



Verantwoordelijkheden in het familierecht: de rol van staat, familie en individu

W.M. Schrama • S. Burri

Deze bundel is het resultaat van een bijzondere samenwerking van onderzoekers van het onderzoekscentrum UCERF (*Utrecht Centre for European Research into Family Law*). In een veranderende samenleving staat de rol van de staat, de familie en het individu regelmatig ter discussie. Wat is een taak voor burgers zelf, en wat voor hun familie? Hoe kan in het recht de balans tussen autonomie en bescherming worden gevonden, juist waar het families en kinderen betreft? Het gaat om prangende onderwerpen, zoals de wijze waarop in uiteenlopende rechtsgebieden met mantelzorg en zorg voor ouderen wordt omgegaan. Maar ook om de aan belang winnende participatie en autonomie van minderjarigen in familie- en jeugdrechtszaken, en hoe het relatierecht de doelen die het heeft beter kan dienen, in het licht van ongehuwd samenleven en religieuze huwelijken. In de bijdragen worden aanbevelingen gedaan over de verantwoordelijkheden van burger, familie en staat om gesignaleerde knelpunten in wetgeving en rechtspraktijk te verminderen. Door de unieke invalshoek en uitgebreide combinatie van expertises is deze bundel een must-have voor eenieder die zich bezighoudt met het personen- en familierecht.

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.

ISBN 978-94-6290-870-3



9 789462 908703

Verantwoordelijkheden in het familierecht: de rol van staat, familie en individu

Verantwoordelijkheden in het familierecht: de rol van staat, familie en individu

Wendy Schrama
Susanne Burri

Boom juridisch
Den Haag
2020

Omslagontwerp: Haagsblauw, Den Haag
Opmaak binnenwerk: UCERF, Utrecht

© 2020 W. Schrama en S. Burri | Boom juridisch

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 verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressieregeling van Stichting Reprerecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

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 978-94-6290-870-3
ISBN 978-90-8974-356-5 (e-book)
NUR 822

www.boomjuridisch.nl

INHOUDSOPGAVE

Families & recht in een veranderende wereld.....	1
1. Inleiding.....	1
2. Een veranderende samenleving en verschuivende rol van actoren.....	2
3. Toegang tot familie- en personenstatus	4
4. Betekenis van families en zorg	5
5. Enkele observaties	8
 De rol van de staat in het relatierecht	11
<i>Introductie.....</i>	<i>11</i>
1. Opzet en doel van de bijdrage	11
2. Afbakening te behandelen relaties	13
<i>Deel I Doelen van het huwelijksrecht</i>	<i>17</i>
1. Inleiding.....	17
2. De achtergrond van de Angelsaksische en Nederlandse discussie	18
3. De doelen van het huwelijksrecht in de Angelsaksische en Nederlandse literatuur	20
4. Op basis van de literatuur geformuleerde doelen	22
5. Status of functie	24
6. Conclusie	25
<i>Deel II Het Nederlandse relatierecht.....</i>	<i>27</i>
1. Inleiding.....	27
2. Formele relaties: huwelijk en geregistreerd partnerschap	28
3. Relaties zonder speciale status.....	38
<i>Deel III De toekomst van het relatierecht.....</i>	<i>66</i>
1. Inleiding.....	66
2. Oplossingsrichtingen uit de literatuur.....	69

3. Onze ideeën	74
4. Bibliografie.....	78

Mijn wil is wet! De autonomie van minderjarigen in het Nederlandse personen- en familierecht..... 91

1. Inleiding.....	91
2. Theoretisch kader	93
3. Autonomie in het personen- en familierecht.....	99
4. Vergelijking en evaluatie	125
5. Conclusie	141
6. Bibliografie.....	144

Wie betaalt de rekening van mantelzorg? Over financiële gevolgen bij langdurige mantelzorg en compensatie daarvan binnen het (erf- en successie)recht149

1. Inleiding.....	149
2. Mantelzorg in cijfers.....	152
3. Overheidsbeleid en mantelzorg	154
4. Arbeid en mantelzorg: arbeidsrechtelijke mogelijkheden en potentiële financiële consequenties voor de werknemer	156
5. Kosten door (langdurige) mantelzorgverlening.....	166
6. Beschouwingen over financiële consequenties van langdurige mantelzorgverlening	166
7. Kanttekeningen bij de relatie tussen mantelzorg en het erf- en successierecht	169
8. Compensatie via de som ineens.....	173
9. Compensatie via een testament.....	182
10. Vrijstelling van de erfbelasting ter compensatie van mantelzorg	185

11. Beschouwing erf- en successierecht als compensatie voor mantelzorg..	193
12. Conclusie: van zelfregulering naar meer overheidsregulering	195
13. Bibliografie.....	200

Zorgbehoevende ouders in slecht weer: een zorg voor de overheid en/of hun kinderen.....205

1. Inleiding.....	205
2. Zorg aan ouder: kind in de bijstand	208
3. Zorg aan ouder: kind met vermogen.....	228
4. Beschouwing en conclusie.....	239
5. Bibliografie.....	248

Wendy Schrama

1. Inleiding

In het onderzoekscentrum UCERF (het *Utrecht Centre for European Research into Family Law*) van de Universiteit Utrecht werken onderzoekers uit verschillende juridische subdisciplines en een criminoloog samen rondom het centrale thema families & recht. Het onderzoek richt zich niet alleen op familierecht, maar is breder en bestrijkt familierecht in verhouding tot andere rechtsgebieden, zoals internationaal en Europees recht, arbeidsrecht, mensen- en kinderrechten en het sociaalzekerheidsrecht. De centrale vraag van ons onderzoeksprogramma is: hoe zouden staten evenwichtig om moeten gaan met autonomie en bescherming van families, kinderen en individuen in een globaliserende en veranderende wereld? Deze bundel vormt het resultaat van een bijzondere samenwerking van onderzoekers binnen UCERF ter uitwerking van dit centrale thema op verschillende deelterreinen. Hierna wordt eerst kort uiteengezet hoe de bundel tot stand is gekomen, waarna ingegaan wordt op de inhoud.

Deze bundel is als volgt tot stand gekomen: in verschillende bijeenkomsten hebben UCERF-onderzoekers binnen de grote thema's van het UCERF-onderzoeksprogramma gebrainstormd over onderwerpen die zich leenden voor een gezamenlijk te schrijven bijdrage. Juist vanwege de uiteenlopende deskundigheid van de onderzoekers werd het mogelijk om meerdere perspectieven op vaak complexe onderwerpen te combineren en daarmee meer inzicht te genereren in de rol die het recht op dit terrein speelt en kan spelen. Zo kan arbeidsrecht worden gecombineerd met het familie- en erfrecht, zodat een ander licht geworpen kan worden op actuele maatschappelijke vraagstukken, zoals bijvoorbeeld de zorg voor oudere familieleden. Onderzoekers uit het kinderrechtenveld werkten samen met een expert op het jeugdbeschermingsrecht en zo is een veelzijdiger beeld van kinderopparticipatie over meerdere terreinen van het recht ontstaan. Op basis van een grof geformuleerde onderzoeksvraag hebben de auteurs in groepen van twee of drie onderzoek gedaan en een conceptbijdrage geschreven. Die bijdrages zijn gerouleerd onder de verschillende teams voor een eerste peer reviewronde; zowel met schriftelijke feedback als in een dialoog tijdens een bijeenkomst. Na aanpassing zijn de bijdrages bekeken door de editors,

hetgeen wederom tot nieuwe inzichten heeft geleid. Niet alleen is van een interne reviewprocedure gebruik gemaakt, ook is kennis van buiten gehaald. Op 26 juni 2019 is een *expert meeting* georganiseerd waar externe experts op de specifieke onderwerpen van de bijdragen aanwezig waren.¹ Zij hadden vooraf de bijdrage ontvangen die zij van commentaar zouden voorzien. Tijdens de *expert meeting* gaven de auteurs een korte presentatie met de belangrijkste inzichten en vragen waar ze nog mee worstelden. Vervolgens kregen de experts het woord om te reflecteren op de bijdrage, waarna er een debat met de auteurs en andere aanwezigen plaatsvond. Van de feedback en het debat zijn notulen gemaakt. Dit systeem van *open peer review* heeft ertoe geleid dat andere perspectieven zijn meegenomen, dat bepaalde verbanden zijn benadrukt, heeft geleid tot een scherper debat over de argumenten voor of tegen een bepaalde denkrichting. Dit is meegenomen in de volgende versies van de bijdragen. Die zijn opnieuw van commentaar voorzien door de editors van deze bundel, hetgeen na aanpassing heeft geleid tot de bijdragen zoals in deze bundel opgenomen.

2. Een veranderende samenleving en verschuivende rol van actoren

Na deze uiteenzetting van het proces is het tijd om te kijken naar de inhoud. Bij de hoofdvraag hoe staten evenwichtig om moeten gaan met autonomie en bescherming van families, kinderen en individuen in een globaliserende en veranderende wereld, staat de rol van verschillende actoren op de voorgrond. Wat is een taak voor de overheid, het individu, wat voor de familie, de markt en werkgever? De balans tussen die actoren is regelmatig aan verandering onderhevig; zo ook in de afgelopen periode. In de afgelopen decennia is daarbij in de eerste plaats kenmerkend dat er veel meer nadruk ligt op autonomie en individuele keuzes dan voorheen, en dat er veel meer keuzes mogelijk zijn geworden. Individualisering, secularisatie, de toegenomen welvaart en opleidingsniveau, en emancipatie kunnen in dit verband als relevante ontwikkelingen genoemd worden. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om een keuze voor een partner, of dit een partner van gelijk of verschillend geslacht is, of dit beperkt is tot een of meerdere partners, welke relatievorm men daarbij wel of niet kiest, en voor hoe lang. Maar ook om de keuze om wel of geen kinderen te krijgen, met wie (alleen, twee, met meer personen) en hoe (natuurlijk, draagmoederschap,

¹ Coby de Graaf en Ido Weijers gaven feedback op autonomie voor minderjarigen; Susan Rutten en Elise Goossens op de rol van de staat in het relatierecht, Eric Gubbels en Hana van Ooijen op de bijdrage over genderidentiteit voor niet-Nederlanders; Elisabeth Alofs en Hans Nacinovic op de bijdrage over zorg binnen families, terwijl Janneke Plantenga en Edith Josten hun licht lieten schijnen op de vraag wie de rekening betaalt van mantelzorg.

adoptie, pleegkind). Daarnaast zijn ook de mogelijkheden waarop een individu zichzelf ervaart en wil presenteren aan de buitenwereld groter dan voorheen. Gender is daarbij een in het oog springende factor, maar ook leeftijd, seksuele geaardheid, verbinding met een bepaalde groep (bijvoorbeeld religie of cultuur) zijn van belang.

Een tweede ontwikkeling is de toegenomen globalisering waardoor grenzen vervagen. Families en individuen gaan nationale grenzen over en stuiten op afwijkende regelingen elders in het personen- en familierecht. Dit verschijnsel niet nieuw, maar de schaal waarop dit in de recente periode plaatsvindt is wel nieuw. Bij migratie op grote schaal en voor een langere periode moet het nationale familierecht (inclusief het ipr, EU-recht en mensenrechten) een antwoord geven op de nieuwe vragen die rijzen door verschillen in recht, cultuur en gedrag.

Een derde punt van aandacht is dat de welvaartstaat kleiner wordt; daarmee gepaard gaat de overdracht van verantwoordelijkheden naar burgers. In samenhang met een sterk vergrijzende samenleving en de kleinere rol die de overheid speelt met betrekking tot zorg, impliceert dit een verschuiving van verantwoordelijkheden naar burgers, waaronder partners en kinderen.

Door deze veranderingen rijst de vraag hoe staten moeten balanceren tussen autonomie en bescherming van families, kinderen en individuen. Dit is geen simpele vraag, zoals ook de bijdragen in de bundel laten zien. In het onderzoeksprogramma zijn voor deze drie groepen (families, kinderen en individuen) verschillende onderzoeksthema's geïdentificeerd, die met name prangend zijn vanwege de veranderingen die hierboven zijn geschetst.

Families komen aan bod in de bijdrage 'De rol van de staat in het relatierecht' geschreven door Wendy Schrama, Jet Tigchelaar en Yasemin Yildiz. Ook in de bijdragen 'Wie betaalt de rekening van mantelzorg? Over financiële gevolgen bij langdurige mantelzorg en compensatie daarvan binnen het (erf- en successie)recht' van Susanne Burri en Femke de Kievit en 'Zorgbehoevende ouders in slecht weer: een zorg voor de overheid en/of hun kinderen' van Susanne Heeger-Hertter en Merel Jonker gaat het om de vraag hoe de verantwoordelijkheden van families en kinderen gezien worden, ook afgezet tegen de rol van de staat en het individu. Kinderen staan centraal in het hoofdstuk 'Mijn wil is wet! De autonomie van minderjarigen in het Nederlandse personen- en familierecht' van de hand van Charlotte Mol, Soraya Bou-Sfia en Joost Huijter. Hoeveel autonomie hebben kinderen eigenlijk? De onderwerpen die in deze bundel belicht worden, dragen daarmee bij aan een antwoord op de complexe hoofdvraag naar de rol van de staat.

3. Toegang tot familie- en personenstatus

Binnen het recht speelt een belangrijke rol wie partner en kind of bredere familie van elkaar zijn. Dat geldt voor veel rechtsgebieden, van strafrecht, tot civiel procesrecht, erfrecht, maar ook in het socialezekerheidsrecht en belastingrecht. Het familierecht is van oudsher het toegangsportaal en bepaalt wie wel en wie niet partners en familie van elkaar zijn. De andere rechtsgebieden sluiten daarbij aan, al hanteren ze ook soms in aanvulling daarop eigen voorwaarden. Daarmee bepaalt de staat wie toegang heeft tot de status van families en de daarbij verbonden rechten en plichten. Ook voor individuen speelt het wetgevend kader een grote rol voor de vraag in hoeverre individuele kenmerken al dan niet worden erkend en in welke mate er ruimte is voor differentiatie. Op beide vlakken – familierecht en personenrecht – is afgelopen decennia de tendens waarneembaar dat er meer ruimte is voor differentiatie. Het is al lang niet meer zo dat het monogame huwelijk van een man en vrouw en kinderen de enige familie is die rechtens erkenning kan krijgen. Mensenrechten hebben hier een belangrijke rol in gespeeld, waarbij met name art. 8 EVRM dat bescherming biedt aan gezinsleven en privéleven van belang is.

Twee bijdragen in deze bundel staan in de sleutel van de toegang tot een bepaalde status, die door de staat en het recht gereguleerd worden.

Schrama, Tigchelaar en Yildiz gaan in op de toegang tot een formele relatiestatus die door de staat erkend wordt. In de bijdrage wordt via een rechtstheoretisch, reflectief kader nagegaan waarom we eigenlijk relatierecht hebben. Pas als duidelijk is wat de staat beoogt te realiseren kan beoordeeld worden in hoeverre aanpassing van dat relatierecht aan nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen nodig is. Een belangrijke vraag binnen het relatierecht betreft de toegang tot de relaties, en gaat het om de vraag wie als partner/familie meetellen en een pakket rechten en plichten krijgen (zie hierna onder 4). In het traditionele familierecht vloeiende de ouder-kindrelatie voort uit de partnerrelatie. Het huwelijk was de partnerrelatie bij uitstek en daarmee ook de relatie waarin ouders kinderen kregen. In de afgelopen decennia zijn die partner- en ouder-kind relaties deels van elkaar losgetrokken. Mensenrechten en het gelijkheidsbeginsel hebben daarbij een wezenlijke rol gespeeld. Ongehuwd samenleven is inmiddels een vaste relatievorm geworden waarin partners kinderen krijgen. Ook binnen informele huwelijken worden kinderen geboren. Het oude *one size fits all*-model werkt niet meer, zoals de auteurs laten zien.

De tweede bijdrage over de toegang van status, is die waar kinderen het recht hebben om te participeren. Daaraan ten grondslag ligt het gegeven dat minderjarigen handelingsonbekwaam zijn en wettelijke vertegenwoordigers hebben. Mol, Bou-Sfia en Huijer onderzoeken welke rechten kinderen hebben om zelf regie te hebben, ondanks het feit dat ze handelingsonbekwaam zijn. Hoe krijgt autonomie van kinderen al of niet vorm wanneer hun familierechtelijke belangen in geding zijn? Het is voor het eerst dat voor het Nederlandse recht systematisch alle onderwerpen uit het familierecht op een rij gezet worden vanuit dat uitgangspunt. Daardoor komen onderliggende patronen en inconsistenties aan het licht, die anders verborgen zouden blijven. Waarom mag een kind wel direct de rechter benaderen in zaken over zorg en omgang, maar kan het dat bij de andere onderwerpen niet? Die zijn vaak niet minder van belang, denk bijvoorbeeld aan naamswijziging.

Bij deze bijdragen spelen de grote maatschappelijke veranderingen een rol die in de inleiding genoemd zijn. De vraag hoe het recht daarop reageert is verschillend. Waar het kinderrechtenverdrag en de toegenomen aandacht voor de autonomie en participatie van kinderen ertoe hebben geleid dat er sinds de jaren '80 meer rechten toegekend zijn aan minderjarigen, heeft de vertaling van maatschappelijke ontwikkelingen bij relaties nauwelijks plaatsgevonden; de status quo in het familierecht praktisch ongewijzigd is gebleven. De rol van mensenrechten is hier een andere, en met name in de context van vrouwenrechten en gelijkheid in verband met dwanghuwelijken, kindhuwelijken, en huwelijkse gezangenschap. Dat zijn vraagstukken die ontstaan zijn door de toegenomen globalisering en immigratie.

4. Betekenis van families en zorg

De fundamentele vraag wat we mogen verwachten van families, en met name ouders en kinderen, is een vraag die weinig gesteld wordt, maar die in toenemende mate van belang is. Demografische ontwikkelingen met dalende kindertallen, meer relatiebreuken, samengestelde gezinnen, en nieuwe gezinsvormen, maken de vraag wat er in het recht verondersteld mag worden over die familieband een moeilijke. Mag van een stiefkind verwacht worden dat het voor zijn oude stiefouder zorgt? Aan deze vraag zit niet alleen een empirische kant, maar ook een ethische. Het gaat niet alleen om wat we juridisch verwachten van familieleden ten opzichte van elkaar, maar ook om de vraag wat we moreel gezien mogen verwachten. Daarbij speelt ook de balans tussen autonomie en bescherming een rol: in hoeverre mogen individuen zelf bepalen of ze voor hun

familie wensen te zorgen, en in hoeverre kan de staat dit als plicht opleggen om te zorgen voor bescherming van kwetsbare partijen. Omgekeerd houdt dit in dat de staat zich rekenschap moet geven van de vraag waar families of individuele familieleden meer bescherming nodig hebben. Een voorbeeld daarvan is de strafverzwarringsgrond in art. 304 van het Wetboek van Strafrecht. Juist als ouders hun kind mishandelen, is er een morele en juridische grond voor extra straf ten opzichte van iemand die geen ouder is. Juist waar sprake is van een afhankelijkheidsrelatie in een ouder-kind context zijn veiligheid, geborgenheid en respect van belang. Op veel plaatsen in het Nederlandse recht worden gevolgen verbonden aan het bestaan van bepaalde familierelaties. Denk bijvoorbeeld aan het belastingrecht, waar ouders hun kind maximaal een ton belastingvrij mogen schenken.² De wetgever gaat er hierbij kennelijk vanuit dat ouders hun kinderen in die leeftijdsfase van onder de 40 jaar hulp zouden willen bieden voor het aankopen van een woning. Zowel het familie- als het belastingrecht zijn zo een instrument geworden om een probleem om de woningmarkt op te lossen. Dit voorbeeld laat de interactie tussen de verschillende rechtsgebieden mooi zien.

In deze bundel worden twee thema's belicht die hierop betrekking hebben. In de bijdrage 'Wie betaalt de rekening van mantelzorg? Over financiële gevolgen bij langdurige mantelzorg en compensatie daarvan binnen het (erf- en successie)recht' gaat het om families waar informele zorg verleend wordt. Gegeven de vergrijzing is dit een thema dat de komende jaren aan belang zal winnen. Het beleid van de overheid is de afgelopen jaren van richting veranderd: thans is het uitgangspunt dat de familie en het sociale netwerk van hulpbehoevenden een grote rol zullen spelen in het verlenen van die zorg, bijvoorbeeld in de vorm van mantelzorg. Hieruit blijkt dat families en de staat in een aantal opzichten communicerende vaten zijn. Dat wat de staat niet langer doet (of kan doen) komt terecht bij de familie. De langdurende trend waarbij de staat juist taken en verantwoordelijkheden overnam van de familie lijkt daarmee voorzichtig gekeerd. De invulling van de familieband is daarmee van inhoud veranderd. Omdat mensen familie van elkaar zijn, mogen we moreel en juridisch gezien een aantal dingen van hen verwachten waar het gaat om informele zorg. Dat sluit ook aan bij het feit dat veel van de informele zorg juist door partners en familieleden wordt verleend. Van een harde zorgverplichting is nog geen sprake, maar het socialezekerheidsrecht neemt wel als uitgangspunt dat het in eerste

² Zie: belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/nl/schenken/content/hoeveel-mag-ik-mijn-kind-belastingvrij-schenken, geraadpleegd op 21 januari 2020.

instantie aan het sociale netwerk is om zorg te verlenen. Staatszorg is slechts subsidiair beschikbaar.

In de bijdrage van Burri en De Kievit wordt als uitgangspunt genomen dat er de komende jaren veel informele familie(mantel)zorg verleend zal moeten worden. Deze toename zal zich voordoen in een context waarin steeds meer uren – met name door vrouwen – betaalde arbeid wordt verricht. De vraag rijst dan hoe de combinatie van arbeid en zorg het beste gefaciliteerd kan worden. Niet minder van belang is de vervolgvraag: door wie kan die zorgleverening worden gefaciliteerd en wat is de rol van de staat, de werkgever, de werknemer, de mantelzorgverlener of de zorgbehoevende? Dit zijn geen simpele vragen, zeker niet in een periode waarin er sprake is van flexibilisering op de arbeidsmarkt en een dalend aandeel mensen een arbeidscontract heeft, terwijl het aandeel zzp'ers, *payrollers* en andere slecht beschermde arbeiders stijgt. Zij kunnen risico's niet afwentelen op een werkgever. Voor de vraag aan welke knoppen de overheid kan draaien om familie­zorg te faciliteren zijn dus ook dit soort ontwikkelingen van belang. Burri en De Kievit nemen een gewaagde vraag als uitgangspunt door het arbeids- en verlof­recht, het erfrecht en de successiebelasting aan elkaar te koppelen. Het zijn allemaal instrumenten waarmee risico's van zorg gespreid kunnen worden. Andere opties moeten in de toekomst nader verkend worden, zoals de vraag welke mogelijkheden een verzekering zou kunnen bieden. De actoren verschillen: als het gaat om het arbeids- en verlof­recht, worden de risico's gespreid tussen werkgever en werknemer. Bij de successiebelasting wordt de belastingplicht verlaagd, en draagt iedereen in feite bij. Bij het erfrecht wordt gekozen voor een private oplossing, waarbij de andere erfgenamen minder uit de nalatenschap ontvangen dan anders het geval zou zijn. Een belangrijke meerwaarde van de bijdrage is dat op deze wijze verbanden worden gelegd, die anders onzichtbaar blijven, maar wel degelijk van groot belang zijn.

In de bijdrage van Heeger-Hertter en Jonker gaat het om een ander aspect binnen datzelfde kader. De vraag rijst hoe de interactie tussen sociale­zekerheidsrecht en alimentatierecht vorm krijgt binnen families waar zorg verleend wordt. Ook daar is van belang hoe de overheid het recht zo goed mogelijk kan inrichten dat de doelen die met beleid en wetgeving beoogd worden, rekening houdend met alle belangen zo goed mogelijk bereikt kunnen worden. De bijdrage laat zien dat daar nog werk aan de winkel is. In het privaatrecht, meer specifiek het familierecht, is de financiële zorgplicht geregeld tussen familieleden. De financiële zorgplicht van de overheid jegens burgers heeft zijn beslag gekregen in de Participatiewet.

De onderliggende basisgedachte is dat eenieder financieel zijn eigen boontjes moet kunnen doppen, en beide rechtsgebieden hebben betrekking op de vraag waar de verantwoordelijkheden liggen als iemand niet in zijn eigen levensonderhoud kan voorzien. Komt dit terecht bij de familie, bij de staat, of beide? Nu ligt de verantwoordelijkheid primair bij de overheid: de gemeente kan namelijk geen verhaal nemen op de kinderen als zij geen onderhoudsbijdrage voldoen aan hun ouders die een uitkering op grond van de Participatiewet ontvangen. Het BW kent de verplichting dat meerderjarige kinderen jegens hun behoeftige ouders onderhoudsplichtig zijn. Lange tijd lag deze verplichting als Sneeuwwitje in haar glazen kist. De vraag is of de financiële druk van de vergrijzing de prins zal worden die haar wakker kust. Heeger-Hertter en Jonker wijzen erop dat daarbij verschillende belangen een rol spelen: belangen van individuele gezinnen, voor wie een juridisering van de familieverhoudingen niet wenselijk is, maar ook het algemeen belang bij een zorgvuldige verdeling van de algemene middelen. Ook hier dient een fundamenteel debat gevoerd te worden over de vraag wat we van welke familieleden om welke redenen zouden mogen verwachten, en wat de gevolgen zijn als deze verwachtingen niet gerealiseerd worden. Interessant is nog de gedachte van het kabinet om in navolging van de Staatscommissie Herijking Ouderschap de mogelijkheid te bezien om kinderen de mogelijkheid te geven hun ouders te ontouderen, dat is het op verzoek van het kind ongedaan maken van de juridische band met een of beide ouders. Mocht worden overwogen om Sneeuwwitje uit haar kist te laten opstaan, dan is dit in ieder geval een punt van aandacht. Dat geldt evenzeer voor de plannen om de toegang tot het ouderschap uit te breiden; thans in de la terecht gekomen, maar vroeg of laat komt het daar weer uit. De bijdrage laat eens te meer zien dat het van cruciaal belang is de familieband en de rechten en plichten die hieraan verbonden zijn in hun onderlinge samenhang te bezien. Alleen op die wijze kan er een afgewogen concept ontstaan wat we waarom van welke familieleden zouden mogen verwachten.

5. Enkele observaties

Het is niet eenvoudig om de rode draden van de verschillende bijdragen onder een noemer te vatten, maar er zijn wel voorzichtig enkele lessen te trekken uit het voorgaande.

In de eerste plaats een opmerking over de werkwijze en het combineren van perspectieven. De ervaring van het maken van deze bundel leert dat de veronderstelling dat het combineren van expertise een grote toegevoegde waarde

kan hebben. Door de toegenomen specialisatie en enorme groei van wetgeving en rechtspraak (denk bijvoorbeeld aan Europese wetgeving, het relatief recent ingevoerde kinderrechtenverdrag, de gestaag oplopende hoeveelheid rechtspraak van het EHRM en HvJ) is het juist belangrijk om onderzoek uit de vakjes van die specialismes te trekken en naar een geïntegreerd of gecombineerd perspectief te streven. Niet alleen is dat interessant om te doen, het levert ook kennis en inzichten op die anders meer eendimensionaal zouden zijn. De multidimensionaliteit van deze bundel laat zien dat de opbrengst zoveel rijker is. Ook blijkt dat er nieuwe onderzoeksvragen rijzen door het combineren van de perspectieven. Evident is ook het besef dat overheidsbeleid en regulering van families, kinderen en individuen vragen om een breed perspectief: de verschillende rechtsgebieden zijn communicerende vaten. Telkens is de vraag: wat is het doel van beleid en wetgeving? Dat geldt niet alleen voor vraagstukken als in het familierecht en ouderenzorg, maar ook voor de vraag of burgers en kinderen niet eigenlijk veel meer autonomie zouden moeten hebben. Welke onderliggende belangen worden gediend door keuzes te beperken en zijn die belangen zwaarwegend genoeg om die beperkingen te dragen? Iedere tijd zal daar zijn eigen antwoord op geven. De tweede vraag is vervolgens: hoe kan dit doel het beste bereikt worden en welk rechtsgebieden zijn daarvoor relevant? De wezenlijke vraag is wat de verhouding is tussen het personen- en familierecht en het publieke recht. Doelen die thans binnen het familierecht centraal staan, kunnen ook via andere rechtsgebieden nagestreefd worden. Familierecht, sociaalzekerheidsrecht, belastingrecht en arbeidsrecht zijn van oudsher gescheiden terreinen, maar het loont de moeite om kritisch te kijken of het recht bepaalde beleidsdoelen op andere manieren kan realiseren. Daarvoor is afstemming tussen de gebieden cruciaal. Afstemming is ook nodig waar het gaat om kinderp participatie, dat nu versplinterd en verbrokkeld geheel van regelingen is waaraan geen consistentie visie ten grondslag ligt.

Een daarmee direct samenhangend verschijnsel is dat verantwoordelijkheden tussen staat, familie, markt, werkgever en individu daadwerkelijk verschoven zijn in de afgelopen periode. Dat is een belangrijke constatering, zeker met het oog op de gevolgen die de vergrijzing in Nederland (en andere Westerse landen) de komende decennia zal hebben. De rol van de markt en werkgever zijn nog niet goed onderzocht, maar duidelijk is wel dat er meer verantwoordelijkheden bij de burger worden gelegd, zowel op individuen als binnen families. Deze verschuiving impliceert ook dat er verschuivingen optreden in de rol van de verschillende rechtsgebieden. Ook hier geldt daarom dat een multidimensionaal

perspectief waarbij een vraagstuk vanuit meerdere rechtsgebieden tegelijk onderzocht wordt, van wezenlijk belang is.

Tot slot geldt dat het antwoord op de vragen die in deze bundel gesteld zijn, van een begin van een antwoord voorzien zijn, maar nog het nodige werk vergen.

INTRODUCTIE

Wendy Schrama, Jet Tigchelaar, Yasemin Yildiz¹

1. Opzet en doel van de bijdrage

Partnerrelaties zijn, naast de ouder-kind relatie, de kern van het familierecht. Het familierecht werkt sterk regulerend en bepaalt wie een rechtens erkende relatie hebben, en dus ook wie niet, en welke gevolgen daaraan zijn verbonden. Historisch ontwikkeld vanuit een sterk op monogamie gebaseerd huwelijksmodel, hebben zich de laatste decennia belangrijke veranderingen voorgedaan die de vraag doen rijzen of verdere aanpassing van het relatierecht nodig is.²

Naast het huwelijk, dat sinds 2001 open staat voor paren van verschillend en gelijk geslacht, kent het Nederlandse recht sinds 1998 het geregistreerd partnerschap, dat voor alle paren een door de staat erkende (formele) relatie biedt, die praktisch gelijk is aan het huwelijk. Het ongehuwd samenleven is niet als relatievorm geregeld. Daaraan zijn op verschillende plaatsen in en buiten het Burgerlijk Wetboek (BW) wel rechtsgevolgen verbonden, maar een omvattende regeling ontbreekt. Dit is een interessante constatering, omdat er veel ongehuwde samenlevers zijn en bovendien bijna de helft van de kinderen niet binnen een huwelijk wordt geboren. Juist in die gevallen doet het ontbreken van relatierecht zich voelen. Naast het nieuwe geregistreerd partnerschap en de toename van het ongehuwd samenleven, is een andere ontwikkeling dat een groep mensen een religieus huwelijk heeft gesloten, maar niet steeds voor de wet getrouwd is. Dit komt vooral onder migrantengroepen voor.

Voor beide groepen – ongehuwde samenlevers en informeel gehuwden – doen zich bepaalde problemen voor.

Voor *ongehuwde samenlevers* zijn er grote onduidelijkheden over de gevolgen van vermogensverschuivingen tijdens de relatie, omdat het familierecht niet van toepassing is en het algemene vermogensrecht geen relatierechtelijke regels kent. Ook is er te weinig ruimte voor bescherming tegen een scheve verdeling van arbeid en zorg, omdat het algemene vermogensrecht uit gaat van economisch gerichte relaties. Dit leidt tot onrechtvaardige uitkomsten, die bovendien een

¹ Vooraf wordt opgemerkt dat deze bijdrage gedeeltelijk voortbouwt op eerder werk van Schrama inzake de ontwikkelingen van het relatierecht. Dat eerder werk is hieronder zoveel mogelijk genoemd. Yildiz heeft deze bijdrage op persoonlijke titel geschreven.

² Asser-Kolkman 2016, nrs. 5-52.

genderdimensie hebben, omdat het met name vrouwen zijn die meer zorgen dan buitenshuis geld verdienen. Ongehuwde samenlevers zouden hun juridische zaken wel zelf kunnen regelen, maar doen dat niet (goed). Bij het uit elkaar gaan komen deze onduidelijkheden en het gebrek aan bescherming naar voren, hetgeen resulteert in onnodige conflicten. Bovendien moeten voor allerlei zaken aparte juridische procedures worden gevoerd, hetgeen kostbaar is en lang duurt.

Voor *informeel gehuwden* geldt dat de arrangementen van het statelijk huwelijk en religieuze huwelijk niet op elkaar aansluiten, waardoor vaders – anders dan betrokkenen verwachten – niet krachtens het religieuze huwelijk naar Nederlands recht juridisch ouder van hun kinderen zijn en geen gezag hebben. Ook lijkt de vertaling van financiële (religieuze) regelingen naar het burgerlijk recht niet altijd evenwichtig uit te pakken en kunnen religieuze regelingen voor toegang en beëindiging van de relatie (huwelijkse gevangenschap) op gespannen voet staan met liberale beginselen en fundamentele rechten. Erkenning van de relaties is daardoor soms lastig, met opnieuw risico's voor de betrokkenen, vooral voor vrouwen.

Overigens blijkt *het formele huwelijksrecht* voor getrouwde stellen evenmin te voorkomen dat er na echtscheiding financiële problemen zijn voor vrouwen die tijdens het huwelijk (naast een parttimebaan) gezorgd hebben voor kinderen of andere familieleden.

Er doen zich dus problemen voor en de vraag is in hoeverre de wetgever daarmee aan de slag moet. Is aanpassing van het bestaande relatierecht wenselijk of zelfs noodzakelijk? Om die vraag ten gronde te kunnen beantwoorden is relevant te bezien wat de rol van de staat is ten aanzien van het huwelijk, ongehuwde samenlevers en religieus gehuwden en of en hoe het familierecht kan worden ingericht op een manier die rekening houdt met die verschillende relatievormen. Deze vragen staan in deze bijdrage centraal.

Dat de ontwikkelingen inzake ongehuwd samenleven en religieuze huwelijken om een herijking van het relatierecht vragen is al vaak betoogd, al lijkt de manier waarop dat gebeurt verschillend en worden de discussies daarover doorgaans gescheiden van elkaar gevoerd. Overwegend wordt voor *ongehuwde samenlevers* voorgesteld dat er bepaalde specifieke voorzieningen komen.³ Ook is voorgesteld meer te kijken naar de functie van relaties dan naar de vorm.⁴ Voor *informele huwelijken* lijkt het erop dat men meer probleemoplossend of -beperkend per probleem te werk gaat. Als het gaat over de rol van de staat dan wordt vooral

³ Forder & Verbeke 2005, p. 489-640; Antokolskaia e.a., 2011 p. 268-279.

⁴ Schrama 2008, p. 83-98; Schrama 2020, p. 15-28.

gewezen op de bescherming van de zwakke partij en op verplichtingen op grond van fundamentele rechten met betrekking tot een bepaald probleem, zoals huwelijkse gevangenschap en kindhuwelijken.⁵ Daarbij wordt voor beide groepen in de literatuur doorgaans weinig vanuit een overkoepelende bezinning op de rol van de staat gedacht en spelen de onderscheiden functies van het relatierecht doorgaans geen rol. Juist die bredere reflectie helpt ons inziens antwoorden te vinden op de vraag wat de rol van de staat in een veranderende maatschappij is, kan zijn en zou moeten zijn.

Om te kunnen beoordelen wat de rol van de staat is en of aanpassing van het huidige relatierecht nodig of wenselijk is, is cruciaal wat door de wetgever wordt beoogd met het relatierecht. Daarom wordt – en dat is vernieuwend – eerst nagegaan wat de functies of doelen van het relatierecht zijn aan de hand van een literatuurstudie van rechtstheoretische en familierecht literatuur (deel I). Daarna wordt onderzocht hoe formele en informele relaties nu geregeld zijn en welke problemen daarvan het gevolg zijn. Vervolgens komt aan de orde of deze doelen of functies gerealiseerd worden voor de drie typen relaties (huwelijk/geregistreerd partnerschap, ongehuwd samenleven en informeel huwelijk, in deel II). Daarbij past de kanttekening dat een antwoord op deze vraag om socio-empirische data vraagt, die echter slechts ten dele voorhanden is. Dat impliceert dat het antwoord overwegend vanuit een juridisch perspectief zal worden gegeven. Tot slot volgt in deel III een conclusie waarin een aantal ideeën wordt geopperd voor de toekomst.

2. Afbakening te behandelen relaties

Om welke relaties gaat het in deze bijdrage, en waarom? In de discussie over relatierecht is het handig voor ogen te houden dat een onderscheid gemaakt kan worden tussen zogenoemde formele en informele relaties. *Formele relaties* zijn die relaties waarbij de overheid een bepalende rol heeft bij de totstandkoming, gevolgen en beëindiging van de relatie. Zo kan een burgerlijk huwelijk alleen gesloten worden volgens de in Boek 1 BW voorgeschreven procedure waarbij de ambtenaar van de burgerlijke stand per definitie betrokken is. Beëindiging van een huwelijk en geregistreerd partnerschap vereisen tussenkomst van een overheidsfunctionaris: de rechter of de ambtenaar van de burgerlijke stand. Huwelijk en geregistreerd partnerschap zijn in het BW de enige twee formele relaties. Hun aangaan en einde door scheiding moet volgens de voorgeschreven

⁵ Bijv. Deogratias 2019, p. 339.

procedures plaatsvinden en met tussenkomst van de staat. In deze bijdrage wordt ingegaan op het huwelijk, maar wat daarover wordt vermeld geldt ook voor het geregistreerd partnerschap.⁶ Daarnaast zijn er relaties die niet voldoen aan deze voorwaarden: *informele relaties*. Dit is een brede groep relaties die allerlei vormen kan hebben. Deze bijdrage is beperkt tot de twee meest voorkomende groepen: ongehuwd samenleven en informele huwelijken. De reden voor de beperking tot deze groepen is niet alleen dat het, afgezien van de formele relaties, de meeste mensen betreft, maar ook omdat er uit de literatuur en rechtspraak juist voor deze groepen problemen naar voren komen. Het is dus het meest prangend om naar juist deze groepen te kijken.

Onder ongehuwd samenleven wordt in deze bijdrage verstaan iedere vorm van samenleven op basis van een affectieve relatie door twee personen.⁷ In theorie zou het overigens ook om meer dan twee personen kunnen gaan, maar dat komt weinig voor en blijft daarom buiten beschouwing. Ook zou de vraag gesteld kunnen worden waarom samenleven wordt vereist, nu er steeds meer stellen zijn met een LAT-relatie. De grens tussen deze twee groepen is echter eerder gradueel dan absoluut. Een deel van de juridische vragen kan zich voordoen in beide gevallen. Aan de andere kant vindt waarschijnlijk doorgaans meer vermogensverstrengeling en gezamenlijk handelen plaats bij die partners die daadwerkelijk in hetzelfde huis samenwonen, hetgeen betekent dat de juridische problemen daar het grootst zijn. Vandaar dat die categorie hierna centraal staat.

Onder informele huwelijken wordt in deze bijdrage begrepen een in Nederland aangegane verbintenis die niet is gebaseerd op de daarvoor geldende bepalingen van het burgerlijk recht in Nederland of van een ander land, waarbij een of beide huwelijkspartners in de veronderstelling leeft/leven dat er door een ceremonie, ritueel of contract sprake is van een religieus huwelijk met daaraan verbonden rechten en plichten.⁸ Informele huwelijken vinden plaats in Nederland al is niet bekend hoe vaak precies.⁹ In deze bijdrage wordt onder informele huwelijken onder meer Christelijke, Joodse en Islamitische huwelijken begrepen. Hoewel er verschillen bestaan tussen de specifieke regels die afhankelijk zijn van de groep,

⁶ Art. 1:80a e.v. BW sluiten aan bij de regeling van het huwelijk. Er zijn drie juridische verschillen: het geregistreerd partnerschap kent geen scheiding van tafel en bed, geen verplicht ja-woord bij het aangaan en de ontbinding van een geregistreerd partnerschap zonder minderjarige kinderen kan plaatsvinden buiten de rechter om.

⁷ Schrama 2004, p. 6-8.

⁸ Rutten e.a. 2015, p. 4, 141 en 142; Van der Leun & Leupen 2009, p. 11.

⁹ Rutten e.a. 2015, p. 66 en 105.

gaat het in deze bijdrage primair om de daarmee samenhangende vragen naar de rol van de staat op een abstracter niveau. Niet de verschillen staan centraal, maar de uitkomst dat er geen in rechte geldig huwelijk gesloten is of dat er sprake is van een botsing tussen de religieuze en juridische normen. De Nederlandse wet bepaalt dat een religieus huwelijk niet voorafgaand aan een burgerlijk huwelijk mag worden aangegaan.¹⁰ Gelet op het feit dat de Nederlandse wet geen formele status toekent aan een religieus huwelijk en niet bepaalt welke huwelijksvereisten ervoor gelden, hoe een dergelijk huwelijk kan worden ontbonden en er geen rechtsgevolgen aan verbindt, is een religieus huwelijk een informele relatievorm.

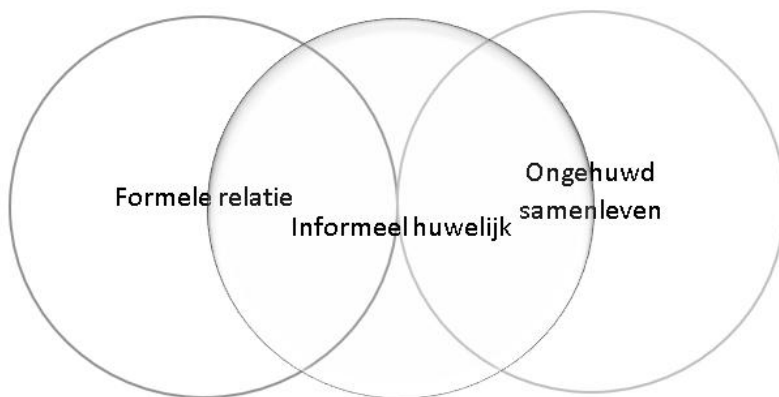
Binnen de groep informeel gehuwden zijn verschillende categorieën te onderscheiden. Een informeel huwelijk kan op zichzelf staan, maar kan ook voor of na een burgerlijk huwelijk worden aangegaan. Deze categorie is vergelijkbaar met ongehuwde samenlevers. Deze groep ervaart aldus potentieel dezelfde juridische knelpunten als ongehuwde samenlevers. De tweede groep heeft op enig moment tevens een formele relatie, hetgeen betekent dat, vanaf het moment dat een burgerlijk huwelijk is aangegaan, de rechtsgevolgen die Boek 1 BW verbindt aan het huwelijk ook gelden voor deze groep. Tegelijkertijd kunnen deze twee groepen informeel gehuwden niet volledig gelijkgetrokken worden met ongehuwde samenlevers respectievelijk formeel gehuwden (zie hieronder figuur 1).

Allereerst zijn op informeel gehuwden religieuze regels van toepassing op het aangaan, de ontbinding en/of de rechtsgevolgen van dat huwelijk. Problematische situaties, zoals huwelijksgevangenschap¹¹ of het verliezen van bepaalde financiële rechten, kunnen het gevolg zijn van een discrepantie tussen de religieuze regels aan de ene kant en het Nederlandse rechtssysteem aan de andere kant. Daarnaast ontbreekt de bescherming van het huwelijksrecht en daarmee overheidstoezicht op de religieuze relatie. Hierdoor bevinden (aanstaande) informeel gehuwden zich mogelijk in een kwetsbaardere positie, die kan leiden tot situaties waarin sprake is van bijvoorbeeld huwelijksdwang of een kindhuwelijk, met als gevolg dat fundamentele rechten van deze personen in het

¹⁰ Artikel 1:68 BW. Een overtreding van deze bepaling is op grond van artikel 449 Sr strafbaar met een geldboete van de tweede categorie.

¹¹ Zie deel II voor uitleg van dit begrip; Smits van Waesberghe e.a. 2014.

geding zijn.¹² Met andere woorden: er kunnen zich specifieke knelpunten voordoen voor deze groepen. Daarop wordt nader ingegaan in deel II.



Figuur 1: verhouding tussen de relatietypen

In deel I wordt eerst onderzocht welke functies het familierecht heeft en wat de rol van de staat kan zijn ten opzichte van partnerrelaties, zowel in een breder internationaal debat als in de Nederlandse context.

¹² Denk aan rechten op grond van het EVRM, CEDAW en IVRK. Zie voor onderzoeken naar o.a. kindhuwelijken en huwelijksdwang Rutten e.a. 2015; Smits van Waesberghe e.a. 2014; Sterckx & Bouw 2005; Schmidt 2005; Koning & Bartels 2005; Rutten e.a. 2019.

DEEL I DOELEN VAN HET HUWELIJSRECHT

1. Inleiding

In deze paragraaf zal worden ingegaan op de doelen van het huwelijksrecht als dominante vorm van het relatierecht binnen het familierecht. Anders gezegd: waarom is er eigenlijk een familierechtelijke regeling van het huwelijk? Deze vraag thematiseert de exclusiviteit (of dominantie) van het huwelijksrecht als relatierechtelijke regeling en het familierecht als terrein en wijze van regulering. Deze vraag kent twee invalshoeken.

De eerste invalshoek be vraagt of er iets zo kenmerkend is aan de huwelijkse relatie dat het een eigen relatieregeling rechtvaardigt of dat het ook kan gelden voor andere relaties met dezelfde of vergelijkbare kenmerken. Hiermee samenhangend stelt dit perspectief aan de orde of vanwege de kenmerken van die relatie het familierecht het aangewezen terrein is en waarom bijvoorbeeld niet het vermogensrecht. Zo bezien is de vraag naar ‘het waarom van het huwelijksrecht’ tevens een vraag naar ‘het waarom van het familierecht’.

De tweede invalshoek be vraagt welke belangen de overheid heeft bij de regeling van het huwelijk. Welke belangen de staat heeft, hangt nauw samen met opvattingen over de rol van de staat bij de doelen van het huwelijksrecht. De rol van de staat is bijvoorbeeld groter wanneer geaccepteerd wordt dat de staat (perfectionistische) morele dimensies van het huwelijk, zoals trouw of onderlinge zorg mag afdwingen of als de staat (utilistische) maatschappelijke belangen, zoals welzijn van partners bij stabiele relaties of armoedebestrijding via huwelijksregulering mag nastreven. De rol van de staat zal daarentegen minder groot zijn in een liberaal-neutrale opvatting van het huwelijk.¹³ Ook hier komt de exclusiviteitskwestie aan de orde, want de vervolgvraag is namelijk: voor zover de doelen van het huwelijks- en familierecht legitiem zijn, zouden deze doelen of redenen ook van toepassing moeten of mogen zijn op niet-huwelijkse, informele relaties tussen volwassenen? Anders gezegd: moet het familierecht minder aan ‘status’ of formele vorm van de relatie hechten en meer aan de functie van relaties

¹³ Zie hiervoor verder Lifshitz 2012 en Brake 2016, die ook een anti-institutionele marxistische en institutionele (communitaristische en neo-natuurrechtelijke) benadering van het huwelijk onderscheidt, naast een contractuele liberaal-neutrale en *public reason* liberale benadering van het huwelijk, met implicaties voor overheidsbemoeienis met het huwelijk.

of kan ook buiten het familierecht (voldoende) aandacht zijn voor doelen die ook door het familierecht worden nagestreefd?

Bovenstaande vraag naar de doelen van het huwelijksrecht komt niet zomaar op. Hieronder zal de achtergrond van de vraag (en de invalshoeken) in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk alsook in Nederland worden geschetst.

2. De achtergrond van de Angelsaksische en Nederlandse discussie

Het internationale – overwegend Amerikaanse en Britse – rechtstheoretische debat over het waarom van het familierecht en meer in het bijzonder het huwelijksrecht is ingegeven door de discussie over de erkenning van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht in de Verenigde Staten, en door de toename van andere familie- en relatievormen dan het huwelijk.¹⁴ Daardoor is het debat over de rol van de staat met betrekking tot het huwelijk en andere relaties op scherp gesteld, is de juridische status van ouderschap belangrijker geworden en is er meer bezinning op de vraag waarom we familierecht hebben.¹⁵ Ook al is de Amerikaanse houding ten opzichte van het huwelijk en de rol van de staat anders dan die in Nederland, toch kunnen we van de Angelsaksische discussie profiteren.¹⁶ Dit geldt temeer omdat in Nederland slechts op bescheiden schaal is nagedacht over de functies van het relatierecht.¹⁷ De Nederlandse discussie in de jaren tachtig van de vorige eeuw stelde de nu nog relevante vragen aan de orde, zoals die naar de rechtvaardiging van staatsbemoeienis bij relatievorming, van de achterstelling van andere relatievormen dan het huwelijk of van andere dan christelijke huwelijksopvattingen. Ook werden vragen geplaatst bij het opdringen van de morele normen van het huwelijk en de bestendiging van economische afhankelijkheid van overwegend vrouwen. Die discussie werd echter in een juridische en maatschappelijke context gevoerd, die inmiddels is achterhaald. Zo was er in die tijd geen geregistreerd partnerschap, was het huwelijk niet opengesteld voor partners van gelijk geslacht, en was er nog veel sekse-

¹⁴ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. (2015), p. 13. In deze uitspraak erkent de Supreme Court dat het recht om te trouwen een fundamenteel recht is dat ook aan paren van gelijk geslacht toekomt. Diduck, 2011, p. 288.

¹⁵ Dewar 2000, p. 62.

¹⁶ Zie voor het huwelijk in de Amerikaanse context in vergelijking tot het huwelijk in andere Westerse landen: Cherlin 2009. Cherlin noemt in dit verband onder meer de promotie van het huwelijk van staatswege, de culturele waarden van het huwelijk en het individualisme, die eraan bijdragen dat er veel getrouwd én gescheiden wordt en dat huwelijken korter duren dan in andere Westerse landen.

¹⁷ Zie voor een gangmaker voor de discussie in de jaren '80 over het huwelijk: Verlegh, van Maarseveen & Korthuis 1984, p. 857-861.

ongelijkheid in wetgeving. Ook was de verzorgingsstaat nog niet afgeslankt. Waar het er aanvankelijk op leek dat we het huwelijk wel konden missen, omdat het zijn langste tijd wel gehad had, gebeurde daarna precies het omgekeerde. Door de vragen over de toegang tot het huwelijk als geprivilegieerde relatie in de context van de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht, werd het huwelijk weer als maatschappelijk relevanter gezien.¹⁸ Met de invoering van het geregistreerd partnerschap, het afschaffen van de eis dat het huwelijk slechts door man en vrouw samen kon worden aangegaan, alsook een verruimde adoptiemogelijkheid voor paren van gelijk geslacht werd in ieder geval de exclusieve heteronormativiteit van het huwelijk afgeschaft en werd de betekenis van het huwelijk als regulering van voortplanting afgezwakt.¹⁹ Een fundamentele discussie over de doelen van overheidsregistratie van relatievormen bleef echter achterwege. Dat is nog steeds overwegend zo: het nut van het relatierecht wordt voorondersteld.²⁰ Wat de rol van de staat is, wordt nauwelijks bediscussieerd. In de Asser-serie wordt sinds jaar en dag opgemerkt dat de wet lange tijd uitdrukkelijk de bedoeling had

‘het huwelijk als instelling van hoger orde te beschermen, zo nodig onder opoffering van de individuele belangen van hen die – al of niet door hun schuld – zich niet aan dat patroon conformeerden of daarin niet pasten’, maar dat later ‘de betekenis daarvan [echter] [wordt] gerelativeerd, zodat meer rekening kan worden gehouden met individuele belangen. Naast het huwelijk wordt de ‘alternatieve’ samenlevingsvorm erkend, althans niet meer afgedaan als in strijd met de goede zeden; naast de echtgenoot verschijnt de levensgezel (...).’²¹

Er zijn wel pleidooien gehouden om bepaalde maatregelen te treffen voor ongehuwde samenlevers (zie deel III). Zo hebben bijvoorbeeld Forder en Verbeke gepleit voor een koerswijziging ten aanzien van informele relaties.²² Die

¹⁸ Heyvaert 1979-1980, p. 737; Willekens 1982, p. 341; Hes 1984, p. 233; van Maarseveen 1985, p. 37-39; Schrama 2004, p. 566; Swennen 2004, p. 1-38; Waaldijk 2003-2004, p. 569-590.

¹⁹ Waaldijk 2003-2004, p. 569-590; Wortmann 2001a, p. 82-87.

²⁰ In de veel gebruikte hand- en studieboeken en in de commentaren (bijv. Asser-Kolkman-Salomons 2016, de Groene Serie Personen- en familierecht en in Vlaardingerbroek e.a. Hedendaags familierecht) wordt hier niet op ingegaan.

²¹ Asser-Kolkman-Salomons 2016, nr. 10. Eekelaar ziet in die ontwikkeling de verminderde bescherming van het patriërchaat ten gunste van tegenwicht biedende rechten; Eekelaar 2018, p. 55.

²² Forder & Verbeke 2005, p. 489-640, m.n. p. 508-541.

conclusies zijn ingegeven door de problemen die zich voordoen voor ongehuwde samenlevers, maar zijn niet gerelateerd aan het grotere plaatje van het relatierecht. Dat geldt ook voor het onderzoek ‘Koude uitsluiting’.²³ Schrama kijkt wel naar het bredere plaatje door vanuit een rechtssociologische invalshoek te onderzoeken wat doelen van het relatierecht kunnen zijn, om van daaruit te bezien wat voor ongehuwde samenlevers nodig is. In de context van religieuze huwelijken gaat het om striktere toegangsvoorwaarden voor het huwelijk (leeftijd) en om de discussie over het handhaven van en zelfs een voorstel tot het strikter maken van de volgorde van de huwelijksluiting (eerst civiel, dan religieus) door de kring van strafbare personen uit te breiden.²⁴ Ook de bescherming van degenen die uit een religieus huwelijk stappen is een punt van aandacht in de literatuur. In dat debat wordt niet expliciet gereflecteerd op de achterliggende doelen van het huwelijksrecht.²⁵ Kortom: een blik over de grenzen heen kan verrijkend zijn voor het Nederlandse debat.

3. De doelen van het huwelijksrecht in de Angelsaksische en Nederlandse literatuur

De formele analyse van Ferguson en Brake is het startpunt van deze rechtstheoretische reflectie, aangevuld met een iets inhoudelijkere richting van andere auteurs. Daarna volgen enkele normatieve redenen voor de statelijke regulering van familierelaties. Vervolgens komen de meer rechtssociologische overwegingen van Schrama over de doelen van het Nederlandse relatierecht aan de orde. In de daaropvolgende paragraaf zullen we op grond van deze eerste verkenning zelf doelen formuleren, waarna geanalyseerd wordt in hoeverre deze doelen gerealiseerd worden voor de verschillende relaties.

Ferguson en Brake noemen als eerste doel van het familierecht – ter onderscheiding van andere rechtsgebieden – de statelijke ondersteuning van familiale relaties tussen individuen door toegang te verlenen tot een formele juridische ‘status’. Huwelijk en ouderschap zijn de belangrijkste status. Uit die status vloeien rechten en plichten voort, waarvoor – ten tweede – het familierecht dient als mechanisme om die rechten en plichten tegen en tussen ‘familieleden’ af te dwingen. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de inning van partneralimentatie of het afdwingen van rechten van kinderen. Ten derde gaat het bij het familierecht,

²³ Antokolskaia e.a. 2011, p. 268-279.

²⁴ Amendement van Van Wijngaarden en Buitenweg over aanpassing van de strafbaarstelling bij een religieus huwelijk voorafgaand aan een burgerlijk huwelijk, *Kamerstukken II* 2018/19, 35080, nr. 9, dat niet overgenomen is.

²⁵ Wel is er aandacht voor de verplichtingen van de staat die voortvloeien uit mensenrechten. Zie hiervoor: Deogratias 2019, p. 339 e.v.

aldus nog steeds Ferguson en Brake, om een bevoordeling van familiale relaties boven niet-familiale relaties, door handhaving van rechten en plichten binnen de familie en door bescherming tegen inmenging door de staat of juist toegang tot voorzieningen van de staat.²⁶

In deze omschrijving van de doelen van het familierecht komt de statelijke bemoeienis met en ondersteuning van bepaalde relaties en personen binnen die relaties naar voren.²⁷ Terwijl in deze doelen nog weinig inhoudelijks is te vinden over wat deze ondersteuning inhoudt c.q. welke rechten en plichten hiermee gemoeid zijn, geven Diduck respectievelijk Eekelaar iets meer richting. Zij zien de functie van het familierecht in het toekennen van financiële en zorgverantwoordelijkheden en het reguleren van machtsuitoefening.²⁸

Uit de genoemde doelen blijkt dat de staat via het familierecht selecteert wie toegang krijgt tot een formele juridische status en dus valt onder de ordening en bescherming die aan die regels verbonden zijn. Deze selectie vindt plaats op grond van normatieve redenen. Enerzijds worden deze gezocht in het sociale en morele karakter van de familierelaties zelf, waarin de eerdergenoemde invalshoek van de vraag naar de doelen van het huwelijks- of relatierecht herkenbaar is. Daarbij kan men denken aan noties als relationele autonomie, gelijkheid, zorg, kwetsbaarheid en intimiteit.²⁹ Anderzijds worden die normatieve redenen gezocht in de tweede invalshoek, namelijk in sociale en/of publieke belangen bij de geselecteerde (volwassenen)relaties, zoals de waardering van zorg voor economisch afhankelijken, het bevorderen van de stabiliteit van relaties en gendergelijkheid.³⁰ Leckey schrijft hierover:

*‘The general idea is that the state benefits from the stability and caregiving produced when individuals invest in long-term relationships’.*³¹

In Nederland heeft Schrama de volgende functies van het relatierecht onderscheiden: een regulerende functie, een beschermingsfunctie, een geschil-

²⁶ Ferguson & Brake 2018, p. 14.

²⁷ Ferguson & Brake 2018, p. 15.

²⁸ Diduck 2011, p. 287-314; Eekelaar 2018, p. 56 en 58.

²⁹ Ferguson & Brake 2018, p. 22.

³⁰ Leckey 2018, p. 121-122. Hij verwijst hiervoor o.a. naar Eichner 2007, p. 433.

³¹ Leckey 2018, p. 122.

beslechtingsfunctie en een normatieve functie.³² Reguleren komt overeen met doelen die onderscheiden zijn in de Angelsaksische literatuur; het gaat er daarbij om dat ook specifiek verdisconteerd wordt dat het om partners in een affectieve relatie gaat, die zich in een aantal opzichten qua rechtsverhouding onderscheiden van meer economisch gerichte rechtsverhoudingen. Het beperken van conflicten is een ander belangrijk doel, dat in het verlengde ligt van de andere doelen: door te reguleren en te beschermen doen zich naar verwachting minder snel conflicten voor; de regels en condities voor de relatie zijn helder. Voor de conflicten die zich voordoen, zijn er regels en procedures op maat en de rechten die zijn toegekend, zijn afdwingbaar. In het voorgaande ligt besloten dat hiermee de relatiestabiliteit bevorderd kan worden; binnen het denken van de Nederlandse wetgever speelt dat echter op zichzelf geen rol. De beschermende functie ziet op het verdelen van verantwoordelijkheden en spreiden van risico's tussen partners onderling, en tussen de partners en de staat. Door rekening te houden met het feit dat affectieve relaties een eigen dynamiek met zich mee kunnen brengen waarin werk en zorg niet gelijk verdeeld zijn, worden de economische zwakkere partner en de kinderen beschermd. Hiermee wordt tegelijk een publiek doel gediend: doordat op deze manier de risico's gespreid worden over partners, ontstaat er bijvoorbeeld minder snel armoede. Een vierde functie is een normatieve functie: hierin komen belangrijke ideeën over de inrichting van relaties naar voren. In de Nederlandse context is dat de afgelopen vijftig jaar vooral gelijkheid geweest, van vrouwen en van paren van gelijk geslacht. Er is verder geen debat gevoerd over de functies zoals Schrama die heeft onderscheiden.

4. Op basis van de literatuur geformuleerde doelen

Naar aanleiding van deze eerste verkenning van de doelen van het familierecht in de Angelsaksische discussie en de functies van het relatierecht in de Nederlandse context, geven we onze eigen formulering van de – onderling samenhangende – doelen van het huwelijksrecht als onderdeel van het familierecht.

Het *eerste* doel is het *bieden van een juridische structuur voor legitiem geachte relaties*.³³ Daarbij gaat het om een geordend, samenhangend geheel van sociale rollen en posities of rechten en verplichtingen. Daarmee is het geen contract, maar

³² Schrama 2010, p. 1714 e.v. waar zij drie functies heeft onderscheiden; in later werk is daar nog een vierde functie van normativiteit bijgekomen in navolging van het denken van rechtssocioloog Schwitters 2008, p. 27, zie ook Schrama 2014, p. 14-25.

³³ Eckelaar 2018, p. 56. Eckelaar noemt dit een 'framework'.

een soort arrangement of status, die zekerheid biedt. Via deze structuur wordt een vaste set van rechten, verplichtingen en verantwoordelijkheden toegekend aan partners, ook in relatie tot kinderen.

Het *legitieme (morele) karakter* van de huwelijkse relatie wordt in een liberale en seculiere staat vooral gezocht in vrijheid en wilsovereenstemming bij het aangaan van het huwelijk en in de gelijkheid van huwelijkspartners. Een liberale staat zal geen onvrijwillige of uitbuitende relatie willen erkennen en ondersteunen.³⁴ Kindhuwelijken en polygame huwelijken worden vanwege deze liberale uitgangspunten daarom vaak niet erkend.

Het *tweede* doel van het huwelijksrecht is het geven van een specifieke juridische regeling die rekening houdt met het affectieve en intieme karakter van de relatie, alsook de zorg voor elkaar en eventuele kinderen als uitvloeisel en aspect van die affectieve relatie.³⁵ De individuele autonomie en partijautonomie, die dominant zijn in het vermogensrecht, zijn in het huwelijksrecht ingeperkt ter bescherming van kwetsbaarheid, die samenhangt met het karakter van de huwelijkse relatie als duurzame affectieve zorgrelatie.³⁶ Individuele personen kunnen niet goed overzien wat in een verdere toekomst goed voor hen is en willen dat misschien ook niet, vanwege vertrouwen in de duurzaamheid van de affectieve relatie. Om te voorkomen dat de risico's te eenzijdig bij één van de partijen komen te liggen, die minder goed kan onderhandelen met een eigen onzeker belang voor ogen, zijn er deels dwingende (beschermende) bepalingen die rechtszekerheid bieden.³⁷ Dat komt met name naar voren door de bescherming tegen kwetsbaarheid die ontstaat door het verrichten van niet-economisch gewaardeerde zorg. Compensatie voor deze zorg als eis van rechtvaardigheid is voorzien in bepalingen die de verantwoordelijkheden regelen tijdens en na het huwelijk.

De toedeling van afdwingbare verantwoordelijkheden, zoals voorzien in bovenstaande doelen, impliceert dat er ook een mechanisme moet zijn om deze verantwoordelijkheden te handhaven. Geschilbeslechting maakt daarom deel uit van deze doelen van het huwelijksrecht; dit onderdeel laten wij verder grotendeels buiten beschouwing.

³⁴ Zie Leckey 2018, p. 125.

