.W.). Doorgaans wordt het bewijs geleverd door voorlegging van de getuigschriften van woonplaats van de echtgenoten waaruit de inschrijving op verschillende adressen blijkt (art. 1255 § 4 in fine Ger.W.). Niettemin kan het bewijs ook worden geleverd met onder andere huurdocumenten.[72] Ook wordt de aanvang van de feitelijke scheiding vaak vastgesteld op de datum van de beschikking van de vrederechter, genomen op grond van artikel 223 BW, waarbij hij toelating verleent tot het betrekken van afzonderlijke woonsten.[73]

Indien de partijen op het moment van de eerste zitting reeds meer dan twaalf maanden in geval van eenzijdig verzoek, resp. zes maanden in geval van gezamenlijk verzoek feitelijk gescheiden leven, spreekt de rechter de

---

69 Verslag Commissie Senaat, *Parl. St*. Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 62 e.v. Zie onder meer ook: Rb. Aarlen 29 februari 2008, *RTDF* 2010, p. 211; Rb. Nijvel 29 oktober 2008, *JLMB* 2009, p. 136 m.nt. G. Hiernaux; F. Aps, 'Evaluatie en toekomstperspectieven van de Echtscheidingswet 2007. Het verhaal van het badwater en het kind…', *RW* 2009-2010, p. 1756; A. Duelz, J.-C. Brouwers en Q. Fischer, *Le droit du divorce*, Brussel: Larcier 2009, p. 83-84; J. Fierens, 'Le divorce pour cause de désunion irrémédiable', *Div. act*. 2007, p. 106; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 960; F. Swennen, 'Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 31; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 13; G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 689.

70 Zie bijvoorbeeld: Rb. Eupen 21 maart 2008, *JLMB* 2009, p. 1918; Rb. Nijvel 29 oktober 2008, *JLMB* 2009, p. 136 m.nt. G. Hiernaux; Rb. Brussel 1 december 2009, *RTDF* 2010, p. 608.

71 Zie bijvoorbeeld: Rb. Eupen 4 april 2008, *JLMB* 2009, p. 1919.

72 A. Duelz, J.-C. Brouwers & Q. Fischer, *Le droit du divorce*, Brussel: Larcier 2009, p. 83; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 960-961; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 14. Zie bijvoorbeeld: Rb. Aarlen 3 oktober 2008, *RTDF* 2010, p. 235.

73 Rb. Nijvel 15 april 2008, *RTDF* 2010, p. 220; Rb. Nijvel 29 september 2009, *RTDF* 2011, p. 97; Rb. Nijvel 13 oktober 2009, *RTDF* 2011, p. 101; Brussel 4 april 2011, *RTDF* 2011, p. 879.

echtscheiding uit (art. 1255 § 1 lid 1 en § 2 Ger.W.). Leven zij op dat ogenblik nog geen zes, respectievelijk twaalf maanden gescheiden, dan stelt de rechter een nieuwe zitting vast op een datum die onmiddellijk volgt op het verstrijken van de vereiste termijn van feitelijke scheiding. Indien er niettemin eerder zou zijn voldaan aan de vereiste procedure- en reflectietermijn in geval van herhaald verzoek (*infra*), dan stelt de rechter na afloop van deze termijn een nieuwe zitting vast (art. 1255 § 1 lid 2 en § 2 lid 2 Ger.W.). De rechter is er met andere woorden toe gehouden de echtgenoten in te lichten over de snelste mogelijkheid tot echtscheiding. Tijdens deze tweede zitting spreekt de rechter vervolgens de echtscheiding uit indien de verzoekende partijen hun wil hiertoe bevestigen (art. 1255 § 1 lid 2 in fine en § 2 lid 2 in fine Ger.W.).
De rechtsleer is eensgezind van mening dat het verstrijken van de vereiste termijn van feitelijke scheiding moet worden beoordeeld op het ogenblik van de zitting en dat de feitelijke scheiding tijdens de echtscheidingsprocedure bijgevolg wordt meegerekend.[74]

Wanneer de vordering gegrond is op de vereiste feitelijke scheiding komt het de rechter niet toe om in concreto na te gaan of het huwelijk onherstelbaar ontwricht is. Hij dient slechts na te gaan of de vereiste termijnen zijn verstreken en in dat geval de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting uit te spreken.[75] De wetgever had immers de bedoeling om de beoordelingsbevoegdheid van de rechter zo beperkt mogelijk te houden.[76]

---

74 J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 961; P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 105 en 110; F. Swennen, 'Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 33; G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 688; K. Verstraete, 'Hervorming echtscheidingsrecht, *NjW* 2007, p. 628-629.

75 A. Duelz, J.-C. Brouwers & Q. Fischer, *Le droit du divorce*, Brussel: Larcier 2009, p. 82; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 959; F. Swennen, 'Doelstellingen van de hervorming. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 18; F. Swennen, 'Artikel 229', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 5. Zie bijvoorbeeld: Rb. Neufchâteau 2 oktober 2007, *JLMB* 2007, p. 1611; Rb. Nijvel 15 april 2008, *RTDF* 2010, p. 220; Rb. Nijvel 29 september 2009, *RTDF* 2011, p. 99; Rb. Nijvel 13 oktober 2009, *RTDF* 2011, p. 101; Brussel 4 april 2011, *RTDF* 2011, p. 879.

76 Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 4; Verslag Subcommissie Kamer, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/007, p. 56; Verslag Commissie Justitie Kamer, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2341/018, p. 9, ; *Hand.* Kamer 2006-07, CRIV 51 Plen 265 (14 februari 2007), p. 6; Amendement nr. 25 (Mahoux & Seminara), *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/2, p. 49; Verslag Commissie Senaat, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 61 e.v.

De vereiste termijnen van feitelijke scheiding (en de hierna besproken reflectieperiode in geval van herhaal verzoek) hebben een meervoudig doel. In de eerste plaats bouwen zij een soort van bezinningsperiode in die de partijen (en hun eventuele kinderen) moet toelaten de toekomst te overdenken en hen moet beschermen tegen overhaaste beslissingen. Daarnaast fungeren deze termijnen als 'opzegtermijn' om de meest afhankelijke echtgenoot of de echtgenoot die niet wenst te scheiden de kans te bieden zich mentaal aan te passen aan de gewijzigde huwelijkse situatie en zich praktisch te herorganiseren. Tot slot zouden deze termijnen ook nodig zijn om schijnhuwelijken te bestrijden.[77]

c. Herhaald echtscheidingsverzoek

Tot slot blijkt de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk uit het herhaalde verzoek tot echtscheiding met tussenliggende reflectieperiode van drie maanden dan wel één jaar, naargelang het verzoek uitgaat van beide echtgenoten dan wel van één van hen (art. 229 § 2 en § 3 BW). De verwerende echtgenoot kan zich in elke stand van het geding akkoord verklaren met het verzoek tot echtscheiding, in welk geval de verkorte termijn van drie maanden geldt (art. 1255 § 3 Ger.W.).[78]

Wordt de echtscheiding op deze subgrond gevorderd, dan stelt de rechter op de eerste zitting een nieuwe zitting vast op een datum onmiddellijk na het verstrijken van de vereiste reflectietermijn. Tijdens de tweede zitting spreekt de rechter vervolgens de echtscheiding uit indien de verzoekende partijen hun wil daartoe bevestigen. Indien er niettemin eerder voldaan zou zijn aan de vereiste termijn van feitelijke scheiding (*supra*), stelt de rechter na afloop van deze termijn een nieuwe zitting vast. Ook hier komt het de rechter niet toe om in concreto na te gaan of het huwelijk onherstelbaar ontwricht is en moet hij enkel nagaan of de vereiste procedure- en reflectietermijn werd doorlopen.[79]

---

77 Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 28; Verslag Subcommissie Kamer, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/007, p. 58, 59; Verslag Commissie Senaat, *Parl. St.* Senaat 2006-07, nr. 3-2068/4, p. 47, 50, 58-61; Verslag namens de commissie voor de Justitie van de Kamer op 29 maart 2007 uitgebracht door mevrouw Deom en de heer Verherstraeten (hierna afgekort: 'Verslag Commissie Justitie Kamer II'), *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2341/024, p. 4; *Hand.* Kamer 2006-07, CRIV 51 Plen 265 (14 februari 2007), p. 32 e.v. en 57; *Hand.* Senaat 2006-07, nr. 3-210 (22 maart 2007), p. 51, 55 en 61. Zie hierover ook: F. Swennen, 'Artikel 229', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 7-8.

78 Zie bijvoorbeeld: Hof van Beroep Brussel 14 maart 2011, *JLMB* 2011, p. 1640.

79 Zie onder meer: J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 958-959. Zie bijvoorbeeld: Rb. Nijvel 2 februari 2010, *RTDF* 2011, p. 106; Rb. Brussel 17 september 2010, *RTDF* 2011, p. 687.

2. Procedure

a. Inleiding van de vordering

De procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk dient ingeleid te worden bij de rechtbank van eerste aanleg (art. 569 onder 1° Ger.W.) van de laatste echtelijke verblijfplaats of van de woonplaats van de verweerder (art. 628 onder 1° Ger.W.).

De vordering tot echtscheiding op grond van artikel 229 § 1 BW (concreet bewijs) wordt overeenkomstig het gemeen recht ingeleid bij dagvaarding (art. 700 Ger.W. en art. 1254 § 1 Ger.W. a contrario). De verweerder kan desgevallend een tegenvordering instellen. Indien de vordering op deze subgrond verkeerd zou worden ingeleid bij verzoekschrift, dient de verweerder die de nietigheid inroept, aan te tonen dat zijn belangen hierdoor werden geschaad (art. 861 Ger.W.): dit impliceert dat hij moet aantonen dat zijn rechten van verdediging werden geschonden.[80] De nietigheid kan niet ambtshalve door de rechter worden opgeworpen (art. 864 Ger.W.).

De vordering tot echtscheiding op grond van artikel 229 § 2 BW (gezamenlijk verzoek op grond van feitelijke scheiding of herhaald verzoek), respectievelijk artikel 229 § 3 BW (eenzijdig verzoek op grond van feitelijke scheiding of herhaald verzoek) wordt in beginsel ingesteld bij verzoekschrift, ondertekend door beide echtgenoten of ten minste een advocaat of notaris, respectievelijk door één der echtgenoten (art. 1254 § 1 lid 1 en lid 2 Ger.W.).[81] In geval van eenzijdige vordering tot echtscheiding blijft de dagvaarding, als gemeenrechtelijke wijze van rechtsingang, weliswaar mogelijk (art. 700 Ger.W.). Echter zal diegene die kiest voor de gemeenrechtelijke en duurdere wijze van rechtsingang bij dagvaarding, zonder dat bijzondere omstandigheden deze keuze verantwoorden, in beginsel ook de meerkost daarvan dragen.[82]

De gedinginleidende akte dient een aantal verplichte vermeldingen (art. 1254 § 1 lid 4-6 Ger.W.)[83] en bijlagen (art. 1254 § 1 lid 7 Ger.W.)[84] te bevatten. Voor

---

80 Zie bijvoorbeeld: Rb. Nijvel 29 oktober 2008, *JLMB* 2009, p. 136 m.nt. G. Hiernaux; Rb. Leuven 4 februari 2008, *RABG* 2008, p. 709; Rb. Luik 27 november 2007, *JLMB* 2008, p. 344 m.nt. D. Pire.

81 Over de vraag of het om een eenzijdig verzoekschrift dan wel een verzoekschrift op tegenspraak gaat, zie onder meer: F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 32-33.

82 M. Castermans, *Gerechtelijk Privaatrecht*, Gent: Story 2009, 293.

83 Zie ook: art. 43 Ger.W. en art. 702 Ger.W. (met betrekking tot de dagvaarding) en art. 1034ter e.v. Ger.W. (met betrekking tot het verzoekschrift op tegenspraak).

deze verplichting om bepaalde stukken bij te voegen, gelden niettemin een aantal vrijstellingen, waarbij de griffie de informatie zelf opvraagt (art. 1254 § 2 Ger.W.).[85] Partijen zijn niet verplicht van deze vrijstellingen gebruik te maken en verscheidene griffies raden aan de stukken zelf bij te voegen om wachttijden te voorkomen. Deze vrijstellingen gelden niet in het kader van de echtscheiding door onderlinge toestemming.[86]

Indien de stukken onvolledig zijn of de griffie bepaalde informatie niet tijdig kon verkrijgen, nodigt de rechter de meest gerede partij uit de nodige inlichtingen te verstrekken of het dossier van de procedure te vervolledigen (art. 1254 § 4 Ger.W.). Onvolledigheid van vermeldingen of toegevoegde stukken leidt bijgevolg slechts tot opschorting van de procedure en niet tot onontvankelijkheid van de vordering of nietigheid van de akte.[87]

b. Tegen- en aanvullende vorderingen

Tot de sluiting van de debatten kunnen de partijen de oorzaak[88] of het voorwerp van de vordering uitbreiden of wijzigen, en tegenvorderingen of aanvullende vorderingen inleiden (bijvoorbeeld vorderingen met betrekking tot bepaalde gevolgen van de echtscheiding, zoals alimentatie na echtscheiding of de aanstelling van een notaris gelast met de vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap). Dit gebeurt via op tegenspraak genomen conclusies of, in geval van verstek van de andere echtgenoot, door conclusies die aan hem worden meegedeeld bij deurwaardersexploot of aangetekende brief (art. 1254 § 5 Ger.W.). Indien de partijen tijdens de procedure van subgrond willen wijzigen, kan dit dan ook door middel van het neerleggen van een conclusie; er is geen nieuw verzoekschrift of nieuwe dagvaarding nodig.[89]

---

84 Zie ook: art. 1334quater Ger.W. (met betrekking tot het verzoekschrift op tegenspraak).

85 Uitgebreider over deze vrijstellingen, zie: P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 111 e.v.

86 Zie hierover: P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 105, 119 en 141; K. Verstraete, 'Hervorming echtscheidingsrecht, *NjW* 2007, p. 637-638.

87 Zie hierover: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2341/001, p. 25; P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 112; G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 694.

88 Zie de Franse tekst van artikel 1254 § 5 Ger.W.: 'la cause (…) de la demande'. Zie ook: P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 112.

89 J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 992 e.v.; P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 112; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 35.

c. Geen verplichte persoonlijke verschijning

Sinds de Wet van 5 april 2011[90] zijn echtgenoten niet langer verplicht om persoonlijk voor de rechter te verschijnen in het kader van de echtscheidingsprocedure op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk.[91] De rechter behoudt wel de mogelijkheid om ambtshalve de persoonlijke verschijning te bevelen, namelijk wanneer hij het nuttig acht om de partijen met elkaar te pogen verzoenen of om de relevantie van de tussen de echtgenoten gesloten akkoorden over de kinderen na te gaan (art. 1255 § 6 Ger.W.). Ook de partijen of het Openbaar Ministerie kunnen om de persoonlijke verschijning verzoeken, maar de rechter is niet verplicht om dit verzoek in te willigen. Wanneer de rechter de persoonlijke verschijning beveelt, gebeurt deze in raadkamer (art. 757 § 2 onder 11° Ger.W.).[92] De echtgenoot die in die hypothese niet verschijnt, kan van zijn rechtsvordering vervallen worden verklaard (art. 1263 Ger.W.).

d. Voorlopige maatregelen

Tijdens de procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk kan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg waar de echtscheidingsvordering werd ingeleid, op verzoek van één of beide echtgenoten en rechtsprekend in kort geding, voorlopige maatregelen bevelen met betrekking tot de persoon, het levensonderhoud en de goederen van de partijen en de kinderen (art. 1280 lid 1 Ger.W.). Deze vordering tot het bekomen van voorlopige maatregelen kan bij afzonderlijke dagvaarding rechtstreeks bij de kortgedingrechter aanhangig worden gemaakt. Niettemin kunnen de voorlopige maatregelen ook worden gevorderd in de dagvaarding of het verzoekschrift tot echtscheiding (art. 1254 §1 lid 6 Ger.W.). De rechter zal in dat geval, bij gebreke aan akkoord tussen de partijen, de zaak doorverwijzen naar de voorzitter van de rechtbank (art. 1256 lid 3). De partijen kunnen niettemin op elk moment een overeenkomst sluiten over de te nemen voorlopige maatregelen.

---

90 Wet van 5 april 2011 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de persoonlijke verschijning en de poging tot verzoening bij echtscheiding betreft en tot invoering van een kennisgeving over het bestaan en het nut van bemiddeling in echtscheidingszaken (*BS* 16 juni 2011, trad in werking op 1 december 2011). Zie hierover onder meer: J.-C. Brouwers, 'La loi du 5 avril 2011 'modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la compuration personnelle et la tentative de conciliation en cas de divorce, et instaurant une information sur l'existance et l'utilité de la médiation en matière de divorce', *Act.dr.fam.* 2011, p. 150-151.

91 Vgl. de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming (*infra*) en de procedure in kort geding houdende de voorlopige maatregelen met betrekking tot de persoon, het levensonderhoud en de goederen van de kinderen, waar de persoonlijke verschijning wel verplicht is, tenzij in uitzonderlijke omstandigheden (art. 1280 § 2 Ger.W.).

92 Dit artikel werd gewijzigd door de Wet van 2 juni 2010 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en van het Burgerlijk Wetboek wat de behandeling in raadkamer van gerechtelijke procedures inzake familierecht betreft (*BS* 30 juni 2010).

De rechter zal deze overeenkomst homologeren, tenzij deze duidelijk in strijd is met het belang van de kinderen (art. 1256 lid 1 en 2 Ger.W.).

e. Rechtsmiddelen

Tegen een vonnis dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk uitspreekt of weigert, kunnen de gewone rechtsmiddelen verzet en hoger beroep worden aangewend binnen de maand na de betekening van het vonnis (art. 1048 lid 1 Ger.W. respectievelijk art. 1051 lid 1 Ger.W. jo. art. 1276 lid 2 Ger.W.). Indien het hoger beroep wordt ingesteld met 'kennelijk vertragende doeleinden' - bijvoorbeeld wanneer hoger beroep wordt ingesteld tegen de echtscheiding uitgesproken op grond van herhaald verzoek met tussenliggende reflectieperiode - kan de appellant veroordeeld worden tot een geldboete en/of tot een schadevergoeding (art. 780*bis* Ger.W.).[93]

Voor de voorziening in cassatie tegen een arrest dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk uitspreekt of weigert, geldt de gemeenrechtelijke termijn van drie maanden te rekenen vanaf de dag van betekening van het arrest van het hof van beroep (art. 1073 lid 1 Ger.W. jo. art. 1276 lid 2 Ger.W.).[94]

f. Kracht van gewijsde en overschrijving van de uitspraak

Het vonnis dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk uitspreekt of weigert, treedt in kracht van gewijsde zodra de termijn van verzet (wanneer het vonnis bij verstek is gewezen) of hoger beroep (wanneer het vonnis op tegenspraak is gewezen) is verstreken. Het arrest dat de echtscheiding op deze grond uitspreekt of weigert, treedt in kracht van gewijsde zodra de termijn voor voorziening in cassatie is verstreken of in voorkomend geval na de uitspraak van het arrest waarbij de voorziening werd verworpen (art. 1276 lid 1 Ger.W.).

De termijnen van verzet, hoger beroep en voorziening in cassatie beginnen te lopen vanaf de betekening van het vonnis of arrest dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk uitspreekt of weigert (art. 1276 lid 2 Ger.W.). Iedere partij kan de echtscheidingsbeslissing aan de andere

---

93 Zie hierover: A. Duelz, J.-C. Brouwers & Q. Fischer, *Le droit du divorce*, Brussel: Larcier 2009, p. 102; P. Senaeve, 'Het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting uitspreekt', *T. Fam.* 2010, p. 81-82.

94 De Wet van 27 april 2007 had de termijn voor voorziening in cassatie tegen een arrest dat de EOO *uitspreekt* ingekort naar één maand te rekenen vanaf de betekening van het arrest (art. 1274 Ger.W. (oud)). Voor het arrest dat de EOO *afwijst*, bleef de gemeenrechtelijke termijn van drie maanden gelden. Hoewel het Grondwettelijk Hof dit onderscheid niet discriminerend achtte (GwH 16 september 2010, nr. 100/2010), werd de termijn toch terug aangepast door de Wet van 2 juni 2010. Zie hierover uitgebreid: P. Senaeve, 'De echtscheidingswet gerepareerd en gewijzigd bij de wet van 2 juni 2010', *T. Fam.* 2010, p. 153-155.

partij laten betekenen om de termijn van verzet, hoger beroep of cassatie te doen ingaan en de beslissing kracht van gewijsde te laten verkrijgen. Ook wanneer de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk werd uitgesproken op gezamenlijk verzoek, dient de beslissing door de ene echtgenoot aan de andere te worden betekend vooraleer deze in kracht van gewijsde kan treden. Wordt de echtscheidingsbeslissing niet betekend, dan treedt deze niet in kracht van gewijsde en wordt het huwelijk bijgevolg niet ontbonden.[95]

Elk exploot van betekening van een vonnis of arrest dat de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting uitspreekt of weigert, wordt onmiddellijk in afschrift meegedeeld aan de griffier (art. 1275 § 1 Ger.W.). Door de mededeling van het exploot van betekening is de griffier op de hoogte van de datum van betekening en kan hij de datum berekenen waarop de echtscheidingsbeslissing in kracht van gewijsde treedt.[96] Vervolgens stuurt de griffier binnen een maand nadat de echtscheidingsbeslissing in kracht van gewijsde is getreden, een uittreksel van het beschikkende gedeelte, met vermelding van de dag van het in kracht van gewijsde treden, bij aangetekende zending met ontvangstbewijs aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de plaats waar het huwelijk is voltrokken (art. 1275 § 2 lid 1 Ger.W.).[97] Het ontvangstbewijs wordt door de griffier aangezegd aan de partijen (art. 1275 §2 lid 2 Ger.W.).

Binnen een maand na de kennisgeving ervan, schrijft de ambtenaar van de burgerlijke stand het beschikkende gedeelte van de echtscheidingsbeslissing over in zijn register en maakt melding ervan op de kant van de huwelijksakte (art. 1275 § 2 lid 3 Ger.W.). Hij deelt de overschrijving mee aan de procureur des Konings bij de rechtbank van eerste aanleg die op de vordering heeft beslist (art. 1275 § 2 lid 4 Ger.W.). Laatstvermelde verplichting kadert in de algemene controletaak van het Openbaar Ministerie met betrekking tot de registers van de burgerlijke stand.[98]

---

95 G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 699-700.

96 G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 699.

97 Indien het huwelijk niet in België werd voltrokken, wordt het uittreksel overgemaakt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van Brussel.

98 G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 701.

B. *De echtscheiding door onderlinge toestemming*[99]

De echtscheiding door onderlinge toestemming werd behouden en nog verder versoepeld bij de echtscheidingshervorming in 2007.[100]

1. Akkoorden

Alvorens de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming te kunnen aanvatten, zijn de partijen verplicht een volledig akkoord te sluiten over alle gevolgen van de echtscheiding. Dit impliceert, enerzijds, een akkoord over hun wederzijdse rechten, waarin zij hun goederen en schulden verdelen naar aanleiding van de ontbinding van het huwelijksstelsel ('regelingsakte', conform art. 1287 Ger.W.) en, anderzijds, een akkoord over eventuele partneralimentatie, over de uitoefening van het ouderlijk gezag, het eventueel recht op persoonlijk contact, de verblijfsregeling en de bijdrage in de kosten van onderhoud en opvoeding van de minderjarige ongehuwde en niet-ontvoogde gemeenschappelijke kinderen en tot slot over de plaats waar ieder van hen gedurende de procedure zal verblijven ('familierechtelijke overeenkomst', conform art. 1288 Ger.W.).

Deze akkoorden maken in beginsel deel uit van één akte die in bijlage bij het verzoekschrift tot echtscheiding door onderlinge toestemming wordt gevoegd en waarnaar het verzoekschrift op straffe van nietigheid verwijst. Deze akte mag onderhands worden opgesteld, tenzij er zakelijke rechten worden toegewezen met betrekking tot een onroerend goed, in welke hypothese een notariële akte vereist is (art. 1 Hyp.W.).

De rechter oefent slechts een wettigheidscontrole uit op deze akkoorden, met uitzondering van deze die betrekking hebben op de kinderen, waar hij over een marginaal toetsingsrecht aan het belang van de kinderen beschikt.

2. Procedure

a. Inleiding van de vordering

De procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming wordt ingeleid door de neerligging van een (eenzijdig) verzoekschrift ter griffie van een rechtbank van eerste aanleg naar keuze (art. 1288*bis* lid 1 en lid 2 Ger.W.). Het

---

99 Art. 230 BW jo. art. 1287-1304 Ger.W.

100 Met name: vrijstelling van de verplichte tweede verschijning voor de rechter in geval van meer dan zes maanden feitelijke scheiding (art. 1291bis Ger.W.); afschaffing van de voorwaarden inzake leeftijd van de echtgenoten (art. 275 BW (oud)) en inzake duur van het huwelijk (art. 276 BW (oud)). Voor een opsomming van alle wijzigingen die de Wet van 27 april 2007 doorvoerde met betrekking tot de echtscheiding door onderlinge toestemming, zie: L. Rousseau, 'Le nouveau divorce par consentement mutuel', *Rev.not.b.* 2008, p. 437-438.

verzoekschrift wordt ondertekend door beide echtgenoten of door ten minste één advocaat of notaris (art. 1288*bis* lid 6 Ger.W.) en dient een aantal verplichte vermeldingen (art. 1288*bis* § 3 Ger.W) en bijlagen (art. 1288*bis* § 4 Ger.W.) te bevatten, waaronder de familierechtelijke overeenkomst en de regelingsakte.

b. Advies van het Openbaar Ministerie

Binnen acht dagen na de neerlegging wordt het verzoekschrift overgemaakt aan het Openbaar Ministerie (art. 1288ter Ger.W.), dat vervolgens schriftelijk advies uitbrengt over de vormvereisten, de toelaatbaarheid van de echtscheiding en over de inhoud van de overeenkomsten tussen de echtgenoten aangaande hun minderjarige kinderen. Het advies wordt ter griffie neergelegd ten laatste de dag vóór de verschijning van de echtgenoten of wordt op de zitting mondeling of schriftelijk uitgebracht (art. 1289ter § 1 en § 2 Ger.W.).

c. Verplichte persoonlijke verschijning

Binnen een maand na de neerlegging van het verzoekschrift moeten de echtgenoten persoonlijk voor de rechter verschijnen om te bevestigen dat ze de echtscheiding willen met de gevolgen die ze in hun overeenkomst hebben vastgelegd (art. 1289 Ger.W.). In uitzonderlijke omstandigheden (bijvoorbeeld wegens ernstige ziekte) kan de rechter, op verzoek, één van de echtgenoten vrijstelling verlenen van persoonlijke verschijning, waarna deze zich kan laten vertegenwoordigen door een advocaat of notaris (art. 1289*bis* Ger.W.).

Leven de echtgenoten bij het inleiden van de vordering reeds zes maanden feitelijk gescheiden, dan moeten ze slechts één keer voor de rechter verschijnen. Leven partijen bij het inleiden van de vordering nog geen zes maanden feitelijk gescheiden, dan is een dubbele verschijning vereist, met een tussenliggende reflectieperiode van maximaal drie maanden. Op de tweede zitting mogen de partijen zich niettemin laten vertegenwoordigen door een advocaat of notaris. Indien alle voorwaarden zijn vervuld en het Openbaar Ministerie geen negatief advies uitbrengt, wordt de echtscheiding uitgesproken (art. 1291*bis* Ger.W., respectievelijk art. 1294 lid 1 en lid 2 Ger.W.).

d. Passerelle van EOT naar EOO

De Wet van 27 april 2007 heeft een brug ingevoerd tussen de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming naar deze op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk.[101] Indien een van de partijen in het

---

101 Zie hierover uitgebreid: P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 143 e.v.; J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 1025 e.v.; F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 48 e.v.;

kader van de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming niet verschijnt tijdens de tweede zitting of in de loop van de procedure meedeelt dat hij deze niet wenst voort te zetten, kan de meest gerede partij om de toepassing van artikel 1255 Ger.W. (dat is de procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting) verzoeken. In geval van eenzijdig verzoek neemt de vereiste reflectietermijn van één jaar voorzien in artikel 229 § 3 BW een aanvang op de dag van de eerste verschijning in het kader van de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 1294*bis* § 1 Ger.W.).[102] In deze hypothese blijft de familierechtelijke overeenkomst van artikel 1288 Ger.W. voorlopig van kracht (art. 1294*bis* § 2 Ger.W.).[103]

De omgekeerde 'passerelle' van de procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk naar deze door onderlinge toestemming (art. 1259 Ger.W. (oud)) werd, volgens bepaalde rechtsleer onterecht,[104] afgeschaft. Deze brug had niettemin zijn nut grotendeels verloren, nu de partijen hun akkoorden over de gevolgen van de echtscheiding ook in de procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting kunnen laten homologeren door de echtscheidingsrechter (art. 1255 § 1 lid 3 Ger.W.). Bovendien zijn de termijnen van feitelijke scheiding of procedure/reflectie bij gezamenlijk verzoek tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk dermate kort – zes, respectievelijk drie maanden – dat het overstappen van de ene naar de andere procedure in geval van volledig akkoord nog weinig nut lijkt te hebben.

J.-F. Taymans, 'Les passserelles entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour désunion irrémédiable', *Rev.not.b.* 2008, p. 472-475.

102 Niettegenstaande haar nut heeft deze bepaling aanleiding gegeven tot verschillende interpretatieproblemen met betrekking tot de wijze waarop de passerelle moet worden gebruikt. Zie hierover uitgebreid: F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De wet van 27 april 2007 inzake echtscheiding. Knelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 48 e.v.

103 Art. 1294bis § 2 Ger.W. werd gerepareerd bij wet van 31 oktober 2008 tot wijziging van artikel 1294bis, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding te verduidelijken, *BS* 23 januari 2009. Uitgebreider over deze bepaling, zie : J.-L. Renchon, 'La nouvelle réforme (précipitée) du droit belge du divorce. Le 'droit' au divorce', *RTDF 2007*, p. 1026 ; P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 145 e.v.; J.-F. Taymans, 'Les passserelles entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour désunion irrémédiable', *Rev.not.b.* 2008, p. 474 e.v.

104 P. Senaeve, 'De wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht', *T. Fam.* 2007, p. 144; F. Swennen, 'Artikel 229', in: P. Senave, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen: Kluwer (losbl.), p. 6.

e. Rechtsmiddelen

Hoger beroep tegen het vonnis dat de echtscheiding door onderlinge toestemming uitspreekt, kan worden ingesteld door het Openbaar Ministerie en door één of beide echtgenoten, afzonderlijk of gezamenlijk, binnen een maand na de uitspraak, op voorwaarde dat het gesteund is op het niet vervuld zijn van de wettelijke voorwaarden om de echtscheiding uit te spreken (art. 1299 Ger.W.).

Hoger beroep tegen het vonnis dat beslist dat er geen grond bestaat om de echtscheiding door onderlinge toestemming uit te spreken, kan enkel worden ingesteld door beide echtgenoten, afzonderlijk of gezamenlijk, binnen een maand te rekenen van de uitspraak (art. 1300 Ger.W.).

Een voorziening in cassatie kan worden ingesteld tegen het arrest dat de echtscheiding door onderlinge toestemming uitspreekt of weigert binnen drie maanden te rekenen vanaf de uitspraak van het hof van beroep (art. 1302 lid 1 Ger.W.).

f. Kracht van gewijsde en overschrijving van de uitspraak

Het vonnis, respectievelijk arrest dat de echtscheiding door onderlinge toestemming uitspreekt of weigert, treedt in kracht van gewijsde zodra de termijn van hoger beroep, respectievelijk voorziening in cassatie is verstreken (art. 1303 lid 2 Ger.W.). De beslissing dient logischerwijs niet te worden betekend.

Binnen een maand nadat de echtscheidingsbeslissing in kracht van gewijsde is getreden, stuurt de griffier een uittreksel van het beschikkende gedeelte met de vermelding van de dag van het in kracht van gewijsde treden van de beslissing, bij aangetekende zending met ontvangstbewijs, aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de plaats waar het huwelijk is voltrokken (art. 1303 lid 1 Ger.W.).[105]

Binnen een maand na ontvangst ervan, schrijft de ambtenaar van de burgerlijke stand het beschikkend gedeelte van de echtscheidingsbeslissing over in zijn register en maakt melding ervan op de kant van de huwelijksakte (art. 1303 lid 3 Ger.W.).

Waar de echtgenoten vroeger zelf het initiatief tot inschrijving moesten nemen, op straffe van verlies van het voordeel van de echtscheiding, is dit nu nog louter een administratieve formaliteit.[106]

---

105 Indien het huwelijk niet in België werd voltrokken, wordt het uittreksel overgemaakt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van Brussel.

106 G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 781.

C. Bemiddeling

Bemiddeling als methode om echtscheidingsgeschillen te beslechten kent in België het laatste decennium een stijgend succes. Met de Wet van 19 februari 2001[107] werd een eerste aanzet gegeven om bemiddeling in familiezaken wettelijk te regelen. Er werd bepaald dat de rechter op verzoek van beide partijen of op eigen initiatief maar met instemming van beide partijen, een bemiddelaar in familiezaken kan aanstellen. Deze wet werd geïntegreerd in de Wet van 21 februari 2005[108] waarbij het wettelijk kader voor de bemiddeling werd uitgebreid door de invoeging van een zevende deel, getiteld 'bemiddeling' in het Gerechtelijk Wetboek.

Met betrekking tot de procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk verplichtte de Wet van 27 april 2007 de echtscheidingsrechter om partijen tijdens een verzoeningspoging te informeren over het bestaan van bemiddeling in familiezaken (art. 1255 § 1 lid 3 Ger.W. (oud)). Vermits de verplichte persoonlijke verschijning en daaraan gerelateerde verzoeningspoging, tenzij in uitzonderlijke gevallen, werd afgeschaft door de wet van 5 april 2011, kunnen niet langer alle partijen via deze weg op de hoogte worden gebracht van de mogelijkheid tot bemiddeling. Ter compensatie is de griffier sindsdien ertoe gehouden om de partijen bij het instellen van de vordering tot echtscheiding schriftelijk in te lichten over het bestaan van bemiddeling. In het kader van zijn informatieverplichting bezorgt hij de partijen de wettelijke bepalingen inzake de vrijwillige en gerechtelijke bemiddeling (dat is art. 1730-1737 Ger.W.), samen met een door de Federale Overheidsdienst Justitie opgestelde informatiebrochure en een lijst van de erkende familiale bemiddelaars uit het betrokken gerechtelijke arrondissement (art. 1254, § 4/1 Ger.W.).

Indien de rechter de persoonlijke verschijning in uitzonderlijke omstandigheden toch beveelt, dient hij tijdens een verplichte verzoeningspoging de partijen in te lichten over het bestaan en het nut van bemiddeling. Hij kan hierbij de echtscheidingsprocedure voor maximum één maand schorsen, zodat de partijen de nodige inlichtingen kunnen inwinnen omtrent bemiddeling in familiezaken. Indien zij effectief wensen over te gaan tot bemiddeling, kan de echtscheidingsrechter de zaak uitstellen overeenkomstig de artikelen 1734 e.v. Ger.W.

Ook voor de afspraken tussen de echtgenoten in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming kan beroep worden gedaan op een bemiddelaar in familiezaken.

---

107 Wet van 19 februari 2001 betreffende de proceduregebonden bemiddeling in familiezaken, *BS* 3 april 2001.

108 Wet van 21 februari 2005 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in verband met de bemiddeling, *BS* 22 maart 2005.

III. NEDERLAND

§ 1 Historische evolutie

Na de bevrijding van de Franse overheersing besloot men in Nederland nationale wetgeving tot stand te brengen. Verschillende wetsontwerpen over echtscheiding passeerden de revue. De eerste codificatie van de echtscheiding vond echter pas plaats in het Burgerlijk Wetboek van 1838. Artikel 263 BW (oud) bepaalde dat echtscheiding nimmer door onderlinge toestemming kon plaatsvinden. Als gronden voor echtscheiding noemde artikel 264 BW (oud) overspel, kwaadwillige verlating van minstens vijf jaar, veroordeling wegens een misdrijf tot een vrijheidsstraf van minstens vier jaar en door de ene echtgenoot jegens de andere gepleegde zware verwondingen of levensgevaarlijke mishandelingen.[109]

Naast de echtscheiding bestond de scheiding van tafel en bed. Het huwelijk hield hierbij stand, maar de samenwoning werd opgeheven. De scheiding van tafel en bed werd in het leven geroepen voor echtgenoten die niet wilden of konden scheiden (bijvoorbeeld vanwege hun geloofsovertuiging). Scheiding van tafel en bed kon worden verzocht op dezelfde gronden als echtscheiding en tevens wegens buitensporigheden, mishandelingen en beledigingen door de ene echtgenoot jegens de andere begaan (art. 288 BW (oud)). Een scheiding van tafel en bed kon ook op gemeenschappelijk verzoek worden verkregen op grond van artikel 291 BW (oud). Deze laatste vorm van scheiding van tafel en bed, in artikel 261 BW (oud) de 'minnelijke scheiding' genoemd, werd niet toegestaan tenzij de echtgenoten minstens twee jaar gehuwd waren. Wanneer een scheiding van tafel en bed werd uitgesproken en gedurende vijf jaar geen verzoening had plaatsgevonden, stond het de partijen vrij elkaar in rechte op te roepen en te eisen dat het huwelijk zou worden ontbonden overeenkomstig artikel 255 BW (oud).[110]

Op 22 juni 1883 wees de Hoge Raad een arrest ten gevolge waarvan het verbod van artikel 263 BW (oud), dat de echtscheiding nimmer door onderlinge toestemming kon plaatsvinden, kon worden doorbroken. De Hoge Raad besliste dat een bij de rechter gesteld en erkend of niet weersproken overspel zonder andere bewijslevering als vaststaand moet worden aangenomen.[111] Partijen kregen hiermee de mogelijkheid af te spreken dat de een de ander zou beschuldigen van overspel, hetgeen niet betwist zou worden, waardoor de echtscheiding kon worden uitgesproken. Dit werd in de praktijk ook wel de 'grote leugen' genoemd. Er werden door de wetgever vele pogingen

---

109 G. Diepenhuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht*, Groningen: J.B. Wolters 1857, p. 56

110 G. Diepenhuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht*, Groningen: J.B. Wolters 1857, p. 56.

111 HR 22 juni 1883, *W* 4929.

ondernomen om tot een wettelijke regeling te komen die een einde zou maken aan deze praktijk, echter zonder succes.

Het op 12 juli 1969 door minister Polak ingediende wetsontwerp tot herziening van het echtscheidingsrecht leidde tot de Wet van 6 mei 1971, die op 1 oktober 1972 in werking trad. Ten aanzien van de echtscheidingsgronden was het uitgangspunt van deze nieuwe wet dat een duurzaam ontwricht huwelijk zowel op gemeenschappelijk als op eenzijdig verzoek moest kunnen worden ontbonden (art. 1:151 BW). Polak meende dat 'het dikwijls immers niet uit te maken is wie van de echtgenoten de meeste schuld aan de toestand van ontwrichting draagt'. De andere vier gronden voor echtscheiding (overspel, kwaadwillige verlating, veroordeling en mishandeling) vervielen.
Artikel 1:152 BW (oud) hield, ondanks veel kritiek, stand. Dit artikel bepaalde dat het verzoek tot echtscheiding wordt afgewezen, indien de duurzame ontwrichting in overwegende mate te wijten is aan de verzoeker en de andere echtgenoot om die reden verweer voert tegen het verzoek.
Verder werd in artikel 1:156 BW (oud) een wachttijd opgenomen: de echtscheiding kon, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordeden en de rechter tot de overtuiging was gekomen dat een verzoening was uitgesloten, niet worden uitgesproken binnen het jaar na de voltrekking van het huwelijk. Deze wachttijd werd opgenomen zodat niet te lichtvaardig tot echtscheiding werd overgegaan, bewijs zou kunnen worden geleverd van de duurzame ontwrichting en partijen de gelegenheid hadden zich te verzoenen.[112]

Op 1 januari 1993 zijn het schuldverweer van artikel 1:152 BW (oud) en de wachttermijn van een jaar van artikel 1:156 BW (oud) vervallen.
Voor het schrappen van het schuldverweer van artikel 1:152 BW (oud) werden verschillende redenen aangevoerd. Zo betekende het een aanzienlijke vereenvoudiging van de wetgeving en was het leveren van het bewijs van de overwegende mate van schuld vaak zeer moeilijk. Bovendien werd dit verweer in de praktijk wel eens misbruikt om de tegenpartij tot (meestal financiële) concessies te dwingen. Tot slot gold het schuldverweer niet voor de scheiding van tafel en bed, terwijl drie jaar na deze scheiding ontbinding van het huwelijk mogelijk was (art. 1:179 BW). Overigens is het schuldverweer niet helemaal uit de wet verdwenen, daar de schuld van de andere echtgenoot nog meespeelt in het kader van het pensioenverweer (*infra*).

Voor het vervallen van de wachttijd van artikel 1:156 BW (oud) werd als reden genoemd dat de bepaling eigenlijk toch geen rem bleek te zijn op lichtvaardige echtscheidingen, zoals oorspronkelijk bedoeld.[113]

---

112 *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 6.
113 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 881, nr. 3, p. 13.

§ 2 Huidig echtscheidingsrecht

A. De echtscheiding op grond van duurzame ontwrichting van het huwelijk

1. Algemeen

Echtscheiding wordt sinds de Wet van 6 mei 1971 op verzoek van een van de echtgenoten of op hun beider verzoek uitgesproken, indien het huwelijk 'duurzaam ontwricht' is (art. 1:151, respectievelijk art. 1:154 BW). Deze grond heeft een objectief karakter. Een huwelijk is 'duurzaam ontwricht' indien de voortzetting van de samenleving ondraaglijk is geworden en er geen uitzicht op herstel van enigszins behoorlijke echtelijke verhoudingen bestaat. De ontwrichting kan worden aangevoerd, indien een bepaalde toestand van ontwricht zijn bestaat, waarbij het onverschillig is hoe deze is ontstaan. De wetgever heeft gemeend dat deze grond de voorkeur heeft boven een subjectief criterium, waarbij de grond wordt gevonden in een schuldige gedraging van een van de echtgenoten.[114] Het is immers vaak niet uit te maken wie van de echtgenoten in overwegende mate schuld heeft aan de ontwrichting.

De verzoekende partij moet de duurzame ontwrichting stellen en bij ontkenning door de andere echtgenoot bewijzen. Voor dat bewijs moet hij bepaalde feiten en omstandigheden aanvoeren die gedurende het huwelijk zijn voorgevallen en die volgens hem tot de duurzame ontwrichting hebben geleid. Dat kunnen feiten zijn die onder het oude recht gronden tot echtscheiding waren, zoals overspel of mishandeling, maar dat is niet noodzakelijk. De rechter kan ook op basis van feiten en omstandigheden waaruit het bestaan van een toestand van duurzame ontwrichting kan worden afgeleid, ongeacht de oorzaak, tot de vaststelling komen dat er sprake is van duurzame ontwrichting. Een voorbeeld daarvan is het feit dat partijen al geruime tijd niet meer samenwonen. Of sprake is van duurzame ontwrichting moet door de rechter worden beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak.[115]

Wanneer in rechte niet kan worden vastgesteld dat er sprake is van de door de wetgever bedoelde situatie van duurzame ontwrichting, waarin de voorzetting van de samenleving ondraaglijk is geworden zonder dat er uitzicht bestaat op herstel van behoorlijke echtelijke verhoudingen, kan de echtscheiding niet worden uitgesproken.[116] Er bestaat in Nederland dan ook geen onvoorwaardelijk recht op echtscheiding. Niettemin lijkt het vooral aan te komen op de mening van verzoeker, zo blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 6 december 1996.[117] Stelt deze bepaalde gronden en volhardt hij in zijn wens hoe dan ook niet meer verder te willen leven met de andere echtgenoot, dan moet dit door de

---

114 *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 14.
115 HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 331.
116 Zie bijvoorbeeld: Hof Leeuwarden 23 september 2008, *FJR* 2009, p. 8.
117 HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 189.

rechter worden opgevat als een ernstige aanwijzing dat het huwelijk duurzaam is ontwricht.

Het verweer dat de geloofsovertuiging van beide partijen zich tegen een echtscheiding verzet, faalt omdat de wet het huwelijk alleen in zijn burgerlijke betrekkingen beschouwt (art. 1:30 lid 2 BW) en een geloofsovertuiging niet maatgevend kan zijn voor het in de Nederlandse samenleving als geheel geldende recht met betrekking tot de ontbinding van een huwelijk, aldus de Hoge Raad.[118]

Echtscheiding kan niet worden uitgesproken tussen echtgenoten die van tafel en bed gescheiden zijn (art. 1:150 BW). Daarvoor geldt de regeling van artikel 1:179 BW e.v.

2. Pensioenverweer

Naast het verweer dat het huwelijk niet duurzaam is ontwricht, kan het 'pensioenverweer' of 'nabestaandenpensioenverweer'[119] worden gevoerd. Indien, als gevolg van de verzochte echtscheiding, een bestaand vooruitzicht op uitkeringen aan de andere echtgenoot na vooroverlijden van de echtgenoot die het verzoek tot echtscheiding heeft gedaan, zou teloorgaan of in ernstige mate zou verminderen, dan kan deze verweer voeren tegen de echtscheiding (art. 1:153 BW). Artikel 1:153 BW heeft slechts betrekking op uitkeringen uit hoofde van een weduwenpensioen en daarmee vergelijkbare uitkeringen, zoals die krachtens een levensverzekering, en dus niet op ouderdomsuitkeringen.[120] Wanneer het verweer opgaat, kan de echtscheiding niet worden toegewezen voordat daaromtrent een voorziening is getroffen die, gelet op de omstandigheden van het geval, ten opzichte van beide echtgenoten billijk is te achten.[121] De rechter kan daartoe een termijn stellen.

Artikel 1:153 lid 2 BW noemt twee gevallen, waarin het pensioenverweer niet slaagt, namelijk:

a. indien redelijkerwijs te verwachten is dat de andere echtgenoot zelf voor dat geval voldoende voorzieningen kan treffen;[122]

---

118 HR 12 juli 2002, *NJ* 2002, 541.

119 Zie hierover: J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 610.

120 HR 20 oktober 1995, *NJ* 1997, 215.

121 Een overlijdensrisicoverzekering die, bij vooroverlijden van de man, de vrouw (al dan niet via een koopsom) recht geeft op een uitkering ter grootte van de door haar te ontvangen alimentatie, kan als billijk te achten voorziening zijn aan te merken (Rb. Alkmaar 7 november 2002, *LJN* AF0707).

122 *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 23: 'De onder punt a. geregelde uitzondering houdt verband met de financiële positie van de verweer voerende echtgenoot. Het kan zijn dat die positie zo gunstig is dat het teloorgaan of

b. indien de duurzame ontwrichting van het huwelijk in overwegende mate te wijten is aan de andere echtgenoot.

Artikel 1:153 BW werd in 1971 in de wet opgenomen omdat destijds in hoofdzaak de gescheiden vrouw het ernstige risico liep bij vooroverlijden van de man slecht verzorgd achter te blijven.[123] De alimentatie hield op dat moment immers op en een pensioenvoorziening of levensverzekering was veelal zo geregeld dat weduwe-uitkeringen slechts ten goede kwamen aan de vrouw met wie de man op het ogenblik van zijn overlijden was gehuwd. Ondanks destijds bestaande wettelijke regelingen zoals de Algemene Weduwen- en Wezenwet, de Algemene Ouderdomswet en de Algemene bijstandswet, was de wetgever van mening dat verlies van toekomstige pensioenrechten in vergelijkbare uitkeringen onherstelbaar afbreuk deed aan de voorziening in het levensonderhoud die voor de vrouw bij voortduring van het huwelijk na 's mans overlijden zou zijn gewaarborgd. Als ‘billijke voorziening’ werd genoemd de regeling in de Algemene burgerlijke pensioenwet, die voor de gescheiden echtgenote van een ambtenaar voorziet in een ‘bijzonder weduwenpensioen’ dat evenredig is aan de diensttijd van de man vóór de ontbinding van het huwelijk. De minister sprak in de memorie van toelichting de hoop en verwachting uit dat deze voorbeelden in andere pensioenregelingen van het bedrijfsleven zouden worden gevolgd, waardoor artikel 1:153 BW in belang zou verminderen.

Al vrij snel na de inwerkingtreding van artikel 1:153 BW heeft het pensioenverweer aan actualiteit ingeboet vanwege de invoering per 9 februari 1973 van de wettelijke verplichting tot afsplitsing van verworven partnerpensioen, aldus W.P.M. Thijssen.[124]

I.E. Leene-Hoedemaeker legt echter uit dat door ontwikkelingen in pensioenregelingen, in het bijzonder de invoering van nabestaandenpensioen op risicobasis, het pensioenverweer opnieuw actueel wordt. In geval van een nabestaandenpensioen op risicobasis is er geen bijzonder nabestaandenpensioen. Dit heeft ermee te maken dat in de pensioenpolissen alleen het risico van het

---

verminderen van de vooruitzichten, bedoeld in het eerste lid, van onvoldoende betekenis is om een overigens toewijsbaar verzoek tot echtscheiding niet toe te wijzen. Hetzelfde geldt als de verweer voerende echtgenoot zelf een voldoende voorziening voor het geval van overlijden van de verzoeker kan treffen. Of deze mogelijkheid aanwezig is, zal in de eerste plaats afhangen van de vraag, of de verweer voerende echtgenoot financieel in staat is — hetzij uit inkomsten, hetzij uit kapitaal — een voldoende voorziening te treffen voor het geval van vooroverlijden van de verzoeker. Het spreekt vanzelf dat daarbij de leeftijden van beide echtgenoten een rol spelen. Het geval bedoeld sub a. wordt afhankelijk gesteld van redelijke verwachtingen. Met andere woorden, de rechter moet met alle relevante factoren rekening houden, doch zekerheid behoeft niet te bestaan.’

123 *Kamerstukken II* 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 18.

124 W.P.M. Thijssen, ‘Pensioenverweer: terug van weggeweest?’, *EB* 2009-2010, nr. 65.

overlijden van een echtgenoot tijdens het huwelijk (en dus niet van het overlijden van een ex-echtgenoot na het huwelijk) is verzekerd. Dit is te vergelijken met een overlijdensrisicoverzekering. Hierdoor wordt tijdens het huwelijk geen nabestaandenpensioen meer opgebouwd en is er na een echtscheiding niets uit te keren. De financiële gevolgen kunnen groot zijn vanwege het wegvallen van partneralimentatie of pensioenuitkering als gevolg van het overlijden. I.E. Leene-Hoedemaeker noemt als mogelijke voorzieningen te treffen in het kader van het pensioenverweer de verplichte uitruil van ouderdomspensioen tegen nabestaandenpensioen en de verplichte conversie.[125]

Een succesvol beroep op het pensioenverweer werd gedaan in de situatie waarin de vrouw, indien het huwelijk tussen partijen niet werd ontbonden, bij overlijden van de man zonder meer aanspraak zou hebben op een vast bedrag aan langstlevendenpensioen, terwijl, indien het huwelijk wél werd ontbonden zonder aanvullende voorzieningen ten behoeve van de vrouw, zij slechts aanspraak zou hebben op een voorwaardelijk langstlevendenpensioen. Deze voorwaarde hield in dat de man op het tijdstip van zijn overlijden op grond van een definitieve en bindende rechterlijke uitspraak verplicht was tot het betalen van alimentatie. Bovendien zou het weduwepensioen in dat geval niet hoger zijn dan het bedrag van de alimentatie. Hiermee was dit pensioen mede afhankelijk geworden van de draagkracht van de man, die in de tijd kan fluctueren en zelfs kan komen te ontbreken, in welk geval dit pensioen geheel zou komen te vervallen. Hieruit volgde, volgens de Hoge Raad, dat een bestaand vooruitzicht op uitkeringen na vooroverlijden van de man teloorgaat of in ernstige mate wordt verminderd in de zin van artikel 1:180 lid 1 BW.[126]

Een bestaand vooruitzicht op partnerpensioen ging volgens het Hof 's-Gravenhage eveneens verloren omdat de Surinaamse pensioenregeling geen bijzonder nabestaandenpensioen kende. Gelet op de leeftijd van de vrouw (79 jaar), alsmede gelet op het feit dat de vrouw altijd de zorg voor de twaalf kinderen uit het huwelijk van partijen heeft gehad, kan naar het oordeel van het hof redelijkerwijs niet meer van haar worden verwacht dat zij zelf voldoende voorzieningen treft voor het teloorgaan van het bestaand vooruitzicht op uitkeringen.[127]

De Rechtbank Alkmaar honoreerde de (subsidiaire) stelling van de man dat er voor de vrouw wel nabestaandenpensioenafspraken zouden zijn te realiseren, nu uit de brief van de Stichting Pensioenfonds bleek dat de vrouw de mogelijkheid heeft om een deel van haar ouderdomspensioen uit te ruilen ten gunste van een bijzonder partnerpensioen. Bij toepassing van deze uitruil was er volgens de rechtbank ten behoeve van de vrouw sprake van een voorziening welke voor

---

125 I.E. Leene-Hoedemaeker, 'Het (bijzonder) nabestaandenpensioen', *EB* 2005-2006, nr. 59.

126 HR 5 maart 2004, *NJ* 2005, 494.

127 Hof 's-Gravenhage 16 juni 2004, *LJN* AP1926.

beide partijen billijk is te achten. De door de man verzochte echtscheiding kon dan ook worden toegewezen, daar de duurzame ontwrichting niet was weersproken door de vrouw. [128]

Uit de jurisprudentie blijkt dat in zaken waarin er sprake is van een langdurig, traditioneel huwelijk – waarin een van de echtgenoten kostwinner is en de ander de zorg heeft voor de kinderen – en financiële afhankelijkheid tussen de partners, de kans aanwezig is dat, wanneer het pensioenverweer opgaat, eerst een billijke voorziening moet worden getroffen voordat het verzoek tot echtscheiding wordt toegewezen. In andere gevallen zal een beroep op het pensioenverweer daarentegen stranden vanwege de financiële positie van de verweer voerende echtgenoot of omdat hij of zij, mede gelet op de leeftijd, zelf een voldoende voorziening kan treffen voor het geval van vooroverlijden van de verzoeker.

3. Procedure

a. Verzoekschrift

Tot 1 januari 1993 was de echtscheidingsprocedure een rolprocedure. Sindsdien geldt de meer informele verzoekschriftprocedure, geregeld in de artikelen 814 tot en met 827 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). [129] Daarnaast bevatten de door het Landelijk Overleg van Voorzitters Familie- en Jeugdrecht (LOVF) opgestelde procesreglementen aanvullende procesrechtelijke regels. [130]

Het verzoekschrift tot echtscheiding dient aan de vereisten zoals vermeld in artikel 815 jo. artikel 278 lid 1 Rv te voldoen. Het dient onder meer de naam en woon- of werkelijke verblijfplaats van de verweerder te vermelden en bij het verzoekschrift moeten een aantal bescheiden worden overgelegd. Sinds 1 maart 2009 geldt de verplichting dat het verzoekschrift een ouderschapsplan moet bevatten (*infra* sub 2.). Wanneer het een verzoek van een van de echtgenoten betreft, dan dient de verzoeker binnen veertien dagen na indiening van het verzoekschrift een afschrift daarvan te betekenen aan de andere echtgenoot (art. 816 lid 1 Rv).

b. Ouderschapsplan

Indien partijen gezamenlijke minderjarige kinderen hebben of gezamenlijk het gezag uitoefenen over (niet gezamenlijke) minderjarige kinderen ingevolge artikel 1:253sa of 1:253t BW, dient het verzoekschrift tot echtscheiding een

---

128 Rb. Alkmaar 18 februari 2010, *LJN* BM6645.

129 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 242, nr. 3, p. 3. Met de keuze voor de verzoekschriftprocedure werd een depolarisering van de scheidingsprocedure beoogd.

130 De procesreglementen zijn te raadplegen op www.rechtspraak.nl, onder ‘procedures, landelijke regelingen’.

ouderschapsplan te bevatten (art. 815 lid 2 Rv).[131] Het is mogelijk dat er in een gezin voor sommige kinderen (uit een eerder huwelijk bijvoorbeeld) geen ouderschapsplan moet worden overgelegd en voor andere kinderen wel. De Rechtbank Maastricht heeft in een zaak, waarin sprake was van bijzondere omstandigheden, artikel 815 lid 2 Rv analoog toegepast en geoordeeld dat er toch een ouderschapsplan moest worden overgelegd, ondanks het gegeven dat er in juridische zin geen gezamenlijke minderjarige kinderen waren, waarover evenmin gezamenlijk het gezag werd uitgeoefend.[132]

De bedoeling van het ouderschapsplan is dat ouders op tijd gaan nadenken over de invulling van het ouderschap na scheiding en dat zij hierover daadwerkelijk controleerbare afspraken maken, om onnodige conflicten te voorkomen.

In het ouderschapsplan moeten in ieder geval afspraken worden opgenomen over (art. 815 lid 3 Rv):

a. de wijze waarop de echtgenoten de zorg- en opvoedingstaken verdelen of - in geval van eenhoofdig gezag - het recht en de verplichting tot omgang, bedoeld in artikel 1:377a lid 1 BW, vormgeven;
b. de wijze waarop de echtgenoten elkaar informatie verschaffen en raadplegen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van de minderjarige kinderen;
c. de kosten van de verzorging en opvoeding van de minderjarige kinderen.

Het verzoekschrift dient te vermelden over welke van de gevraagde voorzieningen in het ouderschapsplan overeenstemming is bereikt en over welke van de gevraagde voorzieningen een verschil van mening bestaat met de gronden daarvoor (vgl. de substantiëringsplicht van art. 111 lid 3 Rv). Tevens vermeldt het verzoekschrift op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan (art. 815 lid 4 Rv).

Indien het ouderschapsplan niet kan worden overgelegd, kan worden volstaan met overlegging van andere stukken of kan op andere wijze daarin worden voorzien (art. 815 lid 6 Rv). Blijkens de memorie van toelichting heeft de wetgever onder meer de volgende situaties in gedachten gehad:

- geen communicatie meer mogelijk, geen kans op mediation;

---

131 Het gaat om kinderen over wie de ouder samen met zijn/haar echtgenoot die niet de ouder van het kind is gezamenlijk gezag uitoefent (art. 1:253t BW) of om kinderen die tijdens een huwelijk worden geboren en waarvan slechts een van de echtgenoten de ouder van het kind is en die van rechtswege samen met de andere echtgenoot het gezag over het kind uitoefent (art. 1:253 sa BW).

132 Rb. Maastricht 18 augustus 2010, *LJN* BN5145: de vrouw had tijdens huwelijk met man X een relatie gehad met Y, waaruit twee kinderen zijn geboren. Na de scheiding van man X trouwt de vrouw met de biologische vader Y, die niet de juridische vader is. Vervolgens scheiden partijen (de moeder en de biologische vader) en stellen dat er geen ouderschapsplan overgelegd hoeft te worden. De rechtbank oordeelt anders.

- moeder in blijf-van-mijn-lijfhuis;
- huiselijk geweld;
- ouder in inrichting wegens psychiatrische stoornis;
- niet mogelijk binnen redelijke termijn afspraken te maken over voortgezet ouderschap. [133]

Het is aan het oordeel van de rechter of het stuk dat in de plaats van het gezamenlijke ouderschapsplan wordt ingediend, voldoet aan de vereisten van artikel 815 lid 3 Rv.

Wanneer bij indiening van het verzoekschrift het ouderschapsplan ontbreekt, geeft de rechtbank dit bij de ontvangstbevestiging aan. De rechter kan ter terechtzitting beoordelen of partijen alsnog overeenstemming kunnen bereiken of hij kan partijen naar een mediator verwijzen (art. 818 lid 2 Rv). Indien het verzoekschrift niet wordt aangevuld met een ouderschapsplan of op andere wijze hierin wordt voorzien, kan de rechter het verzoek tot echtscheiding niet-ontvankelijk verklaren. In de praktijk blijkt dat de rechter niet snel tot niet-ontvankelijkverklaring overgaat, tenzij in die gevallen waarin partijen er duidelijk niets aan hebben gedaan om tot een ouderschapsplan te komen.[134]

c. Voorlopige voorzieningen

Voorafgaand aan of tijdens de echtscheidingsprocedure kunnen op grond van artikel 822 Rv een aantal, limitatief opgesomde, voorlopige voorzieningen worden gevraagd, met betrekking tot:

a. het gebruik van de echtelijke woning;
b. het beschikbaar stellen van goederen tot dagelijks gebruik strekkend van de partners of de kinderen;
c. de toevertrouwing van de kinderen en de begroting van het bedrag dat de andere echtgenoot voor de verzorging en opvoeding van de kinderen moet betalen;
d. de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken of de omgang tussen het kind en de echtgenoot die niet het gezag uitoefent alsmede inzake het verschaffen van informatie dan wel het raadplegen over de minderjarige kinderen;
e. het bedrag dat de ene echtgenoot moet betalen voor het levensonderhoud van de andere echtgenoot.

Tegen de gegeven beschikking staat geen hogere voorziening open, behoudens cassatie in het belang der wet (art. 824 lid 1 Rv). De beschikking kan alleen worden gewijzigd of ingetrokken, indien de omstandigheden na de dagtekening van de beschikking in zodanige mate zijn gewijzigd of indien bij het geven van de beschikking in zodanige mate van onjuiste of onvolledige gegevens is

---

133 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 5 .

134 Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 17 juli 2009, *LJN* BK1422; Rb. Haarlem 6 juli 2010, *LJN* BP9401 en Rb. Utrecht 16 februari 2011, *LJN* BR4126.

uitgegaan dat, alle betrokken belangen in aanmerking genomen, de voorziening niet in stand kan blijven (art. 824 lid 2 Rv).

d. Nevenvoorzieningen

Artikel 827 lid 1 Rv bepaalt dat ingeval de echtscheiding wordt uitgesproken, de rechter op verzoek nevenvoorzieningen kan treffen met betrekking tot:

a. partneralimentatie;
b. de verdeling van de gemeenschap of bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen verrekening van vermogen;
c. het gezag over, de omgang met, de informatie en raadpleging over en een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen van de echtgenoten;
d. het voortgezet gebruik van de echtelijke woning gedurende zes maanden na de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking of het huurrecht van de woning.

Deze opsomming is niet limitatief. Ook andere voorzieningen die voldoende samenhang vertonen met het verzoek tot echtscheiding, kunnen worden gevraagd indien niet te verwachten is dat de behandeling daarvan tot onnodige vertraging van het geding zal leiden (art. 827 lid 1 onder f Rv).

e. Geen verplichte persoonlijke verschijning

Partijen zijn niet verplicht persoonlijk te verschijnen bij de mondelinge behandeling van het verzoek tot echtscheiding door de rechter, behoudens een daartoe strekkend bevel van de rechter (art. 279 lid 3 Rv). In scheidingszaken komen dergelijke bevelen, anders dan in dagvaardingsprocedures, niet voor. Partijen kunnen wel in persoon verschijnen, al dan niet bijgestaan door een raadsman (advocaat). In plaats van persoonlijk te verschijnen, kunnen partijen zich laten vertegenwoordigen door een advocaat.

In tegenstelling tot in andere familierechtelijke zaken, waar het Openbaar Ministerie kan optreden als procespartij (art. 43 Rv) en taken van uitvoerende aard heeft (zoals de voorgeleiding van minderjarigen om te worden gehoord ex art. 813 jo. art. 809 Rv), heeft het in scheidingszaken geen rol van betekenis.

f. Rechtsmiddel

Tegen de echtscheidingsbeschikking staat hoger beroep open, ook als de verweerder niet is verschenen. Het rechtsmiddel ‘verzet’ bestaat niet in de verzoekschriftprocedure. Het hoger beroep moet worden ingesteld binnen drie maanden, te rekenen van de dag van de uitspraak (art. 358 lid 2 Rv). Is de verweerder niet verschenen, dan kan hoger beroep worden ingesteld binnen drie maanden na de betekening van de beschikking in persoon dan wel binnen drie maanden na openbare bekendmaking (art. 820 Rv).

Wanneer in eerste aanleg echtscheiding is verzocht en toegewezen, is de verzoeker in hoger beroep niet-ontvankelijk als deze er bij nader inzien de voorkeur aan geeft van het verzoek tot echtscheiding af te zien.[135] Ook indien de verweerder zich in eerste aanleg heeft gerefereerd aan de verzochte echtscheiding, wordt hoger beroep tegen de echtscheiding niet-ontvankelijk verklaard.

Het gevolg van het beroep tegen de echtscheiding is dat de echtscheidingsbeschikking geen kracht van gewijsde krijgt en niet kan worden ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.[136] Bij dit uitstel kan men belang hebben, bijvoorbeeld vanwege een hogere voorlopige dan definitieve partneralimentatie, welke dient te worden betaald vanaf het moment van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking, of vanwege de termijn van voortgezet gebruik van de echtelijke woning van zes maanden.

De Hoge Raad heeft bepaald dat een appel tegen de echtscheiding met als doel herstel van de band tussen het verzoek tot echtscheiding en de verzochte nevenvoorzieningen en waarbij tezelfdertijd wordt beslist op die verzoeken, slechts in geval van bijzondere omstandigheden slaagt.[137] De gerechtshoven plegen, op verzoek van de belanghebbende, op korte termijn een mondelinge behandeling te bepalen, waarbij alleen de ontvankelijkheid van het beroep tegen de echtscheiding aan de orde komt.[138]

Het instellen van hoger beroep tegen de echtscheiding, in de wetenschap dat dit niet-ontvankelijk zal worden geacht, met het enkele doel om de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking op te schorten en daarmee de duur van de alimentatieverplichting alsmede de bijdrage die in het kader van de voorlopige voorzieningen is bepaald te verlengen, kan misbruik van procesbevoegdheid opleveren, althans grond opleveren om de alimentatieduur te bekorten met de periode gedurende welke de inschrijving van de echtscheiding is belemmerd (art. 1:157 lid 3 BW).[139]

Het is gebruikelijk dat de rechter in de beschikking niet alleen de echtscheiding uitspreekt, maar daarin ook de nevenvoorzieningen met betrekking tot de kinderen en de alimentatie vastlegt door in het dictum aan dat deel van het gevorderde een einde te maken. Voor deze eindbeschikkingen begint de termijn

---

135 HR 4 juni 1999, *NJ* 1999, 535.

136 Indien tegen een beschikking houdende echtscheiding hoger beroep is ingesteld, gaat die beschikking in ‘kracht van gewijsde’ nadat de appelbeschikking in kracht van gewijsde is gegaan, ook in de gevallen waarin het hoger beroep wellicht te laat is ingesteld (HR 22 oktober 2011, *LJN* BN1258).

137 HR 2 april 1999, *NJ* 1999, 656; HR 9 april 1999, *NJ* 1999, 657 m.nt. S. Wortmann.

138 Art. 2.6.1 Procesreglement verzoekschriftprocedures familiezaken gerechtshoven 16 december 2010.

139 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 28 juni 2011, *LJN* BR1677.

van hoger beroep onmiddellijk te lopen. Voor tussenbeschikkingen, waarbij er in het dictum nog geen uitdrukkelijke beslissing is genomen omtrent dat deel van het gevorderde, kan hoger beroep slechts tegelijk met het hoger beroep tegen de eindbeschikking worden ingesteld, tenzij de rechter anders heeft bepaald (art. 358 lid 4 Rv). De Hoge Raad heeft echter beslist dat, ter voorkoming van tegenstrijdige beslissingen, tussentijds beroep tegen een deelbeschikking, ook wat het interlocutoire gedeelte betreft, mogelijk is in het geval waarin tussen dezelfde partijen meer met elkaar samenhangende vorderingen ter beoordeling stonden.[140] De appellant kan in hoger beroep dan ook de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap betrekken, ook al is de beschikking van de rechtbank op dat onderdeel nog slechts een tussenbeschikking.

g. Kracht van gewijsde en inschrijving van de uitspraak

Nadat de echtscheiding is uitgesproken, komt de echtscheiding definitief tot stand door de inschrijving van de beschikking in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:163 lid 1 BW). De inschrijving geschiedt op verzoek van partijen of één van hen (art. 1:163 lid 2 BW). Het verzoek tot inschrijving dient te worden gedaan uiterlijk zes maanden na de dag waarop de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, hetgeen inhoudt dat geen hoger beroep meer openstaat omdat de termijn van hoger beroep is verstreken of omdat partijen hebben berust in de eindbeschikking. Bij gebrek aan tijdige inschrijving verliest de beschikking haar kracht en dient de echtscheidingsprocedure opnieuw te worden gevoerd (art. 1:163 lid 3 BW).

B. Bemiddeling en overlegscheiding

In Nederland is bemiddeling (ofwel mediation) als vorm van alternatieve geschiloplossing voornamelijk binnen de advocatuur tot ontwikkeling gekomen. Eind jaren tachtig van de vorige eeuw zijn de Vereniging Advocaten Scheidingsbemiddelaars (VAS) en de Vereniging Personen- en Familierecht Advocaten (VPFA) opgericht door advocaten gespecialiseerd in het personen- en familierecht. De VAS heeft zich ingespannen om het idee dat scheidingen ook op een andere wijze dan via ‘vechtscheidingen’ op te lossen zijn, maatschappelijk onder de aandacht te brengen. De verenigingen zijn op 1 januari 2003 gefuseerd tot de vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsbemiddelaars (vFAS), waarvan de naam in 2009 is gewijzigd in vereniging Familierecht Advocaten Scheidingsmediators.

In de statuten van de vFAS wordt onder ‘mediation’ verstaan: het verlenen van diensten door een lid aan twee partijen met in beginsel tegenstrijdige belangen op het gebied van het personen- en familierecht, daaronder begrepen geschillen voortvloeiende uit samenleven, dan wel het verrichten van enige activiteit die geacht kan worden onder dit begrip te vallen (art. 1 lid 10 statuten). Het klacht-

---

140 HR 23 januari 2004, *NJ* 2005, 510 en HR 20 januari 2006, *NJ* 2006,76.

en tuchtrecht en de gedragsregels van de vFAS zijn van toepassing op ieder (aspirant-)vFAS-lid die voor twee partijen optreedt.[141] Dit impliceert dat geen enkel vFAS-lid een zaak voor twee partijen met in beginsel tegenstrijdige belangen, zoals bijvoorbeeld 'een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek' kan behandelen zonder dat voorafgaand aan die behandeling een vFAS-mediationovereenkomst is gesloten.