³⁵ Bix, 2018 p. 271.

³⁶ Leckey 2018, p. 127-128.

³⁷ Bix 2018, p. 260, 269-270.

We identificeren als *derde doel* van het huwelijksrecht de bevordering van publieke belangen die gemoeid zijn bij de ondersteuning van affectieve zorgrelaties.

Het eerste publieke belang ligt in het feit dat (stabiele) affectieve relaties bijdragen aan het welbevinden van de partners in de relatie en hun kinderen, en een goed opvoedingsklimaat voor kinderen binnen die relatie bieden.³⁸

Het tweede publieke belang ligt in de feitelijke en financiële zorg voor elkaar en voor eventuele kinderen. Hiermee hangt samen dat de registratie van de huwelijkse relatie een effectieve manier is om deze zorgverantwoordelijkheden toe te delen.³⁹ Uiteraard kan men de vraag stellen of publieke zorg en private zorg in evenwicht zijn, maar duidelijk is dat de staat een belang heeft bij de zorg voor elkaar binnen het huwelijk; ondersteuning van het huwelijk, maar ook het opleggen van een wederkerige zorgverplichting tussen huwelijkspartners, ontlast de staat.⁴⁰

Andere publieke belangen liggen bijvoorbeeld in de opvoeding van kinderen tot democratische burgers en het bieden van veiligheid binnen intieme relaties en het bevorderen van gelijkheid tussen partners, hetgeen doorwerkt in het gelijkheidsgevoel en dus rechtvaardigheidsgevoel van kinderen.⁴¹ Uiteraard is het de vraag of dit voorbehouden is aan het huwelijk.

De doelen van het huwelijksrecht die worden onderscheiden zijn dus: (1) het bieden van een juridische structuur voor legitiem geachte relaties, die zekerheid geeft en (2) de partijautonomie inperkt ter bescherming van kwetsbaarheid, die samenhangt met het karakter van de relatie als duurzame affectieve zorgrelatie (3) met het oog op het bevorderen van publieke belangen, zoals het bijdragen aan stabiele relaties, een goed opvoedingsklimaat, de ondersteuning van private zorg en andere belangen, zoals gelijkheid tussen partners en veiligheid binnen relaties.

5. Status of functie

De vraag rijst of bovenstaande doelen van het huwelijksrecht als onderdeel van het familierecht niet alleen relevant zijn voor het huwelijk dat een formeel juridische status heeft, maar ook voor andere relaties. Ook andere relaties tussen volwassenen kunnen namelijk legitiem zijn, dezelfde kenmerken hebben en

³⁸ Smits 2016, 5.2.1.

³⁹ Smits 2016, 5.2.1.

⁴⁰ Zie ook Diduck 2011, p. 290-291.

⁴¹ McClain 2006, p. 107.

dezelfde publieke belangen dienen. In dit verband is de discussie over familierechtelijke regulering op grond van de vorm of status enerzijds en de functies van de relatie anderzijds interessant. Deze discussie illustreert dat de selectie van de overheid welke relaties via het familierecht geordend en beschermd worden niet meer vanzelfsprekend is. Anders gezegd: de exclusieve standaardisering van het huwelijk (en in Nederland ook het geregistreerd partnerschap) staat ter discussie, omdat maatschappelijk gezien een steeds groeiende groep mensen in een andere – informele – vorm van een partnerrelatie functioneert als langdurige zorgrelatie. Dat is relevant voor de regulering van ongehuwd samenleven en informeel gehuwden en uiteindelijk ook voor het huwelijk zelf.

De discussie over ‘status’ of ‘functie’ thematiseert ook de wijze van regulering: zouden informele relaties op dezelfde of vergelijkbare wijze als het huwelijk geregeld moeten worden (omdat ze dezelfde functies vervullen) en zou dat binnen het familierecht moeten (vanwege de kenmerken van de relatie) of zou er juist een verschil moeten blijven (vanwege de status van het huwelijk) of zou die bijzondere status van het huwelijk juist moeten verdwijnen en/of moeten we een regulering voor alle relaties geheel opnieuw doordenken? De vraag is in welke variant de problemen van ongehuwd samenwonende en informeel gehuwden het beste worden opgelost. Om die vraag te beantwoorden is het van belang te kijken naar de regeling en gevolgen van ongehuwd samenwonen en informele huwelijken in het Nederlandse recht.

6. Conclusie

Vanuit rechtstheoretisch perspectief komt uit dit deel naar voren dat er vooral in de V.S. en Groot-Brittannië een debat gevoerd is over de grondslagen van het huwelijksrecht. Daaruit blijkt dat er verschillende visies zijn, die naast elkaar bestaan. Waarschijnlijk hangt dit samen met de verschillende perspectieven op het huwelijk: liberaal-seculier, perfectionistisch-christelijk, met een accent op gelijkheid en autonomie versus bescherming voor zorg en afhankelijkheid, met hiermee samenhangende wijzen van regulering, via het algemene vermogensrecht of het speciale relatierecht. Toch gaat het om dezelfde soort vragen: welke kenmerken moeten relaties tussen volwassenen hebben om ondersteuning te krijgen van de staat, hoe kunnen die relaties dan het beste geregeld worden (via het vermogensrecht of het relatie- c.q. familierecht) en heeft de staat hierbij belangen en zo, ja welke? Het duidelijkste verschil tussen de visies is wat ons

betreft welk publiek belang er is bij het huwelijk en of dat inherent is aan het huwelijk. Anders gezegd: gaat het wel om status of is functie belangrijker?

In Nederland wordt er over de doelen van het relatierecht weinig debat gevoerd en alleen daarom al is het nuttig om een blik op de Angelsaksische literatuur te werpen. De functies van het relatierecht zijn in de Nederlandse doctrine deels anders verwoord en meer op rechtssociologie dan op rechtstheorie gebaseerd. Dat leidt tot een aantal verschillen, maar in de kern komt het er in beide visies op neer dat het relatierecht selecteert en ordent, door toegang te bieden en door regels over de inhoud van die relatie te geven alsook dat erdoor op individueel niveau belangen van partners en kinderen te behartigen, publieke belangen gediend kunnen worden. In Nederland is gelijkheid als normatief uitgangspunt voor de wetgever belangrijker, met name in het kader van de gelijkheid van paren van gelijk geslacht, net als autonomie (bijvoorbeeld het liberale echtscheidingsrecht) dan blijkt uit de literatuur uit de V.S. en Groot-Brittannië; het publieke belang bij relatiestabiliteit of het hooghouden van het op voortplanting gerichte huwelijk, dat in de V.S. sterker naar voren komt, staat hier haaks op.

Hierna wordt onderzocht of de onderscheiden doelen van het huwelijks- en relatierecht die in dit deel naar voren zijn gekomen, in het thans geldende Nederlandse relatierecht tot uitdrukking komen, waar doelen niet gerealiseerd worden en of dat problematisch is. Aan de hand van die resultaten wordt gereflecteerd op de vraag hoe het relatierecht zich in de toekomst zou kunnen ontwikkelen.

DEEL II HET NEDERLANDSE RELATIERECHT

1. Inleiding

Uit het voorgaande volgt dat er verschillend gedacht wordt over de functies van het huwelijks- en relatierecht, maar dat er een gemeenschappelijke kern te onderscheiden is. Het gaat om het op, gelet op de verdeling van zorg en arbeid, rechtvaardige wijze regelen en ordenen van legitieme geoordeelde relaties, die vanwege hun karakter van affectieve zorgrelatie private en publieke belangen dienen. De vraag is hoe het huidige Nederlandse relatierecht dit regelt en wat ervan terecht komt.

De opzet van dit deel is als volgt. Per relatietype – formele relaties, ongehuwd samenleven, informele huwelijken – wordt eerst ingegaan op de juridische regeling, voor zover die er is. Daarna wordt bezien of de doelen van het relatierecht herkenbaar zijn in de regeling en gerealiseerd worden in de werkelijkheid.

We beginnen met de juridische structuur. Daarin behandelen we allereerst het vraagstuk: op welke wijze wordt de toegang tot legitiem geachte relaties geregeld? Dat heeft betrekking op zowel de vraag wie toegang hebben tot de geregelde relatie, welke procedure gevolgd moet worden, als op de uitgang.

Vervolgens komt aan bod op welke wijzen voor ieder van deze drie relatietypen inhoud wordt gegeven aan die relatie (dus wat zijn de gevolgen en hoe wordt er in concreto beschermd?). Uit de rechtstheoretische literatuur volgt dat het familierecht als functie heeft rechtvaardige regels te geven over de inhoud van de relatie, rekening houdend met de affectieve en duurzame aard van de relatie, die het kwetsbaar kan maken. Het gaat bij deze functie dus ook om het toekennen en verdelen van verantwoordelijkheden voor financiën en zorg, ook in verhouding tot de staat. De vraag rijst dus op welke wijzen het Nederlandse relatierecht dit regelt. Voor de beantwoording van de vraag hoe dit gebeurt is het onderscheid tussen primair en secundair relatierecht relevant. Het primaire relatierecht creëert relatievormen. In Boek 1 BW zijn de regels over het huwelijk en geregistreerd partnerschap regels van primair relatierecht. In dat primaire relatierecht zijn niet alleen de toegang en uitgang bepaald, maar ook welke gevolgen het aangaan van een huwelijk heeft in verhouding tot elkaar en kinderen. Dit is echter niet de enige wijze waarop de staat partnerrelaties ordent en beschermt: ook in het secundaire relatierecht zijn hierover belangrijke regels te vinden.⁴² Het secundaire

⁴² Schrama 2004, p. 124-162.

relatierecht koppelt rechtsgevolgen aan het bestaan van een bepaald type relatie, bijvoorbeeld het huwelijk, in andere rechtsgebieden. Om een voorbeeld te geven: de regel dat mishandeling van de echtgenoot een strafverzwarringsgrond is, is een regel van secundair relatierecht (art. 304 Sr). In deze regel wordt aangeknoopt bij het primaire relatierecht (huwelijk) en wordt de relatie tussen echtgenoten beschermd. Zo zijn er veel regels in andere rechtsgebieden waarin het bestaan van een bepaald type relatie relevant is. Dat kan gunstig zijn voor de betrokkenen, of niet doordat een regel juist niet of wel geldt vanwege de relatiestatus. Waar het om gaat is dat affectieve relaties rechtsgevolgen hebben, waarmee de staat verantwoordelijkheden vastlegt en aparte regels geeft voor bepaalde typen affectieve relaties.

2. Formele relaties: huwelijk en geregistreerd partnerschap

2.1 Toegang en uitgang

Een van de functies van het huwelijksrecht die in de literatuur wordt onderscheiden is het creëren van een status. Het gaat dus om de vraag wie toegang heeft tot de juridische structuur voor legitiem geachte relaties, die zekerheid en bescherming geeft. Met die status onderscheidt de staat bepaalde relaties van anderen die wel en niet ondersteuning van die staat krijgen. Uit die status vloeit een pakket rechten en plichten voort dat door het hele recht heen aan die relatie wordt verbonden.

Hoe is in het Nederlandse recht de toegang tot de speciale status van formele relaties geregeld? Daarop geven de dwingendrechtelijke regels van Boek 1 BW een antwoord, die geen ruimte laten voor afwijking door partijautonomie. In Boek 1 BW worden voorwaarden gesteld aan degenen die gaan trouwen (huwelijksbeletselen).⁴³ Er geldt een vaste procedure voor de huwelijksvoltrekking en de registratie van het huwelijk, waarbij de staat betrokken is (ambtenaar van de burgerlijke stand, overheidsregistratie). Van belang is hierbij art. 1:68 BW op grond waarvan eerst het burgerlijk huwelijk voltrokken moet zijn, alvorens een religieus huwelijk mag worden aangegaan. Rechtszekerheid is op dit terrein van groot belang, ook omdat formele relaties in veel rechtsverhoudingen verstrekkende gevolgen hebben (kinderen, vermogen, richting de overheid en derden). Het aangaan van het huwelijk is door de wetgever beperkt tot legitiem bestempelde relaties. Dat zijn relaties van ten hoogste twee meerderjarige

⁴³ Zie Antokolskaia 2018, p. 129-144.

personen,⁴⁴ die niet te nauw verwant mogen zijn.⁴⁵ Beide aanstaande echtgenoten moeten instemmen met het aangaan van het huwelijk en dienen wilsbekwaam te zijn.⁴⁶ In dit opzicht kunnen zich problemen voordoen met betrekking tot het aangaan van het huwelijk, die worden besproken in § 3.3.1. Op het vlak van de toegang tot het huwelijk hebben zich de afgelopen 20 jaar grote ontwikkelingen voorgedaan: in de eerste plaats is – omwille van de gelijke behandeling van paren van gelijk geslacht – een tweede formele relatie geïntroduceerd (geregistreerd partnerschap), en in de tweede plaats is het huwelijk in 2001 opengesteld voor paren van gelijk geslacht. Doorgaans geldt er bij het aangaan van een huwelijk geen vereiste gericht op duurzaamheid of stabiliteit. De wetgever veronderstelt dat daarvan sprake is. Wel is de duurzaamheid een rol gaan spelen met de invoering van wetgeving gericht op het voorkomen van schijnhuwelijken. Voor een beperkte categorie huwelijken waar een verblijfsrechtelijk aspect speelt, is duurzaamheid indirect relevant geworden is; niet zozeer vanwege het streven de duurzaamheid te bevorderen, maar veeleer om toegang tot Nederland door het aangaan van een schijnhuwelijk te voorkomen.⁴⁷

In nauwe samenhang hiermee geldt dat de uitgang uit het huwelijk strikt gereguleerd is. Hier speelt wederom de rechtszekerheid – wie hebben een formele relatie en wie niet? – een belangrijke rol. Daarnaast zijn aan de status van *voormalige* partners ook rechten en plichten verbonden; dus ook in dat kader is een duidelijk einde aan de relatie relevant. De overgang van gehuwd naar gescheiden verloopt volgens dwingende wetgeving uit Boek 1 BW via een voorgeschreven pad waarbij aan voorwaarden en aan procedures voldaan moet zijn. Echtscheiding verloopt altijd via de rechter en aangevoerd moet worden dat het huwelijk duurzaam ontwricht is.⁴⁸ Een verzoek kan eenzijdig of gezamenlijk zijn. Het verzoek wordt doorgaans toegewezen en of het huwelijk duurzaam ontwricht is, wordt niet inhoudelijk door de rechter getoetst. Ook moet er bij gezinnen met kinderen doorgaans een ouderschapsplan opgesteld worden, waarin over een aantal onderwerpen gerelateerd aan de zorg en financiën met betrekking

⁴⁴ Dit staat in verband met de historische ontwikkelingen waarbij een grote rol speelt dat er voor de medische technieken altijd een man en een vrouw nodig waren om kinderen te krijgen (het voortbestaan van de soort).

⁴⁵ Partner- en familierelaties worden van oudsher strikt gescheiden. Het Burgerlijk Wetboek regelt dit in artikel 1:41 en 41a BW. In artikel 1:41a BW wordt voor de toegang tot het huwelijk van familieleden in de derde of vierde graad een beëdigde verklaring van vrije toestemming als voorwaarde gesteld.

⁴⁶ Antokolskaia 2018, p. 129-144.

⁴⁷ Artikel 1:44 lid 1 onder i BW dat vereist dat deze groep aanstaande echtgenoten verklaren dat het huwelijk niet wordt aangegaan om een verblijfstitel in Nederland te verkrijgen.

⁴⁸ Antokolskaia 2018, p. 197-210.

tot de kinderen verplicht afspraken gemaakt moeten zijn. Opvallend is, vergeleken met het feit dat het aangaan wederzijdse instemming vereist, dat de beëindiging van het huwelijk op verzoek van slechts één van de partners gerealiseerd kan worden. Daaraan ligt het in de vorige eeuw ontwikkelde typische Nederlandse liberale echtscheidingsidee ten grondslag dat niemand tegen zijn wil getrouwd moet blijven.⁴⁹ Individuele vrijheid staat daarmee voorop.

De toegang en het einde van formele relaties zijn dus strikt gereguleerd. Dit brengt met zich mee dat alle andere paren die dit traject niet doorlopen hebben, niet binnen de ordenende en beschermende structuur van Boek 1 BW vallen. Niet relevant is of andere relaties qua functie feitelijk gezien vergelijkbaar zijn aan de formele relaties; relevant is slechts of de partners de keuze voor een formele relatievorm gemaakt hebben. Evenmin van belang is of partners binnen informele relaties voor een andere wijze van formalisering gekozen hebben, zoals het aangaan van een notarieel samenlevingscontract of een religieus huwelijk. Deze feiten zijn rechtens irrelevant voor de toegang tot de te ordenen en beschermen groep relaties.

2.2 Beschermende ordening en publieke belangen

De tweede functie van het relatierecht is het beschermen tegen kwetsbaarheid, die samenhangt met het karakter van de relatie als duurzame affectieve zorgrelatie, door het inperken van de partijautonomie. Daarvan is sprake bij het huwelijksrecht. Door de huwelijksluiting treden bepaalde rechtsgevolgen in, ongeacht de vraag of partijen dat willen.⁵⁰ Zo zijn de verplichtingen uit titel 1.6 BW over ‘rechten en plichten van echtgenoten’ grotendeels van dwingend recht. Echtgenoten kunnen bijvoorbeeld niet overeenkomen dat ze elkaar geen getrouwheid verschuldigd zijn of dat er geen wederzijdse zorgplicht geldt (art. 1:81 BW). Ook de toestemmingsvereisten uit art. 1:88 en art. 1:89 BW voor handelingen die de echtelijke woning of de financiële zekerheid van het gezin kunnen aantasten, zijn niet weg te contracteren. Art. 1:84 BW legt de draagplicht vast voor de kosten van de huishouding, een typische regel die niet alleen beschermt maar ook ordent, omdat erin wordt vastgelegd hoe deze kosten gedragen moeten worden. Dat zou zonder die regel niet helder zijn. Bovendien geldt een draagplicht naar rato van inkomsten en vermogen, en wordt dus rekening gehouden met verschillen tussen de twee echtgenoten qua betaald en onbetaald werk. De wetgever heeft derhalve met het huwelijk een relatiemodel met een

⁴⁹ Antokolskaia 2018, p. 197-210.

⁵⁰ Breederveld 2018, p. 147-195.

voorgevormde inhoud gecreëerd. Als het ware wordt de concrete wil van echtgenoten op een aantal punten ondergeschikt gemaakt aan dit door de wetgever bedachte huwelijksmodel. Het huwelijk is in die zin dus een instituut dat los staat van de partijbedoeling van echtgenoten. Door te trouwen ontstaat van rechtswege, dus onafhankelijk van de wil van de echtgenoten, een gemeenschap van goederen, die financiële lotsverbondenheid creëert voor al hetgeen tijdens het huwelijk aan inkomsten en vermogen binnenkomt. Vermogen dat een echtgenoot tijdens het huwelijk via een erfenis of schenking verkrijgt, blijft buiten de gemeenschap. Echtgenoten dragen schulden die tijdens het huwelijk ontstaan gemeenschappelijk, tenzij het een privéschuld is. Echtgenoten kunnen door huwelijksvoorwaarden te maken – waarin wederom het belang van de rechtszekerheid tot uitdrukking komt – voor een andere vermogensrechtelijke regeling kiezen. In vermogensrechtelijk en financieel opzicht hebben echtgenoten de nodige vrijheid om zelf keuzes te maken.

Niet alleen in de verhouding tussen echtgenoten onderling is de huwelijksstatus van groot belang. Van oudsher speelt het huwelijk in het Nederlandse recht een cruciale rol voor de status van kinderen.⁵¹ Daarbij kunnen twee aspecten worden onderscheiden: wie de juridische ouders van een kind zijn en wie het gezag hebben. Binnen huwelijk geboren kinderen hebben beide echtgenoten als juridische ouders die ook gezamenlijk het gezag over de kinderen uitoefenen. Van oudsher bestonden er grote verschillen in de rechtspositie van gehuwde ouders tot hun kinderen en die van ongehuwde families. In de afgelopen vier decennia is hierin veel verandering gekomen, maar ook nu nog maakt de relatievorm van de ouders uit voor de rechtspositie van de kinderen.

De belangrijkste gevolgen van de door de wetgever opgelegde financiële lotsverbondenheid en solidariteit treden op bij echtscheiding. De gemeenschap van goederen wordt ontbonden en moet worden verdeeld en mogelijk moet er financieel worden afgerekend over betalingen en vermogensverschuivingen tijdens het huwelijk. De solidariteit komt met name tot uitdrukking in de regel dat iedere echtgenoot gerechtigd is tot de helft van de gemeenschap, ongeacht de vraag wie welke bijdrage heeft geleverd en ongeacht de vraag of die inbreng in geld of zorg was.⁵² Dit geldt ook als echtgenoten een zeer scheve inbreng in de gemeenschap hebben gehad en ook als sprake is van bijzondere omstandigheden. Niet alleen op vermogensrechtelijk terrein heeft een formele relatievorm standaard een grote invloed, maar ook inkomensrechtelijk. Het gaat dan om

⁵¹ Schrama 2018a, p. 227-255.

⁵² Artikel 1:100 BW.

partneralimentatie na echtscheiding. Boek 1 BW kent behoeftige echtgenoten een recht op partneralimentatie ten laste van de financieel draagkrachtige echtgenoot toe. De maximale duur daarvan was voorheen in beginsel 12 jaar. Voor huwelijken die na 1 januari 2020 op de klippen lopen geeft de nieuwe wet een veel kortere termijn: de helft van de duur van het huwelijk met een maximum van vijf jaar.⁵³ Daarop bestaan uitzonderingen, waarin rekening wordt gehouden met de taakverdeling, leeftijd en lange huwelijksduur.

Pensioen is een belangrijk onderdeel van het financiële plaatje. Echtgenoten delen in beginsel het pensioen dat door hen beiden of een van hen tijdens het huwelijk is opgebouwd. Dit is geregeld in een speciale wet, de Wet verevening pensioenrechten na scheiding. Echtgenoten kunnen voor een andere regeling kiezen, maar hier wordt in de praktijk niet veel gebruik van gemaakt.

Het voorgaande betekent dat de wetgever als standaardpakket voor echtgenoten uitgaat van een vergaande mate van verbondenheid in financieel opzicht. Het beschermingsbeginsel, en daarmee het tweede doel van het relatierecht, speelt hierbij een belangrijke rol, waarbij de economisch zwakkere echtgenoot en de kinderen beschermd worden tegen financiële risico's.

Daarmee komt het derde doel aan bod: het relatierecht dient om publieke belangen te behartigen die gelegen zijn in die relaties. Het gaat om uiteenlopende belangen zoals het bevorderen van stabiele relaties, een goed opvoedingsklimaat voor kinderen, de ondersteuning van private zorg en andere belangen zoals gelijkheid tussen partners en veiligheid binnen relaties. Beoogd wordt met het huwelijksrecht om die belangen te realiseren door de speciale ordenende structuur die het huwelijk biedt. Dat geldt voor het BW, maar ook daarbuiten. De bijzondere status van het huwelijk blijkt namelijk ook uit de behandeling die echtgenoten in andere rechtsgebieden ten deel valt: als fiscale partners in het belastingrecht, binnen het straf(proces)recht, het socialezekerheidsrecht, erfrecht, huurrecht, nationaliteits- en verblijfsrecht. De gevolgen zijn doorgaans positief voor beide echtgenoten, maar niet altijd (bijvoorbeeld in het socialezekerheidsrecht). Het gaat hier dus om secundair relatierecht, waarbij wordt aangeknoopt bij het bestaan van het huwelijk in het primaire relatierecht. In deze regels in andere rechtsgebieden zijn vergaande gevolgen verbonden aan het getrouwd zijn, het gaat ook hier om een set rechten en plichten waar echtgenoten niet in kunnen 'shoppen'; ongeacht hun wil treden deze rechtsgevolgen in. Daarmee heeft de staat blijk van een visie op het huwelijk die uitstijgt boven het privaatrecht, maar

⁵³ Artikel 1:157 lid 1 BW nieuw.

als een relatievorm waarmee ook in andere rechtsgebieden rekening gehouden wordt. Ook daarmee beschermt de staat echtgenoten en bepaalt hij verantwoordelijkheden in de verhouding tussen partners onderling, maar ook naar derden (waaronder de staat zelf).

2.3 Doelen en inhoud gekoppeld

Het voorgaande koppelend aan de doelen die in de literatuur onderscheiden zijn, is de conclusie helder dat formele relaties inderdaad een speciale status hebben, niet alleen door de toegang en uitgang, maar ook door de gevormde inhoud van die relatie. De toegang en uitgang van het huwelijk zijn strikt gereguleerd en gebaseerd op de vrije keuze van twee volwassenen die niet te nauwe familie zijn. De wetgeving laat verder een heldere kleurplaat zien van de inhoud van het huwelijk. Hiermee is het eerste doel van het relatierecht duidelijk herkenbaar: het geven van een juridische structuur voor legitiem geachte relaties. Met de wetgeving wordt duidelijk welke regels gelden (die anders tot onduidelijkheden zouden leiden) en wordt dus ook op veel punten geordend.

Binnen die structuur kunnen echtgenoten zelf een aantal belangrijke keuzes maken waar het gaat om vermogen en inkomen, tijdens en na scheiding (huwelijksvermogensrecht, pensioen, alimentatie). In het secundaire relatierecht is doorgaans geen keuze mogelijk: de rechtsgevolgen treden in, ongeacht de wil van de echtgenoten. Die kleurplaat geeft een pakket rechten en plichten tussen de echtgenoten onderling waarmee verantwoordelijkheden worden afgebakend, zowel onderling als in relatie tot kinderen, de staat en derden. Bij de regeling in Boek 1 BW en in het secundaire relatierecht speelt het feit dat het om een rechtsverhouding tussen partners in een affectieve relatie gaat waarbij economische transacties plaatsvinden, een cruciale rol. Van echtgenoten wordt, anders dan in het algemene vermogensrecht, niet verwacht dat zij puur primair naar hun individuele economisch belang kijken, maar geldt een gezamenlijk economisch en emotioneel belang. Essentieel is daarbij dat het huwelijk gekoppeld is aan het krijgen van kinderen en daarmee aan de optie dat werk en zorg verschillend verdeeld worden. Dat leidt potentieel tot economische kwetsbaarheid, waar de uiteenlopende regels uit het huwelijksrecht een voorziening voor geven: solidariteit is het uitgangspunt voor de gemeenschap van goederen, de financiële zorgplicht tijdens en na de relatie (alimentatie) en pensioen. Hiermee wordt het tweede doel vormgegeven: het beschermen van kwetsbaarheid die voortvloeit uit de aard van de affectieve, duurzame zorgrelatie. Daarmee worden eveneens publieke belangen gediend (het derde doel) zoals de

afbakening van private en publieke verantwoordelijkheden tussen echtgenoten onderling, en daarmee ook richting de staat.

2.4 Doelen en werkelijkheid gekoppeld

De vraag in hoeverre het huwelijksrecht er ook daadwerkelijk in slaagt deze doelen te bereiken, is een vraag naar de effectiviteit van het relatierecht. Verrassend is dat er bijzonder weinig informatie beschikbaar is op dit punt; tegelijkertijd is dit wel begrijpelijk, omdat het lastig is om te meten wat de gevolgen van wetgeving überhaupt zijn, laat staan in een ingewikkelde context van langdurende relaties waarin veel vermogensverschuivingen plaatsvinden. Er zijn hooguit indicaties voor de effectiviteit.

Een eerste aanwijzing daarvoor is het percentage echtscheidingen; niet alleen omdat het bevorderen van stabiliteit van relaties als doel gezien kan worden van het relatierecht, maar ook omdat als het tot een echtscheiding komt, het aankomt op de bescherming van het relatierecht. Het echtscheidingscijfer ligt vanaf 1995 tot nu tussen de 30 en 40%;⁵⁴ dat betekent dat nog steeds het grootste deel van de huwelijken eindigt door het overlijden van een van de echtgenoten. Per jaar gaan zo'n 30.000 gehuwde paren uit elkaar, waarvan er bij een kleine 17.000 echtscheidingen minderjarige kinderen betrokken zijn.⁵⁵

In de tweede plaats zijn er recente gegevens beschikbaar over veranderingen in inkomen na echtscheiding. Het gaat daarbij dus om het formele relatierecht, dat tot doel heeft op basis van solidariteit de partners tegen scheve taakverdelingen te beschermen en te compenseren voor zorg. Hier komt geen rooskleurig beeld uit naar voren waar het gaat om inkomen na echtscheiding. Vrouwen gaan er na de echtscheiding in koopkracht doorgaans sterk (21%) op achteruit (inclusief partner- en kinderalimentatie), terwijl mannen er doorgaans weinig (3%) op achteruit gaan (cijfers gepubliceerd in 2017 over de periode 2012-2014).⁵⁶ Uit cijfers gepubliceerd in 2019 blijkt dat ouderschap een van de oorzaken is voor inkomensverschillen tussen mannen en vrouwen. Hier lijken, aldus het CPB, voorkeuren en gevestigde rolpatronen voor vrouwen en mannen een belangrijke

⁵⁴ CBS Statline, Huwelijksontbindingen; door echtscheiding en door overlijden, <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/37425ned/table?fromstatweb> geraadpleegd op 21 juli 2020.

⁵⁵ CBS Statline, <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/60060ned/table?fromstatweb>.

⁵⁶ Van Brakel & Arts 2017. Van de mannen kwam na scheiding 2% in de bijstand terecht en 9% onder de armoedegrens waar dit voor vrouwen 5% respectievelijk 22% bedroeg (cijfers uit 2014).

rol te spelen. In Nederland is de relatieve *child penalty*, het verlies in inkomen van vrouwen ten opzichte van mannen,⁵⁷ 8 jaar na de geboorte van het eerste kind gemiddeld 39%. De daling van het inkomen wordt vooral gedreven door een daling in het gewerkte aantal uren. Het gemiddelde inkomen van moeders daalt sterk na de geboorte van het eerste kind, terwijl dat voor vaders niet zo is. Het verschil in de *child penalty* van moeders en vaders wordt niet kleiner naarmate de kinderen ouder worden en is lager voor hoogopgeleiden dan voor laagopgeleiden (30% tegenover 52%).⁵⁸

Onduidelijk is welke rol partneralimentatie in de praktijk speelt. De beschikbare cijfers van het CBS over de frequentie van partneralimentatie bij echtscheidingen lijken een vertekend beeld te geven. Dat komt waarschijnlijk doordat de wijze waarop de gegevens geselecteerd zijn (namelijk alleen die rechtszaken waarin de rechter een beslissing heeft gegeven) niet het hele plaatje laat zien.⁵⁹ Dit betekent in ieder geval dat er zonder inkomensoverdracht door kinder- en partneralimentatie nog een groter verschil zou zijn; maar hoe groot de beschermende werking van de wetgeving is, blijft onduidelijk.

Een andere snipper informatie heeft betrekking op pensioenen na scheiding: uit de evaluatie van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding komt naar voren dat er nog steeds grote verschillen in pensioenopbouw tussen mannen en vrouwen bestaan, waarvoor compensatie op zijn plaats is. In 2014 had 62% van de vrouwen met een AOW-uitkering een aanvullend ouderdomspensioen tegenover 93% van de mannen. In 2014 ontvingen vrouwen gemiddeld € 8.700 bruto aanvullend pensioen per jaar, terwijl mannen gemiddeld het dubbele ontvingen.⁶⁰ De kennis over wat er rondom scheiding nodig is met betrekking tot

⁵⁷ ‘De *child penalty* is het effect van de komst van kinderen op het inkomen van moeders en vaders, ten opzichte van het inkomen dat ze naar verwachting zouden hebben gehad als ze geen kinderen hadden gekregen. De *child penalty* is gedefinieerd als het verlies in inkomen vanaf de geboorte van het eerste kind, dus inclusief het eventuele effect van kinderen die na het eerste kind geboren worden’, zie Adema e.a. 2019, www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/cpb-notitie-economische-zelfstandigheid-vrouwen_fin2.pdf, laatst geraadpleegd 23 november 2019, p. 15.

⁵⁸ Adema e.a., 2019, p. 16 www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/cpb-notitie-economische-zelfstandigheid-vrouwen_fin2.pdf, laatst geraadpleegd 23 november 2019.

⁵⁹ CBS Statline: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/80735NED/table?ts=1556449951624>.

⁶⁰ Vrouwen bouwen minder pensioen op dan mannen Evaluatie Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Ministerie van Justitie en Veiligheid, 2018, p. 6, te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2018/03/09/aanbiedingsbrief-evaluatie-pensioenverevening/TK+AV+25158+Evaluatie+Wet+verevening+pensioenrechten+bij+scheiding_def+def+%282%29.pdf.

pensioenrechten die tijdens het huwelijk zijn opgebouwd, laat te wensen over.⁶¹ De betrokken ministers hebben een wetsvoorstel ingediend om een aantal maatregelen in te voeren om de ongelijke verdeling recht te trekken en de positie van vrouwen te versterken, een wetsvoorstel met die strekking ligt in de Tweede Kamer en is van kritisch commentaar voorzien door de Raad van State.⁶²

Tot slot is uit het al wat oudere onderzoek Koude Uitsluiting bekend dat er van de echtgenoten die op basis van autonomie (huwelijkse voorwaarden) gekozen hebben voor het strikt gescheiden houden van vermogens, naar schatting 1.500 vrouwen met kinderen zijn die onder de lage inkomensgrens uitkomen na echtscheiding; nog daargelaten de groep vrouwen die met een zeer onbillijke vermogensafwikkeling te maken krijgen.⁶³

In de kern ligt aan de noodzaak van de beschermende functie ten grondslag dat er belangrijke verschillen tussen mannen en vrouwen zijn qua arbeidsparticipatie en het verlenen van zorg. Uit de Emancipatiemonitor 2016 komt naar voren dat sprake is van een trend dat de verdeling van deze taken niet meer zo uiteenloopt als 20 jaar geleden, maar dat er in dit opzicht toch nog steeds veel verschil is. Voor degenen die werken, zijn de verschillen in arbeidsuren per week groot voor moeders (gemiddeld 24-26 uur) en vaders (gemiddeld 40 uur).⁶⁴ Uit de Emancipatiemonitor 2018 blijkt dat voor mannen in 2017 een gemiddelde werkweek uit 39 uur bestond, en vrouwen 28 uur.⁶⁵ De zorg voor kinderen en huishouden komt nog steeds veel vaker bij moeders terecht. Slechts één op de acht ouders met minderjarige kinderen heeft naar eigen zeggen werk en zorg gelijk verdeeld. Veel vaker dan gewenst werkt de vader het meest buitenshuis en neemt de moeder het grootste deel van de zorg voor haar rekening. Van de ouders die een gelijke verdeling van werk en zorg nastreven, heeft maar 20% dat verwezenlijkt.⁶⁶ Ook

⁶¹ 36% van de gescheiden vrouwen is niet op de hoogte van het feit dat er voor pensioen dingen geregeld moeten worden. Daardoor moet de pensioengerechtigde soms jaren na de scheiding het pensioen zelf bij de ex-partner zien te innen. Er doen zich op dit punt grote verschillen voor tussen hoog- en laagopgeleiden. Stichting Pensioenregister en Motivaction, 2017, Doelgroepenonderzoek, Gescheiden vrouwen, te raadplegen via www.pensioenregister.nl/rapportage-gescheiden-vrouwen-motivaction-def.pdf.

⁶² *Kamerstukken II*, 2018/19, 35287, nr. 2-4; Wetsvoorstel pensioenverdeling bij scheiding 2021. Zie ook *Kamerstukken II*, 2017/18, 32043 nr. 393 (Evaluatie Wet verevening pensioenrechten bij scheiding).

⁶³ Antokolskaia e.a. 2011, p. 81-85.

⁶⁴ Portegijs e.a. 2016, p. 70-71.

⁶⁵ Van Thor, Portegijs & Hermans 2018, p. 29.

⁶⁶ Portegijs, Alejandro Perez & van den Brakel 2018, p. 56.

nemen moeders twee keer zo vaak ouderschapsverlof op dan vaders. Verder verlenen vrouwen meer zorg aan naasten dan mannen.⁶⁷

Op basis van deze informatie zijn er belangrijke aanwijzingen dat, gelet op de nog altijd scheve verdeling van arbeid en zorg tussen partners, met name als er kinderen zijn, er behoefte is aan een goede bescherming tegen de risico's die dat met zich meebrengt. Dat lijkt politiek doorgedrongen te zijn voor het pensioen, maar staat haaks op de sterke verkorting van de partneralimentatieduur en het inperken van de gemeenschap van goederen.⁶⁸ De cijfers over de inkomenspositie tussen mannen en vrouwen na echtscheiding lijken in te houden dat de bescherming niet optimaal is, maar dat er zonder herverdeling van inkomen na scheiding nog grotere verschillen zouden bestaan.⁶⁹

Al met al blijkt uit de grote verschillen tussen mannen en vrouwen na echtscheiding dat vooral het tweede en derde doel van het familierecht (bescherming van kwetsbaarheid en het publieke belang van gelijkheid van partners) slechts beperkt wordt gehaald, maar welk deel is niet inzichtelijk. Deels ligt dit aan het verschil in arbeidsparticipatie tussen mannen en vrouwen, dat sterk samenhangt met de verdeling van zorg voor kinderen binnen het huwelijk. De specifieke beschermingsregeling voor affectieve en zorgrelaties (doel 2 van het familierecht) werkt kennelijk beperkt als de relatie niet standhoudt, zoals blijkt uit de inkomens- en vermogensverschillen na scheiding. Het publieke belang bij het huwelijksrecht als voorziening in feitelijke en financiële zorg (doel 3) staat wat betreft de financiële zorg na echtscheiding ook onder druk. Hoewel de regeling en ordening door een dwingende wettelijke regeling voor zekerheid zorgt, is de afwenteling van de risico's op de huwelijkspartner die minder heeft gewerkt en meer heeft gezorgd niet direct rechtvaardig te noemen. Het familierecht dat gebaseerd is op solidariteit lijkt dus in geval van het huwelijk tijdens 'de status' te werken, maar daarna beperkter.

⁶⁷ Alejandro Perez & Portegijs 2018, p. 68.

⁶⁸ Zie Schrama 2016, p. 222-227. Door de beperking van opbouw van vermogen tot de huwelijkse periode wordt vermogen voor het huwelijk opgebouwd tijdens het ongehuwd samenleven, niet gedeeld, terwijl kinderen vaak al voor het huwelijk worden geboren.

⁶⁹ Vgl. Antokolskaia e.a. 2011, p. 77.

3. Relaties zonder speciale status

3.1 Drie ontwikkelingen die het relatierecht eroderen

Drie ontwikkelingen van de afgelopen decennia hebben de vraag naar de functie van de relatie of de status scherp naar voren gebracht: 1) de roep om gelijke rechten voor paren van gelijk geslacht, dus een vraag naar de toegang tot de status voor degenen die daarvan uitgesloten waren; 2) de sterke opkomst van ongehuwd samenleven; 3) informele huwelijken gesloten door burgers die door migratie in Nederland zijn gaan wonen (of hun ouders) afkomstig uit landen waarin informele huwelijken gebruikelijk zijn. Met de introductie van het geregistreerd partnerschap gevolgd door de openstelling van het huwelijk, is het eerste punt inmiddels opgelost: paren van gelijk geslacht hebben toegang gekregen tot de formele status. Het debat is voor deze groep verschoven naar de status van ouderschap; dat blijft hier verder buiten beschouwing.

Voor de twee andere ontwikkelingen is in de eerste plaats belangrijk vast te stellen dat het probleem – anders dan oorspronkelijk voor de paren van gelijk geslacht – niet de totale uitsluiting van de toegang tot de formele relatiestatus betreft: in beginsel kunnen namelijk degenen die ongehuwd samenleven en /of formeel gehuwd zijn, (meestal) wel een huwelijk of geregistreerd partnerschap sluiten. Er kan wel sprake zijn van praktische of tijdelijke belemmeringen, zoals het niet hebben van de benodigde papieren, reeds formeel getrouwd zijn of nog niet meerderjarig zijn. Alleen degenen die te nauw verwant zijn, worden geheel uitgesloten van toegang (zie hierna). Het punt is echter dat een deel van de groep niet kiest voor een formele relatie. Daardoor rijzen vragen, die hierna voor beide groepen afzonderlijk beantwoord worden. De nieuwe vragen en problemen staan in het teken van de functies of doelen van het relatierecht: worden verantwoordelijkheden goed verdeeld, wordt er voldoende beschermend geordend en welke publieke belangen van het relatierecht zijn in het geding?

Daarbij is van belang een beeld te hebben van de aantallen waar het om gaat. Van alle huishoudens van 35-jarigen, is 36% van de mannen en 45% van de vrouwen gehuwd, heeft zo'n 4% van mannen en vrouwen een geregistreerd partnerschap en woont ongeveer 27% van de mannen en vrouwen ongehuwd samen.⁷⁰ In totaal waren er op 1 januari 2019 pakweg 3,2 miljoen formele paren (huwelijken en

⁷⁰ CBS, Twintigers en dertigers trouwen minder, 2-5-2018.

geregistreerd partnerschappen) en 1 miljoen ongehuwd samenlevende paren.⁷¹ Van de formele paren had 49% een of meer thuiswonende kinderen en van de niet-gehuwde paren had 44% tenminste één thuiswonend kind. Dat is wel wat vertekend omdat gehuwde paren gemiddeld een hogere leeftijd hebben dan de niet-gehuwde, waardoor bij een deel de kinderen alweer de deur uit zijn. Inmiddels hebben de meeste eerstgeboren kinderen een moeder die niet gehuwd is met de vader. Voor alle kinderen (eerstgeborenen en kinderen die als tweede of later kind worden geboren) samen is dit gestegen tot 43% in 2018.⁷² Hoeveel informele huwelijken er zijn, is onbekend (hierna).

3.2 Ongehuwd samenleven

3.2.1 Toegang en uitgang

Is er een juridische structuur voor legitieme geachte relaties die een speciale bescherming geeft aan mensen die ongehuwd samenleven? Het antwoord is simpel: er is in Nederland geen specifiek relatierecht voor de groep ongehuwd samenlevers, anders dan in een aantal landen in Europa.⁷³ Er is dus geen primair relatierecht in Boek 1 BW of elders waarin de staat regels geeft voor de toegang en de gevolgen van ongehuwd samenleven. Dat betekent dat zich qua toegang bij het ongehuwd samenleven geen problemen voor doen. Iedereen kan zonder beperkingen samenleven met een of meer anderen, ongeacht nauwe verwantschap, vrije wil en zonder dat er een toegangsprocedure is waarbij de staat een rol speelt. De meeste partners kunnen ook gaan trouwen of een geregistreerd partnerschap aangaan. Met andere woorden: op het punt van de toegang doen zich geen juridische belemmeringen voor. Ook blijken er geen algemene culturele belemmeringen te zijn. Uit een kwalitatief onderzoek naar opvattingen van een beperkte groep mensen over ongehuwd samenwonen en trouwen, komt naar voren dat die opvatting erop neer komt dat iedereen in Nederland vrij is om een eigen keuze te maken over welke relatievorm hij wenst aan te gaan, om welke redenen dan ook.⁷⁴ Normen die voorschrijven dat men voor het huwelijk zou moeten

⁷¹ CBS Statline, Tabel huishoudenssamenstelling, <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/71486ned/table?fromstatweb>, laatst geraadpleegd 23 november 2019.

⁷² CBS Statline, Tabel Geboortes, <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/37744ned/table?ts=1574579777305>, laatst geraadpleegd 23 november 2019.

⁷³ Schrama 2018c, p. 1031-1038; Boele-Woelki, Mol & van Gelder 2016.

⁷⁴ Hiekel & Keizer 2015, p. 311-340.

kiezen, kunnen niet op waardering rekenen.⁷⁵ Waarschijnlijk ligt dit voor bepaalde minderheidsgroepen anders.⁷⁶

Uit het schaarse empirische Nederlandse onderzoek naar de redenen om al dan niet te trouwen of een geregistreerd partnerschap aan te gaan, lijkt te volgen dat emotionele en symbolische redenen van belang zijn bij de keuze voor de ene of andere relatievorm.⁷⁷

Er doet zich qua keuze een verschil voor tussen mannen en vrouwen. Van de totale groep ongehuwde samenlevers noemt slechts een minderheid redenen die zouden kunnen worden begrepen als het willen ontlopen van de wettelijke regeling van het huwelijk ('principeel tegen huwelijk' en 'niet gebonden willen worden'). Bij mannen is dat een kwart, bij vrouwen minder. Dit relativeert het vaak gebruikte keuze-argument dat inhoudt dat er geen voorzieningen getroffen hoeven te worden in de wet, omdat men bewust en gezamenlijk kiest voor ongehuwd samenleven, zodat het niet passend zou zijn in te grijpen. Van een 'bewuste gezamenlijke vrije keuze' is echter doorgaans geen sprake. Voorts is opmerkelijk dat aanzienlijk meer mannen dan vrouwen zich principeel tegen het huwelijk verklaren. Van betekenis is verder nog dat een kwart van alle vrouwelijke respondenten (ook) de onwilligheid van de partner als reden noemt om niet te trouwen. Bij mannen is dit een vijfde. Onder de respondenten van dit onderzoek laat het juridisch kennisniveau over relaties te wensen over. Verder zijn er aanwijzingen dat er in het algemeen geen sprake is van een bewuste keuze om niet te trouwen vanwege de *juridische* gevolgen van het huwelijk.⁷⁸

Ongehuwd samenlevende partners kunnen zonder nadere voorwaarden of procedure uit elkaar gaan. De overheid bemoeit zich hier niet mee. Daarop bestaat één uitzondering. Als ongehuwde partners minderjarige kinderen hebben over wie ze het gezamenlijk gezag uitoefenen, zijn ze verplicht bij het verbreken van de samenleving een ouderschapsplan op te stellen.⁷⁹ Er is echter geen formele scheidingsprocedure waarin de rechter dit plan kan toetsen. Pas als ouders een geschil aan de rechter voorleggen in het kader van de geschillenregeling van art.

⁷⁵ Hiekel & Keizer 2015, p. 311-340.

⁷⁶ Te Riele 2019, p. 10-12; Liefbroer & Rijken 2019, <https://nidi.nl/demos/hoegeloof-onsdenken-over-het-huwelijk-beinvloedt/>.

⁷⁷ Dat geldt in ieder geval voor de keuze tussen het huwelijk en het geregistreerd partnerschap. Boele-Woelki e.a., 2007, p. 210-211.

⁷⁸ Latten 2005, p. 11-45, aldaar p. 26.

⁷⁹ Art. 1:247a BW. Art. 815 Rv. Ook echtgenoten moeten een dergelijk plan opstellen, en bij een verzoek tot echtscheiding dient dit plan ook aan de rechter overgelegd te worden.

1:253a BW, dient het ouderschapsplan aan de rechter overhandigd te worden. De rechter kan een beslissing aanhouden, tot een plan is overgelegd, tenzij het belang van het kind vergt dat sneller besloten wordt, desnoods zonder ouderschapsplan. Een praktisch punt is dat bij een scheiding vaak veel zaken geregeld moeten worden: het gaat om de vermogensrechtelijke afwikkeling en over de kinderen. Voor formele relaties bestaat een helder regime waarbij de rechter in een verzoekschriftprocedure alle zaken in één keer kan behandelen, zowel kindkwesties zoals de zorg- en omgangsregeling, als financiële zaken.⁸⁰ Ongehuwde partners moeten hiervoor naar verschillende rechters in afzonderlijke procedures. Ook is er geen noodvoorzieningenregeling zoals er voor formele relaties wel is (voorlopige voorzieningenprocedure). Dat betekent dat als er acuut een beslissing vereist is, de kortgedingrechter zich moet uitspreken, ook weer in een aparte procedure.

3.2.2 Beschermende ordening en publieke belangen

De tweede vraag is of er voldoende bescherming is voor relaties van ongehuwde samenlevers, en of de risico's voor een scheve verdeling van financiën en zorg goed verdeeld zijn. Daaraan inherent is de vraag of het recht wel voldoende bijdraagt aan de publieke belangen die gemoeid zijn met het relatierecht: worden stabiele relaties bevorderd, wordt private zorg voldoende ondersteund en zijn risico's goed gespreid, mede gelet op het belang van gelijkheid en rechtvaardigheid? Daarbij worden verschillende aspecten onderscheiden: de verhouding tussen ouders en kinderen, de financiële verhouding tussen de partners onderling (vermogensrecht, erfrecht en pensioenrecht) en de verhouding ten opzichte van derden.

Ouders en kinderen

Wat de verhouding tussen ouders en kinderen betreft, bestaan belangrijke verschillen tussen gehuwden en niet-gehuwden. Ongehuwde vaders (of meemoeders) moeten in actie komen om afstamming en gezag te regelen. Er dient een (prenatale) erkenning plaats te vinden om juridisch ouder van het kind te worden⁸¹ en het gezag dient gezamenlijk aangetekend te worden.⁸² Beide routes zijn alleen begaanbaar als de geboortemoeder hiermee instemt. Deze procedures

⁸⁰ Artikel 822 e.v. Rv inzake voorlopige en nevenvoorzieningen.

⁸¹ Artikel 1:204 BW.

⁸² Artikel 1:252 BW.

zijn simpel en laagdrempelig te doorlopen en de meeste ouders regelen dit goed.⁸³ Een deel van de ouders komt er echter pas bij de scheiding achter dat ze het kind of niet erkend hebben en/of geen gezamenlijk gezag geregeld hebben. Daarvoor moet dan alsnog een gang naar de rechter volgen, omdat de moeder in die gevallen doorgaans geen toestemming geeft. Het hoeft geen betoog dat dit geen ideale start is voor de invulling van het gezamenlijke ouderschap na de scheiding. Er zijn wel concrete plannen om bij erkenning automatisch gezamenlijk gezag toe te kennen waarmee de problemen over het gezamenlijk gezag tot het verleden behoren.⁸⁴

Financiële verhouding tussen de partners

Het tweede aspect waarvoor ordening en bescherming van belang zijn, betreft de financiële verhouding tussen de partners. Die bestaat uit drie onderdelen: de interne vermogensrechtelijke verhouding tijdens en na de scheiding, de financiële positie bij overlijden van een van de partners, en bij het bereiken van de pensioenleeftijd. Voor deze drie aspecten is kenmerkend dat er geen primair relatierecht is dat rechten en plichten toekent aan ongehuwd samenwonende partners. Er wordt dus in die zin niet geordend en beschermd, en daarmee worden dus ook niet de publieke belangen gediend die direct gemoeid zijn bij de ondersteuning van affectieve zorgrelaties.

Wat de interne vermogensrechtelijke aspecten van de relatie betreft is er geen standaard wettelijke structuur. Tussen partners die ongehuwd samenleven bestaan tijdens de relatie geen relationele rechten en plichten zoals die in titel 1.6 BW voor echtgenoten gelden, in plaats daarvan is het algemene vermogensrecht uit de Boeken 3-7 BW van toepassing. Op een groot aantal punten bestaat onduidelijkheid over de vraag hoe juridisch moet worden omgegaan met vermogensverschuivingen die plaatsvinden tijdens de relatie. Daarover bestaat in de literatuur en rechtspraak geen eenstemmigheid. Zo is de vraag of een vordering voor teveel betaalde kosten van de huishouding bij scheiding kunnen worden terug gevorderd niet helder.⁸⁵ Waar voor de formele relaties een helder geheel van regels bestaat over de afwikkeling van de relatie, is dat voor informele partners een stuk onduidelijker.⁸⁶ Hierbij speelt een belangrijke rol dat het algemene vermogensrecht qua aard en opzet gericht is op economisch gerichte transacties tussen partijen en minder op vermogensverschuivingen die zich tijdens een

⁸³ Schrama 2016b p. 30-44.

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 34605, nr. 5 en nr. 9.

⁸⁵ Leonhard-Strien & Oirbans 2017, p. 370-375; Schrama 2011, p. 78-82.

⁸⁶ Leonhard-Strien & Oirbans 2017, p. 319-385; Asser-Kolkman-Salomons 2016, nrs. 559-588; Wakker 2016; Schrama 2015, p. 194-198; Schrama 2014, p. 25-28 en p. 38-42; Schrama 2011, p. 78-82; Labohm 2011.

affektieve samenwonenrelatie hebben voorgedaan; dat is nu juist een kenmerkend verschil tussen familierecht en vermogensrecht. De toepassing van dat algemene vermogensrecht schuurt dus met het leven van alledag, waar partners gedurende de relatie niet primair hun individuele belang nastreven, maar handelen vanuit een impliciet gezamenlijk economisch perspectief. Daarnaast doen zich op een aantal punten problemen voor omdat het beschermingsbeginsel, dat voor formele relaties een cruciale rol speelt, niet van toepassing is. In vermogensrechtelijk en financieel opzicht hebben ongehuwd samenlevende partners alle vrijheid om zelf keuzes te maken. Naar schatting sluit de helft van de ongehuwde samenlevers een samenlevingscontract.⁸⁷ Daarin wordt doorgaans wel een deel van de interne aspecten geregeld, maar de meest relevante punten vanuit het oogpunt van compensatie van inkomens- en vermogensverschillen ontbreken daarin regelmatig, zo blijkt uit verkennend empirisch onderzoek naar de inhoud van samenlevingscontracten.⁸⁸

Het erfrecht is het tweede terrein dat van groot belang is voor de financiële positie van de langstlevende partner na overlijden van de ander. Het erfrecht is gericht op formele relaties; informele partners worden nauwelijks beschermd.⁸⁹ Als de langstlevende niet is aangewezen in een testament als erfgenaam, gaat de nalatenschap naar de kinderen, of als die er niet zijn, naar de familie. Het opstellen van twee testamenten kan dit probleem voorkomen.

Het derde aspect betreft pensioenrechten bij ouderdom. De opbouw van pensioen vindt plaats tijdens de relatie. Pensioenen zijn een wezenlijk onderdeel van het kapitaal van burgers. Een scheve werk-zorg verhouding leidt in dit opzicht tot verschillende pensioenopbouw tussen partners. Voor echtgenoten geldt de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, maar die is niet van toepassing op ongehuwde partners. Dat betekent dat ouderdomspensioen niet wordt gedeeld of verrekend bij scheiding.

Verhouding tot derden

In de verhouding tot derden wordt het belang van de relatie tussen ongehuwde partners wel erkend. Daarin komt duidelijk naar voren dat er publieke belangen zijn bij deze relaties. Er bestaat een uitgebreide set van secundair relatierecht waarin rechtsgevolgen zijn verbonden aan het ongehuwd samenleven. Dat is onder meer het geval in het belastingrecht (Wet IB, erf- en schenkingsbelasting),

⁸⁷ De Graaf 2010.

⁸⁸ Kuik, Schrama & Verstappen 2014.

⁸⁹ Schrama 2018, p. 165-181.

in de sociale zekerheid, huurrecht, meerderjarigenbescherming, en het strafrecht.⁹⁰ De redenen daarvoor zijn deels gelijke behandeling van functioneel vergelijkbare relaties (onder invloed van het gelijkheidsbeginsel), en deels het rekening houden met de voor die betreffende wetgeving relevante feiten als de emotionele en economische aspecten van de relatie.⁹¹

3.2.3 Doelen aan inhoud en werkelijkheid gekoppeld

Toegang en uitgang

Dat brengt ons bij de vraag of de doelen van het relatierecht voldoende worden bereikt voor ongehuwd samenwonende partners. Het eerste doel – het bieden van die juridische structuur – wordt niet bereikt. Hoewel de toegang tot het huwelijk geen problemen oplevert, omdat in beginsel eenieder die wil trouwen, dat kan, is het probleem veeleer dat het eerste doel niet van toepassing is: het familierecht biedt geen juridische structuur voor ongehuwde samenlevers, ondanks dat dit legitieme relaties (kunnen) zijn en ongehuwde samenlevers kiezen niet voor een huwelijk. Het eerder vermelde onderzoek lijkt er op te wijzen dat emotionele en symbolische argumenten een belangrijke rol spelen bij de keuze voor huwelijk of geregistreerd partnerschap.⁹² Verder zijn er aanwijzingen dat er in het algemeen geen sprake is van een bewuste keuze om niet te trouwen vanwege de *juridische* gevolgen van het huwelijk.⁹³ Op basis van het weinige dat we met enige zekerheid weten is dat mensen niet goed op de hoogte zijn van de juridische regelingen van huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenleven.⁹⁴ Partners die huwen of een geregistreerd partnerschap aangaan, hebben de wens om dingen goed geregeld te hebben, maar het lijkt erop dat het niet primair de (verschillen tussen) juridische regelingen zijn waardoor men voor het een of ander kiest. Dat is van belang voor het argument in de juridische literatuur dat de wetgever geen regels moet maken, en de rechter geen gevolgen moet verbinden aan het ongehuwd samenleven, omdat ongehuwde paren heel bewust voor ongehuwd samenwonen kiezen en de daarbij behoren juridische gevolgen.

⁹⁰ Schrama, 2004, p. 124-166.

⁹¹ Schrama 2004, hoofdstuk 2 en 3.

⁹² Boele-Woelki e.a. 2007, p. 210-211.

⁹³ Latten 2005, p. 11-45, aldaar p. 26.

⁹⁴ Kuik, Schrama & Verstappen 2014. Waar notarissen aangeven dat ongehuwde samenlevers zich regelmatig niet bewust zijn van het feit dat er geen vermogensrechtelijke regeling is voor hen (paragraaf 14.11).

Beschermende ordening en publieke belangen

Het tweede doel, beschermen en ordenen door een juridische structuur aan te bieden, inclusief geschilbeslechting lijkt ook onvoldoende gerealiseerd te worden. Opmerking verdient dat ook hier empirisch onderzoek schaars is en dat het daarom moeilijk is om hier een duidelijk antwoord te geven. Van belang is daarbij hoeveel ongehuwde paren uit elkaar gaan. Er zijn veel minder cijfers beschikbaar voor informele relaties en scheidingspercentages. Berekend is dat er in 2016 22.500 scheidingen van informele relaties met minderjarige kinderen waren tegenover 27.000 voor formele relaties met minderjarige kinderen.⁹⁵ Dit laat de relevantie van het relatierecht goed zien: bijna de helft van alle relaties met minderjarige kinderen die eindigen is een informele relatie.⁹⁶

Wat de *verhouding tot de kinderen* betreft biedt het huidige recht wel een regeling waarvan ouders gebruik kunnen maken. De meeste ouders doen dat ook, maar een deel regelt de afstamming niet, en vermoedelijk een iets groter deel laat niet de aantekening in het gezagsregister maken. Dit levert rondom scheiding problemen op, omdat de feitelijk beleefde realiteit ('we zijn allebei ouders en zorgen voor ons kind') niet aansluit bij de juridische realiteit (slechts de moeder is ouder en heeft gezag). Dat leidt tot conflicten die onnodig zijn, waarvan doorgaans de uitkomst op voorhand vast staat: de vader krijgt toestemming van de rechter om het kind te erkennen en wordt samen met de moeder belast met gezag. Dat is alleen anders als er sprake is van bijzondere omstandigheden. Er is dus niet zozeer sprake van grote rechtsonzekerheid, maar het conflictpotentieel is onnodig hoog doordat het juridisch kader onvoldoende aansluit bij de maatschappelijke realiteit. Dit roept de vraag op of het publieke belang bij het goed regelen van relaties tussen ouders en kinderen, inclusief de geschilbeslechting, voldoende gediend wordt. Hoe groot het probleem precies is, is niet duidelijk, omdat er geen empirisch onderzoek verricht is. Er zijn in de rechtspraak wel duidelijke aanwijzingen dat er problemen zijn.⁹⁷ Het probleem van het gezag wordt opgelost als het eerdergenoemde wetsvoorstel wet zou worden.⁹⁸

De *financiële aspecten van de interne verhouding* tussen de partners leveren twee soorten problemen op: enerzijds rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid en

⁹⁵ Ter Voert 2020. Deze berekening lijkt niet geheel in lijn met de 17.000 echtscheidingen in 2018 (dus twee jaar later) vermeld in voetnoot 57.

⁹⁶ Van Gaalen, Van Houdt & Poortman 2019, p. 14.

⁹⁷ Schrama, 2016a, p. 30-44; Schrama 2016b, p. 212-218.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2019/20, 34605, nr. 5 en nr. 9.

onbillijkheid, en anderzijds het onvoldoende dienen van het publieke belang bij een goede spreiding van de risico's van werk en zorg tussen partners. Het eerste punt is al jaren onderwerp van debat. Bij gebreke van een specifieke relatierechtelijke regeling voor ongehuwd samenwonenden is niet duidelijk welke regels gelden en hoe die regels geïnterpreteerd en toegepast moeten worden. In het algemene vermogensrecht is de onderliggende veronderstelling van de regels dat partijen die in een bepaalde rechtsverhouding tot elkaar staan, ieder primair hun eigen economische belangen nastreven. Deze veronderstelling past doorgaans bijzonder slecht bij vermogensrechtelijke handelingen binnen een affectieve relatie; daar staat in de meeste gevallen, tijdens de relatie, primair een gezamenlijk perspectief voorop. Niet alleen is niet helder welke regels gelden en hoe die uitgelegd moeten worden. Daarnaast is er door die onduidelijkheid veel rechtspraak.⁹⁹ De geschilbeslechtsingsfunctie werkt niet goed: omdat het niet helder is, moet er telkens opnieuw geprocedeerd worden. Er is ook sprake van rechtsongelijkheid, omdat er bij vergelijkbare feiten in jurisprudentie over ongehuwd samenlevens, zeer uiteenlopende uitkomsten zijn; dat vindt zijn oorzaak in het feit dat de structurerende of ordenende functie van het recht op dit punt niet in orde is, terwijl het handelen van de partners, net als bij gehuwden, tijdens de relatie sterk bepaald wordt door de affectieve relatie.

Wat het beschermen – en daarmee ook de publieke belangen bij het relatierecht – betreft zijn er belangrijke aanwijzingen dat de risico's van een scheve verdeling van arbeid en zorg niet goed gespreid zijn bij ongehuwde partners. Er is geen alimentatierecht en vermogen dat tijdens de relatie wordt verworven, wordt niet gedeeld tussen de partners. Er zijn geen aparte cijfers beschikbaar voor verdeling van arbeid binnen- en buitenshuis uitgesplitst naar relatietype, maar wat hiervoor bij gehuwden is opgemerkt, geldt ook hier, terwijl er dus geen compensatiemechanismen zijn als alimentatie en gedeelde vermogensopbouw. Daar komt nog het volgende bij: van een groep partners die gedurende 15 jaar gevolgd zijn, is gemiddeld 49% kort vóór of gedurende de 15-jarige periode getrouwd en leeft 15% na 15 jaar nog steeds ongehuwd samen en 36% is ongehuwd uit elkaar gegaan.¹⁰⁰ Met andere woorden: na 15 jaar is 64% nog bij elkaar, gehuwd of niet. De kans op scheiding is vooral de eerste drie jaren van het ongehuwd samenwonen groot, waarbij een rol zou kunnen spelen dat het als een proefrelatie wordt gezien door de partners. Als het niet uitwerkt zoals gedacht, wordt de relatie verbroken. Hoe langer de relatie duurt, hoe kleiner de relatieve

⁹⁹ Leonhard-Strien & Oirbans 2017, p. 370-375; Schrama 2009, p. 92-98; Schrama 2010, p. 1703-1740; Schrama 2011, p. 78-82; Schrama, 2014/5, p. 25-28 en 2014/6, p. 38-42.

¹⁰⁰ Van Gaalen, Van Houdt & Poortman 2019, p. 7.

kans op scheiding. Ook komt uit dit onderzoek naar voren dat er belangrijke verschillen zijn naar opleidingsniveau van de partners. Laag-/middelbaar opgeleide partners gaan vaker uit elkaar, ongeacht of zij gehuwd waren of niet. Daarnaast vermindert de geboorte van het eerste kind onder samenwoners de kans om daarna nog te trouwen. Omgekeerd blijkt dat getrouwd zijn de kans op het krijgen van kinderen vergroot, omdat een deel van de partners juist kinderen binnen het huwelijk wil krijgen. Daarnaast verkleinen zowel ouderschap als een huwelijkssluiting de kans op (echt)scheiding, vooral onder hoogopgeleiden. Ten slotte constateren de onderzoekers dat relaties tussen ongehuwde laag-/middelbaar opgeleide ouders veel kwetsbaarder of instabieler zijn dan die van ongehuwde hoogopgeleide ouders.¹⁰¹ Bijna een derde van de ongehuwde stellen die een kind kregen in die 15 jaar, is gescheiden: 37% van de ongehuwde laag-/middelbaar opgeleiden met minstens één kind ging uit elkaar, tegenover slechts 12% onder de hoogst opgeleiden.¹⁰² Dat betekent dus dat juist de vrouwen met een lage- of middelbare opleiding, die niet trouwen maar wel kinderen krijgen, grote risico's lopen op een niet duurzame relatie met financieel nadelige gevolgen. De ruwe schatting uit het rapport koude uitsluiting die uitkomt op 20.000 vrouwen die na een scheiding van een informele samenleefrelatie met thuiswonende kinderen serieuze financiële problemen ondervinden doordat hun inkomen onder de lage inkomensgrens ligt, is gelet daarop waarschijnlijk aan de lage kant.¹⁰³

In hoeverre het ontbreken van een wettelijke standaardvoorziening in het erfrecht in de praktijk een probleem is, zal de toekomst moeten uitwijzen, er zijn namelijk nog niet veel ongehuwde samenlevers op de leeftijd gekomen dat zij overlijden. Het is verder niet duidelijk in hoeverre ongehuwde samenlevers testamenten laten opstellen. In april 2020 waren er circa 87.000 testamenten ingeschreven in het Centraal Testamentenregister; dit getal laat al jaren een stijgende lijn zien. Welk aandeel ongehuwde samenlevers hierin hebben is onbekend, maar het betekent in ieder geval dat het merendeel van de ongehuwde samenlevers (meer dan een miljoen mensen) geen testament heeft. Uit verkennend empirisch onderzoek onder notarissen naar samenlevingscontracten komt naar voren dat het merendeel van de cliënten die bij de notaris een samenlevingscontract laat opstellen, ook een testament maakt. Door de ondervraagde notarissen wordt aangegeven dat het kostenaspect van een testament voor cliënten een reden is om daarvan af te zien.¹⁰⁴

¹⁰¹ Van Gaalen, Van Houdt & Poortman 2019, p. 14.

¹⁰² Van Gaalen, Van Houdt & Poortman 2019, p. 8.

¹⁰³ Antokolskaia e.a. 2011, p. 86-98.

¹⁰⁴ Kuik, Schrama & Verstappen 2014.

Een derde aspect van de financiële relatie tussen de partners onderling is het pensioenvraagstuk. Zoals we gezien hebben, geven de verantwoordelijke bewindspersonen voor formele relaties aan hard te gaan werken aan het verkleinen van de bestaande pensioenongelijkheid tussen mannen en vrouwen door aanpassing van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding. Ook is in dit wetgevingstraject gezien of het ongehuwd samenleven tot een aanpassing van de wetgeving zou moeten leiden. Uit onderzoek van onderzoeksbureau SEO, dat ten grondslag ligt aan het wetsvoorstel, zou blijken dat er onder ongehuwde samenlevers minder vaak behoefte is om het tijdens de samenwoning opgebouwde ouderdomspensioen te verdelen; hoe dat is vastgesteld wordt niet duidelijk.¹⁰⁵ Dat geldt ook voor de stelling in het rapport dat ongehuwd samenwonenden er bewust voor kiezen om minder financiële verantwoordelijkheden te hebben jegens de partner. Daarnaast zou het voor pensioen-uitvoerders informatieproblemen meebrengen en zijn er hoge kosten aan verbonden. Op basis van dit rapport geven de ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Rechtsbescherming aan dat ongehuwd samenleven niet hoeft te worden meegenomen in de wetgeving, ook niet via een keuzerecht om het ouderdomspensioen gescheiden te laten uitbetalen door de pensioenuitvoerder op basis van afspraken over verdeling bij beëindiging van hun relatie.¹⁰⁶ De onderbouwing van hetgeen in dit rapport gesteld wordt, laat op een aantal punten flink te wensen over. Zo is het keuzeargument, zoals hiervoor besproken, discutabel en is de groep ongehuwde samenlevers weliswaar heterogener dan gehuwden. Toch is een substantieel deel (15%) nog ongehuwd samenwonend na 15 jaar en zijn er ook onder hen structurele verschillen in zorg binnen- en buitenshuis. De Raad van State heeft kritisch geadviseerd over het wetsvoorstel om ongehuwde samenlevers buiten het bereik van de wet te houden. Daarop is door de minister gereageerd dat het niet mogelijk is om een goede werkbare definitie van ongehuwd samenleven te gebruiken.¹⁰⁷

Verhouding tot derden

Verder is opvallend, zoals al vaker geconstateerd, dat de behandeling van ongehuwd samenleven in het Nederlandse recht onevenwichtig te noemen is: in het secundaire relatierecht wordt rekening gehouden en bescherming geboden aan ongehuwd samenleven op bijna alle rechtsgebieden waar affectieve relaties

¹⁰⁵ Lammers & Kok, Evaluatie 2017, te vinden op: www.seo.nl/pagina/article/evaluatie-wet-vps-en-kleine-pensioenen/, laatst geraadpleegd op 23 november 2019.

¹⁰⁶ Kamerbrief 8 maart 2018, Evaluatie Wet verevening pensioenrechten bij scheiding.

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 35287, nr. 4, p. 3-4; nr. 7, p. 10-12.

kunnen zijn; formele en informele relaties zijn daar gelijk gesteld. Alleen het familierecht en het erfrecht zijn hier uitzonderingen op. Dat betekent dat de wetgever aan de ene kant uitgaat van het standpunt dat deze relaties vanwege hun typische karakter wel erkend moeten worden, en bescherming verdienen, juist omdat daarmee publieke belangen worden gediend, maar aan de andere kant die gedachte van bescherming niet toepast waar het om de interne vermogensrechtelijke ordening en bescherming gaat. Deze hinkende gedachte is niet goed verdedigbaar.¹⁰⁸

Bezien we de functie van ongehuwd samenleven dan zouden het affectieve en zorgkarakter van vele ongehuwde samenleefrelaties (het beschermen, doel 2) aanleiding geven voor een specifieke regeling. Dit gebeurt echter voor ongehuwde samenlevers in het geheel niet binnen het familierecht als primair relatierecht en enigszins onevenwichtig in het secundaire relatierecht. Gezien de risico's die vrouwen lopen, waaronder ook vrouwen met een lage sociaaleconomische status na afloop van een ongehuwde samenleefrelatie, lijkt tenminste enige beschermende regulering van bijvoorbeeld het tijdens huwelijk opgebouwde vermogen, alimentatie en pensioenverevening op zijn plaats. Het publieke belang (doel 3) bij stabiele relaties, een goed opvoedingsomgeving voor kinderen en gelijkheid van man en vrouw juist voor laag en middelbaar opgeleide samenwonenden kan anders niet goed gerealiseerd worden.

3.3 Informeel gehuwden

3.3.1 Toegang

Net als bij ongehuwd samenwoners, is er geen juridische relatiestructuur voor informeel gehuwden. Daarvoor moeten ze een burgerlijk huwelijk sluiten. Er kunnen echter belemmeringen zijn voor het aangaan van een huwelijk, waarin vereisten zijn gesteld waaraan aanstaande echtgenoten moeten voldoen (zie de artt. 1:31-42 Boek 1 BW). Met die vereisten onderscheidt de wetgever legitieme van niet-legitieme relaties (zie ook § 2.1, toegang tot formele relaties). De vereisten hangen samen met het eerste doel van het relatierecht en beogen daarmee bescherming te bieden aan aanstaande echtgenoten. Als er toch in strijd met deze wettelijke vereisten een huwelijk zou worden gesloten, dan komen de rechtsfiguren stuiting en nietigverklaring van het huwelijk in beeld.¹⁰⁹ Een informeel

¹⁰⁸ Schrama, 2004, p. 541-556.

¹⁰⁹ Artt. 1:50 e.v. BW respectievelijk art. 1:69 e.v. BW.

huwelijk kan als niet voldaan is aan de vereisten een uitweg voor sommige betrokkenen vormen. Het kan ook een hoofdroute zijn, omdat in de gemeenschap waarin informeel gehuwd wordt zo'n relatie gebruikelijk of belangrijker is dan een statelijk huwelijk.

Hierna wordt eerst kort ingegaan op de belemmeringen in de praktijk om te voldoen aan de vereisten voor een formeel huwelijk: het ontbreken van de vrije wil bij het aangaan van de relatie en de beëdigde verklaring voor neef-nicht huwelijken die in Nederland worden aangegaan, alsmede de minderjarigheid van een van de huwelijkskandidaten. Daarnaast geldt de eis dat eerst een burgerlijk huwelijk voltrokken moet worden voor een informeel religieus huwelijk kan worden aangegaan.

Het eerste punt is de vrije wil van de aanstaande echtgenoten.¹¹⁰ De toegang tot het huwelijksrecht is gebonden aan de voorwaarde van een vrije wil bij beide echtgenoten; vrij van een geestelijke stoornis is een expliciete wettelijke eis, maar daarnaast geldt indirect de eis dat het huwelijk vrij van dwang vanuit het netwerk wordt aangegaan.¹¹¹ Het huwelijksrecht staat niet open voor een niet legitiem geachte relatie die gebaseerd is op dwang. Dat kan haaks staan op tradities van andere culturen waar het Nederlandse recht mee te maken krijgt. Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen gearrangeerde huwelijken en dwang-huwelijken. In sommige culturen zijn het de ouders die een huwelijk voor hun kind arrangeren.¹¹² De vraag is waar de grens ligt tussen een gearrangeerd huwelijk en een huwelijk onder dwang. Op grond van mensenrechtenverdragen en het Nederlandse recht kunnen en mogen uitsluitend de huwelijkskandidaten zelf bepalen of zij een huwelijk met elkaar aangaan. Dit betekent echter niet dat de ouders of de sociale kring geen huwelijkskandidaten aan hun kinderen, familie of vrienden mogen voorstellen. Enige emotionele druk of overreding vanuit het netwerk is niet in strijd met dit huwelijksvereiste. Daarentegen kan de druk als dwang ervaren worden, als de huwelijkskandidaat geen weerstand durft te bieden. Ook kan er sprake zijn van daadwerkelijke, openlijke dwang, bijvoorbeeld wanneer de huwelijkskandidaat geheel niets te zeggen heeft en enige tegenspraak

¹¹⁰ Art. 1:32 BW.

¹¹¹ Zie art. 1:33 BW.

¹¹² Zie kritisch over de wijze waarom gearrangeerde huwelijken worden gezien vanuit een individualistisch perspectief: Tahir 2019.

tot bijvoorbeeld verstoting uit de familie en zelfs de gemeenschap zou kunnen leiden.¹¹³

Een tweede punt is het leeftijdsvereiste uit Boek 1 BW voor het aangaan van een burgerlijk huwelijk: 18 jaar is de minimumleeftijd. Dit is door de wetgever in 2015 expliciet in de wet vastgesteld om kindhuwelijken tegen te gaan. Tot die tijd konden jongeren die beiden minimaal zestien jaar oud waren en die een kind kregen trouwen met toestemming van hun ouders.¹¹⁴ Een kindhuwelijk kan in strijd zijn met het belang van het kind op grond van art. 3 IVRK, hetgeen zijn doorwerking vindt in vele nationale bepalingen en fundamentele rechten. Zo heeft de Raad voor de Mensenrechten van de VN opgemerkt dat kindhuwelijken overtreding, misbruik of aantasting van fundamentele mensenrechten tot gevolg heeft en nadelige gevolgen heeft voor het recht op onderwijs en het recht op de hoogst haalbare standaard van fysieke en mentale gezondheid voor een minderjarige.¹¹⁵ De kinderen die een (buitenlands burgerlijk of informeel) huwelijk hebben gesloten, dat niet wordt erkend in Nederland, worden niet beschermd en missen de rechten die hen toekomen op grond van het huwelijksrecht, inclusief het recht om te scheiden en het recht op alimentatie en vermogensafwikkeling.¹¹⁶

In de derde plaats is het formele huwelijksvereiste van art. 1:68 BW van belang. Dit houdt in dat eerst het burgerlijk huwelijk voltrokken moet zijn, alvorens een religieus huwelijk mag worden aangegaan. Met de strafbaarstelling van de geestelijke¹¹⁷ die een religieus huwelijk voltrekt voor het burgerlijke huwelijk is voltrokken, en het verbod om een religieus huwelijk te sluiten zonder eerder een burgerlijk huwelijk te sluiten, wilde de wetgever voorkomen dat men enkel religieus zou huwen en zich zou onttrekken aan het overheidstoezicht op bijvoorbeeld de aanwezigheid van huwelijksbeletselen. Ook zou hiermee voorkomen kunnen worden dat paren menen dat een religieus huwelijk rechtsgeldig is. Deze voorgeschreven volgorde waarin de huwelijken voltrokken

¹¹³ Rutten e.a. 2015, p. 112-117; Smits van Waesberghe e.a. 2014, p. 102-105, 115-117; Sterckx & Bouw 2005, p. 141-143; Schmidt 2005, p. 6-11; Koning & Bartels 2005, p. 22-36; Esveldt e.a. 1995, p. 175-179.

¹¹⁴ Art. 1:31 lid 2 BW, *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, 3; *Kamerstukken I* 2014/15, 33488, C.

¹¹⁵ Resolutie van de Algemene Vergadering van de VN van 25 september 2013, A/HRC/24/L.34/Rev.1, p. 2; artikel 12 en 13 IVESCR.

¹¹⁶ Rutten e.a. 2019, p. 181-182.

¹¹⁷ Art. 449 Sr.

moeten worden, lijkt niet altijd vanzelfsprekend of gebruikelijk te zijn binnen de betreffende groepen. De onbekendheid met de verplicht voorgeschreven wettelijke volgorde kan hieraan ten grondslag liggen. Daarnaast hangt het naleven van de volgorde samen met een aantal andere redenen, zoals de waarde die men toekent aan een religieus huwelijk boven een burgerlijk huwelijk, de religieuze verplichting die men voelt en de (culturele en/of traditionele) achtergrond van het sluiten van een religieus huwelijk. Ook kan een religieus huwelijk sneller en simpeler voltrokken worden dan een burgerlijk huwelijk. De eerste drie redenen hangen samen met de cultuur en traditie van de desbetreffende gemeenschap en de legitimatie van de relatie tegenover God en de sociale kring.¹¹⁸ Vanuit de gedachte dat men de wettelijke volgorde niet volgt doordat enkel de geestelijke strafbaar is, en niet ook de betrokken echtgenoten zelf, is een amendement ingediend om de strafbaarheid uit te breiden tot de echtgenoten.¹¹⁹ Dit amendement is echter niet overgenomen door de regering.

3.3.2. *Uitgang*

Een punt van aandacht is de uitgang uit het huwelijk. Daaraan zijn in het bijzonder twee aspecten verbonden: de vraag of de uitgang vrij toegankelijk is en de vraag welke gevolgen zich bij een scheiding voordoen door de moeilijke inpasbaarheid van buitenlandse rechtsfiguren als de bruidsschat die in het Nederlandse recht niet bestaan. Beide kwesties komen hierna aan de orde.

Ontbinding

Ontbinding van het informele huwelijk door echtscheiding is in de meeste gemeenschappen mogelijk. De wijze waarop, hangt af van de regels van de religie en opvattingen van de leden van die gemeenschap. Alhoewel volgens sommigen een burgerlijke echtscheiding tevens het einde van het informeel huwelijk betekent, is voor veel mensen ook van belang dat het informeel huwelijk¹²⁰ op religieuze wijze wordt beëindigd.¹²¹ Deze wijze van ontbinding verschilt echter

¹¹⁸ Rutten e.a. 2015, p. 81-92.

¹¹⁹ Amendement van Van Wijngaarden en Buitenweg over aanpassing van de strafbaarstelling bij een religieus huwelijk voorafgaand aan een burgerlijk huwelijk, *Kamerstukken II* 2018/19, 35080, nr. 9. Het amendement is overigens niet overgenomen. Zie ook *Kamerstukken II* 2019/20, 35348, nr. 8, p. 2.

¹²⁰ Nu deze bijdrage enkel ziet op informeel huwelijken die in Nederland zijn aangegaan, zullen we ons tot deze vorm van huwelijkse gevangenschap beperken. Onder deze vorm vallen ook situaties waarin er eerder ook een burgerlijk huwelijk bestond dat al ontbonden is, waarna nog een informeel huwelijk blijft bestaan.

¹²¹ Van Eijk 2016, p. 19-21.

van het Nederlandse echtscheidingsrecht en wordt niet juridisch erkend, mede vanwege de ongelijkheid tussen mannen en vrouwen.¹²² Een van de echtgenoten kan op basis van sommige religieuze regels een sterkere positie hebben dan de ander, omdat een echtscheiding afhankelijk is van de medewerking van die echtgenoot. In sommige situaties wordt hier gebruik van gemaakt om de ontbinding van het informeel huwelijk te bemoeilijken. Daarnaast kunnen vrouwen bij de keuze om (niet) te scheiden worden beïnvloed door de sociale omstandigheden waarin zij zich bevinden of de druk vanuit en/of de stigmatisering door hun sociale kring. Bij de invulling van deze druk spelen cultuur, traditie en eer een grote rol.¹²³ Onder huwelijkse gevangenschap wordt verstaan:

‘Een situatie waarin iemand het niet voor elkaar krijgt om zijn of haar huwelijk te ontbinden volgens de regels van zijn of haar geloof, in Nederland of in het land van herkomst of het land van de partner.’¹²⁴

Belangrijk is dat de betrokkenen de situatie zelf ervaren als een belemmering, ofwel ‘huwelijkse gevangenschap’, omdat niet iedereen zich in eenzelfde situatie gevangen hoeft te voelen.¹²⁵ Wanneer er enkel een informeel huwelijk is, kiezen sommigen ervoor om ‘gewoon’ uit elkaar te gaan.¹²⁶ Uit verschillende onderzoeken komt naar voren dat huwelijkse gevangenschap zich voordoet in verschillende gemeenschappen, alhoewel ook hier de omvang moeilijk te bepalen is.¹²⁷

¹²² Van der Velden 2016, p. 155 e.v.; Akgündüz 2010, p. 262-318; Spalter 2007, p. 1-3.

¹²³ Van Eijk 2016, p. 25-34, 46-54, 60-66; Kruiniger & Van Maanen 2016, p. 242-246; Drost e.a. 2015, p. 32-33; Rb. Amsterdam 14 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6407.

¹²⁴ Van Eijk 2016, p. 86; Braun 2012, p. 1; Kruiniger 2018, p. 22.

¹²⁵ Kruiniger 2018, p. 22.

¹²⁶ Van Eijk 2016, p. 23.

¹²⁷ Tot op heden is de laatste schatting van de omvang uit 2014. Uit onderzoek bleek dat er in de jaren 2011 en 2012 tussen de 447 en 1687 gevallen van huwelijkse gevangenschap waren. Zie Smits van Waesberghe e.a., 2014, p. 67-77. In het meest recente onderzoek van Van Eijk naar huwelijkse gevangenschap wordt opgemerkt dat de gehanteerde definitie van huwelijkse gevangenschap in het onderzoek van Smits van Waesberghe e.a. 2014, p. 27 breed is omschreven en afwijkt van de gebruikte definitie van Van Eijk, omdat het laatstgenoemde onderzoek zich specifiek richt op religieuze huwelijken. Dit betekent dat bovengenoemde cijfers niet zonder meer één op één naast de resultaten van het onderzoek van Van Eijk gelegd kunnen worden. Zie Van Eijk 2016, p. 4-5, 24-34 en Smits van Waesberghe e.a. 2014, p. 61-62.

Huwelijkse gevangenschap kan uiteenlopende gevolgen hebben, met name voor vrouwen.¹²⁸ In de Nederlandse literatuur wordt erop gewezen dat de gevolgen van huwelijkse gevangenschap ingrijpend zijn.¹²⁹ Ze hebben niet alleen betrekking op het juridische domein, maar ook zijn er sociale, praktische en economische gevolgen en nadelen voor de gezondheid. Hertrouwen of een nieuwe relatie aangaan liggen moeilijk, mede gelet op het risico van beschuldiging van overspel en bigamie. Zo'n keuze kan leiden tot een moeilijke positie in de familie en sociale gemeenschap.¹³⁰

Volgens het VN-Vrouwenverdrag dienen vrouwen dezelfde rechten en verantwoordelijkheden te hebben als mannen tijdens en bij het ontbinden van het huwelijk.¹³¹ Het voortbestaan van het informeel huwelijk heeft tot gevolg dat vrouwen niet opnieuw religieus kunnen trouwen of een nieuwe relatie kunnen aangaan. Huwelijkse gevangenschap resulteert in schending van het recht om (opnieuw) te trouwen en een gezin te stichten (art. 12 EVRM) en het recht op veiligheid (ingeval van een ex-partner waarbij sprake is van geweld) en vrijheid.¹³²

Omdat een religieus huwelijk in Nederland niet in rechte erkend wordt, is er geen specifieke procedure om tot een beëindiging te komen, als een echtgenoot niet vrijwillig meewerkt. Daarom is het leerstuk van de onrechtmatige daad in de Nederlandse rechtspraak gebruikt om een vordering tot meewerken aan het beëindigen van een religieus huwelijk af te dwingen.¹³³ In zaken waarin op grond van deze bepaling de medewerking van de echtgenoot aan de ontbinding van het informeel huwelijk wordt gevorderd hebben partijen hun woonplaats in Nederland en wordt de medewerking van de man aan de ontbinding van het informeel huwelijk in Nederland gevraagd.¹³⁴ Of van onrechtmatigheid sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate waarin de vrouw bij het uitblijven van die scheiding in haar verdere levensmogelijkheden wordt beperkt, de aard en het gewicht van de bezwaren van de man tegen

¹²⁸ Van Eijk 2016, p. 41-43.

¹²⁹ Van Eijk 2016, p. 68-72; Kruiniger & Van Maanen 2016, p. 246-247.

¹³⁰ Kruiniger 2018, p. 35-36; Van Eijk 2017, p. 68-76.

¹³¹ Artikel 16c, CEDAW: 'The same rights and responsibilities during marriage and at its dissolution', zie www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#article16. Zie ook het proefschrift over huwelijkse gevangenschap en mensenrechten van: Deogratias 2019, m.n. p. 339 e.v.

¹³² Zie artikel 5 Vrouwenrechtenverdrag en artt. 12-17 en 19 Verdrag van Istanbul.

¹³³ Voor het eerst aangenomen in HR 22 januari 1982, NJ 1982/489 ten aanzien van een Joods huwelijk.

¹³⁴ Ibili 2019, par. 3.

medewerking en de kosten die aan die medewerking zijn verbonden. Daarbij spelen ook een rol de vermogenspositie van partijen en de eventuele bereidheid van de vrouw deze kosten deels of geheel voor haar rekening te nemen.¹³⁵ Toewijzing van de vordering lijkt mogelijk te zijn, ongeacht of de informeel gehuwden ook burgerlijk gehuwd en gescheiden zijn, voor zover het laten voortbestaan van dit informeel huwelijk feitelijke gevolgen heeft die kunnen worden aangemerkt als een onrechtmatige daad. Uit de rechtspraak lijkt voort te vloeien dat na toepassing van bovenstaande criteria al snel wordt aangenomen dat de vrouw bij het uitblijven van een informele echtscheiding in haar verdere levensmogelijkheden wordt beperkt, als gevolg van één of meerdere gevolgen van huwelijkse gevangenschap.¹³⁶ In enkele zaken wordt geëxpliciteerd dat er sprake is van een inbreuk op de rechten en vrijheden van de vrouw, zoals art. 8 en 12 EVRM.¹³⁷ Eventuele verweren van de man dat het huwelijk niet duurzaam ontwricht zou zijn – een voorwaarde voor echtscheiding van burgerlijke huwelijken –, bezwaren in verband met kinderen of de religieuze en civiele vermogensrechtelijke gevolgen van scheiding worden in de rechtspraak van onvoldoende gewicht geoordeeld om de vordering van de vrouw af te wijzen.¹³⁸ In twee zaken van de rechtbank Rotterdam zijn de vorderingen tot medewerking aan de ontbinding afgewezen. Een keer in een kort geding, waar afwijzing volgde omdat in die procedure de vermogensrechtelijke gevolgen van de toewijzing van

¹³⁵ Rechtbank Oost-Brabant 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4140, Hof Den Haag 22 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3297; Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3297; Hof Den Haag 16 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2018:2893; Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1818.

¹³⁶ HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1683; Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3297, r.o. 13-19; Hof Amsterdam 2 april 1990, *NIPR* 1990/394; Rb. Rotterdam 28 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1720; Rb. Oost-Brabant 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4140; Rb. Den Haag 21 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14191.

¹³⁷ Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1818; Rb. Rotterdam 28 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1720, r.o. 4.8; Rb. Oost-Brabant 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4140, r.o. 4.4-4.7; Rb. Rotterdam (vzr.) 8 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP8396, r.o. 4.

¹³⁸ Hof Den Haag 21 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3297; Rb. Rotterdam 28 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1720; Rb. Den Haag (vzr.) 21 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14191; Rb. Amsterdam (vzr.) 10 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3800; Rb. Oost-Brabant 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4140; Rb. Amsterdam (vzr.) 21 februari 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:9363.

de vordering niet te overzien waren.¹³⁹ In de andere zaak is de afwijzing nauwelijks gemotiveerd en is de redenering onnavolgbaar.¹⁴⁰

Een vordering tot medewerking van de man aan de ontbinding op grond van art. 6:162 BW kan op verschillende wijzen in een gerechtelijke procedure aanhangig worden gemaakt. In theorie kan het als een nevenvoorziening tijdens een echtscheidingsprocedure aanhangig worden gemaakt op grond van art. 827 lid 1 sub f Rv. Het verzoek heeft voldoende samenhang met het echtscheidingsverzoek, maar zou kunnen leiden tot onnodige vertraging van de procedure. Daardoor moet er in de praktijk alsnog een tweede procedure gestart worden over de vordering tot medewerking aan de informele echtscheiding.¹⁴¹ Indien het Wetsvoorstel tegengaan huwelijkse gevangenschap wet wordt, zal dit veranderen.¹⁴² Dan wordt aan art. 827 Rv een extra nevenvoorziening toegevoegd voor de medewerking aan de ontbinding van het informeel huwelijk. Dit verandert overigens niets aan de inhoudelijke beoordeling.

De actie uit onrechtmatige daad is een tussenstap, omdat de huwelijkse gevangenschap pas definitief ten einde komt, wanneer de religieuze echtscheiding daadwerkelijk tot stand gebracht is. In de literatuur verschilt men van mening over de rol van de civiele rechter met betrekking tot de beëindiging van huwelijkse gevangenschap. Terwijl volgens sommigen de civiele rechter geen rol toekomt, zijn anderen van mening dat deze situaties fundamentele rechten (zoals art. 8 EVRM) schenden en de civiele rechter dan wel de overheid een positieve verplichting heeft om deze vrouwen te helpen.¹⁴³ Een andere vraag bij dergelijke uitspraken, is in hoeverre de uitspraak van de civiele rechter wordt erkend door het betreffende religieuze recht of de religieuze instanties en of het niet op gespannen voet staat met de scheiding van kerk en staat en het grondrecht van de vrijheid van godsdienst.¹⁴⁴ Uit de rechtspraak en voorgestelde wetgeving blijkt wel dat de seculiere staat het zelfbeschikkingsrecht om een informeel huwelijk te verlaten en de gelijkheid van betrokkenen om verder vorm te geven aan hun

¹³⁹ Rb. Rotterdam 9 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6943.

¹⁴⁰ Rb. Rotterdam 8 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8.

¹⁴¹ Ibili 2019, paragraaf. 4; Kruiniger & Van Maanen 2016, p. 257-259; Braun 2012, p. 1, 4; Rb. Overijssel 24 december 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:4296; Rb. Rotterdam 22 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1643, r.o. 3.4.

¹⁴² Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten (tegengaan huwelijkse gevangenschap en enige andere onderwerpen). Het wetsvoorstel is op 25 november 2019 naar de Tweede Kamer gestuurd: *Kamerstukken II* 2019/20, 35348, nr. 1 en 2.

¹⁴³ Ibili 2019, par. 8; Loof 2018; Kruiniger & Van Maanen 2016, p. 260-261. Zie ook Kruiniger, 2018.

¹⁴⁴ Berger 2011, p. 102-103; Spalter 2007, p. 3-4.

levensmogelijkheden niet reduceert tot een particulier probleem, waar de overheid geen bemoeienis mee heeft, maar met beperkte inachtneming van de individuele godsdienstvrijheid als publiek belang erkent.¹⁴⁵

Bruidsschat en bruidsgave

Een specifiek knelpunt dat zich bij het einde van een islamitisch informeel huwelijk kan voordoen, heeft betrekking op de bruidsschat en de bruidsgave.¹⁴⁶ De term bruidsgave wordt soms verward met bruidsschat of bruidsprijs; ook in de rechtspraak worden de termen door elkaar heen gebruikt. Een *bruidsschat* is hetgeen dat door de vrouw of normaliter haar vader of haar familie wordt ingebracht aan geld of goederen in het huwelijk. De *bruidsgave* is naar islamitisch recht een verplichte gift die de man aan de vrouw schenkt bij het aangaan van een islamitisch huwelijk.¹⁴⁷ Uit de uitspraken van rechters in Nederland komt de verscheidenheid in vorderingen met betrekking tot de bruidsschat en de bruidsgave al snel naar voren. Er bestaat rechtsonzekerheid over de kwalificatie van deze rechtsfiguren, zowel in de rechtspraak als in de literatuur.¹⁴⁸ Men probeert daarom op creatieve wijze gebruik te maken van de bestaande juridische middelen, die per concrete situatie worden ingekleurd. De resultaten van deze rechtszaken zijn echter voor de op grond van de religieuze regels gerechtigde regelmatig teleurstellend.¹⁴⁹

Voor de beslissing van de rechter is het van belang of de betrokkenen tevens een burgerlijk huwelijk hebben gesloten en onder welk huwelijksvermogensregime zij zijn getrouwd. Doorgaans valt de bruidsschat onder het oude (voor 2018) huwelijksvermogensrecht in de gemeenschap van goederen, omdat partijen geen huwelijkske voorwaarden hebben opgesteld.¹⁵⁰ Uit de rechtspraak blijkt dat de bruidsschat geen verknocht goed is, op grond waarvan het (deels) buiten de gemeenschap zou blijven.¹⁵¹ Deze problematiek zou opgelost kunnen zijn met het

¹⁴⁵ Zie ook de Minister in de Nota naar aanleiding van het verslag van het wetsvoorstel tegengaan huwelijkske gevangenschap, *Kamerstukken II*, 2019/20, 35348, nr. 7.

¹⁴⁶ Zie Rutten 2007, p. 101-115; Reinhartz 2012.

¹⁴⁷ Berger 2019, p. 64.

¹⁴⁸ Rutten, De bruidsgave: op zoek naar goud, *NIPR* 2007, p. 101-115; Rutten 2009, p. 329 e.v.; Onay 2016, p. 156 e.v.; Jordens-Cotran 2000, p. 391.

¹⁴⁹ Zie Hof Den Haag 14 november 2005, *NIPR* 2007/9 en Rb. Rotterdam 28 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1720, r.o. 4.10, waarin de vordering van de vrouw werd toegekend.

¹⁵⁰ Hof Amsterdam 15 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4612.

¹⁵¹ Hoge Raad 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC3841, conclusie: ECLI:NL:PHR:2008:BC3841; Hof Den Haag 19 april 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780; Rechtbank Haarlem 16 juni 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ1034; Rb. Haarlem 10 februari 2004, *NIPR* 2004, 126.

per 2018 inwerking getreden nieuwe huwelijksvermogensregime, omdat giften die voor of tijdens het huwelijk zijn gedaan op grond van het nieuwe art. 1:94 lid 2 BW buiten de gemeenschap vallen. Deze regeling geldt echter enkel voor echtgenoten die vanaf 2018 zijn gehuwd.

Wanneer de huwelijkspartners geen burgerlijk huwelijk naast hun informeel huwelijk zijn aangegaan, is het algemeen vermogensrecht van toepassing op de vraag aan wie de bruidsschat toebehoort. Derhalve doet zich in deze situatie dezelfde problematiek voor als bij ongehuwde samenlevers. De vraag is dan aan wie de bruidsschat toebehoort. Daarbij is van belang om wat soort goed het gaat: voor registergoederen is de tenaamstelling in de registers doorslaggevend; voor andere goederen kan het aankomen op de vraag wie kan bewijzen dat hij eigenaar is. In dat geval is degene die de bruidsschat onder zich heeft, processueel in een betere positie dan de ander, omdat hij wordt vermoed de eigenaar te zijn.

Ook met betrekking tot de bruidsgave staan gerechtigden vaak met lege handen als gevolg van de botsing tussen het Nederlandse (relatie)vermogensrecht en de verwachtingen op grond van het religieuze recht. De bruidsgave is een geldbedrag waar de vrouw jegens de man bij scheiding recht op heeft en staat los van het recht op de bruidsschat. De wijze waarop de bruidsgave in de jurisprudentie is gekwalificeerd lijkt over de jaren heen verschillend te zijn. Het is gekwalificeerd als een verbintenis uit overeenkomst,¹⁵² een nevenvordering bij het verzoek tot echtscheiding,¹⁵³ partneralimentatie,¹⁵⁴ bestanddeel van de gemeenschap van goederen of als een aparte rechtsfiguur.¹⁵⁵ Ook wordt in de literatuur gewezen op de mogelijkheden om de vordering aan te merken als een impliciete overeenkomst die niet een alimentatieovereenkomst is.¹⁵⁶ De concrete omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de kwalificatie. Een verzoek tot betaling van de

¹⁵² Rb. 's-Gravenhage 10 juli 1989, *NIPR* 1989, 399; Ktr. Beetsterzwaag 7 augustus 1990, *NIPR* 1990, 446; Rb. Rotterdam 20 juli 2000, *NIPR* 2001, 10; Hof 's-Gravenhage 5 november 2003, in HR 10 februari 2006, *NIPR* 2006, 94; Hof Den Haag 1 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7348; Hof Den Haag 23 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2540; Hof Den Haag 30 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4051; Rb. Amsterdam 2 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2742.

¹⁵³ HR 21 februari 1997, *NJ* 1998, 416.

¹⁵⁴ Rb. Utrecht 30 januari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC2923; Rutten 2009, p. 2.

¹⁵⁵ Hof Amsterdam 2 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1123; Rb. Midden-Nederland 29 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:271; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9906.

¹⁵⁶ Zie Rutten 2009, p. 4-63; Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1999, *NIPR* 1999, 143. Rb. Maastricht, sector Kanton Heerlen 1 oktober 2003 (in: Hof 's-Hertogenbosch 7 januari 2006, *NIPR* 2006, 105; de kwalificatie door de rechtbank wordt niet gevolgd door het hof); HR 10 februari 2006, *NIPR* 2006, 94.

bruidsgave met toepassing van het Nederlands recht kan worden afgewezen indien toewijzing de vermindering van de draagkracht van de man kan betekenen en de omstandigheid dat de vrouw vermogend is.¹⁵⁷ In een enkele zaak hadden partijen huwelijksse voorwaarden, waaruit naar voren kwam dat het recht van de vrouw op partneralimentatie los stond van de bruidsgave, waardoor haar vordering werd toegewezen.¹⁵⁸ Recent heeft de Hoge Raad het oordeel van een hof in stand gelaten waarbij een bruidsgave naar Iraans recht aangemerkt was als een rechtsfiguur *sui generis*.¹⁵⁹ Het komt er dus op neer dat, hoewel er in de rechtspraak de laatste jaren uitspraken te vinden zijn waarin vorderingen tot betaling van openstaande bruidsgaves worden toegewezen (deels met betrekking tot echtgenoten die formeel gehuwd waren),¹⁶⁰ er op dit punt de nodige rechts-onzekerheid bestaat.

3.3.3 Beschermende ordening en publieke belangen

Welke problemen doen zich voor in termen van doelen van het relatierecht waar het gaat om informeel gehuwden? Voor de beantwoording hiervan is het onderscheid van belang tussen de informeel gehuwden die ook een burgerlijk huwelijk gesloten hebben, en de anderen. Deze tweede groep kan te maken hebben met dezelfde problemen als ongehuwde samenlevers (zie § 3.2.2). Op de relatie van degenen die ook een burgerlijk huwelijk zijn aangegaan, zijn vanaf de huwelijksluiting de rechtsgevolgen van Boek 1 BW van toepassing (zie § 2.2).

¹⁵⁷ Hof Den Haag 17 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG9476; Rb. Utrecht 10 december 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BH3018.

¹⁵⁸ Rb. Rotterdam 22 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1643, r.o. 3.2. De man hoefde geen alimentatie te betalen, omdat hij met een inkomen op bijstandsniveau niet in staat was bij te dragen in het levensonderhoud van de vrouw.

¹⁵⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2010, zie ook de AG in PHR 27 september 2019, ECLI:NL:PHR:2019:958.

¹⁶⁰ Hof Den Haag 23 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2540 (toewijzing, waarschijnlijk op basis van overeenkomst); Hof Den Haag 30 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4051 (ook toegewezen op basis van contract, naar Marokkaans recht); Hof Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3915 (Turks recht van toepassing dat geen bruidsgave kent, op basis daarvan als overeenkomst gekwalificeerd); Rb. Den Haag 14 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14800; Rb. Amsterdam 8 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9376; Rb. Amsterdam 2 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2742 (vordering op basis van schriftelijk contract toegewezen); Rb. Midden-Nederland 29 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:271 (toewijzing op grond van Afghaans recht als eigensoortige rechtsfiguur); Hof Amsterdam 2 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1123 (eenmalige vermogensoverdracht, naar Jordaans recht, maar onduidelijk welk recht van toepassing is); Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1818.

In deze paragraaf zal enkel worden ingegaan op nog niet besproken aspecten die van belang zijn voor de beschermende ordening en publieke belangen. Een van de punten die in dat kader van belang is, is in hoeverre informeel gehuwden ervan op de hoogte zijn dat, afgezien van religieuze en morele aanspraken, er geen rechten en plichten aan een religieus huwelijk zijn verbonden. Informeel gehuwden kunnen in hun onderlinge financiële en vermogensrechtelijke betrekkingen zijn uitgegaan van de religieuze regels, omdat ze juist daarmee bekend zijn. Een deel van de informeel gehuwden heeft een niet-westerse afkomst, waardoor het recht van het land van herkomst ook een rol kan spelen in de onderlinge relatie. Hierdoor kunnen de partners bepaalde verwachtingen hebben bij het einde van de relatie. Doordat men geen beroep kan doen op deze buitenlandse en/of religieuze regels, botsen hun verwachtingen met de juridische werkelijkheid. Dit is terug te zien bij scheiding of overlijden. Uit onderzoeken komt een divers beeld naar voren. Een deel van de gehuwden is hiervan op de hoogte en sommigen maken welbewust de keuze om een burgerlijk huwelijk aan te gaan, bijvoorbeeld om de rechtspositie van de vrouw te beschermen of wanneer kinderen uit het huwelijk worden geboren. Degenen die hiervan niet op de hoogte zijn, ervaren mogelijk de nadelen, maar hoe dit in de praktijk uitwerkt en hoe groot deze groep is, is niet bekend.¹⁶¹ In de literatuur wordt erop gewezen dat partners doorgaans pas geconfronteerd worden met hun onbeschermd positie als ze onderling problemen krijgen, er afwijkende verwachtingen zijn over publieke voorzieningen, of bij vraagstukken over de kinderen, als een van de partners geen juridisch ouder is.¹⁶²

Kinderen

Informeel gehuwden en hun gemeenschap houden grotendeels vast aan religieuze normen. Dit betekent dat in het algemeen kinderen pas na het aangaan van een informeel huwelijk geboren zullen worden. Kinderen die binnen een informeel huwelijk worden geboren, worden door zowel de huwelijkspartners als hun gemeenschap gezien als de ‘wettige’ kinderen van de echtgenoten. Ook beschouwen de huwelijkspartners zichzelf als de ‘wettige’ ouders van deze kinderen, hetgeen betekent dat zij, op grond van de religieuze en morele regels, het recht hebben om beslissingen omtrent de verzorging en opvoeding van hun kinderen te nemen en de verplichting hebben om voor hun kinderen te zorgen. Deze rechten en plichten volgen echter niet uit de Nederlandse wetgeving. Alleen

¹⁶¹ Moors 2014, p. 13 en 17; Rutten e.a. 2015, p. 110, 120-128; Van der Leun & Leupen 2009, p. 32-33.

¹⁶² Kruiniger & Rutten 2019.

als het kind tijdens het burgerlijk huwelijk wordt geboren of door de vader wordt erkend, is de man juridisch de vader van het kind. Gezag moet ook geregeld worden door een aantekening in het gezagsregister.¹⁶³ Wordt er niets geregeld, dan is de moeder de enige juridische ouder met eenhoofdig gezag en heeft het kind haar achternaam.¹⁶⁴ Terwijl ongehuwde samenlevers wellicht ook niet steeds goed geïnformeerd zijn over hun juridische situatie, geldt voor informeel gehuwden vermoedelijk sterker dat ze de religieuze en juridische regels vereenzelvigen, en dus juist niet goed op de hoogte zijn van hun rechtspositie. Er is dus sprake van hinkende afstammings- en gezagsrelaties, doordat de ervaren religieuze realiteit van de ouders niet overeenstemt met de juridische situatie. Dit heeft mogelijk negatieve consequenties met betrekking tot juridische en financiële verantwoordelijkheden en op het gebied van erf- en naamrecht voor het kind.¹⁶⁵ Het kind heeft geen aanspraak op de erfenis van zijn vader en diens familie¹⁶⁶ en kan niet de achternaam van zijn vader krijgen.¹⁶⁷ Het dragen van de achternaam van de vader kan cultureel en/of religieus belangrijk zijn in sommige gemeenschappen, omdat het kind anders als onwettig beschouwd kan worden en te maken kan hebben met stigmatisering. Een verzoek van de moeder tot het dragen van de achternaam van de vader als de vader daar niet mee instemt, met een beroep op het cultureel bepaalde belang hiervan mede in verband met art. 8 en 14 EVRM en 7 IVRK, is in 2006 niet gehonoreerd door de Hoge Raad.¹⁶⁸ Het is onbekend in hoeverre het scheeflopen van de juridische en religieuze werkelijkheid op deze punten in de praktijk tot problemen leidt.

3.3.4 Doelen aan inhoud en werkelijkheid gekoppeld

Toegang

Dat brengt ons bij de vraag of de doelen van het relatierecht voldoende worden bereikt voor informeel gehuwden. Voor degenen die tevens een burgerlijk huwelijk zijn aangegaan, ligt dit anders dan voor degenen die dat hebben nagelaten. Voor de formeel gehuwden zullen doorgaans de bevindingen uit § 2.4

¹⁶³ Zie art. 1:198 jo. 1:199 voor het juridisch ouderschap en art. 1:251 jo. 1:252 BW; Kruiniger & Van Maanen 2016, p. 244.

¹⁶⁴ Art. 1:198 lid 1 sub a jo. 1:253b lid 1 jo. 1:5 lid 1 BW.

¹⁶⁵ Zie art. 1:392 BW. Niet uitgesloten is dat de moeder bijvoorbeeld een beroep kan doen op artikel 1:394 BW, op grond waarvan de verwekker (die geen juridische vader is) financieel moet bijdragen aan de opvoeding van het kind, maar deze optie lijkt in de praktijk niet daadwerkelijk gebruikt te worden.

¹⁶⁶ Art. 4:10 BW.

¹⁶⁷ Zie art. 1:5 BW.

¹⁶⁸ HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9239, r.o. 3.3-3.6. Art. 4:10 BW.

ook van toepassing zijn. Voor de ongehuwde samenlevers geldt hetgeen in § 3.2.3 naar voren is gekomen. Daarbovenop komt een aantal specifieke problemen, die alleen voor deze groep gelden. Het eerste doel – het bieden van die juridische structuur – wordt onvoldoende bereikt voor degenen die alleen een informeel huwelijk sluiten. Er doen zich wat de toegang tot die juridische structuur van het burgerlijke huwelijk twee problemen voor: de groep die geen toegang heeft tot het burgerlijke huwelijk, en de groep die dat wel heeft, maar er niet voor kiest. De toegang tot de door de overheid geregelde relatievorm kan in drie opzichten problematisch zijn: het leeftijdsvereiste, het vereiste van vrije wil en de voorwaarde dat eerst een burgerlijk huwelijk voltrokken moet worden. Het leeftijdsvereiste is doorgaans van tijdelijke aard (althans voor zover het om een in Nederland te voltrekken huwelijk gaat), omdat de partners vanzelf ouder worden. Het niet voldoen aan de minimum leeftijd of de vrije toestemming kan een reden zijn om geen burgerlijk maar alleen een informeel huwelijk aan te gaan, met als gevolg een risico op kindhuwelijken of huwelijksdwang. Dit kan in strijd zijn met verschillende fundamentele rechten neergelegd in internationale verdragen. De overheid heeft op grond van deze verdragen de positieve verplichting om deze rechten te beschermen.

Onderzoek over huwelijksdwang is niet eenduidig over de aard en omvang van deze problematiek.¹⁶⁹ Wel zijn er schattingen, bijvoorbeeld in 2011 en 2012, van tussen de 674 en 1.914 gevallen waar we in Nederland mee te maken hebben.¹⁷⁰ Een deel van deze huwelijken is in het buitenland gesloten; al is er op dit punt vrij veel onduidelijkheid. Uit verschillende onderzoeken komt echter de verwachting naar voren dat dit aantal zal verminderen. Dit lijkt het gevolg te zijn van onder andere de toenemende individualisering en autonomie van tweede en derde generatie jongeren, voor wie de eigen keuze vaker voorop staat.¹⁷¹ Ook meer actuele schattingen blijven lastig te maken. Het is lastig om dwanghuwelijken die in Nederland zijn gesloten, te herkennen. Feitelijke dwang bij een huwelijk is niet gemakkelijk op te sporen en te bewijzen, de verwantschap (in geval van neef/nichthuwelijken) die als mogelijke indicatie van dwang wordt gezien, is niet

¹⁶⁹ Zie vb. Forum 2014, p. 24-26, waarin wordt geconstateerd dat in de Afghaanse gemeenschap gearrangeerde en gedwongen huwelijken veel voorkomen. Dit wordt niet bevestigd in Rutten 2015, p. 114.

¹⁷⁰ Smits van Waesberghe e.a. 2014, p. 127.

¹⁷¹ Rutten e.a. 2015, p. 116; Smits van Waesberghe e.a. 2014, p. 119-121; Koning & Bartels 2005, p. 19-36.

zonder meer bekend bij de overheid en de formele huwelijksvereisten kunnen worden omzeild door een informeel ('polygaam' of kind)huwelijk te sluiten.¹⁷² De vraag is hoe vaak sprake is van kindhuwelijken. Onderzoek laat zien dat het aantal kindhuwelijken waarmee Nederland in aanraking komt vermoedelijk klein is (in 2013-2014 geschat op 249 per jaar, doorgaans 16-/17-jarigen).¹⁷³ De kinderen die een huwelijk hebben gesloten, worden niet beschermd en missen de rechten die hen toekomen op grond van het huwelijksrecht. De meerderheid van de kindhuwelijken wordt voltrokken tussen 16-/17-jarigen. Kindhuwelijken op 14-/15-jarige leeftijd komen voor, maar onder deze leeftijd is een huwelijks-voltrekking zeldzaam.¹⁷⁴ Het is dus de vraag hoe groot de problematiek daadwerkelijk is. Bedacht moet worden dat de meerderheid van de kindhuwelijken betrekking heeft op een groep minderjarigen die tot de wetswijziging van de Wet tegengaan dwanghuwelijken van eind 2015 in Nederland een burgerlijk huwelijk kon aangaan. Tussen december 2015 en september 2019 bleek de stroom vluchtelingen uit Syrië de meeste – in het buitenland gesloten – kindhuwelijken op te leveren. In deze periode bleek bij de eerste asielaanvraag dat in 450 gevallen één of beide echtgenoten minderjarig was.¹⁷⁵ Deze wetgeving werd ingevoerd om kinderen tegen dwanghuwelijken te beschermen, maar de vraag is of dit werkt.

Een tweede constatering is dat er, ook als er geen huwelijksbeletselen bestaan, regelmatig geen burgerlijk huwelijk wordt gesloten. Het lijkt er op dat een vaker voorkomend probleem niet zozeer de toegang tot het burgerlijk huwelijk is, maar het feit dat een deel van de informeel gehuwden in de verwachting leeft dat daarmee alles goed geregeld is, of in ieder geval niet de stappen zet om een burgerlijk huwelijk te sluiten. Daarbij kan een rol spelen dat in het land van herkomst (van de betrokkenen of hun ouders) het religieuze recht een andere status heeft waardoor de feitelijke en juridisch situatie daar wel overlappen. Uit onderzoek komt naar voren dat het lastig is om met enige zekerheid uitspraken te doen over de motieven van de grote en diverse groep informeel gehuwden in Nederland. Deze diversiteit is het gevolg van de verschillende generaties, religies, culturen en tradities. Desalniettemin kunnen we aan de hand van een aantal onderzoeken in grote lijnen een beeld schetsen, waarbij het vaak om een

¹⁷² Rutten e.a., 2019, p. 11-12 en 73-78.

¹⁷³ Rutten e.a. 2015, p. 102-103.

¹⁷⁴ Rutten e.a. 2015, p. 59-66; FORUM 2014, p. 23; Moors 2014, p. 11 en 12; Roex 2010, p. 158.

¹⁷⁵ Rutten e.a. 2019, p.77.

samenloop van motieven, redenen of aanleidingen lijkt te gaan. De legitimatie van een relatie en seksuele omgang tegenover God en de sociale kring is een van de meest voorkomende motieven om een informeel huwelijk aan te gaan.¹⁷⁶ De keuze om enkel een informeel huwelijk aan te gaan, lijkt tevens door praktische redenen ingegeven te zijn. Denk bijvoorbeeld aan voordelen in verband met de sociale zekerheid die het enkel aangaan van een informeel huwelijk kan bieden. Uit de literatuur komen hiervan overigens geen specifieke voorbeelden naar voren, anders dan dat de informeel gehuwden eventueel recht op bepaalde uitkeringen of partneralimentatie behouden (mits ze niet daadwerkelijk samenwonen).¹⁷⁷ Ook is de onmogelijkheid om een burgerlijk huwelijk aan te gaan vanwege het ontbreken van documenten een motief om te kiezen voor het uitsluitend aangaan van een informeel huwelijk. Huwelijkskandidaten zonder een geldige verblijfsstatus of een vluchtelingenachtergrond kunnen soms niet alle vereiste bescheiden, zoals een geboorteakte, overleggen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, waardoor ze niet voldoen aan de formele huwelijksvereisten van art. 1:44 BW.¹⁷⁸ Als laatste wordt het polygamieverbod als een motief genoemd, waarbij vermoed wordt dat de omvang van deze groep zeer klein is.¹⁷⁹ Hoe groot de problemen precies zijn, en hoe de beide groepen (kunnen c.q. willen geen burgerlijk huwelijk aangaan) zich tot elkaar verhouden is onduidelijk. Duidelijk is wel dat burgers andere verwachtingen hebben van het recht of de juridische regeling niet doorslaggevend vinden om een burgerlijk huwelijk aan te gaan.

Bescherming, ordening en publieke belangen

Ook hier moet een onderscheid gemaakt worden tussen degenen die wel en niet een burgerlijk huwelijk hebben gesloten. In de eerste plaats de informeel gehuwden die ook een burgerlijk huwelijk zijn aangegaan en daarmee een formele status hebben gekregen. Als gevolg van hun burgerlijk huwelijk wordt hun relatie geordend en genieten ze de bescherming die het Burgerlijk Wetboek hen geeft. Deze ordening en bescherming ziet echter niet op de elementen van hun relatie die te maken hebben met de religieuze regels die voortvloeien uit hun informele huwelijk. Als de partners alleen informeel gehuwd zijn, is de status van de kinderen niet in overeenstemming met de verwachtingen van partijen. De

¹⁷⁶ Moors 2014, p. 12-16; Rutten e.a. 2015, p. 81 en 82, 105-111; Van der Leun & Leupen 2009, p. 30-32.

¹⁷⁷ Moors 2014, p. 13 en 17; Rutten e.a. 2015, p. 110.

¹⁷⁸ Moors 2014, p. 10-11; Rutten e.a. 2015, p. 109-110; Van der Leun & Leupen 2009, p. 33-34.

¹⁷⁹ Moors 2014, p. 12; Roex e.a. 2010, p. 156.

kinderen moeten worden erkend en het gezag moet worden aangetekend in de registers. Ook hebben de kinderen niet de achternaam van de vader. Hoe vaak dit een probleem is, is onbekend. De regels over het beëindigen van het huwelijk en de vermogensrechtelijke gevolgen daarvan zijn een terrein waarop het huidige relatierecht niet ordent en beschermt. De vraag is of de overheid op deze wijze wel in staat is om publieke belangen die er bij het relatierecht zijn, te dienen. Immers, het effectueren van mensenrechten en bevorderen van gelijkwaardigheid van echtgenoten is lastig als er geen grip op deze situatie is. In dit kader is huwelijkse gevangenschap een punt van aandacht, doordat de ontbinding van het burgerlijk huwelijk bij wet is geregeld, maar er geen regels zijn voor het beëindigen van het informeel huwelijk. Bij gebrek aan een specifieke regeling wordt getracht (fundamentele) rechten te beschermen via leerstukken uit het algemene vermogensrecht, zoals een vordering op grond van onrechtmatige daad en in de toekomst wellicht als nevenvoorziening bij een formele scheiding.

Ook het inpassen van aan het Nederlands recht onbekende leerstukken als bruidsgave en bruidsschat leidt tot problemen. De omvang van het probleem is lastig in kaart te brengen. Er is wel enige jurisprudentie op dit gebied, maar niet veel en wat daarvan de oorzaak is, is onduidelijk. Het kan zijn dat het probleem zich nauwelijks voor doet, maar het kan ook veroorzaakt worden doordat de stap naar de rechter te groot is. Op grond van het Nederlandse recht bestaat een dergelijke vordering tot betaling van de bruidsgave of bruidsschat niet en is de kans op een succes niet goed in te schatten. Dit weegt voor velen wellicht niet op tegen de kosten van een procedure, nog daargelaten dat de stap naar de rechter zelf op gespannen voet kan staan met de sociale normen. Degenen die een formeel huwelijk hebben gaan al naar de rechter voor de scheiding en voor hen is het makkelijker om een extra vordering voor de bruidsgift of -schat toe te voegen aan het verzoekschrift. Zonder dat het duidelijk is hoe groot het probleem is, kan niet worden geconcludeerd dat de wetgever hier iets aan moet doen.

Aan de andere kant hebben we de groep informeel gehuwden die ongehuwde samenlevers zijn. Ook zij missen de ordening en bescherming, met als gevolg dat er sprake is van rechtsonzekerheid over de regels die op hun affectieve relatie van toepassing zijn, te meer omdat zij naast het algemeen vermogensrecht te maken kunnen hebben met een pakket aan religieuze regels. Een additioneel knelpunt hierbij is dat dit pakket per gemeenschap en zelfs individu substantieel kan verschillen. Voor beide groepen is duidelijk dat het relatierecht in ieder geval op een aantal punten voor verbetering vatbaar is.

DEEL III DE TOEKOMST VAN HET RELATIERECHT

1. Inleiding

In de literatuur wordt doorgaans weinig vanuit een overkoepelende bezinning over de taak van de staat nagedacht en spelen de onderscheiden functies van het relatierecht geen rol. Dat is een gemiste kans, omdat juist die bredere reflectie helpt antwoorden te vinden op de vraag wat de rol van de staat in een veranderende maatschappij is, kan zijn en zou moeten zijn. Om die vraag te kunnen beoordelen is relevant wat door de wetgever wordt beoogd met het relatierecht. Op basis van het Angelsaksische en Nederlandse debat hierover zijn in deel I drie doelen geïdentificeerd die de staat kan nastreven met het relatierecht: het bieden van een juridische structuur voor legitiem geachte relaties, het beschermen en ordenen en het behartigen van publieke belangen. In deel II is onderzocht in hoeverre die doelen voor huwelijk, ongehuwd samenleven en informele huwelijken gerealiseerd worden. Daaruit valt het volgende te concluderen. In de eerste plaats zien we dat er belangrijke aanwijzingen zijn dat er voor de drie onderscheiden functies voor de drie relatievormen op een aantal punten mogelijkheden tot verbetering zijn. Daarbij verdient opmerking dat er vrij weinig bekend is over de effectiviteit van het huwelijks- en relatierecht. Er is geen onderzoek waar de effecten van alle beschermende bepalingen (onder meer alimentatie-, huwelijksvermogens- en pensioenrecht) van het huwelijksrecht geïnventariseerd en getoetst zijn. Daarom gaat het om aanwijzingen dat er problemen zijn, maar hoe groot en voor welke groepen precies is moeilijk hard te maken.

Uit § 2.1 blijkt dat er qua toegang en uitgang voor degenen die *formeel gehuwd* zijn, doorgaans geen probleem is. Problemen doen zich voor hen vooral voor (§ 2.4) met betrekking tot de beschermende ordening van het huwelijk. Er is in Nederland nog altijd sprake van een behoorlijke scheve verdeling van arbeid en zorg tussen partners, met name als er kinderen zijn. De cijfers over de inkomenspositie tussen mannen en vrouwen na echtscheiding lijken aan te geven dat de bescherming beter kan; tegelijkertijd is het echtscheidingspercentage (30-40%) hoog; dus het gaat om vaak voorkomende situaties.

Qua toegang en uitgang doen zich voor de *ongehuwde samenlevers* geen formeel juridische problemen voor (§ 3.2.1 en 3.2.3), maar het is een feit dat het familierecht geen juridische structuur biedt voor ongehuwde samenlevers, ondanks dat dit legitieme relaties (kunnen) zijn. Scheiding komt vaak voor, ook als er kinderen zijn, en is een bron van problemen. Uit § 3.2.3 blijkt dat er

problemen zijn in de verhouding tot de kinderen: dit betreft een verhoogd conflictpotentieel door een niet optimale regeling van afstamming en gezag. Daarnaast geldt met betrekking tot de financiële aspecten na scheiding dat sprake is van rechtsonzekerheid, rechtsongelijkheid en onbillijkheid, terwijl de risico's van een scheve verdeling van werk en zorg tussen partners in het geheel niet worden opgevangen door het recht, door het ontbreken van primair relatierecht (inclusief pensioenrecht) en een regeling in het erfrecht. Deze problemen hebben betrekking op een grote groep partners en kinderen.

Voor *informeel gehuwden* kunnen zich zowel de problemen van gehuwd als ongehuwd samenleven voordoen, met daarbovenop nog een aantal specifieke problemen, die in § 3.3.1-3.3.3 aan de orde gekomen zijn. Het gaat om de toegang tot het huwelijk, huwelijkse gevangenschap en voor degenen die alleen een informeel huwelijk zijn aangegaan, een slechte bescherming van belangen, zowel in relatie tot kinderen, als financieel en vermogensrechtelijk. Dit alles leidt ons tot de conclusie dat het recht voor relaties beter dan thans gebeurt, zijn functies kan realiseren.

Daarbij ligt voor de hand om beleid en wetgeving voor de drie relatietypes in onderlinge samenhang te bezien. Dat klinkt vanzelfsprekend, maar het is duidelijk geworden dat het politieke en juridische debat over huwelijk, ongehuwd samenleven en informele huwelijken gescheiden wordt gevoerd. Het gaat om andere groepen met andere motieven voor deze keuze. Tegelijkertijd is er sprake van overlap, omdat informeel gehuwden die niet tevens een burgerlijk huwelijk sluiten, in een deels vergelijkbare juridische situatie terechtkomen als ongehuwd samenlevers. Daarbij kan rekening worden gehouden met verschillen, bijvoorbeeld dat informeel gehuwden vaker de verwachting hebben dat hun feitelijke situatie overeenstemt met de juridische regeling van het huwelijk, omdat ze informeel gehuwd zijn. In het land en cultuur van herkomst is dat namelijk vaak wel zo. Dat ligt anders voor ongehuwde samenlevers. Een grote groep (ongeveer de helft) heeft wel stappen gezet om bepaalde zaken te regelen. Ze kunnen de verwachting hebben dat het juridisch wel goed geregeld zal zijn. Er is op dit punt weinig echt duidelijk. Verder constateren we dat er meer onderzoek nodig is, bijvoorbeeld over het rechtsbewustzijn van mensen op het terrein van het relatierecht, waar thans nauwelijks iets over bekend is.

Op basis van ons onderzoek komen we dus tot de conclusie dat beleid en wetgeving herijking vragen. Afgezet tegen het beleid van de afgelopen decennia, verdient een aantal aspecten de aandacht. Er is een relatief kort debat gevoerd over

het huwelijk met betrekking tot de toegang voor paren van gelijk geslacht, waarbij een liberale positie is ingenomen waar gelijkheid en inclusiviteit voorop staan. Daarnaast is debat gevoerd over specifieke gevolgen die aan de vooringevulde inhoud van het huwelijk gegeven moeten worden. Daarbij wordt gewezen op de toegenomen emancipatie van vrouwen en de veranderingen in de rol van vaders. Dit is een discussie waarin gender een grote rol speelt. De rechtsgevolgen van het huwelijk – het spreiden van risico's tegen ongelijksoortige investeringen tijdens het huwelijk – zijn in de afgelopen jaren zowel in het huwelijksvermogensrecht als in het alimentatierecht gereduceerd. De beschermende rol is kleiner geworden ten faveure van individuele vrijheid. De Wet verevening pensioenrechten bij scheiding is de uitzondering waar dezelfde mate van bescherming behouden blijft. Het Nederlandse relatievormenbeleid kenmerkt zich verder door dat het niet actief stuurt om burgers een keuze voor het huwelijk te laten maken boven ongehuwd samenleven. Veeleer is het Nederlandse debat gedomineerd geweest door de roep om gelijke behandeling van paren van gelijk geslacht. Het recht om zelf vrije keuzes te maken staat centraal. Het Nederlandse relatierecht is in dit opzicht te kenmerken als liberaal. De staat bemoeit zich niet met de keuzes voor relatievormen en beperkt de normatieve inhoud van het huwelijk. Overigens wordt dat beleid niet toegepast in de context van migratie, waar het familierecht wordt gebruikt om bepaalde relatievormen buiten de deur te houden, zoals schijn- en dwanghuwelijken. Het echtscheidingsrecht is eveneens liberaal en kent geen onderliggend doel om relaties in stand te houden als een of beide echtgenoten dat zelf niet meer willen.

Na kortstondige aandacht van de wetgever na de publicatie van het rapport Koude Uitsluiting, waarin een aantal suggesties werden gedaan ten aanzien van ongehuwd samenleven, is de politieke aandacht voor ongehuwd samenleven weer naar de achtergrond verdwenen.¹⁸⁰ Het is geen thema dat politieke aandacht krijgt, er zijn geen lobbygroepen, en de ene aanbeveling die kon rekenen op steun van de staatssecretaris, namelijk het invoeren van een beter procesrecht, is 9 jaar later nog steeds niet ingevoerd.