Op 21 juni 2011 is een wetsvoorstel aangenomen door de Tweede Kamer dat strekt tot aanpassing van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering aan Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2008, L 136). In dit wetsvoorstel wordt geregeld dat de mediator en degene die bij de mediation is betrokken zich, mits het vertrouwelijke karakter van een mediation uitdrukkelijk is overeengekomen, kunnen verschonen van de verplichting om een getuigenis af te leggen omtrent informatie die voorvloeit uit of verband houdt met een mediation over rechten en verplichtingen die ter vrije beschikking van partijen staan. Daarnaast wordt vastgelegd dat de verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door mediation. Tot slot krijgt de rechter de bevoegdheid om in alle gevallen en in elke stand van de procedure aan de partijen mediation voor te stellen. De VVD-Tweede Kamerfractie was zeer kritisch over deze richtlijn omdat rechten aan mediators worden verleend, zonder te bepalen wat een mediator is en/of eisen te stellen aan de opleiding van mediators. Bovendien stelt de stuiting van de verjaring hoge eisen aan de kennis van de mediator over de aard en omvang van het geschil en de verjaringstermijnen. Om die reden heeft de VVD-fractie op 2 december 2011 aangekondigd een initiatiefwet te ontwerpen, waarin mediation wettelijk wordt verankerd.

Een andere vorm van geschilbeslechting die in ontwikkeling is, is de 'overlegscheiding' ofwel 'collaborative divorce'.[142] Dit is een wijze van conflictoplossing gebaseerd op drie belangrijke principes:

a. de afspraak dat de rechter niet wordt ingeschakeld;
b. een eerlijke en volledige uitwisseling van informatie door beide partners;
c. een oplossing waarbij ouders en kinderen de hoogste prioriteit hebben.

De advocaten behartigen primair het belang van hun cliënt en zien erop toe dat de overlegscheiding aan beide kanten eerlijk en constructief verloopt. Zij zijn begeleiders van de onderhandelingen tussen partijen. Alle betrokkenen tekenen een deelnemingsovereenkomst waarin zij deze afspraken vastleggen. De partners kunnen ook deskundigen inschakelen. Hierbij kan worden gedacht aan een psycholoog of coach voor de partners en/of de kinderen. Daarnaast kunnen

141 Www.verenigingfas.nl/algemeen/gedragsregels.
142 Zie www.overlegscheiding.com.

financieel deskundigen, zoals fiscalisten en accountants worden betrokken, bijvoorbeeld om een bedrijf te waarderen. Ook deze deskundigen werken onder de paraplu van de deelnemingsovereenkomst. De advocaten en experts kunnen nadien niet meer in een juridische procedure voor een van de partijen optreden.

IV RECHTSVERGELIJKENDE CONCLUSIE

Het huidige Nederlandse en Belgische echtscheidingsrecht zijn gegroeid uit de Franse Code civil van 1804. Niettemin hebben beide echtscheidingsstelsels sindsdien fundamentele wijzigingen ondergaan. Waar Nederland reeds in 1971-1972 naar een schuldloos echtscheidingsrecht evolueerde – het schuldverweer werd weliswaar pas in 1993 afgeschaft - werd dit in België pas in 2007 gerealiseerd. Hoewel beide rechtsstelsels sinds deze hervormingen een schuldloos echtscheidingsrecht kennen, zijn er toch belangrijke verschillen waar te nemen, zowel in de gronden als in de procedure tot echtscheiding.

Waar in Nederland een monistisch echtscheidingsstelsel bestaat, met één enkele grond tot echtscheiding, namelijk de duurzame ontwrichting van het huwelijk, kent België een dualistisch stelsel met twee echtscheidingsgronden en twee rechtsplegingen. De Belgische wetgever had bij de echtscheidingshervorming van 2007 weliswaar de bedoeling een monistisch echtscheidingsstelsel, vergelijkbaar met dit van Nederland, in te voeren, doch dit voornemen strandde tijdens het parlementaire proces bij gebrek aan compromis. De populaire echtscheiding door onderlinge toestemming, die op dat ogenblik een meerderheid van het totale aantal echtscheidingen uitmaakte, werd behouden naast de nieuw ingevoerde echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk. Onder deze laatste grond tot echtscheiding gaan niettemin drie quasi zelfstandige subgronden schuil (feitelijke scheiding, herhaald verzoek met tussenliggende reflectieperiode en concreet bewijs van de onherstelbare ontwrichting), waardoor het Belgische stelsel *de facto* vier (sub)gronden tot echtscheiding kent.

De Belgische wetgever is wel geslaagd in zijn voornemen om bij de hervorming van 2007 een ‘recht op echtscheiding’ in te voeren. Mits naleving van de vereiste termijnen van feitelijke scheiding of procedure/reflectie – naargelang het geval drie, zes of twaalf maanden – kan elke echtgenoot de echtscheiding verkrijgen, zonder dat hij de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk dient aan te tonen. Uit het verstrijken van de vereiste termijnen van feitelijke scheiding of procedure/reflectie wordt het bestaan van de onherstelbare ontwrichting immers op onweerlegbare wijze afgeleid. De rechter dient hierbij slechts na te gaan of de vereiste termijnen zijn verstreken en indien dit het geval is, dient hij de echtscheiding uit te spreken. Enkel de echtgenoot die het doorlopen van de vereiste termijnen wil omzeilen, dient de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk in concreto aan te tonen.

In Nederland bestaat er, theoretisch gezien geen onvoorwaardelijk recht op echtscheiding. De verweerder kan immers aanvoeren dat het huwelijk niet duurzaam ontwricht is. Wanneer in rechte niet kan worden vastgesteld dat er sprake is van de door de wetgever bedoelde situatie van duurzame ontwrichting, kan de echtscheiding in beginsel niet worden uitgesproken. De facto lijkt het echter vooral aan te komen op de mening van de verzoeker: volhardt deze in zijn wens niet meer te willen verder leven met de andere echtgenoot, dan wordt dit door de rechter opgevat als een ernstige aanwijzing dat het huwelijk duurzaam is ontwricht.

Hoewel beide stelsels uitgaan van een schuldloze echtscheidingsprocedure waarbij de fout van één of beide echtgenoten niet langer een autonome grond tot echtscheiding uitmaakt, zijn niettemin foutrestanten terug te vinden. In België is de fout nog steeds indirect aanwezig, vermits deze kan worden aangevoerd als feitelijk bewijs van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk op grond van artikel 229 § 1 BW. De echtgenoten maken veelvuldig gebruik van deze subgrond tot echtscheiding, waarbij zij hun vordering meestal baseren op tekortkomingen van of schendingen van de huwelijksplichten door hun partner. In dat geval dient de rechter nog steeds na te gaan of de verweten tekortkomingen bewezen zijn en of hieruit de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk blijkt. De initiële doelstelling van de wetgever om bij de hervorming van 2007 een einde te maken aan de zogenaamde ‘vechtscheidingen’, is dan ook niet volledig gerealiseerd. De vraag rijst dan ook of de subgrond van artikel 229 § 1 BW op grond waarvan de onherstelbare ontwrichting in feite kan worden bewezen, noodzakelijk is in een echtscheidingsstelsel dat een recht op echtscheiding waarborgt onder de voorwaarde dat de partijen de vereiste termijnen van feitelijke scheiding of reflectie/procedure – hoogstens twaalf maanden – doorlopen.

In Nederland werd het schuldverweer van artikel 1:152 BW (oud) – waarbij het verzoek tot echtscheiding kon worden afgewezen indien de duurzame ontwrichting van het huwelijk in overwegende mate te wijten was aan de verzoeker – in 1993 afgeschaft. Niettemin kan ook daar de fout van één der echtgenoten nog een rol spelen bij het bewijs van de duurzame ontwrichting en in het kader van het pensioenverweer, dat immers geen kans op slagen heeft indien de duurzame ontwrichting van het huwelijk in overwegende mate te wijten is aan de echtgenoot die beroep wilt doen op dit pensioenverweer.

De Belgische wetgever hechtte bij de hervorming van 2007 veel belang aan akkoorden tussen de partijen over de echtscheiding en de gevolgen ervan. Deze bezorgdheid blijkt met name uit:

1 Het behoud van de echtscheiding door onderlinge toestemming in plaats van de integratie ervan in de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting zoals in voorontwerp van wet was voorgesteld.

2 Artikel 1294*bis* § 2 Ger.W. dat de tijdelijke gelding van de familierechtelijke overeenkomst gesloten voorafgaand aan de procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming regelt in geval van afstand van de procedure (dat is voorlopige gelding tot de overstap wordt gemaakt naar de echtscheidingsprocedure op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk);

3 De mogelijkheid tot homologatie van (deel)akkoorden door de rechter in het kader van de procedure tot echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk (art. 1255 § 1 lid 3 Ger.W.).

Ook het Nederlandse stelsel promoot akkoorden en responsabiliseert de echtgenoten, in het bijzonder wanneer er minderjarige kinderen aanwezig zijn. Dit blijkt uit de mogelijkheid tot het voeren van pensioenverweer en de verplichting voor de ouders om bij het verzoekschrift tot echtscheiding een ouderschapsplan te voegen, waarin zij afspraken opnemen aangaande de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken en de kosten van de minderjarige kinderen.

In Nederland komt de echtscheiding pas definitief tot stand door de inschrijving van de beschikking in de registers van de burgerlijke stand. Dit dient te gebeuren op verzoek van één of beide partijen en binnen de zes maanden na het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking. Bij gebrek aan tijdige inschrijving verliest de beschikking haar kracht en dient de procedure opnieuw te worden gevoerd.

In België komt de echtscheiding daarentegen tot stand bij het in kracht van gewijsde gaan van de rechterlijke uitspraak. Niettemin moet ook daar deze beslissing worden overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand om rechtsgevolgen ten aanzien van derden te creëren. In tegenstelling tot in Nederland is het niet de taak van de partijen, maar wel van de griffier om de echtscheidingsbeslissing over te maken aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Gaat het om een echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting dan moet de beslissing (zelfs in geval van gezamenlijk verzoek tot echtscheiding) niettemin eerst worden betekend door één of beide partijen, vooraleer deze in kracht van gewijsde kan treden en de griffier tot verzoek om overschrijving kan overgaan.

Tot slot kan worden vastgesteld dat zowel in België als in Nederland bemiddeling het afgelopen decennium een toenemende reglementering en promotie van overheidswege heeft gekend, met een stijgend succes in de praktijk tot gevolg. Daarnaast kent Nederland nog een andere vorm van geschillenbeslechting die in ontwikkeling is, namelijk de ‘overlegscheiding’ of ‘collaborative divorce’.

ONDERHOUDSUITKERING NA ECHTSCHEIDING EN BEËINDIGING SAMENLEVINGSRELATIE

Christine Van Roy
assistente aan de KU Leuven en advocaat te Mechelen

Ivo Pieters
advocaat te Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Rotterdam

I INLEIDING

In deze bijdrage wordt in hoofdstuk II een overzicht gegeven van de manier waarop de Belgische rechtspraak is omgegaan met het nieuwe artikel 301 BW gedurende de eerste vier jaar volgend op de inwerkingtreding, op 1 september 2007, van de echtscheidingswet van 27 april 2007[1] en van de mogelijkheden voor ex-partners na het beëindigen van hun samenlevingsrelatie.

In Nederland houdt op dit moment het partneralimentatierecht de gemoederen aardig bezig en is het een voornaam agendapunt op de politieke agenda. In hoofdstuk III wordt een beknopte uiteenzetting gegeven van het huidige Nederlandse wettelijke en jurisprudentiële kader, waarna de huidige politieke voorstellen over de toekomst van partneralimentatie worden besproken.

II BELGIË

Op 1 september 2007, bij inwerkingtreding van de Wet van 27 april 2007, werd het Belgische echtscheidingsrecht grondig door elkaar geschud, niet in het minst wat betreft de onderhoudsuitkering na echtscheiding. Tot voor de nieuwe wetgeving was de onderhoudsuitkering na echtscheiding voorbehouden voor de 'onschuldige' (ex-)echtgenoot en stond zij volledig los van de duur van het huwelijk. In 2007 veranderde dit. De nieuwe wet creëerde een verruimd basisrecht op onderhoudsuitkering, het foutaspect verschoof van voorwaarde naar verweermiddel en de duur van de uitkering mag niet langer meer zijn dan die van het huwelijk (art. 301 § 4 lid 1 BW) (*infra*).

---

1 Voor een meer uitgebreide bijdrage, zie C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 111-137.

§ 1 Alimentatieovereenkomst

A. Echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting

Artikel 301 § 1 BW biedt echtgenoten de mogelijkheid om overeen te komen omtrent de uitkering tot levensonderhoud. Volledige afstand van ieder recht op een onderhoudsuitkering na echtscheiding kan vóór de ontbinding van het huwelijk niet gedaan worden (art. 301 § 9 lid 1 BW). Wanneer de overeenkomst gesloten wordt voor de ontbinding van het huwelijk kan ze enkel betrekking hebben op het bedrag van de onderhoudsuitkering.

De overeenkomst kan zowel tijdens als na de echtscheidingsprocedure en in principe zelfs vanaf het huwelijk van de partijen gesloten worden. Wordt de overeenkomst tijdens de echtscheidingsprocedure gesloten en gehomologeerd, dan krijgt zij slechts uitwerking na de echtscheiding en kan zij – niet verplicht, de akkoorden hebben evenzeer uitwerking zonder homologatie[2] – in de echtscheidingsuitspraak of in een latere uitspraak gehomologeerd worden door de echtscheidingsrechter. Ingeval de overeenkomst na de echtscheiding gesloten wordt, gelden de regels van het algemene verbintenissenrecht en is een rechterlijke goedkeuring evenmin vereist met het oog op een rechtsgeldig karakter.

De onderhoudsuitkering in maandelijkse uitbetalingen of in een eenmalige uitbetaling van kapitaal kan mits akkoord van beide partijen vervangen worden door andere vormen van vergoeding, zoals de uitvoering in natura door een levenslang, kosteloos vruchtgebruik van een onroerend goed waarvan de echtgenoten samen eigenaar waren,[3] of de onderhoudsplichtige alleen eigenaar is.[4]

B. Echtscheiding door onderlinge toestemming

Wanneer de echtgenoten uit de echt scheiden door onderlinge toestemming, wordt de overeenkomst omtrent de onderhoudsuitkering steeds opgenomen in de verplichte familierechtelijke overeenkomst (art. 1288 lid 1 onder 4° Ger.W.) – en dus vóór de ontbinding van het huwelijk – zowel wanneer er een bedrag wordt overeengekomen als wanneer er volledig afstand gedaan wordt van ieder recht op onderhoudsuitkering.

---

2 P. Senaeve, ‘De echtscheidingswet gerepareerd en gewijzigd. Commentaar bij de wet van 2 juni 2010’, *T.Fam.* 2010, p. 158.

3 Rb. Luik 18 december 2007, *RTDF* 2009, 1176 m.nt. J.-L. Renchon.

4 Hof van Beroep Brussel 24 oktober 2011, 2010/AR/820; Hof van Beroep Brussel 6 maart 2012, 2011/AR/501.

C. Samenlevingsrelaties

Ook na het beëindigen van (of tijdens) een wettelijke of feitelijke samenwoning kunnen (ex-)partners overeenkomen omtrent een onderhoudsuitkering.

Wanneer de overeenkomst tijdens het samenleven wordt aangegaan, schuilt het verschil tussen de wettelijke en de feitelijke samenwoning in de vormvereisten; tijdens de wettelijke samenwoning vereist de wet dat de overeenkomst (samenwoningsovereenkomst) bij notariële akte wordt verleden en hiervan melding wordt gemaakt in de bevolkingsregisters (art. 1478 lid 5 BW). Tijdens de feitelijke samenwoning kunnen de partners de overeenkomst onderhands zowel als bij notariële akte aangaan, de wet stelt geen enkele vereiste.

Logischerwijze dient men er van uit te gaan dat de overeenkomst geen aantasting van de 'scheidingsvrijheid' of bestraffing van de beëindiging van de samenlevingsrelatie mag betekenen. Ik meen dan ook dat de overeenkomst waarbij het betalen van een onderhoudsuitkering gekoppeld wordt aan een eenzijdige verbreking van de samenlevingsrelatie geenszins als rechtsgeldig kan beschouwd worden.

Wanneer ex-partners de overeenkomst na het beëindigen van hun samenlevingsrelatie aangaan, gelden dezelfde regels voor wettelijke en feitelijke samenwoning. In tegenstelling tot de overeenkomst tijdens het samenleven, wordt de verplichting van notariële akte en publicatie voor de (ex-) wettelijke samenwoners niet vereist.

§ 2 Gebrek aan een overeenkomst

A. Algemeen

Bij gebrek aan een overeenkomst tussen de (ex-)echtgenoten doet de rechtbank uitspraak over de vordering tot onderhoudsuitkering. De vordering kan ingesteld worden zowel tijdens de echtscheidingsprocedure als na de uitspraak van de echtscheiding ten gronde. Tijdens de procedure van echtscheiding wordt het verzoek gericht aan de echtscheidingsrechter, zoals bij de Nederlandse nevenvoorzieningen (art. 569 lid 1 onder 1° Ger.W.). Werd de echtscheiding reeds uitgesproken in een inmiddels in kracht van gewijsde getreden vonnis of arrest, dan verschuift de materiële bevoegdheid naar de vrederechter (art. 591 onder 7° Ger.W.).

B. Gerechtigdheid

1. Principieel recht op onderhoudsuitkering

In het Belgische recht kan de ex-echtgenoot die behoeftig is, ten laste van de andere ex-echtgenoot een onderhoudsuitkering na echtscheiding vorderen, los van diens schuld of procespositie in het kader van de echtscheidingsprocedure (art. 301 § 2 lid 1 BW).

Bij het beantwoorden van de vraag wie de behoeftige ex-echtgenoot is, wordt gekeken naar de globale economische situatie van de ex-echtgenoten. Eenstemmig aanvaardt de rechtspraak dat de ex-echtgenoot met de zwakste inkomenspositie behoeftig is in de zin van artikel 301 § 2 lid 1 BW en dus principieel onderhoudsgerechtigd, terwijl de ex-echtgenoot met de sterkste inkomenspositie principieel onderhoudsplichtig is.[5]

Waar de rechtspraak tot voor kort het begrip behoeftigheid leek te omschrijven als een beduidend (financieel) onevenwicht – en dus niet elk onevenwicht – in de globale financiële situatie van beide (ex-)echtgenoten en de grens op een verschil van € 500 leek te leggen,[6] lijkt de meer recente rechtspraak hier op terug te komen en elk onevenwicht te weerhouden als oorzaak van behoeftigheid.[7]

2. Weigering onderhoudsuitkering

In drie gevallen wijkt de wetgever af van het principieel recht op onderhoudsuitkering na echtscheiding in hoofde van de behoeftige ex-echtgenoot.

In twee gevallen beschikt de rechter over de mogelijkheid om af te wijken van het principieel recht (art. 301 § 2 lid 2 BW en art. 301 § 5 BW), in een derde geval is de rechter verplicht het verzoek van de behoeftige ex-echtgenoot af te wijzen (art. 301 § 2 lid 3 BW).

a. Mogelijke weigering

Eerste geval: zware fout in hoofde van de verzoeker

Artikel 301 § 2 lid 2 BW bepaalt dat de rechtbank het verzoek om een uitkering kan weigeren indien de verweerder – principieel onderhoudsplichtige – bewijst

---

5 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, ‘Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting’, *T.Fam.* 2011, p. 112.

6 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, ‘Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting’, *T.Fam.* 2011, p. 113.

7 Hof van Beroep Gent 22 september 2011, 2009/AR/1661.

dat de verzoeker – principieel onderhoudsgerechtigde – een zware fout heeft begaan die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt.

In geval van een weerhouden zware fout in hoofde van de principieel onderhoudsplichtige kan enkel besloten worden tot een volledige uitsluiting. De rechter beschikt niet over de mogelijkheid om te beslissen tot gedeeltelijke uitsluiting (toekenning van een verminderd bedrag).[8]

Invulling van de zware fout
De rechtspraak definieert de zware fout ex artikel 301 § 2 lid 2 BW als een ernstige, zwaarwichtige, eenmalige of opeenvolgende tekortkoming door een echtgenoot, die aan de basis ligt van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk,[9] nog steeds een zeer ruime omschrijving, die rechters naar eigen aanvoelen kunnen invullen.

Volgende handelingen of tekortkomingen werden in de rechtspraak aanvaard als zware fout die de voortzetting van de samenleving onmogelijk had gemaakt (art. 301 § 2 lid 2 BW):

- het 'klassieke' overspel in de zin van het oude artikel 229 BW;[10]
- de psychische terreur die de onderhoudsgerechtigde uitoefende over de - onderhoudsplichtige en die een gevolg was van zijn ziekelijke jaloezie.[11]

Volgende handelingen of tekortkomingen werden niet aanvaard:

- het eenmalig zoenen van een andere persoon;[12]
- het geïntoxiceerd besturen van een voertuig;[13]
- het loutere feit dat de onderhoudsgerechtigde het initiatief tot echtscheiding genomen had;[14]
- het verhinderen of bemoeilijken van contact tussen de ex-echtgenoot en de gemeenschappelijke kinderen van partijen;[15]
- het wekken van de schijn van een overspelige relatie door te gaan samenwonen met een andere persoon.[16]

---

8 *Contra*: F. Swennen en B. Weyts, "Fouten tussen echtgenoten. Een tocht doorheen het echtscheidings- en aansprakelijkheidsrecht", in G. Verschelden (ed.), *XXXVIste PUC Willy Delva. Echtscheiding*, Mechelen, Kluwer, 2010, nr. 50.

9 Hof van Beroep Gent 14 april 2011, 2009/AR/380; Hof van Beroep Brussel 12 mei 2011, 2010/AR/876.

10 Hof van Beroep Gent 19 maart 2009, 2008/AR/384; Hof van Beroep Brussel 16 november 2009, *RTDF* 2011, 57.

11 Rb. Hasselt 27 oktober 2009, AR 08/1938/A.

12 Rb. Mechelen 11 maart 2010, AR 09/448/A.

13 Rb. Mechelen 11 maart 2010, AR 09/448/A.

14 Hof van Beroep Gent 31 december 2009, 2008/AR/1937.

15 Hof van Beroep Antwerpen 14 september 2010, 2009/AR/2752.

16 Rb. Ieper 9 september 2009, *ERF* 2010, 1.

Over sommige handelingen of tekortkomingen is de rechtspraak het niet eens; een deel van de rechtspraak aanvaardt ze als zware fout ex artikel 301 § 2 lid 2 BW, een ander deel van de rechtspraak aanvaardt dat niet. Het loutere verlaten van de gezinswoning is een van deze toepassingen.[17]

Tijdstip van de zware fout

Essentieel voor weigering van een onderhoudsuitkering, is het tijdstip waarop de zware fout begaan werd. Elke zware fout die aan de oorsprong ligt van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk – en dus gepleegd werd op een ogenblik dat er nog geen sprake was van onherstelbare ontwrichting[18] – kan in aanmerking komen als uitsluitingsgrond. Beging de behoeftige ex-echtgenoot de zware fout nadat het huwelijk reeds onherstelbaar was ontwricht – en uiteraard na het definitief worden van de echtscheiding [19] dan kan de fout niet aangevoerd worden als grond tot verval van de onderhoudsaanspraak.[20]

Betwist wordt of de zware fout begaan na het ontstaan van de feitelijke scheiding aanleiding kan geven tot uitsluiting van de uitkeringsgerechtigde echtgenoot. In artikel 229 § 1 BW bepaalt de wetgever immers dat het huwelijk onherstelbaar ontwricht is wanneer de voortzetting én de hervatting van de samenleving tussen de echtgenoten redelijkerwijs onmogelijk zijn geworden, terwijl artikel 301 § 2 lid 2 BW met betrekking tot de zware fout enkel verwijst naar de voortzetting van de samenleving.

Een deel van de rechtspraak is op basis van een letterlijke lezing van artikel 301 § 2 lid 2 BW van mening dat de mogelijke weigering enkel aan de orde is ingeval de zware fout aan de basis ligt van de beëindiging van de samenleving en dus voordien moet hebben plaatsgevonden.[21]

Ook de andere stelling vindt steun in de rechtspraak. De mogelijke weigering zou niet alleen gesteund kunnen worden op een zware fout die aan de basis ligt van de feitelijke scheiding, doch ook op een zware fout die de hervatting van de samenleving onmogelijk gemaakt heeft en dus na de aanvang van de feitelijke scheiding heeft plaatsgevonden.[22]

---

17 Hof van Beroep Brussel 3 maart 2011, 2010/AR/1150 (wel zware fout, maar alleen als het gepaard gaat met bijzondere omstandigheden die er een beledigend karakter aan geven); Rb. Aarlen 14 maart 2008, *RTDF* 2009, 428 m.nt. J.-L. Renchon (wel zware fout); Rb. Mechelen 18 juni 2009, AR 08/1656/A (geen zware fout).

18 Hof van Beroep Brussel 18 mei 2010, 2008/AR/1900; Hof van Beroep Gent 14 april 2011, 2009/AR/380.

19 Hof van Beroep Antwerpen 21 april 2010, 2009/AR/1186.

20 Hof van Beroep Luik 13 mei 2008, *Act.dr.fam.* 2008, 188; Hof van Beroep Gent 14 oktober 2010, 2008/AR/2508.

21 Rb. Luik 24 april 2008, *JLMB* 2008, 1049.

22 Hof van Beroep Antwerpen 3 maart 2010, 2009/AR/1255.

De vraag is wat te doen met het geval waarin elk van beide (ex-)echtgenoten een zware fout in de zin van artikel 301 § 2 lid 2 BW begaat.

Aanvankelijk leek de rechtspraak onder de nieuwe echtscheidingswet de teneur verder te zetten van de oude praktijk; de zware fout van de onderhoudsgerechtigde werd niet gecompenseerd door een zware fout van de onderhoudsplichtige.

Het Hof van Cassatie was een andere mening toegedaan en verbrak op 21 oktober 2011 een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Luik.

De rechtbank had omwille van een zware fout in hoofde van de principieel onderhoudsgerechtigde vrouw haar verzoek om onderhoudsuitkering afgewezen (art. 301 § 2 lid 2 BW). De vrouw meende echter dat haar onderhoudsplichtige ex-echtgenoot ook een zware fout in de zin van artikel 301 § 2 lid 2 BW beging en verzocht de rechtbank om toegelaten te worden tot het getuigenverhoor om deze zware fout te bewijzen.

De rechtbank te Luik wees het verzoek van de vrouw af, de rechter meende dat dit bewijs geen enkel nut zou hebben:

- de onderhoudsplichtige verzocht zelf niet om een onderhoudsuitkering (er zijn zaken gekend waarin elk van beide (ex-)echtgenoten de rechter verzoekt om toekenning van een onderhoudsuitkering),
- de onderhoudsgerechtigde verzocht niet om een preventieve weigering ten aanzien van de huidige onderhoudsplichtige en
- een eventuele fout in hoofde van de onderhoudsplichtige had geen enkele invloed op de onderhoudsaanspraak van de principieel onderhoudsgerechtigde.

Het Hof van Cassatie meende dat het verzochte bewijs wél nog nut kon hebben; een feit waaraan de onderhoudsplichtige schuld heeft kan de zwaarwichtigheid van de fout van de onderhoudsgerechtigde afzwakken of het oorzakelijk verband verbreken tussen die fout en de onmogelijkheid om de samenleving voort te zetten, zodat die fout niet langer een zware fout uitmaakt in de zin van artikel 301 § 2 lid 2 BW.[23]

Indien de onderhoudsgerechtigde in casu de zware fout van de onderhoudsplichtige kon bewijzen was het mogelijk dat het feit dat door de rechtbank nu aanvaard was als zware fout in hoofde van de onderhoudsgerechtigde niet langer het karakter van zware fout zou hebben en de principieel onderhoudsgerechtigde een onderhoudsuitkering kon toegekend worden.

---

[23] Hof van Cassatie 21 oktober 2011, *Act.dr.fam.* 2012 m.nt. A.-C. Van Gysel.

Uitgaande van dit standpunt wordt ingeval beide echtgenoten een overspelige relatie aanknopen na de aanvang van de feitelijke scheiding, doch vóór het ontstaan van de onherstelbare ontwrichting, de volgorde van de aanvang van de overspelige relaties belangrijk:

- ingeval de overspelige relatie van de onderhoudsgerechtigde echtgenoot ontstaat vóór de aanvang van de overspelige relatie van de onderhoudsplichtige echtgenoot vervalt het recht op onderhoudsuitkering, aangezien de onderhoudsgerechtigde in dit geval een zware fout begaat die de hervatting van de samenleving onmogelijk maakt;
- ingeval de overspelige relatie van de onderhoudsgerechtigde echtgenoot ontstaat na de aanvang van de overspelige relatie van de onderhoudsplichtige echtgenoot vervalt het recht op onderhoudsuitkering niet, aangezien de onderhoudsgerechtigde echtgenoot geen zware fout begaat die de hervatting van de samenleving onmogelijk maakt. Op het ogenblik dat de onderhoudsgerechtigde echtgenoot de zware fout pleegde, was het huwelijk immers reeds onherstelbaar ontwricht door de overspelige relatie van de onderhoudsplichtige echtgenoot.[24]

Een reparatiewet lijkt wenselijk. Artikel 301 § 2 lid 2 BW dient in overeenstemming gebracht te worden met artikel 229 § 1 BW, eventueel door de huidige tekst als volgt te vervangen: ‘De rechtbank kan het verzoek om een uitkering weigeren indien de verweerder bewijst dat verzoeker een zware fout heeft begaan die de voortzetting of de hervatting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt.’ Op die manier zou de mogelijke weigering van een uitkering zonder mogelijke discussie ook gesteund kunnen worden op een zware fout die na het ontstaan van de feitelijke scheiding heeft plaatsgevonden.

Rechters aanvaarden soms het concept van de vergeving. Wanneer de onderhoudsgerechtigde de gezinswoning verliet voor samenleving met een nieuwe partner en een stuk voorlegt waarin de onderhoudsplichtige zijn hoop op het hervatten van de samenleving uit, wijst de rechter de toepassing van artikel 301 § 2 lid 2 BW vaak af. Door het uiten van zijn hoop op het hervatten van het samenleven maakt de (ex-)echtgenoot zijn vergeving kenbaar en zorgt er voor dat het verlaten van de gezinswoning en zelfs het samenleven met de nieuwe partner niet weerhouden kan worden als een zware fout die de voortzetting van de samenleving onmogelijk gemaakt heeft.[25]

---

24 Hof van Beroep Brussel 7 maart 2011, 2010/AR/57.

25 Rb. Aarlen 16 januari 2009, *RTDF* 2009, 448.

Bewijs van de zware fout
De zware fout kan met alle wettelijke middelen worden bewezen. In het merendeel van de gevallen zal hier een beroep gedaan worden op de betrapping op overspel (art. 1016*bis* Ger.W.)[26] en het getuigenverhoor.[27]

Tweede geval: staat van behoefte omwille van een eenzijdige beslissing van de onderhoudsgerechtigde

Indien de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot aantoont dat de staat van behoefte van de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot het gevolg is van een eenzijdig door de onderhoudsgerechtigde genomen beslissing en zonder dat de noden van de familie deze keuze rechtvaardigden, beschikt de rechter eveneens over de mogelijkheid om het verzoek tot uitkering te weigeren (volledige uitsluiting) of te verminderen (gedeeltelijke uitsluiting) (art. 301 § 5 BW). Tot gedeeltelijke uitsluiting kan besloten worden indien de onderhoudsplichtige deels mee aansprakelijk is voor de beslissing van de onderhoudsgerechtigde om zich niet geleidelijk terug in de arbeidsmarkt in te schakelen.

De exceptie van artikel 301 § 5 BW wordt door de rechtspraak niet gemakkelijk aanvaard. De exceptie stelt immers twee cumulatieve voorwaarden en de onderhoudsplichtige die de exceptie opwerpt kampt met een dubbele bewijslast.[28] Hij dient aan te tonen dat:

- de staat van behoefte van de verzoekende partij het gevolg is van een eenzijdig door deze laatste genomen beslissing;
- deze beslissing niet gerechtvaardigd werd door de noden van de familie.

Dit bewijs kan geleverd worden met alle wettelijke middelen,[29] maar zal niet gemakkelijk zijn. De rechtspraak gaat steeds vaker uit van het (weerlegbaar) vermoeden dat, indien bij twee samenlevende echtgenoten met jonge kinderen één van hen stopt met werken, respectievelijk geen werk meer zoekt, dit steeds gebeurde met akkoord van de echtgenoot die is blijven werken.[30]

Belangrijk is het ogenblik van het terugschroeven van de arbeidsprestaties. Wanneer dit kort voor het inleiden van de echtscheidingsprocedure gebeurt, wordt meestal niet aangenomen dat dit met akkoord van de andere echtgenoot gebeurde, aangezien de rechter er van uitgaat dat er ongetwijfeld reeds enige tijd

---

26 Hof van Beroep Gent 19 maart 2009, 2008/AR/384; Rb. Brugge 3 juli 2009, *TGR* 2009, 293.

27 Hof van Beroep Brussel 25 januari 2011, 2009/AR/2544; Rb. Brugge 3 juli 2009, *TGR* 2009, 293.

28 Rb. Hasselt 5 januari 2010, A.R. 08/2379/A.

29 Hof van Beroep Antwerpen 1 december 2010, 2010/AR/101; Hof van Beroep Brussel 11 januari 2011, 2009/AR/642; Rb. Brussel 4 maart 2009, *Act.dr.fam.* 2009, 75.

30 Hof van Beroep Brussel 17 februari 2009, *T.Fam.* 2009, 141 m.nt. F. Swennen; Hof van Beroep Brussel 6 oktober 2009, 2008/AR/898.

vóór het inleiden van de echtscheidingsprocedure echtelijke moeilijkheden bestonden.[31]

Niet alleen het ogenblik van het terugschroeven van de arbeidsprestaties is belangrijk, ook het gedrag van de onderhoudsgerechtigde na de feitelijke scheiding en/of echtscheiding en de verblijfsregeling van de kinderen wordt bekeken. Hierbij wordt de bewijslast als het ware omgekeerd; de niet-werkende onderhoudsgerechtigde dient aan te tonen dat het feit dat hij zich niet herinschakelde op de arbeidsmarkt een gevolg was van een onmogelijkheid om te werken.[32]

b. Verplichte weigering

De onderhoudsuitkering wordt niet toegekend aan een behoeftige ex-echtgenoot die schuldig werd bevonden aan verkrachting, opzettelijke slagen of toediening van stoffen die de gezondheid ernstig kunnen schaden (een in de art. 375, 398 tot 400, 402, 403 of 405 Strafwetboek bedoeld feit) dat gepleegd werd tegen de onderhoudsplichtige, of aan een poging tot het plegen van verkrachting, doodslag, moord of vergiftiging (een in de artikelen 375, 393, 394 of 397 Strafwetboek bedoeld feit) tegen diezelfde persoon (art. 301 § 2 lid 3 BW). De wet vereist niet dat aan de schuldig bevonden ex-echtgenoot een effectieve straf werd opgelegd, zodat ook een veroordeling met uitstel of een opschorting van de uitspraak tot gevolg heeft dat de veroordeelde ex-echtgenoot zijn recht op een onderhoudsuitkering verliest.[33]

In geval van verplichte weigering is de mogelijkheid van gedeeltelijke uitsluiting niet aan de orde: de rechter dient te beslissen tot een volledige uitsluiting.

In tegenstelling tot artikel 301 § 2 lid 2 BW stelt artikel 301 § 2 lid 3 BW geen enkele temporele beperking met betrekking tot de geweldplegingen die aangevoerd kunnen worden en bepaalt evenmin dat er een causaal verband moet zijn met de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk. Hierdoor neemt de meerderheid van de rechtspraak aan dat niet alleen geweldplegingen begaan voordat het huwelijk onherstelbaar was ontwricht – ook al gingen ze de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk ettelijke jaren vooraf – maar ook geweldplegingen begaan na de onherstelbare ontwrichting en zelfs na de ontbinding van het huwelijk, in aanmerking genomen dienen te worden als uitsluitingsgrond. Het concept van de vergeving wordt zeer streng beoordeeld.[34]

---

31 Hof van Beroep Gent 26 november 2009, 2008/AR/1483.
32 Hof van Beroep Gent 26 november 2009, 2008/AR/1394.
33 Rb. Gent 21 december 2010, A.R. 10/1113/A.
34 Hof van Beroep Antwerpen 24 september 2008, 2008/AR/478.

c. Preventieve weigering?

Vaak wordt de vraag gesteld of de rechter uitspraak kan doen over de toepassing van artikel 301 § 2 lid 2 of lid 3 BW en artikel 301 § 5 BW, in een zaak waar nog geen vordering tot onderhoudsuitkering werd ingesteld.

De rechtspraak is hierover verdeeld: een deel van de rechtspraak aanvaardt de mogelijkheid van preventieve weigering niet,[35] het merendeel wèl.[36]

C. Bedrag: behoefte en draagkracht

In het Belgische recht dient de eventuele onderhoudsuitkering ten minste de staat van behoefte van de uitkeringsgerechtigde te dekken (art. 301 § 3 lid 1 BW).

1. Inkomsten van partijen

Om de eventuele staat van behoefte te kunnen bepalen, dient de rechter een correct zicht te hebben op de inkomsten van de ex-echtgenoten. De inkomsten die vergeleken worden zijn de netto-inkomsten; het bedrag dat de ex-echtgenoten overhouden na aftrek van de lasten die opgelegd worden door de sociale en fiscale wetten.[37]

Aan inkomstenzijde worden naast beroepsinkomsten ook huurinkomsten, intresten van kapitalen (na afhouding van de roerende voorheffing) en inkomsten uit beleggingsportefeuilles in rekening gebracht. Wanneer een partij over een zeker kapitaal beschikt, al dan niet uit de vereffening-verdeling na echtscheiding (*infra*), weerhoudt de rechtspraak overwegend een jaarlijkse netto inkomst van 2,5 % van het kapitaal. Deze opbrengst wordt omgerekend naar een maandelijkse opbrengst en bij de inkomsten van de (ex-)echtgenoot geteld.[38] Er wordt rekening gehouden met de fiscale weerslag van de onderhoudsuitkering voor beide partijen.[39]

Aan de kant van de in rekening te brengen *lasten* houden de rechters rekening met de kosten van huisvesting (huur, afbetaling van de hypothecaire lening) en

---

35 Rb. Hasselt 13 november 2007, A.R. 07/1855/A; Rb. Antwerpen 19 januari 2009, *RABG* 2009, 853 m.nt. S. Brouwers.

36 Hof van Beroep Brussel 25 januari 2010, *RTDF* 2010, 576.

37 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 122.

38 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 122.

39 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 122.

de onderhoudskost voor (al dan niet gemeenschappelijke) kinderen (uitgevoerd in natura, dan wel door het betalen van een maandelijkse onderhoudsbijdrage), aangezien de onderhoudsplicht ten aanzien van kinderen op grond van artikel 203 § 1 lid 1 BW voorgaat op de onderhoudsplicht ten aanzien van de ex-echtgenoot. Omgekeerd wordt bij de bepaling van de inkomsten van de ex-echtgenoot die de kinderbijslag en een onderhoudsbijdrage voor de (al dan niet gemeenschappelijke) kinderen ontvangt, geen rekening gehouden met deze bedragen, aangezien die geacht worden uitsluitend de kinderen ten goede te komen.[40]

Andere lasten, zoals een persoonlijke lening voor de aankoop van een voertuig of zelfs een volledige collectieve schuldenregeling, zijn ondergeschikt aan de onderhoudsplicht en worden niet in overweging genomen.[41]

De respectieve inkomsten en lasten van de partijen worden onderzocht met ingang van de datum van de ontbinding van het huwelijk (het in kracht van gewijsde treden van het echtscheidingsvonnis of -arrest).[42]

De hoven en rechtbanken zijn niet gebonden door fiscale vaststellingen; rechters zullen in bepaalde gevallen de vastgestelde officiële inkomsten van partijen verhogen, vaak op grond van *tekenen en indiciën*[43] of het feit dat privé-kosten verrekend worden via de handelszaak of (management)vennootschap.[44]

Rechters houden daarnaast niet alleen rekening met de werkelijke inkomsten van partijen, maar ook met hun *mogelijkheden* om (meer) inkomsten te verwerven (art. 301 § 3 lid 2 BW).[45] Ook hierdoor wordt het inkomen van de echtgenoten soms verhoogd.[46]

2. Criteria in het bepalen van de staat van behoefte

Door te opteren voor de vage term staat van behoefte krijgen rechters mijns inziens een (te) ruime beoordelingsbevoegdheid.

---

40 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 123.

41 Hof van Beroep Gent 14 oktober 2010, 2008/AR/2508; Hof van Beroep Gent 17 maart 2011, 2009/AR/602; Hof van Beroep Brussel 7 april 2011, 2010/AR/128.

42 Hof van Beroep Antwerpen 15 september 2010, 2009/AR/2086; Hof van Beroep Brussel 13 mei 2011, 2010/AR/543.

43 Hof van Beroep Antwerpen 9 juni 2010, 2008/AR/804; Hof van Beroep Antwerpen 22 september 2010, 2009/AR/2807.

44 Hof van Beroep Antwerpen 16 februari 2011, 2010/AR/1173.

45 Hof van Beroep Gent 30 september 2010, 2008/AR/2635.

46 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 124.

Doordat de wetgever drie criteria aangeeft waarmee zij rekening dienen te houden bij het bepalen van de staat van behoefte (art. 301 § 3 lid 2 BW), worden de rechters wel wat 'geholpen'; er wordt rekening gehouden met de inkomsten en mogelijkheden van de echtgenoten en met de aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde. De eerste twee criteria zijn duidelijk (*supra*), het begrip 'aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde' geeft meer onzekerheid.

Om de rechtspraak ook hierin wat hulp te bieden, reikt de wetgever – niet limitatief – een aantal criteria aan om de terugval te waarderen:

- de duur van het huwelijk;
- de leeftijd van de partijen;
- het ten laste nemen van de kinderen tijdens het samenleven of daarna;
- het gedrag van de partijen tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden.

Ondanks deze richtlijn blijft de rechtspraak over een zeer ruime beoordelingsbevoegdheid beschikken. Beoordeling van een aanzienlijke terugval houdt in ieder geval de vergelijking in van twee in de tijd te situeren toestanden. Minder duidelijk is waar in de tijd deze twee – of minstens de eerste van de twee – toestanden geplaatst dienen te worden.

Het onvermijdelijke gevolg hiervan is dat de rechtspraak uiteenlopend is.

Een deel van de rechtspraak – voornamelijk aan Franstalige zijde – beoordeelt de terugval *wegens de echtscheiding* en vergelijkt:

- de daadwerkelijke economische situatie van de onderhoudsgerechtigde op het ogenblik van de echtscheiding of het ogenblik waarop, na de echtscheiding, de onderhoudsgerechtigde voor het eerst een onderhoudsuitkering na echtscheiding vordert, en;
- de gemiddelde economische situatie – levensstandaard – van de onderhoudsgerechtigde gedurende het huwelijk met de onderhoudsplichtige.

Door te opteren voor deze vergelijkingspunten valt deze rechtspraak terug op het referentiepunt van de vroegere levensstandaard.

Een ander deel van de rechtspraak – voornamelijk aan Nederlandstalige zijde – beoordeelt de terugval wegens het huwelijk en vergelijkt:

- de daadwerkelijke economische situatie van de onderhoudsgerechtigde op het ogenblik van de echtscheiding of het ogenblik waarop, na de echtscheiding, de onderhoudsgerechtigde voor het eerst een onderhoudsuitkering na echtscheiding vordert, en;

- de hypothetische economische situatie waarin de onderhoudsgerechtigde zou hebben verkeerd indien hij niet met de onderhoudsplichtige in het huwelijk zou zijn getreden[47] of indien hij tijdens of ingevolge zijn huwelijk met de onderhoudsplichtige niet de keuzes had gemaakt die een invloed gehad hebben op zijn verdienvermogen.[48]

De aanzienlijke terugval van de economische situatie van de onderhoudsgerechtigde houdt de achterstand in verdienvermogen in die de echtgenoot tijdens of wegens het huwelijk heeft opgelopen[49] en de uitkering die wordt toegekend gaat uit van een volledige loopbaan op basis van een (al dan niet behaald) diploma.[50] De rechtbank zal oordelen of de onderhoudsgerechtigde een aanzienlijke terugval ondervindt wegens het feit dat hij tijdens het huwelijk zijn verdienvermogen niet (volledig) heeft geoptimaliseerd. Het is mogelijk dat hij niet of slechts in beperkte mate in staat was zijn beroep te blijven uitoefenen omwille van de opvoeding van de kinderen, of omwille van het feit dat hij in overleg deeltijds is gaan werken beneden zijn opleidingsniveau[51] of omwille van het feit dat hij wegens zijn leeftijd[52] of gezondheidstoestand[53] wellicht geen (voltijdse) betrekking meer zal vinden.

Sommige rechtspraak kiest voor een tussenoplossing. Bij de beoordeling van de terugval wordt uitgegaan van de vergelijkingspunten zoals voornamelijk weerhouden aan Franstalige zijde, doch met die nuance dat er geen gewone, doch wel een aanzienlijke terugval vereist wordt.[54] Er wordt rekening gehouden met de levensstandaard van tijdens de huwelijkse samenwoning, maar niet met luxe-uitgaven.[55] De staat van behoefte in de zin van artikel 301 § 3 lid 2 BW plaatst zich in de vork tussen het gemeenrechtelijke artikel 205 BW en het oude criterium van de levensstandaard.[56]

Het Hof van Cassatie hakte – voorlopig – de knoop door en opteerde voor de interpretatie zoals aangereikt in de hoofdzakelijk Franstalige rechtspraak, door

---

47 Hof van Beroep Brussel 17 februari 2009, *T.Fam.* 2009, p. 141 m.nt. F. Swennen; Rb. Leuven 10 november 2008, AR 08-1555-A.

48 Hof van Beroep Brussel 17 februari 2009, *T.Fam.* 2009, 141, m.nt. F. Swennen; Hof van Beroep Gent 22 april 2010, 2009/AR/1314.

49 Rb. Brussel 28 april 2009, AR 2007/16.033/A. Vgl. F. Swennen & F. Aps, 'De Echtscheidingswet 2007', *RW* 2007-2008, p. 570.

50 Vred. Fontaine-l'Evêque 22 mei 2008, *RTDF* 2008, p. 1243.

51 Rb. Leuven 4 februari 2008, *RABG* 2008, p. 709.

52 Rb. Luik 6 december 2007, *JLMB* 2008, p. 347.

53 Vred. Vorst 7 mei 2008, A.R. 07/482/A.

54 Hof van Beroep Brussel 8 mei 2009, *Act.dr.fam.* 2010, p. 14; Rb. Mechelen 14 februari 2008, *RABG* 2008, p. 719 m.nt. S. Brouwers; Rb. Nijvel 26 februari 2008, *RTDF* 2008, p. 481.

55 Rb. Nijvel 13 mei 2008, *RTDF* 2008, p. 1221; Rb. Nijvel 17 februari 2009, *RTDF* 2009, p. 1182.

56 Rb. Nijvel 13 mei 2008, *RTDF* 2008, p. 1221; Vred. Waver 2 december 2008, *RTDF* 2009, p. 173.

de levensstandaard te aanvaarden als – weliswaar één van de mogelijke – begrotingselementen. De staat van behoefte dient geëvalueerd te worden, onder meer rekening houdende met de normale levensomstandigheden die de onderhoudsgerechtigde genoot tijdens het huwelijk met de onderhoudsplichtige. Hierdoor kan de rechter rekening houden met de levensomstandigheden, respectievelijk het levensniveau, van de partijen gedurende het huwelijk. De rechtbank die de onderhoudsgerechtigde een onderhoudsuitkering ter beschikking stelt om de normale levensomstandigheden van tijdens het huwelijk te benaderen, schendt artikel 301 BW dan ook niet. De notie 'gedrag van de partijen tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden in de zin van artikel 301 § 3 BW' omvat volgens het Hof ook het begrip 'levensstandaard'.[57]

Door te stellen dat de feitenrechter bij de begroting van de onderhoudsuitkering rekening kan houden met de levensstandaard wordt de feitenrechter de mogelijkheid geboden, doch niet de verplichting opgelegd, om rekening te houden met de levensstandaard en wordt hem de keuze gelaten om naar zijn aanvoelen al dan niet rekening te houden met de levensstandaard. Gevolg hiervan is dat de rechtspraak van de feitenrechters ook na het cassatiearrest blijft uiteenlopen.

3. Bepaling van het bedrag van de onderhoudsuitkering

Ook al groeit na het arrest van het Hof van Cassatie van 12 oktober 2009 (*supra*) stilaan de neiging tot het vergelijken van de gemiddelde economische situatie (levensstandaard) van de onderhoudsgerechtigde gedurende het huwelijk met de onderhoudsplichtige met de daadwerkelijke economische situatie van de onderhoudsgerechtigde op het ogenblik waarop de onderhoudsgerechtigde tijdens of (voor het eerst) na de echtscheidingsprocedure een onderhoudsuitkering op grond van artikel 301 BW vordert, toch blijft het niet altijd even duidelijk waar de rechters de inspiratie halen voor het bepalen van het bedrag van de toegekende onderhoudsuitkering.

Het is veeleer zelden dat de volledige economische terugval wordt toegekend in het kader van de onderhoudsuitkering. De meerderheid van de rechtspraak geeft geen cijfermatige bepaling van de terugval en verwijst enkel naar de inkomsten en lasten van de partijen. De wet bepaalt immers niet dat het bedrag van de onderhoudsuitkering na echtscheiding de economische terugval van de onderhoudsgerechtigde volledig dient te compenseren, maar enkel dat de rechter die aanzienlijke terugval mee in rekening moet brengen om het bedrag van de onderhoudsuitkering na echtscheiding te bepalen.[58]

---

57 Hof van Cassatie 12 oktober 2009, *T.Fam*. 2010, p. 71 m.nt. C. van Roy en *Act.dr.fam*. 2009, p. 199 m.nt. A.-Ch. van Gysel.

58 Hof van Beroep Brussel 7 april 2011, 2010/AR/128.

De absolute maximumgrens van de onderhoudsuitkering staat op een derde van de netto-inkomsten – dit is de inkomsten na aftrek van de lasten die worden opgelegd door de sociale en fiscale wetten (*supra*) – van de onderhoudsplichtige (art.301 § 3 lid 3 BW). Daarnaast wordt ook rekening gehouden met de eventuele aftrekbaarheid van een deel van de lasten in hoofde van de onderhoudsplichtige.[59]

De grens van 1/3 is een absolute grens. Het bedrag van de onderhoudsuitkering mag de grens niet overschrijden, ook al heeft dit tot gevolg dat de onderhoudsuitkering de staat van behoefte van de onderhoudsgerechtigde niet dekt.[60] In dit laatste geval dient de onderhoudsgerechtigde terug te vallen op de openbare bijstand: de 1/3-norm gaat voor.[61]

4. Mogelijkheid tot degressiviteit

Aan de rechter wordt de mogelijkheid geboden om te beslissen of en in welke mate de uitkering degressief zal zijn (art. 301 § 3 lid 2 BW).
Bij de beoordeling hiervan wordt rekening gehouden met de leeftijd van de onderhoudsgerechtigde en zijn kansen op herinschakeling op de arbeidsmarkt.[62]

5. Onderhoudsuitkering in natura

In het kader van een akkoord op grond van artikel 301 § 1 BW beschikken de (ex-)echtgenoten over de mogelijkheid de onderhoudsuitkering in maandelijkse uitbetalingen of in een eenmalige uitbetaling te vervangen door een uitvoering in natura zoals het kosteloos vruchtgebruik van een onroerend goed (*supra*).[63]

Naar mijn mening beschikt de rechter die bij afwezigheid van akkoord uitspraak doet over de onderhoudsuitkering na echtscheiding niet over de mogelijkheid de onderhoudsuitkering na echtscheiding te vervangen door een uitvoering in natura, de onderhoudsuitkering na echtscheiding kan uitsluitend in geld uitgevoerd worden.

6. Onderzoeksmaatregelen en provisionele uitkering

De rechter beschikt over de mogelijkheid om bij het bevelen van onderzoeksmaatregelen een provisionele onderhoudsuitkering toe te kennen in afwachting van een definitieve beoordeling van de mogelijkheden van de onderhoudsgerechtigde of onderhoudsplichtige.

---

59 Rb. Mechelen 11 maart 2010, AR 09/448/A.
60 Vred. Fontaine-l'Evêque 22 mei 2008, *RTDF* 2008, p. 1243.
61 Rb. Mechelen 7 oktober 2010, AR 09/771/A.
62 Rb. Antwerpen 11 januari 2008, AR 07-5468-A (vonnis is definitief).
63 Rb. Luik 18 december 2007, *RTDF* 2009, p. 1176 m.nt, J.-L. Renchon.

D. Duur

1. Algemene regel

De Belgische echtscheidingswetgeving beperkt de onderhoudsuitkering in de tijd. De duur van de uitkering mag initieel niet langer zijn dan die van het huwelijk (art. 301 § 4 lid 1 BW). Uitzonderingen daarop zijn niet toegestaan.

De duur van het huwelijk wordt berekend van aan de huwelijkssluiting tot aan het in kracht van gewijsde treden van de beslissing – vonnis of arrest – waarbij de echtscheiding wordt uitgesproken.[64] Dit brengt in concreto met zich mee dat:

- de duur van de voorhuwelijkse samenwoning niet in plus verrekend wordt;
- de duur van de feitelijke scheiding niet in min verrekend wordt.

De wet bepaalt niet waar het vertrekpunt van de termijn ligt ingeval de onderhoudsuitkering pas enige tijd na de ontbinding van het huwelijk wordt gevorderd. Naar mijn mening dient men het begin van de maximumtermijn steeds op de datum van de ontbinding van het huwelijk te plaatsen, ook wanneer de onderhoudsuitkering maanden of zelfs jaren na de ontbinding voor het eerst gevraagd of toegekend wordt;[65] het was de bedoeling van de wetgever de nahuwelijkse solidariteit tussen de ex-echtgenoten beperken tot de duur van het huwelijk, waarna de zelfredzaamheid van de zwakkere echtgenoot moet zijn herwonnen.[66] Het andere standpunt wordt ook verdedigd; het begin van de maximumduur wordt geplaatst op de datum dat de uitkering voor het eerst wordt toegekend, waardoor het vertrekpunt van de termijn niet noodzakelijk samenvalt met de datum van ontbinding van het huwelijk.[67]

Binnen de krijtlijnen van de duur van het huwelijk is de keuze van de termijn willekeurig. In de rechtspraak heerst de tendens om te opteren voor de duur van

---

64 Hof van Beroep Luik 16 april 2008, *RRD* 2008-126, p. 23; Hof van Beroep Brussel 8 mei 2009, *Act.dr.fam.* 2010, p. 14.

65 F. Swennen, S. Eggermont & E. Alofs, 'De Wet van 27 april 2007 inzake echtscheidingsknelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 30.

66 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2005-2006, nr. 51-2341/001, 11; Verslag namens de subcommissie, *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2341/007, 35; F. Swennen & S. Eggermont en E. Alofs, 'De Wet van 27 april 2007 inzake echtscheidingsknelpunten van materieel recht en van procesrecht', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 30.

67 P. Senaeve, 'De Wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel I. De echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2007, p. 103 (deze auteur stelde evenwel nadien zijn mening bij).

het huwelijk, een keuze die zelden verantwoord wordt door de rechters.[68] De duur van het huwelijk wordt daar aangenomen als algemene regel en de koppeling aan een kortere duur moet gepaard gaan met een reden.[69] Indien de rechter geen duur aangeeft in het vonnis,[70] eindigt de uitkering van rechtswege na verloop van een termijn gelijk aan de duur van het huwelijk.[71]

2. Mogelijkheid tot verlenging

Om onbillijke omstandigheden te vermijden, creëerde de wetgever een uitzondering op de algemene regel van beperking tot de duur van het huwelijk. In geval van buitengewone omstandigheden kan de rechtbank de termijn verlengen, indien de uitkeringsgerechtigde aantoont dat hij bij het verstrijken van de oorspronkelijk bepaalde termijn, om redenen onafhankelijk van zijn wil, nog steeds in staat van behoefte verkeert (art. 301 § 4 lid 2 BW).

De vraag om een langere termijn kan enkel gesteld worden in een procedure die opgestart wordt na het verstrijken van de wettelijke termijn; de rechtbank kan niet ab initio een termijn bepalen die de duur van het huwelijk overschrijdt.[72]

Wanneer de vrederechter een verlenging toestaat, is hij beperkt tot het dekken van de staat van behoefte van de onderhoudsgerechtigde, waarmee verwezen wordt naar het gemeenrechtelijke artikel 205 BW (art. 301 § 4 lid 2 in fine BW).

E. Latere wijziging

1. Artikel 301 § 7 lid 1 BW

Bij het bepalen van de behoeftigheid wordt uitgegaan van het onevenwicht in de globale economische situatie van de ex-echtgenoten (*supra*). De notie globale economische situatie is evolutief, waardoor het recht op een onderhoudsuitkering na echtscheiding kan verdwijnen, ontstaan of wisselen van titularis indien de situatie van (één van) de partijen ingrijpend wijzigt (art. 301 § 7 lid 1 BW).[73] Vereist hiervoor zijn nieuwe omstandigheden onafhankelijk van

---

68 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 132.

69 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 132.

70 Rb. Luik 6 december 2007, *Act.dr.fam.* 2008, p. 44 m.nt. D. Carre; Rb. Aarlen 16 januari 2009, *RTDF* 2009, p. 448; Vred. Sint-Lambrechts-Woluwe 18 februari 2008, *Act.dr.fam.* 2008, p. 182; Vred. Fontaine-l'Evêque 22 mei 2008, *RTDF* 2008, p. 1243.

71 S. Brouwers, *Alimentatie*, Mechelen: Kluwer 2009, p. 554.

72 Hof van Beroep Luik 16 april 2008, *RRD* 2008-126, p. 23.

73 Vervangen bij art. 2 Wet van 2 juni 2010, *BS* 21 juni 2010.

de wil van partijen, waardoor het bedrag van de onderhoudsuitkering niet meer aangepast is.

2. Artikel 301 § 7 lid 2 BW

In een tweede lid verwijst artikel 301 § 7 BW naar een specifieke situatie die aanleiding kan geven tot latere wijziging van de onderhoudsuitkering.[74] Ingeval de vereffening-verdeling na echtscheiding een wijziging in de financiële toestand van de partijen met zich meebrengt, kan besloten worden tot herziening van de onderhoudsuitkering, zonder dat nog andere gewijzigde omstandigheden dienen aangetoond te worden.

Belangrijk is de vraag of de onderhoudsplichtige, wanneer de vereffening-verdeling nog niet (volledig) werd afgerond op het ogenblik van de beslissing aangaande de onderhoudsuitkering na echtscheiding, de exceptie van artikel 301 § 7 lid 2 BW (preventief) kan opwerpen. Kan de alimentatierechter in dat geval rekening houden met toekomstige ontvangsten uit de vereffening-verdeling of dient hij abstractie te maken van de toekomstige vereffening-verdeling en dit oordeel over te laten aan de vrederechter bij wie later om herziening zal verzocht worden?

Het merendeel van de rechtspraak is van mening dat, zolang er geen definitieve uitspraak of definitief akkoord is in het kader van de vereffening-verdeling van de (postcommunautaire) onverdeeldheid, de rechter die uitspraak doet over een onderhoudsuitkering geen rekening mag houden met de eventuele resultaten die de vereffening-verdeling met zich zal meebrengen.[75] Als reden hiervoor wordt vaak aangehaald dat het resultaat van de vereffening-verdeling niet voorspelbaar is en dat het op voorhand rekening houden met de vereffening-verdeling er toe zou kunnen leiden dat de onderhoudsgerechtigde in afwachting daarvan niet in zijn behoefte zou kunnen voorzien.[76]

Indien de procedure in bepalen van (het gerechtigd zijn op) de onderhoudsuitkering na echtscheiding langer aansleept dan de vereffening-verdeling, wordt uiteraard niet betwist dat de rechtbank over de mogelijkheid beschikt om het bedrag dat de partijen ieder uit de vereffening-verdeling ontvingen in rekening te brengen.[77] Wanneer er reeds gedeeltelijke uitbetalingen gedaan werden – bijvoorbeeld ingeval bepaalde onroerende goederen reeds verkocht werden en er met de verdeling van de verkoopopbrengsten niet gewacht werd op de volledige vereffening-verdeling van de

---

74 Gewijzigd bij art. 2 Wet van 2 juni 2010, *BS* 21 juni 2010.

75 Rb. Mechelen 24 december 2009, AR 09/192/A.

76 Zie voor overzicht van rechtspraak hieraangaande C. van Roy, 'Overzicht van rechtspraak (2007-2011). De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', *T.Fam.* 2011, p. 135.

77 Hof van Beroep Gent 17 november 2009, 2008/AR/1567.

(postcommunautaire) onverdeeldheid – zal de rechtbank met deze uitbetalingen uiteraard rekening houden.[78]

Artikel 301 § 7 lid 2 BW geeft de rechter de mogelijkheid de onderhoudsuitkering aan te passen ingeval de vereffening-verdeling van de (postcommunautaire) onverdeeldheid aanleiding geeft tot een wijziging van de financiële toestand van de ex-echtgenoten, doch verplicht hem niet daartoe. In se zal de vereffening-verdeling van de (postcommunautaire) onverdeeldheid voor ex-echtgenoten immers steeds aanleiding geven tot een wijziging van hun financiële toestand, en zal het aan de rechter zijn om uit te maken of de wijziging voldoende ernstig is om een aanpassing van de onderhoudsuitkering te rechtvaardigen.

Terecht gaan rechters niet automatisch over tot afschaffing of vermindering van de onderhoudsuitkering in geval van wijziging van de economische toestand van (één van) de ex-echtgenoten door de vereffening-verdeling. Van de onderhoudsgerechtigde kan immers niet gevraagd worden dat hij de uitbetaalde opleg zonder meer opleeft, aangezien dit hem uiteindelijk weer in een staat van behoefte zou brengen.[79] De rechter zal bijgevolg niet van de onderhoudsgerechtigde vragen dat hij het bedrag dat hij ontvangt uit de vereffening-verdeling aanspreekt om van te leven, maar zal wél rekening houden met de roerende inkomsten die dit bedrag oplevert.[80]

F. Einde van de onderhoudsuitkering

1. Beëindiging van rechtswege

Ingeval de uitkeringsgerechtigde huwt of een wettelijke samenwoning aangaat, eindigt de onderhoudsuitkering (art. 301 § 10 lid 2 BW). De onderhoudsuitkering vervalt van rechtswege; een rechterlijke tussenkomst is niet vereist.

2. Mogelijke beëindiging

Wanneer de uitkeringsgerechtigde feitelijk gaat samenwonen met een persoon als waren zij gehuwd – wat wil zeggen: in een seksueel-affectieve samenleving[81]

---

78 Hof van Beroep Antwerpen 16 februari 2011, 2010/AR/1173; Hof van Beroep Brussel 3 maart 2011, 2010/AR/857.

79 Vred. Mol 1 december 2009, *RABG* 2010, 236. De onderhoudsuitkering werd door de vrederechter uiteindelijk wel verminderd, doch omwille van feitelijke samenwoning van de onderhoudsgerechtigde (*infra*).

80 Hof van Beroep Brussel 1 februari 2011, 2009/AR/179 (2,5%); Hof van Beroep Brussel 3 maart 2011, 2010/AR/857 (2,5%).

81 *Parl. St*. Kamer, nr. 51-2341/018, Verslag namens de commissie voor de justitie, p. 42.

– vervalt de onderhoudsuitkering niet van rechtswege, maar kan de rechter de onderhoudsverplichting beëindigen (art. 301 § 10 lid 3 BW). De rechtbank beschikt over een beoordelingsmarge.

Rechters beoordelen soms in welke mate de feitelijke samenwoning de toestand van de uitkeringsgerechtigde daadwerkelijk en betekenisvol verbetert en schaffen slechts in dit laatste geval de onderhoudsuitkering af. Als reden hiervoor geven zij aan dat er tussen feitelijk samenwonenden geen onderhoudsplicht bestaat.[82]

G. Niet nakomen van de uitspraak tot toekenning van de onderhoudsuitkering

Aan de uitkeringsgerechtigde kan een ontvangstmachtiging toegekend worden (art. 301 § 11 BW).

Algemeen wordt aangenomen dat de rechtbank deze ontvangstmachtiging niet enkel kan toestaan voorzover de uitkeringsplichtige effectief reeds in gebreke is gebleven om de verschuldigde onderhoudsuitkering te betalen – en aldus slechts na de uitspraak van echtscheiding en toekenning van onderhoudsuitkering – maar ook wanneer daartoe een gegronde vrees bestaat.[83]

De vordering tot ontvangstmachtiging wordt zelden toegekend, om reden dat de onderhoudsgerechtigde niet bewijst dat er te vrezen valt dat de onderhoudsplichtige zijn onderhoudsplicht niet vrijwillig zou naleven.[84]

Een minderheid in de rechtspraak kent de ontvangstmachtiging toe zonder enige overweging betreffende een gebeurlijk gebrek aan vrijwillige naleving van de onderhoudsplicht.[85]

§ 3 Onderhoudsuitkering na wettelijke en feitelijke samenwoning

Artikel 301 BW is alleen van toepassing op onderhoudsuitkering na ontbinding van het huwelijk door echtscheiding. De Belgische wetgever voorziet niet in een bepaling die de mogelijkheid van onderhoudsuitkering na beëindiging van een wettelijke of feitelijke samenwoning aanreikt.

---

82 Hof van Beroep Brussel 1 maart 2011, 2009/AR/719.

83 I. Martens, 'De onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht. Commentaar op de wet van 27 april 2007*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 98.

84 Hof van Beroep Gent 6 januari 2011, 2009/AR/1632.

85 Rb. Gent 7 december 2010, AR 09/2649/A.

Voor de wettelijke samenwoners creëerde de wetgever een beperkt vermogensrechtelijk statuut en nam een aantal rechten en verplichtingen uit het primair huwelijksstelsel over. De plicht tot hulp en bijstand (art. 213 BW) werd echter niet overgenomen, terwijl dit de grondslag vorm voor de onderhoudsverplichting tussen ex-echtgenoten. Er is bijgevolg geen onderhoudsverplichting tussen ex-wettelijke samenwoners zoals die bestaat tussen ex-echtgenoten. Ook de tijdelijke maatregel (voor een maximumduur van één jaar) die na het beëindigen van de wettelijke samenwoning voor de vrederechter kan worden bekomen creëert geen ruimte voor een verzoek tot onderhoudsuitkering, aangezien de verplichting tot bijdrage in de lasten van het samenleven ex artikel 1477 § 3 BW op dat ogenblik niet meer bestaat en de wet niet voorziet in een onderhoudsverplichting voor de periode na ontbinding van de wettelijke samenwoning.[86]

Wat voor de wettelijk samenwonenden geldt, geldt eens te meer (of te minder) voor de feitelijk samenwonenden; voor hen wordt geen enkel wettelijk kader voorzien, ook niet voor een eventuele onderhoudsuitkering na beëindiging van de feitelijke samenleving.

Ex-samenwonenden die een onderhoudsuitkering ambiëren, zien zich bijgevolg genoodzaakt een beroep te doen op gemeenrechtelijke rechtsfiguren.

Verschillende rechtsfiguren worden aangesproken; de twee meest succesvolle zijn de buitencontractuele aansprakelijkheid (art. 1382 BW) en de natuurlijke verbintenis (art. 1235 BW, jurisprudentieel en doctrinair aangedikt).

1. Buitencontractuele aansprakelijkheid

Een samenlevingsrelatie moet steeds beëindigd kunnen worden en de beëindiging in se kan geen fout uitmaken. Het is bijgevolg niet de beëindiging van de samenleving, maar wel de omstandigheden van het beëindigen van de samenleving die fout kunnen zijn. In twee gevallen wordt de buitencontractuele aansprakelijkheid (soms) aanvaard als grond voor een onderhoudsuitkering na samenleving:

- in geval van bedrieglijke verleiding (valse huwelijksbelofte, misbruik van gezag);
- in geval van foutief karakter van de omstandigheden van het verbreken van de relatie (betwist).

[86] P. Senaeve, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, p. 613.

2. Natuurlijke verbintenis

De natuurlijke verbintenis is gebaseerd op een morele plicht, waardoor ze in rechte niet afdwingbaar is. Het is pas na omzetting in een civielrechtelijke verbintenis – door de (gehele of gedeeltelijke) vrijwillige uitvoering of door de belofte van uitvoering door de schuldenaar – dat de verbintenis een afdwingbaar karakter verkrijgt.[87]

De natuurlijke verbintenis wordt door een deel van de rechtspraak en rechtsleer aanvaard als grondslag voor het toekennen van een onderhoudsuitkering aan de economisch zwakkere ex-samenwoner; tijdens de samenleving bestaat een natuurlijke (of civielrechtelijke, in geval van wettelijke samenwoning) verbintenis tot bijdrage in de lasten van de samenleving en wanneer na beëindiging van de samenleving vrijwillige betalingen verricht worden wordt de natuurlijke verbintenis omgezet in een civielrechtelijke verbintenis.[88]

Toegepast op de onderhoudsuitkeringen na samenwoning, dient de rechter na te gaan of (cumulatief)

- de betalende ex-partner handelt in de persoonlijke overtuiging dat hij daartoe moreel verplicht is, en
- de nakoming van de verbintenis maatschappelijk erkend wordt.[89]

Indien dit het geval is, wordt de onderhoudsuitkering soms toegekend.

§ 4 Besluit

Het Belgische recht biedt een degelijk vangnet voor de economisch zwakkere ex-echtgenoot en met de nodige juridische omwegen zelfs ex-partner in een samenwoningsrelatie. Bij de beëindiging van het huwelijk wordt de economisch zwakkere ex-echtgenoot door het principiële onderhoudsrecht ex artikel 301 BW opgevangen en is het aan de principieel onderhoudsplichtige om te bewijzen dat zijn ex-echtgenoot de onderhoudsuitkering niet ‘verdient’.

De onderhoudsplichtige staat vaak voor een torenhoge bewijslast; de rechtspraak creëerde het bijna onweerlegbare vermoeden dat iedere beslissing binnen het gezin met wederzijdse toestemming gemaakt werd, wat van de exceptie van artikel 301 § 5 BW dode letter maakt, en de zware fout ex artikel 301 § 2 lid 2 BW strenger lijkt beoordeeld te worden dan de grove beledigingen (oud art. 231 BW) en het overspel (oud art. 229 BW) uit de oude echtscheidingswetgeving.

---

87 B. Scheers, *Onderhoudsplicht na feitelijke samenleving*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 32.

88 B. Scheers, *Onderhoudsplicht na feitelijke samenleving*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 53.

89 S. Brouwers, *Alimentatie*, Mechelen: Kluwer 2009, p. 728.

De beperking in de tijd (art. 301 § 4 lid 1 BW) houdt als enige onwrikbaar stand: (bijna) geen enkele uitzondering wordt toegestaan.

Men kan zich afvragen of de wetgever, hierin gevolgd en wat betreft artikel 301 § 5 BW zelfs voorbijgestoken door de rechtspraak, de economisch zwakkere ex-echtgenoot niet te veel krediet gegeven heeft.