Voor informele huwelijken, althans een deel daarvan, is er juist wel actief beleid gevoerd op het tegengaan van de erkenning van niet-legitiem geachte huwelijken waarbij de (kans aanwezig is dat de) individuele vrijheid en mensenrechten van een van de echtgenoten niet gerespecteerd zijn, of men nog te jong is om zelf keuzes te kunnen maken. Ook is er het eerder genoemde wetsvoorstel om de

¹⁸⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 28867 nr. 23 en nr. 29.

uitgang uit een informeel huwelijk tijdens een civiele echtscheidingsprocedure te vergemakkelijken, als één van de echtgenoten niet wil meewerken.

Gelet op deze beleidslijnen voor de drie groepen, is duidelijk dat het nog niet zo simpel zal zijn om tot herijking te komen.

2. Oplossingsrichtingen uit de literatuur

2.1 Rechtstheorie

In de rechtstheoretische en familierechtliteratuur worden verschillende richtingen voor de toekomst gezien:¹⁸¹

1. De regulering van het huwelijk tot een privérelatie, met eventueel nog wel enige regulering in het algemene privaatrecht ten behoeve van rechtszekerheid en rechtsbescherming;
2. Erkenning van meerdere vormen van het huwelijk (of huwelijksregulering) die voldoen aan de doelen van het huwelijksrecht, dus verbreding van het huwelijksrecht;
3. Het behouden van een binair systeem van een formele familierechtelijke status en een informele niet-familierechtelijke status, vanwege het belang van keuzevrijheid, maar met een zekere mate van convergentie van beide op basis van dezelfde functies; en
4. Het geheel opnieuw doordenken hoe zorgrelaties gereguleerd kunnen worden.

De *eerste variant* wordt door sommige Amerikaanse liberale politiek filosofen verdedigd, naar aanleiding van de Amerikaanse discussie of het huwelijk opengesteld zou moeten worden voor homoseksuele koppels. De redenering is als volgt: de overheid dient neutraal te zijn ten aanzien van opvattingen van ‘het goede leven’; individuele burgers moeten dat voor zichzelf uitmaken. Het huwelijk is niet ‘moreel neutraal’, want het verwijst naar waarden als intimiteit, liefde en betrokkenheid. De staat moet het huwelijk niet regelen, maar beschouwen als een privékwestie en de expressieve normatieve betekenis en invulling van het huwelijk overlaten aan (private) religieuze, culturele en sociale

¹⁸¹ Ferguson & Brake, 2018, p. 18-19 noemen o.a. een strikt binaire opvatting van status en non-status relaties, gematigde opvattingen, die eveneens onderscheid maken, maar wel rechtsgevolgen verbinden aan niet-status relaties en ten slotte een volledig functionele visie op relatierecht. Ook spreken ze van uitbreiding en toevoeging van niet-erkende relaties en van het vervangen van de huidige status door een andere. Zie ook Bernstein, 2006, p. 18.

verbanden, met nog wel enige regulering en bescherming in het algemene privaatrecht.¹⁸² Die bescherming past volgens Fineman, mede gezien idealen van gendergelijkheid beter in het algemene privaatrecht dan in het ‘publiekrechtelijke’ familierecht. De enige relatie die volgens Fineman door het familierecht geregeld zou moeten worden is die tussen volwassen zorggever en afhankelijk kind.¹⁸³ Deze privatisering van het huwelijk verzwakt en verplaatst de gegeven structuur en status van het huwelijk (doel 1 van het familierecht) naar een contractueel arrangement. De mate van zekerheid en bescherming (doelen 1 en 2 van het familierecht) voor de partners hangt in deze variant sterk af van de wijze en mate van dwingende regulering in het algemene privaatrecht, de onderhandelingspositie van de partners en de mate waarin van deze privaatrechtelijke regeling gebruik zal worden gemaakt. De publieke doelen (doel 3) worden in deze variant deels ontkend en afgezien van de zorg tussen ouder en kind, deels gezocht buiten het familierecht, namelijk in het algemene privaatrecht (gelijkheid van partijen, autonomie).

De *tweede* variant is het tegendeel van deregulering: het huwelijksrecht wordt juist versterkt en dus ook de status van het huwelijk. Wel zijn meer varianten van het huwelijk denkbaar, zoals polygame of polymorfe huwelijken en religieuze huwelijken. Er kan een interactie ontstaan tussen het civiele huwelijksrecht en het religieuze huwelijksrecht, door bijvoorbeeld meer autoriteiten bevoegd te maken tot het sluiten en ontbinden van het huwelijk en door het stellen van statelijke randvoorwaarden, zoals gelijkheid, aan religieuze huwelijken.¹⁸⁴ Deze variant lijkt de status van het huwelijk te versterken, omdat en voor zover meerdere relaties de functie van het huwelijk vervullen (doel 1). Het biedt daarmee bescherming aan meerdere relatievormen en onderstreept de publieke belangen die bij relaties gemoeid zijn (doelen 2 en 3).

De *derde* variant houdt het onderscheid tussen de status van het huwelijk en relaties zonder formele status in stand, vanwege het idee dat mensen kunnen kiezen tussen het een en het ander. Indien er voor het huwelijk wordt gekozen, is de keuze vervolgens op een aantal punten beperkt vanwege het institutionele karakter van huwelijk als (financiële) zorgrelatie. Toch kunnen aan niet-huwelijkse samenlevingsvorm tot op zekere hoogte rechtsgevolgen worden verbonden, deels vergelijkbaar aan het huwelijk, omdat en voor zover de keuzevrijheid in geval van familiale afspraken gerelativeerd kan worden en de niet-huwelijkse samenlevingsvorm dezelfde functies kan vervullen als het

¹⁸² Nichols 2012, p. 1; Nussbaum 2010, p. 672.

¹⁸³ Fineman 2006, p. 29-69, m.n. p. 30 en p. 58.

¹⁸⁴ Nichols, 2012, p. 5; Eekelaar, 2018, p. 57.

huwelijk.¹⁸⁵ Of – volgens Bix – omdat het niet zozeer de functies vervult die specifiek voor het familierecht zijn, maar omdat eigen relatie-afspraken in het algemeen bezwaarlijk kunnen zijn, omdat afspraken onderdrukkend of uitbuitend zijn of dat één van de partijen geen goed inzicht heeft in de voorwaarden of niet echt kan kiezen om al dan niet in te stemmen met de voorwaarden.¹⁸⁶ Deze variant handhaaft de status quo van het huwelijk, maar geeft een zekere *upgrade* aan ongehuwd samenlevers vanwege de functie- of relatieaspecten van ongehuwde samenlevers. De mate waarin de doelen van het familierecht worden gediend met de erkenning van ongehuwde samenlevers, hangt helemaal af van de wijze waarop de regeling eruit komt te zien.

Tot slot bepleit Fineman het geheel opnieuw doordenken van relaties van afhankelijkheid en zorg. Fineman meent dat voor zover het publieke belang vooral is dat afhankelijkheid wordt opgevangen en kinderen worden verzorgd, hiervoor geen huwelijksrecht nodig is, maar rechtstreekse ondersteuning van die relatie van zorg en afhankelijkheid.¹⁸⁷ Anderen beperken een nieuwe publieke institutie niet tot de relatie van verzorgende ouder(s) en kind, maar menen dat elke intieme zorgrelatie daaronder zou kunnen vallen, dus ook die tussen kinderen en hun ouder wordende ouders en die van ongehuwd samenwonende zusters of nabije vrienden.¹⁸⁸ Deze variant lijkt vooral in te zoomen op het tweede doel van het familierecht, de bescherming tegen kwetsbaarheid. De vraag is dan wel hoe de verdeling van private en publieke zorg eruit zal zien (doel 3).

De oplossingsrichtingen in de rechtstheoretische literatuur stellen het thema ‘status en functie’ aan de orde. Dat is vanwege twee redenen interessant. Allereerst bevraagt het de speciale ordening en bescherming van het huwelijk en brengt niet-formele relaties in beeld die dezelfde of vergelijkbare functies

¹⁸⁵ Zie Ferguson & Brake, 2018, p. 18. Voor de relativisering van de keuzevrijheid: Bix 2018, p. 260. Hij noemt bijvoorbeeld dat mensen in het algemeen de effecten op de lange termijn van het afstand doen van rechten, niet goed kunnen overzien, ongelijkheid in onderhandelingsmacht en instemming in de context van liefde, optimisme en vertrouwen niet steeds goed doordacht en zelfbeschermend is. Ook Leckey, 2018, relateert op p. 127 het belang van de keuze in verband met het huwelijk, inclusief de keuze tussen huwelijk en ongehuwd samenwonen. Hij haalt Scheffer aan die stelt dat op basis van empirisch onderzoek niet kan worden volgehouden dat relaties te reduceren zijn tot ‘voluntary undertakings’. Het gaat veeleer om de ervaring van een gezamenlijke onderneming, waarbij de aard van de relatie en de ‘normative pull’ daarvan een gevoel van verplichting geeft.

¹⁸⁶ Bix 2018, p. 269.

¹⁸⁷ Fineman, 2006, p. 40; Brake 2016, paragraaf 4.2. die meent dat het huwelijk een indirecte strategie is om bescherming aan vrouwen en kinderen te geven.

¹⁸⁸ Smits, 2016, paragraaf 5.2.1.

vervullen als de formele statusrelaties. Dat is relevant voor de regulering van ongehuwd samenleven en het informele huwelijk.

Ten tweede belicht het thema van ‘status en functie’ de mogelijke implicaties voor overheidsregulering, zelfregulering en contractsvrijheid/partijautonomie. Deze implicaties kunnen enerzijds zijn dat de niet-formele relaties het (statelijke) familierecht worden ingetrokken in de vorm van een door de doelen van het familierecht begrensde partijautonomie (variant 3) of een door de doelen van het familierecht uitgebreid huwelijksrecht bestaande uit overheidsregulering en begrensde zelfregulering (variant 2). De implicaties kunnen anderzijds de bijzondere status van het huwelijk afzwakken, met meer ruimte voor partijautonomie, zelfregulering en (wellicht een meer familiale) ordening en bescherming op grond van het algemeen (aanvullend en dwingend) vermogensrecht (variant 1) of zelfs een geheel nieuwe positionering van zorgrelaties (variant 4).

2.2 Nederlandse literatuur

Over de vraag in hoeverre het huwelijksrecht effectief is in het bereiken van de doelen die daarmee worden nagestreefd, is na de jaren tachtig (zie § 1.2) in Nederland nauwelijks geschreven.¹⁸⁹ Het huwelijksrecht wordt als een gegeven beschouwd en er wordt nauwelijks kritisch op gereflecteerd. Voor de twee nieuwe relatietypen (ongehuwd samenleven en informeel huwelijk) ligt dat anders. Daarbij geldt echter dat er niet vanuit een overkoepelend perspectief geanalyseerd is wat goede oplossingen kunnen zijn. In de Nederlandse literatuur zijn verschillende oplossingsrichtingen naar voren gebracht, maar die staan doorgaans los van een reflectie op de doelen van het relatierecht. In het eerder besproken rapport Koude uitsluiting is voorgesteld om een aantal voorzieningen in te voeren voor ongehuwde partners: partneralimentatie; een regeling voor de kosten van de huishouding als in art. 1:84 BW; een vergoedingsrecht als in art. 1:87 BW; een regeling voor de billijke vergoeding voor verrichte arbeid; een specifieke rechterlijke wijzigingsbevoegdheid ten aanzien van samenlevingscontracten, wanneer de omstandigheden sinds de sluiting van het samenlevingscontract zodanig gewijzigd zijn dat instandhouding van het contract op dezelfde wijze niet aanvaardbaar is; en verrekening van tijdens de relatie opgebouwd vermogen of inkomsten en bescherming van de woning.¹⁹⁰ Schrama bepleit, wel gerelateerd aan de doelen van relatierecht, een functionele benadering waarbij het

¹⁸⁹ Hoewel Smits wel de vraag stelt waarom we het huwelijk reguleren, zie Smits 2016.

¹⁹⁰ Antokolskaia e.a. 2011, p. 268-279.

uitgangspunt is dat relaties die dezelfde functies vervullen, ongeacht hun formele status, in aanmerking genomen moeten worden, juist om de publieke belangen die er zijn bij het goed ordenen en beschermen van die relaties te kunnen realiseren. Wel dient er goed nagedacht te worden over de complexiteit van het relatierecht als er weer een nieuwe set regels aan het al complexe systeem wordt toegevoegd.¹⁹¹ Forder en Verbeke meenden in 2005 al dat de tijd voor wetgevend ingrijpen gekomen was, bijvoorbeeld door een aanvullend verrekenregime in te voeren en op andere punten te kijken waar ingrijpen nodig is.¹⁹² Deze ideeën en voorstellen lijken sterk op de derde variant die in de rechtstheoretische literatuur naar voren komt. De functionele benadering van Schrama kan eventueel ook gezien worden als een variant op de vierde variant (het geheel opnieuw doordenken hoe zorgrelaties gereguleerd kunnen worden), in die zin dat niet zozeer het huwelijk als arrangement meerdere vormen kent (de tweede variant) en evenmin alleen de zorgrelatie tussen ouder en kind regeling behoeft (zoals in de invulling door Fineman van de vierde variant), maar wel dat het huwelijk één van de zorgrelaties is die regeling en ordening behoeft, naast andere zorgrelaties. In de literatuur worden veelal oplossingen voorgedragen voor specifieke gevolgen van een informeel huwelijk, waarbij de meeste gericht zijn op het tegengaan van huwelijkse gevangenschap en dwang, maar ook betrekking hebben op vermogensrechtelijke aanspraken zoals de bruidsgave, en een betere regeling van ouderschap.¹⁹³ Het wetsvoorstel inzake het tegengaan van huwelijkse gevangenschap dat de voorstellen in de literatuur en de uitkomsten van rechtszaken combineert, lijkt het meeste in lijn van de derde variant. Het erkent dat er regelingen nodig zijn voor religieus gehuwden, naast de regelingen die bestaan voor formeel gehuwden, soms zelfs als nevenvoorziening in een formele echtscheidingsprocedure. De regeling van bruidsgaves is vergeleken met de voorgestelde maatregelen tegen huwelijkse gevangenschap nog erg zoekend, maar zou ook in de derde variant passen. Naast juridische oplossingen worden tevens middelen of acties voorgesteld die zien op bewustwording en het versterken van de sociale en financiële positie van vrouwen.¹⁹⁴

¹⁹¹ Schrama 2020a, p. 14-25 en 2020b; Schrama 2010, nr. 4 p. 1703-1740.

¹⁹² Forder & Verbeke 2005, p. 489-640.

¹⁹³ Zie voor een uitvoerig onderzoek naar de verschillende oplossingen Kruiniger 2018, p. 6-94; Rutten 2016a, p. 45-50; Rutten *Hernieuwde* 2016b, p. 786-787.

¹⁹⁴ Zie bijv. *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 IV, nr. 110; Swennen 2012.

3. Onze ideeën

We vertrekken vanuit de vier in de literatuur geschetste varianten:

1. deregulering van het huwelijk tot een privérelatie;
2. uitbreiding van de toegang tot het huwelijksrecht;
3. het behouden van een binair systeem van een formele familierechtelijke status en een informele niet-familierechtelijke status; en
4. het geheel opnieuw doordenken hoe zorgrelaties gereguleerd kunnen worden.

Bij het dereguleren van het huwelijk (variant 1) is de verwachting gerechtvaardigd dat de problemen die zich nu al bij alle drie de relatietypen voordoen, maar met name bij het ongehuwd samenleven en informele huwelijken zich in nog sterkere mate doen gevoelen. Immers juist bij die relatievormen moet teruggegrepen worden op algemene vermogensrechtelijke rechtsfiguren en zoals uit onze bespreking blijkt, geeft dat – zonder specifieke wettelijke regeling – veel rechtsonzekerheid en onrechtvaardige uitkomsten. Hoewel het huwelijksrecht in de onderlinge verhouding tussen de echtgenoten niet alle ongelijkheden opheft en voldoende bescherming biedt, heeft het huwelijk wel het voordeel dat het een praktisch en efficiënte manier is om rechtsgevolgen aan de meest voorkomende relatie te bieden, zowel in relatie naar kinderen, onderling en derden (inclusief de overheid). Juist het feit dat er een formeel criterium van begin en eind is, maakt het praktisch zeer geschikt: voor mensen die deze stap zetten mag de wetgever bepaalde veronderstellingen doen over wat de overheid van echtgenoten en zij onderling van elkaar mogen verwachten, en andersom, dat de overheid rekening houdt met deze affectieve zorgrelatie waar dat rechtens relevant is.¹⁹⁵ Hieraan kan nog worden toegevoegd dat het recht om te huwen in art. 12 EVRM verankerd is. Dat betekent niet dat er niets gewijzigd zou kunnen worden aan de inhoud van het huwelijk en het secundair relatierecht, maar wel dat er een juridische mogelijkheid moet zijn om te kunnen trouwen. In theorie zou het relatierecht overgeheveld kunnen worden naar het algemene verbintenissen- en contractenrecht, mits dit op cruciale punten dwingende bepalingen bevat. Als dat niet het geval zou zijn, lijkt dat te veel afbreuk te doen aan belangrijke doelen van het familierecht zoals rechtszekerheid, bescherming, conflictbeslechting, verdeling van publieke en private zorg en (daarmee) een ongewenste versmalling van de regeling van een

¹⁹⁵ Schrama 2004, p. 541-567.

affectieve zorgrelatie voor juist degenen die vanwege de maatschappelijke ordening van zorg niet (even) gelijk en autonoom zijn. Een in bepaalde mate dwingende vermogensrechtelijke en financiële regeling komt dus tegemoet aan enkele belangrijke doelen van het familierecht, in het bijzonder het relatierecht. Het is de moeite waard om zo'n regeling, naast een regeling van het huwelijk (variant 3) verder te doordenken. Het zou kunnen gaan om een wettelijke regeling van een samenlevingscontract. Het regelen van persoonlijke relaties waar financieel voordeel niet het kenmerkende element is, maar juist het affectieve karakter in het vermogensrecht, vraagt wel om een fundamentele beschouwing van de verhouding tussen het familierecht en algemene vermogensrecht anderzijds. Familierecht heeft betrekking op sterk ethisch geladen relaties met een grote emotionele betekenis, terwijl het algemene vermogensrecht juridische relaties regelt die primair zakelijk zijn en met een sterke financiële component. Dat is wezenlijk anders. Daarnaast rijst de vraag of dit voldoende aantrekkelijk is voor ongehuwde samenlevers (die actief stappen moeten zetten om zich te kwalificeren voor zo'n contract) en hun problemen oplost. Voor informeel gehuwden die al menen dat ze een regeling hebben, lijkt dit geen afdoende benadering. Zowel voor hen als voor ongehuwd samenlevers, kan overigens op basis van feitelijk gedragingen beter een oplossing gevonden worden in wettelijke constructies dan in wisselende rechterlijke uitspraken (dus beter niet variant 1).

De vraag is dan of het een beter idee is om de toegang tot de regeling van het huwelijk uit te breiden tot andere relaties (variant 2). Voor kindhuwelijken en huwelijken met dwang ligt dit niet voor de hand, gelet op het debat waarin mensenrechten en gelijkheid cruciaal zijn, net als een vrije keuze op een leeftijd waarin burgers verondersteld kunnen worden zelfstandig keuzes te kunnen maken. Voor informeel gehuwden kan worden nagedacht over een zekere integratie van de voltrekking van een burgerlijk en religieus huwelijk. Een geestelijke zou samen met de ambtenaar van de burgerlijke stand vorm kunnen geven aan een twee fasen-procedure waarbij eerst het burgerlijk huwelijk wordt voltrokken en direct daarna het religieuze huwelijk. Een verdergaande variant zou zijn dat een geestelijke tevens als buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand beide huwelijken in voormelde volgorde voltrekt. Dit zou wel een nieuwe invulling van de scheiding van kerk en staat betekenen. Het lost misschien een aantal problemen op. Allereerst kan het er misschien voor zorgen dat zeker is dat men de juiste huwelijksvolgorde van 1:68 BW volgt en dat niet enkel een informeel huwelijk wordt aangegaan waardoor er een hinkende rechtsverhouding met het burgerlijke recht ontstaat. Ook kan het een oplossing bieden voor de

bruidsgave en -schat voor islamitische echtparen.¹⁹⁶ Doorgaans zal men tot op zekere hoogte wel weet hebben van het bestaan van het recht op de bruidsgave, maar zal dit niet voor of ten tijde van de huwelijksluiting ter sprake worden gebracht. Hier zou een verantwoordelijkheid kunnen liggen voor de imam die het islamitisch huwelijk voltrekt. De vraag is wel of hiernaar kan worden gevraagd, omdat het een zeer persoonlijke en gevoelige aangelegenheid kan zijn. Een imam die tevens het burgerlijk huwelijk voltrekt, zou zich in dit scenario aan vaste procedures moeten houden, waaronder het ter sprake brengen van zowel de bruidsgave als de -schat. De imam zou de wensen van de echtgenoten (wel of geen recht op) en bedragen op papier kunnen zetten, zodat het later makkelijker is om bewijs te leveren van deze schriftelijke overeenkomst. In de literatuur zijn eerder verschillende manieren besproken waarbij een religieuze huwelijksluiting wordt geïncorporeerd in een civiel systeem. Deze manier kan echter als een ontoelaatbare aantasting van het beginsel van scheiding van kerk en staat beschouwd, bezwaren in die richting moeten serieus bekeken worden.¹⁹⁷

Voor de andere situaties levert uitbreiding alleen winst op als het formele karakter losgelaten zou worden door ook niet-gehuwden onder de regeling van het huwelijksrecht te brengen; daarmee zijn we beland bij variant 3. Niet te verwachten is dat ongehuwde samenlevers en informeel gehuwden die nu ook geen stappen zetten een huwelijk te sluiten, wel andere formele stappen zullen zetten om hun relatie te formaliseren, met uitzondering wellicht van een lichte variant op het huwelijk. Daarmee zou de kern van de problematiek ongewijzigd worden.

Wat ons betreft is het goed voor ogen te houden dat affectieve relaties gevolgen hebben in verschillende domeinen: de relatie tussen de partners onderling, de relatie tot kinderen en de relatie tot derden. Variant 4 inzake het geheel doordenken van zorgrelaties lijkt ons noodzakelijk en veelbelovend voor de informele relaties, die in dit hoofdstuk zijn besproken, maar ook voor meerouderschapsrelaties en andere (familiale) zorgrelaties. Maar daarbij moet niet uit het oog verloren worden dat het relatierecht ook buiten de interne relatie belangrijke functies vervult. Het alleen aanknopen bij zorg die voor kinderen of verdere familie verleend wordt, lijkt hiermee slechts een deel van het probleem te beslaan. Als publieke institutie moet het ook de verhouding tot derden beslaan, inclusief de overheid.

¹⁹⁶ Wellicht ook voor andere groepen maar die zijn niet onderzocht in deze bijdrage.

¹⁹⁷ Rutten 2016a, p. 8; Rutten 2001, p. 295-296; Vlaardingenbroek 1990, p. 5-9; Meijers 2002, p. 1898; Wortmann 2001b, p. 1542.

Omdat een verbreding van het huwelijk (variant 2) niet goed aansluit bij mensen die hun relatie niet (willen) formaliseren, zal dit het probleem slechts ten dele verminderen. Om toch, waar nodig, bescherming te bieden, lijkt een wettelijke regeling voor *de facto* relaties de moeite van het verder doordenken waard (variant 3). Daarbij kan het rechtsvergelijkend werk van de *Commission on European Family Law* een rol spelen.¹⁹⁸ Daaruit blijkt dat regelingen in andere Europese landen veel varianten kennen, waaronder het verbinden van vermogensrechtelijke gevolgen en onderhoudsverplichtingen aan relaties die bijvoorbeeld drie of vijf jaar bestaan of als er een kind binnen de relatie is geboren. De toepassing van een dergelijke relatierechtelijke regeling van *de facto* relaties kan door partijen voorkomen worden als zij zelf een toereikende en niet onevenredig belastende contractuele regeling maken. Op deze wijze kan een juridische (relatierechtelijke) structuur zekerheid bieden (doel 1) en op een evenwichtigere wijze dan tot nu toe privaatrechtelijke relationele autonomie waarborgen en publiekrechtelijke bescherming bieden tegen kwetsbaarheid (doelen 2 en 3). We zien het als een rol van de staat om voor veelvoorkomende relatietypen waar de bescherming en publieke belangen niet voldoende geborgd zijn, om een regeling te geven, die echter proportioneel is in relatie tot de relatie- en godsdienstvrijheid. Verder menen we dat, ondanks een tegengestelde trend, de rol van de staat groter zou moeten worden waar het gaat om de waardering van zorgrelaties. Het resultaat van het niet goed functioneren van het (primair en secundair) relatierecht leidt ertoe dat de zorggever teveel te moeten opdraaien voor wat niet (door partner, markt en politiek) structureel geregeld is.

Tot slot denken we dat het nodig is het primair en secundair relatierecht te betrekken in het debat. De oplossingsrichtingen in de literatuur liggen met name in het primaire relatierecht. Dit kan echter niet zonder het secundaire relatierecht. Bescherming tegen een te grote zorgafhankelijkheid in het primaire relatierecht kan misschien door de welvarenden worden opgebracht, maar mensen met een modaal of lager inkomen en/of vermogen lukt dat niet of minder goed. Variant 4, die een nieuwe publiekrechtelijke regeling voor intieme zorgrelaties voorstaat, zou verder kunnen gaan. Bescherming vanwege zorg voor kinderen is ook een kwestie van gelijke verdeling van zorg en arbeid, van gelijke arbeidsmarktkansen en van ondersteuning door overheid en anderen, om zorg voor anderen feitelijk mogelijk te maken. Dat vraagt om een veel bredere insteek, die in verder onderzoek bekeken zou kunnen worden.

¹⁹⁸ Boele-Woelki e.a. 2019; Schrama 2020b.

4. Bibliografie

Adema e.a. 2019

Y. Adema, K. Folmer, S. Rabaté, D. Visser & M. Vlekke, *Arbeidsparticipatie, gewerkte uren en economische zelfstandigheid van vrouwen*, CPB Notitie september 2019, www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/cpb-notitie-economische-zelfstandigheid-vrouwen_fin2.pdf, laatst geraadpleegd 23 november 2019.

Akgündiz 2010

A. Akgündüz, *Introduction to Islamic Law*, Rotterdam: IUR Press 2010.

Alejandro Perez & Portegijs 2018

S. Alejandro Perez, W. Portegijs, *Wie zorgt er voor de zieke naaste?*, Emancipatiemonitor, SCP/CBS, Den Haag 2018.

Antokolskaia e.a. 2011

M.V. Antokolskaia e.a., *Koude uitsluiting, Materiële problemen en onbillijkheden na scheiding van in koude uitsluiting gehuwde echtgenoten en na scheiding van ongehuwd samenlevende partners, alsmede instrumenten voor de overheid om deze tegen te gaan*, Den Haag: WODC 2011.

Antokolskaia 2018

M.V. Antokolskaia, 'Einde van het huwelijk en geregistreerd partnerschap', in: W.M. Schrama, M.V. Antokolskaia en G. Ruitenberg (red.), *Familierecht, Een introductie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.

Berger 2011

M.S. Berger, Het afdwingen van een islamitische verstoting, *TvRRB* 2011 (2)2.

Berger 2019

M.S. Berger, Het islamitische echtscheidingsrecht, *EB* 2019/27.

Bernstein 2006

A. Bernstein (ed.), *Marriage Proposals: Questioning a Legal Status*, New York: New York University Press 2006.

Bix 2018

B.H. Bix, 'Private Ordering in Family Law', in: E. Brake & L. Ferguson (ed.), *Philosophical Foundations of Children's and Family Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Boele-Woelki, Curry-Sumner & Schrama 2007

K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, M. Jansen en W.M. Schrama, *Huwelijk of geregistreerd partnerschap?*, Deventer: Kluwer 2007.

Boele-Woelki, Mol & van Gelder 2016

K. Boele-Woelki, C. Mol & E. van Gelder (eds.), *European Family Law in Action Volume V: Informal Relationships*, 2015.

Mol 2016

C. Mol, Reasons for Regulating Informal Relationships: A comparison of nine European jurisdictions, *ULR* 2016, Volume 12, Issue 2 (June) 2016, <http://doi.org/10.18352/ulr.347>.

Boele-Woelki e.a. 2019

K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González-Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, V., *Todorova, Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, Antwerp 2019.

Brake 2016

E. Brake, 'Marriage and Domestic Partnership', *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.

Van Brakel & Arts 2017

M. van Brakel & K. Arts, 'Trends in de financiële gevolgen van een echtscheiding voor man en vrouw', *Sociaaleconomische trends 2017/3*, CBS, Den Haag 2017.

Braun 2012

S.C. Braun, 'Gevangen in het huwelijk', *FJR* 2012/71.

Breederveld 2018

B. Breederveld, 'Het huwelijksvermogensrecht', in: W.M. Schrama, M.V. Antokolskaia en G. Ruitenberg (ed.), *Familierecht, Een introductie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018.

Cherlin 2009

A.J. Cherlin, *The Marriage-Go-Round. The State of Marriage and the Family in America Today*, Random House New York: New York 2009.

Deogratias 2019

B. Deogratias, *Trapped in a religious marriage: A human rights perspective on the phenomenon of marital captivity*, Antwerpen: Intersentia 2019.

Diduck 2011

A. Diduck, 'What is Family Law For?', *CLP* 2011, Volume 64.

Eichner 2007

M. Eichner, 'Principles of the Law of Relationships among Adults', *FLQ* 2007.

Van Eijk 2016

E. van Eijk, *Wel gescheiden, niet gescheiden? Huwelijkse gevangenschap in Nederland*, Maastricht: Universiteit Maastricht 2016.

Eekelaar & George 2020

J. Eekelaar & R. George, *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, London: Routledge 2020.

Esvelde e.a. 1995

I. Esvelde, I. Kulu-Glasgow, J. Schoorl & H. van Solinge, *Migratiemotieven, migratienetwerken en Partnerkeuze van Turken en Marokkanen in Nederland*, Den Haag: NIDI 1995.

Ferguson & Brake 2018

L. Ferguson & E. Brake, 'Introduction, The Importance of Theory to Children's and Family Law', in: E. Brake & L. Ferguson (ed.), *Philosophical Foundations of Children's and Family Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Fineman 2006

M.A. Fineman, 'The meaning of marriage', in: A. Bernstein (ed.), *Marriage Proposals: Questioning a Legal Status*, New York: New York University Press 2006.

Forder & Verbeke 2005

C. Forder en A. Verbeke, 'Geen woorden maar daden. Algemene rechtsvergelijkende conclusies en aanbevelingen' in C. Forder en A. Verbeke, *Gehuwd of niet, Maakt het iets uit?*, Antwerpen: Intersentia 2005.

FORUM 2014

FORUM, Verkenning april 2014. *Migrantengemeenschappen over huwelijksdwang*, Utrecht: FORUM 2014.

Van Gaalen, Van Houdt & Poortman 2019

R. van Gaalen, K. van Houdt, A.R. Poortman, *Trouwen, kinderen krijgen en (echt)scheiden naar opleidingsniveau, Demografische beslissingen binnen huishoudens aan het begin van de 21e eeuw*, Statistische trends, Den Haag: CBS 2019.

Hes 1984

J. Hes, 'Dereguleren en bezuinigen: schaf het huwelijk af', *NJB* 1984.

Heyvaert 1979-1980

A. Heyvaert, 'Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk', *RW* 1979-1980.

Hiekel & Keizer 2015

N. Hiekel & R. Keizer, *Risk-avoidance or utmost commitment? Dutch focus group research on cohabitation and marriage*, Demographic Research 2015.

Ibili 2019

F. Ibili, De rol van de Nederlandse rechter bij de ontbinding van informele religieuze huwelijken, *EB* 2019/25.

Jordens-Cotran 2000

L. Jordens-Cotran, De kwalificatie van de bruidsgave, *NIPR* 2000.

De Koning & Bartels 2005

M. de Koning & E. Bartels, *Over het huwelijk gesproken; partnerkeuze en gedwongen huwelijken onder Marokkaanse, Turkse en Hindoestaanse Nederlanders*, Den Haag: Drukkerij Palace Print 2005.

Kruiniger & van Maanen 2016.

P. Kruiniger & G. van Maanen, Jewish and Muslim women in marital captivity: the tort action as a solution?, in: O. Vonk e.a. (red.), *Grootboek. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Gerard René de Groot ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht aan de Universiteit Maastricht*, Deventer: Kluwer 2016

Kruiniger 2018

P. Kruiniger, *Niet langer geketend aan het huwelijk! Juridische instrumenten die huwelijkse gevangenschap kunnen voorkomen of oplossen*, Maastricht: Maastricht University 2018.

Kruiniger e.a. 2019

P. Kruiniger, G.van Maanen, S. Rutten & B. Deogratias (ed.), *Marital captivity: Divorce, religion and human rights*, Den Haag: Eleven International publishing 2019.

Kruiniger & Rutten 2019

P. Kruiniger & S.W.E. Rutten, Informele huwelijken en huwelijkse gevangenschap: wat iedere praktijkjurist moet weten, *EB* 2019/26.

Kuik, Schrama & Verstappen 2014

P. Kuik, W.M. Schrama & L.C.A. Verstappen, Samenlevingscontracten in de notariële praktijk, *F&R* 2014, okt.-dec., doi: 10.5553/FenR/000017.

Labohm 2011

A.N. Labohm, Samenlevers met en zonder contract, *EB* 2011/7.

Latten 2005

J. Latten, 'Trends in samenleven en trouwen: informalisering en de schone schijn van burgerlijke staat', in: C. Forder en A. Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Lecky 2018

R. Leckey, 'Cohabitants, Choice and the Public Interest', in: E. Brake & L. Ferguson (ed.), *Philosophical Foundations of Children's and Family Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Leonhard-Strein & Orbains 2017

W.H.A. Leonhard-Strien & F. Oirbans, Hoofdstuk 10 Einde samenleving (anders dan door overlijden), in: A.R. Autar, W.M. Schrama (red.), *Compendium samenwonen*, Den Haag: SDU 2017.

Van der Leun & Leupen 2009

J. van der Leun & A. Leupen, *Informele huwelijken in Nederland; een exploratieve studie*, Leiden: Universiteit Leiden 2009.

Liefbroer & Rijken 2019

A. Liefbroer & A. Rijken, *Hoe geloof ons denken over het huwelijk beïnvloedt*, Demos, September 2019, <https://nidi.nl/demos/hoe-geloof-ons-denken-over-het-huwelijk-beinvloedt/>.

Loof 2018

W. Loof, Islamitische echtscheiding en de burgerlijke rechter, *EB* 2018/97.

Van Maarseveen 1985

H. van Maarseveen, 'Het huwelijk privatiseren', *FJR* 1985/2.

McClain 2006

L.C.McClain, 'What Place for Marriage (E)quality in Marriage Promotion?', in: A. Bernstein (ed.), *Marriage Proposals: Questioning a Legal Status*, New York: New York University Press, 2006.

Meijers 2002

A. P. H. Meijers, 'Art. 1:68 BW en art. 449 Sr: dor hout', *NJB* 2002/38.

Moors 2014

A. Moors, *Motieven om islamitische huwelijken aan te gaan*, Utrecht: FORUM 2014.

Nichols 2012

J.A. Nichols, 'Introduction', in: J.A. Nichols (ed.), *Marriage and divorce in a multicultural context: multi-tiered marriage and the boundaries of law and religion*, Cambridge: Cambridge Books Online 2012.

Nussbaum 2010

M. Nussbaum, 'A right to marry?', *CLR* (98) 2010.

Onay 2016

A.H. Onay, 'De mahr gekwalificeerd', *FJR* 2016/39.

Portegijs e.a. 2016

W. Portegijs, M. van den Brakel, m.m.v. M. Hartgers, M. Akkermans, *Emancipatiemonitor 2016*, SCP/CBS, Den Haag 2016.

Portegeijs, Alejandro Perez & van den Brakel 2018

W. Portegijs, S. Alejandro Perez & M. van den Brakel, 'Wie zorgt er voor de kinderen?', *Emancipatiemonitor* 2018, SCP/CBS, Den Haag 2018.

Reinhartz 2012

B.E. Reinhartz, *Invloed van islamitische rechtsfiguren in het civiele recht in Nederland*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2012.

Te Riele 2019

S. te Riele, *Opvattingen over trouwen, samenwonen en scheiden*, *Statistische trends*, CBS 2019.

Roex, van Stiphout & Tillie 2010

I. Roex, S. van Stiphout & J. Tillie, *Salafisme in Nederland: aard, omvang en dreiging*, Amsterdam: Instituut voor Migratie- en Etnische Studies 2010.

Rutten 2001

S.W.E. Rutten, 'Culturele diversiteit in het Nederlandse recht', in: P.B. Cliteur & V. Van den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Rutten 2007

S. Rutten, De bruidsgave: op zoek naar goud, *NIPR* 2007/2.

Rutten 2009

S.W.E. Rutten, Een andere aanpak van de islamitische bruidsgave, *FJR* 2009/119.

Rutten e.a. 2015

S.W.E. Rutten e.a., *Gewoon getrouwd. Een onderzoek naar kindhuwelijken en religieuze huwelijken in Nederland*, Maastricht: Universiteit Maastricht 2015.

Rutten 2016a

S.W.E. Rutten, Ouderschap en ouderlijk gezag bij niet-erkende islamitische huwelijken, *Justitiële verkenningen*, jrg. 42, nr. 4, 2016.

Rutten 2016b

S.W.E. Rutten, Hernieuwde bezinning op informele religieuze huwelijken, *NJB* 2016/592.

Rutten e.a. 2019

S.W.E. Rutten e.a., *Onderzoek naar de werking van de Wet tegengaan huwelijksdwang in de praktijk*, Den Haag: WODC 2019.

Schmidt 2005

G.E. Schmidt, *Juridische aspecten van gedwongen huwelijken. Onderzoek voor de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken*, Den Haag: Drukkerij Palace Print 2005.

Schrama 2004

W.M. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, Deventer: Kluwer 2004.

Schrama 2008

W.M. Schrama, 'Family function over family form in the law on parentage?', *ULR* 2008, Volume 4 issue 2.

Schrama 2009

W.M. Schrama, Groot vermogensrechtelijk nadeel als gevolg van een liefdesrelatie, Wie onverstandig handelt, heeft pech, ook al maakt liefde slechtziend, *FJR* 2009/4.

Schrama 2010

W.M. Schrama, Een redelijk en billijk relatierecht, *TPR* 2010/4.

Schrama 2011

W.M. Schrama, Ongehuwd samenwonen en kosten van de huishouding, *TE* 2011/6.

Schrama 2014

W.M. Schrama, Vermogensverschuivingen na scheiding van ongehuwde samenlevers: contractuele grondslagen (deel 1 en deel 2), *REP* 2014/5.

Schrama 2015

W.M. Schrama, Kroniek relatievermogensrecht ongehuwde samenlevers, *FJR* 2015/9.

Schrama 2016a

W.M. Schrama, De beperkte gemeenschap van goederen en ongehuwd samenleven, *FJR* 2016/10.

Schrama 2016b

W.M. Schrama, Aanpassing afstammings- en gezagsrecht gewenst voor ongehuwd samenwonende ouders, *Justitiële Verkenningen* 2016/4, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016.

Schrama 2016c

W.M. Schrama, Over vaders, seks en afstamming: het afstammingsrecht voor verwekkers kritisch beschouwd, *AA* maart 2016/3

Schrama 2018a

W. Schrama, Het afstammingsrecht, in: W.M. Schrama, M.V. Antokolskaia en G. Ruitenberg (ed.), *Familierecht, Een introductie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2018.

Schrama 2018b

W.M. Schrama, Het erfrecht uitgedaagd door maatschappelijke ontwikkelingen: ongehuwd samenleven en meerouderschap, in: P. de Beer, J. van der Meer, J. Plantenga, W. Salverda, *Voor wie is de erfenis?*, Amsterdam: Uitgeverij van Gennip 2018.

Schrama 2018c

W.M. Schrama, ‘Scenario’s voor het relatierecht: van “alles blijft bij het oude” via een hink-stap-sprong naar wetgeving voor alle samenleefrelaties’, *WPNR* 2018/7220.

Schrama 2020a

W.M. Schrama, ‘Marriage and alternative status relationships in the Netherlands’, in: J. Eekelaar & R. George, *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, London, Routledge 2020.

Schrama 2020b

W.M. Schrama, ‘Empowering Private Autonomy as a Means to Navigate the Patchwork of EU Regulations on Family Law’, in J. Scherpe en E. Bargelli, *The past and future of family law in Europe*, Intersentia 2020.

Schwitters 2008

J.S. Schwitters, *Recht en samenleving in verandering: inleiding in de rechtssociologie*, Deventer: Kluwer 2008.

Smits van Waesberghe e.a. 2014

E. Smits van Waesberghe, I. Sportel, L. Drost, E. van Eijk & E. Diepenbrock, *Zo zijn we niet getrouwd. Een onderzoek naar omvang en aard van huwelijksdwang, achterlating en huwelijksgevangenschap*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut, 2014.

Smits 2016

J.M. Smits, *Advanced Introduction to Private Law: Family Law*, Edward Elgar Publishing 2016.

Spalter 2007

N.D. Spalter, ‘Gevangen in het huwelijk’, *FJR* 2007/15.

Sterckx & Bouw 2005

L. Sterckx & C. Bouw, *Liefde op maat. Partnerkeuze van Turkse en Marokkaanse Jongeren*, Amsterdam: Het Spinhuis 2005.

Storms & Bartels 2008

O. Storms & E. Bartels, *De keuze van een huwelijkspartner. Een studie naar partnerkeuze onder groepen Amsterdammers*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2008.

Swennen 2004

F. Swennen, *Het huwelijk afschaffen?*, Antwerpen: Intersentia 2004.

Swennen 2012

F. Swennen, Liever paria dan sharia, *FJR* 2012/61.

Ter Voert 2019

M. Ter Voert, *Factsheet 2020-1, Scheidingen 2019. Gerechtelijke procedures en gesubsidieerde rechtsbijstand*, WODC 2020.

Van Thor, Portegijs & Hermans 2018

J. van Thor, W. Portegijs en B. Hermans, 'Gaan vrouwen steeds meer werken?', *Emancipatiemonitor 2018*, Den Haag: SCP/CBS.

Verleg, Maarseveen & Korthuis 1984

D. Verleg, H. van Maarseveen & S. Korthuis, 'Het huwelijk de rechtsorde uit', *NJB* 1984, afl. 28.

Van der Velden 2012

F.J.A. van der Velden, Religie als voorrangsregel, in: F. Ibili e.a. (red.), *IPR in de spiegel van Paul Vlas*, Deventer: Kluwer 2012.

Van der Velden 2016

F.J.A. van der Velden, *Inleiding in de shari'a. Een kennismaking met het recht van de islam en van de islam-georiënteerde wereld*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Vlaardingerbroek 1990

P. Vlaardingerbroek, 'De plaats van huwelijksvoltrekking in een pluriforme samenleving', *HPS* sept/okt 1990.

Waaldijk 2003-2004

K. Waaldijk, 'Others may follow: The introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European Countries', 38 *NELR* 2003-2004.

Wakker 2016

A. Wakker, De juridische problemen van ongehuwde samenlevers op een rij, *EB* 2016/62.

Willekens 1982

H. Willekens, 'De werking van grondrechten in de verhouding tussen samenwonende seksuele partners' in: K. Rimanque (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982.

Wortmann 2001a

S.F.M. Wortmann, 'Zo zijn we niet getrouwd. De openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht', *AA* 2001.

Wortmann 2001b

S.F.M. Wortmann, 'Kroniek van het personen- en familierecht', *NJB* 2001.

MIJN WIL IS WET! DE AUTONOMIE VAN MINDERJARIGEN IN HET NEDERLANDSE PERSONEN- EN FAMILIERECHT

Charlotte Mol, Soraya Bou-Sfia, Joost Huijer

1. Inleiding

Hoera! Eindelijk achttien jaar. Kersverse jongvolwassenen kunnen vieren dat ze ‘eindelijk’ alcohol mogen drinken en dat ze alleen, zonder bijzitter, met hun rijbewijs de weg op mogen. Belangrijker, juridisch gezien, is het bereiken van de wettelijke grens van meerderjarigheid. Alle rechten en plichten van volwassenen gelden vanaf het moment dat jongeren achttien worden. Binnen de grenzen van de wet komt volwassenen autonomie toe, waaronder zelfbeschikkingsrechten en procesbekwaamheid. Dit geldt niet voor minderjarigen: hun autonomie is beperkt en zij zijn in beginsel procesonbekwaam. Wel is er sprake van gestaag ‘toenemende autonomie’: naargelang minderjarigen opgroeien – van baby naar peuter, van kleuter naar tiener – groeien hun rechten en plichten mee. Deze ‘toenemende autonomie’ van minderjarigen krijgt de laatste jaren meer aandacht. Dit is mede te danken aan de internationale kinderrechtenbeweging en het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK), die een cruciale rol hebben gespeeld in het aanmerken van minderjarigen als rechtssubject in plaats van enkel een rechtsobject.¹ Het heeft geleid tot een ander perspectief op minderjarigen: het uitgangspunt van bescherming is uitgebreid met ‘*empowerment*’. Minderjarigen zijn zelf dragers van rechten, hebben een eigen stem en een bepaalde mate van autonomie.

De tendens van ‘toenemende autonomie’ voor minderjarigen is ook zichtbaar met betrekking tot procedurele bevoegdheden. De wet geeft minderjarigen in verschillende deelgebieden van het personen- en familierecht namelijk uiteenlopende processuele bevoegdheden. Dat deze bevoegdheden afhankelijk zijn van de leeftijd van de minderjarige en de aard van de procedure is bekend. In eerder onderzoek is geconstateerd dat in het personen- en familierecht een complex stelsel is ontstaan waarin verschillende uitzonderingen worden gemaakt op het uitgangspunt van de procesonbekwaamheid van de minderjarigen.² Zelfs met de wetboeken op schoot is het een opgave een heldere lijn te ontdekken in de wetgeving waarin de rechtspositie van de minderjarige is geregeld. Zo is een

¹ Doek 2006, p. 199-200.

² Vgl. Jansen 2016; Van Leuven & De Klerk 2013.

twaaalfjarige in de verzoekschriftprocedure tot zijn ondertoezichtstelling procesonbekwaam, maar kan hij na het uitspreken van de maatregel wel een groot aantal verzoeken doen die betrekking hebben op de uitvoering van de maatregel. Diezelfde minderjarige is formeel procesonbekwaam in gezag- en omgangszaken, maar kan zich wel informeel en zelfstandig tot de rechter wenden, ook onder de leeftijd van twaalf jaar. Gaat het om het verbreken of vestigen van afstammingsbanden, bijvoorbeeld een ontkenning van het ouderschap, dan kan de minderjarige als verzoeker worden aangemerkt, waarbij in ieder geval in het wetboek geen leeftijdsgrens wordt gehanteerd. Dit verzoek kan echter alleen door een bijzondere curator namens de minderjarige worden gedaan.

Het geschetste hapsnap-beeld wordt versterkt door het feit dat rechtbanken soms verschillend lijken om te gaan met de processuele bevoegdheden van minderjarigen, bijvoorbeeld ten aanzien van de informele rechtsingang.³ Dit gebrek aan consistentie is niet per definitie problematisch. Er kunnen gegronde redenen bestaan om verschillend te oordelen in rechtszaken over de processuele bevoegdheden van minderjarigen. Bezien vanuit de positie van de minderjarige is consistentie in de wetgeving en praktijk echter wel na te streven. In een stelsel waarin per procedure een andere leeftijdsgrens geldt voor het uitoefenen van bevoegdheden, is het voor de minderjarige lastig zijn positie te bepalen en dat komt de mogelijkheid om effectief te participeren vermoedelijk niet ten goede. Daarnaast is een consistent beleid over de processuele bevoegdheden van minderjarigen in het personen- en familierecht ook logisch, omdat de zich ontwikkelende vermogens van de minderjarige als uitgangspunt voor toekenning van bevoegdheden zou moeten gelden. Het idee van een stapsgewijs groeiend geheel van wettelijke rechten en plichten naarmate minderjarigen zich ontwikkelen volgt primair uit het concept *evolving capacities of the child* (art. 5 IVRK in samenhang met art. 12 IVRK). Besluit de wetgever een leeftijdsgrens te hanteren of de processuele bevoegdheden van minderjarigen uit te breiden of in te perken, dan mag worden verwacht dat hier duidelijke overwegingen aan ten grondslag liggen. Het beschermen van de minderjarige of het beschermen van de belangen van andere partijen, gezien de aard van de procedure, zou zo'n duidelijke overweging kunnen zijn.

In deze bijdrage staat de vraag centraal of er sprake is van een (verklaarbaar) verschil in de mate van autonomie van minderjarigen in verschillende juridische procedures, waaronder kinderbeschermingsprocedures, procedures over rechten en plichten van ouders en procedures over aspecten van de identiteit van

³ Zie hierover van Leuven & De Klerk 2013.

minderjarigen. De bijdrage vangt aan met een theoretisch kader waarin wordt ingegaan op het in dit onderzoek gehanteerde begrip ‘autonomie’, alsook op de vraag hoe dit begrip in het IVRK tot uiting komt (meer specifiek in art. 5, 9 en 12 IVRK). Vervolgens worden verschillende deelgebieden van het personen- en familierecht in het licht van autonomie behandeld, namelijk die inzake identiteitskenmerken, gezag en omgang en jeugdbeschermingsrecht.⁴ Tot het juridische gebied omtrent identiteitskenmerken worden het naamrecht, de geslachtsregistratie en het afstammingsrecht gerekend. De mogelijkheden voor minderjarigen tot het initiëren van procedures, het participeren in procedures en het (mee)beslissen in de verschillende deelgebieden worden uiteengezet. Daarbij wordt steeds onderzocht wat de reden van de wetgever is geweest om daarbij al dan niet een leeftijdsgrens of andere rijpheidsgrens te hanteren. Tot slot vinden een vergelijking en evaluatie plaats van de mate van autonomie in de behandelde deelgebieden. De hypothese wordt getoetst of minderjarigen meer autonomie toekomt in procedures die het belang van minderjarigen directer raken.⁵ Verwacht wordt dat in de wetgeving een consistente aan de leeftijd verbonden graduele autonomie wordt aangehouden met weloverwogen leeftijdsgrenzen. Voorts wordt vermoed dat in procedures waarin de vrijheid van minderjarigen beperkt wordt, zoals bij gesloten jeugdhulp, minderjarigen meer autonomie toekomt dan in procedures waarin dit niet het geval is.

2. Theoretisch kader

Voordat de processuele bevoegdheden van minderjarigen in het personen- en familierecht aan bod komen, wordt stilgestaan bij het theoretisch kader behorend bij de autonomie van minderjarigen. Allereerst wordt het begrip autonomie in het kader van dit onderzoek uitgelegd, waarna dit begrip in relatie tot enkele in dat kader belangrijke kinderrechten uit het IVRK wordt beschouwd.

2.1 Autonomie

Autonomie is een begrip dat openstaat voor verschillende interpretaties.⁶ Met betrekking tot minderjarigen en hun rechten, verwoordde het EHRM in *M. en M. tegen Kroatië* (2015) het speciale karakter van autonomie waarbij dit begrip ten aanzien van volwassenen wordt afgezet tegen dat van minderjarigen:

⁴ Het alimentatierecht, vermogensrecht en medische behandelingsovereenkomsten worden in deze bijdrage buiten beschouwing gelaten. De gestelde leeftijdsgrenzen voor het verkrijgen van afstammingsinformatie (donorkinderen, adoptiekinderen) komen ook niet aan bod.

⁵ Zie hierover Lundy, Tobin & Parkes 2019, p. 412.

⁶ Zie bijvoorbeeld Anderson 2014.

‘This right to personal autonomy – which in case of adults means the right to make choices as to how to lead one’s life, provided that this does not unjustifiably interfere with the rights and freedoms of others – has a different scope in case of children. [...] This circumscribed autonomy in case of children, which gradually increases with their evolving maturity, is exercised through their right to be consulted and heard.’⁷

In beginsel betreft autonomie voor volwassenen het recht op zelfbeschikking, dus het recht op vrije meningsuiting, verantwoordelijkheid nemen voor het eigen leven en het recht om, voor zover dat mogelijk is, zelf keuzes te maken voor het eigen leven.⁸ Dat het begrip autonomie bij minderjarigen een andere strekking heeft, komt door de heersende opvatting dat minderjarigen, in tegenstelling tot volwassenen, geen volledige autonomie hebben.⁹ In plaats daarvan neemt de autonomie van minderjarigen geleidelijk toe in lijn met de ontwikkeling van diens vermogens (zie ook art. 5 IVRK).¹⁰ Volgens Bruning en Van der Zon wordt de autonomie van minderjarigen ingevuld door zelfbeschikkingsrechten, in beginsel door het meedenken en meebeslissen over de inrichting van hun eigen leven: ‘hoe groter de invloed van het kind op de uiteindelijke beslissing, des te groter is ook de autonomie van het kind’.¹¹ De betekenis van ‘de autonomie van minderjarigen’ zoals in deze bijdrage wordt aangehouden sluit hierbij aan. Het betreft zelfbeschikking, in de zin van het uitspreken van een mening, meedenken en (mee)beslissen, in procedures op het terrein van het familierecht.

In deze bijdrage heeft autonomie betrekking op drie componenten, te weten: initiëren, participeren en (mee)beslissen. Elk van deze drie onderdelen ziet op een andere fase in personen- en familierechtprocedures. Zie figuur 1 hieronder, waarbij de zwarte lijn de juridische procedure voorstelt en de gekleurde vierkanten het moment van betrokkenheid van de minderjarige aangeven.

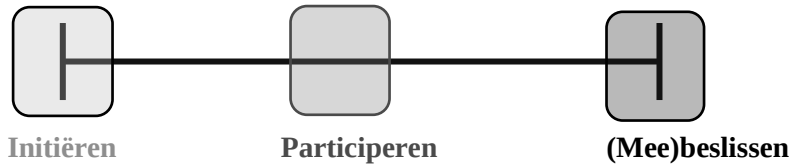
⁷ EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M. en M. tegen Kroatië*), § 171.

⁸ Zie Couzens 2007, p. 420; Daly 2018, p. 9.

⁹ Zie ook Alderson 2014, p. 9-10; EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M. en M. tegen Kroatië*), § 171.

¹⁰ Zie Hodgkin & Newell 2007, p. 80; Lansdown 2005, p. 4.

¹¹ Bruning & Van der Zon 2010, p. 131.



Figuur 1: Autonomie van minderjarigen gedurende een procedure

Het eerste onderdeel waarbij de wet autonomie aan minderjarigen kan toekennen is ‘inititiëren’. Het gaat daarbij om de mogelijkheid van minderjarigen om zelf een juridische procedure in gang te zetten. De meeste personen- en familierechtszaken kunnen alleen worden gestart door volwassenen, zoals ouders, of door overheidsinstanties, zoals de Raad voor de Kinderbescherming. Soms is deze bevoegdheid echter (ook) aan minderjarigen toegekend.

Het tweede onderdeel, ‘participeren’, betreft de positie van minderjarigen tijdens een reeds lopende procedure. Een belangrijk voorbeeld hiervan is het hoorrecht. Het onderdeel valt uiteen in de keuze van minderjarigen of, en zo ja, hoe ze willen participeren in het proces. De mogelijkheid om te kunnen participeren is zeer relevant voor minderjarigen omdat zij zelden de positie van een (volledige) procespartij innemen en op deze wijze dus wel invloed kunnen uitoefenen op het proces.

Tot slot kan de wet aan minderjarigen autonomie toekennen met betrekking tot de uitkomst van een procedure: het onderdeel ‘(mee)beslissen’. Hiermee wordt bedoeld dat de minderjarige op grond van de wet expliciet de bevoegdheid heeft om – al dan niet samen met zijn ouders – te beslissen over zaken die hem betreffen. (Mee)beslissen is een vorm van autonomie die niet vaak wordt toegekend aan minderjarigen, maar net zomin aan volwassenen. In beginsel is er in juridische procedures sprake van een beslissing van de rechter, die de standpunten en belangen van partijen afweegt en waarbij partijen dus geen autonomie in de zin van (mee)beslissen wordt gegeven. Toch zijn er kwesties waarin het voor volwassenen en minderjarigen mogelijk is om zelf te kunnen beslissen.

In hoeverre minderjarigen in personen- en familierechtszaken kunnen initiëren, participeren of (mee)beslissen wordt in deze bijdrage onderzocht en geanalyseerd.

2.2 Autonomie in relatie tot het IVRK

De invulling van autonomie in het IVRK is relevant voor de positie van minderjarigen. Opvallend is in dit verband dat het woord autonomie niet voorkomt in de verdragstekst van het IVRK. Het IVRK neemt als uitgangspunt dat het kind op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft.¹² Op grond van art. 18 IVRK worden beide ouders gezamenlijk aangewezen als de eerstverantwoordelijken voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige. Daaruit kan worden afgeleid dat het IVRK geen volledige autonomie toekent aan kinderen (in de zin dat zij in iedere levensfase volledig vrij zijn om beslissingen te nemen). Wel zijn art. 5, art. 9 en art. 12 IVRK relevant voor de autonomie van minderjarigen.

Met art. 5 IVRK is het concept van de zich ontwikkelende vermogens (*evolving capacities*) van het kind op internationaal niveau geïntroduceerd.¹³ In beginsel ziet art. 5 IVRK op het recht van het kind om ‘passende leiding en begeleiding’ te krijgen van zijn ouders.¹⁴ Hiermee wordt beoogd om een nieuwe kinderrechtelijke dimensie toe te voegen aan de bescherming van de familie tegen inmenging van de staat: het kind dient binnen de familie gerespecteerd te worden als volwaardig persoon en actief lid van de familie.¹⁵ Het art. toont de geleidelijke overdracht van de verantwoordelijkheid van ouders naar hun kinderen bij het uitoefenen van hun rechten en het nemen van beslissingen.¹⁶ In tegenstelling tot het participatierecht van art. 12 IVRK ziet art. 5 IVRK op de mogelijkheid van minderjarigen om te kunnen participeren en (mee)beslissen in beslissingen die plaatsvinden op het thuisfront.¹⁷ Zoals erkend door de staatssecretaris van Justitie in 1995: ‘als uitgangspunt geldt dat ouders met de mening van hun kind rekening dienen te houden in de mate waarin zijn persoonlijkheid zich ontwikkelt en rekening dienen te houden met zijn daaraan gekoppelde toenemende behoefte aan zelfstandigheid’.¹⁸ Hierin speelt het begrip van de zich ontwikkelende vermogens van het kind een cruciale rol. Het is een flexibel concept waarmee de opstellers van het IVRK het stellen van (arbitraire) leeftijdsgrenzen of het gebruiken van rijpheidseisen voor specifieke onderwerpen konden vermijden.¹⁹ Het concept pleit echter niet voor de volledige afschaffing van leeftijdsgrenzen. Het IVRK

¹² Preambule IVRK.

¹³ Lansdown, 2005, p. 3.

¹⁴ Kamchedzera 2012, p. 13.

¹⁵ UNCHR Report of the Working Group 1987, paragraaf 106; Kamchedzera 2012, p. 14.

¹⁶ Lansdown 2005, p. 4.

¹⁷ Tobin & Varadan 2019, p. 175.

¹⁸ *Kamerstukken I* 1994/95, 23012, 73c, p. 1.

¹⁹ Zie Hodgkin & Newell 2007, p. 5 en 77.

staat leeftijdsgrenzen toe, mits ze proportioneel en redelijk zijn. Er moet een rationeel verband of objectief bewijs zijn dat de leeftijdsgrens aansluit bij het doel van de regel en dat geen andere maatregel gebruikt had kunnen worden om tot hetzelfde doel te komen.²⁰ Art. 5 IVRK en het concept van de zich ontwikkelende vermogens van het kind erkennen de opkomende autonomie van minderjarigen en bieden, zoals Lansdown het verwoordt, ‘*greater potential for the principle of autonomy to be more fully extended to children*’.²¹

Het recht op participatie in art. 12 IVRK is tweeledig. Het bevat enerzijds het recht van kinderen om gehoord te worden in een juridische procedure en anderzijds de waarborg dat daarbij passend belang aan de mening van het kind wordt gehecht. Enkele aspecten zijn in het kader van autonomie boeiend om eruit te worden gelicht. Art. 12 IVRK en de interpretatie daarvan van het Comité voor de Rechten van het Kind vormen de basis van een van de onderdelen van autonomie, namelijk het recht van minderjarigen om te participeren in procedures. Ten eerste dienen minderjarigen de vrijheid te hebben om te besluiten of zij wel of niet hun mening willen uiten in het proces.²² Indien een minderjarige besluit om zijn of haar mening te uiten, zou de keuze moeten volgen hoe deze minderjarige zijn of haar mening wil uiten: direct of indirect via een vertegenwoordiger.²³ Verder geeft art. 12 IVRK geen expliciete handvatten voor het initiëren van procedures door minderjarigen.²⁴ Het verdragsrecht biedt minderjarigen ook geen recht om te beslissen, er is geen sprake van een zelfbeschikkingsrecht.²⁵ Dit neemt niet weg dat er ingevolge art. 12 IVRK ‘passend belang’ aan de geuite mening moet worden gehecht. Dit ‘passend belang’ dient in overeenstemming met de leeftijd en rijpheid van de minderjarige gewogen te worden. Lundy, Tobin en Parkes benadrukken de relatie tussen art. 3 en art. 12 IVRK. Volgens hen betekent ‘passend belang’ dat de mening van de minderjarige beslissend kan zijn bij de vaststelling van het belang van het kind, indien het kind voldoende ontwikkeld is. De mening van het kind is echter niet doorslaggevend voor de uitkomst van de procedure, omdat het belang van het kind gewogen moet worden tegen de legitieme belangen van anderen.²⁶

Enkele auteurs beargumenteren dat deze visie de autonomie van minderjarigen onvoldoende recht doet. Volgens Alderson suggereert de zinsnede ‘passend

²⁰ Tobin & Varadan 2019, p. 183.

²¹ Lansdown 2005, p. 4.

²² UNCRC General Comment No. 12 2009, paragraaf 16 en 22.

²³ UNCRC General Comment No. 12 2009, paragraaf. 35.

²⁴ Stahl 2007, p. 811.

²⁵ Stahl 2007, p. 811; Thorburn Stern 2017, p. 53.

²⁶ Lundy, Tobin & Parkes 2019, p. 413.

belang’ in art. 12 IVRK dat aan de mening van minderjarigen geen intrinsiek ‘belang’ toekomt. Het zijn immers de volwassenen die dat ‘passend belang’ moeten geven aan de mening van het kind, waardoor een en ander afhankelijk wordt van de discretie van volwassenen.²⁷ Om deze reden betoogt Daly een ‘*children’s autonomy principle*’ met uitkomstautonomie. Dat wil zeggen dat de mening van minderjarigen doorslaggevend dient te zijn, behalve als dat tot ‘*significant harm*’ zou leiden.²⁸ Dit zou een verdergaand zelfbeschikkingsrecht zijn dan art. 12 IVRK omdat het meer biedt dan ‘passend belang’: het veronderstelt dat de mening van minderjarigen beslissend is. Quennerstedt is iets minder stellig en meent dat de concepten van autonomie en zelfbeschikking vanuit mensenrechtelijk perspectief sterker zijn dan het concept participatie.²⁹ Ook al wordt er dus verschillend gedacht over de precieze reikwijdte die art. 12 IVRK zou moeten hebben en heeft, het komt er in ieder geval op neer dat deze bepaling autonomie in de vorm van participeren en meebeslissen biedt.

Tot slot bepaalt art. 9 lid 2 IVRK dat alle betrokkenen in procedures – daaronder ook minderjarigen – de gelegenheid moeten krijgen in die procedures hun mening naar voren te brengen. Het gaat dan primair om procedures die kunnen leiden tot een scheiding van kinderen en hun ouders, tegen de wil van betrokkenen.

Duidelijk is dat art. 5 IVRK, art. 9 lid 2 IVRK en art. 12 IVRK geen volledige autonomie bieden aan minderjarigen, al zijn ze wel een belangrijke stap in deze richting. In de termen van de drie componenten van autonomie kent het IVRK minderjarigen autonomie toe in de vorm van participeren en meebeslissen – initiëren komt niet aan bod. De relatie tussen deze verschillende rechten is voor deze bijdrage van belang. Art. 5 en art. 12 IVRK bieden minderjarigen toenemende rechten, waarbij minderjarigen richting autonomie kunnen groeien. Zo komt het recht om gehoord te worden krachtens art. 12 IVRK toe aan de minderjarige ‘*capable of forming his or her own views*’ en moet passend belang worden gehecht ‘*in accordance with the age and maturity of the child*’. Dit toont een overeenkomst tussen het concept van de zich ontwikkelende vermogens van het kind ex art. 5 IVRK en de leeftijd en rijpheid van het kind ex art. 12 IVRK. Leeftijd en rijpheid zijn belangrijke indicatoren van de zich ontwikkelende vermogens van het kind.³⁰ Het Comité voor de Rechten van het Kind benadrukt in dit kader wel dat leeftijd niet beslissend dient te zijn en ontmoedigt lidstaten

²⁷ Alderson 2018, p. 23.

²⁸ Daly 2018, p. 10.

²⁹ Quennerstedt 2010, p. 630.

³⁰ Kamchedzera 2012, p. 6.

om leeftijdsgrenzen te introduceren in het kader van art. 12 IVRK.³¹ Art. 9 lid 2 IVRK is met name relevant omdat hieruit explicieter dan uit de andere artikelen volgt dat de autonomie van minderjarigen in gerechtelijke procedures tot uiting moet komen. De vraag rijst hoe het bovenstaande tot uiting komt in het Nederlandse personen- en familierecht.

3. Autonomie in het personen- en familierecht

De autonomie van minderjarigen in het personen- en familierecht kent vele vormen. In dit deel passeren deze vormen de revue in de volgorde van de door ons onderscheiden onderdelen: initiëren, participeren en (mee)beslissen. Hierbij wordt besproken in welke typen personen- en familierechtszaken deze vormen voor minderjarigen beschikbaar zijn.

3.1 Initiëren

Of minderjarigen een keuze hebben om zelfstandig een juridische procedure in gang te zetten gaat om het eerste aspect van autonomie, namelijk initiëren. In het civiele recht zijn minderjarigen als hoofdregel procesonbekwaam. Dit houdt in dat minderjarigen onbekwaam zijn om in rechte op te treden. De wettelijke vertegenwoordigers (doorgaans de ouders) vertegenwoordigen hen in en buiten rechte.³² Deze procesonbekwaamheid steekt in beginsel een stokje voor de mogelijkheid van minderjarigen om een juridische procedure te initiëren. In het personen- en familierecht zijn drie vormen van initiëren mogelijk: de formele rechtsingang, de informele rechtsingang en het verzoek namens een minderjarige vertegenwoordigd door de bijzondere curator. In die gevallen kan een minderjarige wel zelf een procedure initiëren.

3.1.1 Formele rechtsingang

De formele rechtsingang voor minderjarigen houdt in dat een minderjarige zelf kan procederen, zonder tussenkomst van zijn of haar wettelijke vertegenwoordiger of een bijzondere curator. De minderjarige kan een verzoek indienen bij de rechter, waarvoor – net als voor volwassen rechtszoekenden – de bijstand van een advocaat vereist is.³³ De mogelijkheden om te initiëren via een formele rechtsingang worden besproken voor procedures betreffende bepaalde

³¹ UNCRC General Comment No. 12 2009, paragraaf 21.

³² Zie artikel 1:247 en 1:245 lid 4 BW en Jansen 2016, p. 2177.

³³ Zie Van Teeffelen 2013.

identiteitskenmerken en procedures inzake jeugdbescherming. In gezags- en omgangszaken biedt de wet geen formele rechtsingang aan minderjarigen.

Het geregistreerde geslacht

Genderkinderen³⁴ van zestien jaar en ouder kunnen hun geregistreerde geslacht laten wijzigen op basis van de Transgenderwet van 2014.³⁵ Overeenkomstig art. 1:28 lid 1 jo. 1:28 lid 4 BW zijn deze minderjarigen zelfstandig bevoegd tot het doen van de aangifte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand dat zij de overtuiging hebben tot het andere geslacht te behoren en kunnen zij ter zake in en buiten rechte optreden. De wetgever wees hierbij op het ‘feit dat jonge transgenders reeds voor het bereiken van de leeftijd van achttien jaar in het andere geslacht leven dan in de akte van geboorte is vermeld’.³⁶ Ook is van belang geacht dat ‘het juist minderjarigen zijn die in veel gevallen en in dagelijkse situaties worden geconfronteerd met de genderidentiteit die zij nu juist afwijzen: zij hebben baantjes waarvoor zij hun paspoort moeten tonen, zij verkrijgen diploma’s die zij vervolgens bij sollicitaties ook moeten laten zien, etc. In al die situaties worden zij in feite ook belemmerd om zich overeenkomstig de beleefde genderidentiteit te presenteren’.³⁷ Toestemming van de ouder(s) of andere wettelijk vertegenwoordigers wordt niet verlangd, zij spelen in dit kader geen rol.³⁸ Deze keuze is gemotiveerd met het argument dat de leeftijd van zestien jaar wel meer wordt aangehouden waar het gewichtige aangelegenheden betreft ter zake waarvan een minderjarige zelfstandig kan beslissen, waarbij onder meer werd gewezen op de bekwaamheid van deze minderjarigen om overeenkomsten inzake geneeskundige behandeling ten behoeve van zichzelf aan te gaan (art. 7:447 lid 1 BW), het aangaan van een arbeidsovereenkomst (art. 7:612 lid 1 BW), en het maken en herroepen van uiterste wilsbeschikkingen (art. 4:55 lid 1 BW).³⁹

³⁴ De wet spreekt niet van genderkinderen. De term genderkinderen wordt, naast de term transgenderkinderen, wel gebruikt door verschillende belangenorganisaties, waaronder Transvisie. Uit het evaluatierapport ‘Recht doen aan genderidentiteit’ blijkt dat veel ouders de term ‘genderkinderen’ hanteren, reden waarom de term in het rapport is overgenomen (zie Van den Brink 2017, p. 6). In deze bijdrage wordt daarom eveneens de term genderkinderen gebruikt.

³⁵ Wet van 12 december 2013, *Stb.* 2014, 1 (i.w.t. 1 juli 2014).

³⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33351, nr. 3, p. 13.

³⁷ *Kamerstukken I* 2013/14, 33351, nr. C (MvA), p. 14 en 15.

³⁸ Door de staatssecretaris werd wel aangegeven dat hij verwacht dat zestien- en zeventienjarigen met hun ouders zullen overleggen. Het verkrijgen van instemming van de ouders is niet vereist, maar heeft aldus de staatssecretaris wel de voorkeur. Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 33351, nr. C (MvA), p. 14.

³⁹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33351, nr. 3, p. 13-14 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33351, nr. C (MvA), p. 15.

Om de zestienjarige leeftijdsgrens was veel te doen, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis. Zowel leeftijdsverhoging als leeftijdsverlaging werd bepleit.⁴⁰ Tevergeefs is een amendement op het wetsvoorstel ingediend om een wijziging van het geregistreerde geslacht ook voor minderjarigen tussen de twaalf en zestien jaar mogelijk te maken, mits sprake is van instemming van de ouder(s).⁴¹ De zestienjarige leeftijd werd echter aangehouden omdat deze leeftijdsgrens verantwoord, logisch en verstandig werd geacht.⁴² De wetgever vond het een leeftijd waarop ‘mensen zelf weloverwogen beslissingen moeten kunnen nemen in hun leven’ en verwees daarbij ook naar de aansprakelijkheid van zestien- en zeventienjarigen in het strafrecht.⁴³ De wetgever gaf hierbij aan een tweedeling te willen voorkomen tussen de gestelde leeftijdsgrenzen voor juridische wijziging van het geregistreerde geslacht en voor medische ingrepen.⁴⁴

Nog altijd staat de leeftijdsgrens ter discussie, waarbij naast leeftijdsverlaging ook afschaffing van de leeftijdsgrens wordt bepleit.⁴⁵ In een kamerbrief van de minister voor Rechtsbescherming (d.d. 10 april 2019) geeft de minister aan dat hij niet voornemens is om de wettelijke leeftijdsgrens aan te passen.⁴⁶ Wel deelt hij mee dat het voor jongere genderkinderen mogelijk zal worden om – via de wettelijk vertegenwoordigers – een verzoek tot wijziging van het geregistreerde geslacht voor te leggen aan de rechter.⁴⁷ De minister onderkent dat het voor

⁴⁰ Zie onder meer het advies van de Raad van State, waarin naar voren komt dat de toelichting geen duidelijk antwoord geeft op de vraag in hoeverre een zestienjarige die de onwrikbare overtuiging heeft om tot het andere geslacht te behoren, reeds op die leeftijd de mogelijkheid moet hebben om een wijziging van de geslachtsvermelding in de geboorteakte te bewerkstelligen. ‘Wat «verantwoord lijkt» hoeft dat nog niet te zijn.’ *Kamerstukken II* 2011/12, 33351, nr. 4, p. 7. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33351, nr. 5 (Verslag) en *Kamerstukken I* 2012/13, 33351, nr. B (Voorlopig verslag).

⁴¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33351, nr. 9 (amendement van het lid Pia Dijkstra).

⁴² *Kamerstukken II* 2012/13, 33351, nr. 6, p. 9-10.

⁴³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33351, nr. 3, p. 13-14.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2012/13, 33351, nr. 27, p. 8.

⁴⁵ Eind 2017 heeft COC Nederland mede namens andere organisaties de minister een brief gestuurd met het verzoek om de Transgenderwet te verbeteren en om in dit kader de leeftijdsgrens van zestien jaar te schrappen. Zie brief d.d. 7 december 2017 met kenmerk: 17.062 / 6.30.1. De Transgenderwet is verschillende keren geëvalueerd waarin de leeftijdsgrens aan de orde is gekomen. Zie het evaluatierapport ‘Recht doen aan genderidentiteit’ voor verschillende visies en ervaringen met betrekking tot de leeftijdsgrens: Van den Brink 2017, p. 28-32 en Schers 2018, p. 9-11.

⁴⁶ *Kamerstukken I* 2018/19, 33351, H.

⁴⁷ Brief van de minister voor Rechtsbescherming van 10 april 2019 aan de Tweede Kamer over de evaluatie van de Transgenderwet (*Kamerstukken I* 2018/19, 33351, H, p. 4 en 7). Hierop is door de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid gereageerd met een brief aan de minister (d.d. 3 juni 2019), waarbij door CDA-fractie de vraag geponeerd is of ‘indien de leeftijdsgrens van 16 jaar komt te vervallen, niet alle verzoeken van minderjarigen tot geslachtswijziging ten overstaan van de rechter moeten worden behandeld?’. Ook de SP-

sommige kinderen al van jongs af aan duidelijk is dat zij een andere genderidentiteit hebben en dat het niet kunnen wijzigen van de registratie kan leiden tot ‘hele vervelende situaties, bijvoorbeeld op school’. Om het samengaan van sociale en juridische transitie mogelijk te maken en om onnodig leed te besparen, wordt voorgesteld om wijziging van het geregistreerde geslacht voor kinderen jonger dan 16 jaar mogelijk te maken na rechterlijke tussenkomst.⁴⁸ Het is daarbij wel de vraag waarom minderjarigen jonger dan zestien jaar voor het initiëren van gerechtelijke procedures over de wijziging van het geregistreerde geslacht volledig afhankelijk zouden moeten zijn van hun wettelijke vertegenwoordigers.

De naam

Minderjarigen die hun voornaam of achternaam willen wijzigen, kunnen een verzoek hiertoe *niet* zelfstandig indienen, zo blijkt uit art. 1:4 lid 4 BW respectievelijk art. 1:7 lid 1 BW. Procedures voor naamswijziging kunnen alleen door de wettelijke vertegenwoordigers worden geïnitieerd. Er is sprake van een specifieke uitzondering, namelijk voor de eerdergenoemde genderkinderen die hun geregistreerde geslacht laten wijzigen. Op grond van art. 1:28b lid 2 BW kunnen deze minderjarigen vanaf zestien jaar om een voornaamswijziging verzoeken bij de aangifte van de geslachtswijziging. Het verzoek is dus gericht aan de ambtenaar van de burgerlijke stand én gekoppeld aan de wijziging van het geregistreerde geslacht. Of deze minderjarigen net zoals bij het verzoek tot wijziging van het geregistreerde geslacht ook bekwaam zijn om ter zake het verzoek tot voornaamswijziging in en buiten rechte op te treden, blijkt niet uit de wet. In de parlementaire geschiedenis is de autonomie van deze minderjarigen met betrekking tot het verzoek de voornaam te wijzigen ook niet ter sprake gekomen.⁴⁹

fractie acht de gang naar de rechter voor minderjarigen jonger dan zestien jaar ‘een zwaar middel’ en stelt voor deze minderjarigen het vereiste voor om een deskundigenverklaringen in te dienen. De Groenlinks-fractie wijst op de omstandigheid dat alle belangenorganisaties geen voorstander zijn van een leeftijdsgrens en tussenkomst van een rechter bij kinderen die een verandering willen van geslachtsregistratie. Zie *Kamerstukken I* 2019/20, 33351, I (Brief van de waarnemend voorzitter van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid).

⁴⁸ *Kamerstukken I* 2019/20, 33351, I (Brief van de minister voor Rechtsbescherming van 11 september 2019 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal).

⁴⁹ Zie de toelichting bij de mogelijkheid tot voornaamswijziging *Kamerstukken II* 2011/12, 33351, nr. 3, p. 4 en 15. De voorgestelde mogelijkheid tot voornaamswijziging wordt toegelicht (‘Dit is een wel zo praktische gang van zaken’), waarbij niet specifiek wordt ingegaan op deze mogelijkheid voor minderjarigen vanaf 16 jaar. Hierbij wordt eveneens niet stilgestaan in het advies van de Raad van State (over de voorgestelde mogelijkheid tot voornaamswijziging wordt in zijn geheel niet geadviseerd), zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33351, nr. 4, en noch in andere parlementaire stukken waaronder *Kamerstukken II*

Jeugdbescherming

Ook in jeugdbeschermingszaken geldt het uitgangspunt dat de minderjarige formeel (ook wel processueel) onbekwaam is om in rechte op te treden.⁵⁰ Meer specifiek voor de jeugdbeschermingsprocedure veronderstelt de formele handelingsonbekwaamheid dat de minderjarige in beginsel niet als verzoeker een jeugdbeschermingsmaatregel kan initiëren, niet als verweerder kan optreden in de gerechtelijke procedure en ook niet zelfstandig hoger beroep in kan stellen. Een verzoek hiertoe van de minderjarige wordt in de regel niet-ontvankelijk verklaard door de rechter. Met de wettelijke herziening van de ondertoezichtstelling in 1995 heeft de wetgever aangegeven het onwenselijk te vinden de minderjarige de bevoegdheid te verlenen een ondertoezichtstelling te verzoeken.⁵¹ De belangrijkste overweging is dat de minderjarige in een moeilijke positie zou geraten omdat hij in dat geval feitelijk zelf zou kunnen verzoeken het gezag van zijn ouders te beperken. Het is inderdaad voorstelbaar dat de ouder-kind relatie hierdoor onder druk komt te staan, maar de vraag is hoeveel minderjarigen hiervan gebruik zouden maken. En in het verlengde daarvan, of dat niet juist de gevallen zijn waarin de noodzaak van een eigen rechtsingang evident aanwezig is. De wetgever stelt zich echter op het standpunt dat de minderjarige die een ondertoezichtstelling wenst zich tot de Raad voor de Kinderbescherming moet wenden om de Raad van de noodzaak daarvan te overtuigen.⁵² Hoe dat in de praktijk vorm zou moeten krijgen blijft echter goeddeels onduidelijk.

In de jeugdbeschermingsprocedure worden twee belangrijke uitzonderingen gemaakt op het uitgangspunt dat de minderjarige proces onbekwaam is. In de eerste plaats verandert de rechtspositie van de minderjarige aanzienlijk op het moment dat een ondertoezichtstelling is uitgesproken. Ten aanzien van de uitvoering van de maatregel kan de minderjarige van twaalf jaar en ouder zich in een fors aantal situaties wel zelfstandig als verzoeker tot de rechter wenden. De keuze voor de leeftijd van twaalf jaar is destijds door de wetgever gerechtvaardigd door te verwijzen naar de leeftijdsgrenzen voor het hoorrecht in burgerlijke zaken

2012/13, 33351, nr. 5 (Verslag); *Kamerstukken II* 2012/13, 33 351, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het Verslag); *Kamerstukken I* 2012/13, 33 351, nr. B (Voorlopig verslag); *Kamerstukken I* 2013/14, 33351, nr. C (MvA). Zie ook onder meer de bijlagen bij *Kamerstukken II* 2011/12, 33351, nr. 3 (advies Raad voor de Rechtspraak; advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak; advies van de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken; advies Commissie Gelijke Behandeling) en de bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33351, nr. 6 (besluit en nota van toelichting).

⁵⁰ Vgl. art. 1:247 BW en art. 1:245 lid 4 BW.

⁵¹ *Kamerstukken II* 1992/93, 23003, nr 3.

⁵² *Kamerstukken II* 1992/93, 23003, nr 3.

(oud art. 902b Rv) en de mogelijkheid voor de minderjarige te verzoeken een omgangsregeling vast te stellen of te wijzigen (oud art. 1:162a BW).⁵³

De minderjarige van twaalf jaar en ouder komt op grond van art. 1:259 BW het recht toe te verzoeken om de gecertificeerde instelling te vervangen door een andere gecertificeerde instelling. Daarnaast kan hij zelfstandig verzoeken om de ondertoezichtstelling op te heffen indien de gecertificeerde instelling niet tot indiening van een verzoek tot opheffing van de ondertoezichtstelling overgaat (art. 1:261 lid 2 BW). Ook kan de minderjarige zelfstandig een geschil over de uitvoering van de ondertoezichtstelling aan de kinderrechter voorleggen op grond van art. 1:262b BW. De geschillenregeling is geïntroduceerd met de invoering van de Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen op 1 januari 2015.⁵⁴ Overigens gaat het hier om een verzoek dat alleen kan worden gedaan indien de minderjarige zich laat bijstaan door een advocaat. Voor de overige hier genoemde verzoeken die de minderjarige zelfstandig kan indienen geldt dit niet.⁵⁵ De verplichte procesvertegenwoordiging in het kader van de geschillenregeling moet een drempel opwerpen. Tijdens het wetgevingsproces werden zorgen geuit over een verdere jurisdisering en bureaucratisering van de jeugdbeschermings-procedure.⁵⁶ De gedachte is dat betrokkenen niet ieder klein geschil aan de rechter voorleggen indien een advocaat ingeschakeld moet worden.⁵⁷

Verder kan de minderjarige (zonder verplichte procesvertegenwoordiging) verzoeken om een schriftelijke aanwijzing vervallen te laten verklaren of in te laten trekken (respectievelijk art. 1:264 lid 1 BW en art. 265 lid 1 BW). Ook kan de minderjarige verzoeken de machtiging uithuisplaatsing geheel of gedeeltelijk in te trekken of de duur ervan te bekorten, aldus art. 1:265d lid 4 BW. Daarnaast kan de minderjarige van minimaal twaalf verzoeken de beslissing van de gecertificeerde instelling om tijdens de uitvoering van een uithuisplaatsing het contact tussen de minderjarige en de ouder met gezag te beperken, in te trekken (art. 1:265f lid 2 BW). Deze beslissing geldt als een schriftelijke aanwijzing die op verzoek van de minderjarige vervallen verklaard kan worden (art. 1:264 BW). Tot slot kan de minderjarige verzoeken de binnen de ondertoezichtstelling vastgestelde zorg- en omgangsregeling te wijzigen indien de situatie is gewijzigd of indien de eerdere beslissing is gebaseerd op onjuiste of onvolledige gegevens (art. 1:265g lid 2 BW). Kortom, een indrukwekkende lijst met bevoegdheden op

⁵³ *Kamerstukken II* 1992/93, 23003, nr 3.

⁵⁴ *Stb.* 2014, 130.

⁵⁵ Zie hierover Van Teeffelen 2013.

⁵⁶ *Handelingen II* 2010/11, 49, item 16.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, 38, p. 2.

basis waarvan de minderjarige de besluitvorming en uitvoering gedurende de lopende ondertoezichtstelling kan beïnvloeden.

De wetgever heeft in het wetgevingsproces tot herziening van de ondertoezichtstelling (in 1995) de keuze om de minderjarige deze bevoegdheden toe te kennen onderbouwd door erop te wijzen dat de toegang van de minderjarige tot de rechter gewaarborgd dient te blijven.⁵⁸ Het feit dat op deze wijze een (verdere) beperking van het gezag van de ouders mogelijk is wordt niet als probleem gezien omdat de inbreuk door de ondertoezichtstelling al tot stand is gekomen.⁵⁹ Die toelichting is niet heel overtuigend en laat de vraag open waarom de minderjarige wel alle mogelijke verzoeken kan doen over wijziging, niet-verlenging of beëindiging van de ondertoezichtstelling, maar niet zelfstandig om verlenging van de ondertoezichtstelling kan verzoeken.

De tweede belangrijke uitzondering op de procesonbekwaamheid betreft de procedure inzake de oplegging van een machtiging uithuisplaatsing in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp. De opname van een minderjarige in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp betreft een vorm van vrijheidsbeneming van minderjarigen die gezien de verstrekkende gevolgen aan strikte eisen moet voldoen. Mede in dit licht heeft de wetgever gekozen voor aanvullende wettelijke vereisten, neergelegd in art. 6.1.2. Jeugdwet en verder. De noodzaak van gedegen rechtswaarborgen tegen onwettige of willekeurige vrijheidsbeneming heeft echter ook consequenties gekregen voor de processuele bevoegdheden die de minderjarige zijn toebedeeld in deze procedure. Blijkens art. 6.1.1 lid 2 Jeugdwet is de minderjarige die de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt, in zaken betreffende een machtiging gesloten jeugdhulp, bekwaam in rechte op te treden. Hetzelfde geldt voor een jongere minderjarige die in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. De minderjarige krijgt in deze procedure ambtshalve een raadsman toegewezen.

In de procedure betreffende een plaatsing in de gesloten jeugdhulp is de twaalfplusser dus wel volledig processueel bekwaam en kan hij onder meer zelfstandig hoger beroep instellen tegen een rechterlijke beslissing. Het verschil met de procedure tot ondertoezichtstelling en de procedure inzake de reguliere machtiging uithuisplaatsing is groot en kan mogelijk leiden tot onduidelijkheid bij minderjarigen die beide trajecten doorlopen hebben.

De zelfstandige rechtsingang en daarmee processuele bekwaamheid van de minderjarige in de procedure tot machtiging gesloten jeugdhulp is wettelijk

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1992/93, 23003, nr 3.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1992/93, 23003, nr 3.

vastgelegd bij de invoering van de Wet gesloten jeugdzorg in 2007 waarmee ook de scheiding tussen strafrechtelijk en civielrechtelijk geplaatste minderjarigen werd bewerkstelligd. De regeling van toenmalig art. 29a lid 2 WJZ vormde daarmee een codificatie van de praktijk, nu rechters voor die tijd zonder wettelijke basis minderjarigen verschillende malen ontvankelijk hadden verklaard in een door hen ingesteld hoger beroep.⁶⁰ Opvallend is dat de wetgever nauwelijks enige toelichting heeft gegeven voor de keuze om minderjarigen in de procedure gesloten jeugdhulp wel processueel bekwaam te achten. In de memorie van toelichting bij de Wet gesloten jeugdzorg wordt volstaan met de opmerking dat de huidige regeling ten aanzien van de procedure machtiging gesloten jeugdzorg de betrokkenheid van de jeugdige zelf in de procedure garandeert.⁶¹

3.1.2 Informele rechtsingang

De tweede vorm van initiëren in het personen- en familierecht is de informele rechtsingang. De informele rechtsingang houdt in dat de minderjarige de rechter rechtstreeks vraagt om ambtshalve een beslissing te nemen. In tegenstelling tot de formele rechtsingang dient de minderjarige geen verzoekschrift in, maar schrijft hij een brief of e-mail of belt hij met de rechter. De rechter kan dan ambtshalve besluiten wat de vervolgstappen zullen zijn. Uit onderzoek blijkt dat er weinig uniformiteit is in de aanpak van Nederlandse rechtbanken van een informeel verzoek: de rechter kan de minderjarige op gesprek uitnodigen, een bijzondere curator benoemen, een formele zitting houden met de ouders en/of de zaak afdoen.⁶² De informele rechtsingang biedt, vanwege de vrijheid van de rechter en het informele arakter, minder procedurele rechten aan de minderjarigen.

Uitsluitend bij gezags- en omgangszaken biedt de wet in het personen- en familierecht aan minderjarigen een informele rechtsingang. Het is niet duidelijk waarom alleen in deze zaken een informele rechtsingang mogelijk is, en bijvoorbeeld niet ook in situaties waarin minderjarigen wensen hebben met betrekking tot belangrijke identiteitskenmerken of in het jeugdbeschermingsrecht. Weliswaar is het aannemelijk dat een informele rechtsingang in afstammingszaken niet nodig werd geacht omdat minderjarigen daarin kunnen optreden als verzoeker, maar een expliciete motivering van de wetgever

⁶⁰ Hof 's-Hertogenbosch 8 september 1999, *NJ* 401, r.o. 4.1.4; Hof Arnhem 19 januari 1993, *NJ* 1994, 711, r.o. 4.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30644, nr. 3, p. 19-20, (MvT). Doek vraagt zich op basis van de wetsgeschiedenis af of de wetgever hier werkelijk wenst te kiezen voor de procesbekwaamheid van de minderjarige. Doek 2008, p. 38.

⁶² Zie Van den Hoogen & Montanus 2017, p. 286-288.

hieromtrent ontbreekt. Bovendien is het denkbaar dat de informele rechtsingang ook in deze situaties voor minderjarigen van nut kan zijn, bijvoorbeeld in verband met het verzoek tot benoeming van een bijzondere curator.⁶³

Gezags- en omgangszaken

In gezags- en omgangszaken bestaat een informele rechtsingang voor minderjarigen. Deze informele rechtsingang geldt uitsluitend voor het verzoek tot toekenning van eenhoofdig gezag in (of na) een echtscheidingsprocedure (art. 1:251a lid 4 BW) of voor zaken over omgang, informatie en consultatie (art. 1:377g BW). Minderjarigen van twaalf jaar of ouder en minderjarigen onder die leeftijd die in staat kunnen worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen kunnen hier gebruik van maken.

Deze vorm van kinderparticipatie is geïntroduceerd in 1990 met art. 1:162a (oud) BW. Vervolgens is in 1995 art. 1:377g BW gebaseerd op dit artikel. Bij de bespreking hiervan is discussie geweest over de leeftijdsgrens van twaalf jaar. Er is destijds advies gevraagd over de leeftijdsgrens aan de Raad voor het Jeugdbeleid (in samenwerking met de Nederlandse Gezinsraad), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en het College van advies voor de justitiële kinderbescherming.⁶⁴ Alle drie gaven een ander advies. De Raad voor het Jeugdbeleid adviseerde om de leeftijdsgrens van twaalf jaar aan te houden, met als uitgangspunt dat alle minderjarigen vanaf twaalf jaar ontvankelijk zijn en dat dit voor jongere minderjarigen het geval kan zijn. De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak zag geen aanleiding om de leeftijdsgrens te wijzigen. Tot slot adviseerde het College van advies voor de justitiële kinderbescherming tot vervanging van de leeftijdsgrens door het criterium ‘het in staat zijn tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake’.⁶⁵ Dit zou volgens het College beter aansluiten bij art. 12 IVRK. De minister van Justitie besloot hierop om de informele rechtsingang uit te breiden naar minderjarigen onder de twaalf jaar die in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen.⁶⁶ Een open criterium, zoals voorgesteld door het College, zou kunnen betekenen dat minderjarigen boven de twaalf jaar niet aan dit criterium zouden voldoen en vervolgens niet ontvankelijk zouden zijn. Daarnaast werd er belang gehecht aan het advies van de

⁶³ Zie ook Lok & Vonk 2016, p. 40-41. Schrama meent bovendien dat het in bijzondere gevallen mogelijk zou kunnen zijn voor kinderen *jonger* dan twaalf jaar de rechter op een wijze vergelijkbaar met de informele rechtsingang een verzoek te doen met betrekking tot zijn afstammingsrechtelijke status. Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:212 BW, aant. 6 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018).

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1993/94, 23012, nr. 8, p. 4.

⁶⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23012, nr. 8, p. 5.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1993/94, 23012, nr. 8, p. 4-5.

Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak dat de rechterlijke macht van oordeel was dat aan de grens van twaalf jaar vastgehouden diende te worden.⁶⁷

Bij de invoering van art. 1:251a lid 4 BW heeft de wetgever geen toelichting of verklaring gegeven voor het doorzetten van deze leeftijdsgrens met het inhoudelijke criterium voor minderjarigen onder de 12 jaar. Het was ook geen punt van discussie tijdens de behandeling in de Tweede Kamer.

3.1.3 Verzoek namens een minderjarige door de bijzondere curator ex art. 1:212 BW

Wat betreft het initiëren van procedures inzake het vestigen of verbreken van afstammingsbanden heeft de wetgever een bepaalde mate van erkenning gegeven aan de autonomie van minderjarigen. Hoewel vooropstaat dat minderjarigen ook in deze procedures procesonbekwaam zijn, zal uit het hiernavolgende blijken dat hen wel een zelfstandig recht tot toegang tot de rechter toekomt.

Minderjarigen kunnen op grond van art. 1:207 lid 1 onder b BW als verzoeker optreden in procedures inzake gerechtelijke vaststelling van het ouderschap.⁶⁸ Hetzelfde geldt voor procedures inzake het verbreken van afstammingsbanden. Zo kunnen minderjarigen verzoeker zijn in procedures inzake een gegrondverklaring van de ontkenning van het door het huwelijk ontstane vaderschap⁶⁹ of moederschap,⁷⁰ of inzake vernietiging van de erkenning.⁷¹ Voor het initiëren van deze procedures heeft de wetgever *geen* wettelijke leeftijdsgrens gesteld. De wetgever heeft dit voor procedures tot vernietiging van de erkenning nadrukkelijk kenbaar gemaakt en gemotiveerd, waarbij te kennen werd gegeven dat wel sprake zou zijn van een ‘natuurlijke ondergrens’ wanneer een kind kan beslissen ‘dat het zijn vader niet meer als zodanig wenst’.⁷² Daarbij werd opgemerkt dat deze natuurlijke ondergrens in de praktijk rond de twaalf jaar zou liggen. De wetgever achtte het ‘niet nodig om in de wet een ondergrens op te nemen, te meer daar de onderhavige procedure de tussenstap van benoeming van een bijzondere curator vereist’.⁷³ Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever hierbij heeft aangesloten voor procedures tot gegrondverklaring van de

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23012, nr. 8, p. 4-5.

⁶⁸ Deze mogelijkheid voor (minderjarige) kinderen geldt sinds de herziening van het afstammingsrecht in 1997, waarbij de regeling van gerechtelijke vaststelling is ingevoerd.

⁶⁹ Artikel 1:200 lid 1 onder b BW.

⁷⁰ Artikel 1:202a lid 1 onder c BW.

⁷¹ Artikel 1:205 lid 1 onder a BW en artikel 1:205a lid 1 onder a BW.

⁷² *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 31.

⁷³ *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 31.

ontkenning van het vaderschap. Ook hier kunnen minderjarigen een verzoek indienen. De reden daarvoor is gelijke behandeling van deze minderjarigen.⁷⁴ Voorts is bij de introductie van procedures tot gerechtelijke vaststelling van het ouderschap nadrukkelijk benoemd dat zowel meerderjarige als minderjarige kinderen in deze procedures als verzoeker kunnen optreden.⁷⁵ Hoewel de wetgever dit niet motiveert, kan worden aangenomen dat in dit kader aansluiting is gezocht bij de procedures inzake het verbreken van de afstammingsbanden. Hetzelfde geldt voor procedures betreffende de inroeping van staat, waarbij minderjarigen vertegenwoordigd door een bijzondere curator als verzoeker kunnen optreden.⁷⁶ Wederom kan worden aangenomen dat de wetgever niet gekozen heeft een leeftijdsgrens te hanteren om zo aan te sluiten bij bovengenoemde afstammingsrechtelijke procedures.

Belangrijk en opmerkelijk is dat minderjarigen, ondanks dat zij als verzoeker kunnen optreden in deze afstammingsrechtelijke procedures, *niet* zelfstandig een procedure kunnen starten en niet zelfstandig kunnen procederen.⁷⁷ Het initiëren van dergelijke procedures is voorbehouden aan een (door de rechtbank te benoemen) bijzondere curator ex art. 1:212 BW.⁷⁸ Deze wettelijke bepaling

⁷⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 16.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 21.

⁷⁶ Artikel 1:211 lid 1 onder a BW (inroeping van staat). Zie ook Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:211 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 27 oktober 2018).

⁷⁷ De bijzondere curator kan ook desgewenst namens het kind hoger beroep instellen, aldus Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:212 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018). Zie verder Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:212 BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018). Schrama constateert dat op de procesonbekwaamheid mogelijk wel een uitzondering geldt wanneer sprake is van een spoedprocedure en de benoeming van de bijzondere curator niet kan worden afgewacht, hoewel een voorbeeld van dergelijke gevallen volgens haar niet eenvoudig te bedenken is. Zie over de procesonbekwaamheid van minderjarigen in het afstammingsrecht ook Vonk 2010, p. 12.

⁷⁸ Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:212 BW, aant. 1 en 2 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018). Zie ook Pieters 2008. De wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige kan wel *namens* de minderjarige een verzoek indienen tot benoeming van een bijzondere curator. Zie in dit kader ook de uitspraak van Rechtbank Noord-Holland d.d. 19 juli 2017, waarin door de rechtbank werd overwogen dat, ter bescherming van de belangen van minderjarigen, uit artikel 1:212 BW volgt dat een minderjarig kind in afstammingszaken slechts mag worden vertegenwoordigd door een bijzondere curator, met uitsluiting van andere wettelijk vertegenwoordiger(s). Dit betekent dat alleen de bijzondere curator voor de minderjarige een verzoek inzake afstammingskwesties kan indienen. Zie Rb. Noord-Holland 19 juli 2017, NL:RBNHO:2017:6046, r.o. 5.2. Anders werd geoordeeld in Rb. Alkmaar 8 juni 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BR2958. ('Uit de tekst van artikel 1:205 BW en de tekst van artikel 1:212 BW alsmede de toelichting bij die bepalingen, is naar het oordeel van de rechtbank niet op te maken dat een namens een

vereist dat minderjarigen vertegenwoordigd moeten worden door een bijzondere curator. De wetgever heeft dit ten aanzien van vernietiging van afstammingsbanden geëxpliciteerd.⁷⁹ Een eigen rechtsingang voor minderjarigen werd niet wenselijk bevonden vanwege ‘de bijzondere aard van de relatie tussen ouders en kinderen’.⁸⁰ Minderjarigen hebben dus wel een zelfstandig recht tot toegang tot de rechter, maar kunnen deze procedures niet zelfstandig starten. Discussie is hierbij mogelijk over de vraag of *alle* minderjarigen, mits vertegenwoordigd door een bijzondere curator, als verzoeker kunnen optreden. Hoewel de wet het begrip ‘kind’ niet definieert en ondanks dat er geen leeftijdsgrens gesteld is, komt in de rechtswetenschappelijke literatuur het standpunt voor dat aansluiting gewenst is bij de leeftijd van 12 jaar.⁸¹ De Hoge Raad maakt duidelijk dat ook verzoeken namens zeer jonge kinderen, in ieder geval in de context van procedures tot ontkenning van het ouderschap, door de bijzondere curator kunnen worden ingediend.⁸² Wel kan het belang van deze minderjarigen – beoordeeld door zowel de bijzondere curator als de rechter – meebrengen dat niet wordt beslist op het verzoek voordat het kind zich daarover zelf een weloverwogen oordeel kan vormen.⁸³ De bijzondere curator dient in een dergelijk geval te beoordelen of het belang van het (zeer jonge) minderjarige kind bij indiening van het verzoek tot ontkenning gebaat is.⁸⁴ Blijkens lagere rechtspraak gaat dit ook op in andere afstammingsrechtelijke procedures waarin minderjarigen als verzoeker kunnen optreden.⁸⁵

Verder is van belang dat in de literatuur wordt aangenomen dat minderjarigen bovendien zonder tussenkomst van wettelijk vertegenwoordiger of advocaat een verzoek kunnen indienen tot benoeming van een bijzondere curator.⁸⁶ Lok en Vonk stellen bijvoorbeeld dat minderjarigen naar analogie met art. 1:250 BW (zie

minderjarig kind ingediend verzoek als het onderhavige uitsluitend door de bijzondere curator kan worden ingediend.’).

⁷⁹ *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 31.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 23-24 en 45. Zie verder *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, nr. 16, p. 10 waarin de vraag wordt gesteld of de staatssecretaris ertoe geneigd is om kinderen vanaf zestien jaar ook een eigen rechtsingang te geven en niet alleen via een bijzondere curator, die dan weer moet worden aangesteld.

⁸¹ Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:212 BW, aant. 6 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018). Schrama merkt hierbij op dat een minderjarige jonger dan twaalf jaar alleen in bijzondere gevallen een zelfstandig verzoek (eventueel via de Raad voor de kindbescherming, een kinderombudsman of kinderrechtswinkel) zou kunnen indienen.

⁸² HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.5.

⁸³ HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.6.

⁸⁴ HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.5.

⁸⁵ Bou-Sfia 2017, onder nr. 2.3.2.

⁸⁶ Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:212 BW, aant. 7 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018).

hierna § 3.2.2) voor de benoeming van een bijzondere curator de rechter zelfstandig en vormvrij zouden moeten kunnen benaderen, zodat minderjarigen ter zake niet afhankelijk zouden zijn van hun wettelijke vertegenwoordiger.⁸⁷ Dit is in de lagere rechtspraak in ieder geval bevestigd ten aanzien van procedures over vernietiging van de erkenning. De rechtbank Noord-Nederland kwam op basis van een redelijke wetsuitleg tot dit oordeel daar ‘een andere uitleg zou meebrengen dat een minderjarig kind voor de indiening van een verzoek tot vernietiging van de erkenning afhankelijk is van de medewerking van degene die het gezag over hem of haar uitoefent, meestal de gezaghebbende ouder(s), als wettelijk vertegenwoordiger, waardoor het zelfstandig recht om de vernietiging van de erkenning te verzoeken zou worden uitgehouden.’⁸⁸ Het verzoekschrift van de minderjarige hoeft bovendien niet van een handtekening van een advocaat te zijn voorzien, daar dit volgens de rechtbank een nodeloze drempel opwerpt.⁸⁹ Gelet op de motivering van de rechtbank ligt het in de rede dat eenzelfde redenering opgaat in andere procedures waarin het minderjarige kind als verzoeker kan optreden.

In de literatuur wordt verder door Lok en Vonk bepleit dat het in ieder geval voor minderjarigen van zestien jaar en ouder en eventueel voor minderjarigen tussen de twaalf en zestien jaar mogelijk moet zijn om *zonder* vertegenwoordiging door de bijzondere curator een verzoek tot het wijzigen van een afstammingsband in te dienen.⁹⁰ Deze minderjarigen zouden volgens hen dan met behulp van een advocaat een procedure tot het wijzigen van een afstammingsband kunnen starten, in plaats van een verzoek in te dienen tot benoeming van een bijzondere curator.⁹¹ Hiervoor bieden de wet en de rechtspraak vooralsnog geen steun.

Tot slot dient opgemerkt te worden dat wanneer minderjarigen in deze afstammingsrechtelijke procedures niet als verzoeker optreden, zij – daar deze zaken rechtstreeks op hun rechten en verplichtingen betrekking hebben⁹² – als belanghebbenden in de zin van art. 798 Rv worden beschouwd.⁹³ Overeenkomstig art. 1:212 BW dienen de belangen van minderjarigen die belanghebbenden zijn, eveneens te worden behartigd door een bijzondere curator die als vertegenwoordiger van de minderjarige optreedt. Een veelvoorkomende situatie is het

⁸⁷ Lok & Vonk 2016, p. 40-41.

⁸⁸ Rb. Noord-Nederland 4 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1228, r.o. 2.3.

⁸⁹ Rb. Noord-Nederland 4 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1228, r.o. 2.4.

⁹⁰ Lok & Vonk 2016, p. 41.

⁹¹ Lok & Vonk 2016, p. 41.

⁹² *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 18.

⁹³ Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:212 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018).

geval waarin een benoeming van een bijzondere curator wordt verzocht om als vertegenwoordiger een procedure namens de minderjarige te starten. In beginsel wordt hiertoe overgegaan, waarbij de bijzondere curator zelfstandig zal moeten beoordelen of het belang van het kind met een indiening van het verzoek gediend is.⁹⁴ De rechtspraak laat zien dat niet altijd wordt overgegaan tot een benoeming van een bijzondere curator. Zo werd in een zaak van de rechtbank Roermond het verzoek afgewezen vanwege de wens van het veertienjarig kind dat belanghebbende was, en aangaf geen procedure te willen starten omdat zij deze procedure en het daarvoor te verrichten onderzoek door een bijzondere curator ‘ervaart als storend en pijnlijk en als een aantasting van haar autonomie.’⁹⁵

Kortom: het is voor minderjarigen mogelijk om indirect (middels een bijzondere curator) een afstammingsrechtelijke procedure te initiëren, *zelfstandig* procedures tot benoeming van een bijzondere curator te initiëren en, vermoedelijk in uitzonderingsgevallen waarbij minderjarigen een zekere leeftijd hebben bereikt, procedures die namens hen door een bijzondere curator worden gestart af te houden.

3.2 Participeren

Participeren door een minderjarige kan ook in de vorm van mee doen gedurende een reeds lopende juridische procedure. In het personen- en familierecht zijn er twee typen van deze participatievorm: het hoorrecht en de bijzondere curator. Het is mogelijk dat beide in dezelfde juridische procedure worden ingezet.

3.2.1 Hoorrecht

Het hoorrecht is het directe participatierecht van minderjarigen in verschillende typen zaken. Het hoorrecht geldt in civiele zaken over minderjarigen. De rechter mag niet beslissen dan nadat de minderjarige van twaalf jaar en ouder door de rechter in de gelegenheid is gesteld zijn of haar mening kenbaar te maken (art. 809 lid 1 Rv). Ten aanzien van de minderjarige jonger dan twaalf jaar komt de rechter een discretionaire bevoegdheid toe om de minderjarige te horen, maar hij is hiertoe niet verplicht.

Het hoorrecht van art. 809 lid 1 Rv kan herleid worden tot de invoering in 1982 van art. 902b (oud) BW. Destijds werd ‘ter verbetering van de rechtsbescherming van minderjarigen’⁹⁶ op voorstel van de commissie Wiarda de algemene bepaling

⁹⁴ HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, r.o. 3.5.

⁹⁵ Rb. Roermond 20 juni 2012, ECLI:NL:RBROE:2012:BW8368, r.o. 5.7.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 1979/1980, 16127, nrs. 1-3, p. 1.

van het hoorrecht van minderjarigen geïntroduceerd. Een minderjarige vanaf twaalf jaar werd hierdoor in de gelegenheid gesteld om zijn mening kenbaar te maken. De keuze voor deze leeftijd was gemaakt door de commissie omdat het ‘een duidelijke cesuur in het leven van een kind vormt’.⁹⁷ De commissie Wiarda haakt aan bij de leeftijd voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Bovendien is dit, volgens het rapport van de commissie, de leeftijd waarop de meeste kinderen naar de middelbare school gaan, waardoor er een sterker beroep wordt gedaan op de ‘eigen zelfstandigheid en verantwoordelijkheid’ van het kind.⁹⁸ Echter, er werd ook bepaald dat de rechter bevoegd was om minderjarigen jonger dan twaalf jaar te horen. Sinds de invoering is het hoorrecht op dit gebied niet aangepast, hoewel het artikel *an sich* wel veranderd en versimpeld is. Wel is er sindsdien discussie geweest over de leeftijdsgrens.⁹⁹ De Staatscommissie Herijking Ouderschap heeft in zijn rapport aanbevolen om de leeftijdsgrens van twaalf jaar te verlagen naar acht jaar.¹⁰⁰ In de praktijk heeft de rechtbank Amsterdam als vast beleid, na een pilot in 2016, om minderjarigen vanaf acht jaar actief uit te nodigen om te worden gehoord.¹⁰¹

Gezag, omgang en jeugdbescherming

Het hoorrecht voor minderjarigen geldt blijkens de tekst van art. 809 Rv in alle zaken die hen betreffen, uitgezonderd het levensonderhoud van minderjarigen, waarvoor de leeftijd van 16 geldt. De wettelijke plicht om minderjarigen in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord is daarmee van toepassing op gezags-, omgangs- en jeugdbeschermingszaken.¹⁰² Art. 809 Rv geeft een algemene uitzondering op het uitgangspunt dat de rechter pas beslist nadat de minderjarige in de gelegenheid is gesteld om te worden gehoord: indien het een zaak van kennelijk ondergeschikt belang betreft kan het horen achterwege blijven. Op basis van de wetsgeschiedenis moet worden aangenomen dat niet snel mag worden geoordeeld dat het een zaak van ondergeschikt belang betreft.¹⁰³ Specifiek ten aanzien van jeugdbeschermingszaken wordt in art. 809 lid 3 Rv nog een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat de minderjarige in staat moet worden gesteld om te worden gehoord. Indien onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige dreigt kunnen een aantal spoedmaatregelen worden getroffen zonder dat het kind gehoord wordt, op voorwaarde dat de minderjarige binnen

⁹⁷ *Kamerstukken II* 1979/1980, 16127, nrs. 1-3, p. 6.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 1979/1980, 16127, nrs. 1-3, p. 6.

⁹⁹ Zie o.a. Van Leeuwen 2017.

¹⁰⁰ Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 11.

¹⁰¹ Zie Van Leeuwen 2017, p. 261-262.

¹⁰² Zie *Procesreglement Gezag en Omgang*, 19e druk (januari 2020), p. 12 en *Procesreglement Civiel jeugdrecht*, 19e druk (januari 2020), p. 18.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 1992/93, 22487, 6, p. 16-17.

twee weken na de beschikking alsnog in gelegenheid wordt gesteld zijn mening kenbaar te maken. De spoedmaatregelen zijn de oplegging van een voorlopige ondertoezichtstelling (art. 1:257 BW), een (spoed)machtiging uithuisplaatsing (art. 1:265b BW) en voorlopige voogdij na schorsing van het gezag (art. 1:268 BW).

Identiteitskenmerken

In gerechtelijke procedures over identiteitskenmerken van minderjarigen hebben minderjarigen eveneens een hoorrecht. Deze procedures betreffen immers minderjarigen en de wetgever heeft het hoorrecht in deze procedures blijkens art. 809 Rv niet uitgesloten.¹⁰⁴ Dit betekent dat de rechter in gerechtelijke procedures over de afstammingsbanden of over de voor- of geslachtsnaam in ieder geval minderjarigen van twaalf jaar en ouder in de gelegenheid moet stellen om hun mening hierover kenbaar te maken. Het gegeven dat de belangen van minderjarigen in afstammingszaken worden vertegenwoordigd door een bijzondere curator sluit het hoorrecht niet uit.¹⁰⁵ De vraag rijst wel wat het hoorrecht van minderjarigen betekent in gerechtelijke procedures waarin de geslachtsnaam van minderjarigen vanwege een wijzigende afstamming door een verklaring van de ouders kan wijzigen. Hoewel de rechter in dergelijke zaken met betrekking tot de geslachtsnaam van de minderjarige geen beoordelingsruimte lijkt te hebben (daar het een keuze van ouders betreft), zal de minderjarige wel moeten worden uitgenodigd voor een kindgesprek nu het gaat om afstammings- en adoptiezaken.¹⁰⁶ Niet uitgesloten is dat de rechter, al dan niet via de bijzondere curator ex art. 1:212 BW, naar de visie van de minderjarige ter zake diens geslachtsnaam vraagt. Onzeker blijft wat de rechter met de mening van de minderjarige kan doen wanneer deze afwijkt van de wens van de ouders, anders dan de ouders te verzoeken hun keuze te herzien.

De wet kent daarnaast nog enkele bepalingen betreffende het hoorrecht van minderjarigen in specifieke gevallen, te weten in adoptieprocedures en (niet-gerechtelijke) procedures inzake geslachtsnaamswijzing. In art. 1:228 lid 1 onder a BW wordt naar het hoorrecht verwezen van minderjarigen op wie het adoptieverzoek betrekking heeft. In overeenstemming met art. 809 Rv gaat het om het hoorrecht van minderjarigen van twaalf jaar en ouder, of jonger indien zij in staat worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake.

¹⁰⁴ Zie artikel 809 Rv en Procesreglement Overige (Boek 1) zaken, 18e druk (april 2019), p. 111 en met verwijzing naar 809 Rv.

¹⁰⁵ Asser/De Boer 1* 2010/756.

¹⁰⁶ Zie artikel 809 Rv en Procesreglement Overige (Boek 1) zaken, 18e druk (april 2019), p. 88 en 111.

Deze leeftijdsgrens werd gesteld nog voordat het algemene hoorrecht voor minderjarigen in 1982 werd ingevoerd. Met de inwerkingtreding van de Adoptiewet in 1956 werd adoptie als kinderbeschermingsmaatregel mogelijk, waarbij art. 344j lid 4 BW (oud) bepaalde dat de rechter de adoptie niet kon uitspreken voordat het kind van veertien jaar was gehoord.¹⁰⁷ Deze verplichting van de rechter ('hoorplicht') en de leeftijdsgrens werden gemotiveerd vanuit de opvatting dat 'op die leeftijd het kind door de pleegouders over de bestaande verhouding volledig is ingelicht'.¹⁰⁸ Hierbij werd ook vermeld dat het de rechter vrijstond om desgewenst jongere minderjarigen te horen. Volgens de wetgever mocht erop worden vertrouwd dat de rechtbank 'hierbij grote voorzichtigheid betracht'.¹⁰⁹ In 1979 vond een verlaging van deze leeftijdsgrens naar twaalf jaar plaats, met het oog op de invoering van het algemene hoorrecht. In art. 1:227 lid 4 (oud) BW werd het vereiste opgenomen dat de rechter minderjarigen van twaalf jaar en ouder moest horen voordat de adoptie kon worden uitgesproken, hetgeen eveneens een verplichting van de rechter inhield.¹¹⁰ Met de huidige wettelijke bepaling in art. 1:228 lid 1 onder a BW wordt deze verplichting tot horen alvorens te beslissen niet meer nadrukkelijk verlangd.¹¹¹ Daarvan lijkt evenwel sprake te zijn, nu de rechter het adoptieverzoek niet kan toewijzen wanneer de minderjarige ter gelegenheid van zijn verhoor bezwaren uit (zie onder 3.3).

Daarnaast kent de wet sinds 1987 nog een bepaling met betrekking tot het hoorrecht van de te adopteren minderjarigen, thans neergelegd in art. 1:227 lid 5 BW (voorheen art. 1:227 lid 4 BW).¹¹² Bij het vaststellen van de voornamen van minderjarigen die worden geadopteerd en van wie de voornamen onbekend zijn, heeft de wetgever nadrukkelijk bepaald dat de rechter deze minderjarigen, althans

¹⁰⁷ Adoptiewet van 26 januari 1956, i.w.t. 1 november 1956. De wettelijke bepaling luidde: 'Is het kind veertien jaar of ouder, dan beslist de rechter niet dan nadat hij het kind heeft gehoord.'

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 1953/54, 3530, nr. 3, p. 7.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 1953/54, 3530, nr. 3, p. 11.

¹¹⁰ Wet van 13 september 1979, *Stb.* 1979, 501 (i.w.t. 1 november 1979). Te danken aan het amendement op het wetsvoorstel van het lid Wessel-Tuinstra. Zie *Kamerstukken II* 1978/79, 14824, nr. 15 en *Kamerstukken I* 1978/79, 14824, nr. 103, p. 11. De wettelijke bepaling luidde: 'Is het kind twaalf jaren of ouder, dan beslist de rechter niet dan nadat hij het kind heeft gehoord.'

¹¹¹ Artikel 1:227 lid 4 BW kwam te vervallen maar de verplichting om minderjarigen te horen werd nadrukkelijk gehandhaafd (en dus verplaatst) met artikel 972 lid 7 Rv. Zie *Kamerstukken II* 1979/80, 16127, nrs. 1-3, p. 5 en 12-13 ('De rechtbank beslist niet dan nadat zij het kind twaalf jaren of ouder zijnde, heeft gehoord, behalve indien zulks vanwege de lichamelijke of geestelijke toestand van het kind niet mogelijk is.') en *Stb.* 1982, 315.

¹¹² Wet van 13 mei 1987, *Stb.* 1987, 264 (i.w.t. 1 september 1987).

wanneer zij twaalf jaar of ouder zijn, eerst moeten horen.¹¹³ Hier lijkt de wet de participatie van deze minderjarigen nog steeds te verplichten.

De wetgever heeft ook een hoorrecht toegekend in procedures die alleen over de geslachtsnaamwijziging van minderjarigen gaan. Dit zijn geen gerechtelijke, maar administratieve procedures. De verzoeken worden op grond van het Besluit geslachtsnaamswijziging namens de Koning door het ministerie van Justitie en Veiligheid (*Dienst Justis*) beoordeeld. Het hoorrecht voor minderjarigen is neergelegd in art. 1:7 lid 1 onder d Besluit geslachtsnaamswijziging, en ziet sinds 1980 op minderjarigen die minimaal twaalf jaar zijn. Daarover heeft de wetgever het volgende opgemerkt:

‘Het is immers in het belang van het kind dat het, wanneer het op een leeftijd is gekomen dat het over de voor hem verzochte naamswijziging zelfstandig kan oordelen, in de gelegenheid wordt gesteld zijn mening over het verzoek kenbaar te maken. Dit houdt in dat het kind op de hoogte moet zijn van zijn afkomst. Het kind kan zich immers alleen een oordeel vormen over de voor hem verzochte naamswijziging, indien het weet in welke verhouding het staat tot het gezin waarin het opgroeit. In het algemeen dient ook een jonger kind over zijn status te zijn voorgelicht voor de naamswijziging tot stand komt.’¹¹⁴

Het is opvallend dat de mogelijkheid die art. 809 Rv biedt om minderjarigen die jonger zijn dan twaalf jaar te horen, niet ook geldt op grond van het Besluit geslachtsnaamswijziging.

3.2.2 Bijzondere curator

De tweede vorm van participeren in juridische procedures in het personen- en familierecht betreft de bijzondere curator. De bijzondere curator heeft als taak om de belangen van de minderjarige in en buiten rechte te behartigen. De bijzondere curator kan worden ingezet op basis van twee verschillende wettelijke bepalingen, de algemene bijzondere curator ex art. 1:250 BW en de specifieke bijzondere curator ex art. 1:212 BW. Deze komen allebei aan bod.

¹¹³ *Kamerstukken II* 1984/85, 18620, nr. 3, p. 19.

¹¹⁴ Toelichting bij Richtlijnen geslachtsnaamswijziging 1980.

Bijzondere curator ex art. 1:250 BW

Een bijzondere curator kan door de rechter benoemd worden om een minderjarige te vertegenwoordigen in een procedure waarin sprake is van een belangenstrijd tussen de minderjarige en zijn ouders over zijn verzorging, opvoeding of vermogen (art. 1:250 BW). Deze participatiemogelijkheid ziet op gezag- en omgangszaken, de echtscheidingsprocedure en procedures waarin (wijziging) gezag, hoofdverblijf of omgang aan de orde zijn, alsook jeugdbeschermingsprocedures.¹¹⁵

De benoeming van de bijzondere curator kan ambtshalve plaatsvinden door de rechter of op verzoek van een belanghebbende.¹¹⁶ Belanghebbenden zijn degenen op wiens rechten of verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft ingevolge art. 798 Rv, zoals ouders. In dit kader wordt de minderjarige ook als belanghebbende gezien, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis¹¹⁷ en een uitspraak van de Hoge Raad.¹¹⁸ De minderjarige kan derhalve middels een formele rechtsingang, bijgestaan door een advocaat, een verzoek doen tot benoeming van een bijzondere curator.¹¹⁹ Daarnaast is het ook mogelijk dat de rechter ambtshalve een bijzondere curator benoemt als een minderjarige zich via een informele route tot de rechter wendt. Dit geldt ongeacht de leeftijd van de minderjarige.

De bijzondere curator is geïntroduceerd in 1995 voor zowel vermogensrechtelijke als niet-vermogensrechtelijke geschillen tussen de minderjarige en zijn wettelijke vertegenwoordigers.¹²⁰ Art. 1:250 BW bevat geen leeftijds- of rijpheidsgrenzen voor de benoeming van een bijzondere curator, enkel het voorschrift dat de rechter het benoemen van een bijzondere curator ‘in het belang van de minderjarige nodig acht, daarbij in het bijzonder de aard van deze belangenstrijd in aanmerking genomen’. Het moet gaan om een ‘concrete belangentegenstelling in substantiële zaken’.¹²¹

¹¹⁵ *Kamerstukken II* 1992/93, 23012, nr. 3.

¹¹⁶ Landelijk Overleg Vakinhoud Familie- en Jeugdrecht, Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. Art. 1:250 BW, 2014.

¹¹⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23012, nr. 8, p. 8.

¹¹⁸ HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535.

¹¹⁹ Zie Ter Haar 2019.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 1992/93, 23012, nr. 3, p. 11.

¹²¹ *Kamerstukken II* 1992/93, 23012, nr. 3, p. 12.

Bijzondere curator ex art. 1:212 BW

Zoals aan de orde is gekomen, moeten minderjarigen krachtens art. 1:212 BW – en sinds 1998¹²² – in alle afstammingsrechtelijke procedures vertegenwoordigd worden door een bijzondere curator. Een bijzondere curator moet ingevolge de ‘Richtlijn benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:212 BW’ ook worden aangesteld in adoptiezaken.¹²³ Het maakt hierbij niet uit of de minderjarige als verzoeker of als belanghebbende optreedt en de leeftijd van de minderjarige is irrelevant. Reeds voordat de huidige bepaling ex art. 1:212 BW in de wet werd opgenomen, kenden we de figuur van de bijzondere curator.¹²⁴ Al in 1992 gold het vereiste dat in procedures inzake ontkenning van het vaderschap en vernietiging van de erkenning een bijzondere curator diende te worden benoemd, die ook toen als wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarigen diens belangen behartigde.¹²⁵ Nog steeds geldt dat de bijzondere curator het belang van minderjarigen in afstammingszaken dient te beoordelen¹²⁶ en uitsluitend de belangen van deze minderjarigen dient te vertegenwoordigen.¹²⁷ Zoals besproken kan de bijzondere curator namens minderjarigen procedures initiëren. Blijkens de richtlijn wordt van de bijzondere curator verlangd dat hij persoonlijk met de betrokkenen spreekt en nagaat of de door de ouders aangevoerde gronden voor toe- of afwijzing van het verzoek feitelijk en juridisch juist zijn.¹²⁸ Niet alleen dient de bijzondere curator een persoonlijk gesprek te voeren met minderjarigen van twaalf jaar en ouder, maar ook met minderjarigen jonger dan twaalf wanneer

¹²² Artikel 1:212 BW is ingevoerd met de herziening van het afstammingsrecht in 1998, Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772, 1 (i.w.t. 1 april 1998).

¹²³ Richtlijn benoeming en taakvervulling bijzondere curatoren op grond van artikel 1:212 uit 2014, p. 5 en 8. Zie anders: Asser/De Boer 1* 2010/756 en Schrama, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:212 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018). Hoewel Schrama aangeeft dat men zich kan afvragen of ook in bepaalde adoptiezaken de belangen van het kind niet door een bijzondere curator behartigd zouden moeten worden, zou het werktelein van de bijzondere curator beperkt zijn tot afstamming en zich niet uitstrekken tot adoptiezaken, nu het in artikel 1:212 BW nadrukkelijk over afstammingszaken gaat, geregeld in titel 11, en wetssystematisch geen betrekking heeft op titel 12, waarin adoptie een plaats heeft gekregen.

¹²⁴ Met de modernisering van het familierecht in 1970 werd benoeming van een bijzondere curator vereist in zaken betreffende ontkenning van het vaderschap.

¹²⁵ Bij de herziening werd geregeld dat voortaan de rechter de bijzondere curator zou benoemen in plaats van de kantonrechter, toentertijd opgenomen in het nieuwe artikel 968j Rv en met verwijzing naar destijds geldende artt. 1:199 en 1:226 BW. Zie *Kamerstukken II* 1987/88, 20626, nr. 3, p. 29 en p. 40-41.

¹²⁶ Rapport bijzondere curator 2016, p. 14 met verwijzing naar *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, nr. 3.

¹²⁷ Richtlijn benoeming en taakvervulling bijzondere curatoren op grond van artikel 1:212, p. 8.

¹²⁸ Richtlijn benoeming en taakvervulling bijzondere curatoren op grond van artikel 1:212, p. 8.

zij in staat kunnen worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen.¹²⁹ De bijzondere curator dient daarbij zelfstandig te toetsen of toewijzing dan wel afwijzing van het voorliggende verzoek in het belang van de minderjarige is. Van de bevindingen moet een verslag worden gemaakt.¹³⁰

3.3 (Mee)beslissen

Niet alleen hebben minderjarigen in de hierboven besproken procedures soms de mogelijkheid om een procedure te initiëren en het recht om hun mening over kwesties die hen aangaan kenbaar te maken, maar daarnaast wordt in sommige procedures van minderjarigen verlangd dat zij zelf een keuze maken of met de toewijzing van het verzoek instemmen. De specifieke gevallen waarin hiervan sprake is, gaan over identiteitskenmerken van minderjarigen.

Het geregistreerde geslacht en de voornaam

Genderkinderen vanaf zestien jaar mogen zelf beslissen over het wijzigen van hun geregistreerde geslacht, maar zijn hierbij, net als meerderjarigen, afhankelijk van een deskundigenverklaring dat sprake is van een gegronde overtuiging om tot het andere geslacht te behoren alsook van een weloverwogen wens en keuze om het geregistreerde geslacht te wijzigen.¹³¹ Op het voorstel van de minister om het wijzigen van het geregistreerde geslacht voor minderjarigen jonger dan zestien jaar via rechterlijke tussenkomst mogelijk te maken, is gereageerd met de vraag of een dergelijke procedure, zoals bij volwassenen het geval is, ook bij deze minderjarigen een inbreuk op zelfbeschikking oplevert.¹³² De minister heeft daarop te kennen gegeven dat hij een rechterlijke toets in het belang van het kind en overeenkomstig art. 3 IVRK nodig acht.¹³³

¹²⁹ Richtlijn benoeming en taakvervulling bijzondere curatoren op grond van artikel 1:212, p. 5.

¹³⁰ Zie over de bijzondere curator onder meer Pieters 2008; Lok en Vonk 2016.

¹³¹ Zie artikel 1:28 lid 2 BW. Het is op moment van schrijven door de minister van Rechtsbescherming aangekondigd dat dit jaar met een wetsvoorstel zal worden voorgesteld de vereiste deskundigenverklaring – ten minste voor meerderjarigen – te laten vervallen. Zie Kamerbrief 10 april 2019, evaluatie Transgenderwet, kenmerk: 2550158.

¹³² *Kamerstukken I* 2019/20, 33351, I (Brief van de waarnemend voorzitter van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid). De GroenLinks-fractie vraagt de minister voorts of hij het niet een te zwaar middel acht om een kind te laten bewijzen of bevestiging van genderidentiteit in eigen belang is. Niet nader genoemd onderzoek zou aantonen aan dat het bewijzen van de bevestiging van genderidentiteit niet altijd in belang van het kind is.