III NEDERLAND

§ 1 Alimentatieovereenkomst

Bij overeenkomst kunnen partijen een regeling te treffen over de alimentatie (zie artikel 1:158 BW). Echtgenoten mogen hierbij afwijken van de wettelijke maatstaven voor toekenning van alimentatie (behoefte en draagkracht) alsmede ook van de wettelijke termijn van de alimentatieverplichting. Ook is bijvoorbeeld het doen vaststellen van betaling van een bedrag ineens mogelijk.

Dit artikel ziet op alimentatieovereenkomsten gesloten vóór of na de echtscheidingsbeschikking. Een alimentatieovereenkomst die is gesloten vóór het huwelijk, is nietig.[90] Indien in een alimentatieovereenkomst geen termijn is opgenomen, wordt de wettelijke termijn geacht te gelden.

§ 2 Gebrek aan overeenkomst

A. Algemeen

Tot 1 juli 1996 was partneralimentatie min of meer een 'levensverzekering', immers een verplichting voor de duur van het leven. Per 1 juli 1994 heeft de Wet limitering van alimentatie na scheiding (*Stb*. 1994, 324 en 325) een einde gemaakt aan de levenslange duur van partneralimentatie en deze gelimiteerd tot twaalf jaren. In bijzondere gevallen kan deze termijn worden verlengd, waarbij het initiatief voor deze verlenging bij de alimentatiegerechtigde ligt.

In artikel 1:157 BW is de eenzijdige verplichting tot levensonderhoud vastgelegd van de ene ex-echtgenoot jegens de andere die niet voldoende inkomsten voor het levensonderhoud heeft en deze inkomsten ook niet in redelijkheid kan verwerven. Sedert 1971 staat deze verplichting los van de schuldvraag. Tot 1971 was de schuldvraag meebepalend voor het recht op en de verplichting tot betaling van alimentatie. De alimentatie voor een overspelige echtgenote kon bijvoorbeeld worden beperkt of ontzegd. Deze eenzijdige verplichting komt in de plaats van de wederkerige onderhoudsverplichting tijdens het huwelijk (zie de artikelen 1:81 en 1:84 BW). De wet gebruikt in

---

90 HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 363.

artikel 1:157 lid 1 BW het woord ‘kan’, zodat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om de alimentatie op te leggen.

De grondslag van de onderhoudsverplichting na het huwelijk is dezelfde als de grondslag van de onderhoudsverplichting tijdens het huwelijk. Immers, volgens de Hoge Raad berusten beide verplichtingen op de levensverhouding, zoals die door het huwelijk is geschapen en die, zij het in beperkte omvang, werking behoudt ook al wordt de huwelijksband geheel of ten dele geslaakt.[91]

De omvang van de alimentatie wordt bepaald door eerst de behoefte van de alimentatiegerechtigde vast te stellen en vervolgens de draagkracht van de alimentatieplichtige. Daarnaast kunnen ook niet-financiële factoren een rol spelen. Dit kunnen objectieve factoren zijn zoals de duur van het huwelijk, de rolverdeling tijdens het huwelijk en de eventuele verdeling van de zorg voor de kinderen. Het is daarnaast mogelijk dat subjectieve niet-financiële factoren meespelen zoals wangedrag dan wel andere gedragingen van de alimentatiegerechtigde.

Ook in geval van een geregistreerd partnerschap geldt artikel 1:157 BW.

B. Behoefte

De behoefte van de alimentatiegerechtigde rust op twee pijlers. De eerste is of de alimentatiegerechtigde voldoende inkomsten heeft dan wel zich in redelijkheid kan verwerven om in eigen levensonderhoud te voorzien. De andere pijler is de welstand waarin echtelieden samen gedurende het huwelijk in hebben geleefd. Kosten die gemaakt worden voor het levensonderhoud en studie van jong-meerderjarige kinderen vallen hier buiten.

De gerechtshoven hebben een vuistregel voor de bepaling van de behoefte ontwikkeld die door rechters vaak wordt gebruikt in standaardgevallen. De netto behoefte van de onderhoudsgerechtigde wordt berekend aan de hand van het besteedbaar gezinsinkomen dat, na aftrek van de kosten van kinderen, ten tijde van het huwelijk beschikbaar was voor de kosten van levensonderhoud van beide partijen. Omdat een alleenstaande duurder uit is dan een samenwoner, wordt de helft van het te verdelen inkomen met 10% verhoogd. De behoefte kan dan gelijkgesteld worden aan 60% van het netto gezinsinkomen.

De Hoge Raad heeft in verschillende uitspraken laten doorklinken dat deze rekenregel ondersteuning kan bieden, doch niet leidend is. Uitgangspunt is en blijft dat bij de bepaling van de behoefte van de onderhoudsgerechtigde rekening dient te worden gehouden met alle relevante omstandigheden, waaronder de hoogte en de aard van zowel de inkomsten als de uitgaven van

---

91 HR 28 september 1977, *NJ* 1978, 432 en HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 112.

partijen tijdens het huwelijk. Daarin kan een aanwijzing worden gevonden voor de mate van welstand waarin zij hebben geleefd. Verder dient zoveel mogelijk rekening te worden gehouden met concrete gegevens betreffende de reële of met een zekere mate van waarschijnlijkheid te verwachten kosten van levensonderhoud van de onderhoudsgerechtigde.[92] Ook de mogelijkheid van vermogensvorming kan onderdeel vormen van de bepaling van de behoefte.

Lid 2 van artikel 1:157 BW geeft verder de rechter de mogelijkheid rekening te houden met de behoefte aan een voorziening in het levensonderhoud voor het geval van vooroverlijden van de alimentatieplichtige. Dit kan bijvoorbeeld ook een premie voor een alimentatieverzekering zijn.

De rechtspraak over de invulling van de mogelijke verdiencapaciteit van een alimentatiegerechtigde is erg casuïstisch. Uitgangspunt is en blijft hierbij dat er naar de specifieke omstandigheden van het geval dient te worden gekeken zoals vooropleiding van de alimentatiegerechtigde, de arbeidsmarkt, de leeftijd van de alimentatiegerechtigde, de duur van het huwelijk en de onderlinge rolverdeling daarin en de leeftijd van de kinderen.

C. Draagkracht

De wetgever heeft niets bepaald over de draagkracht van een alimentatieplichtige. De rechtspraak heeft maatstaven hiervoor moeten ontwikkelen. Voorts heeft de Commissie Alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak een stelsel ontwikkeld, dat ook wel bekend staat als de Tremanormen. Echter, een rechter is niet gebonden aan deze richtlijnen[93] en deze richtlijnen zijn geen 'recht' in de zin van artikel 79 Wet op de rechterlijke organisatie,[94] zodat de Hoge Raad hierover inhoudelijk niet kan oordelen. Een rechter toetst bij de vaststelling van een alimentatieverplichting *ex nunc* hetgeen betekent dat hij altijd de meeste recente financiële gegevens bij zijn beslissing probeert te betrekken. Dat verklaart ook dat tijdens een mondelinge behandeling bij een appelrechter nog een grief daaromtrent kan en mag worden toegelaten.[95]

De rechter is vrij om met alle omstandigheden van de alimentatieplichtige rekening te houden. In dit verband wordt gewezen op de financiële omstandigheden van een eventuele nieuwe partner van de alimentatieplichtige, uit een nieuwe relatie geboren kinderen (die ingevolge artikel 1:400 BW voorrang hebben boven de alimentatieplicht jegens een ex-echtgenoot) en eventuele schulden. De rechter is vrij om eigen gedragingen van de

---

92 HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 140 en HR 3 september 2010, *RFR* 2010, 121.
93 HR 17 juni 1983, *NJ* 1984, 35.
94 HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 30.
95 HR 5 november 1999, *NJ* 2000, 495.

alimentatieplichtige die zijn inkomen beïnvloeden buiten beschouwing te laten.[96]

Ook alimentatiebeslissingen moeten aan de grondbeginselen van een behoorlijke motivering voldoen. Echter, een rechter heeft niet de plicht alle alimentatieberekeningen in zijn beslissing op te nemen.[97]

Indien de alimentatieplichtige geen draagkracht heeft, bepaalt de rechter de alimentatie op nihil. Ontstaat er na deze beslissing draagkracht aan de zijde van de alimentatieplichtige, dan gelden de bepalingen van artikel 1:401 BW en dienen behoefte en draagkracht opnieuw beoordeeld te worden.

D. Limitering

In beginsel geldt de alimentatieverplichting voor een periode van twaalf jaren. Deze termijn vangt aan op het moment dat de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand wordt ingeschreven.

1. Kortere termijn dan twaalf jaren

Op verzoek van een van de echtgenoten kan de rechter de termijn onder het bepalen van voorwaarden een kortere periode vaststellen. De rechter mag dit laatste niet ambtshalve doen en indien een dergelijk verzoek wordt toegewezen gelden de hoge motiveringseisen, aangezien dit een beslissing is van ingrijpende aard omdat daarmee de alimentatieverplichting zal eindigen.[98]

2. Verlenging van de termijn van twaalf jaren

De alimentatiegerechtigde kan na verloop van deze termijn een verzoek tot verlenging doen. Dit verzoek moet wel binnen drie maanden na de beëindiging worden ingediend.
Er behoeft voor de beoordeling van het verzoek geen sprake te zijn van gewijzigde omstandigheden. Het is wel zo dat beëindiging de regel is en voortzetting dus de uitzondering. De Hoge Raad heeft bepaald[99] dat indien een alimentatieplichtige zijn alimentatieverplichtingen vrijwillig voortzet er een stilzwijgende overeenkomst is gesloten.
De alimentatiegerechtigde zal de omstandigheden moeten stellen om voor verlenging in aanmerking te komen. Uit de rechtspraak die na 1 juli 2006 op gang is gekomen, blijkt dat met name in gevallen van een arbeidsongeschiktheid

---

96 HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 707.
97 HR 17 maart 2000, *NJ* 2000, 313 en HR 22 september 2006, *NJ* 2006, 520.
98 HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 595 en 596, HR 22 januari 1993, *NJ* 1993, 233 en HR 4 februari 1994, *NJ* 1994, 367.
99 Zie HR 21 mei 2010, *NJ* 2010, 396.

van de alimentatiegerechtigde wel tot verlenging van de alimentatie wordt besloten.

3. Kinderloos huwelijk

Heeft het huwelijk niet langer dan vijf jaar geduurd en is het kinderloos gebleven, dan eindigt de verplichting tot levensonderhoud van rechtswege na een termijn die hooguit gelijk is aan de huwelijksduur. Zijn er vóór het huwelijk kinderen geboren, dan geldt deze limitering niet. Immers, de kinderen zijn dan door het huwelijk gewettigd.[100] Het moet overigens wel gaan om eigen kinderen of kinderen die door de latere echtgenoot zijn erkend.[101]

Ook hier is het mogelijk voor een alimentatiegerechtigde om een verzoek tot verlenging te doen na ommekomst van de termijn. Het criterium is wederom of beëindiging van de alimentatie van zo ingrijpende aard is dat deze naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de alimentatiegerechtigde kan worden gevergd.

In de literatuur[102] is als voorbeeld gegeven het geval dat partijen op hogere leeftijd trouwen en de vrouw haar betaalde arbeid heeft opgegeven. Bij hertrouwen van dezelfde echtelieden telt voor de termijn van het kinderloos huwelijk ook het eerste huwelijk mee.[103]

E. Latere wijzigingen van het bedrag

Artikel 1:401 BW geeft zowel aan alimentatieplichtigen als gerechtigden de mogelijkheid een verzoek aan een rechter te doen om de alimentatie te wijzigen. Dit kan een verzoek zijn tot verhoging dan wel een verzoek tot verlaging.

Het criterium dient te zijn dat de eertijds overeengekomen dan wel door de rechter overeengekomen alimentatieverplichting niet meer aan de wettelijke maatstaven voldoet. Dit kan zijn doordat de inkomsten van de alimentatieplichtige buiten zijn schuld zijn verminderd waardoor hij of zij niet meer de draagkracht heeft in de behoefte van de alimentatiegerechtigde te voorzien. Ook kan het zo zijn dat de alimentatiegerechtigde zich onvoldoende inspant teneinde volledig(er) in zijn of haar eigen levensonderhoud te voorzien hetgeen eveneens kan meebrengen dat de alimentatieverplichting niet meer aan de wettelijke maatstaven voldoet.

---

100 HR 29 februari 2001, *NJ* 2001, 216.

101 Anders HR 4 mei 2007, *LJN* BA2015.

102 J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 633b.

103 HR 4 mei 2007, *RFR* 2007, 82.

F. Beëindiging van de alimentatie voor het einde van de termijn

1. Wangedrag

De bevoegdheid van de rechter om met (wan)gedrag rekening te houden bij de vaststelling van partneralimentatie wordt uitgedrukt in het woord 'kan' in artikel 1:157 lid 1 BW. Uit vaste rechtspraak blijkt dat niet lichtvaardig mag worden aangenomen dat er van een zodanig grievende handeling van de alimentatiegerechtigde jegens de alimentatieplichtige sprake is, dat een verzoek om partneralimentatie dient te worden afgewezen. Duidelijke gevallen zijn doodslag,[104] een poging tot doodslag[105] en lichamelijke mishandeling.[106] Bij omstandigheden zoals het blokkeren van de omgang komt het naast de objectieve factor (het blokkeren van de omgang, dus is er omgang of niet) ook aan op de subjectieve factor: wat is de oorzaak hiervan en wie valt dit — in overwegende mate — aan te rekenen. In de uitspraak van het Hof Leeuwarden[107] leidde dit tot grievend gedrag. In de uitspraak van het Hof Arnhem[108] was er onvoldoende sprake van grievend gedrag. De alimentatieplichtige had ook schuld aan het omgangsconflict.

List en bedrog kan ook als grievend gedrag worden gekwalificeerd. Een door leugens — van in dat geval de man — doorspekt huwelijk, brengt mee dat van de vrouw niet gevergd kon worden dat zij alimentatie aan de man betaalt.[109] Daarentegen bestaat er weer wel aanspraak op alimentatie wanneer de man die de vrouw iets verwijt wat hij zelf ook deed, namelijk het regelmatig hebben van buitenechtelijk seksueel verkeer.[110]

2. Van rechtswege

Op het moment dat de alimentatiegerechtigde opnieuw in het huwelijk treedt dan wel een geregistreerd partnerschap aangaat, eindigt de alimentatieplicht definitief. Immers de nieuwe (huwelijks)partner is dan op grond van de artikelen 1:81 en 1:84 BW onderhoudsplichtig. Daarvoor is geen rechterlijke tussenkomst vereist.

De alimentatieverplichting eindigt ook definitief indien de alimentatiegerechtigde is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd. Indien dit door de alimentatiegerechtigde wordt betwist, zal een rechter dit moeten vaststellen. Het is aan de alimentatieplichtige om bewijs aan te dragen.

---

104 HR 17 maart 1978, *NJ* 1978, 489.
105 Rb. Breda 10 mei 2004, *EB* 2004, 67.
106 Hof 's-Gravenhage 13 april 2005, *RFR* 2005, 122 en *EB* 2005, 53.
107 Hof Leeuwarden 9 juli 2008, *RFR* 2008, 155.
108 Hof Arnhem 17 december 2002, *EB* 2003, 16.
109 Hof 's-Gravenhage 20 december 2000, *FJR* 2001, 14.
110 Hof Amsterdam 13 juli 2006, *LJN* AY5609.

Dit kan op alle mogelijke manieren, waaronder een getuigenverhoor.[111] Voor deze beslissingen gelden ook weer hoge eisen van motivering,[112] een en ander in verband met de ernstige gevolgen voor de onderhoudsgerechtigde, namelijk een definitief einde van de alimentatieverplichting.

Dit artikel is niet van toepassing tijdens de echtscheidingsprocedure[113] en op dit artikel kan dan ook in het kader van de vaststelling van de voorlopige voorzieningen geen beroep worden gedaan. Wel kan in zodanig geval gesteld worden dat de behoefte van een alimentatiegerechtigde is verminderd door de samenwoning.

G. Overgangsrecht

In de Wet limitering van alimentatie na scheiding is uitgebreid aandacht besteed aan de zogeheten 'oude gevallen'. Dit zijn gevallen waarin er een termijn van vijftien jaren is verlopen na de eerste vaststelling van de alimentatie (een vaststelling van een voorlopige voorziening geldt in dit verband niet als een eerste vaststelling). Voor deze gevallen is er een overgangsregeling in het leven geroepen. Uitgangspunt van de overgangsregeling is dat een rechter het verzoek tot beëindiging toewijst tenzij beëindiging bepaald onredelijk zou zijn voor de alimentatiegerechtigde.

De alimentatieplichtige dient een dergelijk verzoek tot beëindiging in te dienen. Een rechter zal eerst beoordelen of de beëindiging van de onderhoudsbijdrage voor de alimentatiegerechtigde geen of een relatief onbetekenende inkomstenterugval betekent. Is dat het geval, dan kan een rechter de alimentatieverplichting beëindigen en hoeft die beëindiging niet nader gemotiveerd te worden.

Dit laatste is anders indien de verdere omstandigheden van het geval onmiskenbaar zo zwaarwegende billijkheidsargumenten tegen afwijzing van het beroep op de uitzondering opleveren dat de rechter daaraan in zijn motivering niet voorbij kan gaan. De rechter moet dan in zijn beslissing tot uitdrukking brengen dat en hoe hij ook die verdere omstandigheden in zijn afweging heeft betrokken.[114]

Is er geen sprake van een relatief onbetekenende inkomstenterugval, dan zal de rechter moeten oordelen of de beëindiging van zo ingrijpende aard is dat die van de alimentatiegerechtigde kan worden gevergd. Daarbij wordt dan rekening gehouden met factoren zoals: de leeftijd van de alimentatiegerechtigde, de duur

---

111 HR 8 november 1974, *NJ* 1975, 330.

112 Zie HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 122.

113 HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 397 en HR 12 april 1996, *NJ* 1997, 56.

114 HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 653-655, HR 28 januari 1999, *NJ* 2000, 392, HR 22 oktober 1999, *NJ* 1999, 784 en HR 29 oktober 1999, *NJ* 2000, 62.

van het huwelijk, de zorg voor de kinderen, de aantasting van de verdiencapaciteit van de onderhoudsgerechtigde door het huwelijk en het eventuele recht op uitbetaling van een deel van het ouderdomspensioen van de ex-echtgenoot.[115]

Niet alleen de omstandigheden aan de zijde van de alimentatiegerechtigde maar ook die van de alimentatieplichtige moeten in onderling verband worden gewogen bij de vraag of de beëindiging van de onderhoudsbijdrage naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid al dan niet van de onderhoudsgerechtigde kan worden gevergd. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de financiële situatie of gezondheidssituatie van de alimentatieplichtige.

Indien de rechter van oordeel is dat beëindiging niet van de alimentatiegerechtigde kan worden gevergd, dan stelt hij op verzoek alsnog een termijn van voortduring van de alimentatieplicht vast, waarbij tevens wordt bepaald of verlenging van die termijn na ommekomst daarvan mogelijk is. Artikel 1:401 lid 2 BW is hierop overigens niet van toepassing. De rechter heeft ook bij beslissingen op de voet van de overgangsregeling van artikel II lid 2 Wet limitering van alimentatie na scheiding de bevoegdheid de alimentatieverplichting gefaseerd te verminderen gedurende de termijn dat deze zal voortduren.[116] Bij dergelijke beslissingen gelden niet de normale grondbeginselen van een behoorlijke motivering, maar verzwaarde, strenge, motiveringseisen.

§ 4 Samenwoners

Tussen ex-samenwoners gelden er geen wettelijke onderhoudsverplichtingen na het verbreken van de samenleving. Rechters kunnen onder omstandigheden op basis van een natuurlijke verbintenis een onderhoudsplicht aannemen. De volgende omstandigheden kunnen hiervoor van belang zijn:[117]

- de duur van de relatie;
- de vraag of en, zo ja, hoe lang een van de partners de huishouding en/of de verzorging van de kinderen op zich genomen heeft en of in verband daarmee een betaalde werkkring beëindigd is;
- de vraag of een van de partners onbetaald dan wel tegen een veel te lage beloning op structurele basis meegewerkt heeft in het bedrijf van de ander waardoor diens vermogen is toegenomen;
- de wederzijdse welstand en behoeften van de partners;
- de mogelijkheid om zelf in het eigen levensonderhoud te voorzien en in verband daarmee de arbeidsperspectieven (die op hun beurt weer

---

115 HR 23 januari 1998, *NJ* 1998, 333.

116 HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 118.

117 Zie de analyse van W.M Schrama, *Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers*, Deventer: Kluwer 2000, p. 35 en de aldaar vermelde jurisprudentie.

afhankelijk zijn van leeftijd, gezondheid, opleidingsniveau, arbeidsmarkt en dergelijke);
- de aard van de prestatie, zoals de financiering, geheel of gedeeltelijk, van een woning op naam van de andere partner.

De praktijk leert dat slechts zeer weinig rechters op basis van deze criteria een bijdrage toekennen.

§ 5 Toekomst

Het is te verwachten dat het partneralimentatierecht binnenkort wordt herzien. Kamerlid Dijkstra van D66 meent dat de twaalfjaarstermijn alimentatiegerechtigden te weinig stimuleert om in eigen levensonderhoud te voorzien en aldus een verdere en snellere participatie van met name vrouwen op de arbeidsmarkt tegenhoudt. Ook Kamerlid Bontes van de PVV wil de partneralimentatieplicht verkorten. Het gevolg van de huidige twaalfjaarstermijn is dat mannen en vrouwen die alimentatieplichtig zijn nauwelijks meer hun hoofd boven water kunnen houden. Bontes vindt dit 'niet meer van deze tijd'. Hij meent dat dit emancipatie tegenwerkt. Mannen en vrouwen zijn gelijk en moeten op eigen benen kunnen staan. Hij wil de partneralimentatie terugbrengen tot vijf jaar na de scheiding.[118] Een nadelig gevolg is dat partners mogelijk sneller in de bijstand terecht komen. De enkele nieuwe bijstandsgevallen worden gelukkig gedekt door minder belastingteruggave. Daarmee kost het voorstel de overheid geen geld.

Ook Kamerlid Van der Steur (VVD) wil dat de partneralimentatie wordt herzien. Hij vindt dat beide partners verantwoordelijkheid dragen. Beiden hebben voor elkaar gekozen en hebben daarom ook een verplichting. Alimentatie moet niet worden afgeschaft, maar het kan wel anders.[119] De termijn van twaalf jaar is te lang. Toch is het een verbetering ten opzichte van de situatie voor 1994; toen was de alimentatieplichtige namelijk gehouden om levenslang alimentatie te betalen. Er moet volgens Van der Steur een prikkel zijn om de alimentatiegerechtigde te bewegen weer zelf te gaan verdienen. Dat is nu niet het geval, omdat de alimentatiegerechtigde elke maand een gegarandeerd bedrag krijgt.

Op 20 juni 2012 hebben PvdA, VVD en D66 een initiatief wetsvoorstel ingediend. Dit wetsvoorstel houdt het volgende in. Na een huwelijk dat minder dan drie jaar heeft standgehouden, wordt helemaal geen partneralimentatie meer berekend. Bij een langer huwelijk duurt de alimentatieperiode de helft van het aantal jaren dat de partners getrouwd waren, met een maximum van vijf jaar. In

---

118 Www.pvv.nl/index.php/component/content/article/64-louis-bontes/5152-pvv-pak-alimentatie-aan.html.

119 Http://degidsfm.vara.nl/Gast-van-de-dag-detailpagina.7591.0.html?&tx_ttnews%5Btt_news%5D=38575&cHash=84ab584d4b3e617effe84cb785ad22a1.

het voorstel maken de drie partijen uitzonderingen voor regelingen waarbij de zorg voor de kinderen niet gelijk is verdeeld. Zo moet er ook partneralimentatie worden betaald totdat het jongste kind twaalf jaar is. Voor huwelijken die langer dan vijftien jaar hebben geduurd en waarin een van de partners fulltime voor de kinderen heeft gezorgd, geldt het maximum van vijf jaar partneralimentatie ook niet.

In dagblad Trouw hebben de familierechtadvocaten Smeets en Timmermans een lans willen breken voor een alimentatieplan dat de alimentatiegerechtigde zou moeten stimuleren om snel in eigen levensonderhoud te laten voorzien.[120] Snijders-Borst heeft in hetzelfde dagblad een tegenklank laten horen. Volgens haar is het niet zo dat vrouwen zonder baan die gaan scheiden, verwende prinsesjes zijn:

> ‘Ik zie uitsluitend rondrennende Assepoesters met een sloot kinderen en oudere vrouwen die geen enkele kans meer maken op de arbeidsmarkt. Lang geleden is er aan de partneralimentatie een limiet gesteld van twaalf jaren met de motivering dat na die twaalf jaar het jongste kind oud genoeg zou zijn om de moeder in haar eigen levensonderhoud te laten voorzien. Partneralimentatie had destijds dus het karakter van een bijdrage van de andere ouder in de kosten van verzorging van de gezamenlijke kinderen.’[121]

Snijders-Borst ziet haar betoog ondersteund door de analyse van het inkomenspanel onderzoek over de jaren 1989-2000 van het CBS, waaruit blijkt dat de koopkracht van mannen, toch meestal de alimentatieplichtigen, na scheiding stijgt met 7% en de koopkracht van vrouwen, vaak de alimentatiegerechtigden met 23% achteruit gaat. Met deze cijfers en verregaande bezuinigen op de kinderopvang lijkt er vanuit financieel opzicht weinig reden om de twaalfjaarstermijn te bekorten. Een waarschijnlijk gevolg zal zijn dat er een veel groter beroep zal worden gedaan op de bijstand met niet alleen gevolgen voor de alimentatiegerechtigden, maar ook voor de kinderen die de alimentatiegerechtigden verzorgen. De vraag is of een alimentatieplichtige moet willen dat de gevolgen van een verminderde alimentatieplicht zich ook over de financiële situatie van zijn kinderen zullen uitstrekken.

Het aangaan van een huwelijk betekent dat echtgenoten voor elkaar willen zorgen, ook in financieel opzicht. Het verbreken van dat huwelijk betekent dat deze verzorgingsaanspraak niet als sneeuw voor de zon verdwijnt. Zeker niet indien er ten aanzien van de zorg voor de kinderen ten tijde van het huwelijk een bepaalde taakverdeling is overeengekomen dan wel uitgevoerd.

---

120 C. Smeets & L. Timmermans, ‘Geen vaste termijn, maar alimentatie op maat’, *Trouw* 3 februari 2012, p. 18.

121 H. Snijders-Borst, ‘Partneralimentatie is er voor kinderverzorging’, *Trouw* 10 februari 2012, p. 20.

Zorg voor kinderen betekent nu eenmaal vaak een achterstand op de arbeidsmarkt. Wij denken niet dat in eerste instantie de samenleving hiervoor dient op te draaien, indien het een alimentatiegerechtigde niet lukt na drie dan wel vijf jaren in eigen levensonderhoud te voorzien. Het is wel een feit dat voorkomen dient te worden dat alimentatiegerechtigden geen prikkel voelen om alles te doen om in eigen levensonderhoud te voorzien. De vraag is of de huidige wetgeving niet voldoende mogelijkheden hiertoe biedt? Is het huidige wettelijk kader niet voldoende? Een rechter kan immers een alimentatie bepalen voor een kortere termijn dan twaalf jaren, maar moet dit wel voldoende motiveren.[122] Het komt dan meer aan op invulling van het begrip behoeftigheid dan om het volledig wijzigen van wetgeving die recht doet aan de verzorgingsgedachte. Iedere alimentatiegerechtigde met schoolgaande kinderen moet in staat worden geacht tussen minimaal drie dagen te werken. Dat betekent dat de behoefte sowieso kan worden verminderd met het minimumloon over deze drie dan wel vier of vijf dagen. Aan de termijn van twaalf jaren zouden wij dan niet willen gaan tornen. Ook de alimentatieplichtige zou het in zijn of haar belang moeten achten dat zijn kinderen met tijd en aandacht worden opgevoed. Kamerleden en alimentatieplichtigen zouden zich dan meer moeten bekommeren om het betaalbaar maken van kinderopvang en rechters hebben reeds voldoende gereedschap om prinsesjes op de erwt aan te pakken.

---

122 Zie bijvoorbeeld Hof ’s-Gravenhage 30 november 2011, *LJN* BV0675, waarin de partneralimentatie voor een periode van drie jaren is gelimiteerd, maar waarbij de vraag kan worden opgeworpen of deze uitspraak wel aan de strenge motiveringseisen van de Hoge Raad voldoet.

KOUDE UITSLUITING IN NEDERLAND EN BELGIË – EEN RECHTSVERGELIJKENDE ANALYSE

Prof. dr. Charlotte Declerck
Docent aan de Universiteit Hasselt en advocaat te Brussel

Prof. mr. dr. Leon Verstappen[1]
Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht, aan de Rijksuniversiteit Groningen en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Leeuwarden

I INLEIDING

Koude uitsluiting of zuivere scheiding van goederen is een begrip uit het huwelijksvermogensrecht. Het duidt op huwelijkse voorwaarden waarbij partijen afspreken dat tussen hen geen gemeenschap van goederen zal bestaan, zonder vervolgens enigerlei verrekening van inkomen of vermogen overeen te komen anders dan eventueel verrekening van huishoudkosten. Echtgenoten creëren daarmee maximale vermogensrechtelijke zelfstandigheid ten opzichte van elkaar, maar daardoor ontstaat ook het risico dat hun vermogens zich onevenwichtig ontwikkelen. Scheefgroei ligt op de loer. Wanneer twee personen een affectieve relatie hebben en samenwonen, kan deze scheefgroei ook plaatsvinden. Verschil is echter dat er zonder overeenkomst tussen informeel samenwonenden geen vermogensrechtelijk regime als dat van de algehele gemeenschap van goederen in Nederland of de beperkte gemeenschap van aanwinsten in België bestaat. Wat onnauwkeurig uitgedrukt zou men kunnen zeggen dat waar bij gehuwden een algehele (Nederland) of beperkte (België) gemeenschap van goederen de hoofdregel is, bij een informele relatie koude uitsluiting de hoofdregel is en gemeenschappelijk vermogen expliciet moet worden overeengekomen. Daarbij moet worden aangetekend dat na het verbreken van een informele relatie in de regel evenmin recht op alimentatie bestaat.

Harde statistische Nederlandse onderzoeksgegevens leren dat na de verbreking van een relatie in vrijwel alle gevallen de koopkracht van vrouwen daalt en die van de mannen stijgt. Indien de kinderen bij de vrouw blijven wonen, daalt in Nederland de koopkracht van vrouwen gemiddeld met 21% als het gaat om een formele relatie en met 14% als het gaat om een informele relatie, terwijl de koopkracht van mannen in die gevallen juist stijgt met 33% respectievelijk 23%. Eventueel verschuldigde partneralimentatie is daarin verdisconteerd.

---

1 Bij het schrijven is gebruik gemaakt van het rapport M.V. Antokolskaia e.a., *Koude uitsluiting*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011; vgl. ook L.C.A. Verstappen, 'Koude uitsluiting en de scheefgroei van inkomens en vermogens na scheiding', *Justitiële Verkenningen* 2011-6, p. 68-84.

Deze scheefgroei kan door een aantal oorzaken worden verklaard. De belangrijkste verklaring is wel dat door wat men zou kunnen noemen het traditionele rollenpatroon dat nog vaak tussen man vrouw bestaat, bij een onverhoopte echtscheiding de man in 'earning capacity' voorsprong heeft kunnen opbouwen op de 'huishoudelijke' vrouw. Zij zit doorgaans in een dubbele achterstandspositie: in veel gevallen neemt ze de dagelijkse zorg en opvoeding van de kinderen voor haar rekening, terwijl zij veelal onder aan de ladder van de arbeidsmarkt staat. Ze zal er in inkomenspositie fors op achteruit gaan, ook al heeft ze als ze getrouwd is geweest recht op alimentatie. Bijzonder zuur is het, wanneer zij op grond van 'koude uitsluiting' in huwelijkse voorwaarden of omdat geen samenlevingsovereenkomst is gesloten, geen enkel recht heeft op het vermogen van de man dat hij door zijn arbeidsinkomsten tijdens het huwelijk heeft vergaard.

II KOUDE UITSLUITING IN NEDERLAND

§ 1 Mogelijkheden tot bestrijding van onbillijkheden bij gehuwden en ongehuwden

In het Burgerlijk Wetboek (BW) bestaan geen voorzieningen die specifiek zien op het bestrijden van onbillijkheden ten gevolge van *huwelijkse voorwaarden* inhoudende koude uitsluiting. Dat wil echter niet zeggen dat er in het huidige recht in het geheel geen mogelijkheden zouden bestaan om dergelijke onbillijkheden te ondervangen. Daarover handelen de hierna volgende onderdelen.

Het Nederlands burgerlijk recht – op enkele uitzonderingen na – verbindt geen vermogensrechtelijke gevolgen aan de feitelijke gedraging inhoudende *samenwonen*. Maar de problematiek zoals die voor gehuwden met koude uitsluiting hierna is beschreven, geldt ook voor ongehuwden zonder samenlevingsovereenkomst en voor ongehuwden met een samenlevingsovereenkomst die materieel overeenkomt met koude uitsluiting.

Aangenomen kan worden dat de hierna besproken leerstukken voor gehuwden vrijwel allemaal mutatis mutandis van overeenkomstige toepassing *zouden kunnen* zijn op ongehuwd samenwonenden, behalve dan dat de toepasselijkheid mede afhangt van de aard, de duur en de invulling van de samenwoning. Daarmee wordt gedoeld op het gegeven dat gehuwden een duidelijke keuze hebben gemaakt voor het huwelijk met de daaraan verbonden lotsverbondenheid, terwijl dat bij ongehuwden, met name als men geen schriftelijke samenlevingsovereenkomst heeft gemaakt, niet het geval hoeft te zijn. Dat wederom is van invloed op de mate waarin tussen ongehuwd samenwonenden sprake is van lotsverbondenheid en de mate waarin daardoor grond

bestaat voor analoge toepassing van deze tussen gehuwden ontwikkelde leerstukken.

Verdedigbaar is ook, dat in sommige gevallen enkele huwelijksvermogensrechtelijke regels *per analogiam* van toepassing zijn op ongehuwd samenwonenden. Gelet op de diversiteit in de groep der samenwoners, is echter geen eenduidige regel te geven met betrekking tot deze analogie. Zonder dat een der partijen meer aantoont dan slechts het bestaan van de niet-huwelijkse relatie, lijkt de analogie moeilijk vol te houden. Het aantonen van expliciete of stilzwijgende afspraken tussen de partners is nodig om de overeenkomstige gelding van enkele bepalingen uit Boek 1 BW te rechtvaardigen.

Het zal daarbij gaan om 'intern werkende' bepalingen, dat wil zeggen regels die zien op de vermogensrechtelijke verhouding tussen de partners. Moeilijk valt in te zien waarom aan extern werkende voorschriften als artikel 1:85 en artikel 1:88 BW naar de huidige stand van het recht analoge werking zou kunnen toekomen, zeker wanneer dit ten nadele van derden, die daarop niet bedacht zijn, zou werken. Op de analoge toepassing van het huwelijksvermogensrecht wordt hieronder nader ingegaan.

§2 Aantasting koude uitsluiting op grond van wet en jurisprudentie

A. Wilsgebreken bij totstandkoming van huwelijkse voorwaarden

Bij de totstandkoming van huwelijkse voorwaarden kan sprake zijn van dwaling in de zin van artikel 6:228 BW. De rechter zal in de meeste gevallen beoordelen of het beroep op dit wilsgebrek terecht is gedaan. Naast dwaling kunnen ook bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden als wilsgebreken een rol spelen. Dwaling ziet anders dan de overige wilsgebreken meer op de *beweegredenen* voor het maken van huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting, dan op de *omstandigheden* waaronder de huwelijkse voorwaarden zijn gemaakt. In het algemeen zal de inschakeling van de notaris voldoende waarborg bieden om wilsgebreken te voorkomen.

In één uitspraak heeft de rechter het maken van huwelijkse voorwaarden, inhoudende koude uitsluiting, staande huwelijk tussen echtgenoten die in gemeenschap van goederen waren gehuwd, op grond van misbruik van omstandigheden vernietigd.[2] De man had staande huwelijk met opzet de goederen van de huwelijksgemeenschap aan zich getrokken door zijn echtgenote een verklaring tot afstand van de huwelijksgemeenschap te laten tekenen.

---

[2] Hof 's-Gravenhage 22 december 1983, *NJ* 1985, 860.

Er bestaat ook een uitspraak van de Hoge Raad,[3] waarin met succes een beroep op dwaling werd gedaan. Het ging om een geval waarin huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting staande huwelijk werden ingevoerd. In deze zaak was de vrouw onvoldoende voorgelicht door de passerende notaris die haar man zou gaan opvolgen als notaris. De vrouw kreeg enkel te horen dat zij door het maken van huwelijkse voorwaarden zou worden beschermd tegen schuldeisers van de man.

Deze uitspraak is in zekere zin het spiegelbeeld van de bekende uitspraak inzake de Groningse huwelijkse voorwaarden.[4] Ook in deze zaak ging het om een 'notarieel' echtpaar en om koude uitsluiting. Verschil was echter, dat in dit arrest de huwelijkse voorwaarden staande huwelijk juist werden opgeheven en dat het niet om dwaling ging, maar om de aansprakelijkheid van de notaris die de huwelijkse voorwaarden ophief. Het vermogen van de vrouw viel na de invoering van gemeenschap van goederen ten prooi aan de schuldeisers van de man. De passerende notaris werd aansprakelijk gesteld door de vrouw. De volgende overwegingen van de Hoge Raad zijn zo belangrijk voor een goed beeld van de taak en functie van de notaris, met name bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden, en hebben een belangrijke invloed op de rechtsontwikkeling uitgeoefend:

> 'De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.'

Voor ongehuwd samenwonenden is dit leerstuk enkel relevant wanneer een samenlevingsovereenkomst is gesloten die 'koude uitsluiting' inhoudt. Maar men moet wel bedenken dat vernietiging van een samenlevingsovereenkomst de zich benadeeld voelende partij niet echt geholpen wordt, aangezien het paar dan niet terugvalt op het systeem van de algehele gemeenschap van goederen.

B. Imprévision; wijzigingsbevoegdheid van de rechter

Artikel 6:258 BW bepaalt dat de rechter de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven

---

3 HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2005, *LJN* AV2163, waarin een beroep op dwaling werd afgewezen.

4 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766, waarover: T.R. Hidma, 'Huwelijkse voorwaarden in harmonie en praktijk', in: J. van Duivendijk-Brand & T.R. Hidma, *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict* (preadvies KNB), Lelystad: Vermande 1994, p. 9 e.v., E.A.A. Luijten, 'Overzicht van de Nederlandse rechtspraak', *WPNR* 1993-6100, alsmede M.J.A. van Mourik & L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006, § 2.7.

van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.[5] Over deze bepaling is zeer veel geschreven, maar er is althans in het huwelijksvermogensrecht maar in betrekkelijk weinig gevallen met succes een beroep op gedaan.

Het arrest *Kriek/Smit* vormt een bekend voorbeeld van toepassing van de *imprévision*, al is de zaak gewezen onder vigeur van het oude BW.[6] De centrale vraag in deze zaak was of voor de verwerving van de echtelijke woning op naam van de man, de door de vrouw ter beschikking gestelde middelen nominaal moesten worden gerestitueerd of dat het bedrag van de restitutie hoger moest worden vastgesteld vanwege de inflatoire waardedaling van het nominaal ter beschikking gestelde enerzijds en de aanzienlijke waardestijging van de woning waarin door de vrouw is geïnvesteerd anderzijds.

De Hoge Raad stelt nominaliteit voorop, maar oordeelde dat een uitzondering op haar plaats is in een geval waarin de betreffende gelden zijn gebruikt voor de aankoop van de echtelijke woning en vervolgens *door ten tijde van die aankoop niet voorziene omstandigheden*, zoals de ontwikkeling van de Nederlandse onroerend goedmarkt sedert die aankoop, een zo aanzienlijke waardevermeerdering van die woning heeft plaatsgevonden dat bij gebreke van enige correctie het gevolg daarvan zou zijn dat bij het uiteengaan van partijen als gevolg van echtscheiding het evenwicht tussen de vordering van de ene partij tot terugbetaling van de destijds verschafte, nadien in koopkracht verminderde geldsom en het uitzonderlijk gunstige resultaat van de belegging daarvan, dat aan de andere partij ten goede komt, geheel zou zijn verbroken. Daarbij zal het aankomen op de vraag of de betreffende onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de echtgenoot op wiens naam het huis staat, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat hij met de enkele teruggave van het destijds ter beschikking gestelde bedrag zonder enige verrekening van de waardevermeerdering van de woning kan volstaan.[7]

Het arrest *Hilversumse horeca* vormt een ander voorbeeld waarin een beroep werd gedaan op onvoorziene omstandigheden.[8] Partijen in deze zaak waren in koude uitsluiting met elkaar gehuwd. De vrouw verrichtte onbetaalde werkzaamheden in een aan de man toebehorend cafébedrijf. De Hoge Raad wijst echter af het geheel terzijde stellen van eenmaal overeengekomen huwelijkse

---

5 Deze materie sluit nauw aan bij (de derogerende en aanvullende werking van) de redelijkheid en billijkheid. Daarop wordt in de volgende paragraaf ingegaan.

6 HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150.

7 Uiteindelijk is door het Hof 's-Gravenhage de correctievergoeding vastgesteld op *f* 20.000, vgl. Hof 's-Gravenhage 4 november 1988, *NJ* 1989, 540.

8 HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529.

voorwaarden inhoudende koude uitsluiting op de enkele grond dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen.[9]

Ook voor dit leerstuk geldt dat het enkel relevant is voor ongehuwd samenwonenden als een samenlevingsovereenkomst is gesloten die 'koude uitsluiting' inhoudt.

C. Beperkende en aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid

In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad het mogelijk acht dat een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is volgens artikel 6:248 BW.[10]

Uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2004[11] kan worden afgeleid dat voor afwijking van de gemaakte huwelijkse voorwaarden in het kader van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, ook belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk.[12] Andersluidende bedoelingen van partijen doen de huwelijkse voorwaarden weliswaar niet anders luiden, maar de rechtsverhouding die door de huwelijkse voorwaarden tussen partijen in het leven is geroepen, wordt niet alleen bepaald door de huwelijkse voorwaarden, maar ook door de redelijkheid en billijkheid. De regels in de huwelijkse voorwaarden kunnen onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Voor de beoordeling of daarvan sprake is, kan aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag afweek van de huwelijkse voorwaarden, betekenis worden toegekend.

De reikwijdte van deze uitspraak strekt zich ook uit over huwelijkse voorwaarden inhoudende koude uitsluiting. Voorstelbaar is de redenering dat indien echtgenoten na invoering van koude uitsluiting zijn blijven voortleven als waren zij in gemeenschap van goederen gehuwd, het naar maatstaven van redelijkheid

---

9 Vgl. HR 21 juni 1995, *NJ* 1996, 603, HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 en HR 2 september 2005, *NJ* 2006, 29.

10 Aldus onder meer HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529 en HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88.

11 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399. Zie voor het vervolg op deze beslissing Hof Amsterdam 19 januari 2006, *LJN* AV9260, waarin het hof inderdaad concludeerde dat moest worden afgeweken van de gemaakte huwelijkse voorwaarden en dat moest worden verrekend alsof partijen in gemeenschap van goederen waren gehuwd.

12 Zie voor kritiek op dit arrest E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht. Eerste gedeelte. Huwelijksgoederenrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 569 e.v.

en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien de overeengekomen koude uitsluiting onverkort zou gelden tussen echtelieden.
Na deze uitspraak is in een aantal andere zaken vergeefs gepoogd eenzelfde uitkomst te bereiken.[13] Er zijn echter ook uitspraken te vermelden waarin het overeengekomen regime van koude uitsluiting door lagere instanties[14] wel wordt doorbroken met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.[15]

De regel van artikel 6:248 BW vindt elders in het huwelijksvermogensrecht vooral toepassing in de sfeer van de uitvoering van verrekenbedingen. Dit komt pregnant naar voren in de jurisprudentie rondom vervalbedingen in huwelijkse voorwaarden.[16] Ook voor dit leerstuk geldt dat het voor toepassing op samenwoners enkel relevant is als een samenlevingsovereenkomst is gesloten die 'koude uitsluiting' inhoudt.

§ 3 Aanspraken op grond van wet en jurisprudentie

A. Art. 1:81 en 1:84 BW

Artikel 1:81 BW schrijft voor dat echtgenoten elkander getrouwheid, hulp en bijstand zijn verschuldigd, en legt hun de verplichting op elkander het nodige te verschaffen. De opvatting dat artikel 1:81 BW kan dienen als rechtsgrond voor *vermogens*aanspraken tussen echtgenoten, is door de Hoge Raad[17] uitdrukkelijk afgewezen. Op ongehuwden is deze bepaling niet toepasselijk en in de jurisprudentie komt toepassing op ongehuwden ook niet expliciet voor.

Gesteld kan worden dat achter dit algemene artikel 1:81 BW – als 'vangnet' in Titel 1.6 BW – een gedachte schuil gaat van lotsverbondenheid die ook op bepaalde samenlevingsvormen analoog toepassing zou kunnen vinden. Uit bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt echter, dat enkel samenwonen geen rechtsplicht tot onderhoud schept. Zonder nadere afspraak gelden voor ongehuwde samenwonenden noch de rechten en plichten uit artikel 1:81 BW, noch die op het gebied van de partneralimentatie.

---

13 Zie bijvoorbeeld HR 20 januari 2006, *LJN* AU5284 en Hof Arnhem 14 februari 2006, *LJN* AX6403.

14 Zo bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 14 januari 2009, *LJN* BH0633. Het Hof Leeuwarden heeft onlangs in hoger beroep de rechtbank hierin echter niet gevolgd, vgl. Hof Leeuwarden 14 september 2010, *LJN* BN7333.

15 Recentelijk is aan de Hoge Raad een soortgelijke zaak voorgelegd, vgl. HR 25 juni 2010, *LJN* BM4649, *RvdW* 2010, 811. Het cassatieberoep wordt door de Hoge Raad verworpen met een beroep op art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie.

16 Zie voor jurisprudentie over vervalbedingen in huwelijkse voorwaarden: HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463 (*Sonnevanck*); HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 m.nt. WMK (*Rensing*/*Polak*) en HR 23 juni 2000, *NJ* 2001, 347 (*Op de Weegh*/*Sneek*).

17 HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 678.

Ten aanzien van de mogelijke analoge toepassing van de in artikel 1:84 BW neergelegde draagplichtverdeling op ongehuwden bestaat verschil van mening in de literatuur. Gezien zijn interne werking bestaat grond voor analogie. In de literatuur[18] acht de meerderheid der auteurs artikel 1:84 BW voor analoge toepassing vatbaar.

B. Vergoeding van arbeid in huishouden of onderneming

Kan een echtgenoot in geval van werk verricht in het huishouden of in de onderneming van de andere echtgenoot vergoeding claimen voor verrichte werkzaamheden? Er bestaat in ieder geval geen directe wettelijke grond om, als daarover geen afspraken zijn gemaakt, een aanspraak op vergoeding van arbeid in het huishouden of in de onderneming verricht op te baseren. Dientengevolge kunnen niet zonder meer aanspraken worden gebaseerd op verrichte werkzaamheden voor het gezin of voor de onderneming van de andere echtgenoot. Jurisprudentie hierover is schaars. Als gezegd is wel duidelijk dat de Hoge Raad de enkele omstandigheid dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, niet voldoende acht om het tussen hen overeengekomen regime van uitsluiting van elke gemeenschap niet toe te passen.[19]

Evenmin vormt de onbezoldigd verrichte arbeid een rechtsgrond voor vermogensoverdracht op billijkheidsgronden. De Hoge Raad heeft deze rechtsgrond expliciet afgewezen.[20]
In de literatuur is van verschillende zijden aangedrongen op een regeling ter vergoeding van de arbeid verricht door de huishoudelijke echtgenoot.[21] Tot nu tevergeefs.

---

18 Zie bijvoorbeeld A.R. de Bruijn e.a., *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 569. In deze zin bijvoorbeeld ook Rb. Leeuwarden 12 september 1991, *Prg*. 1992, 3654. Zie over de fiscale kant N.C.G. Gubbels, 'De fiscale aspecten van de bijdrage in het levensonderhoud tussen (ex-)ongehuwd samenwonenden', *WPNR* 2009-6808, p. 674-681.

19 HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529 m.nt. EAAL (*Hilversumse horeca*) en HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 m.nt. WMK (*Rensing/Polak*). Vgl. voor het vervolg HR 2 september 2005, *NJ* 2006, 29. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 8 september 1982, *NJ* 1983, 436. Uit de huwelijkse voorwaarden kan echter anders voortvloeien (Hof Amsterdam 10 maart 1988, *NJ* 1989, 579). Ook in fiscaal opzicht is men tamelijk terughoudend dergelijke vergoedingsaanspraken wegens verricht werk te aanvaarden; vgl. HR 21 juni 1995, *V-N* 1995/31.29, waarover J.H. Weenink 'De onbetaalde onderneemster en de koude uitsluiting', *FBN* 1995, 98.

20 HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 622.

21 A.L.P.G. Verbeke, 'Weg met de koude uitsluiting!', *WPNR* 2001-6464, p. 947. Vgl. ook A.L.P.G. Verbeke, 'Naar een billijk relatievermogensrecht', *TvPr* 2001, p. 391 e.v. en A.L.P.G. Verbeke, 'Wettelijk verbod van koude uitsluiting', *NJB* 2001,

C. *Ongerechtvaardigde verrijking*

De vraag of ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 lid 1 BW) als rechtsgrond voor correctie kan worden gebruikt is van meet af aan in discussie geweest. Vooral Schoordijk heeft meermaals betoogd dat aan een actie uit ongerechtvaardigde verrijking niet kan worden toegekomen indien sprake is van een contractuele verhouding tussen echtelieden.[22]

In het reeds genoemde arrest *Kriek/Smit* heeft de Hoge Raad de ongerechtvaardigde verrijking als rechtsgrond voor een verrekenvordering boven het nominale bedrag van het door de vrouw aanvankelijk in de gemeenschappelijke woning geïnvesteerde bedrag, onder oud recht afgewezen omdat geen verarming was opgetreden. Relevant is tevens het bekende arrest *Baartman/Huijbers* uit 1986, waarin de man geen vergoeding werd toegekend wegens door hem aan het huis van zijn vrouw verrichte werkzaamheden, omdat uit niets bleek dat hij zijn werkkracht elders tegen betaling had willen en kunnen aanwenden.[23] Ook in een arrest uit 1987 overweegt de Hoge Raad dat geen sprake is van ongerechtvaardigde verrijking, wanneer op grond van de redelijkheid en billijkheid een vordering niet of niet meer kan worden geldend gemaakt.[24]

---

p. 2185; S.F.M. Wortmann, 'Bloemendaalse horeca en hoe verder?', in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *EB klassiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 86 e.v.; Gr. van der Burght, 'De huishoudelijke echtgenoot behoort bij echtscheiding niet zonder enige vergoeding voor de verrichte arbeid achter te blijven', in: E.A.A. Luijten e.a., *Het familierecht in het perspectief van de 21e eeuw. VPFA Millennium bundel*, Deventer: Kluwer 2000, p. 27 e.v.; Gr. van der Burght, 'De vervaltermijn, het verrekenbeding en de gratis arbeid', WPNR 1990-5962; J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding* (diss. Leiden), Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap 1990; W.E. Elzinga, 'Echtscheiding en koude uitsluiting', *NJB* 1988, p. 1439-1443; T.R. Hidma, 'Koude uitsluiting en huishoudelijke arbeid als redelijke grond voor wijziging van huwelijksvoorwaarden', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Eén kapitein, twee schepen. Bundel opstellen, aangeboden aan Prof. Mr. E. A. A. Luijten, ter gelegenheid van zijn zilveren ambtsjubileum aan de K.U. Nijmegen op 28 september 1984*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 73-87; M.J.A. van Mourik, 'Echtgenote of onbezoldigd huishoudster?', *FJR* 1986, p. 217; M.J.A. van Mourik, 'De huishoudelijke maatschap', *NJB* 1987, p. 178 e.v.; A.J.H. Pleijsier, 'Iets over de inhoud en reikwijdte van art. 1: 81 BW', *FJR* 1989, p. 111.

22 H.C.F. Schoordijk, 'Aan een actie uit ongegronde verrijking dienen wij in geval van een contract niet toe te komen', *WPNR* 1976-5356. Zie ook A.R. de Bruijn e.a., *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 277 e.v.

23 HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 622 m.nt. G, besproken door E.A.A. Luijten, 'Overzicht der Nederlandse rechtspraak', *WPNR* 1990-5964. Zie ook J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 453; M.J.A. van Mourik & L.C.A. Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2006, § 9.3.8.

24 HR 22 mei 1987, *NJ* 1988, 231.

Van recenter datum is een uitspraak over een actie uit ongerechtvaardigde verrijking tussen ongehuwde samenwoners. De Hoge Raad overweegt daarin dat van een ongerechtvaardigde verrijking ook sprake kan zijn indien de uitgaven ten behoeve van een verbouwing, ook al heeft die verbouwing niet tot een waardestijging van het pand geleid, voor rekening van de een zijn gekomen en de ander zich die uitgaven aldus heeft bespaard.[25]

Vermogensverschuivingen tussen ongehuwde samenwoners kunnen vallen binnen het bereik van artikel 6:212 BW, hetgeen erin resulteert dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht wordt diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.

D. Economische eigendom, maatschap of onbenoemde overeenkomst

Als rechtsgrond voor verrekening van de waarde van de echtelijke woning is in de literatuur ook wel de *economische eigendom* als rechtsfiguur geopperd. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat een aanspraak op verrekening bestaat die afhangt van de waardeontwikkeling van het goed, meestal de echtelijke woning.[26] De echtelijke woning wordt dan gezien als 'economische mede-eigendom', hoewel die alleen op naam van een echtgenoot staat. Santen heeft het begrip 'inversie van verknochtheid' geïntroduceerd om deze uitzondering op de hoofdregel van koude uitsluiting (geen gemeenschappelijk vermogen) op treffende wijze te kenschetsen.[27]

Ook zijn pogingen ondernomen om de *maatschap* als rechtsfiguur op te voeren. Evenals de figuur van de economische eigendom kan worden betoogd dat tussen twee in koude uitsluiting gehuwde echtelieden een maatschapsverhouding zou moeten worden aangenomen.[28] Met name Cohen Henriquez[29] heeft erop gewezen, dat hiervan onder bepaalde omstandigheden sprake kan zijn, met name indien beide echtgenoten regelmatig samenwerken in een bedrijf waarvan de opbrengsten aan beiden ten goede komen. In dit verband is geopperd dat men zich erop zou kunnen beroepen dat stilzwijgend een maatschap is ontstaan. De

---

25 HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 481.

26 Vgl. J.M.A. Waaijer, *Het moderne vermogensrechtelijke echtscheidingsrecht* (diss. Leiden), Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap 1981, p. 145 e.v.; Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 328 en 556; J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding,* (diss. Leiden), Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap 1990, p. 55-90 en H.C.F. Schoordijk, 'Het arrest van Hoge Raad van 26-10-2001 (*RvdW* 2001, 165) en zijn gevolgen voor het huwelijksvoorwaardenrecht van de toekomst', *WPNR* 2002, 6479.

27 R.C. Gisolf & A.H.M. Santen, *Notaris, echtscheiding en echtelijke woning* (preadvies KNB), Deventer: Kluwer 1987.

28 Vgl. J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 454.

29 E. Cohen Henriquez, 'Miskende maatschappen', *WPNR* 1991-6000.

omstandigheden zouden dan kunnen worden gevonden in actieve samenwerking van partijen, met inbreng van (tenminste) hun nijverheid (arbeid).[30]

Deze redenering heeft weinig bijval gevonden, omdat zij zich zonder nadere overeenkomst tussen echtelieden moeilijk laat combineren met de expliciete uitsluiting van elke gemeenschap van goederen. De Hoge Raad heeft de redenering voor de ongehuwd samenwonenden expliciet verworpen.[31] Aangenomen mag worden dat de Hoge Raad in geval van buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten niet anders zal oordelen.

Tot slot kan nog worden gewezen op de mogelijkheid dat wordt aangenomen dat sprake is van een nadere (eventueel stilzwijgende) *overeenkomst* tussen de echtgenoten. Het is niet ondenkbaar dat de echtgenoten in de loop van hun huwelijk stilzwijgend een overeenkomst tot bijvoorbeeld verrekening (en/of tot vertegenwoordiging in geval van verkrijging van andere dan registergoederen) hebben gesloten in afwijking van de huwelijkse voorwaarden.[32] Hier valt een parallel te ontwaren met enkele arresten over ongehuwde samenwoners, waar de Hoge Raad onder bepaalde omstandigheden een (stilzwijgende) overeenkomst tot verrekening aanwezig acht.[33]

De vraag rijst of het bestaan van een dergelijke overeenkomst binnen het huwelijk minder snel moet worden aangenomen dan in een buitenhuwelijkse samenleving.[34] De Hoge Raad heeft in zijn arrest uit 2004 expliciet aangegeven dat huwelijkse voorwaarden niet door een andersluidende partijbedoeling of impliciete overeenkomst kunnen worden gewijzigd, maar dat daarvoor een notariële akte is vereist.[35] Onderscheid moet worden gemaakt tussen een (stilzwijgende) overeenkomst tot verrekening in afwijking van de huwelijkse voorwaarden en het doen ontstaan van een eenvoudige gemeenschap tussen echtgenoten, hoewel in koude uitsluiting gehuwd. Het eerste lijkt – indachtig voormeld arrest uit 2004 – moeilijk voorstelbaar, al zal onder omstandigheden op grond van onvoorziene omstandigheden of redelijkheid en billijkheid wel

---

30 Vgl. Hof 's-Gravenhage 22 oktober 1953, *NJ* 1954, 205. Vgl. ook T.R. Hidma & J. van Duijvendijk-Brand, *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict* (preadvies KNB), Lelystad: Vermande 1994, p. 104.

31 Vergelijk HR 8 juli 1985, *NJ* 1986, 358, *BNB* 1985, 239.

32 Vgl. J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 454.

33 HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 912 en HR 26 mei 1989, *NJ* 1990, 23.

34 In ontkennende zin antwoordt J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 454. Vgl. ook HR 26 mei 1989, *NJ* 1990, 23 en J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding* (diss. Leiden), Amsterdam: Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap 1990, p. 89-91 en 173, alsmede G.J. Dommerholt, 'Vermogensrechtelijke aanspraken ondanks koude uitsluiting in geval van een gezamenlijke geldlening', *WPNR* 2005-6629.

35 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399.

sprake kunnen zijn van een zekere verrekenplicht. Van het tweede is sprake indien de desbetreffende goederen aan hen gezamenlijk zijn geleverd.[36]

Aangenomen mag worden dat deze jurisprudentie mutatis mutandis van overeenkomstige toepassing is op ongehuwden. Het komt geregeld voor dat de ongehuwde partners gedurende de samenwoning in ongelijke mate bijdragen aan de lopende bestedingen en investeringen; men denke aan het veelvoorkomende geval van de buitenshuis werkende man die geleidelijk meer inkomsten bijdraagt dan de 'huishoudelijke' vrouw, die in toenemende mate de verzorgende en huishoudelijke taken voor haar rekening neemt.

De vraag rijst hoe met deze ongelijke uitgaven rekening te houden tijdens en na beëindiging van de relatie. Voor de periode tijdens de relatie wordt mede verwezen naar de mogelijke analoge toepassing van artikel 1:84 BW. Indien bovendien een samenlevingscontract is overeengekomen, bevat dit dikwijls een regeling met betrekking tot de kosten van de huishouding en tot vermogensverschuivingen tussen de partners. De vraag is of ook op grond van impliciete verrekenafspraken tot een verrekening van inkomen of vermogen moet worden gekomen.

Voor het aannemen van een verrekenafspraak is niet vereist dat de partners tijdens de samenwoning hun inkomsten telkens samenvoegden, aldus de Hoge Raad in het arrest *Bruinsma/Smit*.[37] Uit dat arrest volgt tevens dat de stelling van een der partners dat hij behoort mee te delen in de waardemutatie van een goed van de ander, niet terzijde kan worden geschoven met enkel het argument dat deze partner er dan maar op had moeten aandringen dat het goed gezamenlijk werd aangeschaft.

Onder meer Cohen Henriquez heeft bepleit dat bij een niet-huwelijkse samenleving sprake kan zijn van een maatschap. In de literatuur[38] stuitte deze visie op weerstand. In een arrest uit 1985 wees de Hoge Raad haar uiteindelijk expliciet van de hand: de overeenkomst tussen de samenwoners strekte er niet toe de partijen in actieve samenwerking in het economische verkeer door middel van hun inbreng voordeel te doen behalen.

Het is een aantal malen voorgevallen dat een rechter een quasi-huwelijksgemeenschap (algeheel, of ten aanzien van een bepaald goed) aanwezig acht bij ongehuwd samenwoners, met ogenschijnlijk als enige

---

36 Vgl. ten aanzien van dat laatste de conclusie van de A-G bij HR 25 juni 2010, *LJN* BM4649.

37 HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 912.

38 Zie onder meer M.J.A. van Mourik, *WPNR* 1980-5523 en *NJB* 1986, p. 314. Vgl. ook T.R. Hidma & J. van Duijvendijk-Brand, *Huwelijkse voorwaarden in harmonie en conflict* (preadvies KNB), Lelystad: Vermande 1994, p. 104.

fundament de langdurige samenwoning. Een ondubbelzinnige illustratie hiervan vormt de uitspraak van Rechtbank Groningen uit 1976:[39]

> ‘O. dat voor de rechtsregels, waaraan een dergelijk samenleven onderworpen is, zo veel mogelijk aansluiting moet worden gezocht bij het huwelijksrecht;
> O. dat dit voor het samenlevingsgoederenrecht betekent, dat moet worden uitgegaan van het rechtsvermoeden van een algehele gemeenschap van goederen, terwijl de meerdere of mindere mate van uitsluiting dier gemeenschap als uitzondering moet worden aangetoond;’

Van recenter datum is een arrest van het Hof Amsterdam uit 2003,[40] oordelend dat de partner aan wie het huis toebehoort ook zonder uitdrukkelijke afspraak verplicht is om de waardestijging tijdens de samenwoning met de andere partner te delen. Het hof spreekt in deze zaak van ‘toedeling van het registergoed’, hetgeen de schijn wekt dat de samenwoning een mede-eigendomssituatie heeft doen ontstaan. Men vergelijke ook het vonnis in kort geding van de Rechtbank Rotterdam,[41] waarin het ging om twee samenlevers die met ‘niets’ waren begonnen en meer dan twintig jaren een vermogen hadden opgebouwd, waartoe behoorde een woning die op naam van een van de partners was gesteld. De voorzieningenrechter liet het feit dat materieel een relatie tussen partijen had bestaan, die uitging van ‘gelijkberechtigdheid’, prevaleren boven de tenaamstelling van het registergoed. De woning diende derhalve in de verdeling van dat gezamenlijk opgebouwde vermogen te worden meegenomen.

In een veel groter aantal rechterlijke uitspraken blijkt van een expliciete afwijzing van de analoge toepassing van het huwelijksgoederenrecht en het regime van de wettelijke gemeenschap van goederen voor de ongehuwde samenwoners. Voor analoge toepassing van het huwelijksgoederenrecht op de afwikkeling van de relatie der ongehuwden bestaat – aldus deze lijn in de jurisprudentie – zonder meer geen aanleiding. Ook de normen van de redelijkheid en billijkheid dwingen daartoe niet.

Het aannemen van een goederenrechtelijk gevolg van het samenwonen – de zogenoemde ‘pseudo-huwelijksgemeenschap’ – mag gezien het voorgaande

---

39 Rb. Groningen 5 november 1976, *NJ* 1977, 407. Vgl. ook Rb. Groningen 27 mei 1977, *NJ* 1977, 570.

40 Hof Amsterdam 18 december 2003, *LJN* AR5521.

41 Rb. Rotterdam 14 december 2004, *KG* 2004, 905. Zie hierover onder meer W.G. Huijgen, ‘Relaties en (huwelijks)vermogensrecht’, in: A.H.N. Stollenwerck e.a. (red.), *In dienst van het recht grenzen verleggen. Liber amicorum aangeboden aan prof. mr. Gr. van der Burght*, Deventer: Kluwer 2009, p. 78 e.v.

worden beschouwd als een rechterlijk oordeel dat telkens sterk met de feiten verweven is en gebaseerd is op het billijkheidsgevoel van de rechter; in zoverre zou men van 'incidenten' kunnen spreken. Cruciaal is de – in de uitspraken niet altijd helder beantwoorde – vraag op welke rechtsgrond men de eventuele aanspraak doet steunen. Neemt men een impliciete overeenkomst tot verrekening aan of is sprake van een billijkheidscorrectie op grond van de feiten en omstandigheden van het geval? Een treffend voorbeeld hiervan vormt het hiervoor reeds vermelde arrest *Bruinsma/Smit*,[42] waar het ging om de vraag of een op naam van een van de partners staande spaarrekening toch tussen hen gemeenschappelijk kon zijn. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend.

§ 4 Vermogensverschuiving tussen echtelieden

A. Natuurlijke verbintenis

In twee categorieën van gevallen worden thans de gevolgen gemitigeerd van koude uitsluiting voor de echtgenoot die geen vermogen heeft opgebouwd. In beide gevallen is sprake van een vermogensverschuiving tussen echtelieden waarbij de rechtsgrond voor de vermogensverschuiving niet van meet af aan duidelijk tussen partijen is afgesproken. De eerste groep (behandeld in deze paragraaf) bestaat uit gevallen waarin een echtgenoot vermogensbestanddelen op naam heeft gekregen, geheel of gedeeltelijk gefinancierd door de andere echtgenoot. De tweede groep (zie de volgende paragraaf) bestaat uit gevallen waarin een echtgenoot financiële middelen aan de andere echtgenoot ter beschikking heeft gesteld.
De belangrijkste mitigatie van de gevolgen van koude uitsluiting treffen wij aan als de echtgenoot die geen vermogen voor zichzelf heeft kunnen opbouwen, vermogensbestanddelen op naam heeft gekregen, gefinancierd door de andere echtgenoot. Het op naam krijgen van goederen, geheel of gedeeltelijk betaald door de andere echtgenoot, kan een voldoening van een tussen echtgenoten bestaande natuurlijke verbintenis inhouden, bijvoorbeeld wegens te laag beloonde werkzaamheden van de ene echtgenoot in de onderneming van de andere echtgenoot[43] of wegens de verzorgingsbehoefte van de langstlevende echtgenoot.[44] Ook kan tussen echtelieden anders zijn overeengekomen of uit de redelijkheid en billijkheid, in verband met de omstandigheden van het geval, anders voortvloeien.[45]

---

42 HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 912.

43 HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 610 en *NJ* 1988, 678 m.nt. EAAL (*Bloemendaalse horeca*).

44 HR 30 januari 1991, *NJ* 1992, 191.

45 HR 30 januari 1991, *NJ* 1992, 191 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616. Vgl. voor een geval waarin het beroep op een natuurlijke verbintenis is afgewezen: Rb. Arnhem 2 juli 2009, *LJN* BD9230.

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een natuurlijke verbintenis, moet worden uitgegaan van de algemene maatstaf die wordt omschreven in artikel 6:3 lid 2 aanhef en onder b BW. De problematiek moet worden beoordeeld naar objectieve maatstaven; geen beslissende betekenis komt toe aan het subjectieve inzicht van degene die de prestatie voldoet.[46]

Een objectieve aanwijzing dat het gaat om een naar maatschappelijke opvattingen dringende morele verplichting, kan worden gevonden in het gegeven dat de prestatie bestaat in het financieren van een woning die strekt tot waarborg dat de andere echtgenoot ook na het einde van het huwelijk in de woning mag blijven wonen. Deze waarborg zou niet tot zijn recht komen, als die andere echtgenoot het gevaar zou lopen de woning te moeten verkopen om aan de vergoedingsplicht jegens de ene echtgenoot of diens erfgenamen te kunnen voldoen. Het verschaffen van een zodanige waarborg zal vaak naar maatschappelijke opvattingen kunnen worden beschouwd als een prestatie die aan de andere echtgenoot op grond van een dringende morele verplichting toekomt. Daarbij zal acht moeten worden geslagen op de omstandigheden van het geval, waaronder de wederzijdse welstand en behoefte.[47]

Een variant van de hiervoor genoemde mitigatie is de omzetting van een natuurlijke verbintenis in de zin van artikel 6:5 BW. Van een dergelijke omzetting kan bijvoorbeeld blijken doordat een echtgenoot een levensverzekering afsluit, met de andere echtgenoot (met wie hij in koude uitsluiting is gehuwd en die is onterfd in zijn testament) als enige onherroepelijke begunstigde, en een van de twee termijnen van premiebetaling voldoet en dan overlijdt. Door de omzetting in een civiele verbintenis zijn de erfgenamen gehouden de tweede termijn ook te voldoen.[48]
Een en ander is zonder meer ook van toepassing op ongehuwden, al zijn er niet veel casus uit de jurisprudentie bekend, waarin dat geschiedde.

---

46 R 9 november 1990, *NJ* 1992, 212 en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616.

47 HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 616. Vgl. ook HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 692: partijen zijn gehuwd in koude uitsluiting; de voormalige echtelijke woning, waar de vrouw met de kinderen woont, is eigendom van de vrouw. De koopsom en de daarop verschuldigde kosten zijn door de man voldaan. De voldoening van de koopsom door de man wordt aangemerkt als een voldoening aan een op hem rustende natuurlijke verbintenis. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2004, *LJN* AS4514, *RFR* 2005, 41, *V-N* 2005/16.17. Vgl. echter HR 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1. Vgl. Hof 's-Gravenhage 13 oktober 2004, *LJN* AR4247 voor een soortgelijk geval, waarin geoordeeld werd dat het feit dat de man meer dan de vrouw bijdroeg aan de verwerving van de op beider naam staande echtelijke woning geen voldoening aan een natuurlijke verbintenis constitueerde.

48 HR 6 oktober 1995, *NJ* 1996, 105. Zie J.B. Vegter, 'Omzetting en nakoming natuurlijke verbintenis, Huwelijksvoorwaarden, Nalatenschapschuld', *NTBR* 1996, 4.

Mitigatie van koude uitsluiting via de band van de natuurlijke verbintenis, impliceert dat er vermogen van de ene naar de andere echtgenoot is overgegaan. Deze gevallen betreffen echter slechts een deel van het totaal. Een vermoedelijk groot deel bestaat uit gevallen waarin geen vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden ten gunste van de echtgenoot die niet aan vermogensvorming heeft kunnen werken. Het wordt dan ook als onredelijk en willekeurig ervaren dat mitigatie slechts in die gevallen wordt toegestaan en de Hoge Raad geen mogelijkheden lijkt te openen voor de andere gevallen.