¹³³ *Kamerstukken I* 2019/20, 33351, I (Brief van de minister voor Rechtsbescherming van 11 september 2019 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal).

‘De voorgestelde rechterlijke toets waarborgt dat kinderen en hun ouders weloverwogen overgaan tot een wijziging van de geslachtsregistratie. [...] Hij toetst of de wens tot wijziging vrijwillig, oprecht en bestendig is en of het kind en zijn ouders de gevolgen van wijziging overzien.’¹³⁴

Verder geldt dat genderkinderen vanaf zestien jaar zelf beslissen onder welke voornaam zij voortaan door het leven willen gaan. De door deze minderjarigen gewenste nieuwe voornaam of voornamen worden door de ambtenaar van de burgerlijke stand alleen getoetst op de algemene vereisten die gesteld worden in art. 1:4 lid 2 BW. De voornaam mag niet tevens een achternaam of een ongepaste naam zijn. Daarnaast geldt dat de voornaamswijziging alleen kan plaatsvinden indien aan de vereisten voor het wijzigen van het geregistreerde geslacht is voldaan.

De achternaam

Van minderjarigen wordt vaak verlangd dat zij (mee)beslissen in verschillende procedures die (mede) betrekking hebben op de wijziging van hun achternaam. Hiervan is sprake in het specifieke geval waarin minderjarigen een nieuwe juridische afstammingsband verkrijgen. Wanneer zij zestien jaar of ouder zijn beslissen deze minderjarigen ingevolge art. 1:5 lid 7 BW zelf of zij de achternaam van de ene ouder of de andere wensen.¹³⁵ Deze mogelijkheid voor minderjarigen werd door de staatssecretaris bij de introductie van de naamskeuze toegelicht met het argument dat minderjarigen die op die leeftijd zijn gekomen, zelf moeten kunnen kiezen.¹³⁶ Anders zou zich de situatie kunnen voordoen dat de geslachtsnaam van de minderjarige op zijn zestiende of zeventiende tegen zijn of haar wil wijzigt en daarom bij meerderjarigheid op verzoek opnieuw zou wijzigen.¹³⁷ Ook heeft de wetgever geëxpliciteerd dat de minderjarige met betrek-

¹³⁴ *Kamerstukken I* 2019/20, 33351, I (Brief van de minister voor Rechtsbescherming van 11 september 2019 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal).

¹³⁵ Deze keuze die het kind van zestien jaar of ouder toekomt, lijkt niet op te gaan in de situatie waarin ouders die gaan trouwen of een geregistreerd partnerschap aangaan op het moment dat het kind de leeftijd van zestien jaar reeds heeft bereikt. De keuze geldt krachtens de bepaling immers alleen bij het *ontstaan* van de familierechtelijke betrekking. Indien de minderjarige nog geen zestien jaar is, beslissen de ouders. Zie de artt. 1:5 lid 2 en 1:5 lid 3 BW.

¹³⁶ *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 11.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 1991/92, 22408, nr. 3, p. 5. Zie in het kader van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap *Kamerstukken II* 1990/91, 20 626, nr. 6, p. 11. ‘Wat betreft de achternaam van het kind mag worden aangenomen dat in de meeste gevallen de betrokkenen bij zulk een actie er geen prijs op zullen stellen dat het kind de naam van de vader draagt. Het sluit meer aan bij de werkelijkheid om het kind de naam van de moeder te laten behouden en het de mogelijkheid te geven om vanaf een bepaalde leeftijd te kiezen voor de naam van zijn vader.’

king tot de naamkeuze niet gebonden is aan het vereiste van ‘eenheid in het gezin’.¹³⁸

‘De omstandigheid dat het kind zelf keuze kan doen vinden wij voor dit geval zwaarder wegen dan de eenheid van naam in het gezin. Het betreft immers een ouder kind dat waarschijnlijk over niet al te lange tijd het gezin zal verlaten om zijn eigen weg te zoeken.’¹³⁹

Het is op het eerste gezicht opvallend dat deze keuzemogelijkheid voor minderjarigen niet geldt wanneer sprake is van een toewijzing van het verzoek tot gezamenlijk gezag door een ouder samen met een ander dan de ouder (zie art. 1:253t BW). De parallel met de geslachtsnaamswijziging door een wijziging in de afstamming ligt voor de hand. Hetzelfde geldt voor procedures die alleen over de geslachtsnaamswijziging van minderjarigen gaan, en dus zonder dat een wijzigende afstamming of gezagsrecht tot mogelijke geslachtsnaamswijziging leidt.¹⁴⁰ Het ontbreken van dit beslisrecht kan echter goed verklaard worden, omdat minderjarigen van twaalf jaar en ouder in deze procedures wel een instemmingsrecht gegeven is.¹⁴¹ Dit instemmingsrecht is voor het eerst voorgesteld in 1984 in het wetsvoorstel over de herziening van het naamrecht, en is vervolgens opgenomen in de destijds geldende richtlijnen geslachtsnaamswijziging van 1989. Later volgde dit instemmingsrecht ook voor art. 1:253t BW-procedures.¹⁴² In de 1:253t BW-procedures betreffende het gezamenlijk gezag geldt wel dat aan de instemming van de minderjarige voorbij kan worden gegaan indien de rechter dit in het belang van de minderjarige oordeelt.¹⁴³ Deze toets blijft in procedures over alleen de geslachtsnaamswijziging achterwege. Bovendien geldt in deze procedures inzake geslachtsnaamswijziging (en niet in de 1:253t BW-procedures betreffende het gezamenlijk gezag) dat wanneer een ouder niet instemt met het verzoek tot geslachtsnaamswijziging van de minderjarige, hieraan voorbij wordt gegaan wanneer minderjarigen van twaalf jaar en ouder te kennen geven

¹³⁸ *Kamerstukken II* 1995/96, 22408, nr. 11, p. 5.

¹³⁹ *Kamerstukken II* 1995/96, 22408, nr. 11, p. 2-3.

¹⁴⁰ Het betreffen procedures waarin de verzoeken tot geslachtsnaamswijziging van minderjarigen niet door de rechter worden beoordeeld, maar namens de Koning door het Ministerie van Justitie (specifiek Dienst Justis).

¹⁴¹ Dit geldt zowel in de situatie dat sprake is van een gerechtelijke procedure betreffende het verzoek tot het toekennen van het gezag door een ander dan de ouder ex art. 1:253t BW – krachtens lid 5 – als in de procedure via het Besluit Geslachtsnaamswijziging, krachtens art. 3 lid 4 onder b Besluit geslachtsnaamswijziging.

¹⁴² *Kamerstukken II* 1995/96, 23714, nr. 7, p. 6.

¹⁴³ Art. 1:253t lid 5 onder c BW.

dat zij bij hun instemming blijven.¹⁴⁴ In de procedures betreffende het gezamenlijke gezag ex art. 1:253t BW wordt de instemming van de eventuele andere ouder zonder gezag niet wettelijk verlangd, maar zal de eventuele opvatting van deze ouder wellicht een rol spelen bij de vraag of het belang van het kind zich tegen toewijzing verzet.

Afstamming

Een instemmingsrecht voor minderjarigen geldt verder in enkele procedures over de afstammingsbanden van minderjarigen. Zo vereist de wetgever instemming van 12-plussers voor de erkenning door een derde. Blijkens art. 1:204 lid 1 onder d BW gaat het om schriftelijke instemming van de minderjarige. Wanneer de voor de erkenning vereiste toestemming wordt geweigerd, dan kan deze toestemming op grond van het vierde lid door de rechtbank worden vervangen indien dit in het belang van de minderjarige wordt bevonden. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat voor deze leeftijd is gekozen om aan te sluiten bij de leeftijdsgrens voor het hoorrecht van minderjarigen.¹⁴⁵ Aanvankelijk werd een leeftijdsgrens van vijftien jaar overwogen. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de wet blijkt dat verschillende partijen twijfels of bezwaren hadden bij de invoering van de lagere leeftijdsgrens van twaalf jaar. De wetgever meende echter dat een minderjarige vanaf twaalf ‘in voldoende mate zal beseffen welke implicaties zijn instemming [...] kan hebben’ en dat hij ‘de draagwijdte van zijn handelen in deze kan overzien’.¹⁴⁶ Verder geldt dat tot de zestienjarige verjaardag van minderjarigen, dubbele instemming vereist is: naast die van minderjarigen ook die van de moeder. In de parlementaire geschiedenis is deze keuze als volgt verantwoord.

‘Deze leeftijd stemt bij voorbeeld overeen met de leeftijd waarop een kind een overeenkomst tot geneeskundige behandeling zelfstandig kan sluiten (zie art. 447 Boek 7 BW).’¹⁴⁷

¹⁴⁴ Zie art. 3 lid 4 onder c Besluit geslachtsnaamswijziging. Dit vetorecht van minderjarigen geldt sinds de Richtlijnen voor geslachtsnaamswijziging 1980. Daarvoor en sinds de Richtlijnen voor geslachtsnaamswijziging 1976 werd de leeftijd van veertien jaar aangehouden. De leeftijdsverlaging hield verband met de leeftijdsverlaging van het hoorrecht van minderjarigen in verband met adoptie. Zie hierover Toelichting bij Richtlijnen voor geslachtsnaamswijziging 1980.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 11.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 19.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 11.

Ook werd de vraag opgeworpen of het niet beter zou zijn als minderjarigen in plaats van een instemmingsrecht een hoorrecht kregen.¹⁴⁸ Mede omdat erkenning langs de weg van de ambtenaar van de burgerlijke stand geschiedt werd een hoorrecht niet geschikt bevonden en daarom werd gekozen voor een instemmingsrecht.¹⁴⁹

In het geval van adoptie is de techniek anders, maar het resultaat hetzelfde: er is geen instemmingsrecht aan minderjarigen toegekend, maar het adoptieverzoek kan alleen kan worden toegewezen als er door de minderjarigen geen bezwaren tegen de adoptie zijn geuit. Art. 1:228 lid 1 onder a BW bepaalt dat de adoptie niet kan worden uitgesproken indien minderjarigen ter gelegenheid van het verhoor bezwaren hebben geuit tegen de toewijzing van het adoptieverzoek. Dit geldt voor kinderen vanaf twaalf jaar en ook voor minderjarigen *jonger* dan twaalf jaar, wanneer de rechter besluit deze minderjarigen te horen, althans hen hiertoe uit te nodigen.¹⁵⁰ In de parlementaire geschiedenis is deze leeftijdsgrens, die voor de herziening van het afstammingsrecht in 1998 op vijftien jaar gesteld was,¹⁵¹

¹⁴⁸ Zo komt naar voren dat de leden van de CDA-fractie zich met het voorstel van instemming van het kind van 12 jaar en ouder konden verenigen. Zij vroegen alleen nog of de keuze voor 12 jaar weloverwogen was en niet een te zware last op het kind zou leggen. Ook de leden van de SGP-fractie gaven te kennen voorshands ernstige bezwaren te hebben wat betreft het voorstel het instemmingsvereiste van het kind bij 12 jaar te leggen. Zij vroegen of hiermee, in vergelijking met elders in de wet aan jeugdigen toegekende rechten, niet een onevenredig zware beslissingsbevoegdheid op relatief jonge schouders wordt gelegd. Ook vroegen zij naar de reden om tot aan de leeftijd van 14 of 16 jaar niet te volstaan met het toekennen van een hoorrecht. Tenslotte wezen de leden van de WD-fractie op het verschil in leeftijd waarop instemming van het kind nodig is, bij adoptie en bij aanvaarding van het vaderschap zoals voorgesteld. Zij vroegen waarop dit verschil was gebaseerd en stelden voor om de grens op 15 of 16 jaar te leggen en na het twaalfde jaar een hoorplicht in te voeren. *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 19, 23-25.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 23.

¹⁵⁰ Zie het amendement op het wetsvoorstel van het lid Spikes, waarin werd toegelicht dat 'Kinderen hebben er belang bij gehoord te worden over adoptie-kwesties die hen aangaan. Daarom verdient het de voorkeur om hierin aansluiting te zoeken bij de regelingen omtrent het horen van kinderen met betrekking tot het omgangsrecht.', *Kamerstukken II* 1996/97, 24649, nr. 23. Punselie vermeldt dat schriftelijk aan de rechter door de minderjarige kenbaar gemaakte bezwaren een toewijzing van het verzoek niet in de weg hoeven te staan, omdat daartoe vereist is dat de minderjarige ter gelegenheid van zijn verhoor die bezwaren kenbaar maakt aan de rechter. Dit geldt volgens haar niet bij minderjarigen jonger dan twaalf jaar. 'Niet wettelijk bepaald is hier dat die bezwaren van de minderjarige beneden de leeftijd van twaalf jaar ter gelegenheid van diens verhoor aan de rechter moeten zijn gebleken. Het kan derhalve ook gaan om bezwaren die op andere wijze aan de rechter bekend zijn geworden, bijvoorbeeld uit onderzoek van de raad voor de kinderscherming.' Zie Punselie, in: GS Personen- en familierecht, art. 1:228 BW, aant. 3.1 en 3.2 (online, bijgewerkt tot 7 mei 2019).

¹⁵¹ Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772 (i.w.t. 1 april 1998). Wet van 13 september 1979, *Stb.* 1979, 501 (i.w.t. 1 november 1979). Te danken aan het amendement op het

gemotiveerd met een verwijzing naar de leeftijdsgrens voor het horen van kinderen. De wetgever stelt dat het ‘gekunsteld’ over komt ‘om de eventuele bezwaren van het gehoorde kind in de leeftijd van 12-15 jaar op een andere manier mee te wegen dan in de leeftijd vanaf 15 jaar’.¹⁵² Net zoals bij het instemmingsvereiste van minderjarigen bij erkenning is ook bij adoptie aansluiting gezocht bij de gestelde leeftijdsgrens voor het hoorrecht van minderjarigen.

Op andere terreinen van het afstammingsrecht wordt dus geen instemming van de minderjarige verlangd. Zo wordt geen instemming van de minderjarige verlangd in procedures ter zake gerechtelijke vaststelling van het ouderschap, noch in procedures tot ontkenning van het ouderschap en vernietiging van de erkenning. Mogelijke verklaringen hiervoor zouden kunnen zijn: (1) dat in deze procedures, in tegenstelling tot de erkenningsprocedure, telkens rechterlijke tussenkomst vereist is, (2) dat er – mede in het belang van minderjarigen – wettelijke termijnen en vereisten gelden voor het starten van deze procedures door de ouders van minderjarigen en (3) dat het in deze procedures telkens gaat om het in overeenstemming brengen van de biologische en juridische werkelijkheid. Dit laatste is niet altijd het geval bij erkenning, nu erkenning door een ander dan de biologische ouder kan geschieden, en eveneens niet bij adoptie waarbij een ander dan de biologische ouder juridisch ouder kan worden dat eventueel gepaard gaat met het doorsnijden van de biologische afstammingsband(en) van minderjarigen. Dit neemt niet weg dat er situaties denkbaar zijn waarin de instemming van minderjarigen op zijn plaats zou zijn, bijvoorbeeld bij het verbreken van de afstammingsband als minderjarigen de niet-biologische ouder als sociale ouder beschouwen en zij het behouden van de status quo wensen. Het verbreken van deze juridische niet-biologische band met een sociale ouder zal voor een minderjarige immers niet altijd minder ingrijpend hoeven te zijn dan het verbreken van de juridische band van een biologische, juridische maar geen sociale ouder (de ouder is bijvoorbeeld nooit betrokken geweest). En daarnaast: waarom zou bijvoorbeeld een veertienjarig kind geen instemming hoeven te geven voor het op verzoek van moeder gerechtelijk laten vaststellen van de juridische band met de biologische ouder (biologische ouder die niet wil of niet kan meewerken aan het vestigen van de juridische band), terwijl dit wel nodig is

wetsvoorstel van het lid Wessel-Tuinstra. Zie *Kamerstukken II* 1978/79, 14824, nr. 14 (‘Een zeer ingrijpende beslissing als de adoptie is ((..)) dient niet mogelijk te zijn indien blijkt dat het oudere kind zelf daarmee niet kan instemmen. ((..)) Het is wenselijk, mede ook opdat wordt voorkomen dat de rechtbanken verschillende leeftijden zouden gaan hanteren, een leeftijdsgrens te stellen. Voorgesteld wordt de leeftijd van vijftien jaar ((..))’).

¹⁵² *Kamerstukken II* 1995/96, 24649, nr. 3, p. 14.

bij erkenning door de biologische ouder (die wel wil meewerken aan het vestigen van de band)? Bovenstaande laat zien dat, hoewel sprake is van een bepaalde mate van logica en consistentie met betrekking tot de mogelijkheid van (mee)beslissen in het afstammingsrecht, het verstandig is om de mogelijkheden voor minderjarigen in deze procedures te herzien.

4. Vergelijking en evaluatie

De uiteenzetting van de processuele bevoegdheden van minderjarigen in enkele deelgebieden van het personen- en familierecht laat een weinig consistent beeld zien. Zichtbaar is dat minderjarigen, afhankelijk van de specifieke procedure, op verschillende manieren (en leeftijden) kunnen initiëren, participeren en (mee)beslissen. In hoeverre deze verschillen te rechtvaardigen zijn zal worden beoordeeld aan de hand van een vergelijking en evaluatie. Eerst vindt een vergelijking en evaluatie plaats van de vormen van initiëren, participeren en (mee)beslissen in de verschillende delen van het personen- en familierecht (zie Tabel 1) en vervolgens van de leeftijdsgrenzen die daarbij wel of niet gesteld zijn (zie Tabel 2).

4.1 Initiëren, participeren en (mee)beslissen in de verschillende delen van het personen- en familierecht

Meest fundamenteel is het recht van minderjarigen om een juridische procedure te initiëren en de daarmee verbonden procesbekwaamheid. De grondgedachte van de wetgever is duidelijk: de wettelijke vertegenwoordigers – doorgaans de ouders – vertegenwoordigen het kind. Verondersteld wordt dat zij het beste kunnen inschatten wat in het belang van de minderjarige is en kunnen beslissen over wanneer een juridische procedure gestart moet worden. Daarom geldt als hoofdregel dat minderjarigen in het personen- en familierecht in beginsel geen mogelijkheden hebben om een juridische of administratieve procedure te initiëren. Tegelijkertijd zijn er gevallen waarin het problematisch kan zijn de wettelijke vertegenwoordigers het alleenrecht te geven een procedure te starten. De belangen van ouders en kinderen lopen namelijk niet altijd gelijk. In de door ons onderzochte gebieden van het personen- en familierecht zijn om die reden verschillende uitzonderingen zichtbaar op het uitgangspunt van procesonbekwaamheid.

4.1.1 Initiëren door of namens minderjarigen

De formele rechtsingang, de informele rechtsingang en de verzoeken namens de minderjarigen door een bijzondere curator ex art. 1:212 BW bieden verschillende mogelijkheden aan minderjarigen. Wanneer deze mogelijkheden op een rij worden gezet (zie Tabel 1), wordt duidelijk dat de formele rechtsingang enkel geboden wordt in een zeer beperkt aantal specifieke procedures. Het gaat dan om procedures met betrekking tot geslachtswijziging en de hieraan gekoppelde voornaamswijziging, jeugdbeschermingsmaatregelen en de mogelijkheid om zelfstandig een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator te in te dienen.

Wat betreft het geregistreerde geslacht en de voornaam geldt dat minderjarigen de wijziging daarvan enkel vanwege hun genderidentiteit kunnen verzoeken. Omdat deze initieermogelijkheden pas sinds de Transgenderwet van 2014 bestaan, is het verklaarbaar waarom de wet geen formele rechtsingang voor minderjarigen biedt die hun voornaam om andere beweegredenen wensen te wijzigen. Toch rijst de vraag of minderjarigen ook in die gevallen niet de mogelijkheid gegeven moet worden om zelfstandig een voornaamswijziging te verzoeken. Diezelfde vraag kan overigens ook gesteld worden ten aanzien van minderjarigen die wijziging van de geslachtsnaam wensen.

In het jeugdbeschermingsrecht is er sprake van een begrensd aantal verzoeken waarbij een formele rechtsingang openstaat voor minderjarigen. Duidelijk is dat minderjarigen bevoegd zijn verzoeken te doen zolang de inbreuk op het gezag van de ouders niet wordt vergroot. Zo kunnen minderjarigen verzoeken tot wijziging, niet-verlenging of beëindiging van de ondertoezichtstelling maar niet tot verlenging van de ondertoezichtstelling. Het is voorstelbaar dat een groter conflictpotentieel ontstaat indien minderjarigen zelfstandig (verlenging van) een ondertoezichtstelling kunnen verzoeken. Maar de nadelen van huidige situatie waarin de wettelijke vertegenwoordigers minderjarigen vertegenwoordigen worden vrijwel nooit in de discussie betrokken. Thans is het de plicht van de ouder(s) de belangen van de minderjarige te behartigen in de procedure, maar ouders kunnen onmogelijk hun eigen belangen negeren. Hoe deze ‘dubbelrol’ in de praktijk uitpakt is goeddeels onduidelijk. Het is echter niet onwaarschijnlijk dat ouders soms hun eigen belang vooropstellen, of tenminste worstelen in gevallen waarin de belangen van kind en ouders uiteenlopen. Hoe vaak leidt dit ertoe dat de belangen van de minderjarige in de gerechtelijke procedure niet optimaal worden gediend? En vindt er in de gehele procedure een goede informatieoverdracht plaats aan de minderjarige, nu de ouders met gezag hier ook een belangrijke rol in spelen? Het zijn vragen die mee zouden mogen spelen bij

de afweging of een verdere uitbreiding van de formele of informele rechtsingang in deze categorie zaken gewenst is.

In het afstammingsrecht komt de minderjarige wel een zelfstandig recht tot toegang tot de rechtbank toe, maar van een formele rechtsingang is geen sprake daar het initiëren van deze procedures voorbehouden is aan de bijzondere curator ex art. 1:212 BW. Een uitzondering hierop betreft het verzoek tot benoeming van deze bijzondere curator. Uit de lagere rechtspraak en de literatuur volgt dat minderjarigen dit geheel zelfstandig kunnen verzoeken. Minderjarigen zijn verder volledig uitgesloten van de formele rechtsingang op het gebied van gezag en omgang. Ook hier bestaat enkel de uitzondering van het verzoek tot de benoeming van een bijzondere curator ex art. 1:250 BW. Dit betekent dat minderjarigen die geconfronteerd worden met een scheiding van hun ouders en de gevolgen daarvan, geen mogelijkheid hebben om zich via een formele rechtsingang tot de rechter te wenden. Vermoedelijk komt dit voort uit de gedachte dat minderjarigen voor zover mogelijk buiten conflicten tussen ouders gehouden moeten worden.

De verhouding tussen de formele en informele rechtsingang

Voor deze minderjarigen geldt de informele rechtsingang, maar die is sterk beperkt tot verzoeken over de toekenning van eenhoofdig gezag en over zorg en omgang, informatie en consultatie. Minderjarigen hebben zodoende wel mogelijkheden om zich tot de rechter te wenden in verband met wensen over concrete afspraken over de zorg en omgang. In de praktijk is dat voor kinderen en jongeren van groot belang. Daarentegen hebben minderjarigen geen mogelijkheden om zelf naar de rechter te stappen over wensen ten aanzien van bijvoorbeeld een voorgenomen verhuizing van een van de ouders of over de schoolkeuze. De reden voor het ontbreken van mogelijkheden voor minderjarigen om in dergelijke kwesties een procedure te initiëren zou gelegen kunnen zijn in de algemene overtuiging dat ouders het beste in staat zijn om zulke beslissingen te maken. Als ouders gezamenlijk tot besluiten komen omtrent de invulling van het gezag, dan wordt het verzet van de minderjarige dus niet gezien als een juridisch conflict. De informele rechtsingang ontbreekt ook in alle andere gebieden van het personen- en familierecht. Bovenstaande leidt tot de conclusie dat de ontwikkeling van de mogelijkheden voor minderjarigen om te initiëren steeds per deelgebied heeft plaatsgevonden, waarbij doorgaans niet is gelet op het gehele plaatje van deze mogelijkheden.

Er is sprake van een spiegelbeeldige situatie waar het gaat om de verhouding tussen de informele en formele rechtsingang: waar voor minderjarigen een formele rechtsingang mogelijk is, is er geen informele rechtsingang of ingang via

de bijzondere curator ex art. 1:212 BW en omgekeerd. Op het eerste oog is dit verklaarbaar: waarom zouden minderjarigen een informele rechtsingang of ingang met een bijzondere curator nodig hebben als er een formele rechtsingang is? Een formele rechtsingang biedt minderjarigen meer procedurele zekerheid, met name omdat de rechter geen discretie toekomt omtrent het nemen van een beslissing, en meer procedurele rechten zoals het recht om hoger beroep in te stellen. Het vereisen van de tussenkomst van een bijzondere curator beperkt ook de autonomie van minderjarigen vergeleken met een formele rechtsingang: indien de bijzondere curator niet akkoord gaat met het indienen van een verzoek staat de minderjarige met lege handen. Echter, de vraag is of in de praktijk bij de formele rechtsingang niet een vergelijkbare tussenkomst plaatsvindt, maar dan in de vorm van een advocaat. Gelet op het feit dat de informele rechtsingang toegankelijker is voor minderjarigen, zou het als aanvullende mogelijkheid onzes inziens geen kwaad kunnen. Sterker nog: de wetgever zou wat ons betreft zelfs verder kunnen gaan door een algemene informele rechtsingang voor minderjarigen in alle besproken rechtsgebieden te introduceren. Dit leidt tot meer consistentie en eenvoud. Verder zou de informele rechtsingang toegankelijker kunnen zijn voor minderjarigen indien zij geïnformeerd worden over het bestaan daarvan. De beslissing om op basis van het informele verzoek een formele procedure te starten zou dan bij de rechter blijven liggen. De additionele procedurele rechten van een formele rechtsingang zouden daardoor weliswaar verloren raken, maar dit zou mogelijk gecompenseerd kunnen worden in de participatiefase door toevoeging van een raadsman of bijzondere curator en door alsnog de mogelijkheid van hoger beroep open te stellen.

Het is belangrijk om op te merken dat er binnen het huidige Nederlandse personen- en familierecht slechts een gelimiteerd aantal mogelijkheden voor minderjarigen bestaat om procedures te initiëren, hetgeen wij bekritisieren. Dat neemt niet weg dat de genoemde wettelijke initieermogelijkheden de minderjarige wel meer bieden dan het IVRK voorschrijft, aangezien het verdrag geen initieerrechten van minderjarigen omvat.

4.1.2 Participeren

In een lopende procedure komt de autonomie van minderjarigen in de zin van processuele bevoegdheden tot uiting door de mogelijkheid voor minderjarigen om te kunnen participeren. De twee vormen van participeren die de wet in het personen- en familierecht biedt, het hoorrecht en de bijzondere curator, zijn veelvuldig beschikbaar voor minderjarigen. Het hoorrecht van art. 809 Rv is de Nederlandse uitwerking van het recht van minderjarigen om gehoord te worden,

zoals dat is neergelegd in art. 12 IVRK. Dit hoorrecht wordt in personen- en familierechtszaken consistent toegekend aan minderjarigen, namelijk in *alle* gerechtelijke procedures die minderjarigen betreffen. Wel blijft het de vraag wat de rechter met de mening van minderjarigen kan doen in gerechtelijke procedures waarin door een wijzigende afstamming tevens een wijziging van de achternaam van minderjarigen door een keuze van ouders kan plaatsvinden. Bovendien geldt dat dezelfde keuzemogelijkheid van ouders ook kan voorkomen in procedures waarin de wet ouders naar de ambtenaar van de burgerlijke stand verwijst, maar van het horen van minderjarigen is dan geen sprake. Dit doet weliswaar geen afbreuk aan de consistentie in de toekenning van het hoorrecht, nu er in geen van de procedures bij de ambtenaar van de burgerlijke stand een hoorrecht geldt. Toch blijft het een opmerkelijk verschil dat moeilijk te rechtvaardigen valt. Daar waar de rechter ouders naar aanleiding van het hoorrecht in ieder geval kan adviseren om hun idee over de geslachtsnaamswijziging te herzien, kan de ambtenaar van de burgerlijke stand dit immers niet. Het hangt dus van de wettelijk voorgeschreven route af of er überhaupt iets met de mening van minderjarigen kan worden gedaan, ondanks dat het in allebei de gevallen om de geslachtsnaamswijziging van de minderjarige gaat.

Naast het hoorrecht als participeervorm bestaat de bijzondere curator: de bijzondere curator ex art. 1:250 BW in gezags- en omgangszaken en jeugdbeschermingszaken en de *lex specialis* bijzondere curator ex art. 1:212 BW in afstammingszaken. In procedures over naams- of geslachtswijzigingen komt er geen bijzondere curator aan te pas.

Ten aanzien van het hoorrecht en de bijzondere curator is er sprake van consistentie tussen de verschillende deelgebieden van het personen- en familierecht. Deze consistentie valt goed te verklaren, voornamelijk wat betreft het hoorrecht. Het jeugdbeschermingsrecht maakt, net zoals het afstammingsrecht en het gezags- en omgangsrecht, deel uit van het personen- en familierecht, hetgeen betekent dat de belangrijkste uitgangspunten ten aanzien van de positie van de minderjarige op grond van het Burgerlijk Wetboek en Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering onverkort gelden in jeugdbeschermingszaken. Er is weinig verschil tussen participatiebevoegdheden in de verschillende deelgebieden en daar is, in principe, ook geen reden toe. De procedures in alle deelgebieden zijn – op korte en/of lange termijn – ingrijpend voor minderjarigen. Of de procedures voornamelijk een individueel belang van de minderjarige betreffen of juist ook meerdere belangen, van ouders of derden, zou ook geen verschil moeten maken voor het bieden van participatiemogelijkheden. Dat is ook conform art. 12

lid 2 IVRK: de minderjarige moet in de gelegenheid gesteld worden om gehoord te worden in ‘iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft’.

4.1.3 (Mee)beslissen

De laatste vorm van autonomie is de mogelijkheid om (mee) te beslissen. Zoals blijkt uit dit stuk en Tabel 1, bestaat de mogelijkheid van (mee)beslissen voor minderjarigen in het personen- en familierecht slechts in specifieke gevallen met betrekking tot bepaalde identiteitskenmerken. Waarom is alleen in deze procedures minderjarigen de mogelijkheid tot (mee)beslissen gegeven, en niet ook in de andere procedures van het personen- en familierecht en in het jeugdbeschermingsrecht? Het valt goed te verklaren waarom een minderjarige vanaf een bepaalde leeftijd zelf beslist over de wijziging van het geregistreerde geslacht en de voornamswijziging die daaraan gekoppeld is. In die gevallen is immers sprake van een sterk persoonlijk belang van de minderjarige en zijn er weinig andere belangen die bescherming verdienen. Maar geldt dat niet ook voor andere verzoeken over naamswijzigingen? Wat betreft de voornaam lijkt dit zeker op te gaan, maar daarover kunnen minderjarigen niet (mee)beslissen. Ondanks dat de voornamswijzigingsprocedure meermalen is bekritiseerd,¹⁵³ is de autonomie van het kind in geen geval onderwerp van discussie geweest. Juist ook omdat wordt aangenomen dat de voornaam een belangrijk onderdeel van de identiteit vormt en zelfs jonge kinderen zich al sterk met hun voornaam identificeren,¹⁵⁴ wekt het verbazing dat kinderen tot op heden, met uitzondering van het hoorrecht, niet meer zeggenschap over de mogelijke wijziging van hun voornaam hebben. Daartegenover staat dat minderjarigen meestal kunnen (mee)beslissen over het wijzigen van hun geslachtsnaam, maar niet altijd. Zo kan dat alleen niet wanneer de juridische afstammingsband met een ouder wordt verbroken en de minderjarige daarvoor geen nieuwe afstammingsband voor terugkrijgt. Het behoud van de geslachtsnaam van de juridische ouder met wie de afstammingsband wordt verbroken, behoort namelijk niet tot de mogelijkheden. Opnieuw valt goed te beargumenteren waarom minderjarigen mogen (mee)beslissen over de wijziging van hun geslachtsnaam. Het betreft immers een definitieve beslissing over een belangrijk persoonlijk kenmerk. Weliswaar raakt de geslachtsnaamswijziging ook andere belangen, namelijk die van de ouders en verdere familieleden, maar die lijken ondergeschikt nu het gaat om de naam die het kind zijn leven lang draagt. In dat licht is het echter goed verdedigbaar om minderjarigen ook

¹⁵³ Zie o.a. voorontwerp van wet houdende herziening van het naamrecht (19 oktober 1984); Werkgroep liberalisering naamrecht 2009; Aanhangsel handelingen 2016/2017 (van Isis naar Isabella).

¹⁵⁴ Werkgroep liberalisering naamrecht 2009, p. 21.

(mee)beslisrechten te geven ten aanzien van diens juridische afstammingsbanden, nu het daarbij ook gaat om definitieve beslissingen over een belangrijk persoonlijk kenmerk van het kind. Het is dan ook logisch dat minderjarigen (mee)beslissen over adoptieverzoeken, waarbij de biologische afstammingsband mogelijk wordt doorgesneden en de minderjarige in ieder geval een juridische ouder verkrijgt die niet ook de biologische is. Het feit dat bij erkenning, waarvoor geen rechterlijke tussenkomst geldt, de minderjarige mogelijk een afstammingsband verkrijgt met een niet-biologische ouder verklaart ook waarom minderjarigen in die procedures (mee)beslissen. Maar waarom zijn er geen mogelijkheden tot (mee)beslissen in gerechtelijke procedures over het verkrijgen of verbreken van afstammingsbanden (anders dan adoptie)? Ook dit lijkt te verklaren nu de belangen van minderjarigen worden beschermd door het beperken van de initieermogelijkheden van ouders op dat terrein, de initieermogelijkheden van minderjarigen, de bijzondere curator ex art. 1:212 BW en het hoorrecht. Bovendien zijn de belangen van de biologische en/of juridische ouders in deze procedures ook sterker aanwezig.

Die – soms conflicterende – belangen van ouders (en eventuele anderen) zijn voorts ook sterk aanwezig in gezag- en omgangszaken en jeugdbeschermingszaken en spelen daarin een belangrijke rol. In gezag- en omgangszaken is de veronderstelling dat voorkomen moet worden dat minderjarigen door keuzemogelijkheden in een loyaliteitsconflict terechtkomen. In jeugdbeschermingszaken moet de rechter bij het wegen van de verschillende belangen van ouders en kinderen ook nog het publieke belang van de bescherming van minderjarigen dienen. Het ontbreken van (mee)beslismogelijkheden voor minderjarigen in deze procedures ligt daarom voor de hand. Bovendien gaat het in deze procedures om beslissingen van tijdelijke aard, namelijk tot meerderjarigheid. De (mee)beslismogelijkheden die minderjarigen nu hebben gelden voor beslissingen die in principe gedurende het hele leven gelden, waardoor de noodzaak om te kunnen (mee)beslissen groter is.

Ondanks dat minderjarigen in veel procedures niet kunnen (mee)beslissen, dient steeds rekening te worden gehouden met hun mening, naast hun belang. De mate waarin de mening van minderjarigen in deze procedures meespeelt in de beslissingen van rechters is echter lastig te bepalen. Volgens art. 12 IVRK moet ‘passend belang’ aan de mening van de minderjarige worden gehecht. ‘Passend belang’ kan betekenen dat de mening van de minderjarige meegewogen wordt naast andere belangen en doorslaggevend is in de beslissing van de rechter, maar het kan ook inhouden dat de wensen van de minderjarige – vanwege andere gewichtige belangen – niet gevolgd kunnen worden. In een deel van de zaken

betreffende gezag, omgang en jeugdbeschermingsmaatregelen is het ook mogelijk dat de minderjarige op een bepaalde leeftijd zelf *de facto* beslist. Er kan bijvoorbeeld op papier een omgangsbeslissing zijn, maar in praktijk kan de minderjarige besluiten geen contact te hebben met een ouder. In dat geval is er wel sprake van autonomie, zij het in praktische zin in plaats van juridisch. Het IVRK biedt geen zelfbeschikkingsrecht voor minderjarigen in juridische zaken. Dat deze (beperkte) mogelijkheden in het Nederlandse personen- en familierecht bestaan, kan gezien worden als een vooruitgang voor de autonomie van minderjarigen.

Tot slot rijst de vraag of, gelet op de autonomie van minderjarigen in het personen- en familierecht, het verschil tussen de gebieden binnen het personen- en familierecht consistent en verklaarbaar is. Verwacht werd een verschil tussen het jeugdbeschermingsrecht en het algemene personen- en familierecht. Die verwachting is ingegeven door een aantal belangrijke kenmerken van het jeugdbeschermingsrecht. In algemene familierechtelijke procedures omtrent afstamming, gezag en omgang is doorgaans sprake van een horizontale verhouding tussen de procesdeelnemers, zoals gebruikelijk in het civiele recht. De verzoeken ten aanzien van afstamming, gezag en omgang, de behandeling daarvan en de mogelijke rechtsgevolgen van de rechterlijke beslissing hebben invloed op de onderlinge verhouding tussen de minderjarige, zijn ouders/verzorgers en de overige bij het gezin betrokken personen. Dit is een belangrijk verschil met het jeugdbeschermingsrecht waar vrijwel altijd sprake is van een verticale verhouding tussen de procesdeelnemers. De aard van de procedure en de specifieke verhouding tussen de procesdeelnemers kan van invloed zijn op de mogelijkheden tot het uitoefenen van autonomie van de minderjarige. Het is echter interessant om te zien dat de bevoegdheid van de minderjarige om zelfstandig een verzoek in te dienen in jeugdbeschermingszaken primair lijkt te worden bepaald door de feitelijke uitwerking van dat verzoek. Een verzoek tot ondertoezichtstelling/uthuisplaatsing komt de minderjarige niet toe omdat hij daarmee feitelijk kan verzoeken inbreuk te maken op het gezag van zijn ouders. Is de maatregel eenmaal toegewezen (en de inbreuk tot stand gekomen), dan geeft de wet wel de nodige mogelijkheden aan de minderjarige. Deze redenering volgend is het echter niet duidelijk waarom de minderjarige geen hoger beroep kan instellen tegen een toegewezen verzoek tot ondertoezichtstelling met of zonder uithuisplaatsing. En in het verlengde daarvan, waarom dat wel mogelijk is als het een verzoek machtiging gesloten jeugdhulp betreft.

Het verschil met gezag- en omgangszaken is echter duidelijk. Waar de minderjarige in het jeugdbeschermingsrecht nog ten dele gebruik kan maken van

een formele rechtsingang, daar staat in gezag- en omgangszaken alleen een informele rechtsingang open. Het veronderstelde verschil tussen het jeugdbeschermingsrecht en het afstammingsrecht is beperkt. De overeenkomst zit in het feit dat de minderjarige in het afstammingsrecht ook de mogelijkheid heeft om te initiëren. Hier is echter geen onderscheid gemaakt binnen de procedure maar geldt in alle gevallen dat het verzoek wordt ingediend via de bijzondere curator ex art. 1:212 BW. Een verschil is dat de bijzondere curator gezien kan worden als een barrière, hij moet er immers van overtuigd zijn dat het verzoek in het belang van het kind is. Echter, de bijzondere curator heeft ook een beschermende rol – het belang van het kind is leidend in zijn beslissingen. Dit is te onderscheiden van een advocaat die in opdracht van de minderjarige een verzoek kan indienen in het jeugdbeschermingsrecht of een minderjarige die het zelf kan verzoeken. Toch betekent de tussenkomst van een bijzondere curator in ieder geval dat de autonomie van de minderjarige iets verzwakt is.

Uit het vorenstaande blijkt dat er in alle deelgebieden van het personen- en familierecht initieer- en participeermogelijkheden bestaan. De mogelijkheden tot (mee)beslissen zijn echter zeer beperkt. Met het vereiste om ‘passend belang’ te geven aan de mening van de minderjarige is dit wel deels gedekt. Tabel 1 leidt tot de conclusie dat er ten aanzien van de verschillende vormen van autonomie een lappendeken aan mogelijkheden bestaat. Dat is niet verwonderlijk, omdat de processuele bevoegdheden van minderjarigen organisch en door de tijd heen gegroeid zijn in de versplinterde wetgeving. Het heeft er wel toe geleid dat er een doolhof aan mogelijkheden is ontstaan waardoor het, helemaal voor minderjarigen, lastig is om de weg te vinden. Ondanks dat er weinig gegevens beschikbaar zijn over hoe vaak gebruik wordt gemaakt van de verschillende opties, is het zonneklaar dat het niet storm zal lopen als het zo onduidelijk is. Meer consistentie en eenvoud, met inbegrip van laagdrempelige initieer- en participatiemogelijkheden, zouden de uitvoering van de autonomie van minderjarigen ten goede kunnen komen.

Tabel 1: Processuele bevoegdheden van minderjarigen in personen- en familierechtprocedures

Identiteitskenmerken			
	Naam en geslacht	Afstamming en adoptie	Gezag en omgang
Formele rechtsingang	- Aangifte geslachtswijziging - Verzoek voornaamswijziging bij aangifte geslachtswijziging		
Informele rechtsingang			- Verzoek toekenning van eenhoofdig gezag in/na (echt)scheiding - Verzoek in zaken over zorg en omgang, informatie en consultatie
			- Verzoek om GI te vervangen - Verzoek om opheffing OTS - Voorleggen geschil in de uitvoering van de OTS - Verzoek om vervallen verklaren of intrekken schriftelijke aanwijzing - Verzoek geheel of gedeeltelijk intrekken of verkorten machtiging UHP - Verzoek wijzigen zorg- en omgangsregeling OTS - Zaken betreffende een machtiging gesloten jeugdhulp

Initiëren

	Bijzondere curator		- Alle juridische procedures ex 1:212 BW	- Alle juridische procedures ex 1:250 BW	- Alle juridische procedures ex 1:250 BW
(Mee)beslissen	Keuze	- Geslachtswijziging - Voornaamswijziging bij aangifte geslachtswijziging - Geslachtsnaamswijziging bij verkrijgen juridische afstammingsband			
	Instemmen	- Geslachtsnaamswijziging bij toewijzing gezamenlijk gezag - Geslachtsnaamswijziging o.g.v. Besluit	- Erkenning van minderjarige - Adoptieverzoek (<i>geen bezwaar</i>)		

4.2 Leeftijdsgrenzen voor het initiëren, participeren en (mee)beslissen

In deze bijdrage is naast de vraag of, en zo ja, in hoeverre minderjarigen in het personen- en familierecht autonomie toekomt, ook de vraag gesteld of, en zo ja, welke leeftijdsgrenzen aan deze vormen van autonomie zijn gekoppeld. Vanuit zowel art. 5 als art. 12 IVRK dient er sprake te zijn van toenemende inspraak van de minderjarige in het licht van de zich ontwikkelende vermogens en/of toenemende leeftijd en rijpheid. In Tabel 2 is een overzicht opgenomen van de geldende leeftijdsgrenzen voor de verschillende processuele bevoegdheden van minderjarigen per type procedure.

Op basis van dit overzicht springen verschillende punten in het oog. Ten eerste *of* er een leeftijdsgrens wordt gehanteerd. Dat is niet altijd het geval. In twee typen situaties wordt er door de wetgever geen leeftijdsgrens gesteld: bij de initieermogelijkheden van het afstammingsrecht en bij het participeren via een bijzondere curator. Beide situaties zijn te verklaren. Wat betreft het afstammingsrecht heeft de wetgever het om twee redenen niet nodig geacht om een leeftijdsgrens op te nemen. Ten eerste, omdat er volgens de wetgever een zogenaamde ‘natuurlijke ondergrens aanwezig is’ in bepaalde gevallen. Een minderjarige kan pas een procedure initiëren zodra hij op de hoogte is van zijn status als biologisch kind van een (vermeende) vader (of meemoeder). De wetgever verwacht dat dit pas het geval is als een minderjarige rond de twaalf jaar oud is. De tweede reden is gelegen in het feit dat er in afstammingszaken altijd een bijzondere curator ex art. 1:212 BW voor de minderjarige wordt benoemd die de belangen van de minderjarige moet behartigen. Deze tweede reden is ook relevant voor de andere gevallen waarin geen leeftijdsgrens wordt gesteld, te weten het participeren via de bijzondere curator ex 1:250 BW. Bij het participeren via een bijzondere curator is er altijd sprake van de tussenkomst van een volwassene. Men gaat er dan vanuit dat indien de minderjarige niet zelf in staat is tot een redelijke waardering van zijn eigen belangen, de bijzondere curator dit ondervangt omdat de bijzondere curator als taak heeft om de belangen van minderjarigen te behartigen.

De volgende beschouwende opmerkingen zien op de gehanteerde leeftijds-grenzen, specifiek die rond de leeftijd van twaalf jaar. Het moge duidelijk zijn dat in de meeste gevallen de minder strikte (ofwel de niet ‘echte strikte’¹⁵⁵) leeftijdsgrens van twaalf jaar wordt gehanteerd. Hiermee wordt bedoeld dat voor

¹⁵⁵ Van Leeuwen 2017, p. 261, met verwijzing naar *Handelingen II* 13 maart 1997, 624534, 62, p. 20.

meerdere processuele bevoegdheden in het personen- en familierecht de minderjarige vanaf twaalf jaar expliciet een recht toekomt en de rechter ambtshalve de bevoegdheid heeft minderjarigen onder de twaalf jaar hetzelfde recht toe te kennen. Het is daarbij interessant om te benoemen dat in het adoptierecht, voor het invoeren van het algemene hoorrecht, een leeftijdsgrens van veertien jaar gold (met eenzelfde ambtshalve optie voor de rechter om jongere minderjarigen te horen). Hier is dus sprake van een door de wetgever geïntroduceerde consistentie tussen de rechtsgebieden. Thans bestaat er geen leeftijdsgrens van veertien jaar meer in ons personen- en familierecht. Opmerkelijk is dat deze leeftijdsgrens er in het aansprakelijkheidsrecht er nog wel is.¹⁵⁶ Ook is opmerkelijk dat de minder strikte leeftijdsgrens niet geldt in procedures over geslachtsnaamswijziging op grond van het Besluit. Het ligt voor de hand om ook in deze procedures de mogelijkheid te creëren minderjarigen onder de twaalf jaar te horen, nu het verschil in het wel of niet hanteren van de minder strikte leeftijdsgrens niet te rechtvaardigen valt.

Een blik op Tabel 2 leert dat er wel een aantal processuele bevoegdheden worden toegekend aan minderjarigen met een strikte leeftijdsgrens van twaalf jaar, zonder mogelijkheid voor minderjarigen onder de twaalf jaar. Hier is sprake van bij bepaalde (mee)beslisrechten. Bijvoorbeeld in het geval van instemming van de minderjarige met de erkenning. De wetgever heeft hier willen aanhaken bij de leeftijdsgrens van het hoorrecht, omdat dan mag worden uitgegaan dat een minderjarige ‘in voldoende mate’ zal beseffen welke implicaties het instemmen meebrengt.¹⁵⁷ De reden voor de gestelde leeftijdsgrens bij het instemmen van geslachtsnaamswijziging was ook om consistentie na te streven. Voor de formele rechtsingang in het jeugdbeschermingsrecht (behalve bij de machtiging gesloten jeugdhulp) is er ook sprake van een strikte leeftijdsgrens van twaalf jaar. Weer knoopte de wetgever aan bij de leeftijdsgrens voor het hoorrecht en de informele rechtsingang. Het is niet duidelijk waarom in deze gevallen niet is gekozen minderjarigen de mogelijkheid te bieden mee te laten beslissen, indien gewenst.

In plaats van de strikte of minder strikte leeftijdsgrens van twaalf jaar wordt in een beperkt aantal gevallen een strikte leeftijdsgrens van zestien jaar gehanteerd. Dit betreft met name de formele rechtsingang of (mee)beslisrechten bij identiteitskenmerken. Wat betreft het keuzerecht voor de geslachtsnaam bij een nieuwe juridische afstammingsband was de ratio van de wetgever dat zestien- en

¹⁵⁶ Zie art. 6:164. De keuze voor de leeftijdsgrenzen in het aansprakelijkheidsrecht werden door de wetgever ook als ‘enigszins willekeurig’ geacht. *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 6, p. 161.

¹⁵⁷ *Kamerstukken II* 1990/91, 20626, nr. 6, p. 19. Zie ook § 3.3.

zeventienjarigen al bijna achttien zijn en dan zelf verzoeken inzake geslachtsnaamwijziging kunnen indienen. Indien ze niet zelf hun geslachtsnaam zouden kunnen kiezen, zou het kunnen zijn dat de naam voor korte duur wordt gewijzigd omdat de minderjarige bij het bereiken van meerderjarigheid weer een naamswijziging kon doorvoeren. De reden om deze leeftijdsgrens te hanteren in zaken met betrekking tot geslachtswijziging was omdat de wetgever vond dat deze minderjarigen ‘wel volwassen genoeg’ zijn, ‘zelf weloverwegen beslissingen moeten kunnen nemen’ en omdat zestienjarigen ook aansprakelijk zijn voor hun daden in het strafrecht. Dit laatste is interessant, omdat er ook bij de keuze voor de leeftijdsgrens van twaalf jaar in het hoorrecht is aangehaakt bij het strafrecht. Daar werd gekozen voor twaalf jaar omdat minderjarigen vanaf die leeftijd strafrechtelijk verantwoordelijk worden geacht. De achterliggende reden van aansluiting met het strafrecht is dus *an sich* nietszeggend, in beide gevallen lijkt het meer een aanvullend argument.

Hoe verhouden deze verschillende leeftijdsgrenzen zich tot het IVRK? Het achterwege laten van een leeftijdsgrens in de wet, zoals in de eerst besproken gevallen, is in overeenstemming met het IVRK zoals het Comité voor de Rechten van het Kind het heeft geïnterpreteerd. Het is wel opmerkelijk dat er in plaats van een leeftijdsgrens, niet gekozen is voor een open criterium in deze gevallen. De rol van de bijzondere curator zal beslissend zijn geweest voor de wetgever om geen grens te hanteren. In beginsel zou geconcludeerd kunnen worden dat alle andere leeftijdsgrenzen in strijd zijn met het IVRK. Die conclusie is echter te rechtlijnig. Art. 12 IVRK ziet enkel op het recht om te participeren en in het merendeel van de participeermogelijkheden is er een flexibele leeftijdsgrens (twaalf jaar, of jonger mits redelijke waardering van belangen ter zake) of geen leeftijdsgrens (bijzondere curator). Enkel het hoorrecht bij de geslachtsnaamswijziging op grond van het Besluit geslachtsnaamswijziging zou gekwalificeerd kunnen worden als te star en in strijd met art. 12 IVRK. De overige leeftijdsgrenzen, inclusief de strikte, zien op de initieer- en (mee)beslissmogelijkheden van minderjarigen. Daarop heeft art. 12 IVRK niet nadrukkelijk betrekking. In het licht van art. 5 IVRK kan opgemerkt worden dat er tot een bepaalde hoogte sprake is van trapsgewijs ‘ontwikkellende’ autonomie. Vanaf twaalf jaar worden bepaalde rechten toegekend aan minderjarigen, vanaf zestien jaar komen daar nog enkele bij.

Het bovenstaande neemt niet weg dat het aanhouden van verschillende leeftijdsgrenzen soms tot situaties leidt waarin aan minderjarigen in één procedure soms verschillende vormen van autonomie toekomen. Zo kan een elfjarig kind door de rechter gehoord worden over het adoptieverzoek waarmee het kind in dat

geval kan (mee)beslissen vanwege het vereiste van geen bezwaar, maar kan datzelfde kind alleen zijn mening uiten over de wijziging van zijn geslachtsnaam. Is het kind twaalf jaar, dan geldt dezelfde conclusie, maar is het zestien, dan kan het (mee)beslissen over de wijziging van zijn afstammingsbanden door adoptie als over de wijziging van zijn geslachtsnaam.

De gehanteerde leeftijdsgrenzen in het Nederlandse personen- en familierecht zijn weliswaar verklaarbaar, soms enigszins weloverwogen, vaak consistent per deelgebied en niet in strijd met het IVRK, toch lijkt het ons verstandig om de leeftijdsgrenzen opnieuw te bezien.

Tabel 2: Leeftijdsgrenzen bij processuele bevoegdheden van minderjarigen in personen- en familierechtsprocedures

Leeftijdsgrens	Processuele bevoegdheden	Type procedure
Geen	Initiëren	- Verzoek gerechtelijke vaststelling ouderschap - Verzoek vernietiging erkenning - Ontkenning van het door huwelijk ontstane vaderschap of moederschap - Inroeping van staat
	Participeren	- Alle gezags- en omgangszaken - Alle jeugdbeschermingszaken
		- Alle afstammingszaken incl. adoptiezaken
	Initiëren	- Zaken betreffende een machtiging gesloten jeugdhulp
< 12 jaar (mits redelijke waardering van belangen ter zake)	Initiëren	- Verzoek toekenning van eenhoofdig gezag in/na echtscheiding - Verzoek in zaken over omgang, informatie en consultatie
		- Zaken m.b.t. naamswijziging, m.u.v. het geslachtsnaamswijziging o.g.v. het Besluit
	Participeren	- Alle afstammingszaken, incl. adoptiezaken (tenzij procedure bij ABS) - Alle gezags- en omgangszaken - Alle jeugdbeschermingszaken
	(Mee)beslissen	- Adoptieverzoek (<i>geen bezwaar</i>)

5. Conclusie

Gelet op het uitgangspunt dat minderjarigen procesonbekwaam zijn, is het met de autonomie van minderjarigen in het personen- en familierecht niet slecht gesteld. Minderjarigen kunnen in een scala van procedures op meerdere manieren initiëren, participeren of (mee)beslissen. Tegelijkertijd is dat precies ook een punt van aandacht: deze bevoegdheden vormen namelijk een onoverzichtelijke lappendeken, niet alleen wat betreft de autonomie van minderjarigen in de verschillende typen procedures maar ook voor de vraag welke leeftijdsgrenzen gelden voor het uitoefenen van die autonomie. Als de door de wet toegekende bevoegdheden aan minderjarigen al een inconsistente puzzel voor juristen vormen, hoe moeten minderjarigen zich er dan doorheen worstelen? Als minderjarigen verzanden in het juridisch moeras, dan kunnen hun procedurele rechten nog zo mooi op papier staan, in de werkelijkheid staan ze met lege handen.

De processuele bevoegdheden van minderjarigen zijn uiteengezet aan de hand van de drie door ons geïdentificeerde componenten van autonomie: initiëren, participeren en (mee)beslissen. Deze driedeling toont de verschillende manieren waarop minderjarigen in een procedure betrokken kunnen zijn. Daarnaast laat de driedeling zien dat er binnen deze drie componenten van autonomie ook verschillende mogelijkheden schuilen: zowel bij de initieervormen (formeel, informeel of via een bijzondere curator), de participeervormen (hoorrecht of de bijzondere curator), en de (mee)beslismogelijkheden (keuze of instemmen). Afzonderlijk bezien zijn er ook conclusies te trekken over initiëren, participeren en (mee)beslissen in het Nederlandse personen- en familierecht, te beginnen bij het initiëren. Gezien de verscheidenheid aan initieervormen, kan de vraag geopperd worden of het niet tijd wordt voor een informele rechtsingang in alle gebieden van het Nederlandse personen- en familierecht. Weliswaar wordt dit niet door het IVRK verlangd, maar het aanhouden van één initieervorm voor alle procedures zou niet alleen meer duidelijkheid scheppen voor alle betrokkenen, maar ook de kinderrechten op dat gebied aanzienlijk versterken. Bij het onderdeel participeren is er al meer sprake van consistentie en duidelijkheid, vooral wat betreft het hoorrecht van art. 809 Rv. Nederland voldoet daarmee, in ieder geval op papier, aan de verplichtingen uit het IVRK. Het (mee)beslissen is een vergaande bevoegdheid die minderjarigen alleen op enkele plekken in het personen- en familierecht hebben ten aanzien van bepaalde identiteitskenmerken. Dat deze vorm van autonomie beperkt zal blijven tot zaken op het gebied van identiteitskenmerken lijkt voor de hand te liggen. De vraag blijft of het binnen dit deel van het personen- en familierecht niet consistentier ingericht moet worden door in beginsel dezelfde vormen van autonomie en dezelfde daaraan gekoppelde

leeftijdsgrenzen aan te houden in alle verschillende procedures ten aanzien van het wijzigen van de naam (voor- en achternaam) en ten aanzien van de afstammingsbanden. Zo zou bijvoorbeeld in alle gevallen instemming gevraagd kunnen worden van minderjarigen boven de twaalf jaar.

Wat betreft de leeftijdsgrenzen in het personen- en familierecht tonen de vergelijking en evaluatie aan dat er deels voldaan wordt aan het IVRK. In ieder geval zijn de participeermogelijkheden voor minderjarigen in de wet voor een groot deel conform art. 12 IVRK vormgegeven. De vraag is of de leeftijdsgrenzen voor zowel initiëren, participeren als (mee)beslissen voldoende aansluiten bij de zich ontwikkelende vermogens van minderjarigen. De huidige leeftijdsgrenzen zijn door de wetgever met weinig motivering en nauwelijks of geen objectief onderzoek of bewijs geïntroduceerd. Dat is ook lastig, zo blijkt ook uit het Rapport van de Staatscommissie herijking ouderschap. Daarin is de Staatscommissie kritisch op het ontbreken van ‘objectieve argumenten’ voor de leeftijdsgrens van twaalf jaar, maar oppert vervolgens zelf de grens van acht jaar zonder enig argument.¹⁵⁸ Indien de leeftijdsgrenzen herzien worden, zijn er veel keuzes waarover de wetgever zich moet buigen. De wetgever kan bijvoorbeeld besluiten om gebruik te blijven maken van leeftijdsgrenzen, of kan ervoor kiezen om, zoals art. 12 IVRK propageert, gebruik te gaan maken van open criteria. Als er gebruik wordt gemaakt van leeftijdsgrenzen, kunnen deze strikt zijn of flexibel, bijvoorbeeld met open criteria voor jongere minderjarigen. De vraag rijst of de huidige leeftijdsgrenzen bijgesteld moeten worden. Is dat het geval, dan moet daarvoor gekeken worden naar de zich werkelijk ontwikkelende vermogens van minderjarigen en biedt onderzoek vanuit sociaalwetenschappelijke disciplines daarvoor mogelijk meer inzichten en antwoorden. Als de leeftijdsgrens voor het hoorrecht herzien wordt, wat betekent het dan voor alle daaraan gekoppelde leeftijdsgrenzen? Het is goed denkbaar dat, gelet op het doel van het hoorrecht, een leeftijdsverlaging geschikt en nodig is. Het zou dan passend zijn om ook de leeftijden voor de initieermogelijkheden en (mee)beslismogelijkheden te herzien.

Al met al wordt duidelijk dat er veel vragen resteren in de discussie omtrent leeftijdsgrenzen. De bijdrage toont bovendien dat er werk aan de winkel is om de autonomie van minderjarigen in het Nederlandse personen- en familierecht verder tot realisatie te brengen. Minderjarigen moeten serieus genomen worden in de procedures die hen aangaan, en daarom moeten hun processuele bevoegdheden duidelijk zijn en gemakkelijk uitgeoefend kunnen worden. Ingevolge het

¹⁵⁸ Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 391.

regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’ (2017),¹⁵⁹ heeft de minister voor Rechtsbescherming Dekker een WODC-onderzoek uitgezet naar de verruiming van het hoorrecht en de procespositie van minderjarigen.¹⁶⁰ De tijd zal leren welke aanbevelingen daaruit volgen en of, en zo ja, hoe en in hoeverre deze aanbevelingen door de wetgever geïmplementeerd worden. Bezien wij de ontwikkelingen in de achterliggende decennia, meer specifiek de toegenomen erkenning van de minderjarige als rechtssubject, dan lijkt een verdere versterking van de autonomie van minderjarigen in het Nederlandse personen- en familierecht onvermijdelijk.

¹⁵⁹ Publicatie 10 oktober 2017, p. 6.

¹⁶⁰ Brief d.d. 22 maart 2018, kenmerk 2214186. Dit onderzoek is na voltooiing van dit artikel uitgebracht en een aanrader voor een ieder die zich in dit onderwerp verdiept: zie Bruning e.a. 2020.

6. Bibliografie

Alderson 2018

P. Alderson, 'Giving Children's Views "Due Weight" in Medical Law', *Int. J. Child. Rights*, Vol. 26, 2018, p. 16-37.

Anderson 2014

J. Anderson, 'Regimes of Autonomy', *Ethical Theory Moral Pract.* 2014, afl. 3, p. 355-368.

Asser/De Boer 1* 2010

J. de Boer, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Bou-Sfia 2017

S. Bou-Sfia, 'Het verbreken van de afstammingsband: (n)immer een weegschaal nodig?', *FJR* 2017/44.

Van den Brink 2017

M. van den Brink (met medewerking van D. Snaathorst), *Recht doen aan genderidentiteit evaluatie drie jaar transgenderwet in Nederland 2014-2017*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2017.

Bruning & Van der Zon 2010

M.R. Bruning & K.A.M. van der Zon, 'Participatie en autonomie van kinderen bij jeugdzorg en jeugdbescherming', in: J.H. de Graaf et al. (red.), *Rechten van het kind en autonomie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 131-150.

Bruning e.a. 2020

M.R. Bruning e.a., *Kind in process: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijers-reeks nr. 335, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020.

Couzens 2007

M. Couzens, 'Autonomy rights versus parental autonomy', in: A. Alen et al. (red.), *The UN Children's Rights Convention: theory meets practice*, Antwerpen: Intersentia 2007.

Daly 2018

A. Daly, *Children, Autonomy and the Courts: Beyond the Right to Be Heard*, Leiden: Brill 2018.

Doek 2006

J.E. Doek, 'What does the Children's Convention Require?', *EILR* Vol. 20, 2006, p. 199-208.

Doek 2008

J.E. Doek, 'De herziening jeugdbescherming: IVRK-proof?', in: M.R. Bruning & J. Kok (red.), *Herziening kindbeschermingsmaatregelen: commentaren op het voorontwerp van wet*, Deventer: Kluwer 2008, p. 27-41.

Ter Haar 2019

J.H.M. ter Haar, 'Commentaar op artikel 1:250 BW', in: M.J.C. Koens & A.P.J.M. Vonken (red.), *Tekst & Commentaar Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2019.

Hodgkin & Newell 2007

R. Hodgkin & P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, New York: UNICEF 2007.

Van den Hoogen & Montanus 2017

M.H.L. van den Hoogen & P.J. Montanus, 'Hoe staat het anno 2017 met de informele rechtsingang?', *FJR* 2017/62.

Jansen 2016

E. Jansen, 'De eigen(aardige) procesbevoegdheid van de minderjarige', *NJB* 2016/1563, p. 2177-2183.

Kamchedzera 2012

G. Kamchedzera, *Article 5: The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2012.

Lansdown 2005

G. Lansdown, *The Evolving Capacities of the Child* (Innocenti Insights), Florence: United Nations Children's Fund 2005.

Van Leeuwen 2017

C.M.M. van Leeuwen, 'Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen: Over de functie en de waarde van de leeftijdsgrens in het hoorrecht in het civiele jeugdrecht', *FJR* 2017/56.

Van Leuven & De Klerk 2013

C.A.R.M. van Leuven & M.J. de Klerk, 'Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige', *EB* 2013/32.

Lok & Vonk 2016

B.L. Lok & M. Vonk, 'De bijzondere curator in afstammingszaken en het belang van het kind', *FJR* 2016/10.

Lundy, Tobin & Parkes 2019

L. Lundy, J. Tobin & A. Parkes, 'Art. 12 The Right to Respect for the Views of the Child', in: J. Tobin (ed.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 397-434.

Pieters 2008

I.J. Pieters, 'De bijzondere curator: Quo vadis?', *FJR* 2008/78.