B. Vergoedingsvorderingen

Voor de tweede groep geldt inmiddels per 1 januari 2012 artikel 1:87 BW. Daarmee wordt gebroken met het nominalistische uitgangspunt zoals dat bleek uit onder andere het arrest *Kriek/Smit*, hiervoor reeds behandeld.[49] Thans geldt het beginsel van economische deelgerechtigdheid in geval vermogen van de andere echtgenoot is aangewend ter verkrijging van investeringsgoederen in eigendom of in mede-eigendom (als echtelieden ongelijk hebben bijgedragen aan de verkrijging van een op beider naam staand goed).[50] Artikel 1:87 BW nieuw is op beide situaties toepasselijk.[51] Men krijgt een aanspraak in geld die niet gelijk is aan het bedrag dat oorspronkelijk ter beschikking is gesteld, maar die wordt berekend op een deel van de waarde van het goed waarin met dat geld is geïnvesteerd, evenredig aan het aandeel van het ter beschikking gestelde bedrag ten opzichte van de totale investering.

Ook dit leerstuk leent zich voor overeenkomstige toepassing op ongehuwd samenwonenden. Ten aanzien van de vraag of ook een andere dan een nominale vergoeding verschuldigd kan zijn, biedt de *Kriek/Smit*-doctrine uitkomst. Weliswaar is dat arrest gewezen tussen gehuwde partijen, maar deze doctrine leent zich voor overeenkomstige toepassing op ongehuwd samenwonenden.

In dit kader laat zich de vraag stellen in hoeverre invoering van artikel 1:87 BW nieuw per 1 januari 2012 met zich brengt dat dergelijke vergoedingsvorderingen ook tussen ongehuwd samenwonenden op de in artikel 1:87 BW nieuw bedoelde wijze moeten worden berekend. Korter geformuleerd: is dan artikel 1:87 BW analoog van toepassing?

---

49 Zie § 2.B over HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150.

50 Zie in dit verband ook HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 110, besproken door B.E. Reinhartz, 'Natrekking echtelijke woning door privégrond van de vrouw: Hoge Raad past Kriek-Smit-criterium toe op recompense', *JBN* 2008, 19 en L.C.A. Verstappen, 'Anticipatie op het voorgestelde art. 1:87 BW (wetsvoorstel 28 867): HR 15 februari 2008, NJ 2008, 110', *WPNR* 2008-6767.

51 Vgl. ook HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 651 en de voorgestelde art. 1:95 en art. 1:96 leden 3 en 4 BW.

§ 5 Aanspraak op levensonderhoud

A. Levensonderhoud tussen gescheiden echtgenoten

Een belangrijk middel om onbillijkheden die zich bij koude uitsluiting voordoen te ondervangen, is uiteraard de verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud. Echtgenoten en geregistreerde partners zijn dwingendrechtelijk jegens elkaar gehouden tot het verstrekken van levensonderhoud. De wetgever formuleert dat in artikel 1:81 BW als een verplichting tot verschaffing van 'het nodige'. Deze dwingende wederzijdse onderhoudsplicht vormt in vermogensrechtelijke zin de juridische kern van het huwelijk.
Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe *erfrecht* op 1 januari 2003 kent het erfrecht daarnaast dwingendrechtelijke vruchtgebruiksrechten ten behoeve van de langstlevende echtgenoot (art. 4:29 en 4:30 BW).

De rechter kan bij de *echtscheidingsbeschikking* of bij latere uitspraak aan de echtgenoot die niet voldoende inkomsten tot zijn levensonderhoud heeft, noch zich in redelijkheid kan verwerven, op diens verzoek ten laste van de andere echtgenoot een uitkering tot levensonderhoud toekennen (art. 1:157 lid 1 BW) die maximaal twaalf jaar duurt. De door de rechter aan te leggen maatstaven zijn behoefte, draagkracht en andere, ook niet-financiële omstandigheden. Rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.
Behoefte is in dit verband eerst dan relevant indien deze als 'behoeftigheid' kan worden aangemerkt. Daarvan is sprake als men zelf niet in zijn redelijke behoeften kan voorzien. Talrijke financiële factoren spelen derhalve een rol. Vele verschillen van geval tot geval, zoals woonlasten, inkomens- en vermogenspositie. De fiscale aspecten zijn van jaar tot jaar aan wijziging onderhevig. Deze ervaring heeft geleid tot de ontwikkeling van het ambachtelijke vak 'alimentatierekenen' met behulp van rekenmodellen.

In de praktijk wordt overwegend gewerkt met de zogenoemde Tremanormen. Deze zijn voor het eerst in 1979 ontwikkeld door een werkgroep ingesteld door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. Jaarlijks worden wijzigingen gepubliceerd in de op de alimentatienormen gebaseerde rekenmodellen, waaronder die welke het gevolg zijn van fiscale en sociale wetgeving.

B. Levensonderhoud tussen gescheiden samenlevers

Uit bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat enkel samenwonen geen rechtsplicht schept tot onderhoud.[52] Zonder nadere afspraak gelden voor

---

[52] HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 82, HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 927 en HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 711. Expliciet hierover HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 397: 'Het middel gaat ervan uit dat, in geval de vrouw tijdens het geding tot echtscheiding met een andere man zou samenleven als waren zij gehuwd, zij voor haar levensonderhoud

ongehuwde samenwonenden noch de rechten en plichten uit artikel 1:81 BW, noch die op het gebied van de partneralimentatie. Dit laat onverlet dat op grond van een overeenkomst – expliciet of stilzwijgend – onderhoudsverplichtingen kunnen ontstaan, zowel ten aanzien van de periode ten tijde van de samenleving als ten aanzien van die na verbreking van de relatie. Ook het bestaan van een natuurlijke verbintenis op grond waarvan de partner voor enige tijd dient te worden onderhouden, behoort tot de mogelijkheden.[53] Het komt hier aan op een duiding van de feiten, zoals de aard, de duur en de invulling van de samenwoning en het bestedingspatroon van de samenwoners. In uitzonderlijke gevallen kan een actie op grond van onrechtmatige daad uitkomst bieden.[54]

§ 6 Nieuwe wetgeving?

In het kader van de behandeling van het derde onderdeel van de moderniseringswetgeving huwelijksvermogensrecht, heeft de Minister van Justitie in 2008 aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal toegezegd een onderzoek in te stellen naar de mogelijkheden van een aanvullende wettelijke regeling met betrekking tot 'koude uitsluiting'. De minister deed zijn toezegging naar aanleiding van een tweetal voorgestelde moties van de Tweede Kamerleden Anker, Timmer en De Wit, waarin werd verzocht een wettelijke regeling te treffen ter voorkoming van onbillijke gevolgen van koude uitsluiting bij

---

voor de duur van dat geding geen beroep zou kunnen doen op haar echtgenoot, aangezien in dat geval de verplichting om in haar levensonderhoud te voorzien op die andere man zou rusten. Dit uitgangspunt vindt geen steun in het recht (...).'

53 Zie ook HR 27 februari 1980, *BNB* 1980, 113; Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 623; W.J.M. Davids, 'Alimentatie... Niet in de lengte, wel in de breedte', in: *Samenleven, samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E. C. Henriquez, ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1983, p. 81 e.v. en A.G. Lubbers, 'Niet door rechtshandeling overbrugbare vermogensrechtelijke verschillen tussen huwelijk en concubinaat', in: *Samenleven, samenwerken. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. E. C. Henriquez, ter gelegenheid van zijn vijfenzestigste verjaardag*, Deventer: Kluwer 1983, p. 224-225. Vgl. J. de Boer, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 568.

54 Vergelijk Hof Leeuwarden 1 februari 1984, *NJ* 1984, 673. De vrouw vordert schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, aanvoerende dat de man, toen het stel ging samenwonen, haar in strijd met de waarheid heeft voorgespiegeld dat hij de bedoeling had blijvend met haar te gaan samenwonen. Ten gevolge hiervan heeft zij haar woning opgegeven en is zij verhuisd, waardoor zij schade heeft geleden. Het hof: 'Deze grondslag kan — indien feitelijk juist — de vordering dragen, aangezien een onware voorspiegeling als bedoeld strijdt met de zorgvuldigheid, die in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van eens anders persoon bestaat.'

gehuwden, alsmede van dergelijke gevolgen bij het verbreken van een langdurige duurzame relatie door ongehuwden.[55]

Het rapport Koude uitsluiting is in 2011 verschenen[56] en onderwerp van een kamerdebat geweest. Voor het standpunt van de staatssecretaris wordt kortheidshalve verwezen naar de brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 26 september 2011.[57] De staatssecretaris voelt niets voor een bijzondere regeling met betrekking tot voorlichting van aanstaande echtelieden en wijst de som ineens als billijke vergoeding voor verrichte arbeid in huishouden of bedrijf van de andere echtgenoot af. Hij gaat vooralsnog ook niet over tot invoering van een bijzondere wettelijke regeling op grond waarvan de rechter onbillijke huwelijkse voorwaarden kan wijzigen, maar wil eerst onderzoeken of de bestaande wettelijke regelingen voldoende mogelijkheden bieden. Met de rechtspraktijk wordt overleg gevoerd om te bezien of criteria kunnen worden opgesteld. Toepassing van de artikelen 1:84 en 1:87 BW op ongehuwden ziet de staatssecretaris niet zitten en verwijst voor het overige naar de opmerkingen die hij heeft gemaakt bij de voorstellen voor gehuwden die dus ook gelden voor ongehuwden. Wel wil hij een wetsvoorstel voorbereiden waarin ook voor samenwoners in één verzoekschrift verschillende definitieve of verschillende voorlopige voorzieningen kunnen worden gevraagd, zoals dat bij gehuwden geregeld is. Hij staat niet onsympathiek tegenover een voorziening waarbij de rechter alimentatie kan vaststellen voor ongehuwden indien dat redelijk is, maar wil dit eerst met de rechtspraktijk bespreken, met name welke criteria daarvoor kunnen worden opgesteld.

§ 7 Tussenbesluit – koude uitsluiting in Nederland

De balans voor Nederland is dat onbillijkheden ten gevolge van koude uitsluiting met de bestaande wettelijke middelen niet adequaat kunnen worden bestreden. Dat ligt minder aan die wettelijke middelen dan aan de terughoudendheid waarmee de rechterlijke macht, de Hoge Raad voorop, die middelen toepast. Men is erg terughoudend om het huwelijksgoederenregime inhoudende koude uitsluiting open te breken. Mitigatie is eigenlijk enkel mogelijk wanneer vermogen is verschoven naar de ‘huishoudelijke’ echtgenoot. Terugvordering is niet mogelijk als sprake is van een natuurlijke verbintenis. Het wordt dan ook als onredelijk en willekeurig ervaren dat mitigatie slechts in die gevallen wordt toegestaan en de Hoge Raad geen mogelijkheden lijkt te openen voor de andere gevallen.

---

55 Vgl. *Kamerstukken II* 2007/08, 28 867, nr. 20 en 21. De moties zijn ingediend bij de behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen).

56 M.V. Antokolskaia e.a., *Koude uitsluiting*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

57 *Kamerstukken II* 2011/12, 28 867, nr. 23.

Zoals het zich nu laat aanzien is de wetgever evenmin bereid om doortastend op te treden.

III KOUDE UITSLUITING IN BELGIË

§ 1 Inleiding

Echtgenoten kunnen naar Belgisch recht uitdrukkelijk opteren voor het stelsel van zuivere scheiding van goederen en derhalve voor de koude uitsluiting. De vermogensrechtelijke situatie van de echtgenoten wordt in dit geval beheerst door hun huwelijkscontract, de bepalingen van het primair huwelijksrecht (hulp en bijdrage) en de artikelen 1466-1469 BW.
Bij gebrek aan andersluidende overeenkomsten, worden de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen wettelijke en feitelijke samenwoners eveneens door een scheiding van goederen beheerst. De wetgever heeft het stelsel van scheiding van goederen als wettelijk stelsel voor wettelijke samenwoners uitgetekend (art. 1478 BW). Voor feitelijke samenwoners vloeit scheiding van goederen voort uit de toepassing van het gemeen recht.
Een analyse van de Belgische rechtspraak en rechtsleer leert dat de Belgische rechter slechts over een beperkt aantal mogelijkheden beschikt teneinde de onbillijkheid van het stelsel van zuivere scheiding van goederen te corrigeren. In wat hierna volgt, wordt beoogd deze mogelijkheden te belichten en te evalueren.

§ 2 Rechterlijk ingrijpen

A. Bijdrage in de lasten van het huwelijk respectievelijk het samenleven

Zowel echtgenoten als wettelijke samenwoners zijn gehouden tot bijdrage in de lasten van het huwelijk respectievelijk het samenleven (art. 221 en 1477 § 3 BW). Feitelijke samenwoners zijn daarentegen krachtens de wet niet gehouden tot bijdrage in de lasten van het samenleven.

Op grond van deze bijdrageplicht aanvaardt de rechtspraak dat vermogensrechtelijke gevolgen kunnen worden gekoppeld aan de huishoudelijke activiteiten die door de niet-beroepsactieve echtgenoot worden geleverd. Veelal gaat het om de volgende feitenconstellatie. De gezinswoning staat op naam van beide echtgenoten, maar werd uitsluitend gefinancierd met de gelden van de man. Bij echtelijke moeilijkheden wenst de man op zijn betaling terug te komen. Zo kan hij beweren dat de betaling een schenking was die hij *ad nutum* kan herroepen overeenkomstig artikel 1096 BW. Het Hof van Cassatie heeft dit als onbillijk ervaren en is aan deze problematiek tegemoet gekomen door de aankoop van de gezinswoning als een last van het huwelijk te beschouwen. Wanneer de bijdrage van de vrouw in de lasten van het huwelijk, bijvoorbeeld via huishoudelijk werk, zorg voor de kinderen, onbezoldigde medewerking in de

zaak van haar echtgenoot, in evenwicht is met de geldelijke bijdrage van haar man, dan wordt de vrouw onherroepelijk beschouwd als mede-eigenares.[58] Daarentegen heeft de man wel een terugvorderingsmogelijkheid in de mate hij kan aantonen dat er tussen de door de beide echtgenoten geleverde bijdragen geen evenwicht bestaat. Bevat het huwelijkscontract een beding van vermoeden van dagelijkse afrekening, dan zal de man die de prijs heeft betaald moeten bewijzen dat zijn vrouw ten aanzien van haar bijdrageplicht in gebreke is gebleven.[59] De lagere rechtscolleges zijn deze rechtspraak van het Hof van Cassatie genegen, zij het dat hierbij tevens specifiek rekening wordt gehouden met de oorsprong van de gelden waarmee de echtgenoot de gezinswoning heeft gefinancierd. Is dit gebeurd door middel van gelden die voortkomen uit een schenking of een nalatenschap (en derhalve niet uit arbeid), dan wordt de teruggave in de regel verantwoord geacht.[60] Het vermelde cassatie-arrest heeft uitsluitend betrekking op de hypothese van de gezamenlijke verkrijging van de gezinswoning. De rechtspraak staat weigerachtig tegenover de uitbreiding van dit principe naar de verkrijging van de gezinswoning op naam van één echtgenoot. Wordt hiertoe een gezamenlijke hypothecaire lening aangegaan, dan worden in de regel slechts de kosten die worden gelijkgesteld met een huurlast als een last van het huwelijk beschouwd. Het terugbetaalde kapitaal zal daarentegen aanleiding geven tot een verrekening. Heeft de exclusieve eigenaar van de gezinswoning de verkrijging alleen gefinancierd, dan kan de andere echtgenoot eventueel aanspraak maken op een vergoeding in de mate dat hij kan aantonen dat de financierende echtgenoot zijn inkomsten uitsluitend heeft aangewend voor de financiering van de gezinswoning en de andere echtgenoot hierdoor meer dan naar evenredigheid heeft moeten bijdragen in de overige lasten van het huwelijk.[61]

Kunnen bovenstaande principes worden getransponeerd naar wettelijke en feitelijke samenwoners? Bepaalde auteurs beantwoorden deze vraag positief en ondersteunen deze stelling met een verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 22 april 1976. Nochtans moet worden opgemerkt dat het vermelde arrest uitsluitend betrekking heeft op de hypothese van onder scheiding van goederen gehuwde echtgenoten waarbij een globale gelijkwaardigheid tussen de respectieve prestaties van de echtgenoten in de lasten van het huwelijk in concreto slechts kon worden bereikt door de afbetalingen van de gezamenlijk aangegane hypothecaire lening door middel van arbeidsinkomsten te beschouwen als de uitvoering van de verplichting van de man om in de lasten

---

58 Hof van Cassatie 22 april 1976, *Pas.* 1976, I, 914, *RCJB* 1978, 127 m.nt. C. Renard, *RW* 1976-1977, p. 993 m.nt. H. Casman.

59 W. Pintens e.a., *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen: Intersentia, 2010, p. 366, nr. 671.

60 Zie bijvoorbeeld Hof van Beroep Brussel 29 juni 2006, *RTDF* 2007, 848.

61 H. Casman, noot onder Hof van Cassatie 22 april 1976, *RW* 1976-1977, p. 1002; D. Pignolet, 'Schuldvorderingen in scheidingsstelsels', in: W. Pintens e.a., *Patrimonium 2006*, Antwerpen: Intersentia, 2006, p. 397, nr. 22

van het huwelijk bij te dragen. Slechts wanneer de wettelijke samenwoners zich in dezelfde feitenconstellatie bevinden, kan worden verdedigd dat de betaling moet worden beschouwd als de uitvoering van de wettelijke verplichting tot bijdrage in de lasten van het samenleven.[62] Dit is echter geen automatisme. Er moet *in concreto* worden onderzocht in welke mate deze betaling al dan niet heeft gekaderd in de bijdrageplicht van de wettelijke samenwoner. Voor feitelijke samenwoners is een verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 22 april 1976 niet valabel vermits deze samenwoners niet zijn onderworpen aan de wettelijke plicht tot bijdrage in de lasten van het samenleven. Zij dienen zich op andere verweermiddelen te beroepen.

De plicht tot bijdrage in de lasten van het huwelijk respectievelijk samenleven vormt slechts een beperkte oplossing om de onbillijkheid van de zuivere scheiding van goederen te corrigeren vermits zij slechts als een verweermiddel kan worden aangewend wanneer de ene partner tijdens de relatie financieringen ten gunste van de andere partner heeft gedaan.

B. Verrijking zonder oorzaak

De verrijking zonder oorzaak wordt met wisselend succes aangewend als zelfstandige grondslag voor vergoeding van de niet-beroepsactieve partner in de volgende drie subhypotheses:

- partner werkt mee in de handelszaak van de andere partner;
- partner voert verbeteringswerken uit aan goederen die de andere partner toebehoren;
- partner financiert het onverdeeld onroerend goed dan wel het onroerend goed dat uitsluitende eigendom is van de andere partner.

Opdat de rechtsfiguur van de verrijking zonder oorzaak met succes zou kunnen worden aangevoerd, moet worden voldaan aan vijf cumulatieve voorwaarden, namelijk:

- verrijking van het ene vermogen;
- verarming van het andere vermogen;
- een causaal verband tussen deze verrijking en verarming;
- de afwezigheid van een geldige juridische oorzaak en ten slotte mag de verarmde geen andere rechtsvordering ter beschikking staan.

1. Eerste subhypothese: een partner werkt mee in de handelszaak van de andere partner

Bepaalde rechtspraak en rechtsleer aanvaarden de verrijking zonder oorzaak als zelfstandige grondslag voor de vergoeding van de niet-beroepsactieve

---

62 Zie in dezelfde zin I. de Stefani, in: Ph. De Page & A. Culot (red.), *Cohabitation légale et de fait*, Louvain-la-Neuve: Anthemis 2008, p. 69, nr. 4.

echtgenoot die heeft meegewerkt in de handelszaak van de andere echtgenoot. Op grond van de verrijking zonder oorzaak wordt aangenomen dat een vergoeding is verschuldigd aan de niet-beroepsactieve echtgenoot in de mate de door hem geleverde arbeid de grenzen van de normale hulp- en bijdrageplichten hebben overschreden.[63] In een geval dat werd voorgelegd aan het Hof van Beroep Luik behoorde de handelszaak toe aan de man en had de vrouw bijna dertig jaar lang in deze handelszaak gewerkt.[64] De vrouw had dus het vermogen van haar man doen aanwassen zonder er zelf in te participeren. Het Hof van Beroep Luik oordeelde dat aan alle constitutieve voorwaarden van de verrijking zonder oorzaak was voldaan en de door de vrouw geleverde prestaties ruimschoots de grenzen van de hulp- en bijdrageplichten hadden overschreden. Bijgevolg kon de vrouw aanspraak maken op een vergoeding. Deze vergoeding dient door een deskundige te worden begroot.

De niet-beroepsactieve echtgenoot die deze vergoeding eist zal niet alleen moeten aantonen dat aan alle voorwaarden van de leer van de verrijking zonder oorzaak is voldaan, maar ook dat de door hem geleverde arbeidsprestaties de grenzen van de normale hulp- en bijdrageplichten hebben overschreden. Bij gebrek aan dit bewijs, is geen vergoeding verschuldigd en wordt aangenomen dat de geleverde arbeid moet worden gekaderd in de artikelen 213 en 221 BW.

Niet iedereen is het hier echter mee eens. Bepaalde rechtscolleges en auteurs zijn van oordeel dat de contractuele aard van het stelsel van scheiding van goederen,[65] de huwelijksband[66] of de keuze voor een beding van vermoeden van dagelijkse afrekening in het huwelijkscontract[67] de toepassing van de verrijking zonder oorzaak uitsluiten. In een geval dat werd voorgelegd aan het Hof van Beroep Antwerpen had de echtgenote vóór het sluiten van het huwelijk een kleinhandel in textielwaren en schoeisel van haar moeder overgenomen.[68] De

---

63 Hof van Beroep Luik 16 januari 2002, *TBBR* 2004, 324 m.nt. N. Torfs (renovatiewerkzaamheden goed van de andere echtgenoot); Hof van Beroep Antwerpen 30 november 2005, *T.Not*. 2006, 247 m.nt. N. Torfs (arbeidsprestaties); Rb. Dendermonde 17 november 1995, *TGR* 1998, 114 (arbeidsprestaties); Rb. Luik 8 januari 1996, *RTDF* 1996, 572 (arbeidsprestaties); W. Pintens e.a., *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 383, nr. 704 met verwijzingen aldaar.

64 Hof van Beroep Luik 2 maart 2005, *JT* 2005, 557, *RTDF* 2007, 826.

65 Hof van Beroep Antwerpen 30 november 2005, *T.Not*. 2006, 247 m.nt. N. Torfs; A. Verbeke, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Antwerpen: Maklu 1990, p. 388, nr. 250. Anders: Ph. De Page, 'La séparation des biens – jurisprudences récentes', in: A. Deliège e.a., *La liquidation-partage*, Bruxelles: Larcier 2010, p. 210.

66 Hof van Beroep Brussel 29 juni 2006, *RTDF* 2007, 848, Hof van Beroep Luik 2 februari 2005, *RTDF* 2007, 816. Anders: Ph. De Page, 'La séparation des biens – jurisprudences récentes, in: A. Deliège e.a., *La liquidation-partage*, Bruxelles: Larcier 2010, p. 210-211.

67 Hof van Beroep Antwerpen 22 december 1997, *T.Not*. 1999, 390, *RTDF* 2000, 505.

68 Hof van Beroep Antwerpen 30 november 2005, *T.Not*. 2006, 247 m.nt. N. Torfs, *RTDF* 2007, 320 (samenvatting).

echtgenoten betwisten niet dat de handelszaak aan de vrouw toebehoort. De man (en later diens erfgenamen) houdt echter voor dat hij op grond van de verrijking zonder oorzaak recht heeft op een vergoeding vermits hij vanaf het sluiten van het huwelijk in 1973 tot op het ogenblik van de inleiding van de echtscheidingsprocedure in 1986 had meegewerkt in de handelszaak. Het Hof van Beroep Antwerpen wijst deze vordering af. Volgens het hof is de verrijking zonder oorzaak een subsidiaire rechtsfiguur die niet kan worden toegepast in een contractuele relatie. De contractuele verhouding tussen de echtgenoten houdt daarenboven in dat de voorwaarde van de afwezigheid van een oorzaak tussen de verarming en verrijking is weerlegd. De eventuele verrijking van de ene echtgenoot vloeit voort uit een bewuste keuze van de echtgenoten, met name van het huwelijkscontract en dus van de wil van de verarmde. Toch is het hof niet volledig overtuigd vermits het bijkomend onderzoekt of de door de echtgenoot geleverde prestaties niet de grenzen van een normale hulp- en bijstandsplichten hebben overschreden. Het hof oordeelde dat dit *in casu* geenszins het geval was omdat de man tijdens het huwelijk eveneens zijn militaire dienst had vervuld en lessen had gevolgd in dagonderwijs zodat zijn activiteiten in de handelszaak noodzakelijkerwijze beperkt moeten geweest zijn en dus binnen zijn hulpplicht kaderden.

Andere rechtscolleges en auteurs zijn van oordeel dat steeds een vergoeding is verschuldigd aan de echtgenoot die jarenlang heeft meegewerkt in de handelszaak van de andere echtgenoot en dat hierbij niet moet worden bewezen of de grenzen van de hulp- en bijdrageplicht werden overschreden. De door een echtgenoot geleverde arbeidsprestaties rechtvaardigen een vergoeding van zodra het vermogen van de andere echtgenoot hierdoor een persoonlijk voordeel heeft behaald.[69] Hiertegenover staat een arrest van het Hof van Beroep Gent waarbij werd geoordeeld dat geen vergoeding was verschuldigd aan de niet-beroepsactieve echtgenoot omdat de medewerking in de handelszaak, zonder investering van eigen gelden, gecompenseerd was door het gezamenlijk verbruiken van de opbrengsten van de handelszaak tijdens het huwelijk.[70]

Teneinde de heikele problematiek van de verrijking zonder oorzaak te vermijden, werkte de rechtspraak tevens een aantal andere constructies uit op grond waarvan de meewerkende echtgenoot aanspraak kon maken op een vergoeding. Zo aanvaardde het Hof van Beroep Gent dat de door een echtgenoot geleverde arbeidsprestaties als het ware een nieuwe handelszaak in het leven had geroepen tijdens het huwelijk zodat op grond van het vermoeden van onverdeeldheid deze handelszaak aan beide echtgenoten toebehoort.[71] In een ander geval dat aan het Hof van Beroep Gent werd voorgelegd, oordeelde het

---

69 Ph. De Page, 'La séparation des biens – jurisprudences récentes', in: A. Deliège e.a., *La liquidation-partage*, Bruxelles: Larcier 2010, p. 222. Zie ook N. Torfs, *T.Not*. 2006, p. 254-255.

70 Hof van Beroep Gent 20 februari 1998, *aangehaald*.

71 Hof van Beroep Gent 10 december 1998, *T.Not*. 2000, p. 297.

hof dat het plaatsen van onroerende goederen op naam van beide echtgenoten moet worden beschouwd als een betaling *in natura* voor de door de niet-beroepsactieve echtgenoot geleverde arbeid.[72] Ten slotte wordt geargumenteerd dat toepassing kan worden gemaakt van de onregelmatige vennootschap onder firma tussen de echtgenoten zodat beiden gerechtigd zijn in winsten en meerwaarden daarvan.[73]

Bovenstaande rechtspraak heeft betrekking op vergoedingen tussen echtgenoten, maar kan naar analogie worden toegepast op vergelijkbare situaties tussen wettelijke en feitelijke samenwoners, zij het dat dit in die zin moet worden genuanceerd dat tussen wettelijk samenwoners geen hulpplicht bestaat en tussen feitelijke samenwoners geen hulp- en bijdrageplichten.

2. Tweede subhypothese: een partner voert verbeteringswerken uit aan goederen die de andere partner toebehoren

Bepaalde rechtspraak en rechtsleer aanvaarden de verrijking zonder oorzaak als zelfstandige grondslag voor de vergoeding van de niet-beroepsactieve echtgenoot die verbeteringswerken heeft aangebracht aan goederen die de andere echtgenoot toebehoren. Op grond van de verrijking zonder oorzaak wordt aangenomen dat een vergoeding is verschuldigd aan de niet-beroepsactieve echtgenoot in de mate dat de door hem geleverde arbeid de grenzen van de normale hulp- en bijdrageplichten hebben overschreden. Een arrest van het Hof van Beroep Luik van 16 januari 2002 vormt hiervan een treffende illustratie.[74] De vrouw baatte een horecazaak uit en de man, verwarmingsspecialist van opleiding, was arbeidsongeschikt en genoot van een uitkering. Het echtpaar kocht een onroerend goed aan. De blote eigendom werd volledig door de vrouw aangekocht, terwijl het vruchtgebruik door beide echtgenoten, elk ten belope van de helft, werd aangekocht. Er dienden heel wat verbouwingswerken te worden uitgevoerd. Een deel van deze werken werd door de man uitgevoerd. Naderhand wordt de woning als gezinswoning in gebruik genomen. Bij echtelijke moeilijkheden wenst de man niet alleen zijn aandeel in vruchtgebruik te ontvangen, maar tevens een bijkomende vergoeding voor de door hem verrichte werken in de woning. Het Hof van Beroep Luik staat deze vergoeding toe. Volgens het hof vallen de door de man verrichte werkzaamheden buiten zijn plicht tot bijdrage in de lasten van het huwelijk omdat het onroerend goed geen gemeenschappelijk onroerend goed is. Daarenboven had de man fundamentele werken aan de woning uitgevoerd zodat deze werken niet kunnen worden gekwalificeerd als onderhoudswerken. Het louter gegeven dat de woning dienst

---

72 Hof van Beroep Gent 27 mei 2004, *TBBR* 2006, 372, *RTDF* 2007, 319; Hof van Beroep Luik 2 juni 2004, *RTDF* 2005, 1214.

73 A. Verbeke, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Antwerpen: Maklu 1990, p. 382, nr. 244.

74 Hof van Beroep Luik 16 januari 2002, *aangehaald*.

deed als gezinswoning kan niet worden beschouwd als een compensatie van deze werken.

Bovenstaande rechtspraak heeft betrekking op vergoedingen tussen echtgenoten, maar kan naar analogie worden toegepast op vergelijkbare situaties tussen wettelijke en feitelijke samenwoners, zij het dat dit in die zin moet worden genuanceerd dat tussen wettelijk samenwoners geen hulpplicht bestaat en tussen feitelijke samenwoners geen hulp- en bijdrageplichten.

3. Derde subhypothese: ene partner financiert het onverdeeld onroerend goed dan wel het onroerend goed dat uitsluitende eigendom is van de andere partner

De partner die de aankoop integraal heeft gefinancierd en deze betaling wenst terug te vorderen, dient eerst het feit van de betaling te bewijzen met alle middelen van recht en moet vervolgens een rechtsgrond aantonen volgens het verbintenissenrecht op basis waarvan hij de terugbetaling kan vorderen. Beweert de eisende partner dat het gaat om een lening of lastgeving, dan dient het bewijs te worden geleverd door een geschreven bewijs of een begin van bewijs door geschrift (art. 1341-1347 BW). Doet hij daarentegen een beroep op een quasi-contract van zaakwaarneming, onverschuldigde betaling of verrijking zonder oorzaak, dan is geen schriftelijk bewijs nodig (art. 1348 BW), maar kunnen de verschillende bestanddelen van de rechtsfiguur worden bewezen met alle middelen van recht. Vaak is een schriftelijk bewijs niet voorhanden en zal ook hier een beroep worden gedaan op de leer van de verrijking zonder oorzaak. Uit de rechtspraak blijkt dat de toepassing van de leer van de verrijking zonder oorzaak mogelijk wordt geacht wanneer er werd geïnvesteerd met eigen familiekapitaal (schenking of nalatenschap). Gebeurt de investering met arbeidsinkomsten, dan wordt deze investering mogelijks als een bijdrage in de lasten van het huwelijk beschouwd (vgl. *supra*).[75] Dit door de rechtspraak gemaakt onderscheid op basis van de oorsprong van de geïnvesteerde gelden roept vragen op. Moet niet veeleer worden geopteerd voor een beoordeling in concreto waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naargelang de oorsprong van de gebruikte gelden, maar waarbij een globale beoordeling wordt gemaakt van alle prestaties die door beide echtgenoten werden geleverd? In het geval van een onevenwicht tussen de prestaties van beide echtgenoten kan dan worden hersteld door middel van de leer van de verrijking zonder oorzaak.

4. Waardering van de vergoedingen

Eenmaal is aangenomen dat een vergoeding op grond van de leer van de verrijking zonder oorzaak gerechtvaardigd is, rijst de vraag of een nominale dan wel een gerevaloriseerde vergoeding is verschuldigd. Het Hof van Beroep Luik

---

75 Zie bijvoorbeeld Hof van Beroep Luik 2 februari 2005, *aangehaald*.

werd hiermee geconfronteerd in het licht van de volgende feitenconstellatie. Echtgenoten zijn in 1987 gehuwd onder het stelsel van zuivere scheiding van goederen en in 1999 gescheiden op grond van bepaalde feiten (oude echtscheidingsrecht). Bij de uitonverdeeldheidtreding rijst onder meer een betwisting omtrent de omvang van de tussen hen bestaande schuldvorderingen met betrekking tot een tweede aangekocht onverdeeld onroerend goed. Volgens het Hof van Beroep Luik volstaat het niet dat de man op grond van de leer van de verrijking zonder oorzaak het nominale geldbedrag aan de vrouw terugbetaalt, maar moet het bedrag worden begroot in het licht van de actuele waarde van het onverdeelde onroerend goed.[76] Andersluidend redeneren impliceert volgens het hof dat de vrouw de meerwaarde wordt ontnomen ten voordele van de man. Teneinde te kunnen begroten wat de man aan de vrouw is verschuldigd, neemt het hof de proportionele verhouding tussen de oorspronkelijke schuldvordering en de actuele waarde van het onverdeeld onroerend goed in aanmerking. Vermits de vrouw ten belope van 70% in het onverdeeld onroerend goed had geïnvesteerd, heeft zij volgens het hof recht op een vergoeding ten belope van 70% van de actuele waarde van het onverdeeld onroerend goed. Hoewel dit arrest in het licht van de concrete omstandigheden noopt tot een billijke oplossing, kan het om verbintenis- en familiaalvermogensrechtelijke redenen niet worden bijgetreden.[77] De ene echtgenoot verkrijgt een schuldvordering op de andere die krachtens het gemeen recht moet worden gewaardeerd. Dit betekent dat de waardering moet gebeuren aan de nominale waarde van de investering (conform art. 1895 BW). De door het Hof van Beroep Luik aangereikte oplossing wordt aldus niet geschraagd door het positief recht. De lege lata kunnen de echtgenoten deze problematiek uitsluitend voorkomen door een schriftelijke overeenkomst te sluiten omtrent de herwaardering van de tussen hen bestaande schuldvorderingen.

C. Omzetting van de natuurlijke verbintenis

Soms aanvaardt de Belgische rechtspraak en rechtsleer de leer van de natuurlijke verbintenis als verweermiddel tegen de vordering van de economisch actieve partner die de aankoop van een goed op naam van de partner of op naam van beide partners heeft geplaatst. Aangenomen wordt dat de niet-beroepsactieve partner die zakenrechtelijk eigenaar of mede-eigenaar is, de financiering niet moet terugbetalen omdat de partner met deze betaling een natuurlijke verbintenis is nagekomen. Door de vrijwillige, gehele of gedeeltelijke, nakoming van de natuurlijke verbintenis of de belofte om dit te doen, werd de natuurlijke verbintenis tot een juridische verbintenis omgevormd en kan zij niet als onverschuldigd worden teruggevorderd (art. 1325 lid 2 BW).

---

76 Hof van Beroep Luik 22 oktober 2008, *Act.dr.fam.* 2010, 89 m.nt. C. Declerck en D. Pignolet, *NFM* 2010, 231 m.nt. C. Declerck, *RTDF* 2010, 366 m.nt. N. Baugniet, *TBBR* 2009, 414 m.nt. Y.H. Leleu en F. Deguel, *T.Not*. 2011, 234.

77 Ch. Declerck, ‘Herwaardering van schuldvorderingen in scheidingsstelsels’, noot onder Hof van Beroep Luik 22 oktober 2008, *NFM* 2010, p. 234-236.

De natuurlijke verbintenis vormt slechts een beperkte oplossing om de onbillijkheid van de zuivere scheiding van goederen te corrigeren vermits zij slechts als een verweermiddel kan worden aangewend wanneer de ene partner tijdens de relatie financieringen ten gunste van de andere partner heeft gedaan.

Wilsgebreken bij de totstandkoming van het huwelijkscontract respectievelijk samenlevingscontract

Zowel het huwelijkscontract als de latere wijzigingsakten zijn overeenkomsten die vatbaar zijn voor nietigverklaring op grond van de leer van de wilsgebreken. Hieromtrent is weinig Belgische rechtspraak voorhanden. Wel kan worden gewezen op een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen waarbij werd geoordeeld dat het loutere feit dat korte tijd nadat de financiële regeling in het voordeel van de echtgenote werd aangepast zij de ontbinding van het huwelijk vorderde, onvoldoende is om gewag te maken van dwaling of bedrog in hoofde van deze echtgenote.[78] Gelet op de moeilijkheid van het te leveren bewijs, zal de leer van de wilsgebreken slechts weinig slaagkansen hebben. Dezelfde principes gelden inzake samenlevingscontracten.

Onderhoudsuitkering na beëindiging van de relatie
De onderhoudsuitkering na beëindiging van de relatie vormt voor gehuwden eveneens een middel om de onbillijkheid van het stelsel van scheiding van goederen te corrigeren.
Dit staat in schril contrast met de beëindiging van de relatie tussen wettelijk en feitelijk samenwoners waarbij in de regel geen onderhoudsgeld wordt toegekend.

1. Gehuwden

a. Onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk

Het stelsel van scheiding van goederen brengt met zich mee dat een echtgenoot niet kan genieten van de tijdens het huwelijk opgebouwde vermogensaanwas van de andere echtgenoot. Deze situatie kan niet worden rechtgezet ter gelegenheid van de vereffening en verdeling na echtscheiding vermits geen gemeenschappelijk vermogen voorhanden is. De onderhoudsuitkering na echtscheiding kan deze onbillijkheid enigszins corrigeren, zij het dat hierbij steeds voor ogen moet worden gehouden dat hiermee geen kapitaalscompensatie kan gebeuren.

Scheiden de echtgenoten op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk, dan kan de rechtbank in het vonnis dat de echtscheiding uitspreekt of

---

78 Hof van Beroep Antwerpen 19 oktober 2010, AR 2010/8840.

bij een latere beslissing, op verzoek van de behoeftige echtgenoot een uitkering tot levensonderhoud toestaan ten laste van de andere echtgenoot (art. 301 BW). De rechtbank legt het bedrag van de onderhoudsuitkering vast die ten minste de staat van behoefte van de uitkeringsgerechtigde moet dekken. De rechtbank houdt rekening met de inkomsten en mogelijkheden van de echtgenoten en met de aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde. Om die terugval te waarderen, baseert de rechter zich met name op de duur van het huwelijk, de leeftijd van partijen, hun gedrag tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden en het ten laste nemen van de kinderen tijdens het samenleven of daarna. De rechter kan, indien nodig, beslissen dat de uitkering degressief zal zijn en in welke mate. De rechtbank kan het verzoek om een uitkering weigeren indien de verweerder bewijst dat verzoeker een zware fout heeft begaan die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt. In geen geval wordt de uitkering tot levensonderhoud toegekend aan de echtgenoot die schuldig werd bevonden aan een (poging tot) daad van fysiek partnergeweld tegen de persoon van de verweerder. Indien de verweerder aantoont dat de staat van behoefte van verzoeker het gevolg is van een eenzijdig door deze laatste genomen beslissing en zonder dat de noden van de familie deze keuze gerechtvaardigd hebben, kan hij worden ontheven van het betalen van de uitkering of slechts verplicht worden tot het betalen van een verminderde uitkering. De onderhoudsuitkering mag niet hoger liggen dan een derde van het inkomen van de uitkeringsplichtige echtgenoot.

De rechtbank die de uitkering toekent, stelt vast dat deze van rechtswege wordt aangepast aan de schommelingen van het indexcijfer van de consumptieprijzen. Uitgezonderd indien de partijen uitdrukkelijk het tegenovergestelde zijn overeengekomen, kan de rechtbank, op vordering van een van de partijen, de uitkering later verhogen, verminderen of afschaffen, indien, ingevolge nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen, het bedrag ervan niet meer is aangepast. Indien ten gevolge van de ontbinding van het huwelijk, de vereffening-verdeling van het gemeenschappelijk vermogen of van de onverdeeldheid die tussen de echtgenoten bestond, aanleiding geeft tot een wijziging van hun financiële toestand, die een aanpassing rechtvaardigt van de uitkering tot levensonderhoud welke het voorwerp was van een vonnis of overeenkomst, gewezen of gesloten vóór de opmaak van de vereffeningsrekeningen, kan de rechtbank eveneens de uitkering aanpassen.

De uitkering kan op elk ogenblik worden vervangen door een kapitaal mits een door de rechtbank gehomologeerd akkoord tussen de partijen. Op verzoek van de uitkeringsplichtige, kan de rechtbank eveneens op elk ogenblik de omzetting in een kapitaal toestaan.

De duur van de uitkering mag niet langer zijn dan die van het huwelijk. In geval van buitengewone omstandigheden, kan de rechtbank de termijn verlengen, indien de uitkeringsgerechtigde aantoont dat hij bij het verstrijken van de

termijn, om redenen onafhankelijk van zijn wil, nog steeds in staat van behoefte verkeert. In dit geval beantwoordt het bedrag van de uitkering aan het bedrag dat noodzakelijk is om de staat van behoefte van de uitkeringsgerechtigde te dekken. De uitkering eindigt in ieder geval definitief in geval van een nieuw huwelijk van de uitkeringsgerechtigde of op het ogenblik waarop deze laatste een verklaring van wettelijke samenwoning doet, tenzij de partijen anders overeenkomen. De rechter kan de onderhoudsverplichting beëindigen wanneer de uitkeringsgerechtigde samenleeft met een andere persoon als waren zij gehuwd. De uitkering is niet meer verschuldigd bij overlijden van de uitkeringsplichtige, maar de uitkeringsgerechtigde mag levensonderhoud vorderen ten laste van de nalatenschap (art. 205*bis* BW).

b. Onderhoudsuitkering na echtscheiding op grond van onderlinge toestemming

Scheiden de echtgenoten op grond van onderlinge toestemming uit de echt, dan moeten zij een regeling treffen omtrent een eventuele uitkering tot levensonderhoud. De echtgenoten bepalen zelf de inhoud van deze regeling en kunnen zelfs wederzijds een nihilbeding inlassen. Komen de echtgenoten een uitkering overeen, dan dienen zij in een formule te voorzien voor de eventuele aanpassing van het bedrag aan de evolutie van de kosten van levensonderhoud, alsook eventuele herzienings- en uitdovingsbedingen op te nemen. Uitgezonderd indien de partijen uitdrukkelijk het tegenovergestelde zijn overeengekomen, kan de bevoegde rechter, op vordering van een van de partijen, deze onderhoudsuitkering later verhogen, verminderen of afschaffen, indien, ingevolge nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen, het bedrag ervan niet meer is aangepast (art. 1288 lid 3 Ger.W.).

2. Samenwoners

Samenwoners kunnen in de regel geen aanspraak maken op een onderhoudsuitkering na beëindiging van de relatie. Er bestaat immers geen wettelijke verplichting om een onderhoudsuitkering te betalen aan de ex-partner. Sommige auteurs zijn van oordeel dat op grond van artikel 1479 lid 3 BW krachtens hetwelk de vrederechter na de beëindiging van de wettelijke samenwoning en voor zover de vordering binnen drie maanden na die beëindiging is ingesteld, dringende voorlopige maatregelen kan bevelen die ingevolge de beëindiging gerechtvaardigd zijn, een onderhoudsuitkering na beëindiging van de wettelijke samenwoning kan worden bevolen.[79] Deze zienswijze kan niet worden bijgetreden.[80]

---

79 Zie bijvoorbeeld A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent: Mys en Breesch 2000, p. 271, nr. 725.

80 W. Pintens e.a., *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 492, nr. 921.

Een analyse van de gepubliceerde rechtspraak leert echter dat de toekenning van een onderhoudsuitkering na beëindiging van de relatie niet steeds is uitgesloten. Bepaalde rechtscolleges wenden hiertoe de figuur van de natuurlijke verbintenis aan om na de verbreking van de wettelijke of feitelijke samenlevingsrelatie een onderhoudsuitkering toe te kennen aan de financieel zwakkere ex-partner.[81] Andere rechtscolleges nemen aan dat een stilzwijgende samenlevingsovereenkomst werd gesloten tijdens de relatie zodat een redelijke opzeggingstermijn in acht moet worden genomen waarbij een onderhoudsuitkering wordt toegekend.[82] Ten slotte kennen enkele rechtscolleges een onderhoudsuitkering na beëindiging van de relatie toe op grond van het aansprakelijkheidsrecht.[83]

§ 3 Nieuwe wetgeving?

De onbillijke en onrechtvaardige resultaten waartoe de koude aansluiting aanleiding geeft, laten ook academici en rechtspractici niet onberoerd. Gezaghebbende auteurs voeren reeds jaren een vurig pleidooi voor de afschaffing van het stelsel van zuivere scheiding van goederen en de toekenning van een dwingend participatierecht aan elke partner, weze het nu dat hij gehuwd is dan wel louter samenwoont.[84]

Recent werden in het kader van de *Orde des barreaux francophones et germanophones* (OBFG) werkzaamheden opgestart die strekken tot hervorming van de bepalingen uit het BW inzake de scheiding van goederen (art. 1466-1469 BW). Hierbij wordt onder meer voorgesteld dat de (aanstaande) echtgenoten er in beginsel over moeten waken dat in hun huwelijkscontract een regeling wordt getroffen over het bestaan en bewijs van vorderingen tussen de echtgenoten, de eventuele vergoeding voor de meewerkende echtgenoot en het lot van de onverdeelde gezinswoning. Na verdere bespreking bij de Orde van Vlaamse Balies (OVB) en OBFG gaat het voorstel naar het parlement. Wordt aldus misschien vervolgd?

---

81 Zie bijvoorbeeld KG Gent 7 maart 1990, *TGR* 1990, 88; Rb. Leuven 27 september 1996, *J.Proc.* 1996, nr. 313, p. 26 m.nt. P. Legros en J. Nijs; Vred. Gent 4 november 1996, *AJT* 1996-97, 323 m.nt. K. Jacobs; KG Brussel 18 maart 1997, *Div.Act.* 1998, 44 m.nt. A.-Ch. Van Ghysel. Anders: Rb. Leuven 3 juni 1991, *RW* 1992-1993, p. 130 m.nt. J. Roodhooft; Vred. Sint-Gillis 5 november 1997, *Div.Act.* 1998, 45 m.nt. A.-Ch. Van Ghysel & P. Senaeve, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven: Acco 2011, p. 638, nr. 1827.

82 Hof van Beroep Brussel 13 november 1997, *Journ.Proc.* 1997, p. 25, nr. 328 m.nt. J.-L. Renchon.

83 Hof van Beroep Luik 18 april 1990, *RTDF* 1999, 141.

84 Zie bijvoorbeeld A. Verbeke, 'Zuivere scheiding van goederen verbieden', *AJT* 2001-2002, p. 671-672.

§ 4 Tussenbesluit – koude uitsluiting in België

Een analyse van de Belgische rechtspraak en rechtsleer leert dat de rechter slechts over een beperkt aantal mogelijkheden beschikt teneinde de onbillijkheid van scheiding van goederen te corrigeren. Achtereenvolgens werden onderscheiden de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk respectievelijk het samenleven, de verrijking zonder oorzaak, de omzetting van de natuurlijke verbintenis, de leer van de wilsgebreken en de onderhoudsuitkering na beëindiging van de relatie. Uit deze analyse is gebleken dat verschillende van deze mogelijkheden slechts verweermiddelen vormen tegen terugbetalingsvorderingen van financierende partners. Bovendien zijn rechtspraak en rechtsleer op vele punten verdeeld zodat weinig zekerheid kan worden geboden. In afwachting van een eventuele wetswijziging moeten juridische raadgevers, en zeker de voorzichtige notaris, hun plicht als raadsman ter harte nemen en koppels te gepasten tijde op deze problematiek wijzen.

IV RECHTSVERGELIJKENDE ANALYSE

Zowel in het Nederlandse als in het Belgische recht heeft de rechter op grond van de jurisprudentie maar een beperkt aantal mogelijkheden om onbillijkheden te corrigeren.

In het Belgische recht kunnen vermogensrechtelijke gevolgen worden gekoppeld aan de huishoudelijke activiteiten die door de niet-beroepsactieve echtgenoot worden geleverd, bijvoorbeeld door geen terugvorderingsrecht toe te kennen als de gezinswoning geheel door de man werd betaald. De wettelijke grondslag hiertoe vormt de bijdrageplicht in de lasten van het huwelijk. Dit lijkt erg op de toepassing van de natuurlijke verbintenis in het Nederlandse recht. Maar er zijn verschillen. Zo vindt de leer in België alleen toepassing in geval van een gezamenlijke verkrijging van de gezinswoning en kan er wel worden teruggevorderd als sprake is van aanwending van een erfenis of gift. In de Belgische rechtsleer wordt tevens de stelling verdedigd dat de andere echtgenoot eventueel aanspraak maken op een vergoeding in de mate dat hij kan aantonen dat de financierende echtgenoot zijn inkomsten uitsluitend heeft aangewend voor de financiering van de gezinswoning en de andere echtgenoot hierdoor meer dan naar evenredigheid heeft moeten bijdragen in de overige lasten van het huwelijk. Een dergelijke vordering, gebaseerd op de verrekening van te veel betaalde kosten van de huishouding, stuit in het Nederlandse recht af op rechtsverwerking.

Anders dan in het Nederlandse recht, wordt ongerechtvaardigde verrijking of verrijking zonder oorzaak in België toegepast om onbillijkheden te ondervangen, zij het met wisselend succes zodat terzake geen zekerheid kan worden geboden. Het betreft voornamelijk drie gevallen:

- de partner werkt mee in de handelszaak van de andere partner;
- de partner voert verbeteringswerken uit aan goederen die de andere partner toebehoren;
- de partner financiert het onverdeeld onroerend goed dan wel het onroerend goed dat uitsluitende eigendom is van de andere partner.

In het Nederlandse recht leiden de eerste twee gevallen niet tot aanspraken. De jurisprudentie van de Hoge Raad is daarin erg terughoudend. Lagere rechtspraak vertoont een meer gevarieerd beeld. In het laatste geval heeft daarentegen het Nederlandse recht met de invoering van artikel 1:87 BW een duidelijke ontwikkeling meegemaakt naar economische deelgerechtigdheid, waar het Belgische recht nog vasthoudt aan het beginsel der nominaliteit.

Zowel in het Nederlandse als het Belgische recht kan de natuurlijke verbintenis in stelling worden gebracht wanneer bedragen worden teruggevorderd door de ene echtgenoot voor de financiering van goederen die de andere echtgenoot op naam heeft gekregen. Het grote bezwaar dat hieraan kleeft is dat het betrekkelijk willekeurig is wanneer alleen in die gevallen waarin vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden, de rechtspraak koude uitsluiting mitigeert en de andere gevallen, die in aantal talrijker zijn, ongemoeid laat. Bovendien wordt de omzetting van de natuurlijke verbintenis in een civielrechtelijke verbintenis slechts zelden aangenomen in de Belgische rechtspraak.

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat zowel in België als in Nederland onbillijkheden ten gevolge van koude uitsluiting slechts in een beperkt aantal specifieke gevallen kunnen worden bestreden. De jurisprudentie van de Hoge Raad in Nederland is erg terughoudend en die in België op bepaalde punten erg uiteenlopend. Koude uitsluiting is vandaag in Nederland onderwerp van studie en debatten in het parlement. De houding van de Nederlandse regering is vooralsnog erg terughoudend, wat te betreuren valt.

KINDEREN: GEZAG, VERBLIJF EN ALIMENTATIE NAAR NEDERLANDS EN BELGISCH RECHT

Masha V. Antokolskaia
Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen- en familierecht, aan de Vrije Universiteit Amsterdam

Gerd Verschelden
Hoofddocent familierecht aan de Universiteit Gent

I INLEIDING

De Nederlandse en de Belgische wetgeving rond gezag, verblijf en kinderalimentatie hebben in de laatste decennia snelle ontwikkelingen doorgemaakt. Het voortzetten van gezamenlijk ouderlijk gezag na de scheiding is in Nederland en in België in 1995 door de wet geregeld. In Nederland werd het automatisch doorlopen van het gezamenlijk gezag na de scheiding al in 1997 de hoofdregel. In België is het verblijfsco-ouderschap[1] sinds 2006 het wettelijk model dat de rechter in elke zaak waar minstens één ouder erom verzoekt prioritair moet onderzoeken. In Nederland is het 'gelijkwaardig ouderschap na de scheiding' sinds 2009 het wettelijk uitgangspunt. In België is de kinderalimentatie in 2010 hervormd om een einde te maken aan het gebrek aan uniformiteit en transparantie en het daaruit voortvloeiende onrechtvaardigheidsgevoel dat heerste bij veel onderhoudsplichtigen. Nederland kampt al jaren met dezelfde problemen en is op dit moment bezig met een derde poging om de berekening van kinderalimentatie transparanter en rechtvaardiger te maken.

Nederland en België staan in deze ontwikkelingen niet alleen: het gaat om een mondiale trend. Een onderzoek uit 2004 van de *Commission on European Family Law* (CEFL) naar 22 Europese rechtsstelsels, laat zien dat het gezamenlijk gezag na de scheiding in de overgrote meerderheid van deze landen de regel is geworden.[2] Ook het verblijfsco-ouderschap neemt snel in populariteit toe. In een ruime meerderheid van de Westerse landen komt het verblijfsco-ouderschap vooralsnog alleen in beeld wanneer beide ouders het wensen. De jongste ontwikkeling is dat het verblijfsco-ouderschap ook mogelijk wordt wanneer een van de ouders zich daar uitdrukkelijk tegen verzet. Deze mogelijkheid is ingevoerd in Zweden in 1998, in Frankrijk in 2002, in Spanje in

---

1 In de Nederlandse literatuur wordt de term 'co-ouderschap' gebruikt.

2 K. Boele-Woelki, 'The working method of the Commission on European Family Law', in: K. Boele-Woelki (red.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 142.

2005, in Australië en België in 2006, en in Catalonië en Noorwegen in 2010.[3] Deze mogelijkheid bestaat ook in veel staten van de Verenigde Staten.

Het doel van deze bijdrage is om de ontwikkelingen in Nederland en België op het gebied van het gezag (II.), verblijf en contact (III.) en kinderalimentatie (IV.) uiteen te zetten, teneinde per onderdeel te bekijken wat onze twee buurlanden over en weer van elkaar kunnen opsteken.

II OUDERLIJK GEZAG

§ 1 Het Nederlandse Recht

A. Inhoud van ouderlijk gezag

De term 'ouderlijk gezag' is in Nederland ingevoerd door de Wet van 6 april 1995.[4] Daarvoor duidde men de ouderlijke rechten en plichten tijdens het huwelijk aan met 'ouderlijke macht'. Het ouderlijk gezag omvat een complex van rechten en plichten van de ouders betreffende de persoon van het kind, het wettelijk bewind over zijn vermogen, en de wettelijke bevoegdheid om het kind in en buiten rechte in burgerlijke handelingen te vertegenwoordigen (art. 1:245 lid 4 BW). De rechten en plichten van ouders jegens de persoon van het kind omvatten het recht en de plicht van de ouders om hun kind te verzorgen en op te voeden (art. 1:247 lid 1 BW). De ouders dienen zorg te dragen voor het lichamelijk en geestelijk welzijn en de veiligheid van het kind en de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid te bevorderen. Daarbij mogen de ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige vernederende behandeling toepassen (lid 2). De verplichting van de ouders om voor de veiligheid van het kind te zorgen en het verbod om geestelijk en lichamelijk geweld toe te passen zijn ingevoerd door de Wet van 8 maart 2007.[5] Deze regeling benadrukt dat de ouders primair verantwoordelijk zijn voor de veiligheid van het kind binnen en buiten het gezin en, aldus de memorie van toelichting, voor het voorkomen van kindermishandeling en misbruik.[6] De Wet bevordering voortgezet ouderschap

---

3 Voor een overzicht van de ontwikkelingen in het buitenland zie: M. Antokolskaia, 'Salomo's oordeel nieuwe stijl. Verblijfsco-ouderschap in België en Nederland', *TPR* 2010, p. 1179-1243 en M. Antokolskaia 'Child Maintenance in Shared Residence Arrangements. Care Instead of Money?' *International Family Law* 2011, p. 313 e.v.

4 Wet van 6 april 1995 tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen, *Stb.* 1995, 240.

5 Wet van 8 maart 2007 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek teneinde een bijdrage te leveren aan het voorkomen van het gebruik van geestelijk of lichamelijk geweld jegens of van enige andere vernederende behandeling van kinderen in de verzorging en opvoeding, *Stb.* 2007, 145.

6 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 316, nr. 3, p. 4.

en zorgvuldige scheiding van 27 november 2008[7] bepaalt dat het ouderlijk gezag mede omvat de verplichting van elke ouder om de ontwikkeling van de banden van het kind met de andere ouder te bevorderen (art. 1:247 lid 3 BW). Binnen de door de wet gestelde grenzen kunnen de ouders hun bevoegdheden uitoefenen naar hun vrije inzicht. De ouders zijn in beginsel vrij in de bepaling van de verblijfplaats van het kind, de schoolkeuze, de religieuze opvoeding en de vrijetijdsbesteding van het kind. Bij de uitoefening van de ouderlijke bevoegdheid is het belang van het kind leidend. De bevoegdheden van de ouders zijn begrensd door de publiekrechtelijke bepalingen van de Leerplichtwet, de Pleegkinderenwet, alsmede de bepalingen inzake medische behandelingen en de kinderbeschermingsmaatregelen.[8] Bij uitoefening van hun bevoegdheden dienen de ouders rekening te houden met de toenemende mondigheid van het kind en zijn behoefte om zich naar eigen inzicht te ontwikkelen. Deze verplichting vloeit rechtstreeks voort uit artikel 5 IVRK.[9] Daarom vond de wetgever het niet noodzakelijk om deze regel in de wet te herhalen.[10] De Wet van 27 november 2008 heeft de mogelijkheden uitgebreid om een bijzondere curator te benoemen in geval van belangenstrijd tussen de gezagsouder(s) en het kind (art. 1:250 BW). Een dergelijke belangenstrijd kan ontstaan zowel in zaken betreffende de verzorging en opvoeding van het kind, als bij de vertegenwoordiging van het kind en het beheer van diens vermogen. De rechter kan de curator benoemen op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve, al of niet op het informele verzoek van het kind.

B. Van eenhoofdig naar gezamenlijk gezag na de scheiding

1. Ontwikkeling van het gezamenlijk gezag van uitzondering naar hoofdregel

Vóór 1995 was de ouderlijke macht gekoppeld aan het huwelijk. Door de beëindiging van het huwelijk eindigde de ouderlijke macht van rechtswege en werd de ene ouder voogd en de andere toeziend voogd. De voorzetting van het gezamenlijk gezag na de scheiding werd voor het eerst geregeld door de Wet

---

7 Wet van 27 november 2008 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap, *Stb.* 2009, 500. Inwerkingtreding op 1 maart 2009, *Stb.* 2009, 56.

8 Voor meer details zie: J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 819.

9 A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar & J.H.M, Ter Haar, in: J.H., Nieuwenhuis e.a. (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar. De boeken 1,2,3,4,5,6,7,8,10 van het BW voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2010, p. 474, art. 1:247 BW, aant. 2.

10 De bepaling van deze strekking uit het oorspronkelijke lid 3 van art. 1:247 BW van het oorspronkelijke regeringswetsvoorstel is per amendement geschrapt (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 012, nr. 5, p. 2).

van 6 april 1995. Al voor deze wetswijziging was men het als onaanvaardbaar en in strijd met artikel 8 EVRM gaan beschouwen dat de niet-verzorgende ouder (doorgaans: de vader) na de scheiding de ouderlijke macht zomaar verloor. Daarom besliste de Hoge Raad al in de jaren tachtig in zijn zogenaamde Lentebodebeschikkingen, rechtstreeks op basis van artikel 8 EVRM, dat op verzoek van beide ouders de ouderlijke macht na de scheiding kon worden voortgezet, mits tussen de ouders een goede verstandhouding bestond en de voortzetting in het belang van het kind was.[11] De veranderde maatschappelijke opvattingen leidden tot een nieuw ideaalbeeld van het ouderschap na de scheiding, dat later de naam 'voortgezet ouderschap' kreeg. Dit ideaalbeeld houdt in dat een scheiding zo min mogelijk verandering teweeg brengt in de relatie tussen ouders en kinderen. De wettelijke vertaling daarvan is de invoering van de mogelijkheid om na de scheiding het gezamenlijk gezag te continueren, aanvankelijk alleen voor het geval dat beide ouders dat wenselijk achtten en zij een goede verhouding met elkaar hadden. Al snel werd duidelijk dat het gezamenlijk gezag dat slechts op basis van een gezamenlijk verzoek kon worden toegekend, de vader overleverde aan de genade van de moeder. De moeder kon immers de voortzetting van het gezag van de vader zonder meer tegenhouden en de vader zo veel mogelijk uitsluiten uit het leven van het kind. Uit onderzoek bleek dat in 1998 circa 25% van de kinderen na scheiding geen contact had met de niet-verzorgende ouder, en nog eens 25% een slecht contact had.[12] Mede onder invloed van belangenorganisaties van benadeelde vaders kreeg deze kwestie veel politieke aandacht. De wettelijke respons hierop was dat door de Wet van 30 oktober 1997[13] de automatische voortzetting van het gezamenlijk gezag na de scheiding de hoofdregel werd, en de toekenning van eenhoofdig gezag aan de verzorgende ouder de uitzondering. Het gezamenlijk gezag liep nu automatisch door tenzij de rechter op verzoek van beide ouders of een van hen, in belang van het kind slechts een van de ouders met het gezag belastte. Het belangrijkste criterium voor het overgaan op eenhoofdig gezag werd het belang van kind, ingevoerd per amendement van D66.[14] Hoewel de nieuwe wet het voortzetten van gezamenlijk gezag niet meer afhankelijk stelde van een gezamenlijk verzoek daartoe, werd tijdens de parlementaire behandeling van de wet aangegeven dat wanneer één van de ouders niet langer gezamenlijk met de andere ouder het gezag wenst uit te oefenen, de rechter mocht aannemen dat de voortzetting van het gezamenlijk gezag niet in het belang van het kind is.[15] Dat gaf de verzorgende moeder nog steeds de macht om de vader buitenspel te zetten. De Hoge Raad loste dat probleem op door aan de wet een andere interpretatie te geven. In zijn uitspraak van 10 september 1999[16] bepaalde hij dat

---

11 HR 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510 m.nt. E.A. Alkema.

12 E. Spruijt e.a., *Het verdeelde kind. Literatuuronderzoek Omgang na Scheiding*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2002, p. 45.

13 Wet van 30 oktober 1997, *Stb.* 1997, 506, in werking getreden op 1 januari 1998.

14 *Kamerstukken II* 1996/97, 23 714, nr. 15.

15 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 714, nr. 11, p. 12.

16 HR 10 september 1999, *NJ* 2000, 20.

het verzoek van een van ouders om het eenhoofdig gezag en een slechte communicatie tussen de ouders, op zich niet voldoende zijn om eenhoofdig gezag toe te kennen. Daarvoor is nodig dat de communicatie tussen ouders zodanig slecht is dat een onaanvaardbaar risico bestaat dat de kinderen 'klem of verloren' zullen raken. Het effect van deze uitspraak was vergaand: sinds 2001 loopt in circa 96% van alle gevallen het gezamenlijk gezag door na de scheiding.[17] In 2008 werd het 'klem-en verloren-criterium' opgenomen in artikel 1:251a lid 1 onder a BW, aangevuld met de bepaling dat de rechter de mogelijkheid heeft om eenhoofdig gezag toe te kennen als dat 'anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is' (art. 1:251a lid 1 onder b BW).

De beslissing over het gezag is voorbehouden aan de rechter; de ouders kunnen dat niet bij overeenkomst regelen. Een bepaling in een echtscheidingsconvenant over de toekenning van het gezag aan een van de ouders is een klassiek voorbeeld van een nietig beding wegens strijd met de wet.

Door een reeks van wetswijzigingen is het gezamenlijk gezag steeds meer van het huwelijk losgekoppeld. Thans wordt het gezamenlijk gezag van rechtswege uitgeoefend door gehuwden en geregistreerde partners over de vóór of tijdens de relatie geboren kinderen: krachtens artikel 1:253aa BW als ze beiden juridische ouders zijn, en krachtens artikel 1:253sa BW als een van hen geen juridische ouder is, tenzij het kind tevens in familierechtelijke betrekking staat met een andere ouder. Als de ouders nimmer met elkaar getrouwd of in geregistreerd partnerschap verbonden zijn, komt het gezamenlijk gezag tot stand door een gezamenlijke aantekening in het gezagsregister (art. 1:252 BW) of door een gerechtelijke beslissing op het eenzijdig verzoek van de vader (art. 1:253c BW). Voor de totstandkoming van het gezamenlijk gezag van een ouder en een niet-ouder die in een nauwe persoonlijke betrekking met het kind staat - het gaat hier hoofdzakelijk om stiefouders - over een kind dat onder gezag van slechts een ouder staat, is een rechterlijke uitspraak nodig (art. 1:245 lid 5 BW, art. 1:253t BW). Er is ook een nieuwe mogelijkheid voor een ouder om gezamenlijk gezag eenzijdig aan te vragen: een ouder die in het verleden gezag over het kind heeft gehad (art. 1:253o BW). Door de Wet van 27 november 2008 zijn de criteria voor de beëindiging van de gezamenlijke gezagsuitoefening voor alle gevallen gelijk aan de criteria voor de beëindiging van het gezamenlijk gezag van gehuwde ouders. Ook de afwijzing van eenzijdige verzoeken ex 1:253o en 1:253c BW is aan dezelfde regels gebonden.[18] Het 'klem-of verloren-criterium' geldt dus tegenwoordig voor alle gevallen.

---

17 CBS, 'Meer scheidingsprocedures' *Webmagazine*, 7 oktober 2002, www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheidrecht/publicaties/artikelen/archief/2002/2002-1058-wm.htm.

18 Voor meer details zie: W.M. Schrama, 'Rommelen in het gezags- en namenrecht. Beter op de kleintjes letten', *WPNR* 2009, p. 456-459.

2. Uitoefening van het gezamenlijk gezag

Gedurende de relatie leidt de uitoefening van het gezamenlijk gezag zelden tot geschillen. Zolang het voortzetten van het gezamenlijk gezag na de scheiding afhankelijk was van de goede verstandhouding tussen de ouders, leverde ook de uitoefening van het gezamenlijk gezag na de scheiding weinig geschillen op. Dit veranderde pas toen ook ouders met ernstige communicatieproblemen het gezamenlijk gezag kregen. In de regel zijn ouders met ernstige communicatieproblemen niet in staat om bij de daadwerkelijke uitoefening van het gezamenlijk gezag tot de noodzakelijke overeenstemming te komen. Bij zwaarwegende geschillen zit er vaak niets anders op dan zich tot de rechter te wenden. De wet regelt dat ouders die met gezamenlijk gezag zijn belast hun geschillen aan de rechter kunnen voorleggen, en dat de rechter beslist zoals hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt (art. 1:253a lid 1 BW). De rechter kan daarbij een regeling treffen over de verdeling van zorg- en opvoedingstaken, de hoofdverblijfplaats van het kind, de wijze van verschaffing van informatie tussen de ouders en de wijze van verschaffing van informatie door derden (art. 123a lid 2 BW). Van de 'gezamenlijkheid' van de gezagsuitoefening blijft dan weinig over. In veel gevallen is het gezamenlijk gezag een lege huls geworden.[19] De niet-verzorgende ouder (bijna altijd de vader) heeft dan slechts op papier gelijke rechten. In geval van slechte communicatie met de verzorgende ouder (bijna altijd de moeder) verschaft het gezamenlijk gezag hem nauwelijks meer dan een eretitel. In ernstige gevallen kan de rechter een ouder met gezag zelfs een tijdelijk contactverbod opleggen (art. 1:123a lid 2 jo. 1:377a lid 3 BW).

Uit empirisch onderzoek is gebleken dat het standaard dóórlopen van het gezamenlijk gezag niet het beoogde resultaat heeft opgeleverd. Hoewel het contact tussen kinderen en de niet-inwonende ouder enigszins verbeterd is, blijft het nog steeds onder de maat.[20] Tegelijkertijd voelen sinds de wetswijziging de kinderen en verzorgende ouders (de moeders) zich slechter, en de niet-verzorgende ouders (de vaders) zich niet beter, dan daarvoor.[21] Uit hetzelfde onderzoek blijkt dat het aantal conflicten tussen de ouders is toegenomen.[22] Er zijn, kortom, meer conflicten en men voelt zich slechter (moeders en kinderen) of niet beter (vaders). Op basis van deze gegevens en een overzicht van

---

19 Zie: E.J. Nicolai, 'De juridische positie van de niet-verzorgende ouder na echtscheiding', *NJB* 1998, p. 695-699; S. van Gestel, 'Beëindiging gezamenlijk gezag. Communicatie blijft machtsmiddel van verzorgende ouder', *Advocatenblad* 1998 p. 899-900; P. van Teeffelen, 'Gezamenlijk gezag na scheiding: tijdbom, lege huls of groeimodel?', *FJR* 2000, p. 26-29.

20 In 2006 was de situatie enigszins verbeterd maar nog steeds had circa 18% geen contact meer met de andere ouder en 15% had contact minder dan 4 keer per jaar: E. Spruijt, *Scheidingskinderen*, Amsterdam: SWP 2007, p 18-20.

21 E. Spruijt, *Scheidingskinderen*, Amsterdam: SWP 2007, p. 44.

22 E. Spruijt, *Scheidingskinderen*, Amsterdam: SWP 2007, p. 27-28.

gezaghebbend internationaal empirisch onderzoek[23] heeft Spruijt geconcludeerd dat een contact waarbij het kind aan een ouderlijk conflict wordt blootgesteld, een negatieve invloed heeft op de ontwikkeling van het kind.[24] Voortbouwend daarop heeft Jeppesen de Boer gepleit voor de terugkeer naar de oude situatie, waarin het gezamenlijk gezag niet automatisch werd voortgezet maar slechts na een belangenafweging door de rechter.[25] De politiek hield er echter een andere opvatting op na en voelde weinig voor een dergelijke terugtrekkende beweging. Tegen het empirisch bewijs in gaat de politiek ervan uit dat, conflict of geen conflict, zoveel mogelijk contact met beide ouders in het belang van het kind is,[26] op enkele uitzonderlijke situaties na.