Quennerstedt 2010

A. Quennerstedt, 'Children, But Not Really Humans? Critical Reflections on the Hampering Effect of the "3 p's"', *Int. J. Child. Rights*, Vol. 18, 2010, p. 619-635.

Schers 2018

S. Schers, *Vrijheid van Geslacht: Transgender Netwerk Nederland evalueert de Transgenderwet*, Amsterdam: Transgender Netwerk Nederland 2018.

Schrama, in: GS Personen- en familierecht 2018

W.M. Schrama, commentaar op art. 1:211 en 1:212 BW, in: S.F.M. Wortmann (red.), *Groene Serie Personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016

Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en Ouders in de 21e eeuw*, Den Haag: Xerob/OBT 2016.

Stahl 2007

R.M. Stahl, ““Don’t forget about me”: Implementing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 24, No. 3, 2007, p. 803-842.

Van Teeffelen 2013

P.A.J.Th. van Teeffelen, ‘Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige’, *EB* 2013/62.

Thorburn Stern 2017

R. Thorburn Stern, *Implementing Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child: Participation, Power and Attitudes*, Leiden: Brill Nijhoff 2017.

Tobin & Varadan 2019

J. Tobin & S. Varadan, ‘Art. 5 The Right to Parental Direction and Guidance Consistent with a Child’s Evolving Capacities’, in: J. Tobin (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 159-185.

UNCHR Report of the Working Group 1987

United Nations Economic and Social Council Commission on Human Rights, *Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child*, 9 March 1987, E/CN.4/1987/25.

Vonk 2010

M.J. Vonk, ‘De autonomie van het kind in het afstammingsrecht’, in: J.H. de Graaf et al. (red.), *Rechten van het kind en autonomie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 63-76.

Werkgroep liberalisering naamrecht 2009

Werkgroep liberalisering naamrecht, *Bouwstenen voor een nieuw naamrecht*, Rapport van de werkgroep liberalisering naamrecht, april 2009.

WIE BETAALT DE REKENING VAN MANTELZORG? OVER FINANCIËLE GEVOLGEN BIJ LANGDURIGE MANTELZORG EN COMPENSATIE DAARVAN BINNEN HET (ERF- EN SUCCESSIE)RECHT

Susanne Burri, Femke de Kievit

1. Inleiding

Mantelzorg is in de Nederlandse samenleving van toenemend belang voor de langdurige zorg voor zorgbehoevenden.¹ Mantelzorgers zijn onmisbaar en dat erkent de Nederlandse overheid.² Het is dus van belang dat mantelzorgers zo goed mogelijk hun mantelzorgtaken kunnen uitvoeren. Onderzoek toont echter aan dat mantelzorgers, en dan met name bij langdurige en intensieve mantelzorg, soms kampen met problemen die direct volgen uit de zorgtaken die zij op zich nemen. Een veelgenoemd knelpunt is bijvoorbeeld de overbelasting die mantelzorgers kunnen ervaren als gevolg van een veeleisende zorgsituatie.³ Ook genoemd, maar onderbelicht, is dat mantelzorgers te maken kunnen krijgen met financiële zorgen door de mantelzorg. Deze bijdrage spitst zich toe op deze financiële problematiek. Financiële problemen kunnen meerdere oorzaken hebben, waarbij wij ons op twee specifieke situaties richten. De eerste situatie is het derven van inkomen door aanpassingen in relatie tot het werk vanwege het verlenen van langdurige en intensieve mantelzorg, zoals de (tijdelijke) vermindering van de arbeidsduur, het opnemen van verlof, het (tijdelijk) stoppen met werken of het afzien van een (omvangrijkere) betrekking. Ten tweede worden in deze bijdrage kosten meegenomen die een deel van de mantelzorgers maakt bij de uitvoering van zorgtaken, zoals telefoonkosten en reiskosten.⁴ Deze kosten komen voor bij zowel werkende mantelzorgers, als mantelzorgers zonder baan. In deze bijdrage beperken we ons tot mantelzorgers die langdurige en intensieve arbeid en zorg combineren.

¹ Dit geldt ook voor de hulp van vrijwilligers, bijvoorbeeld in projecten in buurtverband. Deze vormen van hulp vallen buiten de reikwijdte van deze bijdrage, die spitst zich alleen toe op mantelzorg: alle hulp aan een hulpbehoevende door iemand uit diens directe sociale omgeving.

² *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 48. Dit blijkt tevens uit de diverse actieprogramma's die anno 2019/2020 zijn opgestart door onder andere het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Bijvoorbeeld het programma Langer Thuis en Ont-regel de mantelzorger, beiden onderdeel van het Pact voor de Ouderenzorg.

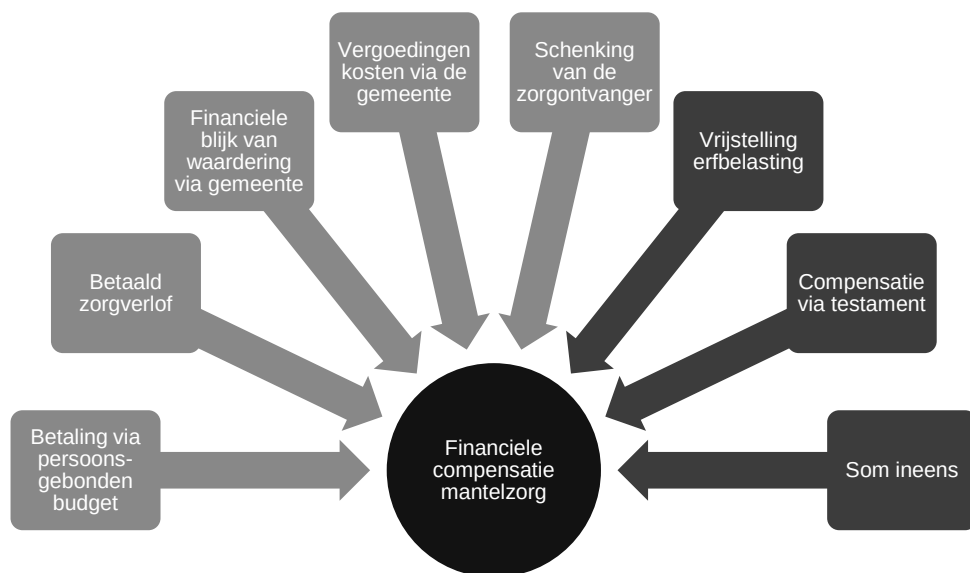
³ Zie bijvoorbeeld De Boer & De Klerk 2013, p. 26 en Kromhout, Kornalijsnlijper & De Klerk 2018, p. 174-175.

⁴ Zie bijvoorbeeld het onderzoek van het SCP uit 2017 (De Klerk e.a.) en de peiling gedaan door mijnkwaliteitvanleven.nl. Deze onderzoeken worden verderop besproken.

Het doel van deze bijdrage is de financiële problematiek in kaart te brengen en mogelijke oplossingen daarvoor te onderzoeken binnen ons huidige rechtssysteem. Voor de verkenning van de huidige problematiek geven we een overzicht van de huidige juridische regelingen die de combinatie van arbeid en zorg mogelijk maken en schetsen we de financiële risico's die hieraan verbonden zijn op basis van beschikbaar sociaalwetenschappelijk onderzoek. Ook staan we kort stil bij de extra kosten die mantelzorgers eventueel kunnen maken, los van het combineren van arbeid en zorg (§ 4 t/m 6).

Daarna komen mogelijke oplossingen in de vorm van compensatiemogelijkheden binnen het Nederlandse recht aan bod. Binnen het huidige stelsel bestaan diverse regelingen waarbinnen voor de financiële nadelen van mantelzorg kan worden gecompenseerd. Deze staan in figuur 1. Wij behandelen niet alle juridische geregelde compensatiemethoden, maar focussen op de opties gelegen in het erf- en successierecht, die in figuur 1 donker zijn gekleurd. Naast die opties kunnen mantelzorgers bijvoorbeeld ook via een persoonsgebonden budget worden betaald door de zorgbehoevende voor een deel van de verleende zorg. Daarnaast kunnen er op gemeentelijk niveau vergoedingen of kortingen bestaan voor reis- en parkeerkosten en geven sommige gemeenten mantelzorgers een financiële blijk van waardering.⁵ Een werkende mantelzorger die (zorg)verlof wil opnemen, wordt soms voor korte duur (deels) doorbetaald. In dat geval zullen zowel de weknemer als de werkgever kosten verbonden aan mantelzorg op zich nemen. Deze financiële compensaties zijn echter niet toegankelijk voor alle mantelzorgers en zullen bovendien niet altijd toereikend zijn voor alle kosten. Aanvullende compensaties kunnen daarom wenselijk zijn en deze bestaan of hebben bestaan. Het gaat om compensatieregelingen binnen het erf- en successierecht.

⁵ Vergoeding of korting op parkeerkosten wordt niet door elke gemeente aangeboden. Datzelfde geldt voor een financiële blijk van waardering. De blijk van waardering uit art. 2.1.6 van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 wordt niet in elke gemeente verstrekt in de vorm van een geldbedrag.



Figuur 1: bestaande regelingen voor compensatie van mantelzorg

Deze bijdrage onderzoekt in hoeverre vanuit die regelingen een compensatie verkregen kan worden, in aanvulling op de meer bekende regelingen (§ 7 t/m 11). De centrale vraag van deze bijdrage luidt daarom als volgt: ‘in hoeverre zouden het erfrecht en de successiebelasting een rol kunnen spelen bij financiële compensatie van inkomensderving door arbeidsduurvermindering, het opnemen van onbetaald verlof of tijdelijke uittreding uit de arbeidsmarkt en het maken van kosten (zoals reiskosten) vanwege het langdurig en intensief verlenen van mantelzorg?’ Juridisch onderzoek naar deze mogelijkheden is er nauwelijks, daarom worden er in deze bijdrage de eerste verkennende stappen gezet op dit terrein. De keuze om alleen de focus op deze regelingen te leggen, en de andere onderbelicht te laten heeft een reden. Deze regelingen worden namelijk in (overheids)informatie aan mantelzorgers vaak niet genoemd, terwijl zij voor sommige mantelzorgers wel degelijk relevant kunnen zijn. Het is dan ook ons doel om (hernieuwde) aandacht voor deze regelingen te generen. Andere redenen voor aandacht voor het erf- en successierecht komen in § 7 aan bod.

Tenslotte besteden we aandacht aan de vraag hoe de financiële risico's en kosten van mantelzorg verdeeld zijn tussen de betrokken actoren op dit terrein: de mantelzorger, de zorgbehoevende, de werkgever, de staat en de commerciële markt. De vraag naar wie welke risico's zou moeten dragen in dit kader past goed bij het overkoepelende thema van deze bundel: welke verantwoordelijkheden

draagt de staat en welke de burgers en andere private partijen? Gezien het toenemende belang van mantelzorg is deze vraag relevant. Dit geldt evenzeer voor de vraag naar de (on)gewenste spreiding van de financiële risico's tussen de staat en andere actoren (§ 12). Daarbij gaan we de vraag of de huidige risicospreiding terecht is niet uit de weg en geven we enkele voorzetten tot een heroverweging van de huidige verdeling.

Voordat we nader ingaan op de problematiek en compensatiemogelijkheden vanuit het erfrecht en het successierecht bespreken we in § 2 wat wordt verstaan onder mantelzorg en de omvang van deze zorg in Nederland. Daarna staat in § 3 de vraag centraal waarom overheidsbeleid anno 2020⁶ noopt tot het zoeken naar andere manieren om mantelzorg te waarderen en te compenseren, bijvoorbeeld via het erf- en successierecht.

2. Mantelzorg in cijfers

Mantelzorg is van grote betekenis voor de hulpbehoevende voor wie wordt gezorgd. In tijden van vergrijzing en financiële uitdagingen rondom de zorguitgaven vervullen mantelzorgers juist ook een belangrijke rol voor de gehele samenleving: zij houden de zorg betaalbaar(der) door in te springen waar anders de staat publiek gefinancierde zorg zou bieden. De totale economische waarde van het totaal aantal uren mantelzorg is geschat op miljarden euro's per jaar.⁷ Mochten alle mantelzorgers vandaag stoppen met hun zorgtaken, dan zouden de extra zorguitgaven voor de Nederlandse staat hoog oplopen.

Volgens cijfers van het SCP verleenden in Nederland ongeveer 4,4 miljoen mensen boven de zestien jaar mantelzorg in 2016. Vooral 45-64-jarigen geven relatief vaak mantelzorg, met name aan (schoon)ouders. Vrouwen verlenen vaker dan mannen mantelzorg, van alle mantelzorgers is ongeveer 45% man.⁸ Vrouwen en mannen geven gemiddeld evenveel uren hulp. Maar vrouwen ondervinden een hogere belasting, mogelijk omdat ze minder keuzemogelijkheden ervaren om al

⁶ Deze bijdrage is afgerond in maart 2020.

⁷ De Boer, Woittiez & Van Zonneveld 2013, p. 99. De berekening heeft betrekking op 2007. De waarde is afhankelijk van het aantal mantelzorgers en het uurtarief dat gekoppeld wordt aan de zorgverlening. In dit artikel uit 2013 is uitgegaan van 3,5 miljoen mantelzorgers en wordt met verschillende uurtarieven gerekend. De economische waarde wordt daarom respectievelijk op 2,8 miljard euro, 5,3 miljard euro en 6,6 miljard euro geschat. De werkelijke waarde zal ergens in het midden liggen, maar dat mantelzorg een hoge economische waarde heeft mag duidelijk zijn.

⁸ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019b, p. 10.

of niet te zorgen door druk vanuit de omgeving.⁹ Mantelzorg is door het SCP ruim gedefinieerd als: ‘alle hulp aan een hulpbehoevende door iemand uit diens directe sociale omgeving’. Ook minder intensieve hulp, de hulp aan huisgenoten en de hulp aan instellingsbewoners is meegenomen in deze definitie. Het kan gaan om zorg van korte of lange duur, aan partner, familieleden, burens en vrienden.¹⁰ In deze bijdrage sluiten wij aan bij deze ruime definitie van de kring van zorgverleners, maar spitsen we die toe op langdurige en intensieve zorg door werkenden.¹¹ In Nederland verleenden in 2016 ongeveer 750.000 mensen intensieve en langdurige mantelzorg: dat houdt in meer dan drie maanden achtereenvolgens zorg verlenen en meer dan 8 uur per week.¹² Het is niet bekend hoe groot het aandeel werkende mantelzorgers is binnen deze groep. Meer is bekend over het aandeel werkende mantelzorgers binnen de totale populatie van mantelzorgers. Van de 4,4 miljoen mantelzorgers hebben ongeveer 2 miljoen mantelzorgers ook een betaalde baan.¹³ Zij combineren dus arbeid en zorg met elkaar. In 2016 combineerden 400.000 mantelzorgers *intensieve* mantelzorg met een betaalde baan. In het SCP-onderzoek waaruit deze cijfers afkomstig zijn, wordt intensieve mantelzorg gedefinieerd als wekelijks minimaal 8 uur per week zorg verlenen.¹⁴ De langdurigheid van de mantelzorg speelde in dit onderzoek geen rol, dat wil zeggen dat niet gekeken is naar hoeveel maanden een zorgsituatie duurde. De intensieve helpers werken gemiddeld 31 uur per week en zorgen gemiddeld 21 uur per week.¹⁵ Mannen die arbeid en intensieve mantelzorg combineren zorgen vaak voor hun partner. Vrouwen in dezelfde situatie bieden vooral hulp aan ouders of schoonouders.¹⁶

⁹ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019b, p. 16.

¹⁰ De Klerk e.a. 2017, p. 32. In publicaties, onderzoeken en wetgeving worden veel verschillende definities van mantelzorg gebruikt. Het SCP hanteert binnen de gebruikte definitie geen restricties ten aanzien van – bijvoorbeeld – het aantal uren zorg dat geboden wordt, hoe lang er zorg wordt geboden en welke zorg de mantelzorger verleent. Emotionele steun en begeleiding bij ziekenhuisbezoeken vallen bijvoorbeeld ook onder de definitie van mantelzorger. Onderzoeken die een minder ruime definitie van mantelzorg hanteren komen op een lager aantal mantelzorgers. De schatting van het CBS (2015) komt bijvoorbeeld op 2 miljoen mantelzorgers, maar hierbij werd alleen gekeken naar mensen die meer dan acht uur per week of langer dan drie maanden zorg verleenden. Zie: www.cbs.nl/nl-nl/artikelen/nieuws/2016/45/een-op-zeven-mantelzorgers-vindt-zichzelf-zwaarbelast/mantelzorg.

¹¹ In diverse SCP-publicaties is deze definitie terug te vinden. Bewust is niet aangesloten bij de definitie van mantelzorg zoals deze opgenomen is in de Wmo 2015 (art. 1.1.1), omdat deze definitie bepaalde vormen van mantelzorg uitsluit, bijvoorbeeld mantelzorg aan mensen die langdurige 24-uurs zorg krijgen op basis van de Wet langdurige zorg.

¹² De Klerk e.a. 2017, p. 32.

¹³ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019, p. 6.

¹⁴ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019, p. 7.

¹⁵ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019, p. 7.

¹⁶ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019, p. 20.

De verwachting is dat het aantal werkende mantelzorgers zal toenemen, met name door de groeiende arbeidsparticipatie van vrouwen en oudere werknemers, groepen die ook veel mantelzorg verlenen, maar ook door de groeiende zorgbehoefte van ouderen.¹⁷ Hoewel de meeste mantelzorgers in het SCP-onderzoek aangeven arbeid en zorg goed te kunnen combineren (70%), zijn er ook mantelzorgers die hierbij problemen ondervinden. Dit geldt juist voor mantelzorgers die intensieve hulpverleners, en daarmee de groep mantelzorgers die in deze bijdrage centraal staat.¹⁸

3. Overheidsbeleid en mantelzorg

De Nederlandse overheid heeft een aantal belangrijke beleidsdoelen die raken aan mantelzorg. Allereerst richt het beleid, ingegeven door ontwikkelingen zoals vergrijzing en groeiende zorguitgaven, zich sinds enige jaren op een toenemende betrokkenheid van particulieren bij de zorg voor hulpbehoevenden. Het streven van de wetgever is gericht op meer intergenerationele solidariteit, dat wil zeggen dat de verschillende generaties elkaar helpen en ondersteunen. Nu is volgens de regering ‘de vanzelfsprekendheid om naar elkaar om te zien wat verloren geraakt’.¹⁹ Daarbij wordt, aldus de overheid, te veel zorg bekostigd door de overheid, die ook heel goed door de familie of andere mensen in het sociale netwerk geboden kan worden. Sinds de invoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: Wmo 2015) is in de wet uitdrukkelijk het uitgangspunt genoemd dat een zorgbehoevende eerst een beroep moet doen op zijn sociale netwerk (familie, vrienden en burens) voordat er hulp en ondersteuning geboden wordt vanuit de overheid. Pas wanneer die hulp uit het eigen netwerk niet of onvoldoende beschikbaar is, kan hulp vanuit overheidswege verleend worden. Hoewel dit uitgangspunt niet nieuw is, werd dit door de komst van de Wmo 2015 wel benadrukt. De afhankelijkheid van mensen van overheidshulp dient te verminderen, aldus de wetgever, evenals de vanzelfsprekendheid waarmee mensen een beroep kunnen doen op zorg van overheidswege.²⁰ Het vergroten van de inzet van mantelzorgers in Nederland heeft mede ten doel de zorgkosten in Nederland te beteugelen, nu mantelzorg niet door de overheid bekostigd wordt.²¹ Minder publieke verzorgingsinstellingen, strenge toegangsvoorwaarden tot publiek gefinancierde zorg en een grotere en expliciete rol voor de sociale omgeving van een hulpbehoevende in diens verzorging is het gevolg.

¹⁷ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019, p. 5. Zie ook: Kooiker e.a. 2019.

¹⁸ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019, p. 9.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 47-48.

²⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 25.

²¹ Sommige mantelzorgers worden voor hun werk wel (deels) betaald door de zorgbehoevende vanuit het door de overheid verstrekte persoonsgebonden budget.

Het zoeken naar financiële compensatiemogelijkheden voor mantelzorgers in private rechtsverhoudingen is daarmee tevens actueler geworden. Het verlenen van mantelzorg blijft echter vrijwillig en kan niet door een overheidsorgaan verplicht worden gesteld.

Een tweede beleidsdoel dat raakt aan mantelzorg, is het Nederlandse overheidsbeleid op het terrein van de arbeid dat – in overeenstemming met het EU-beleid²² – gericht is op een verhoging van de arbeidsmarktparticipatie, in het bijzonder van vrouwen.²³ Het gaat niet alleen om het aantal werkenden, maar ook om het verhogen van de omvang van de arbeidsduur per werkende.

Nog steeds hebben in Nederland meer mannen (84,8%) dan vrouwen (72,9%) betaald werk, waarbij de arbeidsdeelname van vrouwen afgelopen jaren redelijk constant bleef, maar doordat de arbeidsdeelname van mannen licht is gedaald, is het verschil afgenomen.²⁴ Vanaf 2015 werken vrouwen meer uren en zijn daarvoor ook vaker economisch zelfstandig, hoewel dat in mindere mate geldt voor laagopgeleide vrouwen.²⁵ In 2017 was de gemiddelde arbeidsduur van vrouwen 28 uur, die van mannen 39 uur per week. Een voltijdbaan (van 35 uur per week of meer) komt nog steeds veel vaker voor bij mannen (83%) dan bij vrouwen (29%), maar het aandeel vrouwen met een grote deeltijdbaan (28 tot 35 uur) is licht gegroeid van 20% naar 25% tussen 2007 en 2017.²⁶ De belangrijkste redenen voor vrouwen om in deeltijd te werken zijn tijd hebben voor het huishouden en vrije tijd, evenals tijd om zelf voor (klein)kinderen te zorgen.²⁷ Acht op de tien in deeltijd werkende vrouwen zou meer uren willen werken, vooral als ze hun werk beter zouden kunnen afstemmen op hun privéleven.²⁸

²² De netto arbeidsparticipatie van 20- tot 65-jarigen zou in 2020 op 80% moeten liggen: Ministerie van OCW, *De netto arbeidsparticipatie van mannen en vrouwen*, www.ocwincijfers.nl/emancipatie/participatie-van-vrouwen/netto-arbeidsparticipatie-van-vrouwen, geraadpleegd op 16 april 2020.

²³ Zie de Emancipatienota 2018-2021, *Principes in praktijk*, Kamerbrief van Minister van Engelshoven (OCW) 4 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer 29 maart 2018, referentie 1336594.

²⁴ Deze cijfers betreffen niet-onderwijsvolgende mensen: Van Thor, Portegijs & Hermans 2018, p. 28.

²⁵ Portegijs & Van den Brakel 2018, p. 6.

²⁶ Van Thor, Portegijs & Hermans 2018, p. 29-30.

²⁷ Tijd voor het huishouden speelt voor 80% van de vrouwen een belangrijke rol (31%) of mee (49%) om in deeltijd te werken; tijd voor hobby's sport en sociale contacten voor 75%; zorg voor de kinderen voor 45%): Van Thor, Portegijs & Hermans 2018b, p. 34.

²⁸ Van Thor, Portegijs & Hermans 2018b, p. 35.

Het Nederlandse emancipatiebeleid is gericht op een grotere arbeidsmarktparticipatie van vrouwen én op economische zelfstandigheid. Economisch zelfstandig betekent in dit verband dat iemand minstens het sociaal minimum voor een alleenstaande (70% van het minimumloon²⁹) verdient.³⁰ Recent heeft een beleidsverschuiving plaatsgevonden van economische zelfstandigheid naar financiële onafhankelijkheid, die volgens het kabinet gelijkstaat aan het verdienen van 100% van het minimumloon. Van de vrouwen is 50% financieel onafhankelijk en van de mannen is volgens deze norm 75% financieel onafhankelijk.³¹ De verschillen in gemiddeld inkomen uit loon of onderneming tussen beide groepen zijn dus aanzienlijk, ook op het minimumniveau. Deze verschillen hangen nauw samen met de ongelijke verdeling van zorgtaken. Mannen besteden 40% en vrouwen 60% van hun totale tijd aan onbetaalde arbeid.³²

Ten gevolge van overheidsbeleid dat enerzijds is gericht op veel meer (mantel)zorgverlening door particulieren en anderzijds een toenemende arbeidsmarktparticipatie kunnen mensen – in het bijzonder vrouwen – klem zitten tussen meerdere verwachtingen. Vooral van vrouwen wordt immers een grotere arbeidsparticipatie en financiële onafhankelijkheid verwacht, terwijl zij ook een groter aandeel dan mannen in de zorg en het huishouden op zich nemen. Vrouwen nemen vaker dan mannen de zorg op zich voor ouder wordende familieleden, chronisch zieke kinderen en vrienden naast de zorg voor eigen kinderen en huishouden. Tegelijkertijd behoren ze dusdanig actief te zijn op de arbeidsmarkt dat zij financieel onafhankelijk zijn. Een belangrijke mogelijkheid om het emancipatiebeleid in een vergrijzende samenleving te ondersteunen is via mogelijkheden om arbeid en zorg te combineren. In de volgende paragraaf staan de wettelijke opties om arbeid en zorg te combineren centraal en de daarbij behorende financiële risico's.

4. Arbeid en mantelzorg: arbeidsrechtelijke mogelijkheden en potentiële financiële consequenties voor de werknemer

Om de spagaat tussen arbeid en (mantel)zorg te verminderen, faciliteert het arbeidsrecht enkele opties zoals verlofmogelijkheden en flexibel werken. Maar

²⁹ Het bruto minimumloon bedroeg per 1 januari 2019 1.615,80 voor een persoon van 22 jaar en ouder, www.minimumloon.nl/, geraadpleegd op 1 mei 2019.

³⁰ In 2017 was 79% van de mannen en 60% vrouwen economisch zelfstandig (met een netto-inkomen uit arbeid of eigen onderneming minimaal 950 per maand): Herbers & Portegijs 2018, p. 41.

³¹ Herbers & Portegijs 2018, p. 42.

³² Portegijs, Alejandro Perez & Van den Brakel 2018, p. 56.

wie (onbetaald) verlof opneemt, de arbeidsduur vermindert of tijdelijk geen betaald werk verricht om langdurend mantelzorg te verlenen, derft mogelijk wel inkomen.³³ *Betaalde* arbeidsuren worden immers in veel gevallen ingeruild voor *onbetaalde* mantelzorg. Het kan gaan om een directe derving van loon door (tijdelijk) te stoppen met werken of minder uren te gaan werken. Maar ook meer indirecte vormen van inkomensderving kunnen voorkomen, zoals geen loonsverhoging door het afzien van een promotie, minder mogelijkheden tot sparen (of beleggen) en verminderde pensioenopbouw. Bovendien kan het terugkeren naar het oude niveau van arbeidsparticipatie soms moeilijk zijn voor mensen die langdurig mantelzorg hebben verleend.³⁴ Ook mantelzorgers zonder betaalde baan kunnen tegen financiële gevolgen van het verlenen van mantelzorg aanlopen als zij afzien van betaald werk vanwege de zorgtaken maar wel zouden willen werken.³⁵ Om de inkomensachteruitgang op te vangen zal door mantelzorgers soms aanspraak moeten worden gemaakt op (individueel of huishoud-) spaargeld.

Kortom, de mogelijkheden die mantelzorgers hebben om arbeid en zorg te combineren – en daarmee te voldoen aan de verwachtingen van de Nederlandse overheid – kunnen nadelige financiële gevolgen hebben voor het vermogen c.q. inkomen van de mantelzorger, zowel op de korte als op de langere termijn, bijvoorbeeld door geringere carrièreperspectieven en pensioenopbouw. Deze gevolgen worden hieronder uitgewerkt per regeling. In de volgende paragrafen worden deeltijdarbeid, flexibel werken en verlofmogelijkheden besproken in het licht van de onderzoeksvraag, waarbij slechts de positie van werknemers (dus niet van zelfstandigen) wordt beschouwd.

Naast de hierna te bespreken opties gebruiken mantelzorgers nog andere mogelijkheden om arbeid en zorg te combineren. Zo maken werkende mantelzorgers regelmatig gebruik van vakantie- of arbeidsduurverkortingsdagen om te kunnen zorgen, waarbij ze geen loon derven en hun baan behouden. Het op deze manier combineren van arbeid en zorg is dus niet financieel nadelig maar heeft tot gevolg dat mensen op hun vrije tijd (vakantie) inleveren. Uit onderzoek van het SCP blijkt dat dit onder mantelzorgers de meest voorkomende manier is om vrij van werk te krijgen om te kunnen mantelzorgen (zie figuur 2 verderop). Van alle mantelzorgers neemt één op de vier vakantiedagen in verband met de mantelzorg.³⁶ Deze optie zal doorgaans echter niet geschikt zijn voor mantel-

³³ Oldenkamp e.a. 2018, p. 123.

³⁴ Oldenkamp e.a. 2018, p. 123.

³⁵ Zie: Schellingerhout 2003, p. 177.

³⁶ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019, p. 38.

zorgers die langdurig en intensief zorg verlenen. Ook is ziekteverlof voor sommige mantelzorgers met langdurige zorgverplichtingen noodgedwongen een optie. Uit onderzoek van de Nederlandse Federatie van Kankerpatiënten organisaties blijkt bijvoorbeeld dat wegens het ontbreken van een passende zorgverlofregeling, de helft van deze ouders met kinderen met kanker zich in Nederland ziek meldt.³⁷ De kosten van dit verlof komen dan grotendeels ten laste van de werkgever van de mantelzorger. Hierna wordt niet nader ingegaan op deze kosten, maar deze zijn van belang bij de verdeling van de financiële lasten over verschillende actoren.

4.1 Deeltijdarbeid

Een eerste veel gebruikte optie om werk en zorg te combineren is de mogelijkheid om in deeltijd te werken. Het percentage werknemers dat in deeltijd werkt is in geen van de EU-landen zo hoog als in Nederland en dat geldt in het bijzonder voor vrouwen.³⁸ Een aanzienlijke groep werkende vrouwen in Nederland (21%) noemt als reden om in deeltijd te werken ‘tijd hebben voor de zorg van mijn ouders of andere hulpbehoevende naasten.’³⁹ Eén op de vijf in deeltijd werkende vrouwen die mantelzorg verlenen zou meer willen werken als de mensen in hun omgeving (ouders, burens, vrienden) hun hulp niet langer nodig hebben.⁴⁰ Vrouwen zijn meer dan mannen bereid om (schoon)ouders of familieleden met gezondheidsproblemen te helpen dan mannen. Dat geldt ook voor voltijdwerkende vrouwen. 13% van de vrouwen en 9% van de mannen geeft al hulp. De bereidheid om hulp te geven geldt voor 49% van de vrouwen en 44% van de mannen.⁴¹ Voor de kleine groep mannen die in deeltijd werkt is onbetaalde arbeid voor één op de vier de reden om niet voltijd te werken.⁴²

Deeltijdwerk, vooral voor vrouwen, is in veel functies mogelijk en in sommige sectoren waar vooral vrouwen werken, zoals het onderwijs en de zorg, zeer

³⁷ ABP persbericht, *Helpt ouders van kind met kanker meldt zich noodgedwongen ziek*, www.perssupport.nl/persbericht/abaf1b06-131e-4eb8-8068-fb9d44619fce/helpt-ouders-van-kind-met-kanker-meldt-zich-noodgedwongen-ziek en <https://nfk.nl/resultaten/kanker-bij-je-naaste-wat-betekent-dit-voor-je-werk>, geraadpleegd op 1 mei 2019.

³⁸ Van den Brakel & Merens 2016, p. 250-251.

³⁹ Voor 4% speelt deze reden een belangrijke rol, voor 17 % speelt deze reden mee: Van Thor, Portegijs & Hermans 2018, p. 34.

⁴⁰ Van de mantelzorgers die geen werk hebben zouden slechts 4% willen werken: Van Thor, Portegijs & Hermans 2018, p. 35.

⁴¹ Indien het niet anders kan worden geregeld zou 20% van de vrouwen en 26% van de mannen bereid zijn om hulp te geven; 18% van de vrouwen en 21% van de mannen wil of kan geen hulp geven: Alejandro Perez & Portegijs 2018, p. 68.

⁴² Driven, Portegijs & Cuijpers 2016, p. 75.

gangbaar. Bovendien sluit het aan bij de sociale norm dat zorgverantwoordelijkheden vooral bij vrouwen horen en de brede acceptatie van deeltijdarbeid door vrouwen. Deeltijdarbeid vormt in veel gevallen een structurele vorm van arbeidsduurvermindering en heeft gevolgen voor het inkomen op korte en op langere termijn. Er is minder bruto- en dus ook nettoloon, maar ook zijn er gevolgen door het ontbreken van andere vormen van beloning voor bijvoorbeeld overwerk⁴³ of bonussen.⁴⁴ Op lange termijn heeft deeltijdarbeid ook vaak gevolgen voor o.a. de carrière- en promotiemogelijkheden en de hoogte van pensioenen, door een geringere pensioenopbouw.

Voor zover we kunnen nagaan, is er (nog) weinig specifiek wetenschappelijk onderzoek gedaan naar veranderingen in arbeidsduurpatronen van mantelzorgers die langdurend zorg verlenen. Onbekend is dus bijvoorbeeld hoeveel mantelzorgers de overstap van voltijd werken naar werken in deeltijd maken als gevolg van een mantelzorgsituatie. Uit onderzoek van het SCP over 2014 (n=1625) volgt dat ongeveer 10% van de werkende mantelzorgers de arbeidsduur structureel heeft aangepast vanwege de mantelzorg. Vertaald naar de gehele bevolking zou dit neerkomen op naar schatting 275.000 werkende mantelzorgers. Onder een structurele aanpassing werd verstaan (tijdelijk) minder werken of (tijdelijk) stoppen met werken.⁴⁵ Een ander onderzoek van het landelijke programma Mijnkwaliteitvanleven.nl⁴⁶ geeft ook inzicht in mantelzorgers die minder gaan werken. In de zomer van 2018 hebben 3080 mantelzorgers een vragenlijst ingevuld over financiële problemen.⁴⁷ Bij 66% van de mantelzorgers hadden de zorgtaken *geen* invloed op het aantal uren betaald werk. Deze uitkomst valt echter deels te nuanceren omdat ook gepensioneerden de vragenlijst hebben ingevuld; dat bij hen geen verandering in de arbeidsduur optreedt is evident. Van alle ondervraagde mantelzorgers is 14% (bij de zorg voor een kind) respectievelijk

⁴³ Vaak is er pas recht op een overwerktoeslag voor uren boven de voltijdse arbeidsduur, dit is niet in strijd met rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU: HvJ EU zaak C-399/92, ECLI:EU:C:1994:415 (*Helmig*).

⁴⁴ Zie verder: S. Burri, *Tijd delen, Deeltijd, gelijkheid en gender in Europees- en nationaalrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2000 (dissertatie Utrecht).

⁴⁵ De Klerk e.a. 2015, p. 93.

⁴⁶ Mijn kwaliteit van leven is een initiatief van Patiëntenfederatie Nederland. De samenwerkingspartners zijn MantelzorgNL, Per Saldo, NOOM, Ieder(in), kbo-pcob en Zorgbelang Nederland. Mijnkwaliteitvanleven.nl peilt door middel van een online vragenlijst hoe Nederlanders met gezondheidsproblemen de kwaliteit van leven ervaren. Voor deze rapportage vulden ongeveer 54.000 deelnemers de online vragenlijst in over de jaren 2014 tot 2019. In de zomer van 2018 werd onder 3080 mantelzorgers een themavragenlijst uitgezet. Zie rapport: www.mijnkwaliteitvanleven.nl/uploads/img/Mijnkwaliteitvanleven-beleidsrapportage-december-2018.pdf.

⁴⁷ Mijnkwaliteitvanleven.nl december 2018, p. 58.

11% (bij de zorg voor een ouder) minder gaan werken.⁴⁸ In het onderzoek ‘Mijn kwaliteit van leven’ gaf 11% van de mantelzorgers aan te zijn gestopt met werken om te mantelzorgen. Het ging dan om de zorg voor een kind of partner.⁴⁹ Onduidelijk blijft echter of dit een verandering van een deeltijdbaan naar een kleinere deeltijdbaan betreft of van voltijd werken naar een deeltijdbaan. In beide onderzoeken is niet specifiek gekeken naar langdurige of intensieve mantelzorg. Kortom, er is weinig bekend over de invloed van langdurige mantelzorg op de arbeidsduur, maar er zijn aanwijzingen dat een (klein) deel van de mantelzorgers hun arbeidsduur aanzienlijk terugbrengt.

4.2 Flexibel werken

Wettelijke mogelijkheden om de arbeidsduur aan te passen (zowel vermindering of vermeerdering) bestaan in het Nederlandse recht sinds de inwerkingtreding van de Wet aanpassing arbeidsduur (Waa) in 2000.⁵⁰ Sinds 1 januari 2016 hebben werknemers in de publieke en de private sector op grond van de Wet flexibel werken (Wfl) niet alleen een recht op aanpassing van de arbeidsduur, maar ook een recht op aanpassing van de werktijd en de arbeidsplaats.⁵¹ Deze wet heeft tot doel om de combinatie van arbeid en zorg te vergemakkelijken, evenals de Wet arbeid en zorg die hierna wordt besproken in § 4.3.

De Wfl biedt de mogelijkheid om de arbeidsduur, arbeidsplaats of werktijd tijdelijk aan te passen; het verzoek kan voor wisselende perioden en/of met wisselende omvang van de arbeidsduur, arbeidsplaats of werktijd worden gedaan.⁵² De werknemer hoeft geen reden op te geven voor de gewenste aanpassingen, maar moet wel het tijdstip van ingang vermelden evenals de gewenste omvang van de arbeidsduur, de gewenste spreiding van de werktijd van de uren over de week of de gewenste arbeidsplaats (art. 2 lid 2 onder a-c Wfl). De wet schrijft voor dat de werkgever overleg pleegt met de werknemer over het verzoek en het verzoek om aanpassing van de arbeidsduur of werktijd alleen kan afwijzen op grond van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. Dit is een zware toets, waarbij de wet enkele redenen aangeeft die een zwaarwegend belang

⁴⁸ Mijnkwaliteitvanleven.nl december 2018, p. 52.

⁴⁹ Mijnkwaliteitvanleven.nl december 2018, p. 52.

⁵⁰ *Stb.* 2000, 344. Zie verder Bevers 2016; Heeger-Hertter & Veldman 2015; Verhulp 2016; Van Andel 2017.

⁵¹ *Stb.* 2015, 245, 376 & 464. De wet is niet van toepassing op gepensioneerden (art. 1a Wfl).

⁵² De werknemer moet 26 weken voorafgaand aan het beoogde tijdstip van de ingang van de aanpassing in dienst zijn bij de werkgever (art. 2 lid 1 Wfl) en het verzoek moet ten minste twee maanden vóór het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing schriftelijk worden ingediend.

vormen.⁵³ De werkgever kan in geval van een verzoek om aanpassing van de arbeidsduur de spreiding van de uren wijzigen, indien hij daarbij een zodanig belang heeft dat de wens van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (art. 2 lid 7 Wfl). De werkgever hoeft een verzoek om aanpassing van de arbeidsplaats slechts te overwegen (art. 2 lid 6 Wfl). De werkgever moet de beslissing over verzoeken om aanpassingen van de arbeidsduur, de arbeidsplaats en de werktijd schriftelijk aan de werknemer meedelen en de reden(en) in geval van afwijzing vermelden (art. 2 lid 8 Wfl). Indien de werkgever niet een maand voor het beoogde tijdstip van de aanpassing van het verzoek heeft beslist, wordt de arbeidsduur, arbeidsplaats of werktijd aangepast overeenkomstig het verzoek van de werknemer (art. 2 lid 12 Wfl).

Vermindering van de arbeidsduur is dus op grond van deze wet relatief makkelijker dan vermeerdering van de arbeidsduur, aanpassing van de werktijd of arbeidsplaats. In de praktijk wordt weinig geprocedeerd over dergelijke verzoeken.⁵⁴ Een evaluatie van de wet is gepland in 2021 (artt. 4 en 5 Wfl).⁵⁵ Ons is geen onderzoek bekend naar het gebruik van de mogelijkheden die de Wfl biedt voor mantelzorgers en eventueel nadelige financiële gevolgen hiervan. Gezien het toenemend belang van mantelzorg, mede door beleidswijzigingen op dit terrein, verdient het naar onze mening aanbeveling om hieraan bij de evaluatie van de wet specifiek aandacht te besteden, evenals aan de (on)mogelijkheden tot flexibel werken voor mantelzorgers.

4.3 Verloven⁵⁶

Op grond van de Wet arbeid en zorg (hierna: WAZO) hebben werknemers recht op calamiteitenverlof, kort verzuimverlof, kortdurend zorgverlof en langdurend

⁵³ Bij een verzoek tot vermindering van de arbeidsduur is daarvan sprake indien de vermindering tot ernstige problemen leidt voor de bedrijfsvoering van de vrijgekomen uren, op het gebied van veiligheid of van roostertechnische aard. Bij een verzoek om vermeerdering van de arbeidsduur kunnen ernstige problemen van financiële of organisatorische aard, het ontbreken van voldoende werk, formatieruimte of personeelsbudget zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen vormen. Bij een verzoek om aanpassing van de werktijd kunnen ernstige problemen op het gebied van veiligheid, van roostertechnische, financiële of organisatorische aard aan honorering van het verzoek in de weg staan. (art. 2 leden 9, 10 en 11 Wfl).

⁵⁴ Zie voor een overzicht: S. Burri, 'Care and the workplace: The Dutch approach to part-time work, flexible working arrangements and leave', in: Loraine Gelsthorpe, Pervez Mody & Brian Sloan (eds.), *Spaces of care*, Hart Publishing, 2020, p. 143-163.

⁵⁵ Zie voor enkele onderzoeken: www.flexibelwerken.nl/, geraadpleegd op 2 mei 2019.

⁵⁶ Zie voor meer informatie over verlof op basis van de WAZO: Burri & Heeger-Hertter 2015, p. 104 -117 & Heeger-Hertter & Koopmans 2018, p. 151-152.

zorgverlof. Deze verlofvormen uit de WAZO zijn het meest relevant voor mantelzorgers omdat ze direct gerelateerd zijn aan zorg.⁵⁷ Daarnaast kunnen collectieve arbeidsovereenkomsten (cao's), evenals bedrijfsreglementen, aanvullende verlofregelingen bevatten.⁵⁸ Uiteraard kunnen werknemers ook proberen individuele afspraken met hun werkgever te maken over bijvoorbeeld onbetaald of langer zorgverlof. Dergelijk onbetaald verlof kan niet alleen gevolgen hebben voor het loon, maar ook voor bijvoorbeeld pensioenopbouw. Gunstigere regelingen dan de wettelijke bepalingen kunnen op deze wijze mogelijk worden overeengekomen, vooral als het om langdurige zorgbehoeften gaat.

Het calamiteitenverlof en kort verzuimverlof maken het voor de werknemer mogelijk om met behoud van loon een korte tijd niet te werken. Het gaat om een 'naar billijkheid te berekenen tijd' (meestal niet meer dan een paar dagen), aldus art. 4:1 aanhef WAZO. De wet noemt de volgende omstandigheden: 'onvoorziene omstandigheden die een onmiddellijke onderbreking van de arbeid vergen' en 'zeer bijzondere persoonlijke omstandigheden', zoals de noodzakelijke begeleiding van een zorgbehoevende bij spoedeisend, onvoorzien en redelijkerwijze niet buiten de arbeid te plannen arts- of ziekenhuisbezoek. Dit verlof kan ook worden opgenomen voor de 'noodzakelijke verzorging op de eerste ziektedag' van zorgbehoevenden (art. 4:1 leden 1 en 2 WAZO). In geval van langdurige mantelzorg biedt dit verlof door de zeer korte duur weinig soelaas, maar het kan incidenteel behulpzaam zijn en er zijn geen financiële gevolgen verbonden aan het opnemen van dit verlof.

De kring van zorgbehoevenden is voor de drie hier te bespreken zorgverloven hetzelfde en is ruim (art. 5:1 WAZO). Recht op verlof is er voor de noodzakelijke verzorging in verband met ziekte van een persoon (art. 4:1 lid 2 onder d WAZO) die behoort tot één de volgende categorieën:

- de echtgenoot, de geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont;
- een kind tot wie de werknemer als ouder in een familierechtelijke betrekking staat;
- een kind van de echtgenoot, de geregistreerde partner of de persoon met wie de werknemer ongehuwd samenwoont;

⁵⁷ In de praktijk kan ouderschapsverlof mogelijk ook relevant zijn, maar dit verlof is gerelateerd aan kinderen tot 8 jaar, niet aan mantelzorg.

⁵⁸ Afwijken van de wettelijke zorgverlofregelingen ten nadele van de werknemer kan alleen bij cao's of specifieke regelingen (art. 5:16 WAZO).

- een pleegkind dat blijkens de basisregistratie personen op hetzelfde adres woont als de werknemer en dat hij als pleegouder als bedoeld in art. 1.1 van de Jeugdwet verzorgt;
- een bloedverwant in de eerste of tweede graad;
- degene die, zonder dat er sprake is van een arbeidsrelatie, deel uitmaakt van de huishouding van de werknemer;
- degene met wie de werknemer anderszins een sociale relatie heeft, voor zover de te verlenen verzorging rechtstreeks voortvloeit uit die relatie en redelijkerwijs door de werknemer moet worden verleend. Onder die laatste categorie vallen bijvoorbeeld schoonouders, een buurvrouw of een vriend.

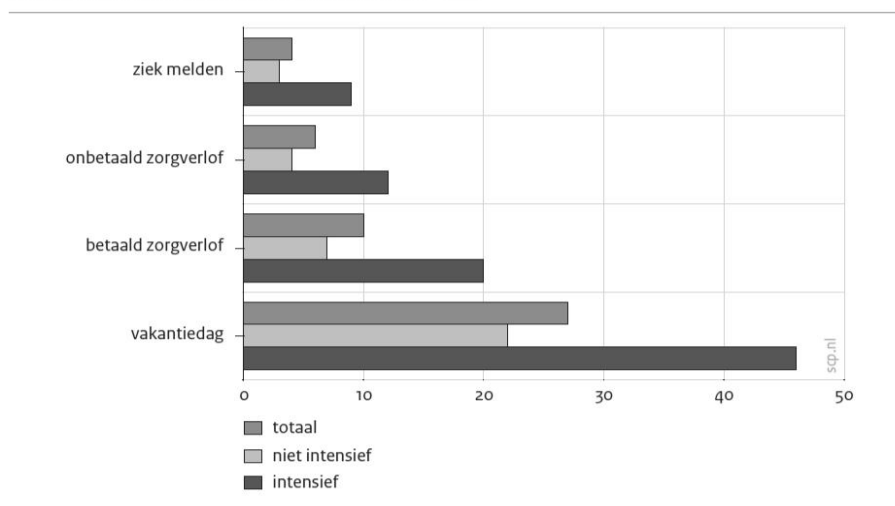
Kortdurend zorgverlof kan voor de noodzakelijke verzorging in verband met ziekte van deze personen worden opgenomen (art. 5:1 WAZO). Dit verlof bedraagt voor iedere 12 maanden ten hoogste tweemaal de arbeidsduur per week en kan ook aansluitend aan het kort verzuimverlof worden opgenomen (art. 5:8 WAZO). De werknemer heeft tijdens het kortdurend zorgverlof recht op loondoorbetaling van 70% van het loon, maar minstens het geldende minimumloon (art. 5:6 WAZO). Dit verlof zal in geval van langdurige mantelzorg vaak te kort zijn, nu het effectief om twee weken per jaar gaat en brengt bovendien inkomensderving met zich mee.

Als derde verlofvorm is ook langdurend zorgverlof beschikbaar voor mantelzorgers. Dit is onbetaald. Dit verlof kan worden opgenomen als een persoon uit de bovengenoemde categorieën levensbedreigend ziek is of verzorging noodzakelijk is (art. 5:9 WAZO). Het langdurend zorgverlof kan iedere 12 maanden voor ten hoogste zesmaal de arbeidsduur per week worden opgenomen (art. 5:10 WAZO). Het gaat dus om een totaal van zes weken langdurend zorgverlof. Het verlof hoeft niet aansluitend te worden opgenomen, maar de zes weken zonder loon zullen mogelijk vooral voor mantelzorgers met een laag inkomen een belemmering vormen.

De wet geeft procedurele regels over de wijze en termijnen van melding van verzoeken om verlof. Van belang is dat de werkgever kortdurend en langdurend zorgverlof alleen mag weigeren als er sprake is van een zwaarwegend bedrijfs- en dienstbelang en het belang van de werknemer daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (artt. 5:4 lid 2 en 5:11 lid 3 WAZO). Zowel het kortdurend als het langdurend zorgverlof kunnen ook in delen en/of in deeltijd worden opgenomen.

Uit diverse onderzoeken blijkt dat mantelzorgers weinig gebruik maken van verlofmogelijkheden.⁵⁹ Mantelzorgers nemen eerder vakantiedagen op dan dat zij om (on)betaald verlof vragen bij de werkgever. Zo is bijvoorbeeld in figuur 2 te zien dat minder dan 10% van de mantelzorgers betaald verlof opneemt en ook minder dan 10% van de mantelzorgers onbetaald verlof opneemt. Mensen die intensief zorgen maken iets meer gebruik van de verlofregelingen maar het aantal blijft onder de 20%. Onderzoek van het SCP toont aan dat twee derde van de werkende mantelzorgers geen behoefte heeft aan zorgverlof. 10% geeft aan wel behoefte te hebben aan verlof, maar dient geen verzoek in. Redenen die onder andere genoemd werden door deze groep mantelzorgers waren dat de werkzaamheden het niet toelieten (43%), het financieel niet haalbaar was (26%) of dat mantelzorgers het lastig vonden het gesprek met de werkgever aan te gaan hierover (26%).⁶⁰ Dit onderzoek bevestigt dus dat voor sommige mantelzorgers de financiële nadelen van zorgverlof een belemmering vormen om hier gebruik van te maken.

Gebruik van 'verlof' in verband met mantelzorg naar al dan niet intensief helpen, werknemers (≥ 12 uur per week) die mantelzorg geven, 2016 (in procenten; n = 957)



Bron: SCP/CBS (IZG'16)

Figuur 2: verlofsoorten gebruikt door mantelzorgers⁶¹

⁵⁹ Zie Burri & Heeger-Hertter 2015, p. 115-116.

⁶⁰ De Boer & Plaisier & De Klerk 2019, p. 41.

⁶¹ De Boer & Plaisier & De Klerk 2019, p. 39.

4.4 Daadwerkelijke inkomensderving door aanpassingen van het werk

Er zijn dus verschillende wettelijke mogelijkheden om arbeid en zorg te combineren. Een interessante vraag daarbij is welke financiële risico's mantelzorgers met het gebruik daarvan lopen. Er is nauwelijks onderzoek verricht naar de daadwerkelijke inkomensderving van mantelzorgers door werk gerelateerde aanpassingen. Dit is ook niet vreemd, aangezien dit een complexe opgave is, onder meer door de grote verscheidenheid binnen de groep mantelzorgers, de zorg die zij verlenen, de duur van zorgverlening, het inkomen en vermogen en de wijze waarop zij arbeid en zorg combineren. Het enige onderzoek waarbij – bij ons weten – concreet is geprobeerd te berekenen wat de inkomensderving van mantelzorgers gemiddeld kan zijn, is dat van Schellingerhout uit 2001 (en in 2003 gepubliceerd). Dit is redelijk gedateerd. Schellingerhout heeft een onderzoek verricht onder mantelzorgers jonger dan 65 jaar. Van de ondervraagde groep (n=897) gaf 17% aan dat er sprake is van inkomensderving door minder te werken, te stoppen met werken of door werk af te houden.⁶² De hoogte van de inkomensderving van deze groep mantelzorgers wordt geschat aan de hand van een standaard netto-uurloon van € 19,30 dat de mantelzorger in zijn betaalde functie zou verdienen. Het gederfde inkomen wordt dus alleen berekend voor mensen die mantelzorg combineren met een betaalde functie, niet voor mensen die een onvervulde arbeidswens hebben. Gaat men van dit bedrag uit dan komt de auteur uit op (omgerekend van guldens naar euro's) een gederfd inkomen van € 3.301 in 2001.⁶³ Mantelzorgers zijn vooral minder gaan werken als zij de combinatie van arbeid en zorg zwaar vinden, bij een jaarlijks laag huishoudinkomen (€ 24.958) en als zij voor een partner of voor een stervende zorgen.⁶⁴ Het bedrag geeft een indicatie om wat voor bedragen het kan gaan in het kader van inkomensderving, maar verder kunnen er geen conclusies aan dit bedrag worden verbonden omdat het onderzoek maar in een beperkte groep is verricht, verouderd is en inkomensderving op tal van manieren te berekenen valt, waarvan dit slechts een voorbeeld is. Bovendien is in dit onderzoek geen rekening gehouden met inkomensderving ten gevolge van bijvoorbeeld geringere carrière- en promotiemogelijkheden en pensioenopbouw.

⁶² Schellingerhout 2003, p. 171-172 en p. 177. Er wordt niet vermeld ten opzichte van welk ander jaar er minder zorg wordt verleend. Het lijkt te gaan om het jaar voorafgaand aan de mantelzorgsituatie.

⁶³ Schellingerhout berekent het gederfde inkomen ook nog aan de hand van de regeling Financiering Loopbaanonderbreking maar aangezien deze wet niet meer bestaat, wordt hier niet op ingegaan.

⁶⁴ Schellingerhout 2003, p. 173-174.

5. Kosten door (langdurige) mantelzorgverlening

Er zijn meer financiële aspecten verbonden aan mantelzorg. Mantelzorgers kunnen namelijk ook te maken krijgen met extra uitgaven als gevolg van langdurige mantelzorgverlening. De afgelopen jaren is hier in de media veel aandacht voor geweest. Diverse onderzoeken hebben deze kosten geprobeerd in kaart te brengen. Het SCP heeft in 2016 gevraagd welke extra kosten die *uitwonende* mantelzorgers hebben gemaakt in de verzorging van een naaste.⁶⁵ Hieruit komt naar voren dat voornamelijk mantelzorgers die intensief of langdurig zorg verlenen aan een (uitwonend) kind met gezondheidsproblemen extra kosten maken die ze zonder mantelzorg niet zouden hebben gemaakt. Zowel mantelzorgers met een hoog inkomen als met een laag inkomen kregen hiermee te maken. Van alle mantelzorgers die kosten maken geeft 15% aan deze (zeer) moeilijk te kunnen betalen. Bij 80% levert het daarentegen geen problemen op. 5% geeft aan dit niet te weten.⁶⁶

Ook het eerdergenoemde onderzoek van Mijinkwaliteitvanleven.nl geeft inzicht in de kosten die mantelzorgers maken.⁶⁷ Financiële gevolgen door mantelzorg was daarin één van de onderwerpen. Van de 3080 mantelzorgers gaf 78% aan kosten te maken als gevolg van de mantelzorgverlening. Bij 29% van de mantelzorgers die kosten maken gaat het om meer dan € 100 per maand. Het betreft met name vervoerskosten. 19% van de mantelzorgers geeft aan het financieel krap te hebben.⁶⁸ De kosten zijn overigens niet gespecificeerd voor situaties waarin langdurige en intensieve mantelzorg is gegeven. Om die reden is onbekend of juist deze categorie mantelzorgers met deze extra kosten te maken krijgt. Desondanks volgen uit deze onderzoeken wel signalen dat voor een groep mantelzorgers problematische kosten verbonden zijn aan het verlenen van mantelzorg. In die gevallen kan een financiële tegemoetkoming in het bijzonder wenselijk zijn.

6. Beschouwingen over financiële consequenties van langdurige mantelzorgverlening

Duidelijk is dat het combineren van arbeid en (mantel)zorg gepaard kan gaan met verlies van inkomen, tenzij de arbeidsduur onveranderd blijft en het verlenen van

⁶⁵ Kosten gemaakt in het kader van mantelzorg zijn geen nieuw fenomeen. In 1994 werd hier ook al over geschreven. Zie bijvoorbeeld: Duijnsteet 1994, p. 8. Wij bespreken in deze bijdrage alleen de meest recente onderzoeken.

⁶⁶ De Klerk e.a. 2017, p. 91.

⁶⁷ Zie voetnoot 46 voor de uitleg over Mijinkwaliteitvanleven.nl.

⁶⁸ Mijinkwaliteitvanleven.nl december 2018, p. 50, www.mijinkwaliteitvanleven.nl/uploads/img/Mijinkwaliteitvanleven-beleidsrapportage-december-2018.pdf, geraadpleegd op 3 november 2020.

langdurige en intensieve mantelzorg geen invloed heeft op een gewenste uitbreiding van de arbeidsduur of de wens om betaalde arbeid te verrichten. Flexibel werken wat betreft de werktijd of de arbeidsplaats lijkt eveneens zonder financiële gevolgen. Dit ligt anders bij het opnemen van verlof. De wettelijke regeling over langdurend zorgverlof geeft slechts recht op onbetaald verlof waardoor mantelzorgers (tijdelijk) in inkomen achteruitgaan, tenzij in uitzonderlijke gevallen een cao-bepaling in volledige loondoorbetaling voor een langere periode zou voorzien. Bovendien nemen de meeste werknemers geen langdurend zorgverlof op, maar slechts kortdurend zorgverlof of een vakantiedag.⁶⁹ Verlof opnemen om langdurig mantelzorg te kunnen verlenen heeft daarom in de meeste gevallen financiële consequenties en uit onderzoek blijkt dat dit voor sommigen een drempel vormt voor het opnemen van verlof. Dit zal mogelijk voor werknemers met een laag inkomen een extra belemmering vormen en bovendien werkende vrouwen vaker dan mannen treffen, nu zij vaker langdurige zorg verlenen. Uit onderzoek blijkt ook dat werkenden minder vaak langdurige zorg verlenen dan mensen zonder werk.⁷⁰ Gegevens over de verschillen tussen mannen en vrouwen in arbeidsmarktparticipatie en deeltijdwerk, de ongelijke verdeling van zorg voor de kinderen en de ongelijke verdeling van langdurige zorg aan met name ouders, rechtvaardigen de conclusie dat de financiële gevolgen van het langdurig mantelzorgen meer vrouwen dan mannen treffen. Bovendien versterken culturele factoren die ongelijkheid, wanneer verwachtingen dat degene die al niet of minder werkte – en dus minder kansen en inkomen heeft – vanzelfsprekend ook degene is die naast de zorg voor kinderen bovendien voor o.a. de ouders (langdurig) zorgt.

Ook is gebleken dat een deel van de mantelzorgers structurele aanpassingen doen in hun arbeidspatroon, maar er is nog weinig inzicht in de veranderingen van arbeidsduurpatronen van mantelzorgers. Hoe vaak stoppen mantelzorgers met werken of stoppen zij met voltijd werken vanwege de langdurige mantelzorg? Wensen om tijdelijke of structurele wijzigingen in arbeidsduur te realiseren wegens langdurige en intensieve mantelzorgverlening zijn waarschijnlijk afhankelijk van verschillende factoren. Te denken valt aan de aard van de mantelzorgverlening; verschillen tussen groepen zorgverleners (een mantelzorger met een kleine deeltijdbaai zal mogelijk meer uren per week zorgen dan een werknemer met een voltijdse baan); de aard van de relatie tussen zorgbehoevende en mantelzorgverlener; de werkomgeving en de (leidinggevende of specialistische) functie en *last but not least*, in hoeverre financiële consequenties

⁶⁹ Alejandro Perez & Portegijs 2018, p. 68.

⁷⁰ Alejandro Perez & Portegijs 2018, p. 69.

en risico's gedragen kunnen worden. De afweging rondom dit laatste punt zal mede worden ingegeven door de bestaande compensatiemogelijkheden voor de financiële consequenties. Zo zal de zorgbehoevende bijvoorbeeld met een persoonsgebonden budget sommige vormen van zorg door een naaste kunnen financieren. Gemeentelijke voorzieningen zoals gratis parkeren of een kleine financiële waardering kunnen bijdragen aan kostenreductie van vervoer. Maar deze mogelijkheden zijn redelijk beperkt.

Naar onze mening zou moeten worden voorkomen dat financiële gevolgen van het langdurig verlenen van mantelzorg op individuen – in de praktijk vaker vrouwen dan mannen – worden afgewenteld. Hier ligt een maatschappelijke uitdaging om beleid te ontwikkelen. Gedacht kan worden aan wettelijk, betaald en langer zorgverlof; tijdelijke (gedeeltelijke) betaalde arbeidsduurvermindering voor mantelzorgers die langdurig zorg verlenen aan naasten; fiscale maatregelen voor zowel werkenden als niet werkenden; levenslooparrangementen (bijvoorbeeld als werknemers vrije tijd voor toekomstige zorgverlening mogen sparen), al of niet gecombineerd met fiscaal aantrekkelijke spaarmogelijkheden; uitbreiding van de professionele thuiszorg om mantelzorgers te ontlasten; dienstencheques naar Belgisch voorbeeld. Het voert uiteraard te ver om – een combinatie – van dergelijke opties in het kader van deze bijdrage uit te werken en op hun merites te beoordelen. Volstaan wordt met het signaleren van enkele financiële knelpunten en de constatering dat beleid gericht op het opvangen ervan vanuit maatschappelijk oogpunt naar onze mening gewenst is.

Eén aspect werken we hier wel uit, namelijk de vraag naar de mogelijkheden en belemmeringen van (gedeeltelijke) financiële compensatie voor inkomensderving en kosten (zoals reiskosten) van mantelzorg in het kader van het erf- en successierecht. Degene die langdurig zorg heeft ontvangen van een naaste of een bekende zal mogelijk bij een positieve erfenis een geldsom willen nalaten.

Hierbij geldt uiteraard het uitgangspunt dat het om vrijwillige financiële compensaties moet gaan of compensatie volgend uit bepaalde wettelijke rechten van mantelzorgers. Deze zullen bovendien vaak niet gelijk zijn aan volledige gelijkstelling met de loonbetaling, maar eerder afhangen van wat de erflater wil en kan nalaten of wat de mantelzorger op basis van bepaalde rechten toekomt. De mogelijkheden in het kader van het erf- en successierecht staan centraal in de volgende paragraaf.

7. Kanttekeningen bij de relatie tussen mantelzorg en het erf- en successierecht

De focus op het erf- en successierecht in relatie tot langdurige mantelzorg vergt enige toelichting, mede omdat verschillend kan worden gedacht over de vraag wat bloedverwanten, maar ook andere naasten, van elkaar mogen verwachten op het gebied van zorgverlening. Velen zullen zorgverlening tussen met name familieleden bestempelen als een morele plicht en niet als arbeid waar compensatie of betaling voor verwacht kan worden. Ook de wetgever lijkt geen voorstander van familierelaties met een meer zakelijk karakter.⁷¹ Vanwege de familiale band en de plichten die we daar in onze maatschappij aan verbinden, ligt compensatie voor zorgverlening binnen familierelaties dus ingewikkeld. Desondanks is het van belang om toch bij de vraag naar de mogelijkheden tot compensatie stil te staan, gezien de rol die compensatie zou kunnen spelen bij het verlichten van de mantelzorg. Hierna worden vier kanttekeningen gemaakt bij de haalbaarheid van een compensatie via een erfenis. Daarna volgen een aantal overwegingen over de vraag of zorg vanuit de familie of andere naasten op geld gewaardeerd zou moeten worden.