3. Het ouderschapsplan

Het is binnen het kader van het standaard doorlopende gezamenlijke gezag dat de politiek naar oplossingen ging zoeken. De in 2001 in de Tweede Kamer gepresenteerde resultaten van de experimenten scheidingsbemiddeling toonden aan dat afspraken met betrekking tot de kinderen, gemaakt met behulp van een mediator, door de ouders zelf beter worden gedragen en nageleefd dan door de rechter opgelegde oplossingen.[27] Hoewel dit rapport slechts betrekking had op een populatie van ouders met matige of geen communicatieproblemen, die met deelname aan de experimenten scheidingsbemiddeling hadden ingestemd, werden de conclusies met betrekking tot de meerwaarde van zelfgemaakte afspraken in de loop van de politieke discussie klakkeloos naar de hele populatie van gescheiden ouders geëxtrapoleerd.[28] Alle ouders werden geacht in het

---

23 Zie voor een overzicht: S. Gilmore, 'Contact/ Shared Residence and Child Well-Being: Research Evidence and its Implications for Legal Decision-Making', *International Journal of Law, Policy and the Family* 2000, p. 350-351; *AIFS report, Appendix A: Historical context: Family Law and social change in Australia 1976-2006*, p. A6-A7.

24 E. Spruijt e.a., *Het Verdeelde Kind. Literatuuronderzoek Omgang na Scheiding*, Utrecht: Utrecht University 2003, www.kinderbescherming.nl; E. Spruijt, *Scheidingskinderen*, Amsterdam: SWP 2007, p. 44- 45.

25 C.G. Jeppesen de Boer, *Joint parental authority. A comparative Legal study on the continuation of joint parental authority after divorce and the breakup of a relationship in Dutch and Danish law and the CEFL Principles*, Antwerpen: Intersentia 2008, p. 323.

26 Zie bijvoorbeeld de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 18 juni 2004 (*Kamerstukken II* 2003-04, 29 520, nr. 1) en de memorie van toelichting bij het voorstel van de Wet beëdiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 676, nr. 3, p. 4-5).

27 B.E.S. Chin-A-Fat & M.J. Steketee, *Bemiddeling in uitvoering: evaluatie experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2002, p. 227-230

28 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 600 VI, nr. 105, p. 2; *Handelingen I* 2006/07, 51, p. 3033.

belang van hun kinderen afspraken te moeten maken, ongeacht het eventuele conflict tussen hen.[29]

a. Voor wie is het ouderschapsplan verplicht?

Het idee om het maken van afspraken met betrekking tot de kinderen (het 'ouderschapsplan') voor scheidende ouders met gezamenlijk gezag verplicht te stellen, werd in 2004 een essentieel onderdeel van het initiatiefwetsvoorstel van het VVD-Kamerlid Luchtenveld,[30] dat een administratieve echtscheiding beoogde te introduceren. Een jaar later diende toenmalig Minister van Justitie Donner - een fel tegenstander van de administratieve echtscheiding - een tegenvoorstel in dat niet in de invoering van de administratieve echtscheiding voorzag, maar het idee van het verplicht ouderschapsplan overnam.[31] Het initiatiefwetsvoorstel van Luchtenveld werd uiteindelijk afgewezen in de Eerste Kamer en het regeringsvoorstel werd op 27 november 2008 wet. Deze wet stelt een ouderschapsplan verplicht voor alle scheidende ouders die gezamenlijk gezag uitoefenen over hun kinderen, of over kinderen waarover zij op grond van artikel 1:253sa of 1:253t BW gezamenlijk gezag uitoefenen.

Het ouderschapsplan is een vereiste voor het indienen van een verzoekschrift tot ontbinding van het geregistreerde partnerschap (art. 1:80d BW), tot de scheiding van tafel en bed, en tot ontbinding van het huwelijk, hetzij bij scheiding op gemeenschappelijk verzoek, hetzij bij scheiding op eenzijdig verzoek (art. 815 lid 2 Rv en art. 828 jo. 815 lid 2 Rv).[32] De verplichting tot het opstellen van een ouderschapsplan is per amendement geëxtrapoleerd naar uit elkaar gaande ouders in een informele relatie (art 1:247a BW). Dat laatste gebeurde tegen het standpunt van de verantwoordelijk minister in,[33] dat was gebaseerd op de conclusies uit een in opdracht van het Ministerie van Justitie uitgevoerd rechtsvergelijkend onderzoek.[34]

---

29 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 676, nr. 3, p. 4 en *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1-2.

30 Wetsvoorstel beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 676, nr. 2.

31 Wetsvoorstel bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 2.

32 Zie: L.M. Coenraad, *Conflictoplossing en scheidingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 37-38.

33 *Handelingen II* 2006/07, 51, p. 3036.

34 M.V. Antokolskaia & L.M. Coenraad *Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders. Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie*, Den Haag/Amsterdam: WODC/VU 2007, http://wodc.nl/onderzoeksdatabase/scheiding-van-ongehuwde-ouders.aspx.

b. Ouderschapsplan als processuele drempel

Een ouderschapsplan is een ontvankelijkheidvereiste voor ontbinding van het huwelijk/geregistreerde partnerschap op eenzijdig en gemeenschappelijk verzoek (art. 815 lid 2 Rv). Het ouderschapsplan is ook verplicht gesteld voor de echtscheiding op eenzijdig verzoek om te voorkomen dat partijen de procedure op eenzijdig verzoek als 'sluiproute' zouden gebruiken om het verplicht ouderschapsplan te omzeilen.[35] Om strijd te voorkomen met artikel 6 EVRM, dat de toegang tot de rechter waarborgt, is een 'ontsnappingsmogelijkheid' gecreëerd (art. 815 lid 6 Rv). Deze houdt in dat indien het ouderschapsplan redelijkerwijs niet overgelegd kan worden, kan worden volstaan met het overleggen van andere stukken of op andere wijze daarin kan worden voorzien, een en ander ter beoordeling van de rechter. De aanvankelijk bestaande vrees dat de vage formulering van deze ontsnappingsclausule en de strenge toepassing van het vereiste van een verplicht ouderschapsplan bij eenzijdig verzoek, toch tot strijd met artikel 6 EVRM zal leiden,[36] wordt in de gepubliceerde rechtspraak niet bevestigd.[37] Uit een analyse door Van der Lans blijkt dat slechts in vijf zaken partijen niet ontvankelijk zijn verklaard wegens het ontbreken van een ouderschapsplan. In twee daarvan heeft het hof in hoger beroep partijen alsnog ontvankelijk verklaard.[38] Uit dezelfde analyse blijkt dat de rechter de ontsnappingsclausule vrij ruim interpreteert. De volgende omstandigheden werden door de rechter aangenomen als voldoende bewijs dat het overleggen van het ouderschapsplan redelijkerwijs niet mogelijk was: de uithuisplaatsing van de kinderen, het verblijf van de man in het buitenland, kinderontvoering, het verblijf van de moeder in een blijf-van-mijn-lijf huis, uiteenlopende standpunten over opvoeding en ernstige communicatieproblemen, de veroordeling van de man voor huiselijk geweld, de detentie van de man en het onbekend verblijf van de man.[39]

---

35 *Kamerstukken II*, 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 5.

36 Zie bijvoorbeeld M.V. Antokolskaia, 'De voorstellen tot hervorming van het echtscheidingsrecht: naar de vorm modern, naar de inhoud een stap terug', *WPNR* 2005, p. 740-741; L.M. Coenraad, 'Procederen over het voortgezet ouderschap. Te weinig aandacht voor het procesrecht in het wetsvoorstel Luchtenveld', in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, meditatiën, voortgezet; ouderschap*, Amsterdam: SWP 2006, p. 85 en *Administratieve echtscheiding vanuit nationaal en internationaal perspectief. Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, meditatiën, voortgezet ouderschap*, Amsterdam: SWP, 2006, p. 56-58; J.C.E. Akkermans-Wijm & G.W. Brands-Bottema, 'De invoering van het ouderschapsplan: goed bedoeld, maar slecht geregeld, *Tremanormen* 2009, p. 48; L.M. Coenraad, 'Ouderschapsplan en ontvankelijkheid', *FJR* 2010, p. 41-47.

121 Zie ook M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, 'Modern ouderschap na echtscheiding', *FJR* 2011, p. 229.

38 M. van der Lans, 'Het ouderschapsplan in de rechtspraktijk', *Justitiële Verkenningen* 2011, p. 24-25.

39 M. van der Lans, 'Het ouderschapsplan in de rechtspraktijk', *Justitiële Verkenningen* 2011, p. 25.

De verplichting tot het opstellen van een ouderschapsplan bij het uiteengaan van de ouders in een informele relatie is echter meer problematisch. Omdat de informele scheiding van de ongehuwde en ongeregistreerde ouders zonder betrokkenheid van de overheid plaatsvindt, is – om te voorkomen dat de regel dode letter zal worden – ter naleving van deze verplichting een andere sanctie gecreëerd. Deze grijpt in op een later moment in de tijd: indien deze ouders later een eventueel geschil met betrekking tot de kinderen ex artikel 1:253a BW aan de rechter willen voorleggen, moet de rechter de zaak aanhouden totdat het ouderschapsplan alsnog is overgelegd, tenzij de beslissing in belang van het kind zonder vertraging moet worden genomen (art. 1:253a lid 3 BW). Omdat de ontsnappingsclausule van artikel 815 lid 6 Rv niet van toepassing is op informele relaties, kan de rechter in theorie de zaak oneindig aanhouden tenzij die aanhouding in strijd is met het belang van het kind. Dit lijkt makkelijk strijd te kunnen opleveren met het vereiste van behandeling van de zaak binnen redelijke termijn, eveneens gewaarborgd door artikel 6 EVRM. Ook de toegang tot de rechter loopt hier gevaar omdat het voorleggen van een geschil aan de rechter afhankelijk is gesteld van het oplossen van datzelfde geschil in het ouderschapsplan![40] Het kan in deze situatie immers alleen maar gaan over een geschil met betrekking tot de kinderen. Hoewel dit soort zaken in de praktijk relatief weinig voorkomt, blijkt uit het onderzoek van Van der Lans dat dit problemen geeft voor de rechter. Zo heeft de Rechtbank Groningen de ontsnappingsclausule van artikel 815 lid 6 Rv, die wetstechnisch gezien hier niet van toepassing is, toch toegepast om de zaak in behandeling te kunnen nemen.[41]

Wanneer de ouders geen of een onvolledig ouderschapsplan overleggen, krijgen partijen de kans om dit verzuim te herstellen, worden ze door de rechter doorverwezen naar mediation, of, als deze middelen niet helpen, wordt het verzoek alsnog niet ontvankelijk verklaard.[42] Het ouderschapsplan is geheel vormvrij: sinds bij amendement de eis van ondertekening is geschrapt, is het niet eens duidelijk of het door de partijen moet worden ondertekend.[43] Ook over de wijze van totstandkoming van het ouderschapsplan is niets in de wet geregeld. De ouders kunnen het zelf maken aan de keukentafel, een digitaal ouderschapsplan gebruiken,[44] of naar een deskundige (mediator) gaan. Bij de

---

40 M. van der Lans, 'Het ouderschapsplan in de rechtspraktijk', *Justitiële Verkenningen* 2011, p. 28.

41 Rb. Groningen 6 april 2010, *LJN* BM3955. Voor een analyse van deze zaak zie: M. van der Lans, 'Ontbreken ouderschapsplan bij verzoek 253a ex-samenwoners', *FJR* 2010, p. 250-252.

42 Voor details zie: J.C.E. Akkermans-Wijm & G.W. Brands-Bottema, 'De invoering van het ouderschapsplan: goed bedoeld, maar slecht geregeld', *Tremanormen* 2009, p. 46-47.

43 Over deze controverse zie: J.C.E. Akkermans-Wijm & G.W. Brands-Bottema, 'EHBO. Eerste hulp bij Ouderschapsplannen!', *EB* 2009, p. 181.

44 Ontwikkeld door de Raad voor de Rechtspraak samen met de Universiteit van Tilburg als onderdeel van het echtscheidingsplan, te raadplegen op www.echtscheidingsplan.nl .

totstandkoming van het ouderschapsplan is dus geen sprake van stimulering van mediation: die komt pas in beeld nadat de rechter met het ontbreken of onvolledig zijn van een ouderschapsplan is geconfronteerd.[45]

c. Inhoud van het ouderschapsplan

Het ouderschapsplan moet in ieder geval afspraken bevatten over de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken (over 'omgang' wordt in de situatie van gezamenlijk gezag niet meer gesproken), over de wijze waarop ouders elkaar raadplegen en informeren, en over de kinderalimentatie (art. 815 lid 3 Rv).

Krachtens het vierde lid van hetzelfde artikel moeten de ouders in hun verzoekschrift vermelden op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan. Het ouderschapsplan moet door de rechter worden getoetst. Uit diverse uitspraken van de verantwoordelijke ministers blijkt dat hen een uitgebreide toetsing aan de wet, jurisprudentie en aan het belang van het kind voor ogen stond.[46] In werkelijkheid blijkt dat de rechter de ouderschapsplannen marginaal, maar serieus toetst aan de nieuwe wettelijke eisen.[47] Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat sommige rechters onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis uitgebreide 'daadwerkelijk controleerbare' afspraken eisen.[48] Ook de verplichting om het kind bij het opstellen van het ouderschapsplan te betrekken wordt door de rechter serieus genomen. Zo heeft de Rechtbank Utrecht in het formele vereiste van vermelding op welke wijze de kinderen zijn betrokken bij het opstellen het ouderschapsplan, ook het materiële vereiste gelezen dat de kinderen daar daadwerkelijk bij betrokken zijn geweest.[49] Over deze verplichting bestaat overigens nog veel onduidelijkheid omdat de wet geen minimumleeftijdsgrens noemt, en in de memorie van

---

45 Voor de kritiek op dit punt zie: B.E.S. Chin-A-Fat, 'De Rol van mediation in het nieuwe echtscheidingsrecht', in: M.V. Antokolskaia (red.) *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap,* Amsterdam: SWP 2006, p.103-105; L.M. Coenraad, 'Procederen over het voortgezet ouderschap. Te weinig aandacht voor het procesrecht in het wetsvoorstel Luchtenveld', in: M.V. Antokolskaia (red.) *Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap,* Amsterdam: SWP 2006, p. 85-89.

46 Voor een overzicht van de wetsgeschiedenis zie: L.M. Coenraad, 'Het toezichthoudend oog van de rechter ziet in werkelijkheid weinig', in: M.V. Antokolskaia & L.M. Coenraad (red.), *Het nieuwe scheidingsrecht. Ouderschapsplan, positie van het kind, regierechter en collaborative divorce,* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 83-86.

47 L.M. Coenraad, *Conflictoplossing en scheidingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 41-42.

48 Dat blijkt uit vier beschikkingen van de Rb. 's-Gravenhage 13 januari 2010, *LJN* BL1926, BL2091, BL2081 en BL1932, behandeld in: M. van der Lans, 'Het ouderschapsplan in de rechtspraktijk', *Justitiële Verkenningen* 2011, p. 29-30.

49 Rb. Utrecht 14 oktober 2009, *LJN* BK0439. M. van der Lans, 'Jurisprudentieoverzicht Ouderschapsplan', *vFAS FL!TS* 18 november 2010, te raadplegen via www.verenigingfas.nl/leden/flits-archief.

toelichting staat dat de ouders de kinderen op een 'bij de leeftijd passende wijze' bij de opstelling moeten betrekken. De Rechtbank 's-Gravenhage heeft in een reeks van uitspraken de minimum leeftijdsgrens zonder enige wettelijke basis op vijf jaar gesteld.[50]

d. Onduidelijkheden en knelpunten

Rond de toepassing van de nieuwe regeling bestaan nog veel onduidelijkheden. Het ouderschapsplan is slechts een ontvankelijkheidvereiste voor het verzoek tot de ontbinding van formele relaties (huwelijk en geregistreerd partnerschap), maar geen voorwaarde voor de toewijzing van een ontbindingsverzoek. Dat heeft vergaande consequenties. Indien de partij(en) door een geslaagd beroep op de ontsnappingsclausule zonder ouderschapsplan in hun verzoek is (zijn) ontvangen, worden een of twee eenzijdig voorgestelde arrangementen met betrekking tot de kinderen na de scheiding overgelegd. Het is niet duidelijk of de rechter op basis daarvan ambtshalve een beslissing kan nemen als de partijen geen nevenvoorzieningen hebben gevraagd, of dat de procedure moet eindigen zonder dat iets over de kinderen is geregeld. De opmerkingen van de toenmalig verantwoordelijke ministers tijdens de parlementaire behandelingen suggereren dat zij ervan uit gingen dat de rechter tot een ambtshalve beslissing bevoegd is.[51] De wet steunt deze zienswijze echter niet. Akkermans-Wijn en Brands-Bottema hebben er terecht op gewezen dat het verzoeken van voorlopige voorzieningen tot de procesautonomie van partijen behoort, en dat de rechter niet bevoegd is om daar ambtshalve over te beslissen.[52] Een vergelijkbare situatie ontstaat als de rechter het ingeleverde ouderschapsplan in strijd acht met het belang van het kind en de ouders weigeren om het aan te passen. De uitspraken van de ministers suggereren dat de rechter een beperkte mogelijkheid heeft om het ouderschapsplan ambtshalve aan te passen.[53] Coenraad heeft er terecht op gewezen dat de wet de rechter op grond van de artikelen 1:251a lid 4 en 1:377g BW slechts de mogelijkheid geeft om ambtshalve en beslissing te nemen over het gezag, de verdeling van zorg en opvoedingstaken, omgang en informatie en consultatie, maar dat allemaal slechts op de voorwaarde dat een kind van twaalf jaar of ouder daarom vraagt.[54]

---

50 Rb. 's-Gravenhage 13 januari 2010, *LJN* BL1926, BL2091, BL2081 en BL1932. M. van der Lans, 'Jurisprudentieoverzicht Ouderschapsplan', vFAS FL!TS 18 november 2010 en 25 mei 2011, te raadplegen via www.verenigingfas.nl/leden/flits-archief.

51 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 409.

52 J.C.E. Akkermans-Wijm & G.W. Brands-Bottema 'De invoering van het ouderschapsplan: goed bedoeld, maar slecht geregeld, *Tremanormen* 2009, p. 48-49. L.M. Coenraad 'Ouderschapsplan en ontvankelijkheid', *FJR* 2010, p. 49.

53 *Handelingen I* 2008/09, 8, p. 441.

54 L.M. Coenraad, 'Het toezichthoudend oog van de rechter ziet in werkelijkheid weinig', in: M.V. Antokolskaia & L.M. Coenraad (red.), *Het nieuwe scheidingsrecht. Ouderschapsplan, positie van het kind, regierechter en collaborative divorce*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 92-93.

Coenraad verwoordde goed de algemene mening dat men het ouderschapsplan als zodanig inmiddels een 'prima instituut' vindt, omdat het alleen maar toe te juichen is dat de ouders de gevolgen betreffende de kinderen in een overeenkomst regelen.[55] Zij heeft net als velen wel nog steeds moeite met een aantal aspecten van de nieuwe regeling zoals de plicht tot het maken van de afspraken en het aan de goedkeuring van de rechter voorleggen daarvan alsmede met het koppelen van de vereiste van het ouderschapsplan aan het scheidingsverzoek.[56] Binnenkort wordt de invoering van het ouderschapsplan geëvalueerd door het WODC van het Ministerie van Justitie, en besproken in het proefschrift van Van der Laan, dat een representatief dossieronderzoek inhoudt. Deze onderzoeken zullen meer licht doen schijnen op de positieve en problematische kanten van deze regeling.

§ 2 Het Belgische recht

A. Inhoud van het ouderlijk gezag

Het ouderlijk gezag wordt in België wettelijk geregeld door de artikelen 371 tot 387ter BW die Titel IX van Boek I van het Burgerlijk Wetboek vormen. De inhoud van het ouderlijk gezag wordt als dusdanig niet in de wet gedefinieerd, maar algemeen wordt aangenomen dat het ouderlijk gezag een beschermingsstatuut is voor minderjarigen waarbij ouders ten aanzien van de persoon en de goederen van hun minderjarige kinderen een geheel van rechten kunnen laten gelden teneinde de verplichtingen waartoe ze als ouders gehouden zijn,[57] te kunnen vervullen. De bevoegdheden van de ouders hebben dus een doelgebonden karakter: ze bestaan om de ouders toe te laten hun kinderen te socialiseren en tot volwassenheid te brengen.

Wat het gezag over de persoon betreft, wordt in België traditioneel een onderscheid gemaakt tussen het ouderlijk gezag sensu stricto, dat het recht van bewaring omvat en het ouderlijk gezag sensu lato, waaronder ook de rechten met betrekking tot de staat van de persoon van de minderjarige worden begrepen.

Het recht van bewaring omvat:

- het recht van materiële bewaring, dat is het recht om het kind bij zich te hebben, te beslissen over zijn voeding, kleding, huisvesting; het recht om

---

55 L.M. Coenraad, *Conflictoplossing en scheidingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 49.

56 L.M. Coenraad, *Conflictoplossing en scheidingsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 49.

57 De ouderlijke verplichtingen betreffen de bijzondere onderhoudsplicht van ouders ten aanzien van hun kinderen (art. 203 BW), de aansprakelijkheid van de ouders voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen (art. 1384 lid 2 BW) alsook de plicht tot respect vanwege de ouders voor hun kinderen (art. 371 BW).

het gaan en komen van het kind te controleren, toezicht uit te oefenen op zijn vriendenkring, lectuur, ontspanning en briefwisseling; met andere woorden het recht om de dagelijkse zorg, de 'hoede' van het kind waar te nemen;
- het recht van juridische bewaring, dat is het recht om de fundamentele opties in verband met de opvoeding van het kind te nemen, zoals schoolkeuze, beroepskeuze, ideologie, godsdienst, taal enzovoort.

De ouderlijke rechten sensu lato omvatten, naast het recht van bewaring, onder meer het recht om toe te stemmen in het huwelijk, het recht om bijstand te verlenen bij het sluiten of wijzigen van een huwelijkscontract, het recht om toe te stemmen in de adoptie of de pleegvoogdij en het recht om de ontvoogding te vorderen. De uitoefening van deze rechten wordt door bijzondere regels beheerst.

Ouderlijk gezag kan naar Belgisch recht enkel worden verkregen als gevolg van oorspronkelijke of adoptieve afstamming. Het is dus voorbehouden voor ouders (verwanten in de eerste graad) en uitgesloten voor alle andere personen.

Voor oorspronkelijke ouders betekent dit dat maximum één man en één vrouw samen over hetzelfde kind ouderlijk gezag kunnen uitoefenen op grond van (oorspronkelijke) afstamming. Een kind kan op grond van oorspronkelijke afstamming slechts één vrouw als moeder hebben en één man als vader.[58]

Voor adoptieve ouders betekent dit dat een adopterend paar gezamenlijk het ouderlijk gezag over het geadopteerde kind kan uitoefenen, ongeacht of de adoptanten van verschillend of hetzelfde geslacht zijn. Dit betekent ook dat de adoptant, in geval van éénpersoonsadoptie, het ouderlijk gezag over het geadopteerde kind verwerft en dit uitoefent, desgevallend samen met de andere (oorspronkelijke of adoptieve) ouder.

Voor *personen die geen ouder zijn* betekent dit dat zij alleen de materiële bewaring (huisvesting) en - behoudens het uitzonderlijke geval van ontzetting uit het ouderlijk gezag[59] - nooit het (materiële en/of juridische) bewaringsrecht over een kind kunnen bekomen, op grond van een akkoord met één of beide ouders of na een beslissing van de rechter. Zo kunnen bijvoorbeeld grootouders wel een recht op persoonlijk contact (zie art. 375*bis* BW) of de materiële

---

58 Het vermoeden van vaderschap is niet van toepassing bij het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht (art. 143 lid 2 BW).

59 Ontzetting uit het ouderlijk gezag is een jeugdbeschermingsmaatregel (art. 32-35 Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, *BS* 15 april 1965), waarbij een ouder, op vordering van het openbaar ministerie, geheel of gedeeltelijk van zijn ouderlijke rechten kan worden ontzet, waarna een provoogd wordt aangesteld om de rechten waaruit de ouder ontzet is, uit te oefenen.

bewaring bekomen,[60] maar niet het bewaringsrecht. Hetzelfde geldt voor een (ex-)partner van de moeder (lesbische mee-moeder) die het kind niet geadopteerd heeft. Het Belgische Grondwettelijk Hof heeft bevestigd dat het ouderlijk gezag de lege lata enkel kan worden gevestigd ten aanzien van personen die met het kind een afstammingsband hebben en dat de artikelen 371 e.v. BW die het ouderlijk gezag beheersen niet naar analogie kunnen worden toegepast op het geval waarin het kind slechts één enkele ouder heeft ten aanzien van wie de afstamming vaststaat, maar op duurzame wijze heeft geleefd binnen een gezin dat gevormd wordt door die ouder en een derde die beiden instaan voor het onderhoud van het kind. Daaruit volgt, aldus het hof, dat die categorie van kinderen zonder toelaatbare verantwoording verschillend wordt behandeld. Het staat echter aan de wetgever te bepalen wanneer het ouderlijk gezag, in het belang van het kind, tot andere personen die geen afstammingsband met het kind hebben, kan worden uitgebreid.[61] Het Grondwettelijk Hof suggereert de lege ferenda de creatie van een regime van zorgouderschap naar Nederlands model. Ondanks meerdere parlementaire initiatieven in die richting,[62] kent België nog altijd geen mogelijkheid om het gezag gezamenlijk te laten uitoefenen door een ouder tezamen met een andere persoon dan een ouder.

B. Ontwikkeling van het gezamenlijk gezag van uitzondering naar hoofdregel

Sinds de invoering van de *Code Napoléon* in 1804[63] bezitten beide ouders het ouderlijk gezag. Tot 1965 werd het ouderlijk gezag in België echter alleen door de vader uitgeoefend. De Jeugdbeschermingswet van *8 april 1965*[64] bepaalde dat tijdens het huwelijk beide ouders gezamenlijk de ouderlijke 'macht' uitoefenden; in geval van onenigheid tussen de ouders was de wil van de vader

---

60 Vred. Westerlo 26 februari 2007, *NJW* 2007, p. 420 m.nt. GV; Jeugdrb. Ieper 30 maart 2001, *EJ* 2004, p. 69. Zie ook A. De Wolf & F. Aps, 'Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde', *EJ* 2004, p. 54-64.

61 Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, *BS* 19 januari 2004, 2605, *EJ* 2003, p. 134 m.nt. P. Senaeve en *RW* 2003-2004, p. 1016 m.nt. T. Robert en m.nt. V. Verlinden.

62 In de huidige legislatuur (53ste zittingperiode van de Kamer van Volksvertegenwoordigers): wetsvoorstel-Verherstraeten (CD&V) tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van het kind wat het zorgouderschap betreft, *Parl.St*. Kamer Buitengewone Zitting 2010, nr. 53K0119/001 (9 september 2010); wetsvoorstel-Brotcorne en George (cdH) teneinde het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek op te nemen, *Parl.St*. Kamer 2010/11, nr. 53K0819/001 (14 december 2010); wetsvoorstel-Lahaye-Battheu *c.s.* (Open Vld) tot wijziging van het Burgerlijk en Gerechtelijk Wetboek wat betreft de invoering van een medebeslissingsrecht voor stiefouders ten aanzien van het kind van hun partner, *Parl.St*. Kamer 2010/11, nr. 53K0943/001 (21 december 2010).

63 *Code civil des Français. Édition originale et seule officielle*, Paris: Imprimerie de la République 1804.

64 Wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, *BS* 15 april 1965.

evenwel doorslaggevend; de moeder had dan het recht zich tot de jeugdrechtbank te wenden.

Sinds de Echtscheidingswet van *1 juli 1974*[65] staan vader en moeder op volledig gelijke voet. De wetgever opteerde tevens voor de afzonderlijke in plaats van de gezamenlijke gezagsuitoefening (die als nadelig werd ervaren omdat steeds beide ouders in naam van het kind moesten optreden, dagvaarden of gedagvaard worden).

De Afstammingswet van *31 maart 1987*[66] veranderde ten gronde weinig aan de uitoefening van het ouderlijk gezag, maar was terminologisch belangrijk. Iedere verwijzing naar het huwelijk verdween en het opschrift 'Ouderlijke macht' van Titel IX van Boek I van het Burgerlijk Wetboek werd vervangen door het opschrift 'Ouderlijk *gezag*'.

De uitoefening van het ouderlijk gezag werd grondig hervormd door de Wet van *13 april 1995*[67], die het principe van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door beide ouders (het zogenaamde gezagsco-ouderschap) heeft ingevoerd. Dit principe geldt sindsdien ook na scheiding, terwijl voorheen alleen de ouder die de materiële bewaring over het kind had, gerechtigd was het gezag uit te oefenen.

De Voogdijwet van *29 april 2001*[68] had een vergaande 'bevoogding' van de ouders in het raam van het beheer van de goederen van hun minderjarige kinderen tot gevolg, nu de ouders voorafgaande machtiging van de vrederechter moesten bekomen voor alle handelingen waarvoor de voogd bijzondere machtiging van de vrederechter moest verkrijgen; het volledige parallellisme tussen ouders en voogden op dit vlak werd gelukkig doorbroken door een 'reparatiewet' van *13 februari 2003*.[69]

---

65 Wet van 1 juli 1974 tot wijziging van de artikelen 221, 373 en 389 van het Burgerlijk Wetboek en tot opheffing van artikel 374 van hetzelfde wetboek, *BS* 1 augustus 1974.

66 Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *BS* 27 mei 1987.

67 Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, *BS* 24 mei 1995.

68 Wet van 29 april 2001 tot wijziging van verscheidene bepalingen inzake de voogdij over minderjarigen, *BS* 31 mei 2001.

69 Wet van 13 februari 2003 tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de bescherming van de goederen van de minderjarigen, *BS* 25 maart 2003. Vgl. art. 378 § 1 lid 1 BW (voor ouders) met art. 410 § 1 BW (voor de voogd).

Ruim een decennium na de grote wetswijziging inzake gezagsuitoefening heeft de Wet van *18 juli 2006*[70] het gelijkmatig verdeeld verblijf (het zogenaamde verblijfsco-ouderschap) bevoorrecht tot prioritair te onderzoeken verblijfsregeling in geval van gebrek aan akkoord tussen de ouders die het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen (zie verder, Geschilbeslechting door de rechters).

C. Uitoefening van het gezamenlijk gezag

1. Volkomen gezagsco-ouderschap met vermoeden van instemming van de niet-optredende ouder versus getemperde gezagsuitoefeningsregimes

Ook wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen (art. 374 § 1 lid 1 BW). Het principe van de (volkomen) gezamenlijke gezagsuitoefening speelt, ongeacht of de ouders gehuwd zijn, uit de echt of van tafel en bed zijn gescheiden, wettelijk hebben samengewoond, feitelijk samenlevend waren of nooit hebben samengeleefd.

Het wettelijk vermoeden dat de alleen optredende ouder geacht wordt te handelen met instemming van de andere (art. 373 lid 2 BW) speelt ook voor niet-samenlevende ouders (art. 374 § 1 lid 1 in fine BW), al is het in dergelijke situatie minder vanzelfsprekend. Ten opzichte van derden te goeder trouw, wordt elke ouder geacht te handelen met instemming van de andere ouder wanneer hij, alleen, een handeling stelt die met dat gezag verband houdt, behoudens de bij de wet bepaalde uitzonderingen.[71] Anders dan in de Franse wetgeving[72] geldt dit vermoeden in België voor alle handelingen en niet alleen voor de gebruikelijke handelingen. De goede trouw van de derde wordt vermoed; een derde is te kwader trouw als bewezen wordt dat hij wist (of moest weten) dat de andere ouder het niet eens was met de handeling van de optredende ouder. Aangenomen wordt dat, ook al is de derde te goeder trouw, het vermoeden van instemming kan worden weerlegd.

Naast de ‘zuivere’ regimes van volledig gezamenlijke gezagsuitoefening (alle beslissingen door beide ouders te nemen) of volledig uitsluitende gezagsuitoefening (alle beslissingen door één van beide ouders te nemen, zie art. 374 § 1 lid 2 BW) kunnen er nog twee tussenvormen worden overeengekomen of opgelegd.

---

70 Wet van 18 juli 2006 tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, *BS* 4 september 2006.

71 Zo moeten beide ouders toestemmen tot het huwelijk (art. 148 lid 1 BW) en de adoptie (art. 348 lid 3 lid 1 BW) van hun minderjarig kind.

72 Zie art. 372 lid 2 *Code civil*: ‘A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte *usuel* de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.’

Zo bepaalt de wet dat de rechter – in een regime van uitsluitende gezagsuitoefening – kan bepalen welke beslissingen met betrekking tot de opvoeding alleen met instemming van beide ouders kunnen worden genomen (art. 374 § 1 lid 3 BW). Het gaat hier om een versoepeling, een tempering van het uitsluitende uitoefeningsmodel dat kan worden omschreven als *getemperde uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag*. Voor deze gezamenlijk te nemen opvoedingsbeslissingen geldt het vermoeden van instemming van de andere ouder uiteraard niet.

Anders dan wat geldt voor samenlevende ouders (art. 373 lid 4 BW), is voor niet-samenlevende ouders in artikel 374 BW niet herhaald dat de rechter, bij handhaving van het regime van de gezamenlijke gezagsuitoefening, één van de ouders toestemming kan verlenen om alleen op te treden voor één of meer bepaalde handelingen. Toch wordt aangenomen dat dergelijk regime van *getemperde gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag* kan worden bevolen of overeengekomen.[73]

2. Overeenkomsten omtrent gezagsuitoefening

Hoewel de wetsbepalingen over het ouderlijk gezag de openbare orde raken,[74] belet dit niet dat ouders overeenkomsten mogen sluiten over de uitoefening van hun ouderlijk gezag. Overeenkomsten inzake ouderlijk gezag strekken de partijen tot wet (zie art. 1134 BW), voor zover de wettelijke principes ter zake (art. 372-374 BW) niet worden miskend. Ook al spreekt artikel 374 § 1 BW enkel over de beslissingsbevoegdheid van de rechter inzake gezagsuitoefening en rechterlijke toekenning van recht op persoonlijk contact (in een regime van uitsluitende gezagsuitoefening door één ouder) en ook al vermeldt de wet akkoorden tussen ouders enkel in de context van de verblijfsregeling, toch wordt in België aangenomen dat ouders ook bij overeenkomst (onderhands of authentiek) kunnen kiezen voor de uitsluitende gezagsuitoefening[75] indien de

---

73 J. Gerlo, *Handboek voor Familierecht*. I. *Personen- en familierecht*, Brugge: Die Keure 2003, p. 306, nr. 756; Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles: Larcier 2010, p. 712, nr. 766; P. Senaeve, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven: Acco 2011, p. 362, nr. 998; G. Verschelden, *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge: Die Keure 2010, p. 313, nr. 733.

74 Hof van Cassatie 22 maart 1923, *Pasicrisie* 1923, I, p. 243.

75 J. Gerlo, *Handboek voor Familierecht*. I. *Personen- en familierecht*, Brugge: Die Keure 2003, p. 305, nr. 755; zie ook B. Poelemans, 'De nieuwe regeling van het ouderlijk gezag', in: P. Senaeve (red.), *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen: Maklu 1995, p. 102-103, nr. 164, met verwijzingen naar de voorbereidende werken van de Wet van 13 april 1995, waarin wordt benadrukt dat overeenkomsten tussen ouders moeten worden gestimuleerd en dat de rol van de rechter slechts secundair van aard is, zodat deze enkel dient tussen te komen indien het akkoord tussen de ouders bereikt hem strijdig lijkt met het belang van het kind.

wettelijke voorwaarden daartoe (zie art. 374 § 1 lid 2 BW, zie verder) vervuld zijn, alsook voor een getemperd gezagsuitoefeningsregime (*zie infra*).

Slechts in één geval is er verplicht rechterlijk toezicht op de overeenkomst omtrent de uitoefening van het ouderlijk gezag (en het verblijfs- of contactrecht), namelijk wanneer de echtgenoten kiezen om door onderlinge toestemming uit de echt te scheiden. De echtscheiding door onderlinge toestemming (EOT) veronderstelt een akkoord over alle gevolgen van de echtscheiding, vervat in schriftelijke overeenkomsten, onder meer over de gezagsregeling voor de gemeenschappelijke kinderen (art. 1288 lid 1 onder 2° Ger.W.) die als bijlagen bij het verzoekschrift tot echtscheiding ter griffie moeten worden neergelegd (art. 1288*bis* lid 4 onder 1° Ger.W.) alvorens de echtscheidingsprocedure kan starten. De procureur des Konings brengt schriftelijk advies uit over de overeenkomsten met betrekking tot de minderjarige kinderen (art. 1289ter lid 1 Ger.W.). Wanneer deze overeenkomsten hem strijdig lijken met de belangen van de kinderen, kan de rechter de partijen een wijziging voorstellen (niet: opleggen), waarna een bijkomende verschijning plaatsvindt, tijdens dewelke de rechter de bedingen die kennelijk strijdig zijn met de belangen van de minderjarige kinderen kan laten schrappen of wijzigen (art. 1290 lid 2, lid 4 en lid 5 Ger.W.).
In het vonnis dat de EOT uitspreekt, homologeert de rechtbank van eerste aanleg de overeenkomsten met betrekking tot de minderjarige kinderen (art. 1298 Ger.W.), zodat deze overeenkomsten uitvoerbaar worden, ook al waren ze vervat in een onderhandse akte. In geval van niet-naleving zijn de EOT-overeenkomsten met betrekking tot de kinderen dan ook altijd onmiddellijk vatbaar voor de uitvoeringsmaatregelen bepaald in artikel 387ter BW (zie uitdrukkelijk art. 387ter § 2 BW) zonder dat de rechtbank eerst nog een uitvoerbare titel aan een ouder moet verlenen.

Merkwaardig is dat ouders die ervoor kiezen om op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk uit de echt te scheiden (EOO), geen enkele regeling met betrekking tot hun kinderen dienen te treffen om de echtscheiding te kunnen bekomen. Bereiken zij toch een overeenkomst over voorlopige maatregelen (bijvoorbeeld over hun kinderen), dan bepaalt de wet dat de echtgenoten de (echtscheidings)rechter *kunnen* verzoeken hun overeenkomsten over de voorlopige maatregelen te homologeren, wat de rechter enkel kan weigeren als de overeenkomst duidelijk in strijd is met het belang van de kinderen (art. 1256 lid 1 en lid 2 Ger.W.). Ingeval de EOO door beide echtgenoten samen wordt gevorderd, homologeert de rechter die de echtscheiding uitspreekt desgevallend de tussen partijen gesloten akkoorden (art. 1255 § 1 lid 3 Ger.W.) over de regeling na echtscheiding.

3. Geschilbeslechting door de rechters

Ingeval de ouders niet samenleven kan de bevoegde rechter, zo hij gevat wordt door beide ouders of door één van hen of door de procureur des Konings, de *uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdragen aan één van beide ouders*:

- bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes, of;
- wanneer deze overeenstemming strijdig lijkt met het belang van het kind (art. 374 § 1 lid 2 BW).[76]

De rechter is dus geenszins verplicht om, desgevraagd, de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door beide ouders te vervangen door de uitsluitende uitoefening ervan door één ouder. Hij heeft meerdere mogelijkheden. Zo kan hij de regel van de gezamenlijke gezagsuitoefening integraal handhaven, ook al wordt door één (of beide) partij(en) de uitsluitende gezagsuitoefening gevorderd. Hij kan ook de uitoefening van het ouderlijk gezag volledig en uitsluitend opdragen aan één ouder of een regime van getemperde uitsluitende gezagsuitoefening of getemperde gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag opleggen (zie hoger).

Wanneer het wettelijk vermoeden van instemming in een regime van (al dan niet getemperde) gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag niet aan de werkelijkheid beantwoordt ('bij gebreke van instemming'), is er een verhaalsmogelijkheid bij de jeugdrechtbank (art. 373 lid 3 BW), a priori in geval van onenigheid over de gezamenlijk te nemen beslissing, a posteriori indien een ouder alleen is opgetreden met miskenning van het recht van de andere ouder. De rechtbank kan een van de ouders toestemming verlenen alleen op te treden voor een of meer bepaalde handelingen (art. 373 lid 4 BW).

§ 3 Synthese: wat kunnen Nederland van België op het gebied van gezagsrecht van elkaar leren?

Het Nederlandse en het Belgische gezagsrecht vertonen veel overeenkomsten: de inhoud van het gezag komt grotendeels overeen en in beide landen is het gezamenlijk gezag na de scheiding de hoofdregel. Toch zijn er ook belangrijke verschillen.

Oorspronkelijk was het ouderlijk gezag in Nederland – net als in België – voorbehouden aan de juridische ouders. Hoewel de wet nog steeds over het

[76] Voor een analyse van gevallen waarin de uitsluitende gezagsuitoefening werd toegekend, zie A. De Wolf, 'De uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag: uitgangspunt of uitzondering?', *EJ* 2003, p. 118-129.

ouderlijk gezag spreekt, kan het gezag thans in Nederland ook aan sociale ouders worden toegekend. Het gaat hier vooral om de lesbische 'meemoeder' van het kind, die met de juridische moeder is gehuwd of verbonden door een geregistreerd partnerschap (art. 1:253sa BW) maar het kind niet heeft geadopteerd, en om de stiefouder die het kind opvoedt samen met de juridische ouder van het kind dat onder eenhoofdig gezag van deze ouder staat (art. 1:253t BW). In België daarentegen, is het ouderlijk gezag nog steeds dwingend gekoppeld aan het juridische ouderschap, dat ontstaat door afstamming of adoptie. Sociale ouders van het kind, zoals de lesbische 'meemoeder' die het kind niet heeft geadopteerd, of de stiefouder die samen met de ouder het kind opvoedt, kunnen naar het Belgisch recht nimmer met het gezag worden belast. Vanwege de grote rol van sociale ouders in het leven van het kind wordt dit als een gemis gezien. Er zijn voorstellen ingediend[77] om het medegezag van de sociale ouder naar Nederlands model te introduceren.

In Nederland is het gezag een kwestie van alles of niets: *of* beide ouders worden met het gezamenlijk gezag belast, of een van hen krijgt het eenhoofdig gezag en de ander niets. In België daarentegen, bestaan naast de 'zuivere' regimes van volledig gezamenlijke gezagsuitoefening (alle beslissingen door beide ouders te nemen) of volledig uitsluitende gezagsuitoefening (alle beslissingen door één ouder te nemen) nog twee tussenvormen. Zo kan de rechter bij een regime van uitsluitende gezagsuitoefening bepalen welke beslissingen met betrekking tot de opvoeding alleen met instemming van beide ouders kunnen worden genomen (art. 374 § 1 lid 3 BW). Deze daaruit voortvloeiende bevoegdheid van de niet met gezag belaste ouder gaat verder dan het Nederlandse consultatierecht ex artikel 1:377b BW, omdat in België de ouder niet slechts om zijn mening wordt gevraagd maar daadwerkelijk over bepaalde onderwerpen kan meebeslissen. Daardoor wordt het regime van eenhoofdig gezag versoepeld. Bij het gezamenlijke gezagsregime kan de rechter één van de ouders toestemming verlenen om alleen op te treden voor één of meer bepaalde handelingen. Op deze wijze wordt het regime van gezamenlijk gezag getemperd. De Belgische getemperde regimes voor gezagsuitoefening kunnen voor de Nederlandse wetgever een aanrader zijn. Deze tussenregimes vergroten de flexibiliteit van het gezagsrecht en kunnen bijvoorbeeld soelaas bieden voor het geval dat ouders met medegezag niet in staat zijn om goed met elkaar te communiceren en daardoor niet samen beslissingen kunnen nemen. Een verdeling van

---

77 In de huidige legislatuur (53ste zittingsperiode van de Kamer van Volksvertegenwoordigers): wetsvoorstel-Verherstraeten (CD&V) tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van het kind wat het zorgouderschap betreft, *Parl.St*. Kamer Buitengewone Zitting 2010, nr. 53K0119/001 (9 september 2010); wetsvoorstel-Brotcorne en George (cdH) teneinde het zorgouderschap in het Burgerlijk Wetboek op te nemen, *Parl.St*. Kamer 2010/11, nr. 53K0819/001 (14 december 2010); wetsvoorstel-Lahaye-Battheu *c.s.* (Open Vld) tot wijziging van het Burgerlijk en Gerechtelijk Wetboek wat betreft de invoering van een medebeslissingsrecht voor stiefouders ten aanzien van het kind van hun partner, *Parl.St*. Kamer 2010/11, nr. 53K0943/001 (21 december 2010).

beslissingsbevoegdheid in het kader van een getemperd gezagsregime zou hen veel gangen naar de rechter kunnen besparen.

In Nederland is de beslissing tot eenhoofdig gezag voorbehouden aan de rechter, de ouders kunnen dat niet bij overeenkomst regelen. Een dergelijke bepaling in een ouderschapsplan of echtscheidingsconvenant is nietig wegens strijd met de wet. Deze vergaande inperking van de autonomie van de ouders is noch in de parlementaire geschiedenis, noch in de literatuur goed onderbouwd. In België wordt aangenomen dat de ouders ook bij overeenkomst voor een uitsluitend of getemperd gezagsuitoefeningsregime kunnen kiezen. De introductie van deze mogelijkheid in het Nederlandse recht zou goed aansluiten bij het beginsel dat, voor zover de ouders met elkaar in overeenstemming zijn, er geen ruimte is voor interventie door de Staat, een en ander gebaseerd op het recht op bescherming van het gezins- en familieleven zoals gewaarborgd door artikel 8 EVRM. Overeenkomsten van de ouders over gezamenlijk of eenhoofdig gezag zouden in Nederland deel kunnen uitmaken van het ouderschapsplan, en zo aan rechterlijke controle kunnen worden onderworpen.

In Nederland beslist de rechter over het toekennen van eenhoofdig gezag op basis van het rigide 'klem-en verloren-criterium' (art. 1:251a lid 1 onder a BW) aangevuld met de open norm dat de rechter de mogelijkheid heeft om eenhoofdig gezag toe te kennen als dat 'anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is' (art. 1:251a lid 1 onder b BW). Als gevolg daarvan worden ook ouders met ernstige conflicten met gezamenlijk gezag belast. In België zijn de criteria voor het toekennen van eenhoofdig gezag wat minder streng. De rechter is daartoe bevoegd:

- bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes, of;
- wanneer er wel overeenstemming is, maar deze strijdig lijkt met het belang van het kind (art. 374 § 1 lid 2 BW).

De uitbreiding en versoepeling van de mogelijkheid om in geval van een conflictsituatie eenhoofdig gezag toe te kennen zou het aantal gevallen van toekenning van gezamenlijk gezag in conflictsituaties kunnen terugbrengen, hetgeen een deel van de problemen met het functioneren van de ouders na scheiding zou kunnen wegnemen.

In Nederland zijn sinds 2009 afspraken over de kinderen voor alle uit elkaar gaande ouders verplicht (het ouderschapsplan). In België worden deze afspraken enkel vereist bij de echtscheiding door onderlinge overeenstemming (EOT). In geval van echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk (EOO) is er geen enkele wettelijke prikkel om overeenkomsten over de kinderen te maken. In de Nederlandse literatuur werd de vereiste van een

ouderschapsplan vooral bekritiseerd met betrekking tot de scheiding op eenzijdig verzoek. Daarbij werd erop gewezen dat in dat geval het positief stimuleren van afspraken beter op zijn plaats zou zijn.[78] Het lijkt België niet aan te raden om bij alle vormen van echtscheiding afspraken over de kinderen verplicht te stellen. Wel een aanrader kan zijn om dergelijke afspraken bij de EOO positief te stimuleren[79] door de procedure sneller en/of goedkoper te maken als de ouders een overeenkomst over de kinderen hebben gesloten.

In Nederland heerst onduidelijkheid over de vraag of de rechter het ouderschapsplan ambtshalve kan aanpassen als hij daarin gemaakte afspraken strijdig acht met het belang van het kind en de ouders weigeren deze aan te passen. In België is de situatie helder. Wanneer de rechter de EOT-afspraken strijdig acht met de belangen van de kinderen, kan hij partijen een wijziging voorstellen. Als de partijen niet op dat voorstel ingaan vindt een zitting plaats, tijdens welke de rechter bedingen die kennelijk strijdig zijn met de belangen van de minderjarige kinderen kan laten schrappen of wijzigen (art. 1290 lid 2, lid 4 en lid 5 Ger.W.). De overname van deze regel in Nederland zou de huidige onduidelijkheid uit de wereld helpen.

III VERBLIJF EN CONTACT

§ 1 Het Nederlandse recht

A. Verdeling van zorg en opvoedingstaken in geval van gezamenlijk gezag

1. Verblijfsco-ouderschap

Vóór de wetswijziging van 1 maart 2009 was verblijfsco-ouderschap (in Nederland spreekt men van 'co-ouderschap') in Nederland niet in de wet geregeld, maar mogelijk indien beide ouders het wensten en de rechter het in het belang van het kind achtte. Het verblijfsco-ouderschap is in Nederland zeker geen marginaal verschijnsel: in 2009 ging het om circa 20% van de kinderen van gescheiden ouders. Bij kinderen onder elf jaar is dat percentage nog hoger: daar gaat het om een kwart van alle scheidingskinderen.[80]

---

78 Voor een overzicht zie: M. Antokolskaia, *Nederlands echtscheidingsrecht en the CEFL Principles on Divorce: Welke is* 'the Better Law? (oratie Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2006, p. 16-17.

79 Naast de bestaande mogelijkheid om overeenkomsten over voorlopige maatregelen met betrekking tot de kinderen door de echtscheidingsrechter te laten homologeren (art. 1256 Ger.W.).

80 E. Spruijt & H. Kosmos, *Handboek scheiden en de kinderen*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010, p. 37.

De Wet van 27 november 2008 heeft een nieuwe regeling ingevoerd die luidt:

Artikel 1:247 BW
'(…)
4. Een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, behoudt na ontbinding van het huwelijk (…) recht op een *gelijkwaardige verzorging en opvoeding* door beide ouders.
5. Ouders kunnen (…) in een overeenkomst of ouderschapsplan rekening houden met praktische belemmeringen die ontstaan in verband met de ontbinding van het huwelijk (…) echter uitsluitend voor zover en zolang de desbetreffende belemmeringen bestaan.'[81]

Of onder 'gelijkwaardige verzorging en opvoeding' het verblijfsco-ouderschap moet worden verstaan, bleef lang onduidelijk. Deze regel kwam in de wet door het amendement-De Wit.[82] Omdat dit amendement was gebaseerd op het afgewezen wetsvoorstel-Luchtenveld, is een onderzoek naar zijn strekking niet mogelijk zonder een terugblik naar het afgewezen wetsvoorstel-Luchtenveld.

De evolutie van het wetsvoorstel-Luchtenveld op het punt van het verblijfsco-ouderschap is reeds uitvoerig beschreven.[83] Om een lang verhaal kort te maken: het wetsvoorstel-Luchtenveld had een oorspronkelijke, 'sterke' versie die in het amendement-De Wit woordelijk is overgenomen. Uit de toelichting door Luchtenveld op die oorspronkelijke sterke versie blijkt ondubbelzinnig dat daarmee werd beoogd het verblijfsco-ouderschap in te voeren als prioriteitsmodel. Luchtenveld had het volgende traject voor ogen. Het verblijfsco-ouderschap met een 50/50-regeling zou het wettelijke uitgangspunt moeten worden. In beginsel zouden de ouders zelf beslissen over het verblijf van hun kinderen. Maar van het verblijfsco-ouderschap zouden ze slechts kunnen afwijken voor zover praktische belemmeringen dit zouden rechtvaardigen, en zolang die belemmeringen zouden bestaan. Als de ouders er niet zelf uit zouden komen, zou de rechter over de verblijfsregeling moeten beslissen. Daarbij zou hij het verblijfsco-ouderschap als eerste optie moeten overwegen en daarvan slechts gemotiveerd mogen afwijken op grond van specifieke omstandigheden die met praktische belemmeringen na de scheiding te maken hebben. Van deze afwijkingsmogelijkheid moest geen algemeen gebruik worden gemaakt. Strikt genomen betekende dit dat de rechter het verblijfsco-ouderschap ambtshalve zou

---

81 Cursivering toegevoegd.

82 Gewijzigd amendement De Wit, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 145, nr. 26.

83 J. Kok, 'Gelijkwaardig ouderschap, een nieuwe norm in het scheidingsrecht', in: M. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht*, Amsterdam: SWP 2006, p. 177-190; M.V. Antokolskaia, 'Salomo's oordeel nieuwe stijl: verblijfsco-ouderschap in België en Nederland', *TPR* 2010, p. 1179-1243; M.V. Antokolskaia, 'Verblijfsco-ouderschap in Nederland: eindelijk duidelijkheid!', *Justitiële verkenningen* 2011, p. 9-20.

moeten overwegen, zelfs wanneer geen van de ouders erom heeft verzocht.[84] Na veel kritiek uit de Tweede Kamer heeft Luchtenveld zijn voorstel moeten afzwakken. In de eindversie die naar de Eerste Kamer ging[85] was de definitieve regeling inzake het verblijfsco-ouderschap veel minder dwingend geworden. De ouders kwam daarin aanzienlijk meer vrijheid toe om van het verblijfsco-ouderschap af te wijken. In de eerdere versie was dat slechts mogelijk voor zover en zolang praktische belemmeringen dat rechtvaardigden. In de eindversie waren de ouders in beginsel vrij om zelf een verblijfsregeling te kiezen, mits was verzekerd dat 'beide ouders in voldoende mate contact met het kind onderhouden'.[86] De uitleg die de indiener onder druk van de Kamer had gegeven, namelijk dat 'gelijkwaardig' niet noodzakelijk 'gelijk in tijd', maar slechts 'gelijk in waarde' betekent, deed zelfs twijfelen of men nog steeds kon zeggen dat deze aangepaste regeling de invoering van het verblijfsco-ouderschap beoogde.[87]

Zoals gezegd, is het amendement-De Wit niet op de tekst van de tweede, gematigde versie van het afgewezen wetsvoorstel gebaseerd, maar op de tekst van de eerste, sterke versie. Voor de toelichting op zijn amendement verwees De Wit naar de toelichtingen op het afgewezen wetsvoorstel. Omdat de tekst van het amendement identiek is aan die van de sterke versie van het wetsvoorstel, zou logischerwijs naar de toelichting op de sterke en niet op de gematigde versie moeten worden gekeken. Dit liep echter anders, vermoedelijk omdat de verantwoordelijke minister niet blij was met dit 'vijandelijke' amendement op zijn wetvoorstel.

In zijn memorie van antwoord legde de Minister van Justitie het aanvaarde amendement zeer restrictief uit. De minister verwees naar de parlementaire behandeling van de latere, gematigde versie van het wetsvoorstel-Luchtenveld, met name naar de uitspraak van Luchtenveld dat het gelijkwaardig ouderschap niet noodzakelijk een 50/50 verdeling inhoudt. Door deze gang van zaken ontstond na de inwerkingtreding van de wet verwarring over de vraag of de nieuwe regel over 'gelijkwaardige verzorging en opvoeding' nu wel of niet de invoering van het verblijfsco-ouderschap als prioriteitsmodel inhoudt.[88] Dat wil

---

84 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 676, nr. 6, p. 4-5.

85 *Kamerstukken I* 2005/06, 29 676, nr. A.

86 Zie over deze evolutie: J. Kok, 'Gelijkwaardig ouderschap, een nieuwe norm in het scheidingsrecht', in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht,* Amsterdam: SWP 2006, p. 177-190.

87 J. Kok, 'Gelijkwaardig ouderschap, een nieuwe norm in het scheidingsrecht', in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht,* Amsterdam: SWP 2006, p. 183.

88 Over deze controverse, zie J. Kok, 'Gelijkwaardig ouderschap, een nieuwe norm in het scheidingsrecht', in: M.V. Antokolskaia (red.), *Herziening van het echtscheidingsrecht,* Amsterdam: SWP 2006, p. 177-190; F. Schonewille, 'De Wet Bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is een feit: exit klassieke omgangsregeling', *WPNR* 2009, p. 432-433; M.V. Antokolskaia,

zeggen of de rechter het verblijfsco-ouderschap altijd als eerste optie moet overwegen, en of hij daar slechts van mag afwijken op grond van praktische belemmeringen die in verband met de ontbinding van het huwelijk zijn ontstaan. In het kader van deze discussie gaf De Wit zelf in een artikel aan zijn amendement een uitleg die inhield dat het daadwerkelijk de bedoeling was om het verblijfsco-ouderschap de status van prioriteitsmodel te geven. Hij gaf daarbij aan dat, hoewel een 50/50-verdeling niet altijd de uitkomst zal zijn, de rechter de afspraken van partijen eerst aan die maatstaf moet toetsen, en indien hij, bij gebreke van overeenstemming tussen partijen, zelf moet beslissen, het verblijfsco-ouderschap voor hem het richtsnoer is.[89] Door deze onzekere situatie waren alle ogen gericht op het hoogste rechterlijke college.

Op 21 mei 2010 wees de Hoge Raad een arrest over de kwestie. In de eerste plaats bepaalt de Hoge Raad dat de nieuwe regeling de rechter niet verplicht om in alle gevallen verblijfsco-ouderschap toe te passen. Dat is een open deur intrappen: het tegendeel is door niemand beweerd.

In de tweede plaats lijkt de Hoge Raad er vanuit te gaan dat door de wetswijziging het verblijfsco-ouderschap de status van de prioriteitsregeling heeft gekregen. De Hoge Raad volgt namelijk de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer, die is gebaseerd op een correcte weergave van de complexe voorgeschiedenis van het amendement-De Wit. De advocaat-generaal komt tot het oordeel dat 'blijkens de (…) parlementaire geschiedenis neemt art. 1:247 (nieuw) BW de gelijkwaardigheid van de ouders tot uitgangspunt, maar schrijft de wet niet een gelijke (50/50) verdeling voor van de tijd die het kind bij elke ouder doorbrengt. Zelfs in de Franse en Belgische regeling is dat niet dwingend voorgeschreven.'[90] Deze passage moet waarschijnlijk zo worden uitgelegd dat de rechter in elk geval het verblijfsco-ouderschap als eerste optie (het 'uitgangspunt') moet overwegen, maar de vrijheid heeft om daarvan af te wijken.

In de derde plaats overweegt de Hoge Raad dat een afwijking van het verblijfsco-ouderschap door de rechter niet alleen kan worden gemotiveerd door de praktische belemmering die in verband met de ontbinding van het huwelijk zijn ontstaan, maar dat hij zich door het belang van het kind moet laten leiden:

> 'Zoals mede blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet, weergegeven in de conclusie van de Advocaat-generaal onder 2.5-2.13, brengt de door de wetgever tot uitgangspunt

---

'Salomo's oordeel nieuwe stijl: verblijfsco-ouderschap in België en Nederland', *TPR* 2010, p. 1179-1243; M.V. Antokolskaia, 'Verblijfsco-ouderschap in Nederland: eindelijk duidelijkheid!', *Justitiële Verkenningen* 2011, p. 9-20.

89 J. de Wit, 'Een reactie op het artikel 'Gelijkwaardig ouderschap', van mr. drs. J. Kok', *FJR* 2008, p. 45.

90 HR 21 mei 2010, *NJ* 2010, 398.

> genomen gelijkwaardigheid van de beide ouders en de wenselijkheid van een in beginsel gelijke verdeling van zorg- en opvoedingstaken na het uiteengaan van de ouders niet mee dat, wanneer de ouders dienaangaande geen overeenstemming kunnen bereiken, de rechter bij zijn beslissing over de hoofdverblijfplaats van de minderjarige en de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken het belang van de minderjarige niet het zwaarst zou mogen laten wegen. Dat belang dient immers bij de te verrichten afweging van belangen een overweging van de eerste orde te zijn.'

De na dit arrest gepubliceerde rechtspraak laat zien dat de door de Hoge Raad vooropgestelde bevoegdheid om vanuit het belang van het kind over het verblijfsco-ouderschap te beslissen door de rechter is omarmd. De aanwijzing in het arrest dat de rechter het verblijfsco-ouderschap als uitgangspunt zou moeten nemen, lijkt geen weerklank te vinden. Wat ook opvalt, is dat de rechtspraak doorgaans niet verwijst naar het verduidelijkende arrest van de Hoge Raad, maar rechtstreeks naar de onduidelijke wet en de al even onduidelijke parlementaire geschiedenis. De hieronder aangehaalde uitspraken laten goed zien hoeveel onduidelijkheid nog bestaat met betrekking tot de interpretatie van de nieuwe regels betreffende het verblijfsco-ouderschap.

Omdat er geen wettelijke definitie is van verblijfsco-ouderschap ontbreekt het zelfs aan overeenstemming over de vraag wanneer daarvan sprake is. De enige definitie die er is, staat in de Tremanormen, de informele richtlijnen opgesteld door de Werkgroep Alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR).[91] De Tremanormen definiëren het verblijfsco-ouderschap zeer restrictief, namelijk strikt als een 50/50-regeling. De rechtspraak past het begrip ietwat ruimer toe. De Hoven Leeuwarden en 's-Gravenhage spreken ook van verblijfsco-ouderschap bij een bijna gelijke verdeling.[92]

De invulling van het belang van het kind bij de beoordeling van het verzoek tot verblijfsco-ouderschap loopt merkbaar uiteen. De meerderheid van de rechters acht het verblijfsco-ouderschap alleen in het belang van het kind wanneer beide ouders daar achter staan en de communicatie tussen hen goed is.[93] Het Hof 's-Gravenhage heeft zelfs een eigen definitie van het verblijfsco-ouderschap waarin het:

> 'verstaat onder het begrip co-ouderschap een verdeling van zorg- en opvoedingstaken op 50/50 basis dan wel een regeling waarbij

---

91 Voor meer over de Tremanormen, zie verder.

92 Hof Leeuwarden 20 januari 2010, *LJN* BL2337; Hof 's-Gravenhage 27 september 2011, *LJN* BT6801; Hof 's-Gravenhage 16 februari 2011, *LJN* BP7147.

93 Hof Amsterdam 18 augustus 2009, *LJN* BJ5563; Hof 's-Gravenhage 9 februari 2011, *LJN* BP6275; Hof 's-Gravenhage 28 april 2010, *LJN* BN1433.

> de ouders ongeveer eenzelfde aandeel in de opvoeding en verzorging van de minderjarigen hebben, waarbij de kosten van de minderjarigen worden gedeeld en waarbij goede samenwerking en verstandhouding van de ouders vereist is.'[94]

Een minderheid van de rechtspraak gaat ervan uit dat het verblijfsco-ouderschap ook op eenzijdig verzoek, ondanks het verzet van de andere ouder, in belang van het kind kan worden toegewezen. Zo merkt de Rechtbank Haarlem bij de toewijzing van een eenzijdig verblijfsco-ouderschapsverzoek van de vader op dat van de moeder kan worden verwacht dat zij in het belang van de kinderen zal werken aan verbetering van de communicatie tussen partijen.[95] Het Hof 's-Gravenhage bekrachtigt een uitspraak van de rechtbank waarin de kinderen onder toezicht zijn gesteld en uit huis geplaatst met het enkele doel om verblijfsco-ouderschap mogelijk te maken en te waarborgen.[96]

In een aantal uitspraken wordt ondanks het oordeel dat beide ouders even goed kwalificeren om voor de kinderen te zorgen, en zonder aanwijzingen voor een slechte communicatie, het (eenzijdig) verzoek van de vader tot verblijfsco-ouderschap afgewezen enkel omdat hij meer uren werkt dan de moeder, en de moeder tijdens de relatie meer uren heeft besteed aan de zorg voor de kinderen.[97] Daartegenover staat een uitspraak van de Rechtbank Haarlem waarin het eenzijdig verzoek tot verblijfsco-ouderschap van de vader wordt toegewezen, ondanks het feit dat de moeder minder uren werkt dan de vader, nu de vader aannemelijk heeft gemaakt dat hij ondanks zijn werkbelasting in staat is om voor de kinderen te zorgen.[98]

Zelfs deze beperkte bespreking van de rechtspraak laat zien hoe weinig eenvormigheid er nog is in de toepassing van de nieuwe regels. De geconstateerde verschillen kunnen niet worden verklaard door verschillen in de omstandigheden van het geval, maar vinden hun oorzaak in verschillende opvattingen van tamelijk fundamentele aspecten van de nieuwe wettelijke regeling: de vraag of verblijfsco-ouderschap mogelijk moet worden geacht op eenzijdig verzoek tegen de zin van een van de betrokken ouders in, en de vraag of een ongelijke werkbelasting van de ouders een verblijfsco-ouderschap in de weg staat. Deze kwesties vragen om verduidelijking door het hoogste rechterlijke college.

---

94 Hof 's-Gravenhage 16 februari 2011, *LJN* BP7147. Cursivering toegevoegd.

95 Rb. Haarlem 23 april 2009, nr. AR2009/2478 (ongepubliceerd).

96 Hof 's-Gravenhage 14 oktober 2009, *LJN* BK1714.

97 Rb. Groningen 6 april 2010, *LJN* BM3955; Hof 's-Hertogenbosch 20 april 2010, *LJN* BM2085; Hof 's-Gravenhage 28 april 2010, *LJN* BN1433 (in de laatste zaak is het verweer van de slechte communicatie wel gevoerd).

98 Rb. Haarlem 23 april 2009, nr. AR2009/2478 (ongepubliceerd).

2. Contactregeling

Indien niet door de ouders of door de rechter tot verblijfsco-ouderschap wordt besloten, komt men uit bij een ongelijke verdeling van zorg en opvoedingstaken en komt het hoofdverblijf van het kind bij een van de ouders. De ouder bij wie het kind geen hoofdverblijf heeft, heeft het recht op persoonlijk contact met het kind. Het recht van een met gezag belaste ouder op persoonlijk contact wordt geacht inherent te zijn aan het gezag en is derhalve niet apart in de wet geregeld.[99] Zoals eerder aangegeven, wordt bij gezamenlijk gezag niet meer van 'omgang' gesproken, omdat deze term zou impliceren dat één ouder het kind verzorgt en de andere het slechts af en toe bezoekt. Maar omdat een aanduiding voor dit fenomeen bij ongelijke tijdsverdeling moeilijk kan worden gemist, wordt in de praktijk vaak over 'contact' gesproken. Een ouder met gezag heeft te allen tijde het recht om de rechter om de vaststelling van een contactregeling te verzoeken, en het contact kan hem slechts tijdelijk worden ontzegd (art. 1:253a lid 2 onder a BW).

De gronden voor ontzegging van het contact zijn dezelfde als voor de ontzegging van de omgang voor een ouder zonder gezag: de omgang zou ernstig nadeel opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind; de ouder is kennelijk ongeschikt of moet kennelijk niet in staat worden geacht tot omgang; het kind ouder dan twaalf jaar heeft ernstige bezwaren tegen de omgang; of de omgang is anderszins in strijd met zwaarwegende belangen van het kind (art. 1:377a lid 3 BW). Sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 29 februari 2009, gebaseerd op het arrest van het EHRM van 19 juni 2003, *Nekvedavicius v. Duitsland*,[100] is de rechter niet meer verplicht om in zijn beschikking een termijn voor de ontzegging op te nemen.[101] De Hoge Raad oordeelde als volgt:

> 'Elke afwijzing van een dergelijk verzoek (tot vaststelling van een omgangsregeling tussen ouder en kind) is tijdelijk van aard, in die zin dat de ouder wiens verzoek is afgewezen zich in geval van wijziging van omstandigheden en in ieder geval na verloop van één jaar opnieuw tot de rechter kan wenden teneinde een omgangsregeling te doen vaststellen.'[102]

---

99 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1000.

100 EHRM 19 juni 2003, nr. 46165/99.

101 M. Martens & I. van der Kamp 'Ontzegging van de toedeling van de zorg- en opvoedingstaken (zorgregeling) bij gezamenlijk gezag?', *WPNR* 2009, p. 797-799.

102 HR 29 februari 2009, *NJ* 2009, 164 m.nt. S.F.M. Wortmann.

B. *Recht van de ouder zonder gezag op omgang, informatie en consultatie*

1. Omgang

Aanvankelijk kende Boek 1 van het nieuw BW in 1971 (art. 1:161 lid 5 BW oud) geen recht op omgang, maar slechts de discretionaire rechterlijke bevoegdheid om een omgangsregeling te treffen. Net als in het geval van gezag, begon de Hoge Raad al in de jaren tachtig beslissingen te nemen die rechtstreeks werden gebaseerd op artikel 8 EVRM.[103] Door de wetswijzigingen van 1990 en 1995 werd het omgangsrecht stevig in de wet verankerend. Het recht van omgang tussen het kind en de ouder wordt beschouwd als een fundamenteel recht, beschermd door artikel 8 EVRM en artikel 9 lid 3 IVRK.

In de Wet van 27 november 2008 is een aantal maatregelen getroffen om het recht tot onderling contact tussen het kind en de ouder zonder gezag beter te waarborgen. Krachtens artikel 1:377a lid 1 BW heeft het kind recht op omgang met de ouder zonder gezag, maar geen plicht tot omgang. De ouder zonder gezag heeft het recht op - en sinds de inwerkingtreding van de wet ook de plicht - tot omgang met zijn kinderen (art. 1:377a lid 1 BW). De ouder met gezag is door deze wet belast met de plicht om de ontwikkeling van de banden tussen het kind en de andere ouder te bevorderen (art. 1:247 lid 3 BW). In geval van niet-nakoming van een omgangsregeling door de verzorgende ouder, staat de gedupeerde ouder reeds lang een uitgebreid stelsel van – overigens weinig soelaas biedende – dwangmiddelen ter beschikking.[104] Dezelfde wetswijziging maakt ook het spiegelbeeld mogelijk, namelijk dat de ouder met gezag van de ouder zonder gezag de nakoming van de 'omgangsplicht' door deze andere ouder vordert. Er bestaat echter de gerechtvaardigde twijfel of omgang met een onwillige ouder onder druk van gijzeling of dwangsom in het belang van het kind is.[105] Vlaardingerbroek heeft de suggestie gedaan dat het in dergelijke gevallen beter voor het kind zou zijn om de onwillige ouder de omgangsplicht te laten 'afkopen' door een soort 'ouderboete' te betalen. Dat geld zou de verzorgende ouder in staat stellen om bijvoorbeeld extra opvang te betalen.[106] De plicht van de ouder zonder gezag tot omgang betekent niet dat deze ouder verplicht kan worden om de zorg voor de kinderen tijdens een door de andere ouder bepaalde periode op zich te nemen. Zo wees het Hof Amsterdam het verzoek af van de moeder die eiste dat de vader tijdens bepaalde dagdelen de

---

103 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1002.

104 Zie daarover: J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1012.

105 P. Vlaardingerbroek, 'De wetgever laat Jeroen (en vele andere kinderen) niet in de kou staan', *FJR* 2009, p. 232.

106 P. Vlaardingerbroek, 'De wetgever laat Jeroen (en vele andere kinderen) niet in de kou staan', *FJR* 2009, p. 232.

zorg voor de kinderen op zich zal nemen, hetgeen voor de vader wegens zijn werkverplichtingen onmogelijk was.[107]

De ouders kunnen de omgangsregeling zelf maken of te allen tijden de rechter daarom vragen (art. 1:377a lid 2 BW). Artikel 1:377g BW geeft een kind ouder dan twaalf jaar de mogelijkheid om de rechter informeel te verzoeken om ambtshalve een omgangsregeling vast te stellen of te wijzigen (de zogenaamde 'informele rechtsgang'). Hetzelfde geldt voor een kind jonger dan twaalf jaar mits het in staat wordt geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake.

De rechter is bevoegd om het recht tot omgang van de ouder zonder gezag te ontzeggen op de in artikel 1:377a lid 2 BW omschreven gronden. Deze gronden zijn dezelfde als voor ontzegging van het contact met de ouder met gezag.[108] Hoewel de wet het toelaat om de omgang met de ouder zonder gezag al dan niet voor bepaalde tijd te ontzeggen, maakt de Hoge Raad in zijn uitspraak dat de beperking van omgang altijd tijdelijk van aard is, geen onderscheid tussen de ouder met en zonder gezag. Dat betekent dat ook de ouder zonder gezag steeds na een jaar de herziening van het omgangsverbod kan vorderen.[109] Praktisch lijkt dit niet: als de omstandigheden niet gewijzigd zouden zijn, zou het alleen tot onnodige procedures kunnen leiden.

2. Informatie en consultatie

Naast het recht tot omgang heeft de ouder zonder gezag het recht om informatie te ontvangen over gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon van het kind en diens vermogen: van de andere ouder (art. 1:377b lid 1 BW) en van derden die beroepsmatig over dergelijke informatie beschikken (art. 1:377c BW). Artikel 1:377b lid 1 BW geeft de ouder zonder gezag ook het recht om - zo nodig door tussenkomst van derden - geraadpleegd te worden wanneer de andere ouder over gewichtige aangelegenheden betreffende het kind beslist. Dit recht gaat niet verder dan het recht om geraadpleegd te worden: de ouder met gezag hoeft het advies van de andere ouder niet te volgen. De rechter kan in het belang van het kind, op verzoek van de met gezag belaste ouder of ambtshalve bepalen dat de regels inzake het recht van informatie en consultatie buiten toepassing blijven (art. 1:277b lid 2 BW).

---

107 Hof Amsterdam 9 juni 2009, *LJN* BI9807.

108 Zie voorafgaande paragraaf.

109 M. Martens & I. van der Kamp 'Ontzegging van de toedeling van de zorg- en opvoedingstaken (zorgregeling) bij gezamenlijk gezag?', *WPNR* 2009, p. 797-799.

§ 2 Het Belgische recht

A. Verblijfsco-ouderschap bij gezamenlijke gezagsuitoefening

1. Totstandkoming en terminologie

Op 17 maart 2005 diende de Belgische regering – met Minister van Justitie Onkelinx – bij de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsontwerp in 'tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind.'[110] Dit ontwerp was er gekomen als uitvloeisel van de Staten-Generaal van de Gezinnen in 2003/2004, alwaar belangengroeperingen zeer actief waren en waar – althans volgens het verslag – bijna unaniem was voorgesteld om inzake de verblijfsregeling in de wet een referentiemodel in te voeren.[111] Die unanimiteit bestond evenwel vooral langs Franstalige zijde, terwijl de meeste Vlaamse leden tegen een referentiemodel gekant waren. Uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp[112] blijkt dat de wetgever de volgende vier doelstellingen nastreefde:

- invoering van een gelijkmatig verdeeld verblijf van het kind bij zijn niet-samenlevende ouders als wetgevend model, enerzijds om een grotere voorspelbaarheid van de uitspraken te bekomen en het aantal gerechtelijke procedures te doen afnemen en anderzijds om de gelijkheid tussen ouders te bevorderen;
- invoering van de bestendige saisine van de jeugdrechtbank (zie art. 387*bis* lid 5 en lid 6 BW);
- organisatie van de gedwongen tenuitvoerlegging van uitspraken inzake verblijf en omgang (zie art. 387ter § 1 lid 5 BW);
- niet langer toepasselijk verklaren van de beperkingen en uitsluitingen inzake beslag van loon en sociale uitkeringen (= toekenning van het 'supervoorrecht') voor de bedragen verschuldigd ten titel van dwangsom in deze materie (zie art. 387ter § 1 lid 6 BW).

In het wetsontwerp van de regering was ook al voorzien in een mogelijkheid voor de rechter om af te wijken van het principe van een strikt gelijkmatig verdeeld verblijf door 'beurtelingse huisvesting met tijdvakken van

---

110 Wetsontwerp tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, *Parl.St*. Kamer 2004/05, nr. 51K1673/001. De daarin vervatte ontwerpregeling werd voor het eerst voorgesteld op een studiedag van de *Commission jeunesse du barreau de Liège*, 'L'hébergement alterné, solution idéale?' op 21 januari 2005 door minister Onkelinx en haar kabinetsmedewerker D. Pire.

111 *De Staten-Generaal van het Gezin. In een notendop*, Brussel: Ed. Luc Pire 2004, p. 55-56.

112 *Parl.St*. Kamer 2004/05, nr. 51K1673/001, p. 4-10.

verschillende duur'[113] op te leggen. De bewijslast werd gelegd op de ouder die van het principe wou afwijken: deze moest aantonen dat er contra-indicaties voor verblijfsco-ouderschap waren.[114] De uiteindelijke wettekst is op dit vlak minder verregaand: de rechter die het strikt gelijkmatig verdeeld verblijf niet de meest passende oplossing acht, kan een 'ongelijk verdeeld verblijf' vastleggen.

In de Wet van 18 juli 2006 wordt systematisch het begrip 'huisvesting' van het kind gehanteerd als equivalent van het Franse begrip *hébergement*. Het gaat hier evenwel om een verkeerde Nederlandse vertaling van de Franse term. *Hébergement* kan immers twee geheel verschillende zaken betekenen: (1) huisvesting of (2) verblijf. Ten onrechte werd in de tekst van de wet gekozen voor de eerste vertaling, waar het eigenlijk gaat om het verblijf van het kind van gescheiden ouders en geenszins om zijn huisvesting (dit is het onderdak bieden aan een persoon). In de Nederlandstalige rechtsleer wordt de term 'huisvesting' door geen enkele auteur aangewend, en in de praktijk gebruikt de overgrote meerderheid van de Nederlandstalige magistraten en advocaten niet de term 'huisvesting' van het kind maar die van 'verblijf' van het kind.[115]

De inwerkingtreding van de Wet van 18 juli 2006 heeft de Belgische rechtspractici er ook toe genoodzaakt het voorheen gehanteerde begrippenkader bij te stellen. Sinds de Wet van 13 april 1995 stond de term 'co-ouderschap' voor het principe van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag, en dit ongeacht de verblijfsregeling van de kinderen. Deze algemene term gaf aanleiding tot heel wat spraakverwarring in de rechtspraktijk, doordat er nu eens de gezamenlijke gezagsuitoefening mee werd bedoeld en dan weer de regeling waarbij het kind alternerend gedurende een even lange periode bij elk van beide ouders verblijft. De term 'co-ouderschap', die een vlag is die twee geheel verschillende ladingen dekt, wordt na de Wet van 18 juli 2006 best vermeden. Het is correcter en duidelijker om te spreken van 'verblijfsco-ouderschap' tegenover het 'gezagsco-ouderschap'. In de Belgische rechtspraktijk worden nog heel wat andere, minder adequate benamingen gebruikt om de formule van het gelijkmatig verdeeld verblijf te verwoorden. Termen als 'afwisselend verblijf', 'alternerend verblijf' of 'beurtelings verblijf' (*hébergement alterné*) worden beter vermeden, aangezien het verblijf steeds afwisselend is, ook als het niet gelijk in de tijd is verdeeld. Het lijkt evenmin aangewezen om voor een regeling van strikt gelijkmatig verdeeld verblijf de term 'tweeverblijf' te gebruiken, daar

---

113 Ontwerp van lid 3 van art. 374 § 2 BW, beoogd door art. 2 wetsontwerp tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind, *Parl.St*. Kamer 2004/05, nr. 51K1673/001, p. 27.

114 Bespreking van art. 2 van voormeld wetsontwerp, *Parl.St*. Kamer 2004/05, nr. 51K1673/001, p. 13.

115 G. Verschelden, F. Swennen & P. Senaeve, 'Voorwoord', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Verblijfsco-ouderschap. Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen. Adoptie door personen van hetzelfde geslacht*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. xvii-xviii.

dit begrip onvoldoende aangeeft dat het hier gaat om een gelijke verdeling van de tijd die het kind bij elk van zijn ouders doorbrengt.[116] De term 'bilocatie' is helemaal uit den boze, nu dit de gelijktijdige aanwezigheid van een lichaam op twee plaatsen betekent, hetgeen hier uiteraard niet wordt bedoeld.[117]

2. Criteria voor toewijzing

Ingeval niet-samenlevende ouders in een regime van gezamenlijke gezagsuitoefening een geschil omtrent het verblijf van het kind bij de rechtbank aanhangig hebben gemaakt maar naderhand tot een akkoord zijn gekomen, dan moet dit akkoord tussen ouders door de rechtbank worden gehomologeerd, tenzij het kennelijk strijdig is met het belang van het kind (art. 374 § 2 lid 1 BW). De rechtbank toetst de inhoud van de consensusregeling tussen ouders slechts marginaal; de homologatie zal slechts zeer uitzonderlijk worden geweigerd.[118]

Bij gebrek aan akkoord is verblijfsco-ouderschap het prioritair te onderzoeken verblijfsregime. De rechtbank moet immers, op vraag van minstens één van de ouders, bij voorrang de mogelijkheid tot gelijkmatig verdeeld verblijf onderzoeken (art. 374 § 2 lid 2 BW). Als geen van beide ouders het verblijfsco-ouderschap vordert (noch in hoofdorde, noch ondergeschikt), moet de rechter deze verblijfsregeling niet bij voorrang onderzoeken, wat evenwel niet betekent dat hij geen verblijfsco-ouderschap zou kunnen uitspreken. Dit is mogelijk bij gedeeltelijke inwilliging van de hoofd- en tegeneis die beide strekken tot het bekomen van hoofdverblijf kan de rechter deze verblijfsregeling dus niet (ambtshalve) opleggen.

Ongelijkmatig verdeeld verblijf blijft evenwel mogelijk, nu de wet bepaalt dat indien de rechtbank van oordeel is dat het gelijkmatig verdeeld verblijf niet de meest passende oplossing is, zij kan beslissen om een ongelijk verdeeld verblijf

---

116 I. Martens, 'Het verblijfsco-ouderschap als prioritair te onderzoeken verblijfsregeling', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Verblijfsco-ouderschap. Uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen. Adoptie door personen van hetzelfde geslacht*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 20-21, nr. 44.

117 P. Senaeve & H. Vanbockrijck, 'De wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap, de blijvende saisine van de jeugdrechtbank en de tenuitvoerlegging van uitspraken aangaande verblijf en omgang', *EJ* 2006, p. 124, nr. 24, met verwijzing naar *Van Dale Groot Woordenboek van de Nederlandse Taal* 2005, p. 429.

118 *Parl.St.* Kamer 2004/05, nr. 51K1673/001, p. 11. Zie bijv. Jeugdrb. Charleroi 14 mei 2004, *Revue trimestrielle de droit familial* (*RTDF*) 2005, p. 238, waar de rechter weigerde een overeenkomst houdende het gelijkmatig verdeeld verblijf te homologeren, op grond van de overweging dat de ouders niet werkelijk gescheiden leefden en zij enkel een verblijfsco-ouderschap wensten met de bedoeling sociale en fiscale voordelen te kunnen genieten.

vast te leggen (art. 374 § 2 lid 3 BW). Uit de rechtspraktijk[119] blijkt dat de rechter vaak niet geneigd is om het gelijkmatig verdeeld verblijf op te leggen in de volgende omstandigheden, die gelden als contra-indicaties voor verblijfsco-ouderschap:

- grote geografische verwijdering van beide ouders (één ouder woont bijv. in het buitenland);
- zeer jonge leeftijd van het kind (de moeder geeft bijvoorbeeld nog borstvoeding);
- groot verschil in beschikbaarheid van beide ouders (bijvoorbeeld de ene ouder heeft een zeer drukke job met weinig tijd voor de kinderen, terwijl de andere ouder niet buitenshuis werkt);
- geen enkele vorm van dialoog mogelijk tussen beide ouders;
- een volstrekt onverenigbare visie op de opvoeding van het kind.

In ieder geval moet de rechtbank oordelen bij *een met bijzondere redenen omkleed vonnis, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak en het belang van de kinderen en van de ouders* (art. 374 § 2 lid 4 BW).

B. Het recht op persoonlijk contact en het recht op toezicht van de ouder die het ouderlijk gezag niet uitoefent

Wanneer de rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdraagt aan één ouder - of beide ouders de uitsluitende gezagsuitoefening door één van hen zijn overeengekomen - behoudt de andere ouder niet alleen een principieel recht op persoonlijk contact, waarvan de modaliteiten door de rechter geregeld - of door de ouders overeengekomen - worden, maar ook het *recht om toezicht te houden op de opvoeding van het kind*. Dit laatste recht wordt geconcretiseerd in het recht bij de ene ouder of bij derden alle nuttige informatie in te winnen omtrent de opvoeding van het kind en het recht zich in het belang van het kind tot de jeugdrechtbank te wenden (art. 374 § 1 lid 4 BW). Indien de ene ouder of de derde weigeren informatie te verschaffen, kan de andere, niet met het ouderlijk gezag belaste, ouder zich tot de jeugdrechtbank wenden om een bevel te bekomen.

De wet beperkt het recht op *persoonlijk contact* van ouders duidelijk tot situaties waarin slechts één ouder het ouderlijk gezag uitoefent. Uiteraard is er in de

---

119 H. Vanbockrijck, 'Twee jaar toepassing van de wet van 18 juli 2006 aangaande het verblijfsco-ouderschap en de uitvoering en sanctionering van verblijfs- en omgangsregelingen', in: P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (red.), *Knelpunten echtscheiding, afstamming en verblijfsregelingen*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 198-207, nr. 262; K. Verstraete, 'Ouderlijk gezag en omgangsrecht', in: G. Verschelden e.a., 'Overzicht rechtspraak. Familierecht 2000-2006', *Tijdschrift voor Privaatrecht* (*TPR*) 2007, p. 698-710, nrs. 797-813; zie ook reeds G. Verschelden, 'Ouderlijk gezag en omgangsrecht', in: G. Baeteman e.a., 'Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht 1995-2000', *TPR* 2001, p. 1944-1946, nrs. 500-501.

praktijk niet alleen omgang tussen ouder en kind in geval van uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag door één ouder (waarbij beide ouders titularis blijven van het ouderlijk gezag), maar ook in geval van gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door beide ouders. In dat laatste geval dient enkel het verblijf van het kind (van niet-samenlevende ouders) te worden geregeld (zie hoger), niet het recht op persoonlijk contact.

Persoonlijk contact kan enkel om bijzonder ernstige redenen geweigerd worden aan de ouder die titularis is van het ouderlijk gezag maar dit niet uitoefent. De bewijslast rust op de ouder die zijn mede-ouder een recht op persoonlijk contact wil ontzeggen. Bijzonder ernstige redenen zijn bijv. verkrachting, incest, mishandeling, verregaande verwaarlozing, jarenlange afwezigheid van belangstelling etc. De homoseksuele geaardheid van een ouder,[120] of het feit dat hij in geval van feitelijke scheiding of na echtscheiding met een andere partner samenleeft, zijn op zichzelf geen bijzonder ernstige redenen die toelaten hem zijn principieel omgangsrecht te ontnemen.

Het recht op persoonlijk contact van de ouders vindt zijn grondslag deels in het ouderlijk gezag (het wordt door de wet georganiseerd in het raam van het ouderlijk gezag over de persoon van het kind) en deels in het natuurrecht (genegenheid inherent verbonden aan de bloedband).

Ook ouders die niet langer titularis zijn van het ouderlijk gezag, hebben een recht op persoonlijk contact. Het gaat om de volledig uit het ouderlijk gezag ontzette ouder[121] en om de oorspronkelijke ouders, zowel na volle adoptie als na gewone adoptie van hun kind.

Wie aanvaardt dat het ouderlijke recht op persoonlijk contact gegrond is op het natuurrecht en de bloedband tussen ouder en kind, veeleer dan op het ouderlijk gezag, zal aannemen dat het recht op persoonlijk contact van de uit het ouderlijk gezag ontzette ouders en van de oorspronkelijke ouders na adoptie principieel blijft bestaan, zodat zij geen bijzondere affectieve band met het kind moeten bewijzen en hun recht op persoonlijk contact enkel om bijzonder ernstige redenen kan worden geweigerd. Deze strekking zal ook de biologische ouder zonder juridisch vastgestelde afstammingsband (die geen titularis van ouderlijk gezag kan zijn wegens gebrek aan juridische afstamming) een principieel contactrecht toekennen.[122]

---

120 Hof van Beroep Gent 10 december 1982, *RW* 1984-1985, p. 2134 m.nt. J. Pauwels.

121 Hof van Beroep Brussel (Jk.) 7 februari 1989, *Journal du droit des jeunes* 1989-8, p. 34, bevestigd door Hof van Cassatie 19 april 1989, *Arresten van het Hof van Cassatie* 1988-1989, p. 957.

122 Jeugdrb. Antwerpen 21 januari 2003, *Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent* (*RABG*) 2003, p. 941 m.nt. A. Heremans.

Wie aanvaardt dat het recht op persoonlijk contact van de ouder uitsluitend gegrond is op het ouderlijk gezag, zal voormelde ouders onderwerpen aan het regime van de grootouders, door te stellen dat hun principieel recht op persoonlijk contact in het belang van het kind kan worden geweigerd of zal hen beschouwen als derden met een louter virtueel recht, zodanig dat zij zelf een bijzondere affectieve band met het kind moeten bewijzen alvorens een recht op persoonlijk contact te kunnen bekomen (zie art. 375*bis* BW).[123]

§ 3 Synthese: wat kunnen Nederland en België op het terrein van verblijf en contact van elkaar leren?

De rechtsontwikkeling in België en Nederland inzake verblijf en contact gaat duidelijk in dezelfde richting. Beide landen proberen de relatie tussen het kind en beide ouders na de scheiding te versterken. Zowel in België als in Nederland is het verblijfsco-ouderschap wettelijk verankerd. In België is de prioriteitsstatus helder en expliciet aangegeven, terwijl Nederland het met een dubbelzinnige en onduidelijke wettelijke regeling moet doen. In beide landen spreekt de wet bij gezamenlijk gezag niet meer van omgang of contact. In België spreekt men dan over 'verblijf' en in Nederland over de 'verdeling van zorg- en opvoedingstaken'.

Er zijn ook punten waarop de Nederlandse en Belgische regelingen op het terrein van verblijf en contact van elkaar verschillen en waar de buurlanden van elkaar zouden kunnen leren.

België is verder met de ontwikkeling van criteria voor toekennen of afwijzen van het verblijfsco-ouderschap. De Nederlandse rechtspraak zou goed van die ervaring kunnen profiteren.

In Nederland zijn in 2009 een aantal maatregelen geïntroduceerd om de band tussen het kind en de niet-verzorgende ouder na de scheiding te versterken. Een van die maatregelen is de verplichting van de verzorgende ouder om de ontwikkeling van de band tussen het kind en de andere ouder te bevorderen. Hoewel dit grotendeels een declaratieve verplichting zonder directe sanctie is,

---

123 In deze laatste zin: Hof van Beroep Brussel 9 september 2005, *RTDF* 2007, p. 537 en Hof van Beroep Brussel 13 juli 2006, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* 2007, p. 63 (contactrecht toegestaan op grond van bewezen bijzondere affectieve band); Hof van Beroep Gent 7 februari 2005, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2006, p. 36 m.nt. GV (contactrecht geweigerd bij gebrek aan bijzondere affectieve band); A. Heremans, 'Categorieën van omgangsgerechtigden' (noot onder Jeugdrb. Antwerpen 21 januari 2003), *RABG* 2003, p. 945-946 en A. De Wolf, 'De nieuwe regeling van het omgangsrecht', in: P. Senaeve (red.), *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen: Maklu 1995, p. 204-205, nr. 337 (telkens in verband met de biologische vader zonder vastgestelde afstammingsband); zie ook Rb. Luik (k.g.) 8 december 1999, *RTDF* 2000, p. 701 (in verband met de volledig uit het ouderlijk gezag ontzette ouder).

zou een dergelijke wettelijke boodschap aan de verzorgende ouders ook goed in het Belgische recht kunnen passen.

IV KINDERALIMENTATIE

§ 1 Het Nederlandse recht

A. Kring alimentatiegerechtigde kinderen en alimentatieplichtige ouders

Alimentatiegerechtigde kinderen zijn naar Nederlands recht minderjarige kinderen (art. 1:404 lid 1 BW) en jongmeerderjarige kinderen die de leeftijd van twintig jaar niet hebben bereikt (art. 1:395a BW). Minderjarige en jongmeerderjarige kinderen kunnen alimentatie ontvangen van hun ouders, stiefouders, verwekker, van de instemmende levensgezel van de moeder, en van een niet-ouder met medegezag. Meerderjarige kinderen ouder dan 21 jaar kunnen van hun ouders slechts alimentatie vorderen op basis van de algemene regel van artikel 1:392 lid 1 BW.

Het Nederlandse recht kent vier categorieën alimentatieplichtige ouders. Zij kunnen juridische, biologische of sociale ouders zijn.

De eerste en veruit de belangrijkste groep zijn *juridische ouders* wier ouderschap voortvloeit uit huwelijk, erkenning, gerechtelijke vaststelling van vaderschap of adoptie, inclusief de adoptie door de partner van gelijk geslacht van de ouder van het kind.

De tweede categorie van alimentatieplichtigen wordt gevormd door *sociale ouders*, namelijk de stiefouders van het kind, die gedurende hun huwelijk of geregistreerd partnerschap met de ouder van het kind, jegens het tot hun gezin behorend kind onderhoudsplichtig zijn (art. 1:395 BW).

De derde categorie omvat *biologische ouders – de verwekker* van het kind dat alleen een moeder heeft – en *sociale ouders – de instemmende levensgezel* van de moeder van het kind (art. 1:394 BW). De verwekker is een man die met de moeder van het kind geslachtsgemeenschap heeft gehad die de verwekking van het kind tot gevolg had en wiens juridisch ouderschap niet door middel van erkenning of gerechtelijke vaststelling van vaderschap is vastgesteld. Een donor, inclusief een bekende donor met *family life*, is niet onderhoudsplichtig jegens het kind. De Hoge Raad heeft bepaald dat de moeder moet bewijzen dat de man de biologische vader van het kind is, en als het vermoeden van verwekkerschap vast komt te staan, is het aan de man om het bewijs te leveren dat hij geen verwekker - een man die het kind op natuurlijke wijze heeft verwekt - is maar

een donor.[124] De instemmende levensgezel is de mannelijke of vrouwelijke partner van de moeder van het kind, die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft gehad, waaronder niet slechts kunstmatige inseminatie, maar ook geslachtsgemeenschap met een ander wordt begrepen.[125] De verwekker en de instemmende levensgezel zijn onderhoudsplichtig zowel jegens een minderjarig kind als jegens een meerderjarig kind dat de leeftijd van eenentwintig niet heeft bereikt. Hun onderhoudsplicht is met die van een juridische ouder gelijkgesteld (art. 1:394 BW).

De vierde categorie wordt gevormd door sociale ouders: de *niet-ouder met gezamenlijk gezag* die samen met een ouder gezag over het kind uitoefent (art. 1:253w BW) en de personen die *gezamenlijk voogdij* uitoefenen (art. 1:282 lid 6 jo. 1:253w BW). Ook deze personen zijn onderhoudsplichtig zowel jegens een minderjarig kind als jegens een meerderjarig kind tot de leeftijd van eenentwintig. Hun onderhoudsplicht kan echter eerder worden beëindigd. Die plicht duurt zolang het gezag of de voogdij wordt uitgeoefend, en na de beëindiging daarvan nog gedurende een termijn gelijk aan de termijn dat het gezamenlijk gezag heeft bestaan, tenzij bijzondere omstandigheden een langere termijn rechtvaardigen (art. 1:253w BW).

De alimentatieverplichtingen jegens minderjarige en jongmeerderjarige kinderen verschillen aanzienlijk van elkaar. Jegens minderjarige kinderen dragen de ouders de meer omvattende verplichting[126] om 'in de kosten van hun verzorging en opvoeding te voorzien' (art. 1:404 lid 1 BW). Jegens jongmeerderjarige kinderen zijn de ouders slechts verplicht om te 'voorzien in de kosten van levensonderhoud en studie' (art. 1:395a BW). Zoals uit de volgende paragraaf zal blijken, zijn er ook essentiële verschillen in de berekening van de hoogte van de alimentatiebijdrage. Voorts kan wangedrag van minderjarige kinderen niet tot matiging van de alimentatieplicht ex artikel 1:399 BW leiden, maar wangedrag van jongmeerderjarigen wel.

Naast deze verschillen zijn er ook overeenkomsten. Zowel minderjarige als jongmeerderjarige kinderen zijn niet verplicht om zelf in hun onderhoud te voorzien en hebben recht op alimentatie ongeacht hun behoeftigheid (art. 1:392 lid 2 BW). Ouders kunnen zich niet bij overeenkomst van hun alimentatieplicht bevrijden (art. 1:400 lid 2 BW). Beide categorieën alimentatieverplichtingen kregen in 2009 wettelijke voorrang boven andere alimentatieverplichtingen (art. 1:400 BW). Alimentatiebijdragen ten behoeve van minderjarigen en jongmeerderjarigen kunnen door het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (LBIO) worden ingevorderd (art. 1:408 lid 2-11 BW).

---

124 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 388.

125 HR 7 februari 2003, *NJ* 2003, 358.

126 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1062.

Meerderjarige kinderen ouder dan 21 jaar zijn verplicht zelf in hun onderhoud te voorzien en hebben slechts op grond van behoeftigheid recht op onderhoud vanwege hun ouders. Over de vraag of het voortzetten van een studie die met de instemming en financiële steun van de ouders vóór de leeftijd van eenentwintig jaar is begonnen maar niet voor die leeftijd afgerond kan worden, een behoeftigheid oplevert, lopen de meningen in literatuur en rechtspraak uiteen.[127]

B. Berekening

1. Wettelijke maatstaven (behoefte en draagkracht)

De algemene regel is dat als een ouder of stiefouder zijn verplichting tot voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen niet nakomt, de andere ouder of de voogd de rechtbank kan verzoeken om de hoogte van de alimentatiebijdrage vast te stellen (art. 1:406 lid 1 BW).

De wettelijke maatstaven voor het berekenen van kinderalimentatie zijn de behoefte van het kind en de draagkracht van de ouders (art. 1:397 lid 1 en 1:404 lid 1 BW). Deze maatstaven worden in de wet niet nader gespecificeerd. Dat heeft geleid tot een gebrek aan doorzichtigheid en voorspelbaarheid van alimentatiebeslissingen. Om de rechtsonzekerheid te verminderen heeft de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) de Werkgroep Alimentatienormen opgericht met de opdracht om richtlijnen voor de rechtspraak te ontwikkelen. Het eerste rapport Alimentatienormen is gepubliceerd in 1979.[128] Het meest recente rapport dateert uit 2010.[129] Men spreekt algemeen van de 'Tremanormen'. Deze normen geven aanbevelingen voor een eenvormige en praktische invulling van de wettelijke maatstaven draagkracht en behoefte.[130] Het zijn informele richtlijnen en ze vormen geen recht in de zin van artikel 79 Wet op de rechterlijke organisatie. De rechter kan er zonder specifieke motivering van afwijken. Niettemin zijn de Tremanormen zeer invloedrijk omdat zij in de rechtspraak gewoonlijk worden gevolgd. Berekening van alimentatie op basis van de Tremanormen is verre van eenvoudig. Er worden verschillende rekenprogramma's voor gebruikt. Daarom wordt op deze plaats slechts een gesimplificeerde schets van deze berekeningsmethodiek gegeven, waarin onder andere geen rekening wordt gehouden met de zeer belangrijke fiscale aspecten.

---

127 Voor een overzicht zie: M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 108-110.

128 Voor een historisch overzicht zie: M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2011, p. 140-147.

129 Te raadplegen op www.rechtpraak.nl en www.nvvr.org.

130 Tremanormen 2010, p. 3.

De behoefte van een minderjarig kind wordt per geval individueel berekend op basis van de in een bijlage bij de Tremanormen opgenomen tabel 'Kosten van kinderen ten behoeve van vaststelling kinderalimentatie' opgesteld door het Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting (NIBUD) op basis van de gegevens van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). De kosten van kinderen hebben in deze tabel de gestalte van een percentage van het gezamenlijk gezinsinkomen, afhankelijk van de leeftijd van het kind (in de tabel wordt onderscheid gemaakt tussen drie leeftijdscategorieën) en het aantal bij de scheiding betrokken kinderen, en berekend op basis van statistische gegevens over de uitgaven aan kinderen door gezinnen in verschillende inkomenscategorieën (sinds 2005 tot maximaal € 5.000 per maand). Indien de ouders met elkaar hebben samengewoond wordt de behoefte van het kind berekend op basis van het bruto of netto gezamenlijk gezinsinkomen voor de scheiding (afhankelijk van de toepassing van de bruto of netto methode voor vaststellen van draagkracht). Omdat het kind is gerechtigd tot het behoud van de levensstandaard van voor de scheiding,[131] heeft de daling van het inkomen van de ouders na de scheiding geen invloed op de berekening van de behoefte van het kind. De stijging van het inkomen is daarentegen wel van invloed omdat het kind recht heeft op eenzelfde levensstandaard als zijn ouders.[132] De behoefte van een kind dat nooit in gezinsverband met beide ouders heeft geleefd, wordt aldus bepaald dat het gemiddelde wordt genomen van de behoefte berekend op basis van het inkomen van de ene ouder en de behoefte op basis van het inkomen van de andere (de inkomens dienen dus niet bij elkaar te worden opgeteld).[133] De behoefte van het minderjarige kind is gelijk aan het aldus berekend percentage van netto gezinsinkomen plus kinderbijslag.[134]

De behoefte van een jongmeerderjarig kind wordt op andere wijze berekend. De Tremanormen geven daarvoor geen uitgebreide richtlijnen. Studerende jongmeerderjarigen ontvangen een basisbeurs onafhankelijk van het inkomen van de ouders en een aanvullende beurs die daar wel van afhankelijk is. In het kader van de Wet studiefinanciering 2000 wordt bij de berekening van de aanvullende beurs ervan uitgegaan dat de ouders een aan hun inkomen gerelateerde ouderbijdrage leveren. De Wet studiefinanciering-norm voor studenten is in verschillende posten onderverdeeld. Deze posten zijn: levensonderhoud, premie ziektekostenverzekering, studiekosten (boeken, schrijfmaterialen, etc.) en onderwijsbijdrage (collegegeld, etc.). De Tremanormen raden aan om voor de behoeftebepaling van studerende kinderen

---

131 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1061.

132 Tremanormen 2010, p. 8.

133 Tremanormen 2010, p. 8.

134 M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 148.

hierbij aansluiting te zoeken. Juist omdat deze norm in posten is onderverdeeld, is het voor studerenden eenvoudig aan te tonen dat zij voor een bepaalde post een hoger budget nodig hebben.[135] Hoewel deze bijdrage rechtens niet afdwingbaar is, kan zij dienen als maatstaf voor de berekening van de behoefte, al blijkt uit vaste jurisprudentie dat de rechter niet aan deze maatstaf gebonden is. Het volgen van een studie is overigens geen voorwaarde voor het ontvangen van alimentatie door jongmeerderjarige kinderen.[136]

Draagkracht van de ouders
Volgens de Tremanormen wordt de draagkracht van een ouder als volgt berekend. Eerst wordt de zogenaamde 'draagkrachtruimte' bepaald. Dit is het bruto of netto inkomen van de ouder (afhankelijk van de toepassing van de bruto of netto methode voor berekening van de draagkracht) verminderd met zijn noodzakelijke lasten. Als dit een positief bedrag oplevert, is er in beginsel ruimte voor het betalen van alimentatie. Ter bescherming van de alimentatieplichtige ouder kan slechts 70% van dit bedrag worden aangewend voor kinderalimentatie. Dit is de 'draagkracht', die dus gelijk is aan 70% van de draagkrachtruimte. Een aanvullende beschermende beperking is ontwikkeld in de rechtspraak: de ouder moet na betaling van de alimentatie niet minder overhouden dan 90% van de bijstandsnorm voor een alleenstaande. Het volgende versimplificeerde voorbeeld[137] kan de berekening van de draagkracht enigszins inzichtelijk maken:

Inkomsten

Netto besteedbaar maandinkomen	€ 3500
Vermogen	€ 0
Eventueel: fictieve inkomsten	€ 0
+	_____
Totale inkomsten	**€ 3500**

Af: lasten

Bijstandsnorm voor alleenstaande	€ 907
Andere relevante lasten (woonlasten, ziektekosten)	€ 1123

135 Tremanormen 2010, p. 9.
136 Hof 's-Hertogenbosch 25 oktober 2000, nr. R200000228 (ongepubliceerd).
137 Alle cijfers zijn fictief en dienen slechts als voorbeeld.

Bij de inkomsten van de ouder wordt niet alleen rekening gehouden met reële inkomsten uit arbeid, uitkeringen en vermogen, maar eventueel ook met fictieve inkomsten, namelijk indien een bepaald verlies of vermindering van inkomen van de ouder aan zijn/haar verwijtbaar gedrag te wijten is.[138]

Bij de noodzakelijke uitgaven van de ouder wordt rekening gehouden met de volgende posten. In de eerste plaats met de strikt noodzakelijke uitgaven die zijn verdisconteerd in de bijstandsnorm voor een alleenstaande. Sinds 2009 wordt vanwege de wettelijke voorrang van kinderalimentatie door de Tremanormen geen rekening meer gehouden met de eventuele nieuwe partner van een alimentatieplichtige ouder.[139] Daarnaast worden verblijfskosten van het kind – €5 per dag per kind – in mindering gebracht. In de Tremanormen 2010 is het aantal en de omvang van de overige uitgaven die kunnen worden verdisconteerd teruggebracht, omdat het was gebleken dat alimentatieplichtige ouders die uitgaven soms gingen uitvergroten om hun draagkrachtruimte te verminderen. Zo wordt in de Tremanormen 2010 bijvoorbeeld slechts met huwelijkse schulden rekening gehouden en niet met later gemaakte schulden. De woonlasten zijn beperkt tot 'redelijke' woonlasten, waarbij rekening kan worden gehouden met een al dan niet fictieve bijdrage van 50% door de eventuele nieuwe partner. Een aantal kostenposten kan sinds 2010 niet meer worden afgetrokken, bijvoorbeeld advocaatkosten, begrafenispremies en kosten van herinrichting.[140]

2. Berekening van de hoogte van de onderhoudsbijdrage

Bij de berekening van de hoogte van de alimentatiebijdrage vormen de behoefte van het kind en de draagkracht van de ouder de bovengrenzen van het alimentatiebedrag. Het laagste van de twee vormt het maximumbedrag.[141]

Het kind moet door beide ouders worden onderhouden. Om hun bijdragen te bepalen, wordt hun draagkracht met elkaar vergeleken. Indien de totale draagkracht van de ouders hoger is dan de behoefte van het kind, wordt deze behoefte tussen de ouders verdeeld naar evenredigheid van hun middelen. Als de behoefte hoger is dan de totale draagkracht, is de draagkracht van de niet-

---

138 Tremanormen 2010, p. 13. Voor een overzicht van jurisprudentie inzake fictieve inkomsten zie: M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 150-151.

139 Tremanormen 2010, p. 12. Voor een kritische beschouwing inzake deze voorrangsregel zie: M. Martens & I. van der Kamp, 'De voorrangsregel van artikel 1:400 van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2009, p. 979-983.

140 Tremanormen 2010, p. 12-13.

141 Tremanormen 2010, p. 15.

inwonende ouder maatgevend voor de hoogte van diens alimentatieverplichting.[142]

Uit dit systeem volgt dat in de praktijk de niet-verzorgende ouder nooit meer hoeft te betalen dan zijn draagkracht toelaat. Op het eerste gezicht lijkt dat een logische bescherming. Maar in de praktijk betekent dit dat, wanneer de draagkracht van de niet-verzorgende ouder ontoereikend is om de behoefte van het kind te dekken, het tekort terechtkomt bij de verzorgende ouder (en/of bij het kind). En wanneer een niet-verzorgende ouder onder 90% van de bijstandsnorm voor een alleenstaande zit, dan hoeft hij niets te betalen, ongeacht de positie van de verzorgende ouder, dus ook als de laatste per saldo nog minder te besteden overhoudt. De niet-verzorgende ouder wordt dus beter beschermd dan de verzorgende. Hierdoor kan met betrekking tot de bijdrage in kosten van het onderhoud van hun kinderen tussen de ouders een ongelijke positie ontstaan.[143]

C. Alimentatie bij verblijfsco-ouderschap

1. Berekening volgens de Tremamethode

Zoals eerder vermeld, hanteren de Tremanormen een strikte definitie van verblijfsco-ouderschap als de verdeling bij helft van de zorg voor de kinderen tussen de ouders,[144] terwijl de rechtspraak bij de behandeling van kinderalimentatiezaken wat soepeler is en ook over verblijfsco-ouderschap spreekt in geval van een bijna gelijke zorgverdeling.[145] De Tremanormen bevelen aan om bij verblijfsco-ouderschap de behoefte van het kind met 16% te verhogen omdat dit verblijfsarrangement hogere (dubbele) woonlasten met zich brengt.[146] De verblijfskosten van het kind worden bepaald volgens de standaard ‘omgangkosten’ berekening (€ 5 per dag per kind x het aantal dagen). Verder worden beide ouders bij de draagkrachtberekening als alleenstaanden (en niet als een eenoudergezin) beschouwd, en de regel van 70% van de draagkrachtruimte wordt op hen beiden toegepast.[147] Als een van de ouders een veel hoger inkomen heeft dan de ander, kan de kinderalimentatie geheel ten laste van deze ouder komen.[148] Als de ouders onvoldoende draagkracht hebben, moet ieder de helft van de kosten dragen.

---

142 M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 153.

143 P.P. van der Ploeg, ‘Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding’ en de berekening van kinderalimentatie’, *EB* 2009, p. 164.

144 Tremanormen 2010, p. 18.

145 Hof Leeuwarden 20 januari 2010, *LJN* BL2337; Hof ’s-Gravenhage 27 september 2011, *LJN* BT6801; Hof ’s-Gravenhage 16 februari 2011, *LJN* BP7147.

146 Tremanormen 2010, p. 18.

147 Tremanormen 2010, p. 18.

148 Tremanormen 2010, p. 19.

2. Berekening volgens de methode-Bol

Omdat de Tremanormen niet meer zijn dan een richtlijn, kan kinderalimentatie ook met behulp van andere methodes worden berekend. Een alternatieve methode is de zogenaamde methode-Bol, in 2007 ontworpen door advocate Joke Bol voor de situatie van verblijfsco-ouderschap.[149] Deze methode is gebaseerd op de volgende uitgangspunten.

De *behoefte van het kind* wordt zoals in de Tremamethode vastgesteld en verhoogd met 16% wegens dubbele woonlasten plus kinderbijslag.[150] Anders dan in de Tremamethode worden de kosten van de kinderen opgesplitst in drie categorieën: dagkosten berekend per dag per kind (eten, telefoon, computer, verwarming, etc.); kosten direct verbonden aan het kind (kleding, schoolgeld, kinderopvang, et cetera) en een restcategorie (deel van de woonlasten, vervoerkosten, vakanties, et cetera). Bij elk van deze drie categorieën wordt vastgesteld wie van de ouders deze kosten daadwerkelijk maakt.[151] De dagkosten worden berekend op basis van het aantal nachten dat het kind bij elk van de ouders doorbrengt. Dat doet meer recht aan de werkelijkheid dan de berekening volgens de Tremanormen.

Met de *draagkracht* wordt heel anders omgegaan dan in de Tremamethode. Van een bescherming ter hoogte van 30% van de draagkrachtruimte is geen sprake.[152] De alimentatie wordt berekend op basis van 100% van de gezamenlijke draagkrachtruimte van beide ouders. Daardoor wordt niet de draagkracht maar de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de ouders voor kosten van de kinderen richtinggevend voor het vaststellen van kinderalimentatie en de onderhoudsplicht kan niet meer door de ene ouder worden afgewenteld op de ander.[153] Bol stelt zelfs voor om de term ‘kinderalimentatie’ te vervangen door de term ‘verdeling van de kosten van de kinderen na de scheiding’. Indien de draagkracht van de ouder(s) ontoereikend is, worden de tekorten naar evenredigheid van de draagkracht verdeeld over beide ouders.[154] Hoewel de methode-Bol bij verblijfsco-ouderschap – maar ook in andere gevallen – tot meer rechtvaardige resultaten kan leiden dan de Tremamethode, is zij meer geschikt voor de mediationpraktijk dan voor de gerechtelijke vaststelling van alimentatie, omdat van de ouders wordt verwacht dat ze zelf aangeven wat de kosten van hun kinderen zijn en wie welke kosten

---

149 J. Bol, ‘Kinderalimentatie bij co-ouderschap. Tremanormen voldoen niet bij verdeling van kosten als zorgtaken zijn verdeeld’, *EB* 2007, p. 171-173. Hoewel de methode Bol voor het verblijfsco-ouderschap is ontwikkeld, kan deze ook daarbuiten worden toegepast, omdat ze meerdere problemen poogt op te lossen.

150 J. Bol, ‘Kinderalimentatie bij co-ouderschap’, *EB* 2007, p. 171.

151 J. Bol, ‘Kinderalimentatie bij co-ouderschap’, *EB* 2007, p. 172.

152 J. Bol, ‘Kinderalimentatie bij co-ouderschap’, *EB* 2007, p. 171.

153 J. Bol, ‘Kinderalimentatie II. Tijd voor een principieel andere benadering’, *EB* 2008, p. 7.

154 J. Bol, ‘Kinderalimentatie bij co-ouderschap’, *EB* 2007, p. 171.

draagt.[155] Doen zij dat niet, dan is het voor de rechter haast ondoenlijk om een en ander vast te stellen.

D. Alimentatie in samengestelde gezinnen

De plicht van een stiefouder om tot zijn gezin behorende stiefkinderen gedurende het huwelijk/geregistreerd partnerschap met hun ouder te onderhouden, is gelijkgesteld aan de onderhoudsplicht jegens eigen kinderen (art. 1:395 BW). Net als de verplichtingen jegens eigen kinderen hebben de verplichtingen jegens stiefkinderen sinds 2009 voorrang boven alle andere alimentatieverplichtingen (inclusief die wegens partneralimentatie). Bij samenloop van alimentatieverplichtingen van ouders en stiefouders is ieder van hen gehouden een deel van de behoefte van het kind te voldoen. Bij de bepaling van hun respectieve aandelen wordt rekening gehouden met ieders draagkracht en de verhouding waarin ze tot het kind staan (art. 1:397 lid 2 BW).[156] De samenloop van alimentatieverplichtingen van ouders en stiefouders, en van ouders jegens kinderen uit verschillende relaties, leidt tot uiterst gecompliceerde berekeningen en ketens van wijzigingsverzoeken. De behoefte van de kinderen moet ten aanzien van verschillende alimentatieplichtigen apart worden berekend met inachtneming van de uit de verschillende alimentatiebronnen verschuldigde bijdragen.[157] De moeilijkste situatie ontstaat wanneer iemand onderhoudsverplichtingen heeft jegens kinderen/stiefkinderen uit verschillende relaties, terwijl zijn draagkracht niet voldoende is om volledig aan die verplichtingen te voldoen. De vraag is uiteraard hoe in dat geval de tekortschietende draagkracht moet worden verdeeld. In een standaardarrest van 13 december 1991[158] heeft de Hoge Raad het volgende bepaald:

> ‘Een redelijke wetstoepassing brengt […] mede dat in zulk een geval het voor onderhoud beschikbare bedrag tussen die kinderen wordt verdeeld, in beginsel gelijkelijk tenzij bijzondere omstandigheden tot een andere verdeling aanleiding geven, zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn bij een duidelijk verschil in behoefte’
> (r.o. 3.3.)

---

155 M. Groenleer ‘Voortborduren op Rekenmethode Bol’, *EB* 2011, 43.

156 Voor meer informatie zie: M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 156.

157 Over de wijze van berekening en relevante jurisprudentie zie: M.A. Zon, ‘Kinderalimentatie in samengestelde gezinnen’, *EB* 2011, 75 (§ 1.Wat is de behoefte van alle betrokken kinderen?).

158 HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 178 m.nt. S.F.M. Wortmann.

Daarbij moet de rechter met alle kinderen/stiefkinderen rekening houden, ook al hebben niet alle rechthebbenden een verzoek ingediend.[159] Als bij een ontoereikende drachtkracht het tekort over kinderen/stiefkinderen uit verschillende relaties moet worden verdeeld, kan dit er dus toe leiden dat elk van hen minder ontvangt dan hun behoefte met zich meebrengt.[160] Wortmann merkt terecht op:

> 'het door de Hoge Raad voorgestane systeem van verdeling van draagkrachtruimte van verschillende onderhoudsplichtigen doet zowel recht aan de behoefte van de kinderen die uit verschillende relaties van een of beide ouders geboren zijn als aan de verdeling van de draagkrachtruimte van de verschillende ouders over deze kinderen, maar het betreft een uitermate gecompliceerd systeem dat in de praktijk vrijwel niet toepasbaar is.' [161]

E. Knelpunten en nieuwe voorstellen

Het onderwerp kinderalimentatie is in Nederland een punt van voortdurende twisten, kritiek en onvrede. Als grootste probleem wordt beschouwd dat omwille van beschermende elementen voor de niet-verzorgende ouder in de draagkrachtberekening – het maximum van 70% van de draagkrachtruimte en de drempel van 90% van de bijstandsnorm – deze ouder zijn verplichting om de kinderen te onderhouden deels kan afwentelen op de verzorgende ouder, hoewel de laatste vaak nog minder vermogend is.[162] Er wordt op gewezen dat kinderalimentatie door de Tremanormen te veel als sluitpost wordt gezien.[163] In het recente verleden zijn twee pogingen gedaan om het huidige op draagkracht gebaseerde stelsel te vervangen door een forfaitair stelsel.[164] Beide pogingen strandden omdat men toch vond dat de nadelen van de Tremanormen niet opwogen tegen de voordelen – een verfijnd systeem dat rechtvaardigheid in

---

159 S.F.M. Wortmann, *Groene Serie Personen- en Familierecht*, art. 1:400 BW, aant. 2.

160 S.F.M. Wortmann, *Groene Serie Personen- en Familierecht*, art. 1:400 BW, aant. 2.

161 S.F.M. Wortmann, *Groene Serie Personen- en Familierecht*, art. 1:400 BW, aant. 2.

162 P. van Teeffelen 'Het wetsvoorstel herziening kinderalimentatiestelsel: van maatwerk naar confectie', *EB* 2004, p. 65. J. Bol, 'Kinderalimentatie bij co-ouderschap', *EB* 2007, p. 171; J. Bol, 'Kinderalimentatie II. Tijd voor een principieel andere benadering', *EB* 2008, p. 7.; P.P. van der Ploeg, ''Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' en de berekening van kinderalimentatie', *EB* 2009, p. 164.

163 M.L.C.C. de Bruijn-Lückers 'Intrekking wetsvoorstel kinderalimentatie, wat nu?', *EB* 2007, p. 2.

164 Een voorstel tot wijziging van Boek 1 BW en het Rv in verband met de vaststelling van kinderalimentatie (*Kamerstukken II* 1993/95, 23 683, nr. 2) is ingediend in 1994 en ingetrokken in 1995. Het wetsvoorstel 'Wet herziening kinderalimentatie' (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 480, nr. 2) is ingediend in 2004 en ingetrokken in 2006.

individuele gevallen biedt.[165] Naar aanleiding van de kritiek zijn de Tremanormen wel meerdere malen aangepast, waarbij de aftrekposten telkens werden beperkt. In 2009 werd het draagkrachtpercentage verhoogd van 60% naar 70% van de draagkrachtruimte. De herhaalde suggesties om het draagkrachtpercentage af te schaffen en tot 100% van de draagkrachtruimte voor kinderalimentatie aan te wenden,[166] is door de Werkgroep Alimentatienormen niet gevolgd omdat het bestaan van een vrijgesteld deel de onderhoudsplichtige een prikkel geeft om te blijven werken.[167]

Een ander belangrijk punt van kritiek op de Tremanormen is dat er weinig rekening wordt gehouden met de werkelijke verdeling van de zorg (aantal nachten bij de ene en de andere ouder). De vergoeding van € 5 per kind per dag wordt vanuit twee bezwaren onder vuur genomen. Aan de ene kant wordt gezegd dat deze norm 'irreëel laag' is,[168] hetgeen vooral bij het verblijfsco-ouderschap tot problemen leidt. Aan de andere kant verergert deze norm, bij het hoofdverblijf van het kind bij een van de ouders en lage draagkracht van de ouders, de onrechtvaardige verdeling van de lasten tussen de ouders. De niet-verzorgende ouder kan immers de € 5 per kind per dag maal het aantal dagen dat het kind bij hem doorbrengt als lasten bij de berekening van zijn draagkracht aftrekken.[169] De verzorgende ouder heeft deze mogelijkheid niet.

In september 2011 hebben de oppositiepartij PvdA en de regeringspartij VVD het plan aangekondigd om een wetvoorstel te lanceren dat de berekening van kinderalimentatie ingrijpend zal veranderen.[170] Het voorstel is voorbereid met behulp van een groep deskundigen, onder wie Bol, en werd getriggerd door de bevindingen in een eerder dat jaar verschenen rapport van de Hogeschool van Amsterdam en het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen, over de meningen van burgers over de berekening van de kinderalimentatie.[171] Uit de

---

165 M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud, een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 145.

166 P. van Teeffelen, 'Het wetsvoorstel herziening kinderalimentatiestelsel: van maatwerk naar confectie', *EB* 2004, p. 65; J. Bol 'Kinderalimentatie bij co-ouderschap' *EB* 2007, p. 171; J. Bol, 'Kinderalimentatie II. Tijd voor een principieel andere benadering', *EB* 2008, p. 7.; P.P. van der Ploeg, 'Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding' en de berekening van kinderalimentatie', *EB* 2009, p. 164.

167 Tremanormen 2010, p. 13.

168 M. Groenleer, 'Voortborduren op Rekenmethode Bol', *EB* 2011/43 (voordelen boven de alimentatienormen).

169 J. Bol, 'Kinderalimentatie bij co-ouderschap', *EB* 2007, p. 171.

170 *PvdA en VVD plan voor berekening van kinderalimentatie*, te raadplegen op http://nu.pvda.nl/binaries/content/assets/documenten/2011/PvdA_Recourt_Plan-Moderne-Alimentatie.pdf.

171 B. Dijksterhuis & N. Vels, *Onderzoek naar de mening van de burgers over de berekening van kinderalimentatie*, Samenvatting, Amsterdam/Rotterdam: Hogeschool van Amsterdam/LBIO 2011.

conclusies van dat rapport blijkt dat burgers ontevreden zijn over de manier van berekening van kinderalimentatie en de wijze van berekening te ingewikkeld en onvoldoende transparant vinden.[172] Ook werd een significant verband gevonden tussen het gebrek aan transparantie in de berekening van kinderalimentatie en het niet-betalen daarvan.[173] Overigens is de betrouwbaarheid van dit rapport in twijfel getrokken vanwege de selectiebias bij het samenstellen van de steekproef. De onderzoekers hebben zich namelijk beperkt tot een groep probleemgevallen - ouders die in aanraking met het LBIO zijn gekomen[174] – die niet representatief is voor de gehele populatie van alimentatieplichtige en alimentatiegerechtigde ouders.[175] De hoofdlijnen van het nieuwe voorstel zijn door de initiatiefnemers als volgt samengevat:[176]

- eenvoud en transparantie staan voorop;
- 80% van de gebruikers moet het zelf kunnen berekenen;
- zo min mogelijk variabelen en dan zoveel mogelijk forfaitair;
- handhaving van het welvaartsniveau na scheiding is geen voorwaarde en veelal een -fictie (onder andere vanwege gestegen woonlasten);
- rekening houden met de zorgtaken van de ouders als forfaitaire variabele;
- ouder draagt altijd minimaal bij;
- tekorten worden verdeeld over beide ouders.

Volgens het wetsvoorstel zou de kinderalimentatie primair door de ouders zelf moeten kunnen worden berekend met behulp van een programma op het internet. Als dat niet lukt, zal de berekening door een administratieve instantie - het LBIO - worden gemaakt. Als de ouders het niet met die berekening eens zijn, kunnen zij naar de rechter stappen. De behoefte van het kind wordt vastgesteld op basis van het netto gezinsinkomen vóór de scheiding plus de kinderbijslag en een budget voor de 'kindergebonden kosten', waarover zo dadelijk meer. De draagkracht van de ouders wordt vastgesteld op basis van het

---

172 B. Dijksterhuis & N. Vels, *Onderzoek naar de mening van de burgers over de berekening van kinderalimentatie,* Samenvatting, Amsterdam/Rotterdam: Hogeschool van Amsterdam/LBIO 2011, p. 4.

173 20 % van de respondenten gaf aan de kinderalimentatie niet te betalen omdat ze onvoldoende inzicht hebben in de berekening daarvan en 15% omdat ze het niet eens zijn met de hoogte daarvan. B. Dijksterhuis & N. Vels, *Onderzoek naar de mening van de burgers over de berekening van kinderalimentatie,* Samenvatting, Amsterdam/Rotterdam: Hogeschool van Amsterdam/LBIO 2011, p. 5.

174 B. Dijksterhuis & N. Vels, *Onderzoek naar de mening van de burgers over de berekening van kinderalimentatie,* Samenvatting, Amsterdam/Rotterdam: Hogeschool van Amsterdam/LBIO 2011, p. 2.

175 A. Roelvink-Verhoeff, 'Kinderalimentatie, 'kijkgeld' of 'wie niet zorgt zal betalen'?', *EB* 2011/74, § 1.3.

176 *PvdA en VVD plan voor berekening van kinderalimentatie*, p. 2, te raadplegen op http://nu.pvda.nl/binaries/content/assets/documenten/2011/PvdA_Recourt_Plan-Moderne-Alimentatie.pdf.

netto inkomen van beide ouders na de scheiding. De bescherming met betrekking tot de draagkracht voor de niet-verzorgende ouder wordt losgelaten. Als de draagkracht van de ouder lager uitvalt dan de behoefte van de kinderen, wordt de behoefte verlaagd. Ongeacht zijn draagkracht moet een ouder altijd een minimumbijdrage betalen van € 600 per jaar per kind, zelfs als zijn inkomen daardoor onder de grens van 90% van de bijstandsnorm zakt. Verder wordt het nieuwe begrip 'kindgebonden kosten' geïntroduceerd . Dit zijn de vaste kosten van de kinderen, zoals forfaitair vastgesteld op basis van het netto inkomen van de ouders voor de scheiding en de leeftijd van de kinderen. Voorts wordt bij alle verblijfsarrangementen een verblijfspercentage vastgesteld op basis van het aantal nachten dat het kind bij elke ouder verblijft. Bij een klassiek verblijfsarrangement draagt de verzorgende ouder de kindergebonden kosten. De rest van de behoefte van het kind wordt verdeeld over de ouders op basis van het verblijfspercentage naar evenredigheid van hun draagkracht. Het uitgangspunt is dat wat de ene ouder tekort komt, de andere moet aanvullen.

Dit voorstel lijkt soelaas te bieden voor een aantal knelpunten van het huidige systeem, namelijk de ongelijke verdeling van lasten tussen de ouders bij het klassieke verblijfsarrangement, en het te weinig rekening houden met – het alsmaar populairder wordende – verblijfsco-ouderschap. Toch is het voorstel onmiddellijk na publicatie op het internet het mikpunt geworden van felle kritiek. In de eerste plaats wordt erop gewezen dat de voorgestelde wijze van berekening verre van eenvoudig is – vooral als men bij de berekening ook met de fiscale aspecten van de kinderalimentatie rekening wil houden – wat het onwaarschijnlijk maakt dat de ouders de berekeningen zelf met behulp van een programma zouden kunnen maken.[177] Verder wordt gevreesd dat het loslaten van de bescherming met betrekking tot de draagkracht en het geen rekening houden met schulden zal leiden tot de onverhaalbaarheid van alimentatiebijdragen.[178] Als punt van zorg is ook aangemerkt dat de koppeling van alimentatie aan de zorgverdeling het voorstel een 'explosieve en wankelende basis' geeft en het voortdurend onrecht en nieuwe vaststellingsprocedures zal uitlokken.[179]

F. Overeenkomsten over kinderalimentatie

Sinds 1 maart 2009 zijn in Nederland de ouders wettelijk verplicht om bij de scheiding in het kader van het opstellen van het ouderschapsplan afspraken te

---

177 A. Roelvink-Verhoeff, 'Kinderalimentatie, 'kijkgeld' of 'wie niet zorgt zal betalen'?', *EB* 2011/73, § 3; A.N. Labohm, 'De berekening van kinderalimentatie', *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2011/49, (inleiding).

178 A. Roelvink-Verhoeff, 'Kinderalimentatie, 'kijkgeld' of 'wie niet zorgt zal betalen'?', *EB* 2011/73, § 1.3 en § 2.1; A.N. Labohm, 'De berekening van kinderalimentatie', *Fiscaal tijdschrift vermogen* 2011/49, (stap 2).

179 A. Roelvink-Verhoeff, 'Kinderalimentatie, 'kijkgeld' of 'wie niet zorgt zal betalen'?', *EB* 2011/73, § 1.3.

maken over de kinderalimentatie voor hun minderjarige kinderen (art. 815 lid 3 onder c Rv). Afspraken over alimentatie ten behoeve van jongmeerderjarige kinderen zijn geen onderdeel van het ouderschapsplan omdat deze kinderen handelingsbekwaam zijn en zelf een overeenkomst met de ouders moeten sluiten. Onderhoudsverplichtingen jegens minderjarige en jongmeerderjarige kinderen zijn van openbare orde[180] en daarvan kan derhalve bij overeenkomst niet worden afgezien (art. 1:400 lid 2 BW). De ouders kunnen kinderalimentatie niet afkopen[181] of betaling in de vorm van een som ineens bedingen. Het laatste mag in principe wel, maar in geval van een wijzigingsverzoek moet de rechter toch een periodieke uitkering vaststellen.[182] De ouders zijn wel bevoegd om de hoogte van het alimentatiebedrag bij overeenkomst te bepalen. Definitieve nihilstelling is nietig.[183] Jonker is van mening dat een tijdelijke nihilstelling in uitzonderlijke gevallen mogelijk is, maar latere alimentatieaanspraken niet in de weg staat.[184] De ouders zijn ook niet bevoegd om de voorrang van kinderalimentatie ex artikel 1:400 lid 1 BW bij overeenkomst opzij te zetten. De alimentatieovereenkomsten in het ouderschapsplan worden door de rechter getoetst,[185] en indien verzocht, in de echtscheidingsbeschikking opgenomen hetgeen de overeenkomst van een executoriale titel voorziet (art. 891 Rv).

Gerechtelijke wijziging van een overeengekomen kinderalimentatie is mogelijk indien de onderhoudsbijdrage door de gewijzigde omstandigheden niet meer aan de wettelijke maatstaven voldoet (art. 1:401 lid 1 BW), of een overeenkomst is aangegaan met grove miskenning van de wettelijke maatstaven (art. 1:401 lid 5 BW). Een niet-wijzigingsbeding met betrekking tot een overeenkomst over kinderalimentatie is nietig (art 1:401 lid 1 BW).186

§ 2 Het Belgische recht

A. De jongste wetswijziging

Om tegemoet te komen aan het gebrek aan uniformiteit en transparantie en het daaruit voortvloeiende onrechtvaardigheidsgevoel dat heerste bij vele

---

180 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1041.

181 A. Heida, 'Kinderalimentatie, de nieuwe wettelijke regeling en enkele recente beslissingen', *EB* 2009, p. 187.

182 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 1038.

183 HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 189.

184 M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 136.

185 Over de toetsing van het ouderschapsplan zie § 2.1.2 onder c.

186 Voor meer informatie zie: M. Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een vergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 157.

onderhoudsplichtigen, heeft de Belgische wetgever met de Wet van 19 maart 2010[187] gestreefd naar een objectieve(re) berekening van de onderhoudsbijdragen die ouders voor hun kinderen moeten betalen, zodat de vaststelling van die bijdragen doeltreffender, gelijker, doorzichtiger en voorspelbaarder zou worden. Tegelijk zou dan de titel waarin de onderhoudsaanspraak vervat ligt, aan deugdelijkheid winnen, wat de uitvoering ervan alleen maar ten goede kan komen en een halt kan toeroepen aan de praktijk van wanbetaling die door de wetgever als een maatschappelijke plaag werd beschouwd.[188]

De Wet van 19 maart 2010 is het resultaat van een politiek compromis, dat het midden houdt tussen de toepassing van een wettelijk verplichte berekeningsmethode voor de begroting van kinderalimentatie en een volkomen appreciatievrijheid van de rechter, wat geleid heeft tot een wet in drie fasen. Primo werd met ingang van 1 augustus 2010 een bijzondere motiveringsverplichting voor de rechter ingevoerd op basis van verplichte vermeldingen in het alimentatievonnis (art. 1321 Ger.W., zie verder). Secundo zou er een commissie voor onderhoudsbijdragen moeten worden opgericht (art. 1322 § 1 en § 2 Ger.W.) en tertio kan er eventueel een koninklijk besluit komen dat een berekeningswijze bevat, waarvan de rechter slechts met bijzondere motivering kan afwijken (art. 1322 § 3 Ger.W.). Het is lang niet zeker dat voormelde commissie er (snel) komt[189] en de publicatie van een koninklijk besluit met een berekeningswijze is totaal onzeker.

De Nederlandse Tremanormen zijn aan de Belgische wetgever voorgesteld in de aanloop naar de hervorming[190], maar er werd voor een andere techniek geopteerd. De 'objectivering' van kinderalimentatie – kroonjuweel van de hervorming – bestaat erin dat de rechter in zijn beslissing die de onderhoudsbijdrage op grond van artikel 203 § 1 BW vaststelt, melding moet maken van een achttal elementen of parameters (opgesomd in art. 1321 § 1 Ger.W.) die hij heeft afgetoetst en op basis waarvan hij het concrete bedrag heeft bepaald (zie verder).

---

187 Wet 19 maart 2010 tot bevordering van een objectieve berekening van de door de ouders te betalen onderhoudsbijdragen voor hun kinderen, *BS* 21 april 2010, p. 22362.

188 Memorie van toelichting bij wetsvoorstel-Nyssens c.s. tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, teneinde te voorzien in een objectieve berekening van de door de vader en de moeder te betalen onderhoudsbijdragen voor hun kinderen, *Parl.St*. Kamer 2007/08, nr. 52K0899/001, p. 4-5.

189 Ze was op het ogenblik dat deze bijdrage werd afgerond (3 januari 2012) alvast nog niet opgericht.

190 Zie het verslag van de hoorzitting met de heer J.G. Luiten (q.q. voorzitter van de werkgroep Alimentatienormen van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, tevens vicevoorzitter van de Rechtbank Arnhem) dat bijlage 2 vormt bij het verslag van de subcommissie familierecht, op zijn beurt terug te vinden als bijlage II bij het verslag Kamercommissie I, *Parl.St*. Kamer 2008/09, nr. 52K0899/005, p. 104-111.

B. Kring van alimentatieplichtigen

In het Belgische recht bestaat er een alimentatieplicht in hoofde van drie categorieën ouders.

Vooreerst zijn er de ouders die een juridisch vastgestelde afstammingsband met het kind hebben. Deze afstammingsband kan oorspronkelijk (art. 203 en 205 BW) of adoptief zijn (zie art. 353-14 BW in verband met gewone adoptie, dat art. 203 BW van overeenkomstige toepassing verklaart en art. 356-1 lid 1 BW, dat ten volle geadopteerde kinderen gelijkstelt met kinderen geboren uit de adoptant(en)).

Daarnaast is er een onderhoudsplicht in hoofde van de vermoedelijke verwekker op basis van bewezen geslachtsgemeenschap met de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking[191] (art. 336 e.v. BW, waarin verwezen wordt naar art. 203 BW).

Ten slotte is de langstlevende stiefouder onderhoudsplichtig ten aanzien van zijn stiefkinderen, maar deze alimentatieplicht ontstaat pas na overlijden van de echtgenoot met eigen kinderen en is begrensd tot wat de stiefouder heeft verkregen uit de nalatenschap van de vooroverledene en de voordelen die de overledene hem/haar mocht hebben verleend bij huwelijkscontract, schenking of testament (art. 203 § 3 BW). Een soortgelijke, naar analogie beperkte, onderhoudsverplichting bestaat voor de langstlevende wettelijk samenwonende partner ten opzichte van de kinderen van de vooroverleden partner die niet de kinderen van de langstlevende zijn (art. 1477 § 5 BW).

In België bestaat geen onderhoudsplicht die uitsluitend voortvloeit uit gezag, nu het ouderlijk gezag een gevolg is van de juridisch vastgestelde afstamming en afstammingsloos gezag niet mogelijk is in België. In de context van medisch begeleide voortplanting kan tegen de spermadonor geen onderhoudsvordering worden ingeleid (art. 56 lid 1 Wet 6 juli 2007).[192]

Het Belgische recht kent twee soorten onderhoudsverplichtingen van ouders ten aanzien van hun kinderen. Krachtens de zogenaamde gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting (art. 205 BW) zijn de kinderen levensonderhoud verschuldigd aan hun ouders en hun andere bloedverwanten in de opgaande lijn die behoeftig zijn. Deze verplichting is wederkerig (art. 207 BW), zodat ook het kind recht heeft op levensonderhoud vanwege zijn ouder.

---

191 Dit is de periode tussen de 300ste en de 180ste dag vóór de geboorte (art. 326 BW).

192 Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007.

Krachtens de zogenaamde bijzondere onderhoudsverplichting uit artikel 203 § 1 BW[193] dienen de ouders naar evenredigheid van hun middelen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, de gezondheid, het toezicht, de opvoeding, de opleiding en de ontplooiing van hun kinderen. Indien de opleiding niet voltooid is, loopt de onderhoudsverplichting door na de meerderjarigheid van het kind (zie verder).

Er zijn betekenisvolle verschillen tussen beide soorten onderhoudsverplichtingen. De bijzondere onderhoudsverplichting van artikel 203 BW - veruit de belangrijkste in de praktijk - wijkt op diverse punten af van de basisregels inzake de (wederkerige) gemeenrechtelijke onderhoudsverplichting die bestaat tussen ouders en kinderen. Zo is de verplichting ex artikel 203 BW niet wederkerig maar eenzijdig (enkel de ouders zijn gehouden ten aanzien van hun kinderen) en ook uitgebreider dan de gemeenrechtelijke verplichting doordat ze naast een materieel aspect ook een moreel aspect heeft. Ze verleent een kind het recht om de levensstandaard van zijn ouders te delen, ook al is het niet behoeftig in de strikte zin van het woord. De bijzondere onderhoudsverplichting heeft een tijdelijk karakter: eens de opleiding van het kind voltooid is, valt ze weg en blijft enkel de (beperktere) gemeenrechtelijke onderhoudsplicht over, die behoeftigheid veronderstelt.

Naar Belgisch recht loopt de bijzondere onderhoudsverplichting van de ouders om hun kinderen een (passende) opleiding te verschaffen door tot de opleiding voltooid is, zo nodig tot na de meerderjarigheid van het kind (art. 203 § 1 in fine BW). Onderhoudsaanspraken van meerderjarige studerende kinderen geven aanleiding tot een enorme casuïstiek. Toch zijn in de Belgische rechtsleer een aantal vuistregels geformuleerd die de omvang van de ouderlijke plichten bepalen.[194] Zo moeten de studies een normale voortgang kennen, al wordt studieduurverlenging met één jaar wegens het verwerven van te weinig studiepunten (credits) om voor elk modeltraject ineens te slagen getolereerd en kunnen tragische familiale omstandigheden of opvoedkundige verwaarlozing door de ouders een bijkomende verlenging rechtvaardigen. Daarnaast eindigt de ouderlijke plicht in de regel bij het verwerven van een einddiploma van het hoger onderwijs dat toegang geeft tot de arbeidsmarkt, maar een verlenging is mogelijk voor korte aanvullende of gespecialiseerde studies of voor studies die een normale voortzetting vormen van reeds voltooide studies.[195] Recentelijk is nog gepleit voor de uitbreiding van de ouderlijke onderhoudsplicht tot de

---

193 Waarnaar verwezen wordt in de artikelen 203 § 2, 336, 353-14 en 1477 § 5 BW.

194 P. De Craene, 'Verplichtingen van de ouders: enige betwistingen omtrent art. 203 BW', *Tijdschrift voor Gentse Rechtspraak* 1995, p. 42-54; P. Senaeve, 'Commentaar bij art. 203 BW', in: *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen: Kluwer 1997, nr. 20-29.

195 Voor een overzicht van rechtspraak in dit verband, zie D. Van Lierde, 'De ouderlijke verplichting tot het betalen van onderhoudsgeld aan het meerderjarige kind voor het volgen van een bijkomende opleiding', *T.Fam.* 2009, p. 46-50.

financiering van een schakelprogramma (dat de afgestudeerde hogeschoolstudent moet volgen bij overgang naar de universiteit) of een voorbereidingsprogramma (voor een universiteitsstudent die een totaal andere universitaire opleiding wil volgen), maar tegelijk is ook de beëindiging van deze onderhoudsverplichting verdedigd wanneer het leerkrediet van de student is opgebruikt.[196]

De idee dat het meerderjarige kind zich verantwoordelijk moet gedragen tegenover zijn ouders (en bij uitbreiding ook ten aanzien van de maatschappij) heeft alvast geen weerklank gevonden in de Belgische cassatierechtspraak. Een kind en zijn ouders zijn op elke leeftijd aan elkaar respect verschuldigd (art. 371 BW). Tot voor kort werd in de literatuur en de rechtspraak (tot het niveau van de hoven van beroep) aangenomen dat kinderen die totaal geen respect betoonden voor hun ouders – door bijvoorbeeld geen enkele informatie te verstrekken aangaande hun studies – hun recht op onderhoud konden verliezen. Deze zogenoemde exceptie van onwaardigheid inzake levensonderhoud wordt door het Hof van Cassatie resoluut afgewezen: uit artikel 203 § 1 BW en artikel 371 BW volgt dat de afwezigheid van respect geen wettelijke uitsluitingsgrond vormt voor het recht op een onderhoudsbijdrage van een kind, recht dat van openbare orde is.[197]

C. Berekening

1. Bepaling van de onderhoudsbijdrage (contributio) volgens de wettelijke criteria

De vaststelling van de onderhoudsbijdrage, rekening houdend met de draagkracht van beide ouders, is in België recentelijk verduidelijkt in het Burgerlijk Wetboek (zie verder sub 1) en tegelijk heeft de Belgische wetgever in het Gerechtelijk Wetboek formele richtlijnen gegeven doordat de begroting van het concrete bedrag moet gebeuren aan de hand van wettelijke parameters (zie verder sub b), evenwel zonder vaste bedragen op te leggen.

a. Evenredige bijdrage van beide ouders

Naar Belgisch recht moet elke ouder bijdragen in de kosten die voortvloeien uit de verplichting bepaald in art. 203 § 1 BW, *in verhouding tot zijn respectieve aandeel in de samengevoegde middelen* (art. 203*bis* § 1 BW). Uit deze verduidelijking van het evenredigheidsbeginsel door de Wet van 19 maart 2010 blijkt dat de bewoording ‘naar evenredigheid van hun middelen’ slaat op de

---

196 K. Uytterhoeven, ‘Onderwijsrechtelijke bedenkingen over de ouderlijke onderhoudsverplichting ten aanzien van meerderjarige studerende kinderen’, *T.Fam.* 2011, p. 86-87.

197 Hof van Cassatie 3 juni 2010, *Tijdschrift voor Jeugdrecht en Kinderrechten* 2010, p. 297 m.nt. E. Callebaut, *T.Fam.* 2011, p. 101 m.nt. F. Denissen en *RW* 2010-2011, p. 1648 m.nt. F. Swennen.

omvang van de bijdrage van elke ouder ten opzichte van de andere (en dus niet op de omvang van de totale bijdrage van beide ouders samen ten opzichte van het kind). Zijn de middelen van de vader bijvoorbeeld drie keer groter dan die van de moeder, dan zal zijn aandeel in de globaal te financieren kosten voor een gemeenschappelijk kind 75% bedragen en het deel van de moeder 25%.

Met 'middelen' worden onder andere bedoeld alle beroepsinkomsten, de inkomsten uit roerende en onroerende goederen van de ouders, alsook alle voordelen en andere middelen die hun levensstandaard en deze van de kinderen waarborgen (art. 203 § 2 BW). De rechter kan ook de mogelijkheden van partijen om (hogere) inkomsten te verwerven alsook de financiële draagkracht van de ouder die vrijwillig stopt met werken om zo te ontkomen aan een veroordeling tot betaling van een onderhoudsbijdrage, in rekening brengen.

Wat de activa betreft, heeft de wetgever willen beklemtonen dat de rechter niet enkel rekening moet houden met de inkomsten die blijken uit de aangifte voor de inkomstenbelastingen, maar ook met de ('zwarte') inkomsten die niet zijn aangegeven maar kunnen blijken uit de levensstijl van een ouder. Hetzelfde geldt voor het gebruik van luxegoederen die eigendom zijn van een vennootschap, vervangingsinkomsten, inkomsten uit beleggingen, huurinkomsten, maaltijdcheques en een bedrijfswagen. Bovendien moeten ook niet-financiële voordelen zoals de taak die één van de ouders op zich neemt om het kind naar school en naar buitenschoolse activiteiten te brengen, om alle administratieve of medische zaken af te handelen, om kinderen een bezigheid te geven tijdens verloven en schoolvakanties, enzovoort in rekening worden gebracht bij de beoordeling van de 'middelen' van de ouders.[198] De rechter kan, behoudens tegenbewijs, ook rekening houden met tekenen en indiciën waaruit een hogere graad van gegoedheid blijkt dan uit de aangegeven inkomsten. Hij kan bovendien een beroep doen op de verplichting tot loyale medewerking in het kader van de bewijsvoering of zelf het Openbaar Ministerie vragen hierover inlichtingen in te winnen.

Wat de passiva betreft, bestond in de praktijk vooral betwisting omtrent de vraag of van de netto-inkomsten van de ouders bepaalde (woning)lasten mochten worden afgetrokken alvorens over te gaan tot een proportionele berekening van de onderhoudsbijdrage. Hoewel de tekst van artikel 203 § 2 BW geen duidelijk antwoord biedt - in zijn louter exemplatieve omschrijving van de middelen van de ouders - blijkt uit de voorbereidende werken van de Wet van 19 maart 2010 wel degelijk de bedoeling van de wetgever om de rechter de mogelijkheid te geven om niet-samendrukbare kosten, bijvoorbeeld een hypothecaire leninglast

198 Er is evenwel nergens bepaald hoe deze (bijzonder moeilijke) verrekening in de praktijk moet gebeuren.

of te betalen huur, de onderhoudslasten voor een kind uit een andere relatie of eventuele medische kosten van een ouder zelf, in mindering te brengen.[199]

De 'kosten' (die voortvloeien uit de verplichting ex art. 203 § 1 BW) omvatten de gewone kosten en de buitengewone kosten (art. 203*bis* § 3 lid 1 BW). Met de invoering van een *wettelijke definitie van gewone en buitengewone kosten* hoopte de wetgever bij te dragen tot meer eenvormigheid in de rechtspraak omtrent de bepaling van de bijdrage in de buitengewone kosten. Beoogd werd discussies te vermijden en voor alle partijen duidelijk te maken welke kosten er precies worden gedekt door het maandelijkse forfait (de gewone kosten) en welke niet (de buitengewone kosten).[200]

De gewone kosten zijn alle gebruikelijke kosten met betrekking tot het dagelijkse onderhoud van het kind (art. 203*bis* § 3 lid 2 BW). Onder *buitengewone kosten* worden verstaan de uitzonderlijke, noodzakelijke of onvoorzienbare uitgaven die voortvloeien uit toevallige of ongewone gebeurtenissen en die het gebruikelijke budget voor het dagelijkse onderhoud van het kind dat desgevallend als basis diende voor de vaststelling van de onderhoudsbijdragen, overschrijden (art. 203*bis* § 3 lid 3 BW).[201]

b. Bijzondere motiveringsplicht voor de rechter aan de hand van acht parameters

Behoudens akkoord van de partijen over het bedrag van de onderhoudsbijdrage in het belang van het kind, moet elke rechterlijke beslissing die een onderhoudsbijdrage op grond van artikel 203 § 1 BW vaststelt, een achttal elementen (parameters) vermelden die in artikel 1321 § 1 Ger.W. worden opgesomd.
Deze parameters, relevant voor de vaststelling van een redelijke en billijke bijdrage, zijn:

1. de *aard en het bedrag van de middelen van elk van de ouders* door de rechter in acht genomen op grond van artikel 203 § 2 BW;
2. de *gewone kosten* waaruit het budget voor het kind is samengesteld alsook de manier waarop deze begroot zijn;
3. de aard van de *buitengewone kosten* die in acht genomen kunnen worden, het deel van deze kosten dat elk van de ouders voor zijn rekening dient te nemen alsook de modaliteiten voor de aanwending van deze kosten;

---

199 Verantwoording bij amendement nr. 2 (Nyssens), *Parl.St*. Kamer 2008/09, nr. 52K0899/002, p. 8-9.

200 Verantwoording bij amendement nr. 2 (Nyssens), *Parl.St*. Kamer 2008/09, nr. 52K0899/002, p. 9-10.

201 Voor een uitgebreide analyse van deze definities, zie G. Verschelden, 'De wet van 19 maart ter bevordering van een objectieve berekening van kinderalimentatie', *T.Fam.* 2010, p. 166-168, nr. 17-24.

4. de *verblijfsregeling van het kind* en de bijdrage in natura van elk van de ouders in het levensonderhoud van het kind tengevolge van deze verblijfsregeling;
5. het *bedrag van de kinderbijslag en van de sociale en fiscale voordelen* van alle aard die elk van de ouders voor het kind ontvangt;
6. de *inkomsten* die elk van de ouders in voorkomend geval ontvangt *uit het genot van de goederen van het kind*;
7. het *aandeel van elk van de ouders in de tenlasteneming van de kosten* voortvloeiende uit artikel 203 § 1 BW en *de daarop eventueel vastgestelde onderhoudsbijdrage*, evenals de *modaliteiten voor de aanpassing ervan* op grond van artikel 203quater BW;
8. de *bijzondere omstandigheden van de zaak* die in acht genomen zijn.

De rechter moet verduidelijken op welke manier hij voormelde elementen in acht heeft genomen (art. 1321 § 2 1° Ger.W.). Dit betekent dat hij op een bevattelijke manier in zijn vonnis moet uitleggen via welke redenering hij, op basis van de zonet vermelde parameters, tot zijn beslissing gekomen is. Een opsomming van alle elementen gevolgd door een bedrag kan niet volstaan, evenmin als de loutere verwijzing naar (het resultaat van) een berekeningsprogramma. De rechter dient met andere woorden zijn begrotingsmethode aan te geven en uit te leggen, toegepast op de concrete gegevens van het dossier, zoals opgesomd onder de wettelijke parameters.[202]

Mocht er ooit een bij koninklijk besluit vastgestelde berekeningsmethode komen, dan moet de rechter die afwijkt van de daarin voorziene berekeningswijze, bij een met bijzondere redenen omkleed vonnis verduidelijken op welke manier hij de onderhoudsbijdrage en de modaliteiten voor de aanpassing ervan heeft bepaald (art. 1321 § 2 2° Ger.W). De wetgever wilde de rechter op deze manier aanzetten om de bij koninklijk besluit bepaalde berekeningswijze toe te passen, derwijze dat de bepaling van de onderhoudsbijdragen meer wordt geobjectiveerd en de coherentie ervan wordt versterkt.[203]

2. Rekenprogramma's

In België zijn er diverse berekeningsprogramma's die praeter legem worden toegepast door advocaten, magistraten én ouders. Hier worden de drie bekendste kort toegelicht.

---

202 P. Senaeve, 'De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht', in: P. Senaeve & J. Du Mongh (red.), *Onderhoudsgelden voor kinderen en tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen: Intersentia 2010, nr. 103.

203 Verantwoording bij amendement nr. 2 (Nyssens), *Parl.St*. Kamer 2008/09, nr. 52K0899/002, p. 14.

De *methode-Renard* werd reeds in 1986 voorgesteld door socioloog Roland Renard[204] en is omstandiger dan alle andere in de doctrine uitgewerkt.[205] Ze wordt in Franstalig België vaak gehanteerd, onder meer door het Hof van Beroep te Bergen en is geïnformatiseerd in het computerprogramma *Proposition de Contribution Alimentaire* (PCA).[206] Deze methode kan ook online worden toegepast.[207]

De *methode van de (Vlaamse) Gezinsbond* werd ontwikkeld door de studiedienst van deze vereniging zonder winstoogmerk, die de belangen van de gezinnen verdedigt. In 1994 lanceerde de Gezinsbond in een nummer van zijn driemaandelijkse tijdschrift[208] een berekeningsmodel dat in niets verschilde van de methode-Renard. Vertrekkend van de kritieken op deze methode, werd in 2005 een nieuw berekeningsschema op papier gepubliceerd, dat een oplossing bood voor de meeste tekortkomingen van de methode-Renard, maar tegelijk complexer was.[209] Anderhalf jaar later werd dan de zogenoemde 'onderhoudsgeldcalculator' uitgebracht op cd-rom, die in 2008 werd uitgerust met een fiscale module en sindsdien permanent verfijnd en geactualiseerd wordt. Onder impuls van staatssecretaris Wathelet en in samenwerking met de Franstalige zustervereniging *Ligue des familles* werd de onderhoudsgeldcalculator in juni 2009 beschikbaar in een drietalige versie.[210]

De *methode-Tremmery* is ontwikkeld door (vader) Jacques en (dochter) Maaike Tremmery, beiden advocaat aan de balie te Kortrijk (West-Vlaanderen). Deze methode is buiten het Nederlandstalige landsgedeelte weinig gekend en wordt in de rechtspraak ook niet waarneembaar gehanteerd. Ze is beschreven in boekvorm en eveneens toepasbaar via een bijgeleverde – eentalige – cd-rom.[211]

---

204 R. Renard, 'Divorce, coût de l'enfant, pension alimentaire et fiscalité', *Journal des Tribunaux* 1986, p. 101-110.

205 R. Renard, 'La méthode Renard. Une méthode de calcul des contributions alimentaires', in : *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel: Larcier 2005, p. 152, nr. 51 en R. Renard, 'La méthode Renard. Questions spéciales', in : *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, Brussel: Larcier 2008, p. 258, nr. 69.

206 P.A. Wustefeld, 'P.C.A. Een voorstel tot rationele raming van onderhoudsgelden voor minderjarige kinderen', in: P. Senaeve (red.), *Onderhoudsgelden*, Leuven: Acco 2001, p. 429-443.

207 Na inloggen via de website https://pca.larcier.be/.

208 'Kinderen: een dure aangelegenheid?', *Gezinsbeleid in Vlaanderen* 1994-2.

209 Dit schema is opgenomen in 'Mijn kind, duur kind?!', *Gezinsbeleid in Vlaanderen* 2005-4, te consulteren via www.gezinsbond.be/images/stories/studie/mkdk.pdf.

210 Cd-rom *Onderhoudsgelden voor kinderen. Drietalige berekeningsmethode*, te bestellen via de studiedienst van de Gezinsbond. Voor een uitgebreide bespreking van de werking ervan, zie Y. Coemans, 'De onderhoudsgeldcalculator: een objectieve berekeningsmethode voor onderhoudsbijdragen voor kinderen', in P. Senaeve & J. Du Mongh (red.), *Onderhoudsgelden voor kinderen en tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen: Intersentia 2010, nr. 180 e.v.

211 J. Tremmery & M. Tremmery, *Onderhoudsgeld voor kinderen. Praktische handleiding met rekenblad*, Antwerpen: Maklu 2005, p. 168.

Deze drie systematische methodes zijn ook na de Wet van 19 maart 2010 nog in omloop. Zij strekken ertoe in de eerste plaats de kost van het kind te bepalen en vervolgens deze kost te verdelen over beide ouders. Toch blijken de gehanteerde werkwijzen en de resultaten uiteenlopend. Vooral bij hoge inkomens leiden de methode-Renard en methode van de Gezinsbond tot veel hogere bedragen dan de methode-Tremmery,[212] wat de rechtszekerheid uiteraard niet ten goede komt.

D. Alimentatie bij verblijfsco-ouderschap

Omwille van het hoger vermelde principe dat elke ouder dient bij te dragen in verhouding tot zijn aandeel in de middelen waarover beide ouders samen beschikken (art. 203*bis* § 1 BW), is het een – nochtans wijdverbreid – misverstand dat de vader in een regeling van verblijfsco-ouderschap geen onderhoudsbijdrage zou moeten betalen.

E. Overeenkomsten over kinderalimentatie na echtscheiding

Bij *echtscheiding door onderlinge toestemming* moeten alle gevolgen van de echtscheiding vooraf worden geregeld in globale overeenkomsten. Wat kinderalimentatie betreft, moeten de echtgenoten een schriftelijke overeenkomst sluiten omtrent de bijdrage van elk van beide ouders in het levensonderhoud, de opvoeding en de passende opleiding[213] van hun gemeenschappelijke kinderen, onverminderd de rechten die deze kinderen door de artikelen 203 tot 211 BW worden toegekend (art. 1288 lid 1 3° Ger.W.). Deze (en andere) overeenkomsten met betrekking tot de kinderen worden door de overheid inhoudelijk gecontroleerd, nu het Openbaar Ministerie er schriftelijk advies over moet uitbrengen (art. 1289ter lid 1 Ger.W.) teneinde de echtscheidingsrechter toe te laten deze overeenkomsten al dan niet te homologeren in het echtscheidingsvonnis (art. 1298 Ger.W.), waarna ze uitvoerbare kracht krijgen. De uitspraak van de EOT is dus afhankelijk van de toetsing van de voorafgaande overeenkomsten met betrekking tot de kinderen.

Toch genieten de ouders naar Belgisch recht van enige vrijheid bij de opmaak van hun kinderalimentatieovereenkomst. Er moet immers een onderscheid worden gemaakt tussen de *obligatio* (de onderhouds*verplichting*), die van openbare orde is (art. 203 § 1 BW) en de *contributio* (de onderhouds*bijdrage*), die beheerst wordt door artikel 1134 BW: de overeenkomst geldt als wet tussen

---

212 P. Senaeve, 'De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht', in: P. Senaeve & J. Du Mongh (red.), *Onderhoudsgelden voor kinderen en tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen: Intersentia 2010, nr. 4.

213 Merk op dat het voorwerp van de onderhoudsplicht in deze bepaling nog de invulling heeft zoals gegeven door de Wet van 31 maart 1987 (niet aangepast aan de Wetten van 13 april 1995 en 19 maart 2010).

partijen. Aangezien artikel 1288 lid 1 3° Ger.W. volgens het Hof van Cassatie handelt over de onderhoudsbijdrage in de onderlinge verhouding tussen de ouders, heeft dit tot gevolg dat de ouders hun onderlinge bijdrage naar goeddunken regelen, voor zover de kinderen in niets tekort komen. De echtgenoten kunnen overeenkomen dat één van hen voor het geheel zal bijdragen en de andere niets (i.e. een nihilbeding). Een dergelijke clausule is slechts verboden in zoverre zij zodanig is opgevat dat één echtgenoot van zijn verplichtingen wordt ontheven[214] waardoor afbreuk zou worden gedaan aan de obligatio.

Aangezien artikel 203*bis* § 3 lid 1 BW bepaalt dat de kosten die voortvloeien uit de verplichting ex artikel 203 § 1 BW de gewone kosten én de buitengewone kosten omvatten, moet worden aangenomen dat een overeenkomst voorafgaand aan EOT een regeling moet bevatten voor beide soorten kosten. Dit betekent niet dat er een afzonderlijke regeling voor buitengewone kosten moet worden uitgeschreven; er kan ook worden overeengekomen dat de forfaitaire onderhoudsbijdrage zowel slaat op de gewone als op de buitengewone kosten. Een EOT-overeenkomst die helemaal niets bepaalt aangaande de bijdrage in de buitengewone kosten is niet in overeenstemming met de vereiste van artikel 1288 lid 1 3° Ger.W.[215] Gelet op de bedoelingen die de wetgever met zijn definities had – eenvormigheid in de rechtspraak creëren, discussies tussen partijen vermijden en de kostenregeling voor hen verduidelijken – mag worden aangenomen dat partijen in hun familierechtelijke overeenkomst voorafgaand aan EOT van de wettelijke definiëring van gewone en buitengewone kosten kunnen afwijken. Zo mogen zij in hun regeling met betrekking tot de onderhoudsbijdrage voor hun gemeenschappelijke kinderen de buitengewone kosten (waarvoor het maandelijkse forfait niet geldt) ruimer, maar niet beperkter, omschrijven dan de wettelijke definitie toelaat, uiteraard steeds op voorwaarde dat de overeenkomst niet strijdig is met de belangen van de kinderen.

Voor een eenzijdig verzoek tot wijziging van de EOT-overeenkomst na de EOT bevat de Belgische wet een strikt wijzigingscriterium. Bedongen kinderalimentatie kan op verzoek van (slechts) één ex-echtgenoot enkel nog worden gewijzigd door de bevoegde rechter wanneer nieuwe omstandigheden buiten de wil van de partijen hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen (art. 1288 lid 2 Ger.W.). Toch neigt zowel de rechtsleer[216] als de

---

214 Hof van Cassatie 8 oktober 1982, *RW* 1983-1984, p. 1193 m.nt. A. Poppelemon.

215 P. Senaeve, 'De wet van 19 maart 2010 aangaande de objectivering van de onderhoudsbijdragen voor kinderen en andere wijzigingen in het alimentatierecht', in: P. Senaeve & J. Du Mongh (red.), *Onderhoudsgelden voor kinderen en tussen ex-echtgenoten*, Antwerpen: Intersentia 2010, nr. 62.

216 Zie bijvoorbeeld F. Buyssens, 'De onderhoudsbijdrage voor de kinderen en de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten bij echtscheiding door onderlinge

rechtspraak[217] naar een bijzonder soepele interpretatie van dit strikte criterium door wijzigingsverzoeken te beoordelen in het belang van het kind. De echtgenoten mogen andere – soepelere of nog strengere – wijzigingscriteria dan deze vermeld in de wet in hun EOT-overeenkomst opnemen. In voorkomend geval prevaleren deze conventionele wijzigingscriteria op het wettelijke criterium.[218]

Het verplichte 'ouderschapsplan' bij EOT (verplichte voorafgaande regelingen met betrekking tot de kinderen) staat in schril contrast met de vrijheid die de Belgische wet biedt aan ouders die de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk wensen. Hoewel de Belgische wetgever de opmaak van akkoorden in het raam van deze EOO heeft gestimuleerd door de homologatie van (partiële of globale) overeenkomsten mogelijk te maken (zie art. 1256 Ger.W.), geldt er voor echtgenoten die deze vorm van echtscheiding hebben gekozen geen enkele verplichting om een overeenkomst met betrekking tot de kinderen te sluiten. Zij kunnen uit de echt scheiden zonder nog maar te hebben nagedacht over een regeling inzake kinderalimentatie.

§ 3 Synthese: wat kunnen wij op het terrein van kinderalimentatie van elkaar leren?

De voorgaande schetsen maken duidelijk dat Nederland en België met dezelfde problemen kampen: gebrek aan gelijkheid en transparantie bij de vaststelling van alimentatiebijdragen en de praktijk van wanbetaling van kinderalimentatie die tot een maatschappelijke plaag is uitgegroeid. België heeft ter bestrijding van deze problemen in 2010 een wetswijziging doorgevoerd. Bij de voorbereiding daarvan is de introductie van een methode zoals die van de Nederlandse Tremanormen overwogen en afgewezen. In Nederland is op dit moment een wetsontwerp in voorbereiding dat de op Tremanormen gebaseerde berekening beoogt te vervangen door een meer simpele, forfaitaire methode. Gezien de vele knelpunten in beide stelsels, valt voor Nederland en België op het terrein van kinderalimentatie veel van elkaar te leren.

In Nederland is de stiefouder, die samen met een ouder het kind opvoedt, gedurende het huwelijk/geregistreerd partnerschap met de ouder in zijn alimentatieplicht jegens het kind met een juridische ouder gelijkgesteld. Daardoor ontstaat een samenloop van alimentatieverplichtingen omdat het kind tegelijkertijd alimentatie kan ontvangen van zijn juridische ouder(s) en van een

---

toestemming', in: P. Senaeve (red.), *Onderhoudsgelden*, Leuven/: Acco 2001, p. 116-125, nr. 167-180.

217 Zie bijv. Rb. Mechelen 23 juni 2009, *T.Fam.* 2010, p. 60 m.nt. D. Van Lierde. De rechtbank stelde met zo veel woorden dat een vordering tot het bekomen van een onderhoudsbijdrage niet zonder meer kon worden afgewezen omdat niet zou zijn voldaan aan de voorwaarden van art. 1288 lid 2 Ger.W.

218 Hof van Cassatie 30 april 2004, *Tijdschrift voor Notarissen* 2005, p. 550.

stiefouder tot wiens gezin het behoort. Dit stelsel roept een keten van aanpassingsprocedures op. In België is de stiefouder slechts alimentatieplichtig na het overlijden van zijn echtgenoot - de ouder van het kind - en is de omvang van zijn plicht begrensd door hetgeen de stiefouder heeft verkregen uit de nalatenschap van de overledene en de voordelen die de overledene hem mocht hebben verleend bij huwelijkscontract, schenking of testament. Het is aan te raden om ook in Nederland de verplichting van de stiefouder naar Belgisch voorbeeld te beperken. Dat zou tot uitdrukking brengen dat juridische ouders ook na de scheiding de primair verantwoordelijken zijn voor het onderhoud van hun kinderen, en tegelijkertijd zou het veel procedures en gedoe schelen. Een andere optie is om slechts die stiefouders, die ex artikel 1:253t BW het gezamenlijk gezag over hun stiefkinderen uitoefenen, in hun onderhoudsplicht met de juridische ouders gelijk te stellen, en de verplichtingen van overige stiefouders vorm te geven naar Belgisch voorbeeld.

In België houdt de onderhoudsplicht van de ouders niet op wanneer de kinderen een bepaalde leeftijd bereiken. De plicht om de kinderen een (passende) opleiding te verschaffen loopt door tot de opleiding voltooid is, zo nodig tot na de meerderjarigheid van het kind. Het Nederlandse recht kent twee duidelijke leeftijdsgrenzen: achttien jaar, de leeftijd waarop de onderhoudsplicht jegens minderjarige kinderen eindigt, en 21 jaar de leeftijd waarop de onderhoudsplicht jegens jongmeerderjarige kinderen eindigt. De voortzetting van de onderhoudsplicht nadat het kind de leeftijd van 21 jaar heeft bereikt, zou aansluiten bij de maatschappelijke realiteit van steeds langere socialisering van jongmeerderjarigen, de lange duur van studies in het voortgezet onderwijs en de versobering van de studiefinanciering, waardoor jongmeerderjarigen zonder steun van de ouders hun studie niet of moeilijk kunnen afronden. In België is deze realiteit beter in de wet verdisconteerd dan in Nederland. Het is geen toeval dat het wetsvoorstel waaraan in Nederland op dit moment wordt gewerkt, de duur van de alimentatieplicht wil verlengen tot het bereiken van de leeftijd van 23 jaar. Aan de andere kant gaat de onderhoudsplicht jegens jongmeerderjarige kinderen in België soms te ver. Het zou wellicht beter zijn om een duidelijke bovengrens te trekken in de vorm van de volledige afronding van één in tijd aaneengesloten studie met een master als top. Een andere grens komt in het Nederlandse recht voor. Anders dan in België, kan in Nederland wangedrag van de jongmeerderjarige – anders dan wangedrag van de minderjarige – tot korting op de alimentatie leiden. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat jongmeerderjarigen volwassen handelingsbekwame personen zijn, die volledige verantwoordelijkheid voor hun acties kunnen dragen.

De berekening van de alimentatiebijdragen in het Belgische recht kent geen bescherming zoals het Nederlandse draagkrachtruimte percentage en de drempel van 90% van de bijstandsnorm. De ouders zijn gehouden om hun kinderen naar evenredigheid van hun middelen te onderhouden. Zijn de middelen van de vader bijvoorbeeld drie keer groter dan die van de moeder, dan zal zijn aandeel in de

globaal te financieren kosten voor een gemeenschappelijk kind 75% bedragen en het deel van de moeder 25%. In Nederland leidt de bescherming van de niet-verzorgende ouder ten koste van de verzorgende ouder tot ongelijkheid tussen de ouders en de mogelijkheid om de onderhoudsplicht af te wentelen op de verzorgende ouder. Het wetvoorstel waaraan in Nederland op dit moment wordt gewerkt, en de alternatieve methode-Bol, proberen aan deze ongerechtvaardigde toestand een einde te maken. Het Belgische voorbeeld is voor deze pogingen een extra steun in de rug.

In België kunnen de ouders in geval van EOO uit de echt scheiden zonder ooit over kinderalimentatie te hebben nagedacht. In Nederland zijn de afspraken over kinderalimentatie een verplicht onderdeel van het ouderschapsplan, wat als een voorbeeld voor België kan dienen.

V CONCLUSIE: WAT KUNNEN NEDERLAND EN BELGIË VAN ELKAAR LEREN?

Deze bijdrage laat zien dat de vergelijking tussen het Nederlandse en het Belgische recht een vruchtbare exercitie is. Duidelijk is dat de rechtsontwikkeling in België en Nederland op het gebied van gezag, verblijf en contact in dezelfde richting gaat, die overigens aansluit bij de algemene mondiale trend. Beide landen proberen de relatie tussen het kind en beide ouders na de scheiding te versterken. Zowel in België als in Nederland is het gezamenlijk gezag na de scheiding de hoofdregel geworden en het verblijfsco-ouderschap is – zij het op verschillende manier – in de wet geregeld. In beide landen spreekt de wet in het geval van gezamenlijk gezag niet meer van omgang of contact. Op het terrein van kinderalimentatie kampen de landen met dezelfde problemen, zoeken zij in dezelfde richting naar oplossingen, en kijken zij naar elkaars recht voor inspiratie en voorbeelden.

Het voorafgaande maakt duidelijk dat onze buurlanden veel van elkaar kunnen opsteken. De vergelijkbaarheid van de wettelijke regels – gegeven door veel overeenkomsten in sociaal-economische en demografische setting en in juridische traditie – maken de best practices uit beide rechtstelsels over en weer bruikbaar voor overname. In de syntheses aan het slot van de voorafgaande paragrafen – gewijd respectievelijk aan het gezag, verblijf en contact en de kinderalimentatie – zijn op basis van de gemaakte vergelijking verschillende suggesties gedaan die volgens de auteurs het Nederlandse en Belgische recht zouden kunnen verbeteren.

Een samenvatting van de belangrijkste suggesties is:

- introductie in Nederland van de Belgische modellen van de getemperde gezagsregimes zou het Nederlandse gezagsrecht verrijken en meer flexibel maken;

- het volgen in Nederland van het Belgische voorbeeld inzake de mogelijkheid dat de ouders bij overeenkomst voor eenzijdig gezag kiezen, zou de partijautonomie vergroten en de bescherming versterken van het familieleven tegen onnodige overheidsinmenging, gewaarborgd door artikel 8 EVRM;
- aanvaarding in Nederland van de meer uitgebreide criteria op basis waarvan de Belgische rechter het eenhoofdig gezag kan toewijzen, zou in Nederland het aantal gevallen van toekenning van gezamenlijk gezag in conflictsituatie kunnen terugbrengen;
- het Nederlandse verplichte ouderschapsplan kan de Belgische wetgever inspireren bij het nadenken over het stimuleren van het maken van de afspraken over de kinderen in geval van de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting van het huwelijk (EOO);
- België is verder met de ontwikkeling van criteria voor toekenning of afwijzing van het verblijfsco-ouderschap. De Nederlandse rechtspraak kan van die ervaring profiteren;
- de overname in België van de Nederlandse verplichting van de verzorgende ouder om de ontwikkeling van de band tussen het kind en de andere ouder te bevorderen, zou in België de positie van de niet-verzorgende ouder kunnen versterken;
- het inperken in Nederland, naar Belgisch voorbeeld, van de alimentatieverplichtingen van de stiefouder, zou het Nederlandse kinderalimentatierecht werkbaarder maken en het ontstaan van een keten van wijzigingsverzoeken kunnen tegengaan;
- het verlengen in Nederland van de onderhoudsplicht jegens jongmeerderjarige studerende kinderen tot het einde van hun studie, zou het Nederlandse recht beter doen aansluiten bij de maatschappelijke realiteit van steeds langere socialisering, lange duur van studies en versobering van de studiefinanciering;
- de overname in België van de Nederlandse regel dat wangedrag van jongmeerderjarigen tot korting op de alimentatie kan leiden, zou tot uitdrukking brengen dat jongmeerderjarigen volwassen personen zijn die volledige verantwoordelijkheid voor hun acties kunnen dragen;
- de introductie in Nederland van de Belgische regel dat de ouders zijn gehouden om hun kinderen naar evenredigheid van hun middelen te onderhouden en de afschaffing van de bescherming van het draagkrachtruimte percentage en de drempel 90% van de bijstandsnorm, zou de grootste knelpunten van het Nederlandse kinderalimentatierecht helpen oplossen.

GRENSOVERSCHRIJDENDE ECHTSCHEIDINGEN

Lisette Frohn
Wetenschappelijk medewerker bij Internationaal Juridisch Instituut

Patrick Wautelet
Gewoon hoogleraar aan de Universiteit Luik

De verschillende (inter)nationale regelingen die bij een grensoverschrijdende (echt)scheiding waarbij Nederland en België betrokken zijn, worden aan de hand van de volgende casus toegelicht.

I CASUS

Een Nederlands echtpaar, Henk en Lisa, beiden econoom, zijn in 2006 in Brussel gaan werken bij de Europese Commissie. Zij zijn in 1997 met elkaar gehuwd in Amsterdam. Uit het huwelijk zijn twee kinderen geboren, Mirjam 6 jaar en Barry 9 jaar, die onderwijs volgen bij het Schola Europea, een door de Europese Unie (EU) georganiseerde onderwijsinstelling in Brussel. In september 2011 gaat het echtpaar uit elkaar. Na een paar weken onzekerheid aanvaardt Henk een functie in Amsterdam bij een consultancykantoor en verhuist op 25 september 2011 naar Amsterdam. Lisa blijft in Brussel wonen en werken. De beide kinderen blijven bij hun moeder in Brussel. Henk is voornemens in Amsterdam een echtscheidingsprocedure met nevenverzoeken (ouderlijke verantwoordelijkheid, alimentatie, verdeling gemeenschappelijk vermogen) aanhangig te maken. Lisa is voornemens in Brussel een echtscheidingsprocedure, eveneens met nevenverzoeken, aanhangig te maken.

De vragen die in deze casus aan de orde komen, kunnen gegroepeerd worden naar bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging.

II BEVOEGDHEID

§ 1 Echtscheiding

Op 1 maart 2005 is de Brussel II*bis*-Verordening (Verordening (EG) van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van

Verordening (EG) nr. 1347/2000, *PbEU* 2003, L 338/1), in werking getreden. Aldus zijn binnen de EU de rechtsmachtregels in zaken betreffende het huwelijk (zoals echtscheiding) en de ouderlijke verantwoordelijkheid en het omgangsrecht geharmoniseerd. Voor Nederland en België gelden dezelfde regels, met andere woorden de Nederlandse rechter en de Belgische rechter zullen om te bepalen of bevoegdheid kan worden aangenomen met betrekking tot het echtscheidingsverzoek van Henk respectievelijk Lisa deze vraag toetsen aan Brussel II*bis*. Het verdient vermelding dat Brussel II*bis* niet alleen toepassing vindt inzake echtscheiding, doch ook op vorderingen tot scheiding van tafel en bed én ook nietigverklaring van het huwelijk. Evenwel dient men rekening te houden met het feit dat de Verordening slechts toepassing vindt op huwelijken, niet op geregistreerde partnerschappen. De vraag of Brussel II*bis* tevens op huwelijk tussen paren van hetzelfde geslacht toepassing kan vinden, blijft open.

Artikel 3 kent bevoegdheidscriteria op grond van de gewone verblijfplaats (lid 1 onder a) en op grond van gemeenschappelijke nationaliteit (lid 1 onder b). In casu is de Nederlandse rechter bevoegd ingevolge artikel 3 lid 1 onder b; hij is immers de rechter van de lidstaat waarvan beide echtgenoten de nationaliteit hebben.

Stel dat Henk en Lisa op de een of andere manier op dit moment zowel de Nederlandse als de Belgische nationaliteit hebben. Is de Nederlandse rechter dan nog bevoegd? In het licht van artikel 3 lid 1 onder b komt dan de vraag op of de gemeenschappelijke Nederlandse nationaliteit de effectieve nationaliteit van de echtgenoten moet zijn. Uit de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) van 16 juli 2009, nr. C-168/08, *Jur*. 2009, p. I-06871, NJ 2011, 347 m.nt. ThMdB (*Hadadi/Mesko*) blijkt dat het Hof de effectiviteitstoets afwijst, indien de echtgenoten beiden een gemeenschappelijke dubbele nationaliteit bezitten. Voldoende is de nominale gemeenschappelijke nationaliteit als grondslag voor de bevoegdheid van de rechter.

Stel dat Henk na de split niet naar Nederland, doch wel naar Duitsland verhuist, waar hij voor de OESO gaat werken. Dit hoeft geen impact te hebben op de mogelijkheid voor de Nederlandse of Belgische rechter om rechtsmacht uit te oefenen. Zowel de Belgische als de Nederlandse rechter blijven in deze hypothese bevoegd: de Belgische rechter op grond van de laatste echtelijke verblijfplaats, de Nederlandse rechter op grond van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten.

Wel moet rekening gehouden worden met het feit dat de Duitse rechter na één jaar ook bevoegdheid toekomt om zich over de echtscheiding uit te spreken.

Onder de Brussel II*bis*-Verordening geldt dat op de rechter de verplichting rust om zijn rechtsmacht te toetsen (art. 17). Er is derhalve geen ruimte voor een akkoord tussen echtgenoten over de bevoegde rechtbank. Wanneer de rechter vaststelt dat de rechtbanken van een andere lidstaat bevoegdheid toekomen zonder dat hij uit de Verordening bevoegdheid kan putten, dient hij zich ambtshalve onbevoegd te verklaren. In geval van verstek van de verweerder dient de rechter bovendien krachtens artikel 19 de ontvankelijkheid te toetsen, meer in het bijzonder dient hij na te gaan of de verstek latende verweerder het gedinginleidende stuk tijdig ontvangen heeft.

Gelet op de zeer ruime bevoegdheidsregels die de Verordening hanteert, hebben de echtgenoten de mogelijkheid om procedures in verschillende landen te beginnen. Parallelle procedures worden op grond van de aanhangigheid opgevangen (art. 19). Voorrang komt aan de eerst geadiëerde rechter, althans voor zover uit het onderzoek naar de bevoegdheid van de twee rechtbanken blijkt dat deze op grond van de Verordening inderdaad bevoegdheid toekomt. De tweede rechter dient in eerste instantie de behandeling van de procedure te schorsen. Wanneer blijkt dat de eerst geadiëerde rechter inderdaad bevoegd is, dient de tweede gevatte rechter zich onbevoegd verklaren.

Artikel 16 geeft verdere preciseringen over het tijdstip waarop een rechtbank geacht wordt gevat te zijn. Voor België geldt dat een echtscheidingsprocedure door middel van een dagvaarding (vordering op voet van art. 229 § 1 BW) of van een verzoekschrift (vordering op grond van art. 229, §§ 2 en 3) ingeleid wordt (art. 1254 § 1 Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.). Een vordering ingeleid bij verzoekschrift wordt geacht aanhangig te zijn op het ogenblik dat het verzoekschrift bij de griffie wordt ingediend. Wanneer de vordering per dagvaarding ingeleid wordt, moet worden gekeken naar het ogenblik waarop de dagvaarding door de autoriteit ontvangen wordt die voor de betekening verantwoordelijk is. Voor Nederland geldt eenzelfde regel (art. 69 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)).

De aanhangigheidsregel werkt zodra de twee echtscheidingsprocedures tussen dezelfde personen worden gevoerd. Het is niet vereist dat de twee procedures op dezelfde oorzaak berusten en hetzelfde voorwerp hebben.

§ 2 Ouderlijke verantwoordelijkheid

Voor het Koninkrijk der Nederlanden is voor Nederland (het Europese deel en het Caraïbische deel (BES-eilanden)), alsmede voor Curaçao, op 1 mei 2011 het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 (*Trb.* 1997, 299) in

werking getreden.[1] Het Verdrag bevat regels inzake de rechtsmacht, het toepasselijke recht, erkenning en tenuitvoerlegging, en internationale samenwerking. Echter, ingevolge artikel 61 Brussel II*bis* prevaleert de Verordening indien het kind zijn gewone verblijfplaats op het grondgebied van een lidstaat heeft.[2] Nu de kinderen in België hun gewone verblijfplaats hebben (zij zijn na het uiteen gaan van hun ouders in België bij hun moeder blijven wonen), dient de bevoegdheid aan de hand van Brussel II*bis* te worden vastgesteld. Dit geldt zowel voor de Belgische rechter als voor de Nederlandse rechter.

De hoofdregel van Brussel II*bis* is te vinden in artikel 8: bevoegd tot het nemen van maatregelen inzake de persoon of het vermogen van het kind is de rechter van diens gewone verblijfplaats. Het begrip 'gewoonlijke verblijfplaats' wordt in de Verordening niet gedefinieerd. Het HvJ EU heeft al de gelegenheid gehad om zich hierover in een paar arresten uit te spreken. Uit deze rechtspraak kan men onthouden dat:

- het begrip autonoom gedefinieerd dient te worden, dat wil zeggen zonder verwijzing naar de interpretatie die in een bepaalde lidstaat gangbaar is (HvJ EU 2 april 2009, nr. C-523/07, *Jur.* 2009, p. I-02805 en de opmerkingen van M. Nademleinsky, 'Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt" in der Brüssel II a-Vo geklärt!', *Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht* 2009, p. 237 e.v.);
- het begrip bepaald moet worden op basis van een geheel van feitelijke omstandigheden die eigen zijn aan elke zaak;
- als factoren bepalend zijn: de fysieke aanwezigheid van het kind (op voorwaarde dat het niet tijdelijk of toevallig is), het feit dat de verblijfsplaats van het kind een zekere integratie in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking brengt, de duur, regelmatigheid, de omstandigheden en de redenen van het verblijf, de nationaliteit van het kind, de plaats waar het kind naar school gaat, de talenkennis en de familiale en sociale banden van het kind met een staat;
- wijziging van de gewone verblijfplaats mogelijk is. Om te oordelen of er van zo'n wijziging sprake is, is de bedoeling van de ouders om zich met het kind in een andere lidstaat te vestigen, een belangrijke aanwijzing, op voorwaarde dat hieraan uiting is gegeven door tastbare maatregelen (huur of koop van een woning);

---

1 Het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 vervangt voor Nederland het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961.

2 Het Verdrag gaat voor wanneer het kind de nationaliteit heeft van een niet-lidstaat die partij is bij het verdrag. Zie over deze en andere kwesties van samenloop van internationale regelingen: Th.M.de Boer, 'Samenloop van verdragen en verordeningen op het terrein van het internationaal familierecht', *FJR* 2010, 117.

- een persoon in beginsel slechts één gewone verblijfplaats heeft; dit werd door de rechtspraak reeds bevestigd voor volwassenen.[3] Voor kinderen geldt eveneens het beginsel dat ze slechts één gewone verblijfplaats hebben. In geval van verblijfsco-ouderschap zal de gewone verblijfplaats in het land gevestigd zijn waar de kinderen naar school (of andere opvangmechanismen) gaan. Voor niet schoolgaande kinderen wiens ouders in twee verschillende lidstaten gevestigd zijn, is het evenwel niet geheel uitgesloten dat hun gewone verblijfplaats tegelijkertijd in de twee lidstaten gevestigd is.
- het onmogelijk kan zijn om te bepalen in welke lidstaat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Artikel 13 Brussel II*bis* geeft in dit geval bevoegdheid aan de lidstaat waar het kind zich bevindt.

Nu de kinderen in België hun gewone verblijfplaats hebben, is op grond van artikel 8 de Belgische rechter internationaal bevoegd.

Voor de Nederlandse rechter biedt artikel 12 Brussel II*bis* een mogelijkheid om bevoegdheid aan te nemen. Artikel 12, dat de prorogatie van rechtsmacht betreft, geldt als een uitzondering op de hoofdregel van artikel 8. Op grond van artikel 12 kan aan een andere rechter dan die van de gewone verblijfplaats van het kind rechtsmacht toekomen, mits voldaan is aan de voorwaarden onder a en b van deze bepaling. De rechter die over zijn bevoegdheid moet oordelen zal moeten vaststellen dat (ten minste) één van de echtgenoten de ouderlijke verantwoordelijkheid over het kind draagt. Voorts wordt de voorwaarde gesteld dat beide partijen ten tijde van het indienen van het verzoek moeten instemmen met een procedure in die staat. Ten slotte moet de rechter van oordeel zijn dat het belang van het kind rechtvaardigt dat hij de bevoegdheid aan zich trekt.[4]

Het is belangrijk te noteren dat de bevoegdheidsregels in verband met ouderlijke verantwoordelijkheid een dubbele functie hebben: ze zien eerst op de situatie waar de ouderlijke verantwoordelijkheid aan bod komt tijdens een procedure tussen de ouders-echtgenoten (zoals thans tussen Henk en Lisa). Deze regels kunnen daarnaast ook toepassing vinden op allerlei procedures waar de ouderlijke verantwoordelijkheid aan bod komt, zonder dat de vordering enigszins met een vordering tussen de ouders gelieerd is (bijvoorbeeld een vordering in verband met ouderlijke verantwoordelijkheid tussen twee niet-getrouwde ouders, een vordering in verband met het vermogen van een kind, zoals een vordering tot bekomen van een bijzondere machtiging om een schenking te ontvangen).

---

3 *Marinos v. Marinos* [2007] EWHC 2047 (Fam).

4 Zie over art. 12: Th.M. de Boer, 'Ouderlijke verantwoordelijkheid, kinderbescherming, kinderontvoering', in: Th.M. de Boer e.a., *Nederlands internationaal personen- en familierecht. Wegwijzer voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 166-167.

Zoals voor echtscheiding geldt voor ouderlijke verantwoordelijkheid een verplichting voor de rechter om zijn bevoegdheid ambtshalve te toetsen (art. 17) – wat niet belet dat een aantal bepalingen van de Verordening steunen op het bestaan van een akkoord tussen partijen, vooral tussen de ouders (onder andere art. 12 lid 1 onder b, art. 12 lid 3 onder b en art. 15).

Toepassing van de bevoegdheidsregels van Brussel II*bis* is niet alleen mogelijk, doch ook verplicht: de rechter van een lidstaat kan geen toevlucht nemen tot de regels van zijn eigen commune IPR. Krachtens artikel 14 Brussel II*bis* is het commune IPR slechts relevant indien in geen enkele lidstaat een gerecht op grond van de artikelen 8 tot en met 13 bevoegd is.

Artikel 15 verdient ten slotte de aandacht: de bepaling laat toe dat de rechter de zaak naar een gerecht in een andere lidstaat verwijst. Dit kan ambtshalve gebeuren, op vraag van het gerecht van een andere lidstaat of nog op verzoek van een van de partijen. De verwijzing kan slechts in overweging worden genomen indien dit in het belang van het kind is en vaststaat dat de andere rechter een nauwe band met het kind heeft (zie de omschrijving in art. 15 lid 3). Het komt aan de aangewezen rechter te oordelen of de verwijzing doorgaat. Hiervoor staat het belang van het kind centraal (art. 15 lid 5). Verwijzing op grond van artikel 15 kan onder andere aangewezen worden indien tijdens de behandeling van een vordering een kind een nauwere band met een andere lidstaat verwerft. In de praktijk staan rechtbanken wat aarzelend tegenover deze mogelijkheid.[5]

§ 3 Alimentatie (partneralimentatie en kinderalimentatie)

De vraag naar de internationale bevoegdheid van de Belgische en Nederlandse rechter in alimentatiezaken werd zowel voor België als voor Nederland tot voor kort beantwoord aan de hand van Brussel I-Verordening (*PbEG* 2001, L 12/1; ook wel de EEX-Verordening genoemd). Dit is anders sinds per 18 juni 2011 de Alimentatieverordening (*PbEU* 2009, L 7/1) van toepassing is geworden.

De Alimentatieverordening kent regels inzake de rechtsmacht, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen, alsmede een reeks van regels inzake de internationale samenwerking in het kader van de inning van onderhoudsgelden. Wat betreft het toepasselijke recht verwijst de Alimentatieverordening naar het Haags Protocol inzake het recht dat van

---

5 Zie bijvoorbeeld Hof van Beroep Gent 5 september 2005, *RW* 2005-2006, p. 432 (in een zaak waar een kind geboren in België door zijn moeder aan een Nederlandse echtpaar afgegeven werd, waarna het kind op vraag van de Raad voor de Kinderbescherming onder voogdij geplaatst werd.

toepassing is op onderhoudsverplichtingen van 23 november 2007 (*Trb.* 2011, 145; waarover later in het onderdeel toepasselijk recht meer).[6]

De Alimentatieverordening kent een aantal bevoegdheidsgronden, die als volgt kunnen worden aangegeven.

Artikel 3 Alimentatieverordening bevat de algemene regel voor de rechtsmacht en bepaalt dat in de lidstaten bevoegd is

- het gerecht van de plaats waar de verweerder zijn gewone verblijfplaats heeft; of
- het gerecht van de plaats waar de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft (*forum actoris*); of
- de echtscheidingsrechter, tenzij zijn bevoegdheid om van de echtscheiding kennis te nemen uitsluitend op de nationaliteit van een der partijen berust; (accessoire bevoegdheid) of
- de rechter die over een maatregel inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid moet beslissen, en beide verzoeken met elkaar verbonden zijn, tenzij de bevoegdheid uitsluitend op de nationaliteit van één van de partijen berust; (accessoire bevoegdheid).

Artikel 4 geeft partijen de mogelijkheid van een beperkte forumkeuze.
Lid 1 geeft aan uit welke fora gekozen kan worden:

- de rechter van de gewone verblijfplaats van één van de partijen (onder a) of
- waarvan een hunner de nationaliteit heeft (onder b) of-
- in geval van partneralimentatie- de bevoegde echtscheidingsrechter of de rechter van de lidstaat waar de echtgenoten laatstelijk ten minste één jaar hun gewone verblijfplaats hebben gehad (onder c).

Peildatum hierbij is het moment van de forumkeuze of het moment waarop de zaak aanhangig wordt gemaakt. De forumkeuze moet schriftelijk worden gedaan en kan zelfs gedaan worden wanneer van een echtscheiding nog geen sprake is (bijvoorbeeld in huwelijkse voorwaarden). De forumkeuze geeft de gekozen rechter exclusieve bevoegdheid. Ingevolge lid 3 is forumkeuze niet mogelijk voor een kind dat jonger is dan 18 jaar. De Alimentatieverordening kent een stilzwijgende forumkeuze: door verschijning van de verweerder zonder een beroep te doen op de onbevoegdheid van de verweerder, is de rechter bevoegd (art. 5).

Verder kent de Alimentatieverordening nog de volgende rechtsmachtgronden:

---

6 Volledigheidshalve kan in het kader van de internationale alimentatie nog worden genoemd het Haags Verdrag inzake de internationale inning van levensonderhoud van 23 november 2007, welk verdrag nog niet in werking is getreden.

Artikel 6 knoopt aan bij de gemeenschappelijke nationaliteit. In een uitzonderlijk geval is het mogelijk dat de rechter van de lidstaat waarvan beide echtgenoten de nationaliteit hebben, bevoegdheid aanneemt.

Artikel 7 voorziet in een forum necessitatis. Indien geen enkel gerecht van een lidstaat op grond van de artikelen 3, 4, 5 en 6 bevoegd is, kunnen de gerechten van een lidstaat in uitzonderingsgevallen kennis nemen van een geschil indien in een derde-staat waarmee het geschil nauw verbonden is geen procedure aanhangig kan worden gemaakt (of gevoerd) of wanneer een procedure daar onmogelijk blijkt. Het geschil moet wel op de een of andere manier (nauw) verbonden zijn met de lidstaat van de rechter waar de procedure aanhangig wordt gemaakt, bijvoorbeeld door de nationaliteit van één van de partijen.

In artikel 8 is een beperking opgenomen wanneer het gaat om wijziging van een alimentatiebeslissing, welke gezien de casus hier niet wordt uitgewerkt.

Artikel 12 bevat de regel voor litispendentie, voor het geval de zaak in twee lidstaten aanhangig is.

Voor de onderhavige casus geldt dat wat betreft de kinderalimentatie geen forumkeuze kan worden uitgebracht: Mirjam is 6 jaar, Barry 9.

Voor de partneralimentatie kan wel een forumkeuze worden gedaan, bijvoorbeeld voor de Belgische rechter als de rechter van de laatste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats die aan de voorwaarde voldoet dat deze ten minste één jaar heeft geduurd. Het kan dus zo zijn dat de Nederlandse rechter de echtscheiding behandelt en de Belgische rechter de partneralimentatie ten behoeve van Lisa.

Bij gebreke van een forumkeuze kan zowel voor de partneralimentatie als voor de kinderalimentatie de Nederlandse rechter bevoegd zijn, als de rechter van de plaats waar de verweerder (Henk) zijn gewone verblijfplaats heeft. Wanneer de Nederlandse rechter de echtscheidingsrechter is of de rechter die een maatregel inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid treft, is hij in die hoedanigheid eveneens bevoegd. Omgekeerd geldt dit laatste ook voor de Belgische rechter.

§ 4 Verdeling huwelijksvermogen

Het huwelijksvermogensrecht valt niet binnen het materiële toepassingsgebied van Brussel II*bis*: in de inleidende overweging 8 bij Brussel II*bis* zijn vraagstukken omtrent onder meer de vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk van de toepassing van de

verordening uitgezonderd. Een dergelijk verzoek valt evenmin onder het bereik van de EEX-Verordening. Zie in dit verband artikel 1 lid 2 onder a EEX-Verordening, waar het huwelijksvermogensrecht tot de uitgesloten onderwerpen wordt gerekend.[7]

Voor het onderwerp huwelijksvermogensrecht geldt in de betrekkingen tussen Nederland en België nog steeds het 'oude' bilaterale verdrag van 28 maart 1925 (zie art. 69 jo. 70 EEX-Verordening), voluit: het Verdrag tussen Nederland en België betreffende de territoriale rechterlijke bevoegdheid, betreffende het faillissement en betreffende het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten, alsmede van het bij dat verdrag gevoegde additioneel protocol (hierna: het Nederlands-Belgisch Executieverdrag).[8]

Wanneer het Nederlands-Belgisch Executieverdrag toepassing vindt, geldt dat Nederlandse en Belgische onderdanen gelijk behandeld moeten worden. Concreet betekent dit dat Nederlandse onderdanen die in België gevestigd zijn, aan dezelfde bevoegdheidsregels onderworpen worden als Belgen.[9] Verder hanteert het Verdrag het *forum domicilii*-beginsel (art. 3). Krachtens artikel 9 is het Nederlands-Belgisch Executieverdrag niet van toepassing wanneer onderdanen van een Verdragsstaat een procedure voeren voor de rechtbanken van hun staat. Zo is het Nederlands-Belgisch Executieverdrag dus niet van toepassing wanneer het gaat om een procedure tussen twee Nederlanders ten overstaan van de Nederlandse rechter, ongeacht waar zij wonen.[10]

Bij gebreke van een andere verordening of verdragsregeling dient voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter te worden gekeken naar het commune Nederlandse internationale bevoegdheidsrecht. De Nederlandse rechter kan rechtsmacht met betrekking tot het huwelijksvermogensrecht aannemen op grond van artikel 4 lid 3 Rv wanneer het een nevenvoorziening (in de zin van artikel 827 Rv), die tegelijk met het

---

7 In Europees verband wordt gewerkt aan een voorstel voor een verordening betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van huwelijksvermogensstelsels, COM(2011)126 def.

8 Zie de toelichting op dit verdrag van J.H.P. Bellefroid, *Toelichting van het Nederlandsch-Belgisch verdrag van 28 Maart 1925, betreffende de betrekkelijke rechterlijke bevoegdheid, het faillissement, het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, scheidsrechterlijke uitspraken en authentieke* akten, Nijmegen: Dekker en van de Vegt en Van Leeuwen 1931.

9 Zie bijvoorbeeld Hof van Beroep Brussel 2 januari 2001, *RW* 2001-2002, p. 782 (toepassing van het Verdrag op een echtscheidingsvordering tussen Nederlandse en Luxemburgse onderdaan).

10 HR 30 november 1990, *NJ* 1992, 189 m.nt. JCS.

scheidingsverzoek of met het verweerschrift wordt ingediend, betreft. Daarbij geldt dat de rechter bevoegd is, indien:

- hij zich bevoegd acht ter zake van de echtscheiding; én
- het gaat om een nevenvoorziening waarop Brussel II*bis* niet van toepassing is; én
- de vordering voldoende verband houdt met de echtscheidingsprocedure.

Wat onder nevenvoorziening moet worden verstaan, blijkt uit de niet-limitatieve opsomming van artikel 827 Rv. Het verzoek tot verdeling van de gemeenschap is een verzoek op grond van artikel 827 lid 1 onder b Rv en de Nederlandse rechter kan ten aanzien van dit verzoek rechtsmacht ontlenen aan artikel 4 lid 3 Rv.

Bij gebreke van een andere regeling, zal de Belgische rechter van een procedure kennis kunnen nemen op grond van artikel 42 Wetboek van internationaal privaatrecht (WIPR; Wet van 16 juli 2004, in werking getreden op 1 oktober 2004). Deze bepaling geeft bijvoorbeeld bevoegdheid op grond van de laatste echtelijke verblijfplaats van de echtgenoten, althans voor zover deze bestond minder dan twaalf maanden voor het inleiden van de vordering.

III TOEPASSELIJK RECHT

§ 1 Echtscheiding

A. Nederland

In dit verband speelt het moment van indienen van het verzoekschrift een rol. Dit hangt samen met de inwerkingtreding van Boek 10 Burgerlijk Wetboek (BW) op 1 januari 2012. Over Boek 10 merken wij kort het volgende op.

Boek 10 BW betreft IPR-regelgeving op nationaal niveau. De regels van Boek 10 komen pas aan de orde wanneer verdragen of verordeningen van de EU niet van toepassing zijn of in het geheel ontbreken. Supranationale wetgeving heeft voorrang boven nationale wetgeving. Dit volgt uit artikel 94 Grondwet en wordt bevestigd in artikel 10:1 BW. Er is van afgezien toepasselijke verdragen of verordeningen in Boek 10 te incorporeren. Wel wordt op verschillende plaatsen verwezen naar een bepaalde internationale regeling. Boek 10 bevat (vooral) het conflictenrecht, dat wil zeggen de regels die het toepasselijke recht in zaken met een internationaal aspect aanwijzen. Dit hangt samen met de keuze van de wetgever het materiële IPR (conflictregels) in het BW een plaats te geven en het formele IPR

(internationale bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging) in Rv onder te brengen. Desalniettemin wordt voor een enkel deelonderwerp in Boek 10 een erkenningsregel gegeven. Er is geen specifiek overgangsrecht in Boek 10 BW. Dit is ook niet nodig nu de regelingen in Boek 10 en het voordien geldende conflictenrecht niet veel van elkaar verschillen. Voor sommige regelingen geldt een overgangsregel die overgenomen is uit de desbetreffende wet conflictenrecht.

Wel is er een relevant verschil tussen de regeling in Boek 10 inzake de echtscheiding en de voordien geldende bepaling. In plaats van de conflictenladder van artikel 1 Wet conflictenrecht echtscheiding geldt nu artikel 10:56 BW, op grond waarvan steeds Nederlands recht op een echtscheiding van toepassing is (*lex fori*), tenzij partijen hebben gekozen voor het recht van de staat van een gemeenschappelijke vreemde nationaliteit. In dit kader is in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek een bepaling toegevoegd (art. 270) waarin het temporele bereik van de nieuwe regel inzake de echtscheiding wordt aangegeven. Het temporeel toepassingsgebied van artikel 10:56 BW is beperkt tot verzoeken die na 1 januari 2012 zijn ingediend (vgl. art. 270 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek). In de veronderstelling dat Henk zijn verzoekschrift na 1 januari 2012[11] indient, geldt de conflictregel van Boek 10 BW.[12]

Artikel 10:56 BW bepaalt dat de vraag of en, zo ja, op welke gronden, de Nederlandse rechter ontbinding van het huwelijk[13] kan uitspreken, naar Nederlands recht (*lex fori*) wordt beoordeeld. Het Nederlandse echtscheidingsrecht beheerst de echtscheiding, ongeacht de nationaliteit en gewone verblijfplaats van de echtgenoten. Aldus zal op de echtscheiding van Henk en Lisa het Nederlandse recht van toepassing zijn. Artikel 10:56 bevat in lid 2 een beperkte rechtskeuzemogelijkheid: de echtgenoten kunnen kiezen voor toepassing van het recht van de staat van een gemeenschappelijke vreemde nationaliteit. Hebben partijen meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan kunnen zij voor één van de

---

11 Zou hij vóór 1 januari 2012 het verzoekschrift hebben ingediend, dan bepaalt art. 1 Wet conflictenrecht echtscheiding welk recht van toepassing is op de echtscheiding.

12 Op 20 december 2010 is tot stand gekomen Verordening (EU) 1259/2010 tot nauwere samenwerking op het gebied van het toepasselijke recht inzake echtscheidingen (*PbEU* 2010, L 343/10). Deze verordening, kort aangeduid als Rome III, regelt uitsluitend het materiële IPR en bevat conflictregels voor de aanwijzing van het toepasselijke recht op echtscheidingen. Rome III zal van toepassing worden met ingang van 21 juni 2012, maar niet voor alle lidstaten van de Europese Unie. Een aantal lidstaten, waaronder Nederland, heeft bezwaren geuit tegen de conflictregeling in Rome III. Deze lidstaten hebben verklaard niet gebonden te willen zijn aan de verordening Rome III. Voor Nederland blijft derhalve de conflictregel voor de echtscheiding van Boek 10 BW gelden.

13 Voor de beëindiging van een geregistreerd partnerschap gelden andere regels, te vinden in de artikelen 10:86 en 10:87 BW.

betrokken rechtsstelsels kiezen. De effectieve nationaliteit wordt niet getoetst. De rechtskeuze is alleen geldig indien zij is gedaan 'in het geding' bij de Nederlandse rechter. Lid 3 geeft aan op welke wijze de rechtskeuze dient te worden uitgebracht. De keuze moet uitdrukkelijk zijn gedaan of voldoende duidelijk blijken uit de in het verzoekschrift of het verweerschrift gebruikte bewoordingen. De rechtskeuze zal doorgaans blijken uit het inleidende verzoekschrift, maar kan ook in de loop van de procedure tot stand komen. Een rechtskeuze tijdens het huwelijk of voor de huwelijkssluiting is niet geldig. Indien partijen tevoren een gezamenlijke keuze hebben gedaan en daarbij willen blijven, moeten zij die keuze in het verzoekschrift bevestigen. Voldoende is ook dat partijen bij het verzoekschrift een echtscheidingsconvenant overleggen met daarin een keuze voor hun gemeenschappelijke nationale recht. Een rechtskeuze is geldig indien door de echtgenoten een gezamenlijke keuze voor het recht van de staat van een gemeenschappelijke vreemde nationaliteit is gedaan of een eenzijdige keuze voor dat recht van een der echtgenoten onweersproken is gebleven (artikel 10:56 lid 2 onder a BW). De band van partijen met het land van hun nationaliteit wordt bij een gezamenlijke of een onweersproken eenzijdige keuze niet op zijn realiteit getoetst. Verschijnt een echtgenoot niet in de procedure, dan wordt een door de andere echtgenoot in het inleidend gedingstuk neergelegde rechtskeuze geacht onweersproken te zijn gebleven. Dat geldt ook in geval van referte.

Als de rechtskeuze van een echtgenoot door de ander wordt weersproken, is deze toch geldig wanneer de echtgenoten een werkelijke maatschappelijke band hebben met het land van de gemeenschappelijke vreemde nationaliteit (artikel 10:56 lid 2 onder b BW). In dat laatste geval wordt de nationaliteit wel op haar aanknopingswaarde getoetst. Is voor een der echtgenoten de band met het nationale recht te zwak, dan is van een geldige rechtskeuze geen sprake en wordt de hoofdregel van artikel 10:56 lid 1 BW toegepast.[14]

Voor Lisa en Henk is de rechtskeuze niet relevant. Maar stel dat zij beiden ook de Belgische nationaliteit hebben, dan is een rechtskeuze voor Belgisch recht mogelijk. Bij een gezamenlijke of onweersproken rechtskeuze wordt de band met België niet getoetst, maar bij een betwiste rechtskeuze wel.

---

[14] Zie over de echtscheiding in Boek 10 BW: L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 96-97, met literatuurverwijzingen en F. Ibili, 'Art. 54-59 Boek 10 BW: echtscheiding', in: P.Vlas e.a., *Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal Privaatrecht)*, Den Haag: Sdu 2011, p. 69-72.

B. België

Voor het bepalen van het recht toepasselijk op de echtscheiding dient rekening te worden gehouden met de datum waarop de vordering wordt ingeleid. Het internationaal privaatrecht heeft immers recentelijk een belangrijke wijziging ondergaan.

Indien de vordering voor de Belgische rechter komt, zal de rechter in eerste instantie kijken naar het WIPR. Het WIPR is evenwel slechts relevant voor zover de vordering ingeleid wordt voor 21 juni 2012. Op die datum wordt de Rome III-Verordening, van toepassing. Deze verordening bevat een aantal eenvormige conflictregels voor de aanwijzing van het toepasselijke recht op echtscheidingen. Het heeft niet de ambitie om het materieel recht inzake echtscheidingen een te maken.

Rome III bindt slechts een aantal lidstaten van de Europese Unie. Nederland heeft ervoor geopteerd niet door Rome III gebonden te zijn. Dit betekent voor Nederland dat het toepasselijke recht op echtscheidingen exclusief wordt bepaald door het commune IPR, dus Boek 10 BW.

Voor vorderingen ingeleid voor 21 juni 2012 geldt de regeling van artikel 55 WIPR. Deze regeling verschilt op het eerste gezicht aanzienlijk van artikel 10:56 lid 1 BW, doch in de praktijk zal het resultaat vaak overeenkomen.

Artikel 55 WIPR vertrekt van de toepassing van het recht van de gewone verblijfplaats van de echtgenoten (art. 55 § 1 onder 1° WIPR). Indien de echtgenoten niet meer in dezelfde staat verblijven, vindt dit recht toch toepassing indien één der echtgenoten in deze staat alsnog verblijft. Het is slechts als de verwijzing naar het recht van de gewone verblijfplaats onwerkzaam is omdat geen van de echtgenoten nog in de staat verblijft alwaar ze samen verbleven, dat toepassing moet worden gemaakt van het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit. Bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit moet toepassing worden gemaakt van Belgisch recht (art. 55 § 1 onder 4° WIPR).

Artikel 55 WIPR laat de echtgenoten evenwel toe om een rechtskeuze te maken. De keuze kan slechts slaan op de gemeenschappelijke nationaliteit of op Belgisch recht. De keuze moet worden gedaan ‘bij de eerste verschijning’. Dit lijkt een keuze vooraf (tijdens het huwelijk of voor de huwelijkssluiting) uit te sluiten. Er blijft onduidelijkheid bestaan over de vraag wat de omvang van de rechtskeuzevrijheid is indien de echtgenoten twee gemeenschappelijke nationaliteiten bezitten.

De regeling van artikel 55 WIPR vindt toepassing zowel op paren van verschillend geslacht als op gelijkslachtige paren die getrouwd zijn.

Voor partnerschappen geldt een andere, afwijkende regeling. Krachtens artikel 60 WIPR dient voor de beëindiging van een dergelijke relatie aangeknoopt te worden aan het recht van de staat waar het partnerschap geregistreerd werd. Dit geldt zowel voor de oorzaken als voor de voorwaarden van de beëindiging.

Voor vorderingen ingesteld op of na 21 juni 2012 gelden de regels van Rome III. De Verordening verwijst in eerste instantie naar de keuze van partijen. Krachtens artikel 5 lid 1 Rome III kunnen de echtgenoten het toepasselijk recht aanwijzen. De rechtskeuzevrijheid wordt beperkt. De echtgenoten mogen slechts een keuze maken voor het recht van hun gewone verblijfplaats (zowel op het ogenblik van het aangaan van de overeenkomst als op het ogenblik van het instellen van de vordering, op voorwaarde evenwel dat een van de echtgenoten in dit geval nog in die staat verblijft), voor het recht van een van hun nationaliteiten of nog voor het recht van de staat waar de vordering wordt ingeleid.

Een keuze kan zowel voor als tijdens het huwelijk worden gemaakt. De echtgenoten dienen hun keuze evenwel ten laatste te maken op het ogenblik waarop de zaak aanhangig wordt gemaakt. Rechtskeuze tijdens de procedure is slechts mogelijk indien de lex fori dit toestaat.

Indien de echtgenoten geen keuze hebben gemaakt, zal het toepasselijk recht bepaald worden aan de hand van een aanknopingsladder. In eerste instantie wordt verwezen naar het recht van de staat waar de twee echtgenoten hun gewone verblijfplaats hebben op het ogenblik waarop de vordering wordt ingeleid. Indien de echtgenoten op dat ogenblik niet meer in dezelfde staat verblijven, wordt toch nog toepassing gemaakt van het recht van hun laatste gewone verblijfplaats, op voorwaarde dat een van de echtgenoten nog steeds in die staat verblijft. Er geldt krachtens artikel 8 onder b een tijdsbeperking: de vordering mag ten laatste een jaar na het eindigen van het gemeenschappelijk verblijf worden ingeleid. Wordt de vordering later ingediend, dan geldt het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van de twee echtgenoten. Indien de echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit hebben, moet de rechter op zijn eigen recht terugvallen.

§ 2 Ouderlijke verantwoordelijkheid

A. Nederland

Het toepasselijke recht inzake het treffen van een maatregel in het kader van de ouderlijke verantwoordelijkheid, wordt – wat betreft het Nederlandse IPR – beoordeeld aan de hand van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996. De regels inzake het toepasselijke recht zijn neergelegd in de artikelen 15 tot en met 22 van het Verdrag. Het als toepasselijk aangewezen recht wordt ook toegepast wanneer dit het recht is van een niet-verdragsstaat (universaliteitsbeginsel).[15]

Artikel 15 lid 1, gaat uit van het zogenaamde *gleichlauf*-beginsel. De bevoegde rechter past zijn eigen recht (*lex fori*) toe. De *lex fori* komt veelal uit op het recht van de gewone verblijfplaats van het kind, maar niet altijd: denk aan het geval van de op artikel 12 Brussel II*bis* gebaseerde bevoegdheid. Lid 2 voorziet in de mogelijkheid om bij wijze van uitzondering, het recht van een andere staat waarmee de omstandigheden nauw verbonden zijn, toe te passen.

Lid 3 van artikel 15 bepaalt dat wanneer de gewone verblijfplaats van het kind verplaatst wordt naar een andere verdragsstaat, het recht van die staat de wijze van uitvoering van de getroffen maatregel beheerst.

Het verdrag kent in artikel 16 de regel inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid *ex lege*: aangeknoopt wordt aan de gewone verblijfplaats van het kind.[16]

Artikel 17 bepaalt dat de uitoefening (de wijze van uitvoering) wordt beheerst door het recht van de gewone verblijfplaats van het kind, waarbij in geval van verhuizing van het kind het recht van zijn nieuwe gewone verblijfplaats geldt.

Voor de onderhavige casus geldt dat op grond van artikel 15 lid 1 het Nederlandse recht van toepassing is, uitgaande van een bevoegde Nederlandse rechter aan wie verzocht wordt een maatregel inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid te treffen.

---

15 Zie over de ouderlijke verantwoordelijkheid in het Nederlandse IPR: D. van Iterson, *Ouderlijke verantwoordelijkheid en kinderbescherming*, Apeldoorn: Maklu 2011.

16 Zie voor de aanknoping wanneer het kind verhuist, de leden 3 en 4 van deze bepaling.

B. België

Voor België geldt dat het toepasselijk recht (nog) niet door het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 bepaald wordt, nu dit verdrag (nog) niet in werking is. België heeft het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 in 2003 ondertekend. Om onduidelijke redenen blijft ratificatie tot nu toe achterwege. Omdat België het oudere verdrag van 1961 nooit geratificeerd heeft, moet het toepasselijk recht aan de hand van het WIPR bepaald worden.

Krachtens artikel 35 WIPR geldt dat de ouderlijke verantwoordelijkheid aan de wet van de gewone verblijfplaats van het kind aangeknoopt wordt. Deze regel geldt ook voor kinderen geboren vóór de inwerkingtreding van het WIPR.[17]

Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de ouderlijke verantwoordelijkheid die *ex lege* ontstaat en de eventuele beslissingen die door de rechtbanken in verband met de ouderlijke verantwoordelijkheid kunnen worden getroffen. De aanknoping aan het recht van de gewone verblijfplaats geldt in alle situaties. Dit betekent dat er, in tegenstelling tot het Haags Verdrag, plaats is voor toepassing van een andere wet dan de lex fori. Dezelfde aanknoping geldt voor de bepaling van de voogdij.

Voor de bepaling van de verblijfplaats geldt de definitie van artikel 4 § 2 onder 1° WIPR. Onder gewone verblijfplaats wordt met name begrepen de plaats waar het kind 'zich hoofdzakelijk heeft gevestigd, zelfs bij afwezigheid van registratie en onafhankelijk van een verblijfs- of vestigingsvergunning'. Het WIPR wijst naar een aantal elementen die mee kunnen helpen om deze plaats te bepalen: het gaat met name om 'omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die duurzame banden met die plaats aantonen of wijzen op de wil om die banden te scheppen'. Wat dit laatste betreft, zal in het geval van een kind geen rekening worden gehouden met de wil.

Verhuist het kind, dan geldt het volgende: de bepaling van wie de ouderlijke verantwoordelijkheid uitoefent, blijft onderworpen aan het recht van de oorspronkelijke verblijfplaats. De neutralisatie van de verhuizing is belangrijk in geval van kinderontvoering. Het recht van de nieuwe verblijfplaats wordt wel een rol toegekend, doch niet zozeer om te bepalen wie het ouderlijk gezag uitoefent, doch slechts om de modaliteiten van de uitoefening van het ouderlijk gezag te bepalen.

---

[17] Zie op grond van art. 127 WIPR: Hof van Beroep Brussel 8 maart 2007, *RTDF* 2007, p. 678.

Het recht van de nieuwe verblijfplaats van het kind kan wel een positief effect hebben op de vraag aan wie de ouderlijke verantwoordelijkheid toekomt. Dit recht kan immers ouderlijke verantwoordelijkheid toekennen aan een persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid niet reeds had. Deze regel is duidelijk door artikel 16 lid 4 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 geïnspireerd.

Een akkoord tussen ouders over het toepasselijke recht wordt buiten beschouwing gelaten.

§ 3 Alimentatie

Artikel 15 Alimentatieverordening verwijst naar het Haags Protocol inzake het toepasselijk recht op onderhoudsverplichtingen van 23 november 2007. De verwijzingsregels van het Protocol moeten worden toegepast in de lidstaten die door het Protocol gebonden zijn. Het Protocol geldt in alle EU-lidstaten, behalve in Denemarken en het Verenigd Koninkrijk. Voor Nederland[18] en België geldt het Protocol.[19] Het Protocol gaat uit van het universaliteitsbeginsel: het door het Protocol aangewezen recht is toepasselijk ook als dit het recht is van een niet-lidstaat (art. 2).

A. Partneralimentatie

Het toepasselijke recht voor partneralimentatie wordt in de eerste plaats bepaald door de hoofdregel van artikel 3 Protocol, waarin bepaald is dat van toepassing is het recht van de staat waar de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft. De automatische koppeling van het toegepaste echtscheidingsrecht op de partneralimentatie van artikel 8 van het Haags Alimentatieverdrag (toepasselijk recht) van 2 oktober 1973 (*Trb*. 1974, 85) is niet overgenomen in het Protocol.

Artikel 5 Protocol geeft, in het kader van de partneralimentatie, nog een bijzondere regel. Een echtgenoot kan zich verzetten tegen toepassing van artikel 3 Protocol en zich daarbij beroepen op het recht van een andere staat – met name de staat van de laatste gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de echtgenoten – als het huwelijk daarmee nauwer is verbonden.

---

18 Het Protocol treedt voor Nederland in de plaats van het Haags Alimentatieverdrag (toepasselijk recht) van 2 oktober 1973.

19 Zie de verklaring van de EU ingevolge art. 24 bij de goedkeuring van het Protocol op 8 april 2010, waarin wordt verklaard dat de regels van het Protocol ‘voorlopige’ toepassing zullen vinden in de lidstaten, met uitzondering van Denemarken en het Verenigd Koninkrijk.

De partneralimentatie ten behoeve van Lisa wordt beheerst door het Belgische recht, zowel bij beoordeling door de Nederlandse als de Belgische rechter. De uitzondering van artikel 5 Protocol speelt geen rol.

B. Kinderalimentatie

Als hoofdregel geldt opnieuw artikel 3 Protocol: toepassing van het recht van de staat waar de onderhoudsgerechtigde zijn gewone verblijfplaats heeft. Daarnaast bevat artikel 4 Protocol een aantal uitzonderingen op de hoofdregel, waarvan er twee leiden tot de *lex fori* en één resulteert in toepassing van het gemeenschappelijke nationale recht.

De alimentatie voor de kinderen wordt dus beheerst door het Belgische recht, als het recht van hun gewone verblijfplaats. Zou het Belgische recht niet voorzien in kinderalimentatie en in de veronderstelling dat de Nederlandse rechter bevoegd is, dan biedt artikel 4 Protocol de mogelijkheid van toepassing van de *lex fori* (Nederlands recht).

De artikelen 7 en 8 Protocol bieden partijen de mogelijkheid tot het uitbrengen van een rechtskeuze. Daarbij is van belang dat de keuze van artikel 7 Protocol voor de *lex fori*, welke gemaakt wordt met het oog op een bepaalde procedure, ook is toegestaan tan aanzien van een onderhoudsverplichting ten opzichte van een kind. De rechtskeuze op grond van artikel 8 Protocol is enerzijds ruimer nu uit vier rechtsstelsels kan worden gekozen, maar anderzijds meer beperkt nu de rechtskeuze niet is toegestaan ten aanzien van een onderhoudsverplichting jegens een persoon jonger dan achttien jaar of jegens een persoon die niet voor zijn eigen belangen kan opkomen.[20]

§ 4 Verdeling huwelijksvermogen

A. Nederland

Het Nederlandse IPR-huwelijksvermogensrecht kent op dit moment drie rechtsbronnen voor het bepalen van het toepasselijke recht, te weten (i) het (op 23 augustus 1977 buiten werking getreden) Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905, (ii) zijn opvolger, het op 1 september 1992 in werking getreden Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 in samenhang met de uitvoeringswet, de Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime van 20 november 1991, en (iii) de verwijzingsregels van het commune recht zoals door de Hoge Raad

[20] Zie voor een beschrijving van de rechtskeuze op grond van de art. 7 en 8: L.Th.L.G. Pellis, 'Alimentatie', in: Th.M. de Boer, *Nederlands internationaal personen- en familierecht. Wegwijzer voor de rechtspraktijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 232-235

geformuleerd in het *Chelouche/Van Leer-arrest*[21] en verder ontwikkeld in latere arresten.[22] De regels van het commune recht worden alleen toegepast wanneer de verdragsregelingen niet van toepassing zijn. Boek 10 BW brengt hier strikt genomen geen verandering in. Voor het bepalen van het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime geldt het volgende. Voor echtgenoten gehuwd na 1 september 1992 blijft het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 van toepassing. Voor deze echtgenoten gelden blijkens artikel 10:52 BW eveneens de regels van Afdeling 3 van Titel 3 Boek 10 BW. Voor echtgenoten gehuwd vóór 1 september 1992 blijft gelden wat reeds van toepassing was: afhankelijk van het concrete geval, waarbij als peilmoment het tijdstip van de huwelijkssluiting geldt, wordt het toepasselijke recht op het huwelijksvermogensregime vastgesteld aan de hand van het Haags Huwelijksgevolgenverdrag 1905 dan wel aan de hand van de commune verwijzingsregels neergelegd in het *Chelouche/Van Leer*-arrest.

Voor de onderhavige casus is het Haagse Huwelijksvermogensverdrag 1978 van toepassing; Lisa en Henk zijn immers in 1997 met elkaar gehuwd. Het Verdrag heeft een universeel formeel toepassingsgebied (art. 2). Dit betekent dat het verdrag in Nederland ook wordt toegepast indien de (aanstaande) echtgenoten – door nationaliteit of gewone verblijfplaats – geen band met een verdragsland hebben alsmede in het geval waarin het door het verdrag aangewezen recht het recht is van een niet-verdragsland.

Wij gaan ervan uit dat Henk en Lisa, beiden met de Nederlandse nationaliteit, geen rechtskeuze hebben uitgebracht. Alsdan zal aan de hand van de verwijzingsregel van artikel 4 Verdrag moeten worden vastgesteld welk rechtsstelsel op het tussen de echtgenoten geldende huwelijksvermogensregime van toepassing is. Artikel 4 dient daarbij te worden gelezen in samenhang met artikel 5. Nederland heeft bij de bekrachtiging van het Verdrag de verklaring van artikel 5 Verdrag afgelegd, zie artikel 2 van de goedkeuringswet (Rijkswet van 20 november 1991, *Stb.* 1991, 627):

> ‘Goedgekeurd wordt dat, in overeenstemming met artikel 28 van het in artikel 1 genoemde Verdrag, voor Nederland de in artikel 5 van het Verdrag bedoelde verklaring wordt afgelegd ten einde, overeenkomstig artikel 4, tweede lid, onderdeel 1 van het Verdrag, het Nederlandse interne recht van toepassing te doen zijn.’

---

21 HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 275 m.nt. JCS.

22 Zie over het internationale huwelijksvermogensrecht: I.S. Joppe, *Huwelijksvermogensrecht*, Apeldoorn: Maklu 2010.

Door het afleggen van de verklaring ex artikel 5 Verdrag is door Nederland, binnen het stelsel van het Verdrag, een keuze gemaakt voor de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten als aanknopingsfactor en is Nederland een nationaliteitsland.[23]

De verklaring van artikel 5 Verdrag heeft destijds nadere uitwerking gekregen in artikel 2 Wet conflictenrecht huwelijksvermogensregime. Deze bepaling is overgenomen en aangevuld in artikel 10:43 BW, luidend:

> 'Bij het ontbreken van een aanwijzing van het toepasselijke recht overeenkomstig het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 wordt, behoudens in het geval van artikel 5 lid 2 of artikel 7 lid 2 van dit verdrag, het huwelijksvermogensregime van echtgenoten die beiden ten tijde van de sluiting van het huwelijk de Nederlandse nationaliteit bezitten beheerst door Nederlands recht, ongeacht of zij beiden of een hunner nog een andere nationaliteit bezitten. Bezitten de echtgenoten meer dan een gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te bezitten.'

Zo geldt dat het huwelijksvermogensregime van echtgenoten die beiden de Nederlandse nationaliteit bezitten bij toepassing van artikel 4 Verdrag (dus bij gebreke van een rechtskeuze) ingevolge artikel 4 lid 2 onder 1 Verdrag, behoudens de in de bepaling genoemde uitzonderingen, beheerst wordt door het Nederlandse recht.

Voor de onderhavige casus kan worden geconcludeerd dat het huwelijksvermogensregime door het Nederlandse recht wordt beheerst.[24]

B. België

Voor het bepalen van het toepasselijk recht op het huwelijksvermogen geldt in eerste instantie het WIPR, nu België geen lid is bij het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978.[25] Hoewel het WIPR geen uitdrukkelijke bepaling hieromtrent bevat, wordt op grond van de algemene regels in

---

23 Een nationaliteitsland is een land waarvan de IPR-regel aangaande het huwelijksvermogensrecht uitgaat van de nationaliteit als aanknopingsfactor. Daar staat tegenover het begrip domicilieland, waarbij gedoeld wordt op een land waarvan de IPR-regel aangaande het huwelijksvermogensrecht uitgaat van het domicilie als aanknopingsfactor.

24 De beperkingen van art. 5 lid 2 en art. 7 lid 2 spelen hier geen rol.

25 Begin 2000 werd wel overwogen om tot het Haags Verdrag van 1978 toe te treden. Het advies van de Belgische IPR-commissie was om het verdrag niet te ratificeren, daar het verdrag nodeloos ingewikkeld was. Zie M. Looyens, 'Over de wenselijkheid van ratificatie van het Haags Huwelijksvermogensverdrag (14 maart 1978)', *TBBR* 1995, p. 30-44.

verband met toepassing in de tijd van het WIPR aanvaard dat de regeling van het WIPR alleen geldt voor echtgenoten getrouwd na 1 oktober 2004 – datum van inwerkingtreding van het WIPR. Dit werd in de rechtspraak reeds meermaals bevestigd.[26]

Voor echtgenoten getrouwd vóór de inwerkingtreding van het WIPR, gelden de 'oude' verwijzingsregels. Deze regels werden door de rechtspraak op grond van artikel 3 lid 3 BW – thans afgeschaft – ontwikkeld. Onder de oude regeling gold dat echtgenoten zonder huwelijkscontract aan het wettelijk stelsel van hun gemeenschappelijke nationaliteit onderworpen werden. Dit werd door het Hof van Cassatie meermaals bevestigd.[27]

Het is slechts als de echtgenoten op de dag van het huwelijk geen gemeenschappelijke nationaliteit hadden, dat toepassing moest worden gemaakt van het recht van hun eerste gemeenschappelijke verblijfplaats – althans voor echtgenoten getrouwd na 1975. Voor echtgenoten getrouwd voor 1975 is de regeling wat onzeker. Dit komt omdat de rechtspraak vanaf de jaren 1960 geëvolueerd is. De aanknoping aan het nationaal recht van de man is geleidelijk aan verlaten om voor de toepassing van het recht van de gemeenschappelijke verblijfplaats plaats te maken. Er was wel onduidelijkheid ontstaan over het moment waarop de oude regel voor de nieuwe ingeruild werd.[28]

De toepassing van het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten (of van hun eerste gemeenschappelijke verblijfplaats) kon door het verloop van tijd of later verhuis van de echtgenoten niet geraakt werden. Hetzelfde geldt indien een van de echtgenoten of de twee echtgenoten na het huwelijk een nieuwe nationaliteit verwerven.[29] Er is met andere woorden geen ruimte voor een automatische verandering van het toepasselijk recht. Zo heeft het Hof van Beroep te Antwerpen beslist dat Nederlands recht toepasselijk bleef op twee Nederlandse echtgenoten hoewel de echtgenoten al jaren in België verbleven en aldaar het centrum van hun belangen gevestigd hadden.[30]

Belangrijk is dat onder de oude regeling ruimte voor renvoi bestond – hetgeen vandaag niet meer het geval is vermits artikel 16 WIPR de

---

26 Zie bijvoorbeeld Hof van Beroep Bergen 20 november 2007, *RNB* 2008, p. 71 (echtgenoten getrouwd in 1943).

27 Zie vooral Hof van Cassatie 10 april 1980, *Pas.* 1980, p. 968.

28 Zie hierover C. Berx & J. Meeusen, 'Het internationaal huwelijksvermogensrecht en de problematiek van het overgangsrecht', *RW* 1996-1997, p. 751-753.

29 Zie bijv. Rb. Brussel, 2 april 1990, *RGEN* 1991, p. 314.

30 Hof van Beroep Antwerpen 26 oktober 1999, *TBBR* 2001, p. 33 m.nt. C. de Busschere.

toepassing van de leer van herverwijzing uitsluit. Hoewel er hierover nog onduidelijkheid bestond, werd aangenomen dat de techniek van renvoi zelf verplicht moest worden toegepast. Op die basis kon men dus in België toepassing maken van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978[31] – hoewel dit verdrag door België niet geratificeerd is geweest. Voor echtgenoten getrouwd na 1 oktober 2004 geldt dat renvoi niet meer mogelijk is.

Voor echtgenoten getrouwd op of na 1 oktober 2004 geldt dat ze, bij ontbreken van huwelijkscontract, getrouwd zijn onder het wettelijk stelsel van het recht van hun gemeenschappelijke verblijfplaats.[32] Beslissend is de gewone verblijfplaats van de echtgenoten na het huwelijk. Wijziging van verblijfplaats heeft geen gevolg voor het bepalen van het wettelijk stelsel. In uitzonderlijke gevallen kan men twijfelen over de vraag of de echtgenoten na hun huwelijk samengewoond hebben – bijvoorbeeld omdat een van de echtgenoten gedurende een bepaalde periode in het land van oorsprong gebleven is in afwachting van een visum gezinshereniging. Voor die gevallen bestaat er tot nu toe geen duidelijkheid in de rechtspraak.

In uitzonderlijke gevallen zullen de echtgenoten na het huwelijk niet samenleven, of althans slechts samenleven na verloop van een tijdsperiode die voldoend lang is om aan te nemen dat ze na het huwelijk geen gemeenschappelijke verblijfplaats hebben gehad. In dit geval moet toepassing worden gemaakt van het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten. Indien de echtgenoten geen gemeenschappelijke nationaliteit bezitten, moet toepassing worden gemaakt van het recht van de staat op wiens grondgebied het huwelijk is gesloten.

Indien echtgenoten een huwelijkscontract gesloten hebben, wordt de geldigheid van hun afspraken aan het door hen gekozen recht getoetst. Deze oplossing wordt uitdrukkelijk door het WIPR bevestigd (art. 49) – zij het dat de echtgenoten slechts de keuze krijgen tussen welbepaalde rechtsstelsels. In navolging van het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 mogen de echtgenoten slechts kiezen voor het recht van hun gewone verblijfplaats (zowel op het ogenblik van de rechtskeuze als onmiddellijk na de voltrekking van het huwelijk) of van de nationaliteit van een van hen.

---

31 Zie bijvoorbeeld Rb. Dendermonde 27 juni 1997, *T.Not*. 1997, p. 410 m.nt. F. Bouckaert: de rechtbank past het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 toe om te oordelen over een vordering tot homologatie van een wijziging van het huwelijksvermogenscontract gesloten door twee Nederlandse echtgenoten.

32 Algemeen zie V. de Backer & H. Jacobs, ‘Het huwelijksvermogensrecht in het Wetboek van Internationaal Privaatrecht’, *NFM* 2005, p. 227-250.

Voor echtgenoten getrouwd vóór de inwerkingtreding van het WIPR was de situatie onduidelijk. Er bestond met name geen consensus over de vraag of deze echtgenoten hun contractuele afspraken rechtsgeldig aan een door hen gekozen recht konden onderworpen. In geval van vereffening werd het contract evenwel wel als eerste leidraad gevolgd.

IV ERKENNING EN TENUITVOERLEGGING

§ 1 Echtscheiding

Onder de Brussel II*bis*-Verordening wordt een in een lidstaat gegeven beslissing van rechtswege erkend in de andere lidstaten, derhalve zonder erkenningsprocedure (art. 21 Brussel II*bis*). Artikel 22 Brussel II*bis* geeft een limitatieve opsomming van gronden waarop de erkenning van een beslissing inzake echtscheiding kan worden geweigerd. Daarbij vallen zowel de kennelijke onverenigbaarheid met de openbare orde van het forum als het niet tijdig en behoorlijk inlichten van de verstek latende verweerder op. Ook de onverenigbaarheid met een (binnenlandse of buitenlandse) beslissing zou wel eens een rol kunnen spelen, gelet op het feit dat de bevoegdheidsregels inzake echtscheiding nogal ruim uitvallen. Onverenigbaarheid kan evenwel slechts bestaan tussen twee 'positieve' beslissingen, te weten beslissingen die de ontbinding van een huwelijk hebben toegestaan.

Herziening ten gronde is uitdrukkelijk verboden (art. 26). Ook de rechtsmacht van de oorspronkelijke rechter kan door de aangezochte rechter niet worden gecontroleerd (art. 24). Ten slotte kan het feit dat de ontbinding van het huwelijk in de aangezochte lidstaat niet op dezelfde grond mogelijk is, geen reden zijn om de erkenning te weigeren (art. 25). Ten einde een en ander te vergemakkelijken en te uniformiseren, voorziet de verordening in een door de rechter van de staat van herkomst van de beslissing af te geven certificaat (art. 39). Het model van het certificaat betreffende de huwelijksontbinding is opgenomen in Bijlage 1 bij de Verordening.

Belangrijk is dat art 21 lid 2 Brussel II*bis* preciseert dat geen procedure vereist is om akten van burgerlijke stand aan te passen op basis van een echtscheidingsbeslissing gewezen in een andere lidstaat waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat. Dit kan van belang zijn indien een van de ex-echtgenoten wenst om te hertrouwen.

De Verordening laat toe om de erkenning bij wijze van hoofdvordering na te streven (art. 21 lid 3). Ook een vordering tot niet-erkenning behoort tot de mogelijkheden, zij het dat een dergelijke vordering volgens het Hof van

Justitie in eerste instantie niet eenzijdig kan verlopen.[33] Wanneer de vraag naar de erkenning in het kader van een procedure rijst, mag de betrokken rechter hierover incidenteel uitspraak over doen (art. 21 lid 4).

Erkenning is mogelijk van zodra de beslissing door de rechtbank van een lidstaat uitgesproken wordt. Het is niet vereist om te wachten totdat alle rechtsmiddelen worden gebruikt. Evenwel kan de rechtbank die over de erkenning moet oordelen, zijn uitspraak aanhouden ingeval tegen de te erkennen beslissing een rechtsmiddel aangewend werd (art. 27).

Te onthouden valt ook dat de erkenningsregeling geen toepassing kan vinden op een beslissing waarbij een vordering tot echtscheiding afgewezen wordt. Over de vraag of afwijzingsbeslissingen toch nog onder het commune IPR erkend kunnen worden, bestaat er geen eensgezindheid.

§ 2 Ouderlijke verantwoordelijkheid

Ingevolge artikel 61 Brussel II*bis* (in combinatie met art. 52 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996), gelden de bepalingen van Brussel II*bis* in de onderlinge betrekkingen tussen de EU-lidstaten.

Ook voor beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid geldt dat ze *de plano* erkend dienen te worden, dat wil zeggen zonder nood om ze eerst aan een rechterlijke instantie voor te leggen (art. 21). Indien over de erkenning duidelijk vereist is, kan de erkenning bij wijze van hoofdvordering gevraagd worden (art. 21 lid 3). Ook een vordering tot niet-erkenning behoort tot de mogelijkheden, zij het dat een dergelijke vordering volgens het Hof van Justitie in eerste instantie niet eenzijdig kan verlopen.[34] Wanneer de vraag naar de erkenning in het kader van een procedure rijst, mag de betrokken rechter hierover incidenteel uitspraak over doen (art. 21 lid 4).

Om een beslissing ten uitvoer te leggen is vereist dat de beslissing eerst uitvoerbaar verklaard wordt in de aangezochte lidstaat. Dit kan alleen indien de beslissing in het land van oorsprong uitvoerbaar is (art. 28). In tegenstelling tot wat bijv. onder de Brussel I-Verordening geldt, dient de exequaturrechter in eerste instantie de weigeringsgronden na te gaan (art. 31 lid 2).

De erkenning en de tenuitvoerlegging van een beslissing kunnen geweigerd worden indien er sprake is van een kennelijke strijdigheid met de openbare orde van de aangezochte lidstaat. Hierbij moet bijzondere aandacht gaan

---

33 HvJ EU 11 juli 2008, nr. C-195/08, *Jur*. 2008, p. I-05271 (*Rinau*).

34 HvJ EU 11 juli 2008, nr. C-195/08, *Jur*. 2008, p. I-05271 (*Rinau*).

naar het belang van het kind. Ook indien de beslissing onverenigbaar is met een latere lokale of vreemde beslissing is weigering aan de orde. Bijzonder voor de ouderlijke verantwoordelijkheid is dat de erkenning of tenuitvoerlegging ook geweigerd kan worden indien het kind niet gehoord werd. Erkenning is evenwel toch mogelijk wanneer het kind niet gehoord werd, indien blijkt dat de zaak hoogdringend was. Erkenning is ook mogelijk indien het niet-horen van het kind niet in strijd was met de fundamentele procesregels van de aangezochte lidstaat. Daarbij zal artikel 12 van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind van 20 november 1989 een belangrijke maatstaf zijn. Ook de persoon die beweert dat de betrokken beslissing de uitoefening van zijn ouderlijk gezag hindert, wordt bijzonder beschermd. Krachtens artikel 23 onder d Brussel II*bis*, kan de erkenning of tenuitvoerlegging worden geweigerd indien deze persoon niet de gelegenheid gekregen heeft om gehoord te worden. Ten slotte wordt een bijzondere weigeringsgrond voorzien voor het geval dat het kind geplaatst werd zonder dat de procedure voorzien in artikel 56 Brussel II*bis* in acht werd genomen.

Voor bepaalde beslissingen geldt een regime van automatische en onmiddellijke tenuitvoerlegging. Deze bijzondere regeling vindt toepassing op beslissingen betreffende het omgangsrecht (art. 41) en op beslissingen tot terugkeer van het kind ingeval van onwettelijke verplaatsing naar een andere lidstaat (art. 42). Uitvoering van deze beslissingen is mogelijk zonder dat een voorafgaande exequatur dient te worden gevraagd. Om de uitvoering te vereenvoudigen, voorziet de Brussel II*bis*-Verordening dat de partij die de uitvoering nastreeft, eerst een certificaat in de lidstaat van oorsprong moet bekomen (art. 41 lid 2 en 42 lid 2). In een aantal gevallen dient het certificaat ambtshalve door de rechter te worden verleend (art. 41 lid 3). Bij het verlenen van het certificaat moet de rechter in de lidstaat van oorsprong nagaan of bepaalde minimale vereisten nageleefd werden. Deze vereisten hebben betrekking op het verloop van de procedure en in het bijzonder het recht voor de betrokken partijen om gehoord te worden. Met het certificaat kan de beslissing rechtstreeks in de aangezochte lidstaat worden tenuitvoergelegd, zonder eerst een exequaturprocedure te moeten doorlopen.

§ 3 Alimentatie

Hoofdstuk IV van de Alimentatieverordening betreft de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen. Er wordt een onderscheid gemaakt al naar gelang de herkomst van de desbetreffende beslissing:

- beslissingen gegeven in lidstaten die door het Protocol gebonden zijn;
- beslissingen gegeven in lidstaten die niet door het Protocol gebonden zijn (Denemarken en het Verenigd Koninkrijk).

Voor beide categorieën geldt dat de alimentatiebeslissing zonder vorm van proces wordt erkend. Voor de eerste categorie is daarenboven geen exequatur vereist.
Verder zijn er algemene bepalingen die op alle beslissingen van toepassing zijn.

Beslissingen afkomstig uit niet-lidstaten worden in Nederland beoordeeld volgens de regels van de voor Nederland geldende executieverdragen.[35]

Voor deze casus geldt de regeling van de Alimentatieverordening (zowel in Nederland als in België). Erkenning vindt plaats zonder vorm van proces en zonder de mogelijkheid om tegen de erkenning op te komen (art. 17 lid 1). Een exequatur is in de verhouding Nederland-België niet nodig (artikel 17 lid 2). Een Belgische beslissing kan in Nederland dus zonder rechterlijke beslissing ten uitvoer worden gelegd, en andersom ook.

Er zijn twee manieren om de tenuitvoerlegging te betwisten. De buiten zijn schuld niet-verschenen verweerder (in de eerste procedure) kan de rechter die de beslissing heeft gegeven om heroverweging vragen. Hij kan bijvoorbeeld een beroep doen op het feit dat het inleidende gedingstuk hem niet of niet tijdig heeft bereikt. Heeft hij echter destijds in het land van herkomst bewust geen rechtsmiddel ingesteld, dan kan hij geen beroep doen op heroverweging.

Daarnaast kan de onderhoudsplichtige zich in een executiegeschil beroepen op de in het land van tenuitvoerlegging bekende weigeringsgronden (art. 21 lid 1), met in de overige artikelleden nog andere weigeringsgronden (bijvoorbeeld de onverenigbaarheid met een in de lidstaat van tenuitvoerlegging (of derde staat) gegeven beslissing).

Tot slot nog het volgende: de Alimentatieverordening bevat een set regels die de samenwerking tussen de centrale autoriteiten in het kader van de inning van alimentatiegelden betreft. In dat kader is in Nederland op 26 oktober 2011 in werking getreden de Uitvoeringswet internationale inning levensonderhoud. Als centrale autoriteit is daarbij aangewezen het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen (LBIO; art. 2). Het LBIO zal zich bezig houden met de taken die de Alimentatieverordening (en het Haags Alimentatieverdrag 2007) op dit terrein aan de centrale autoriteiten opdragen.

---

35 Bijvoorbeeld aan de hand van het Verdrag van Lugano, het Haags Alimentatie-Executieverdrag 1973, het Haags Kinderalimentatiexecutieverdrag 1958.

§ 4 Verdeling huwelijksvermogen

Zoals eerder al opgemerkt, sluiten de EEX-Verordening en de Brussel II*bis*-Verordening het huwelijksvermogensrecht van hun materiële toepassingsgebied uit. Relevant voor de Belgisch-Nederlandse verhoudingen is het hiervoor al genoemde Nederlands-Belgisch Executieverdrag van 28 maart 1925. Dit Verdrag geldt nog ten aanzien van het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht.

Het Nederlands-Belgisch Executieverdrag voorziet dat beslissingen gewezen in een verdragsstaat in de andere staat slechts erkend kunnen worden nadat ze eerst door een rechter worden onderzocht (art. 11 lid 3). De rechter dient onder andere de verenigbaarheid met de openbare orde na te gaan. Ook de niet-naleving van de verdragsrechtelijke bevoegdheidsregels behoort tot de weigeringsgronden. Uitvoering in de andere verdragstaat is krachtens artikel 12 Verdrag slechts mogelijk nadat de beslissing eerst door een rechter uitvoerbaar verklaard wordt. De exequaturprocedure wordt geregeld door de aangezochte lidstaat.

V TER AFSLUITING

Afrondend: voor de internationale echtscheiding met Belgische en Nederlandse aspecten doen de verschillen zich (vooral) voor op het vlak van de verwijzingsregels. Zo past de Nederlandse rechter voor de echtscheiding nationaal IPR toe (art. 10:56 BW), terwijl de Belgische rechter een communautaire regeling tot zijn beschikking heeft (Rome III). Zo zijn er ook verschillen voor het huwelijksvermogensrecht. Op het gebied van het procesrecht is de harmonisatie van IPR-regels het meest aanwezig.

BELGIË EN NEDERLAND IN EUROPA: VERENIGD IN VERSCHEIDENHEID

Katharina Boele-Woelki
Hoogleraar internationaal en vergelijkend privaatrecht, Universiteit Utrecht

en

Frederik Swennen
Hoogleraar familierecht, Universiteit Antwerpen en advocaat bij Greenille advocaten

I INLEIDING

Mede door toedoen van de Paarse kabinetten die deels overlappend in België en Nederland aan het bewind waren sinds de jaren 1990, is boek I van ons beider Burgerlijke Wetboeken – net als de aanvullende wetgeving – de afgelopen jaren bepaald geen rustig bezit geweest.[1] Zowel de regeling van de echtscheiding als van alle echtscheidingsgevolgen is ingrijpend gewijzigd. Ook het internationaal familierecht is in een stroomversnelling geraakt. Enerzijds is zowel in België als in Nederland een codificatie van het IPR doorgevoerd, in het Wetboek IPR (WIPR) resp. boek 10 BW. Anderzijds is de Europese wetgever bijzonder actief geweest op dit gebied.

In deze bijdrage zullen wij op basis van de bijdragen in deze bundel eerst de voornaamste gelijkenissen en verschillen voor het Belgische en het Nederlandse recht aanstippen (II). Nadien gaan wij in op enkele overkoepelende thema's (III). Wij sluiten af met een aantal aandachtspunten voor de toekomst (IV).

II KAART VAN HET PERSONEN- EN FAMILIERECHT, MET SCENIC VIEWS

§ 1 Internationaal Familierecht

Op het gebied van de echtscheiding en haar gevolgen zijn drie EU-instrumenten uitgevaardigd en gelden er ook Haagse Verdragen. Ondanks hun gemeenschappelijke lidmaatschap van de EU en de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, bestaan er niettemin

[1] Zie reeds E.A.A. Luijten, "Een tocht over de woelige baren van Boek 1 BW", *RM Themis* 2001, 37.

opmerkelijke verschillen tussen België en Nederland. Die doen zich veeleer voor op het vlak van het conflictenrecht, en minder op het terrein van de internationale bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging.

Voor de echtscheiding geldt voor beide landen de Brussel II*bis*-Verordening wat betreft de internationale bevoegdheid, en de erkenning en tenuitvoerlegging. De Verordening is in België en Nederland ook van toepassing op huwelijken tussen personen van verschillend dan wel van gelijk geslacht. Opmerkelijk is dat België en Nederland een verschillende conflictenrechtelijke regel kennen. Nederland heeft in art. 10:56 BW het lex fori-beginsel geïntroduceerd, terwijl voor België als regel het recht van de laatste echtelijke gewone verblijfplaats geldt op grond van de cascaderegeling van art. 8 Rome III-Verordening, voor de gevallen waar geen gebruik is gemaakt van de erg ruime mogelijkheden tot rechtskeuze. België is, anders dan Nederland, in de versterkte samenwerking van de Rome III-Verordening gestapt. Deze versterkte samenwerking, die voor het eerst in het Europese recht voor de internationale echtscheiding werd gebruikt, leidt tot een Europa met verschillende snelheden.[2] In de verhouding tussen België en Nederland is daarop te letten.

Op het gebied van de alimentatie – zowel ten aanzien van ex-partners als van de kinderen – is het recht van België en Nederland gelijklopend. Internationale bevoegdheid, en erkenning en tenuitvoerlegging worden uniform geregeld in de Alimentatieverordening. Voor wat betreft het toepasselijk recht, verklaart de Verordening het Haags Protocol van 2007 van toepassing.

Geheel geen overeenstemming bestaat dan weer op het gebied van het huwelijksvermogensrecht. De internationale bevoegdheid, en de erkenning en tenuitvoerlegging worden bepaald door eigen regels. Op het vlak van toepasselijk recht heeft enkel Nederland het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 geratificeerd. In België leidt art. 49 WIPR tot redelijk vergelijkbare oplossingen. België is echter geen nationaliteitsland.

Wat betreft het verleden bestaan er in beide landen overgangsrechtelijke complicaties. Voor de toekomst valt te verwachten dat hetzelfde regime in beide landen zal gelden omdat een Verordening betreffende het huwelijksvermogensrecht wordt voorbereid.

Ook op het gebied van de ouderlijke verantwoordelijkheid is er geen volledige uniformiteit. De procedurele kwesties worden in beide landen

---

[2] Zie K. Boele-Woelki, "For better or for worse: The Europeanization of international divorce law", *Yearbook of Private International Law* 2010, 17-41.

beheerst door de Brussel II*bis*-Verordening. Met betrekking tot het toepasselijk recht is in Nederland het Haags Kinderbeschermingsverdrag van 1996 van toepassing, dat uitgaat van het Gleichlauf-beginsel. België heeft dit verdrag ondertekend, maar niet geratificeerd. Op basis van artikel 35 WIPR moet de rechter het recht van de gewone verblijfplaats van het kind toepassen.

§ 2 Echtscheiding

Onder vigeur van de Code civil gold een afradend systeem van echtscheiding, waarbij keuze kon worden gemaakt voor de schuldechtscheiding – op eenzijdig verzoek – dan wel de echtscheiding door onderlinge toestemming – op gemeenschappelijk verzoek. In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 is deze laatste mogelijkheid niet aangehouden. In beide landen zijn in de 20ste eeuw in hoofdzaak wettelijke of jurisprudentiële milderingen op dit Franse systeem aangebracht.

In Nederland is de omslag naar de schuldloze echtscheiding op grond van de duurzame ontwrichting er reeds gekomen in 1971, al heeft het schuldverweer nog voortbestaan tot 1993 en bestaat het pensioenverweer – met schuldcorrectie – vandaag nog steeds. De echtscheiding moet door de rechter worden uitgesproken als zij op gemeenschappelijk verzoek wordt gevorderd. Zij kan ook eenzijdig worden verzocht, in welk geval de verweerder het bestaan van de duurzame ontwrichting kan betwisten, maar deze tenslotte door de rechter zal worden afgeleid uit de volharding in zijn verzoek door de eiser. Als regel dienen de echtgenoten een ouderschapsplan voor te leggen om ontvankelijk te zijn in hun verzoek tot echtscheiding.

In België is de omslag er pas gekomen in 2007, en nog steeds met voorbehoud. Als regel is een recht op echtscheiding ingevoerd op basis van de schuldloze onherstelbare ontwrichting – de wetgever vond ‘duurzaam’ een positief woord dat niet bij de echtscheiding past. De rechter moet de echtscheiding uitspreken als er sedert enige tijd een feitelijke scheiding is, of als het verzoek na enige tijd wordt herhaald. In deze gevallen kan het verzoek tot echtscheiding eenzijdig worden gedaan dan wel gezamenlijk. De ene echtgenoot kan het verzoek van de andere ook aanvaarden, zonder zelf te verzoeken. Bij een gezamenlijk of aanvaard verzoek gelden kortere periodes. Uit het verstrijken van periodes wordt de ontwrichting onweerlegbaar afgeleid. Voorts kan de rechter de echtscheiding dadelijk op eenzijdig verzoek uitspreken als de verzoeker de onherstelbare ontwrichting bewijst; een bekentenis volstaat daartoe niet. Er geldt geen eis, maar wel mogelijkheid, tot indiening van een ouderschapsplan, evenals andere akkoorden over de echtscheidingsgevolgen.

Er zijn enkele opmerkelijke verschillen tussen België en Nederland. In België bestaat er een recht op echtscheiding, in Nederland niet. Niettemin worden in België strengere voorwaarden aan de echtscheiding zelf gesteld. Het feitelijke bewijs van de ontwrichting wordt er minder snel aanvaard dan in Nederland, en bovendien gelden als regel minimale reflectieperiodes (feitelijke scheiding of herhaald verzoek). Die hebben deels een paternalistische inslag: het voorkomen van lichtzinnige echtscheidingsverzoeken. In Nederland is het vergelijkbare art. 1:152 BW (oud) reeds lang opgeheven. De reflectieperiodes in België strekken er echter ook toe om de verwerende echtgenoot toe te laten zich financieel en psychologisch voor te bereiden op de echtscheiding. Die bescherming ontbreekt in Nederland. In Nederland worden de echtgenoten wel verplicht om een ouderschapsplan voor te leggen, zodat zij tenminste over het lot van de kinderen moeten hebben nagedacht. Dat vereiste ontbreekt in België geheel. Wij komen daarop nog terug.

Anders dan in Nederland bestaat in België ten slotte de echtscheiding door onderlinge toestemming, die nog in 50 % van de echtscheidingen als traject wordt gevolgd. Zij vooronderstelt een volledig akkoord over alle echtscheidingsgevolgen opdat de rechter de echtscheiding zou kunnen uitspreken.

Met die liberale echtscheidingsregels sluiten de wetgevers weer aan bij het revolutionaire recht dat gold vóór de Code civil.

§ 3 Alimentatie na echtscheiding

A. Basisregeling

Zowel in België als in Nederland bestaat een regime van alimentatie na echtscheiding dat in wezen losstaat van de verrichtingen van vereffening en verdeling van het huwelijksvermogensstelsel. In beide landen bestaat een systeem waarin de standaardgerechtigheid op een uitkering na echtscheiding losstaat van enige schuldvraag in verband met de gronden tot echtscheiding. De ex-echtgenoot met de laagste inkomstenpositie is principieel onderhoudsgerechtigd. Het verruimde basisrecht op een uitkering is echter gepaard gegaan met sterker begrenzende modaliteiten van de uitkering.
De grondslag daarvoor wordt in beide landen gezocht in een getemperde voortzetting van de verhouding van solidariteit die door en tijdens het huwelijk heeft bestaan. De voortzetting geldt idealiter als tijdelijke steun tijdens een beperkte periode waarin de behoeftige ex-echtgenoot economisch zelfredzaam moet worden. Aldus is een evenwicht gezocht tussen individuele en collectieve verantwoordelijkheid.

B. Verschillen

De uitwerking van die gemeenschappelijke uitgangspunten in België en Nederland verschilt danig. Op die verschillen gaan wij nu in.

In de eerste plaats zijn er de uitsluitingsgronden. In beide landen wordt het onder bepaalde omstandigheden van wangedrag onbillijk geacht dat een ex-echtgenoot zich nog (ten volle) op de huwelijkse solidariteit zou mogen beroepen. In België geldt ter zake een limitatief uitsluitingssysteem, met opvallende onderlinge verschillen. Uitsluiting vindt plaats bij: zware fout die de onherstelbare ontwrichting veroorzaakte (facultatief, maar volledig), fysiek partnergeweld (verplicht en volledig) en behoefte ontstaan anders dan in familiaal belang (facultatief, volledig of gedeeltelijk). Anders dan in Nederland wordt uit de bewoording dat de rechter een uitkering "kan" toekennen, geen bevoegdheid afgeleid om subjectieve niet-financiële factoren te verrekenen. Evenmin bestaat een algemene matigingsgrond zoals die vervat in artikel 1:399 BW. Het algemene billijkheidsoordeel dat de Nederlandse rechter aldus toekomt, kan door Belgische rechters enkel worden bereikt via oneigenlijke toepassingen van de uitsluitingsgronden. Daarbij bestaat terughoudendheid.[3]

Ten tweede bestaan er opmerkelijke verschillen bij de referentiestandaard voor de berekening van de omvang van de uitkering na echtscheiding. Tot 2007 gold in België de gemiddelde levensstandaard van tijdens de huwelijkse levensstandaard als uitgangspunt voor de berekening van de uitkering. In Nederland is dit nog steeds een van de objectieve aanknopingspunten. In België bestaat sedert 2007 veel onduidelijkheid welk uitgangspunt dan wel moet gelden. Luidens de wet kan de rechter rekening houden met de aanzienlijke economische terugval, die vooral wordt beoordeeld op basis van de leeftijd van de uitkeringsgerechtigde, de duur van het huwelijk en de organisatie van het huishouden. Er wordt echter niet bepaald of de terugval moet worden beoordeeld in vergelijking met het huwelijk dan wel in vergelijking met de echtscheiding. In het eerste geval moet de rechter hypothetisch beoordelen welke de inkomstenpositie van de uitkeringsgerechtigde zou zijn geweest zonder huwelijk. In het tweede geval kan hij concreet beoordelen welke de inkomstenpositie zou zijn geweest zonder echtscheiding. Het Hof van Cassatie[4] laat de rechter toe te vergelijken met de situatie zonder

---

3 Hierover rechtsvergelijkend F. Swennen en B. Weyts, "Fouten tussen echtgenoten: een tocht doorheen het echtscheidings- en aansprakelijkheidsrecht", in G. Verschelden (ed.), *Echtscheiding*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2010, p. 87-145.

4 Cass. 12 oktober 2009, *T.Fam.* 2010, 71, noot C. Van Roy.

echtscheiding. Het is onduidelijk in welke mate daarmee wordt teruggekeerd naar de situatie van vóór 2007.

Bij de berekening van de alimentatie bestaat ten derde in België geen officiële rekenmethode, ook geen informele. In Nederland kan de rechter een beroep doen op de tremanormen. In België kan als alimentatiebedrag maximaal een derde van de (mogelijke) inkomsten van de uitkeringsgerechtigde worden toegekend. Een dergelijke bovengrens geldt niet in Nederland, al dient de rechter in voorkomend geval wel de jus-vergelijking toe te passen.Ten slotte wordt in België bij de berekening van het alimentatiebedrag, anders dan in Nederland, slechts zelden rekening gehouden met de opbouw van een financiële voorziening voor het geval de uitkeringsplichtige zou vooroverlijden.

In beide landen geldt vervolgens sedert de hervormingen van 1996 (Nederland) resp. 2007 (België) dat de alimentatie in de tijd is gelimiteerd. In België is daarvoor tijdens de parlementaire voorbereiding als "minst arbitraire" regeling aangehouden dat de gerechtigheid op alimentatie hoogstens even lang kan bestaan als het huwelijk zelf, de voorhuwelijkse samenleving niet en de feitelijke scheiding wel meegerekend. Pas aan het einde van die termijn kan wegens uitzonderlijke omstandigheden een verlenging worden gevraagd, tijdens dewelke slechts een bedrag tot leniging van de behoefte kan worden verkregen. De Nederlandse wetgever hanteert twee maximale termijnen. Als regel geldt een alimentatieduur van twaalf jaar. Heeft het huwelijk minder dan vijf jaar geduurd, en is het kinderloos gebleven, dan geldt de duur van het huwelijk als maximale termijn. In beide gevallen is uitzonderlijke verlenging van die termijnen mogelijk. In België kan als onbillijk worden beschouwd dat een vrouw met jonge kinderen na een kort huwelijk snel economisch zelfredzaam moet worden. De Nederlandse termijn van twaalf jaar in dat geval – welke overeenstemt met de middelbare schoolleeftijd lijkt in dat geval rechtvaardiger. Toch vinden sommigen die termijn te lang. In Nederland wordt daarom over verkorting van de termijn van 12 jaar gediscussieerd. [5]

Ten vierde is de wijziging of vroegtijdige beëindiging van de uitkering in België en Nederland redelijk gelijklopend geregeld. Anders dan in Nederland, is in België echter geen beëindiging mogelijk in geval van wangedrag. Althans heeft de rechterlijke macht de toepasselijke wetsbepalingen nog niet in die zin geïnterpreteerd. Dit kan als onbillijk worden aangevoeld ingeval een ex-echtgenoot zich schuldig maakt aan geweldpleging op de uitkeringsplichtige, stalking, niet-afgifte van de kinderen of soortgelijke misdrijven en gedragingen.

---

[5] In verband met de actuele discussie W. Schrama, "Partneralimentatie: geld vangen door bankhangen?", *FJR* 2012, 115.

Voor ongehuwde samenwoners worden zowel in België als in Nederland vergelijkbare algemeen verbintenisrechtelijke technieken toegepast om, waar aangewezen, 'alimentatie' toe te kennen.

§ 4 Huwelijksvermogensrecht

Het wettelijke huwelijksvermogensstelsel – zonder afwijkende overeenkomst – is een gemeenschap van aanwinsten in België en in Nederland een algehele gemeenschap. In beide landen kan via een overeenkomst echter een 'koude uitsluiting' worden bedongen, dit is een scheiding van goederen zonder verbintenisrechtelijke correctie erop. Voor samenwoners in België en Nederland is de koude uitsluiting feitelijk gezien de regel.

De bijdrage over huwelijksvermogensrecht in deze bundel heeft in hoofdzaak betrekking op de koude uitsluiting en de correctiemechanismen erop. Wegens het nauwe verband met de contractvrijheid, gaan wij er verderop deze bijdrage op in. Wij volstaan hier met twee opmerkingen.

In de eerste plaats kan de vermogensrechtelijke achterstand wegens de koude uitsluiting enkel voor gehuwden deels worden gecompenseerd via een ruime berekening van de alimentatie na echtscheiding. Zie daarover § 3. Voor samenwoners daarentegen bestaat ter zake geen wettelijke regeling. In de tweede plaats hebben samenwoners het hoe dan ook al moeilijk om via gemeenrechtelijke technieken het wettelijke huwelijksvermogensstelsel te benaderen zo zij dat zouden willen. Hoe dan ook de afspraken gelden slechts in hun interne verhouding. Op eenzijdige vorderingen zouden rechters bovendien slechts ingaan als er een hoge mate van lotsverbondenheid wordt aangetoond.

§ 5 Ouderlijke Verantwoordelijkheid

A. Basisregeling

Sedert halverwege de jaren 1990 is in beide landen wetgeving tot stand gekomen waarbij de ouderlijke verantwoordelijkheid is 'verzelfstandigd' ten opzichte van de scheidingsgevolgen. Kort gezegd staat de invulling van de ouderlijke verantwoordelijkheid als regel los van de huwelijkse staat van de ouders..Het Nederlandse recht is hierbij verder geëvolueerd dan het Belgische. Ondanks een aanmaning van de wetgever door het Grondwettelijk Hof in 2003[6], kan ouderlijk gezag nog steeds enkel

[6] Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, *EJ* 2003, 134, noot P. Senaeve.

toekomen aan de ouders van het kind. In Nederland kan gezag mee worden uitgeoefend door een niet-ouder.

In beide landen is de wet in 1995 zodanig gewijzigd dat het gezamenlijk ouderlijk gezag dat tijdens het huwelijk is ontstaan, automatisch doorloopt na de echtscheiding, zgn. 'gezagsco-ouderschap', dat in Nederland pas in 1998 in de wet is opgenomen. In de rechtspraktijk werd deze regel al eerder toegepast.

De juridische gelijkwaardigheid van de ouders leverde echter geen feitelijke gelijkwaardigheid op: de ouder bij wie het kind hoofdverblijf had, bekleedde een bevoorrechte positie. De wetgevers in beide landen hebben het gelijkwaardig ouderschap dan ook verder willen bevorderen. In België dient de rechter sedert 2006 op verzoek van minstens één ouder bij voorrang te onderzoeken of het gelijkmatig verdeeld verblijf ('verblijfsco-ouderschap') de meest passende oplossing zou zijn voor kind(eren) en ouders. In Nederland is sinds 2009 het maken van een ouderschapsplan verplicht, waarin afspraken over gelijkwaardig ouderschap moeten worden gemaakt. In België zijn, meer dan in Nederland, in de rechtsleer en rechtspraak duidelijke parameters uitgewerkt wat betreft objectieve en subjectieve indicaties en tegenindicaties voor verblijfsco-ouderschap.

Het valt op dat de Belgische wetgever resultaatsgericht werkt en niet procesgericht zoals de Nederlandse wetgever. In Nederland is in de wet voor beide ouders namelijk de plicht vastgelegd om de contacten van het kind met de andere ouder te bevorderen, en daarover vooraf in een ouderschapsplan afspraken te maken. In België wordt enkel een resultaat opgelegd, en gaat vooral aandacht naar de handhaving achteraf zelfs met de 'sterke arm' van de politie.

B. Uitzonderingsregelingen

Zowel in België als in Nederland is het exclusief gezag van één ouder, met een toezichts- en omgangsrecht voor de ander, de uitzondering geworden. In Nederland geldt daarbij een strikter wettelijk criterium ('klem en verloren'). Het Belgische criterium oogt ruimer (geen overeenstemming tussen ouders of overeenstemming niet in het belang van het kind), maar geeft niettemin zelden aanleiding tot toepassing van exclusief gezag.

In Nederland geldt bovendien alles of niets. In België bestaan er tussen het gezamenlijk gezag en het exclusief gezag tussensystemen, waarbij enkel bestaande beslissingen niet (bij gezamenlijk gezag) of net wel (bij exclusief gezag) samen moeten worden genomen. In Nederland kan de rechter trachten om artikel 1:253a BW creatief toe te passen, zonder van het gezamenlijk gezag een lege huls te maken.

De rechten van de niet met gezag belaste ouder zijn uitgebreider gereguleerd in Nederland dan in België.

C. De rechten van het kind

Enkel in Nederland wordt uitdrukkelijk in de wet aandacht besteed aan de rechten van het kind. Bij de totstandkoming van het ouderschapsplan moeten de kinderen worden betrokken; de ouders moeten die betrokkenheid beschrijven in het plan. Ten tweede hebben Nederlandse ouders, anders dan de Belgische, een plicht tot contact of omgang met hun kind(eren). Een dergelijke plicht gaat echter niet zonder kritiek. Ten slotte bevat de Nederlandse wet een uitdrukkelijk verbod van kindermishandeling, en is uithuisplaatsing van een geweldpleger mogelijk. Een en ander bestaat nog niet in België, al is een wet betreffende de uithuisplaatsing ter bekrachtiging aan de Koning voorgelegd.[7]

D. Onderhoudsrecht

In beide landen is de niet-betaling van onderhoudsbijdragen door ouders een ware plaag. Enerzijds heeft dit te maken met 'slechte scheidingen', waarbij ex-partners hun onverwerkte gevoelens over elkaar projecteren via de kinderen. De soms onvolledige wettelijke regeling over uitvoering en afwenteling verhoogt in dat verband de kans op conflicten. Anderzijds verloopt de berekening van de alimentatie onvoorspelbaar en niet eenvormig. In België heeft de wetgever in 2010 getracht een en ander te verhelpen. De aard en omvang van de ouderlijke onderhoudsplicht zijn verduidelijkt in de wet. Bij de concretisering van die plicht is aan de rechter een uitgebreide motiveringsplicht opgelegd waarbij hij moet aangeven op welke wijze hij rekening heeft gehouden met acht parameters. Levert deze hervorming niet het gewenste resultaat op, dan heeft de minister van Justitie de mogelijkheid om tot het opstellen van alimentatienormen over te gaan. Dergelijke normen bestaan thans niet. Wel zijn door privé-organisaties en personen voorstellen van berekeningswijze opgesteld. Sommige daarvan worden breed gedragen. In Nederland bestaan de Tremanormen, die echter aanleiding geven tot erg ingewikkelde berekeningen. Daarom gaan stemmen op om het beste uit de Tremanormen mee te nemen in een eenvoudige wettelijke berekeningsmethode.[8]

---

7 Wetsontwerp betreffende het tijdelijk huisverbod in geval van huiselijk geweld, *Parl.St.* Senaat 2011-2012, nr. 5-539/10.

8 Zie recentelijk ook B.M. Dijksterhuis en N. Vels, "De mening van alimentatieplichtigen en alimentatiegerechtigden over de berekening van kinderalimentatie", *FJR* 2012, 178.

De onderhoudsplicht loopt in België langer door dan in Nederland. In België geldt een onderhoudsplicht totdat het kind zijn hogere studies heeft beëindigd, en hoeft het studieverloop niet vlekkeloos te zijn. Er is een tweede, ja zelfs derde, kans voor slechte studenten, en goede studenten kunnen aanspraak maken op de financiering van aanvullende (buitenlandse) studies. Bovendien heeft het Hof van Cassatie[9] geoordeeld dat wangedrag, anders dan een slecht studieverloop, het kind niet mag worden aangerekend. In Nederland is de alimentatie gelimiteerd tot 21 jaar en kan aan jongmeerderjarigen wangedrag worden aangerekend.

In beide landen bestaat ten slotte nog geen eenduidige omgang met de berekening van alimentatie in de context van nieuw samengestelde gezinnen.

III OVERKOEPELENDE THEMA'S

§ 1 Empirisch En Multidisciplinair Onderzoek

De laatste jaren groeit het besef van het belang van enerzijds de toepassing van de empirische methode en anderzijds het multidisciplinair onderzoek in het civiel recht onder rechtsgeleerden[10] en zijn er voorbeelden van dergelijk gecombineerd onderzoek..[11] Niettemin is in deze bundel nog weinig sprake van die zogenaamde 'civilologie', zowel aan Belgische als aan Nederlandse zijde. Antokoloskaia wijst overigens op de onjuiste omgang door beleidsmakers van het tot nu toe beschikbare empirische onderzoek. Aan Belgische zijde bestaat een bijkomend probleem van bevoegdhedenverdeling. De federale, Belgische staat is bevoegd op het gebied van met name het civiel recht. Maar de (cultuur)gemeenschappen, zoals de Vlaamse gemeenschap, zijn bevoegd inzake de zogenaamde bijstand aan personen, waaronder de gevolgen van de toepassing van de federale wetgeving ook vallen. Er is (nog) geen orgaan waarin de beleidsmakers van de diverse niveaus samen worden gebracht.

§ 2 Alternatieve Geschilbeslechting

In beide landen is bottom-up vanuit het veld veel aandacht besteed aan alternatieve vormen van geschilbeslechting. Het gaat voornamelijk om bemiddeling, en in beperktere mate over overlegprocedures (collaborative

---

9 Cass. 3 juni 2010, *RW* 2010-11, 1648, noot F. Swennen.

10 Bijvoorbeeld W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit, *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Boom Juridische Uitgevers, 2012.

11 Bijvoorbeeld recentelijk R. Hemelsoen, *EOT-overeenkomsten. Een empirisch-juridische studie*, Antwerpen, Intersentia, 2012.

law) en zelfs arbitrage.[12] In België bestaat een wettelijk kader rond de bemiddeling in familiezaken enerzijds en rond de verplichting voor de rechterlijke macht om partijen te wijzen op de mogelijkheden ter zake en op het nut ervan. In Nederland is zulk kader in voorbereiding. Zelfs bij de totstandkoming van het ouderschapsplan wordt bemiddeling thans nog niet gestimuleerd. In geen van beide landen is de poging tot alternatieve geschilbeslechting verplicht gesteld als voorwaarde om een rechterlijke procedure te starten. De beperkte wettelijke aandacht voor alternatieve geschilbeslechting staat in contrast met de toegenomen aandacht voor de (gedwongen) tenuitvoerlegging van vonnissen en arresten.

§ 3 Status Versus Contract

Dé – onbedoelde – rode draad die ontegenzeggelijk door alle bijdragen in deze bundel loopt, blijkt de klassieke opdeling status versus contract te zijn geworden. Het (internationaal) familierecht behoort tot de domeinen binnen het privaatrecht waar niet het paradigma van de privaatautonomie geldt. Paradoxaal genoeg vindt echter een beweging naar contractualisering plaats, terwijl andere takken van het privaatrecht (consumentenbescherming, huurrecht, enz.) net gaan institutionaliseren. We overlopen nu in welke mate het internationaal familierecht contractualiseert. In verband met die contractualisering zij ook gewezen op de ontwikkelingen op het gebied van de alternatieve geschilbeslechting.

A. Internationaal familierecht

De uitgebreide bevoegdheidscatalogus van art. 3 Brussel II*bis* Verordening laat geen (gezamenlijke) keuzemogelijkheid aangaande de echtscheiding zelf toe.. In verband met de echtscheidingsgevolgen is er wel voorzien in een beperkte forumkeuzemogelijkheid voor de alimentatie (artikel 4 Alimentatieverordening) en met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid (art. 12 en 15 Brussel II*bis* Verordening).

De aanwijzing van het toepasselijk recht is enkel uitgesloten wat betreft de ouderlijke verantwoordelijkheid (art. 35 WIPR en art. 15-22 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996). Er is een beperkte rechtskeuze op het gebied van de echtscheiding zelf mogelijk (art. 5 lid 1 Rome III Verordening en art. 10:56 lid 2 BW), met betrekking tot alimentatie (art. 7 en 8 Haags Protocol 2007) en wat betreft het huwelijksvermogensrecht (art. 3 Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 en art. 49 WIPR).

Kortom, ten aanzien van de echtscheiding en haar gevolgen valt geen duidelijke lijn te trekken.

---

12 Over dit laatste B. Breederveld, “Arbitrage in het familierecht”, *FJR* 2012, 57.

B. Echtscheiding

Ook al is in België in 2007 een zogenaamd 'recht op echtscheiding' ingevoerd, is de echtscheiding, zowel op inhoudelijk als op procedureel vlak, zowel in België als in Nederland, grotendeels onttrokken aan de partijautonomie.

Op inhoudelijk vlak zijn de gronden tot echtscheiding limitatief omschreven in de wet. Die gronden hebben uitsluitend betrekking op de huwelijksbeleving. Er is geen minimale huwelijksduur vereist, of een minimale leeftijd van de echtgenoten, of nog – zoals vermeld – een voorafgaande bemiddelingspoging. In België is de invulling van de gronden tot echtscheiding betrekkelijk objectief, zodat de beslissing tot echtscheiding minder dan in Nederland een wilsbeslissing is. In Nederland levert het (volhardend) subjectieve verzoek tot echtscheiding kennelijk sneller een echtscheidingsgrond op. Partijen kunnen echter niet overeenkomen dat de wettelijke gronden tot echtscheiding in hun verhouding strikter zouden moeten worden toegepast.

Op procedureel vlak is zowel in België als in Nederland een rechterlijke tussenkomst vereist om het huwelijk door echtscheiding te ontbinden. In België kan dit verbazen wat betreft kinderloze huwelijken waar een echtscheiding door onderlinge toestemming mogelijk is. Voorts is de bewijsvoering slechts ten dele aan partijen overgelaten. Zo levert de (gedingbeslissende) eed bijvoorbeeld geen grond tot echtscheiding op.

Als uitzondering op het voorgaande moet de Belgische echtscheiding door onderlinge toestemming worden vermeld, waar zowel de beslissing tot echtscheiding als de echtscheidingsgevolgen tussen de partijen volledig aan de partijautonomie wordt overgelaten behoudens een wettigheidstoets. Over de gevolgen met betrekking tot de kinderen heeft de rechter een marginaal toetsingsrecht. Hij kan nooit een opportuniteitsoordeel maken. Over de echtscheidingsgevolgen bestaat ook daarnaast, zoals hierna vermeld, een zekere partijautonomie, en dit zowel in België als in Nederland.

C. Alimentatie na echtscheiding

Zowel in België als in Nederland kunnen (ex-)echtgenoten een alimentatieovereenkomst sluiten, ook al is er nog geen echtscheidingsprocedure ingeleid. [13] Er bestaat geen eensgezindheid over

---

[13] Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt F. Swennen, "Over alimentatieovereenkomsten en echtscheiding (en ook een beetje over Odysseus)", *TPR* 2008, 1287. Vanuit IPR-

het antwoord op de vraag of ook aanstaande echtgenoten een alimentatieovereenkomst kunnen opnemen in hun huwelijkse voorwaarden. In beide landen is de principiële contractvrijheid wel beperkt, zij het dat uit die beperkingen geen eenduidig beleid blijkt op basis waarvan de overheid een dwingend vangnet zou opleggen.

De vrijheid is het grootst bij de Belgische echtscheiding door onderlinge toestemming. Daar moeten de partijen vóór de indiening van het verzoek een volledig akkoord bereiken over alle echtscheidingsgevolgen. In het bijzonder is een volledige afstand mogelijk van elke alimentatie, en kan rechterlijke bemoeienis zelfs volledig worden uitgesloten (art. 1288 lid 3 BW). De rechter mag in dit verband geen oordeel over de geschiktheid van de gekozen oplossing maken; enkel de wettelijkheid mag hij nagaan. In Nederland kan de rechter op grond van de redelijkheid en billijkheid toch inbreken in de overeenkomst waar hij in beginsel niet bij werd betrokken (art. 1:159 lid 1 en 3 BW).

Bij de Belgische echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting bestaat ook een principiële contractvrijheid (art. 301, § 1 BW), maar hier mag geen afstand van de rechten op alimentatie plaatsvinden voordat de echtscheiding definitief is (art. 301, § 9 BW). Over bedrag en vorm van de alimentatie mag wel worden gecontracteerd. Aan de rechter komt geen opportuniteitsoordeel toe. Het is echter onduidelijk of met afstand ook de gedeeltelijke afstand is bedoeld, als gevolg waarvan bijvoorbeeld ook een maximale aanpassing naar boven of beneden (een zogenaamde cap) op de uitkering niet mogelijk zou zijn. In Nederland geldt steeds artikel 1:159 BW.

Ná de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting kan in België volledig afstand worden gedaan van alle rechten op alimentatie, met volledige uitsluiting van elke mogelijkheid tot aanpassing door de rechter. Voor Nederland geldt ook hier artikel 1:159 BW. In België is de vervanging van de uitkering door een kapitaal na de echtscheiding steeds aan rechterlijke homologatie onderworpen. Op het eerste gezicht is dat vreemd, omdat een vervanging door een kapitaal minder verregaand is dan een volledige afstand, maar er dus toch een verdergaande rechterlijke controle op is. De verantwoording daarvoor is volgens de wetgever dat de vervanging door een kapitaal voor de uitkeringsgerechtigde moeilijker is te begrijpen dan de volledige afstand.

Samengevat is de Nederlandse ex-echtgenoot die onverstandig heeft gecontracteerd beter af dan de Belgische.

---

perspectief: P. Wautelet, “Grensoverschrijdende alimentatieovereenkomsten tussen echtgenoten: tussen zekerheid en illusie”, *TEP* 2010, 77.

In geen van beide landen moeten echtgenoten een minnelijke regeling trachten te bereiken vóór de indiening van een eis tot echtscheiding. Pieters wijst erop dat in Nederland stemmen opgaan om, naar analogie van het ouderschapsplan, een alimentatieplan verplicht te stellen.

D. Huwelijksvermogensrecht

Zoals vermeld, bestaat zowel in België als in Nederland de mogelijkheid tot koude uitsluiting van een echtgenoot. De analyse van Declerck en Verstappen is bepaald ontmoedigend te noemen voor de koud uitgesloten echtgenoot. In beide landen bestaat immers slechts een minimale correctie van overheidswege op de partijautonomie. In België valt die veeleer toe te schrijven aan leemtes in de wet; in Nederland bestaat een grote rechterlijke terughoudendheid bij de toepassing van bestaande wettelijke mogelijkheden.

Het meeste kans op slagen heeft de koud uitgesloten echtgenoot in de eerste plaats wanneer hij wordt geconfronteerd met een terugvordering van een voltrokken vermogensverschuiving in zijn voordeel, die werd gefinancierd met arbeidsinkomsten van de andere echtgenoot. Er staan hem dan een aantal verweermiddelen ter beschikking, die verband houden met de bijdrage in de lasten van het huwelijk, vergoedingsrekeningen of nog de natuurlijke verbintenis. Vervolgens zou de koud uitgesloten echtgenoot kunnen trachten de koude uitsluiting zelf aan te vallen met een beroep op gemeenrechtelijke technieken, zoals de nietigheid wegens wilsgebreken, de aansprakelijkheid van de instrumenterende notaris, de imprevisieleer of de redelijkheid en billijkheid. De laagste slaagkans heeft de koud uitgesloten echtgenoot ten slotte wanneer hij vermogensrechtelijke aanspraken zou willen doen gelden, bijvoorbeeld op grond van ongerechtvaardigde verrijking van de andere echtgenoot.

E. Ouderlijke verantwoordelijkheid

In verband met de ouderlijke verantwoordelijkheid bestaat een betrekkelijk grote contractvrijheid voor ouders, al staat die zowel in België als in Nederland onder een ex ante c.q. ex post rechterlijk toezicht dat nooit kan worden uitgesloten. Dit toezicht is echter niet eenduidig geregeld. In beide landen moeten ook de kinderen in de mate van het mogelijke bij het overleg worden betrokken, al bestaat daarover enkel in Nederland een uitdrukkelijke wettelijke bepaling. In Nederland scheidende ouders moeten in elk geval pogen een (gedeeltelijk) ouderschapsplan op te stellen. In België geldt enkel bij echtscheiding door onderlinge toestemming een verplichting om tot een volledig akkoord te komen. Bij de echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichtingen hoeven ouders zelfs geen poging

tot akkoord te ondernemen. Dat is ook zo voor ongehuwde ouders die scheiden. Met name scheidingsbemiddelaars zullen ouders wel in alle gevallen tot een ouderschapsplan trachten te stimuleren.[14]

Wat betreft het ouderlijk gezag kunnen enkel Belgische ouders een exclusief gezag overeenkomen; in Nederland kan enkel de rechter eenhoofdig gezag opleggen. Over de andere aspecten van het gezag kunnen wel overeenkomsten worden gesloten.

Wat betreft de onderhoudsbijdrage kunnen ouders in beide landen overeenkomsten sluiten over hun respectieve bijdrage tot het levensonderhoud van het kind, dat echter steeds gewaarborgd moet zijn.

IV CONCLUDEREND: VERGELIJKEN LEIDT TOT NIEUWE INZICHTEN

Belgen en Nederlanders kunnen heel wat van elkaar leren op het gebied van het familierecht.

Uit diverse bijdragen in deze bundel is ten eerste gebleken dat er nog heel wat ruimte is voor rechterlijke creativiteit. Belgische en Nederlandse praktijkjuristen kunnen die aanmoedigen door uit elkaars rechtssysteem inspiratie te halen over de wijze waarop wetsbepalingen worden toegepast. Bijvoorbeeld valt te wijzen op het woord “kan” bij de toekenning van partneralimentatie, of de invulling van de indicaties voor verblijfsco-ouderschap.

Ten tweede kunnen ook de beleidsmakers van elkaar leren. Het Belgische en Nederlandse systeem hebben elkaar op wetgevend vlak al beïnvloed, recentelijk nog wat betreft de tijdelijke uithuisplaatsing die België ook zal invoeren. Doorheen deze bundel zijn verdere suggesties gemaakt over soms kleine aanpassingen die voor de rechtsonderhorigen een groot verschil kunnen maken. Het gaat bijvoorbeeld om de invoering van de mogelijkheid voor Nederlandse ouders om eenhoofdig gezag overeen te komen.

Ten slotte, en niet in het minst, is een wingebied aan het licht gekomen voor verder gezamenlijk wetenschappelijk onderzoek. The law in action in België en Nederland ligt nader bij elkaar dan uit de wettelijke regelingen zou blijken. België kent een strikter wettenrecht, waarbij de beperkte

---

[14] Zie ook K. Bastaits, I. Pasteels, C. Van Peer en D. Mortelmans, “Een verplicht ouderschapsplan na echtscheiding? Inzichten vanuit de SIV-studie”, *www.relatiesennieuwegezinnen.be* (open access) 2011 (1).

wettelijke mogelijkheid om op grond van redelijkheid en billijkheid te oordelen ruimhartig worden geïnterpreteerd. In Nederland laat de wetgever meer vrijheid aan de rechter, die daar kennelijk terughoudender dan in België mee omspringt. Dit is bijvoorbeeld gebleken uit de mogelijkheden tot doorbreking van de koude uitsluiting. Nader onderzoek naar het gebruik van de redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse familierecht zal moeten uitwijzen of deze voorlopige conclusie wordt bevestigd.

Wij zien een aantal uitdagingen voor de toekomst. In het bijzonder is meer empirisch onderzoek nodig naar álle fasen van het familierechtelijke continuüm, met meer aandacht voor conflictpreventie en alternatieve geschilbeslechting dan op rechterlijke afdoening van conflicten. Op rechtsdogmatisch vlak zouden wij, overigens naar het voorbeeld van vele andere Europese landen, het strikte onderscheid tussen partneralimentatie en vereffening-verdeling in vraag moeten durven stellen.

De agenda nemen wij alvast mee in onze toekomstige samenwerking.

REEDS VERSCHENEN IN DE REEKS FAMILIE & RECHT

Deel 1 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner en Wendy Schrama, *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*, 2010

Deel 2 Masha Antokolskaia, Bart Breederveld, Liesbeth Hulst, Wilbert Kolkman, Frits Salomons en Leon Verstappen, *Koude uitsluiting*, 2011

Deel 3 Merel Jonker, *Het recht van kinderen op levensonderhoud: een gedeelde zorg. Een rechtsvergelijking tussen Nederland, Noorwegen en Zweden*, 2011

Deel 4 Katharina Boele-Woelki, Ian Curry-Sumner, Wendy Schrama en Machteld Vonk, *Commercieel draagmoederschap en illegale opneming van kinderen*, 2012

Deel 5 Katharina Boele-Woelki en Frederik Swennen, *Vergelijkenderwijs. Actuele ontwikkelingen in het Belgische en Nederlandse familierecht*, 2012