Om te beginnen is het goed om stil te staan bij de keuze om in deze bijdrage alleen te focussen op het erf- en successierecht, en niet (ook) op andere bestaande financiële compensatieregelingen zoals het persoonsgebonden budget. Om inkomensderving te kunnen compenseren moeten er financiële middelen beschikbaar zijn voor deze compensatie. Deze middelen kunnen uit diverse bronnen komen. In het geval van betaling van zorg via een persoonsgebonden budget komen de middelen uit de staatskas. Dit geldt ook voor de mantelzorgwaardering en vergoedingen rondom parkeerkosten. Bij betaald zorgverlof zijn de kosten doorgaans vooral voor rekening van de werkgever. Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat de overheid verdere compensatie van mantelzorg vanuit publieke middelen zal bekostigen, naast de reeds bestaande regelingen. De huidige tendens in het overheidsbeleid is immers juist gericht op het in toom houden van (zorg)uitgaven. Er zijn zelfs signalen dat gemeenten financiële vergoedingen afschaffen voor mantelzorgers.⁷² Ook zullen niet veel werkgevers langdurig betaald zorgverlof gaan verstrekken, nu dat wettelijk niet is vereist, tenzij cao-bepalingen ze daartoe verplichten. In deze bijdrage onderzoeken we mede daarom of er een extra vermogen kan worden toegevoegd waaruit ook een deel van de compensatie of kosten van mantelzorg betaald zou kunnen worden, namelijk het vermogen van de zorgbehoevende. Bij leven van de

⁷¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33801, nr. 3, p. 60. De opmerking wordt overigens gemaakt in het kader van de Participatiewet.

⁷² MantelzorgNL oktober 2019, p. 1-4.

zorgbehoevende is dit vermogen dikwijls nodig om de noodzakelijke formele zorg te bekostigen, nu niet alle lasten door de overheid worden betaald. Compensatie van langdurige mantelzorg bij leven uit het eigen vermogen van de zorgbehoevende kan daardoor onhaalbaar zijn.⁷³ Wanneer de zorgrelatie echter eindigt door de dood van de zorgbehoevende kan wel vermogen beschikbaar komen in de vorm van de erfenis. Uit deze erfenis zou dan een compensatie voor de mantelzorger bekostigd kunnen worden. Hier zit meteen een kleine beperking van deze bijdrage, nu compensatie via erf- of successierecht dus alleen mogelijk is bij positieve erfenissen. Maar omdat slechts 1% van de erfenissen negatief is, zal deze beperking doorgaans geen rol spelen.⁷⁴

De tweede kanttekening betreft het doel van de compensatie. Compensatie van mantelzorg betekent in het kader van deze bijdrage *niet* het volledig conform marktwaarde betalen van zorg. Het gaat eerder om het geven van waardering en erkenning aan de mantelzorger in de vorm van een financieel steuntje in de rug of cadeautje. Dat betekent dus ook dat de compensatie die uiteindelijk kan worden verkregen veel minder kan zijn dan de waarde van de zorg die geleverd is (als dit al vastgesteld zou kunnen worden). De draagkracht van de zorgbehoevende, de hoogte van zijn erfenis en zijn wens om de mantelzorger te compenseren kunnen bepalend zijn voor de hoogte van de compensatie.

Ook is op de derde plaats de hoogte van de compensatie relevant, die mede afhangt van de waarde van de erfenis. De gemiddelde erfenis bedraagt netto € 100.000. Het gaat dus gemiddeld om redelijke bedragen.⁷⁵ Dit cijfer moet wel genuanceerd worden, omdat het gemiddelde hoog uitvalt door een kleiner aantal hele grote erfenissen ten opzichte van een veel groter deel kleinere erfenissen. Slechts 3% van de erfenissen is boven de half miljoen, en 30% zit tussen de € 10.000 en de € 50.000. Een derde van de erfenissen zitten in de klasse € 200.000 tot € 500.000.⁷⁶ Verder wordt de hoogte van de compensatie ook begrensd door de aanwezigheid van andere erfgenamen die ook aanspraak maken op een deel van de erfenis. Toch blijkt uit deze cijfers dat erfenissen doorgaans positief zijn, waardoor de mogelijkheid bestaat om een mantelzorger een (bescheiden) compensatie te geven voor de geleverde zorg.

⁷³ Daarnaast kan vermogen bovendien vaak niet worden verzilverd, omdat het in het huis zit en daardoor niet vrij besteedbaar is.

⁷⁴ Salverda 2018, p. 27.

⁷⁵ Salverda 2018, p. 21.

⁷⁶ Salverda 2018, p. 27.

De vierde kanttekening heeft te maken met het feit dat het onduidelijk is hoeveel mantelzorgers jaarlijks te maken krijgen met het overlijden van degene voor wie zij zorgen. Daarom kan ook geen inschatting gemaakt worden van de omvang van de groep mantelzorgers die mogelijk een compensatie uit een erfenis zouden kunnen krijgen. Wel is bekend dat jaarlijks ongeveer 4% van de volwassenen (25 jaar en ouder) in Nederland betrokken zijn bij een erfenis. Bezien over 10 jaar krijgt ongeveer een derde van de bevolking met een erfenis te maken en 80% van de overledenen zijn boven de 65 jaar.⁷⁷ Het zou kunnen zijn dat een flink aandeel mensen die met een erfenis te maken krijgen, ook een vorm van mantelzorg hebben verleend, omdat mantelzorg een belangrijke rol speelt in de zorg voor zieke en hulpbehoevende ouderen. Cijfers hieromtrent ontbreken echter voor zover wij weten.

Dan resteert nog de vraag naar de wenselijkheid van een compensatie, al dan niet via het erfrecht. Uiteraard staat vast dat het overlijden van de zorgbehoevende op geen enkele manier als gunstig mag worden bestempeld omdat er dan vermogen vrij zou komen bestemd voor de mantelzorger. Daarnaast kan ook de vrees bestaan voor misbruik door mantelzorgers. Zo komt het in de praktijk voor dat ‘mantelzorgers’ de zorgtaak op zich nemen en op die wijze profiteren van bijvoorbeeld een persoonsgebonden budget of het vermogen van de zorgbehoevende zonder dit vermogen voor goede zorg te gebruiken.⁷⁸ Het voorkomen van (financiële) ouderen mishandeling staat daarom als belangrijk actiepunt op de agenda van de wetgever.⁷⁹ Ook in het erf- en successierecht bestaan risico's voor dit soort situaties. Een voorbeeld hiervan is de mogelijkheid om een mantelzorger de erfenis na te laten door hem op te nemen in het testament, waardoor dit zou kunnen leiden tot testamentwijzigingen onder dwang van een kwaadwillende mantelzorger.

Een andere reden waarom compensatie van zorg niet wenselijk wordt geacht is het risico op de zogenaamde monetarisering van mantelzorg. Enkele jaren terug

⁷⁷ Salverda 2018, p. 20.

⁷⁸ Zie voor een ingrijpend voorbeeld de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 14 november 2019 (ECLI:NL:RBZWB:2019:4980) in een strafzaak waarin twee niet-familiaire mantelzorgers ongeveer € 232.000 afhandig maakten van de zorgbehoevende en helemaal geen goede zorg leverden. Beide personen zijn onder andere veroordeeld voor diefstal (art. 310 jo. 311 Sr) en de opzettelijke benadeling van de gezondheid van de zorgbehoevende (juridische grondslag onduidelijk).

⁷⁹ Vanuit het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport heeft bijvoorbeeld het Actieplan Ouderen in Veilige Handen gelopen en in 2019 werd een speciale informatiebox voor ouderen geïntroduceerd (Financieel Veilig Ouder Worden). Deze box bevat informatie hoe ouderen veilig kunnen omgaan met hun vermogen en hoe zij veilig het beheer hierover deels uit handen kunnen geven.

laaide rondom de regeling van het persoonsgebonden budget de discussie op of mantelzorg wel in aanmerking moest komen voor betaling en of dit niet de onbetaalde mantelzorg zou verdringen. Willen mensen nog wel gratis zorg verlenen, wanneer ze er ook een financiële compensatie voor kunnen verkrijgen? In het kader van de discussie rondom het persoonsgebonden budget werd uiteindelijk toch geconcludeerd dat betaling van mantelzorg, ook in nauwe familierelaties zoals de ouder-kind relatie, op zijn plek kan zijn.⁸⁰ Wij sluiten ons aan bij deze visie.

Wanneer compensatie al of niet geboden zou zijn, is een ingewikkelde vraag die met veel factoren kan samenhangen. Zo kan de mate van verwantschap zeker een rol spelen. Partnerzorg komt bijvoorbeeld gevoelsmatig minder snel voor betaling in aanmerking dan zorg gegeven door een buurvrouw of goede vriend. Zorgen voor elkaar wordt namelijk in sommige relaties vanzelfsprekender geacht dan in andere.⁸¹ Maar ook andere factoren kunnen een rol spelen. Denk aan de intensiteit en duur van de zorgverlening, de mate en de vorm waarin de zorgbehoevende de mantelzorger wil compenseren en de vraag in hoeverre financiële compensatie van de mantelzorger gevolgen heeft voor anderen, dan wel andere activiteiten. Deze factoren zijn misschien wel relevanter voor de vraag naar de redelijkheid van compensatie dan de mate van verwantschap. In de wetgeving die hieronder wordt besproken is de worsteling met de vraag onder welke voorwaarden financiële compensatie al of niet gewenst is goed terug te zien. De factoren die wij hier aanstippen komen daarin ook terug.

Van de genoemde risico's en controverses zijn wij ons bewust. Desondanks zijn er ook voordelen te noemen die niet uit het oog mogen worden verloren. Compensatie kan een bijdrage leveren aan het verlichten van financiële problemen bij de mantelzorger veroorzaakt door de zorgverlening. Financiële compensatie kan ook een stimulans zijn om eerder, intensiever of langduriger zorg te verlenen. De negatieve gevolgen van stoppen met werken of minder uren werken zouden door een compensatie verzacht kunnen worden. Daarnaast zijn er mogelijk zorgbehoevenden die graag hun mantelzorger al dan niet gedeeltelijk willen compenseren als blijk van waardering voor de verleende zorg. En ten slotte kan financiële verlichting van mantelzorg bijdragen aan het beleid van de wetgever dat onder meer is gericht op het stimuleren van mantelzorg.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2004/05, 25657 en 26631, nr. 29, p. 7-9.

⁸¹ In dat kader zou ook gewezen kunnen worden op art. 1:81 BW waarin is opgenomen dat echtgenoten elkaar hulp en bijstand zijn verschuldigd.

Met deze opmerkingen in het achterhoofd, onderzoeken we in de volgende drie paragrafen de mogelijkheden van financiële compensatie in geval van langdurige en intensieve mantelzorg in het erf- en successierecht. Stilgestaan wordt bij de som ineens uit art. 4:36 BW, een compensatie opnemen in een testament en de vrijstelling van de erfbelasting. Niet alle erfrechtelijke regelingen komen aan bod en het onderstaande is ter wille van de niet in het erfrecht ingevoerde lezer een enigszins versimpelde weergave. De rol van bijvoorbeeld schulden der erfenis, quasi-erfrecht, schenkingen (ter zake des doods), het levenstestament en de natuurlijke verbintenis blijven – hoe relevant ook – in deze bijdrage buiten beschouwing.

8. Compensatie via de som ineens

In art. 4:36 BW is de som ineens geregeld. Met een beroep op de som ineens kan na de dood van de zorgbehoevende geprobeerd worden om een billijke compensatie te krijgen voor de verrichte mantelzorg uit de erfenis van de zorgbehoevende. Het artikel is bijzonder in het Nederlandse recht omdat het een van de weinige bepalingen is waarin financiële compensatie is geregeld voor werkzaamheden in de familiale sfeer. De som ineens wordt ook wel uitgesteld loon of *salaire différé* genoemd, maar in deze bijdrage blijven we spreken van de som ineens. Deze paragraaf behandelt de totstandkoming van dit relatief nieuwe instrument, de voorwaarden voor een succesvol beroep op de som ineens, de daarbij behorende jurisprudentie en de hoogte van de billijke vergoeding.

8.1 Het toepassingsbereik van art. 4:36 BW

Niet elke mantelzorger kan via art. 4:36 BW aanspraak maken op de som ineens. Op basis van art. 4:36 BW kunnen alleen meerderjarige kinderen, stiefkinderen, pleegkinderen,⁸² behuwdkinderen of kleinkinderen⁸³ van de erflater een beroep op de som ineens doen. Uit cijfers van het SCP uit 2017 blijkt dat ongeveer 42% van de mantelzorgers kinderen zijn die voor een ouder of schoonouder (respectievelijk 33% en 9%) zorgen. Dit zijn 1,9 miljoen personen.⁸⁴ Het toepassingsbereik van de regeling bestrijkt dus een flinke groep mantelzorgers. Vanzelfsprekend voldoen niet al deze 1,9 miljoen mantelzorgers aan de verdere

⁸² Hieronder wordt verstaan kinderen die feitelijk zijn verzorgd en opgevoed door iemand die niet het gezag over het kind heeft. Zie: Van Mourik 2015, p. 445.

⁸³ De opsomming is limitatief, dus behuwd kleinkinderen zijn bijvoorbeeld uitgesloten: zie Kremer in Groene Serie Erfrecht art. 4:36 BW, aant. 1 (voor het laatst gewijzigd op 1 januari 2019).

⁸⁴ De Klerk e.a. 2017, p. 76.

voorwaarden van art. 4:36 BW, maar er is dus wel een omvangrijke groep personen voor wie de regeling potentieel uitkomst biedt.

8.2 De totstandkoming van de som ineens

De som ineens is aan het erfrecht toegevoegd per 1 januari 2003.⁸⁵ In de opzet was de regeling in eerste instantie gericht op kinderen werkzaam in het agrarische bedrijf van de ouders. In een wetgevingsvoorstel uit de jaren '80 werd de som ineens voor deze doelgroep al voorgesteld.⁸⁶ De definitieve regeling van de som ineens liet alleen nog even op zich wachten. In latere discussie over de som ineens werden ook werkzaamheden in de huishouding onder de regeling geschaard.⁸⁷ De som ineens kwam toen in het BW via het amendement van Van Rijckevorsel en was mede vormgegeven aan de hand van een artikel uit het Zwitsers Burgerlijk Wetboek.⁸⁸ Er ontstond wel discussie over de regeling, met name over de conflictgevoeligheid van de regeling en de moeilijkheid voor de rechterlijke macht om een recht op de som ineens vast te stellen.⁸⁹ Desondanks werd het amendement aangenomen, met name vanuit de gedachte dat het erfrecht een remedie zou moeten bieden aan kinderen die geruime tijd werk voor hun ouders verrichten met een economische waarde zonder dat zij daar voor worden beloond.⁹⁰

8.3 Wettelijke voorwaarden van de som ineens

Anno 2020 luiden de voorwaarden uit art. 4:36 BW voor een succesvol beroep op de som ineens als volgt: A) kinderen die B) in de huishouding van de erflater⁹¹ of in het door hem uitgeoefende beroep of bedrijf C) gedurende hun meerderjarigheid D) arbeid hebben verricht, en E) voor de arbeid *geen* passende beloning hebben ontvangen,⁹² kunnen aanspraak maken op de som ineens, strekkende tot een billijke vergoeding. De andere eisen komen hieronder aan bod. Als laatste eis geldt dat F) op basis van art. 4:37 lid 1 BW binnen negen maanden na het overlijden van de erflater door het kind moet worden verklaard dat hij of

⁸⁵ *Stb.* 2002, 230.

⁸⁶ *Kamerstukken II* 1981/82, 17141, nr. 3, p. 34.

⁸⁷ Van Mourik 2011, p. 499.

⁸⁸ Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht, Van der Burght c.s., p. 652.

⁸⁹ Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht, Van der Burght c.s., p. 657.

⁹⁰ Van der Burght & Ebben 2004, p. 176.

⁹¹ Wanneer een kind de ouder in huis neemt, kan nog steeds worden gesproken van werkzaamheden in de huishouding van de erflater. Zie: Van Mourik 2011, p. 394 en Kolkman 2007, p. 6-13.

⁹² Onzes inziens betekent dit in het kader van mantelzorg dan indien er reeds uit een pgb een volledige vergoeding voor de zorg is betaald, er geen aanspraak kan zijn op de som ineens. De zorg is dan immers al betaald.

zij de som ineens wenst te ontvangen. De eisen A en C zijn reeds in § 8.1 aan bod gekomen. Wat een billijke vergoeding is, komt in § 8.6 aan bod.

Ten aanzien van de eisen B en D ‘arbeid verricht in de huishouding van de erflater’ kan de vraag gesteld worden of mantelzorg hieronder valt. Verzorging en verpleging van een ouder door een meerderjarig kind wordt in de Parlementaire Geschiedenis gezien als arbeid en valt daarmee onder de werking van art. 4:36 BW.⁹³ Ook in de literatuur lijkt men het hierover eens. Perrick schrijft: *‘tot werkzaamheden verricht in de huishouding van de erflater kunnen ook behoren de verzorging en verpleging van de erflater.’*⁹⁴ Ook in de rechtspraak wordt erkend dat de verzorging van een ouder in beginsel wordt gedekt door art. 4:36 BW.⁹⁵ Moeilijker is de vraag of alle taken die in deze bijdrage onder de term mantelzorg vallen, ook onder de termen verzorging en/of verpleging vallen. Zijn mantelzorgtaken zoals toezicht houden op iemand met dementie, helpen met de administratie en het organiseren van formele zorg of het begeleiden van iemand bij ziekenhuisbezoeken taken van verzorging en/of verpleging en vallen zij daarmee onder art. 4:36 BW? Op geen enkele plek is een duidelijke definitie gevonden van welke concrete mantelzorgtaken wel of niet voor compensatie via de som ineens in aanmerking komen. Op deze vraag wordt in de volgende paragrafen nog kort ingegaan aan de hand van de beschikbare jurisprudentie.

8.4 Jurisprudentie over de som ineens

De summier beschikbare jurisprudentie geeft een nadere invulling aan enkele van de in de voorgaande paragraaf genoemde eisen. Een zoeksessie op rechtspraak.nl levert vijf relevante uitspraken op die direct gerelateerd zijn aan mantelzorg en maar in één geval wordt de som ineens toegewezen.⁹⁶ De zaken worden hier achtereenvolgens besproken. Eerst komen de afwijzingen aan bod, gevolgd door de enige toewijzing.

⁹³ Parl. Gesch. Vaststellingswet Erfrecht, Van der Burght c.s., p. 654.

⁹⁴ Asser/Perrick 4, 2017/388 (online geraadpleegd).

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld: Hof Den Bosch 22 juli 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD8647, zie specifiek r.o. 3.5.4.

⁹⁶ Jurisprudentie meegenomen t/m december 2019, voor zover gepubliceerd op rechtspraak.nl. Het kan zijn dat sommige zaken niet naar boven zijn gekomen in het jurisprudentieonderzoek. Niet altijd worden de werkzaamheden van kinderen zorg en/of mantelzorg genoemd, terwijl deze zoektermen zijn gebruikt. Daardoor zijn zaken waarin kinderen welk hielpen met verzorging maar dit niet zodanig is benoemd in de uitspraak, niet naar boven zijn gekomen in de zoekresultaten. Mantelzorg is geen eenduidig begrip en dat bemoeilijkt het zoeken van relevante jurisprudentie in dat kader.

De eerste zaak speelt bij de rechtbank Breda waarin de kantonrechter uitvoerig ingaat op de som ineens voor een man die jaren bij zijn moeder inwoonde en voor haar zorgde. De man eist van zijn broer, die samen met hem erfgenaam is, een som ineens van € 90.101. Hij heeft de totale waarde van de zorg die hij heeft verleend overigens begroot op € 450.000, maar omdat de erfenis niet zo groot is komt hij op voornoemd bedrag. Volgens de verwerende broer komt de man geen vergoeding via art. 4:36 BW toe omdat hij gratis bij zijn moeder inwoonde.⁹⁷ Ook de omvang van de zorgverlening wordt betwist. Volgens de rechtbank moet art. 4:36 BW terughoudend worden toegepast en is er alleen onder bijzondere voorwaarden een aanspraak op de som ineens mogelijk. De rechtbank leidt dit af uit de aarzeling van de wetgever om de regeling van de som ineens in te voeren. De rechtbank kleurt vervolgens de eis van arbeid uit art. 4:36 verder in en stelt dat er sprake moet zijn van *langdurig* verrichte arbeid (waaronder verzorging en verpleging) en dat de arbeid *economische waarde* moet hebben. Daarnaast komt de rechtbank met een geheel nieuwe eis, namelijk dat het kind wel *door de arbeid in een maatschappelijk en/of financieel slechtere positie is geraakt ten opzichte van de andere erfgenamen*.

Met name op dat laatste punt loopt het verzoek van de zoon spaak: hij had een uitkering en ruilde daarom geen betaalde arbeid in voor het verlenen van onbetaalde zorg. Tevens is hij bij zijn moeder gaan wonen en mag aangenomen worden dat zij de woonlasten deelden, hetgeen goedkoper is dan alleen wonen, waardoor hij ook niet verarmd is door de samenwoning. Hij is dus niet in een financieel slechtere positie geraakt. Het verzoek wordt afgewezen.⁹⁸

De door de rechtbank geformuleerde extra voorwaarden zijn bekritiseerd. Mellema-Kranenburg stelt in haar annotatie bij dit arrest dat zij de eis van langdurigheid van de zorg en dat het kind in een maatschappelijk en/of financieel slechtere positie moet zijn geraakt niet terugleest in de wet of de Parlementaire Geschiedenis. Het zijn hoogstens omstandigheden die de rechter in aanmerking kan nemen, maar geen harde criteria.⁹⁹ Kolkman lijkt de langdurigheidseis wel te

⁹⁷ Interessant is in dat kader ook de uitspraak van de rechtbank Den Haag waarin gratis c.q. goedkope inwoning door een zoon bij de moeder werd gezien als tegenpresentatie voor verleende mantelzorg. De vraag in deze zaak was of de gratis inwoning moest worden aangemerkt als een gift die mee zou tellen in de berekening van de legitieme portie. De rechtbank stelt vast dat er geen sprake is van een gift maar van een tegenprestatie van de moeder voor de verleende mantelzorg door de zoon. Zie: Rb. Den Haag 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11889.

⁹⁸ Rb. Breda 14 juni 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BA7400. Zie voor zeer uitgebreid commentaar op deze uitspraak: Mellema-Kranenburg 2007, p. 76-79.

⁹⁹ Mellema-Kranenburg 2007, p. 78.

volgen en stelt dat er in dat kader gedacht moet worden aan jaren zorgverlening en dat er in het geval van arbeid korter dan één jaar geen plek is voor een som ineens.¹⁰⁰

Ook de eis van de economische waarde van de arbeid roept enkele vragen op. Want wanneer vertegenwoordigt mantelzorg economische waarde? Is dat wanneer de taken van een mantelzorger overgenomen hadden kunnen/moeten worden door een professional tegen betaling? Of ligt de drempel lager en heeft ook zorg die in de regel niet door professionals wordt uitgevoerd (zoals emotionele steun en begeleiding) economische waarde? Mellema-Kranenburg stelt dat er sprake moet zijn van substantiële hulp die bij afwezigheid ertoe zou leiden dat iemand moet worden opgenomen in een verpleegtehuis, dan wel derden tegen betaling moet inschakelen om de hulp te verlenen.¹⁰¹ Wel is duidelijk dat de eis van economische waarde niet bepalend is voor de hoogte van de vergoeding, in die zin dat een recht bestaat op een vergoeding die de arbeid in het economisch verkeer heeft. De eis ziet namelijk op het bepalen van de omvang van de zorgverlening.

De zoon in de bovenstaande zaak laat het er niet bij zitten en gaat in hoger beroep en vermindert zijn vordering naar ongeveer € 45.000. Hij komt in lijn met de kritiek van Mellema-Kranenburg op tegen de eis van de rechtbank dat er sprake moet zijn van arbeid met een economische waarde en dat hij ten opzichte van mede-erfgenamen in een financieel slechtere positie moet zijn geraakt. Het hof kiest voor een vrij taalkundige benadering: de term *salaire différé* betekent uitgesteld loon en heeft dus betrekking op werkzaamheden die normaliter in dienstbetrekking worden uitgevoerd en in ieder geval op werkzaamheden die redelijkerwijs beloond moeten worden omdat iemand door het uitvoeren ervan geen eigen inkomen kan verkrijgen of een carrière heeft kunnen opbouwen. Wanneer er geen sprake is van een verlies van inkomen, wordt eerder aangenomen dat iemand de (zorg)taken vrijwillig op zich heeft genomen. Het hof geeft verder aan dat er gevallen denkbaar zijn waarin het onduidelijk is of iemand in een slechtere positie is geraakt, maar toch een som ineens op zijn plek is. De redelijkheid en billijkheid speelt namelijk ook een rol.¹⁰² Of iemand in een slechtere positie is geraakt, is dus een omstandigheid om rekening mee te houden, maar geen harde eis volgens het hof. Het hof lijkt hier dus Mellema-Kranenburg te volgen. Perrick is overigens minder mild dan het hof, want hij geeft aan dat een vordering ex art. 4:36 BW alleen kan slagen wanneer het kind daardoor geen of

¹⁰⁰ Kolkman 2007, p. 6-13.

¹⁰¹ Mellema-Kranenburg 2007, p. 78.

¹⁰² Hof Den Bosch 22 juli 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD8647.

minder betaalde arbeid elders heeft kunnen verrichten.¹⁰³ Hij lijkt de verarming van de mantelzorger dus wel als harde eis te stellen.

In 2014 moest het hof Den Bosch oordelen over een vordering ex art. 4:36 BW ter hoogte van € 8.255. Een zoon zorgde voor zijn moeder en sloot met haar een zorgovereenkomst af in het kader van het persoonsgebonden budget. Hij heeft echter de gewerkte uren op basis van de zorgovereenkomst nooit gedeclareerd omdat zijn moeder dan ‘in betalingsonmacht’ zou komen te verkeren. Zij kon niet alle zorgverleners betalen met het persoonsgebonden budget. De zoon onderbouwt dit echter onvoldoende met bewijzen. Tevens is de vervaltermijn voor het indienen van een verzoek ex art. 4:36 BW overschreden. Op basis van art. 4:37 lid 1 BW moet een verzoek worden gedaan binnen negen maanden na overlijden van de erflater en dat heeft hij niet gedaan. Zijn verzoek wordt dan ook afgewezen.¹⁰⁴ De financieel slechtere positie komt in deze uitspraak niet meer aan de orde.

Deze problematiek rondom de vervaltermijn speelde ook in een uitspraak van maart 2019. De rechter moest oordelen over een vordering van een kleindochter¹⁰⁵ die jaren voor haar grootmoeder zorgde. Zij hielp dagelijks met persoonlijke verzorging en huishoudelijke taken en bleef om die reden soms overnachten. Zij verzoekt nu een som ineens van € 23.400. Het verzoek loopt alleen stuk omdat niet aan de eis uit art. 4:37 BW is voldaan. Op basis van het eerste lid dient de mantelzorger binnen 9 maanden na het overlijden van de zorgbehoevende kenbaar te maken dat hij of zij de som ineens wenst te ontvangen. De rechtbank stelt vast dat dit in het onderhavige geval niet is gebeurd omdat de kleindochter aan alle erfgenamen deze wens kenbaar had moeten maken.¹⁰⁶

In 2018 heeft de rechtbank Midden-Nederland over de som ineens beslist. Een dochter verzoekt om een som ineens uit de erfenis van haar vader. Haar moeder en zus verzetten zich hiertegen. Vanaf 2003 woonde de vader in een woonzorgcentrum. Volgens de dochter heeft zij haar vader in dit centrum lange tijd moeten verzorgen omdat de zorg in het centrum te wensen overliet. Zij was daardoor niet in staat om op haar werk door te groeien naar een hogere functie, omdat zij daarvoor meer uren zou moeten werken. Zij heeft naar eigen zeggen 12

¹⁰³ Asser/Perrick 4, 2017/388 (online geraadpleegd).

¹⁰⁴ Hof Den Bosch 16 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3652. Zie ook verder over verjaring van een vordering ex art. 4:36 BW: Hof Arnhem 1 juli 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BE8746.

¹⁰⁵ Dat verzoekster de kleindochter is wordt niet expliciet genoemd in de uitspraak, maar lijkt de volgen uit haar relatie tot de andere belanghebbenden.

¹⁰⁶ Rb. Limburg 14 maart 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:2517.

jaar lang 25 uur per week voor haar vader gezorgd. Zij vraagt om € 23.250. Haar moeder geeft aan dat het allemaal wel mee viel met de verzorgingsbehoefte van de vader, en dat er geen sprake was van zorgverlening van 25 uur per week. Haar dochter heeft altijd voltijd kunnen werken. De kantonrechter geeft aan dat sprake moet zijn van langdurige zorg en dat het kind in een slechtere financiële positie moet zijn geraakt dan de andere erfgenamen, net als in de hiervoor besproken zaak van de rechtbank Breda c.q. hof Den Bosch. De kantonrechter oordeelt dat van dat laatste geen sprake is: de verdien capaciteit is niet aangetast door de zorgverlening aangezien de gehele periode dat zij voor de erflater heeft gezorgd, fulltime heeft gewerkt (eerst 35 uur en daarna 38 uur). Bij haar werkgever kon zij niet meer uren werken dan dat zij al deed. De stelling dat zij geen promotie kon krijgen omdat zij niet meer uren kon werken houdt dus geen stand. De kantonrechter wijst daarom haar verzoek af.¹⁰⁷

In 2007 werd een uitspraak gewezen door het hof Den Haag waarin wel een som ineens aan een mantelzorgende dochter werd toegekend ad € 12.880. Zij zorgde naar eigen zeggen 36 uur per week voor haar ouders, ongeveer 6 jaar lang. Zij verrichtte onder andere huishoudelijk werk en rekende ook het houden van gezelschap onder deze 36 uur. Daar ging het hof niet in mee omdat het moet gaan om arbeid met economische waarde, en daar valt volgens het hof – onzes inziens terecht – het houden van gezelschap in het kader van mantelzorg niet onder. Het hof geeft in deze uitspraak verdere handvaten voor de vraag wanneer arbeid economische waarde heeft. Volgens het hof is dat wanneer a) er hulp van derden ingeschakeld had moeten worden indien het kind de arbeid niet had verricht en/of b) het kind door de ouders is beperkt in het verrichten van betaalde arbeid elders.¹⁰⁸ Het hof oordeelt dat vaststaat dat de dochter arbeid heeft verricht in de huishouding van haar ouders die compensatie via de som ineens rechtvaardigt omdat deze niet eerder is beloond. Het hof stelt de omvang van de te compenseren arbeid als volgt vast: het bekijkt hoeveel uur per week er huishulp had moeten komen in het geval dat de dochter geen werkzaamheden zou hebben verricht. Dat zou twee ochtenden per week zijn van 4 uur per keer. Het hof stelt dus vast dat de dochter recht heeft op vergoeding van ongeveer 8 uur per week voor een periode tussen 1997 en 2003. De dochter vraagt € 5 per uur waar het hof in mee gaat. Na nog wat correcties komen zij op een totaalbedrag van € 12.880 ter vergoeding van de zorgarbeid.¹⁰⁹ Een hele korte overweging wordt gegeven aan de eis van de

¹⁰⁷ Rb. Midden-Nederland 1 mei 2018, ECLI:NLRBMNE:2018:1928.

¹⁰⁸ Hof Den Haag 1 augustus 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB0962. Zie r.o. 2. Onduidelijk is of het hof dit als alternatieve of cumulatieve eisen ziet.

¹⁰⁹ Hof Den Haag 1 augustus 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB0962. Zie met name de berekening in r.o. 12.

dochter dat zij ook haar reiskosten vergoed wil krijgen. Volgens het hof ziet art. 4:36 BW niet op reiskosten en moet daarom dit verzoek worden afgewezen. Zoals in het voorgaande is gebleken maken mantelzorgers soms extra kosten die onder meer kunnen bestaan uit reiskosten. Wanneer het oordeel van het hof hier zou worden gevolgd, zou dat betekenen dat art. 4:36 BW geen uitkomst biedt om die kosten te compenseren. Het zou puur gaan om een vergoeding van het verrichte werk. Compensatie van andere kosten is dan voorbehouden aan andere regelingen.

8.5. Reflectie op de jurisprudentie

De jurisprudentie levert inkleuring van art. 4:36 BW op en een extra criterium voor toewijzing van de som ineens. Zowel de rechtbank Breda als de rechtbank Midden-Nederland nemen *langdurige* zorg aan als voorwaarden voor aanspraak op de som ineens. Zoals gebleken lijken in de literatuur de meningen over deze eis uiteen te lopen.

Wat verder keer op keer terugkomt is de problematiek rondom de combinatie van arbeid en zorg. Op diverse manieren en in verschillende formuleringen lijkt een voorwaarde voor aanspraak op de som ineens dat de mantelzorger door de arbeid die voor de ouders is verricht *geen betaalde arbeid elders* heeft kunnen verrichten. Dit lijkt een belangrijke rechtvaardiging voor een beroep op de som ineens. Het komt in verschillende uitspraken terug, hoewel deze niet altijd consistent verwoord is ('verlies verdien capaciteit', 'beperking in het verrichten van betaalde arbeid', 'in een maatschappelijke of economisch slechtere positie geraakt'). Ook over deze eis zijn verschillende meningen in omloop. In het kader van mantelzorg rijst de relevante vraag in hoeverre beperkingen om betaalde arbeid te verrichten door de mantelzorg een rol moeten spelen in de vaststelling van een recht op compensatie. Kortom, is het opnemen van onbetaald verlof, het verminderen van de arbeidsduur of het stoppen met werken of het niet kunnen werken vanwege de mantelzorg een strikt vereiste voor de aanspraak op de som ineens?

Een ander punt is wanneer er sprake is van arbeid, en dan meer specifiek arbeid met *economische waarde* zoals in de jurisprudentie vaak vereist lijkt. Is dat wanneer de erfenis verminderd zou zijn indien het kind geen arbeid had verricht, omdat dan hulp van derden ingeschakeld had moeten worden? Dit perspectief kijkt meer naar het voordeel van de arbeid voor de ouders (positief geformuleerd), dan het nadeel van het kind (negatief geformuleerd) en vereist dus geen beperking in de arbeidsmogelijkheden van de mantelzorger. Hoe met deze twee verschillende rechtvaardigingen moet worden omgegaan is nog onduidelijk, maar

gelet op de noodzaak om mantelzorg zo veel als mogelijk te stimuleren is aansluiten bij de laatstgenoemde positieve perspectief onzes inziens te prefereren. Een som ineens is dan mogelijk indien zonder hulp van het kind thuiszorg nodig is of andere professionele hulp, en dat zal in ons huidige zorglandschap in veel mantelzorgsituaties het geval zijn. De enige eis uit de jurisprudentie die wel stand lijkt te houden, is de eis van de economische waarde van de arbeid. Wanneer mantelzorg economische waarde heeft is echter een moeilijke vraag. De aanpak van het hof Den Haag (alleen die uren die anders door een professional zouden worden gedaan) lijkt ons in ieder geval wat beperkt, gelet op de soms beperkte professionele hulp die ouderen van overheidswege krijgen.

8.6 De billijke vergoeding?

Indien er een recht op een som ineens wordt vastgesteld, is daarmee het laatste woord nog niet gezegd. Immers, dan moet nog de hoogte van de vergoeding worden vastgesteld: maar wat is een billijke vergoeding? Veel handvaten om dit vast te stellen lijken er niet te zijn. Op basis van art. 4:37 lid 4 BW kan de som ineens maximaal de helft van de waarde van de erfenis zijn.¹¹⁰ De som ineens wordt dus hoe dan ook door deze regel begrensd. Maar hoe moet binnen die ruimte de som ineens worden berekend? Van Mourik merkt op dat de wetgever niet tot een verzakelijking van de familieverhoudingen heeft willen overgaan, en dat daarom gesproken wordt van een ‘billijke vergoeding’.¹¹¹ Dit betekent concreet dat een mantelzorger geen recht heeft op een uurloon dat overeenkomt met dat van bijvoorbeeld een wijkverpleegkundige. In de uitspraak van het hof Den Haag wordt gerekend met een uurtarief van € 5. Waar dit tarief vandaan komt is niet bekend, maar het biedt mogelijk een ijkpunt voor andere toekomstige verzoeken. Er zijn ook andere ijkpunten denkbaar om de waarde van familiale mantelzorg te bepalen. Zo bestaat er de Letselschade Richtlijn Huishoudelijke Hulp en binnen deze richtlijn wordt er een waarde gekoppeld aan familiale mantelzorg. Wanneer iemand letselschade heeft, en de hoogte van deze schade berekend moet worden, wordt ook aan noodzakelijke mantelzorg een waarde toegekend die voor vergoeding in aanmerking komt. In de richtlijn wordt uitgegaan van € 9 per uur, ook bij familiale verhoudingen.¹¹² Een ander ijkpunt zou kunnen zijn om aan te sluiten bij het minimumloon (voor het jaar 2020) van € 10,60 zoals opgenomen

¹¹⁰ De waarde is al het vermogen met aftrek van de schulden van de erfenis zoals weergegeven in art. 4:7 lid 1 sub a t/m e BW. Zie: Van Mourik 2015, p. 447.

¹¹¹ Van Mourik 2015, p. 446.

¹¹² De letselschaderaad, letselschade richtlijn huishoudelijke hulp, p. 3. Zie ook: Rb. Den Haag 17 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4183. In deze uitspraak krijgt een slachtoffer van mishandeling een letselschadevergoeding. Een van de schadeposten is de dagelijkse mantelzorg. Zij krijgt een vergoeding van € 3120 voor deze zorg.

in art. 8 van de Wet Minimumloon.¹¹³ Een andere optie zou zijn om aan te sluiten bij het (start)salaris van een thuiszorgmedewerker.

9. Compensatie via een testament

Naast de bovengenoemde optie om na de dood van de zorgbehoevende om een som ineens te verzoeken, kan ook vóór het overlijden al een afspraak worden gemaakt. De zorgbehoevende kan – wanneer nog wilsbekwaam – een testament opmaken en daarin (een bepaald deel van) de erfenis nalaten aan de mantelzorger. Op die manier is de mantelzorger verzekerd van compensatie. Wordt dit testament niet opgesteld, dan geldt het zogenaamde *erfrecht bij versterf*. Dat houdt in dat de naasten van de erflater in een bepaalde door de wet geregeld volgorde erven (het parentele-stelsel).¹¹⁴ Maar via een testament kan de erflater dit stelsel doorbreken en zelf kiezen wie een deel van zijn of haar vermogen erft.

In een testament kan dus ook een compensatie voor een mantelzorger worden opgenomen. Deze paragraaf verkent kort enkele (on)mogelijkheden die binnen het huidige erfrecht bestaan voor de zorgbehoevende (ook wel *erflater* genoemd) om te zorgen dat een deel van zijn vermogen na overlijden bij de mantelzorger terecht komt.¹¹⁵ De compensatie via een testament is een optie waar de mantelzorger in principe buiten staat en waarbij de juridische regie volledig in handen is van de zorgbehoevende. Het is immers geen overeenkomst tussen de mantelzorger en de erflater, maar een eenzijdige rechtshandeling van de erflater die alleen door de erflater in persoon kan worden gedaan.¹¹⁶ Dat neemt niet weg dat hierover wel gesprekken kunnen worden gevoerd tussen zorgbehoevende en mantelzorger. In het navolgende wordt besproken wat de erflater allemaal kan opnemen in zijn testament en welke grenzen aan de testeervrijheid verbonden zijn.

9.1. Compensatie van mantelzorger via een testament

In het erfrecht staat de vrijheid van de erflater om te bepalen wat er met zijn erfenis moet gebeuren voorop. Dit noemen we de testeervrijheid. Dat betekent dat de erflater helemaal vrij is in wie hij kiest als erfgenaam of erfgenamen. Dit kan

¹¹³ Ervan uitgaande dat in deze branche (zorg) een fulltime werkweek zo bestaan uit 36 uur. Zie ook: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/minimumloon/bedragen-minimumloon/bedragen-minimumloon-2020.

¹¹⁴ Art. 4:10 lid 1 BW.

¹¹⁵ De erfrechtelijke mogelijkheden worden hier summier uiteengezet en geven een slechts voorzet voor de mogelijkheden die de erflater heeft om de mantelzorgers via een uiterste wilsbeschikking te belonen.

¹¹⁶ Art. 4:42 lid 1 en 3 BW.

familie zijn, maar ook een buurvrouw, vriend, een goed doel en dus ook een (al dan niet familiale) mantelzorger. Wanneer een goede buurvrouw jarenlang mantelzorg heeft verleend aan de erflater, en de erflater haar hiervoor wil belonen, kan in het testament bepaald worden dat de buurvrouw bijvoorbeeld enig erfgenaam is.

Benoeming van een mantelzorger als enig erfgenaam kan leiden tot een impliciete onterving van personen die wel iets zouden erven wanneer het systeem van erfrecht bij versterf zou worden gevolgd. Stel dat in het voorbeeld van de buurvrouw, de erflater ook nog een kind heeft, dan betekent het nalaten van het gehele vermogen aan de buurvrouw een onterving van het kind. Wanneer een erflater meerdere kinderen heeft kan hij ook slechts één mantelzorgend kind benoemen tot erfgenaam, en daarmee de andere kinderen uitsluiten.¹¹⁷ Bepaalde groepen naasten zoals de echtgenoot en de kinderen kunnen echter wel inbreuk maken op dergelijke bepalingen in het testament en in weerwil hiervan bepaalde aanspraken claimen. Deze grenzen aan de testeervrijheid worden besproken in § 9.2. Naast de keuze om de mantelzorger voor een bepaald deel tot erfgenaam te maken, kan ook gekozen worden om alleen een specifiek goed of een specifiek bedrag na te laten aan de mantelzorger.¹¹⁸ Om terug te komen bij het voorbeeld van de buurvrouw, kan bijvoorbeeld ook opgenomen worden dat de erflater aan de mantelzorgende buurvrouw bijvoorbeeld de vakantiewoning nalaat. De buurvrouw wordt dan geen erfgenaam, maar krijgt een vordering op de bestaande erfgenamen om de vakantiewoning van hen te krijgen.

9.2. Grenzen aan de vrijheid om te testen

De testeervrijheid wordt beperkt door een aantal regels van dwingend recht uit Boek 4. Zo heeft de langstlevende echtgenoot van de erflater een aantal dwingendrechtelijke aanspraken zoals het voortgezette woonrecht (art. 4:28 BW) en verzorgingsvruchtgebruik (art. 4:29 BW).¹¹⁹ Een andere beperking aan de testeervrijheid is de *legitieme portie* uit art. 4:63 e.v. BW. De legitieme portie is een recht dat aan de kinderen van de erflater toekomt.¹²⁰ Indien een kind in het testament wordt uitgesloten van een recht op (een deel van) de erfenis, kan het kind nog wel aanspraak maken op de legitieme portie. Het kind krijgt dan toch

¹¹⁷ Zoals in: Hof Amsterdam 19 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3293.

¹¹⁸ Zie art. 4:117 e.v. BW.

¹¹⁹ Deze worden verder voor deze bijdrage buiten beschouwing gelaten, maar kunnen wel degelijk relevant zijn.

¹²⁰ Wanneer een kind niet meer leeft zijn het diens kinderen. Hetzelfde geldt voor onwaardige kinderen (art. 4:3 BW).

nog een deel van de erfenis, ondanks dat het niet genoemd is in het testament.¹²¹ In het voorbeeld waarin de erflater alles nalaat aan zijn buurvrouw, kunnen zijn eventuele kinderen wel aanspraak maken op de legitieme portie en blijven zij niet helemaal met lege handen achter. De omvang van de legitieme portie wordt berekend aan de hand van de volgende formule: de legitieme portie is de helft van de waarde van de erfenis gedeeld door het aantal kinderen van de erflater.¹²² Maar ook een ander geval is denkbaar. Stel dat de erflater twee kinderen heeft, maar slechts één van deze kinderen langdurig mantelzorg heeft verleend en de erflater dat kind tot enig erfgenaam benoemt. Aan het andere kind legateert de erflater alleen een klein bedrag. Dan heeft dat kind dat slechts een legaat heeft gekregen nog steeds recht op de legitieme portie. Het bedrag dat via het legaat is verkregen wordt wel van de legitieme portie afgetrokken in de berekening van de hoogte hiervan. Kortom, kinderen kunnen niet zomaar aan de kant worden geschoven in een uiterste wilsbeschikking of achterblijven met een bedrag kleiner dan de legitieme portie. Mellema-Kranenburg geeft aan dat de legitieme portie een beloning van de mantelzorger in de weg kan zitten. Hoe groter de legitieme portie, hoe minder er over blijft om een andere mantelzorger te compenseren.¹²³

In het kader van zorgverlening schuilt nog een andere belangrijke beperking van de testeervrijheid in art. 4:59 BW. Beroepsbeoefenaren in de individuele gezondheidszorg en geestelijke verzorgers die iemand verzorgen ten tijde van de ziekte waaraan de erflater is overleden mogen geen voordeel trekken uit een testament wanneer het testament ten tijde van die verzorging is opgemaakt. Ook mensen die werken in een instelling die gericht is op de verzorging en verpleging van bejaarden of geestelijk beperkten mogen uit een testament geen voordeel genieten wanneer het testament is gemaakt tijdens het verblijf in de instelling. De bepaling geldt voor professionals en dus niet voor mantelzorgers. Het hof Den Bosch deed in 2007 een interessante uitspraak over een wilsbeschikking die was opgemaakt en waarin aan twee professionele mantelzorgers (vrijwilligers in dienst van een stichting) de woning van erflater werd nagelaten. De mantelzorgers verzorgden de erflater in zijn woning. Volgens het hof was art. 4:59 BW niet van toepassing waardoor deze professionele, maar vrijwillige, mantelzorgers voordeel mochten genieten uit het testament van de erflater.¹²⁴ Hieruit lijkt te volgen dat art. 4:59 BW zich niet richt op vrijwilligers in de zorg.

¹²¹ De berekening van de legitieme portie is geregeld in art. 4:64 e.v. BW, maar blijft in dit artikel buiten beschouwing. Zie ook: Tekst en Commentaar BW, T.J. Mellema-Kranenburg, commentaar op art. 4:64 BW, aant. 2.

¹²² Zie art. 4:65 BW voor hoe de waarde van de erfenis wordt berekend en 4:64 lid 1 BW voor de overige formule.

¹²³ Mellema-Kranenburg 2013, p. 104.

¹²⁴ Hof Den Bosch 17 april 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA5737.

10. Vrijstelling van de erfbelasting ter compensatie van mantelzorg

Zoals blijkt uit het voorgaande is het dus mogelijk om via het erfrecht compensatie voor verleende mantelzorg te verkrijgen. In hoeverre dat in een concreet geval mogelijk is, hangt af van de relatie tussen de zorgverlener en zorgbehoevende, de aanwezigheid van een testament, of de zorgbehoevende getrouwd is (waardoor de langstlevende echtgenoot aanspraken heeft), en of hij andere kinderen heeft. Wanneer een mantelzorger een erfenis ontvangt, dient ook aandacht besteed te worden aan belastingrechtelijke gevolgen van een verkrijging uit de erfenis door de mantelzorger. Over erfrechtelijke verkrijgingen moet namelijk doorgaans erfbelasting betaald worden. Dit is afhankelijk van het bedrag dat wordt geërfd en de relatie die de verkrijger had tot de erflater. Deze belasting wordt geregeld door de Successiewet 1956 (hierna: de Successiewet of Sw). In deze paragraaf staat de vrijstelling van de erfbelasting voor mantelzorgers centraal. Belangrijk om te vermelden is dat *geen* erfbelasting wordt betaald over een verkrijging via de som ineens zoals besproken in § 8. Hier moet het kind namelijk inkomstenbelasting over betalen omdat het als het ware uitgesteld loon is.¹²⁵ Deze paragraaf over de vrijstelling van de erfbelasting ziet dus niet op de som ineens en alleen op andere erfrechtelijke verkrijgingen, bijvoorbeeld een verkrijging op basis van een testament.

10.1. De mantelzorgvrijstelling: een dode letter

Tot enkele jaren terug (2016) was in de Successiewet een mogelijkheid opgenomen om mantelzorgende kinderen die een erfenis kregen van de zorgbehoevende ouder financieel te compenseren door hen tot een aanzienlijk bedrag vrij te stellen van de erfbelasting. Dit werd ook wel de *mantelzorg-vrijstelling* genoemd, welke term hierna ook zal worden gebruikt. De mantelzorgvrijstelling is thans niet meer te effectueren.¹²⁶ De regeling is nog wel in de Successiewet opgenomen, maar is een dode letter geworden. Dat komt omdat een van de voorwaarden om aanspraak te maken op de vrijstelling niet meer bestaat. Vereist was namelijk het ontvangen van het mantelzorgcompliment uit art. 19a Wmo (oud). Per 1 januari 2015 is de Wmo (oud) vervangen door Wmo 2015. Deze wet kent niet het mantelzorgcompliment, maar alleen de enigszins

¹²⁵ Van Mourik 2011, p. 499, voetnoot 34. Zie hierover ook: Janssen 2007, p. 981-990.

¹²⁶ Ook de overgangsperiode is voorbij. De Wmo 2015 trad per 1 januari 2015 in werking. Mensen die in 2014 het mantelzorgcompliment hebben verkregen en bij wie de zorgvrager in de loop van 2015 overleed, konden toch nog in aanmerking komen voor de vrijstelling van de erfbelasting. Per 1 januari 2016 is de mantelzorgvrijstelling definitief niet meer te effectueren. Zie: Schoenmaker, Saija & Luijckx, commentaar bij art. 32 Successiewet 1956 onder 4.4.

vergelijkbare ‘jaarlijkse blijk van waardering’ voor mantelzorgers in art. 2.1.6. Wmo 2015. Nu de Successiewet nog steeds naar art. 19a Wmo verwijst is de mantelzorgvrijstelling niet meer te effectueren voor mantelzorgers, omdat geen enkele mantelzorger thans nog het ouder compliment zal ontvangen.¹²⁷ Desondanks is bespreking van de regeling toch relevant, nu de perikelen rondom de invoering, werking en afschaffing van mantelzorgvrijstelling de discussie en pijnpunten rondom (overheidsregulering van) een financiële begunstiging van mantelzorgers illustreren. Hieronder wordt kort op deze punten ingegaan en zal ook gereflecteerd worden op de vraag of een herinvoering van de mantelzorgvrijstelling wenselijk zou zijn.

10.2 De invoering van mantelzorgvrijstelling

De Successiewet regelt in Nederland de belasting die betaald moet worden over verkrijgingen via erfenissen en schenkingen.¹²⁸ In Nederland zijn de erfenissen die bepaalde personen krijgen gedeeltelijk vrijgesteld (tot een bepaald bedrag) van de erfbelasting. Zo is de (fiscale) partner van de erflater vrijgesteld van de erfbelasting tot een bedrag van € 661.328 in het jaar 2020.¹²⁹ Binnen de Successiewet is dit de hoogste vrijstelling. De erfenis die (klein)kinderen verkrijgen is in 2020 vrijgesteld tot € 20.946.¹³⁰ Beide vrijstellingen zijn gebaseerd op de gedachte dat binnen deze groepen een verzorgingsbehoefte bestaat: zowel de overlevende partner als de kinderen moeten verzorgd achterblijven na het overlijden van de erflater en zij kunnen de erfenis goed gebruiken om in hun levensonderhoud te voorzien.¹³¹ Om die reden moet de staat dan niet te veel belasting heffen.

¹²⁷ Er zijn verschillende theorieën waarom de Successiewet tot op heden (ruim 3,5 jaar na het vervallen van de regeling) nog steeds niet is aangepast. Een van deze theorieën is dat niemand een voorstel tot wijziging van het wet wil indienen om de Successiewet aan te passen, omdat dan de moeilijke discussie over de financiële waardering en compensatie van mantelzorg weer aangezwengeld wordt (Van Vijfeijken, tijdens presentatie EPN congres 21 mei 2019).

¹²⁸ Hoewel schenkingen en de vrijstelling van de belasting die hierover moet worden betaald ook voor mantelzorgers zeer interessant is, blijft de vraag of mantelzorgers onbelast schenkingen kunnen of zouden moeten kunnen ontvangen in deze bijdrage buiten beschouwing.

¹²⁹ Art. 32 lid 4 sub a Sw. De bedragen en tarieven kunnen wijzigen. De bedragen in deze bijdrage zijn geldig in 2020.

¹³⁰ Art. 32 lid 4 sub c en d Sw. Kinderen die door hun ouders werden onderhouden op het moment van overlijden en door een ziekte of andere gebreken vermoedelijk niet in staat zijn de eerstkomende drie jaar om de helft te verdienen van hetgeen gezonde personen van hun leeftijd zullen verdienen krijgen een hogere vrijstelling, namelijk € 62.830 in 2020. Zie hiervoor sub b van art. 32 lid 4.

¹³¹ Van Vijfeijken 2018, p. 52 en p. 55.

Kortgezegd hield de mantelzorgvrijstelling in dat mantelzorgende inwonende kinderen gelijk werden gesteld met de fiscale partner van de erflater onder de Successiewet, zodat zij ook voor de hoogste vrijstelling van ook toentertijd ongeveer zes ton in aanmerking kwamen. Duidelijk is dat dit – met name bij omvangrijke erfenissen – een zeer gunstige regeling kon zijn voor mantelzorgende kinderen.

Vóór 2010 was het voor inwonende kinderen ook al mogelijk om als fiscale partner te worden aangemerkt, en dus ook tot het veel hogere bedrag van de partnervrijstelling vrijgesteld te worden van de erfbelasting, ongeacht of er mantelzorg werd verleend. Iemand kon toentertijd voor de Successiewet tegelijk twee fiscale partners hebben. In 2010 werd het successierecht in Nederland hervormd, met als belangrijkste doel vereenvoudiging.¹³² Een van de gevolgen was dat het voor kinderen onmogelijk werd om de fiscale partner van de ouder te worden; het uitgangspunt werd dat iemand voor de Successiewet maar één fiscale partner kon hebben. In art. 1a lid 1 sub d Sw werd voorts neergelegd dat bloedverwanten in de eerste graad nimmer elkaars fiscale partner kunnen zijn. De wetgever wilde namelijk verschillen tussen kinderen in een gezin voorkomen.¹³³ Hierop kwam tijdens de behandeling van de wetswijziging kritiek. Door toenmalig Tweede Kamerlid Sap van GroenLinks werd gesteld dat deze wijziging voornamelijk mantelzorgers hard zou treffen.¹³⁴ Voor hen was het niet langer mogelijk om als fiscale partner te kwalificeren en daarmee aanspraak te maken op de hoogste vrijstelling in de Successiewet, terwijl juist deze constructie mantelzorgers financieel kan ondersteunen. Zij wilde voor deze groep kinderen daarom graag een uitzondering op de nieuwe regeling in het leven roepen.¹³⁵ Het doel van de vrijstelling was dus het stimuleren van mantelzorg of het financieel ondersteunen van mantelzorgers.¹³⁶ Sap gaf als rechtvaardiging dat mantelzorg zware zorg kan zijn. Een ziek of hulpbehoevend iemand kan een dusdanig groot beroep doen op een mantelzorger, dat zij nog maar beperkt beschikbaar zijn voor de arbeidsmarkt. Dat is de reden dat voor hen een uitzondering in de Successiewet opgenomen moest worden, aldus Sap.¹³⁷

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was geen mantelzorgvrijstelling opgenomen. De reden hiervoor was onder andere dat de indieners van het voorstel de

¹³² *Kamerstukken II* 2008/09, 31930 nr. 3, p. 2.

¹³³ Van Vijfeijken & Gubbels 2010, p. 129.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930 nr. 40, p. 34.

¹³⁵ In de *Kamerstukken* wordt gesproken over een kleine groep van ongeveer 1400 personen. Zie: *Kamerstukken II*, 2008/09, 31930, nr. 40, p. 26.

¹³⁶ Gubbels 2015, p. 967.

¹³⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930 nr. 40, p. 26.

Successiewet niet het geëigende middel vonden om mantelzorgers te belonen. In dit kader werd tevens genoemd dat mantelzorgers al via art. 4:36 BW uitgesteld loon kunnen claimen uit de erfenis van de zorgbehoevende.¹³⁸ De indieners stonden niet alleen in deze gedachte en vanuit veel kanten werd kritiek uitgeoefend (zowel binnen als buiten de politiek) op de voorgestelde mantelzorgvrijstelling al voordat deze werd ingevoerd.¹³⁹ Kamerlid Sap van GroenLinks diende desondanks een amendement in om toch voor elkaar te krijgen dat *inwonende* kinderen die mantelzorg verlenen aan een ouder gelijk werden gesteld met het partnerbegrip uit de Successiewet.¹⁴⁰ Met 91 stemmen voor en 59 stemmen tegen werd het amendement aangenomen en kwam de mantelzorgvrijstelling in de Successiewet.¹⁴¹ In de Kamer bestond dus kennelijk uiteindelijk een aanzienlijk draagvlak voor de regeling.

10.3 De vrijstelling tussen 2010 en 2016

De mantelzorgvrijstelling bleek in de praktijk verre van ideaal te werken, zoals reeds was voorspeld tijdens de discussie ten tijde van de invoering. Allereerst had de regeling maar een zeer beperkte reikwijdte omdat een veelvoud van strikte voorwaarden gold.¹⁴² Slechts een beperkte groep mantelzorgende kinderen kwam hierdoor voor de mantelzorgvrijstelling in aanmerking. De vereisten brachten namelijk twee belangrijke beperkingen met zich mee: ten eerste konden uitwonende kinderen niet in aanmerking komen voor de vrijstelling. Alleen inwonende kinderen hadden recht op de partnervrijstelling. Uit onderzoek van het SCP blijkt echter dat kinderen die zorgen voor een ouder, vaak juist niet met de ouder samenwonen.¹⁴³ Dus voor een groot deel van de mantelzorgende kinderen bood de regeling al geen soelaas. Ten tweede konden mantelzorgers die al waren gehuwd of ongehuwd samenleefden met een notarieel samenlevingscontract geen aanspraak maken op de vrijstelling. Onder de Successiewet mag iemand namelijk maar één fiscaal partner hebben. Het mantelzorgende kind kon dus geen fiscaal partner van de hulpbehoevende ouder worden, indien er al een fiscaal partner was. Door deze twee vereisten bleef er slechts een zeer beperkt groepje mantelzorgende – namelijk de fiscaal relatieloze of ongehuwde en inwonende kinderen – over die

¹³⁸ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 6.

¹³⁹ Zie bijvoorbeeld: Van Vijfeijken & Gubbels 2010, p. 136.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr 84.

¹⁴¹ De stemming vond plaats op 3 november 2009. Zie voor de stemmingsuitslag: www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2009Z20380&did=2009D53674.

¹⁴² Gubbels 2015, p. 967. Dit werd ook al bij de invoering voorspeld: Vijfeijken & Gubbels 2010, p. 129.

¹⁴³ Vrooman e.a. 2015, p. 25-26.

aanspraak konden maken op de vrijstelling. De grote vraag in dit kader was of het doel van de regeling wel overeenkwam met deze beperkte toepassing.

10.4 Jurisprudentie over de mantelzorgvrijstelling

Over de vrijstelling, en dan met name de billijkheid van de bovenstaande eisen, is herhaaldelijk geprocedeerd.¹⁴⁴ In het kader van deze bijdrage zijn twaalf geschillen onder de loep genomen, die hier kort worden besproken. In alle zaken gaat het om mantelzorgende kinderen die niet in aanmerking zijn gekomen voor de mantelzorgvrijstelling en dit aanvechten bij de rechter in verschillende instanties. Een veelvoorkomende situatie in deze jurisprudentie is dat de kinderen bijvoorbeeld niet aan de eis voldeden dat zij het mantelzorgcompliment uit de Wmo (oud) hadden ontvangen of zij hadden dit in het verkeerde kalenderjaar ontvangen. In die gevallen werd geoordeeld dat zij niet in aanmerking voor de vrijstelling kwamen.¹⁴⁵ In twee zaken had de mantelzorger wél recht op een mantelzorgcompliment, maar was dit al vergeven aan een andere mantelzorger¹⁴⁶ of simpelweg niet aangevraagd.¹⁴⁷ Omdat deze kinderen verder wel aan alle voorwaarden voldeden, en dus op papier ook aan de eis van het mantelzorgcompliment, werd geoordeeld dat zij recht hadden op de mantelzorgvrijstelling. Ook kwam het in de jurisprudentie voor dat mantelzorg en zorgbehoevende niet op hetzelfde adres ingeschreven stonden, maar naast elkaar woonden¹⁴⁸ of wel feitelijk samenwoonden maar dit niet in de Basis Registratie Personen hadden vastgelegd.¹⁴⁹ In die zaken werd het verzoek om toepassing van de mantelzorgvrijstelling toch afgewezen.

Tot aan de Hoge Raad is geprocedeerd over de vraag of een huwelijk van de mantelzorger in de weg kan staan aan de toekenning van de mantelzorgvrijstelling. In deze specifieke zaak ging het om een grote erfenis en

¹⁴⁴ Alle gepubliceerde rechtspraak (op rechtspraak.nl) tot en met december 2019 over de mantelzorgvrijstelling is voor deze bijdrage meegenomen.

¹⁴⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 30 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4582; Hof Amsterdam 19 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3293; Hof Den Haag 20 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0891; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9; Hof Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1215; Rb. Gelderland 13 mei 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3057; Rb. Den Haag 13 oktober 2011, ECLI:NL:RBONE:2013LBZ2247; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4784.

¹⁴⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 januari 2017, ECLI:L:GHARL:2017:249.

¹⁴⁷ Rb. Oost- Nederland 28 februari 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:bz2247.

¹⁴⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1694.

¹⁴⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9378; Rb. Den Haag 21 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11129.

zou het kind bij toepassing van de partnervrijstelling een erfenis van bijna 3 ton krijgen. De Hoge Raad oordeelde dat er door de wetgever geen verboden onderscheid wordt gemaakt tussen gehuwde en ongehuwde mantelzorgers. De wetgever heeft immers willen voorkomen dat mensen gelijktijdig twee fiscale partners kunnen hebben onder de Successiewet en door deze eis te stellen is de wetgever niet buiten zijn ruime beoordelingsmarge getreden die aan hem toekomt binnen het fiscale recht.¹⁵⁰

In het gros van de onderzochte zaken spelen verdragsbepalingen een grote rol en wordt er een beroep gedaan op art. 14 EVRM, art. 26 IVBPR en/of art. 1 van het 1^e Protocol bij het EVRM, en stellen de eisers dat zij ongelijk worden behandeld ten opzichte van anderen door de geldende voorwaarden, dan wel dat zij onevenredig hard in hun eigendomsrecht worden getroffen door de voorwaarden die gelden. Een veel terug te lezen argument in de rechtspraak voor het oordeel dat sprake is van een gerechtvaardigd onderscheid is dat gezien de controleerbaarheid en uitvoerbaarheid van de regeling de wetgever de gestelde voorwaarden mag hanteren.¹⁵¹

Een laatste interessant onderwerp binnen de rechtspraak is het argument van een mantelzorger dat de wetgever had moeten voorzien in afdoende overgangsrecht op basis van art. 1 1^e Protocol bij het EVRM. Per 1 januari 2016 was geen beroep meer mogelijk op de partnervrijstelling, en de wetgever heeft ook geen overgangsregeling bepaald. Deze mantelzorger zorgde elf en een half jaar lang zeven dagen per week voor haar dementerende moeder die overleed in 2016 en de mantelzorger had in 2015 geen mantelzorgcompliment meer gekregen omdat deze regeling net niet meer bestond. De mantelzorger stelt dat dit een ruwe overgang is en er ten onrechte niet is voorzien in overgangsrecht. Het hof oordeelt dat de wetgever uitgebreid heeft gezocht naar een alternatieve regeling (zie § 10.5) maar er geen geschikt alternatief voorhanden was. Om die reden heeft de wetgever niet in strijd gehandeld met art. 1 1^e Protocol bij het EVRM. Dit artikel vereist voorts niet dat een wettelijke regeling gepaard gaat met overgangsrecht. Het hof geeft tot slot nog aan dat zij zich kunnen inleven in het gevoel van de mantelzorger dat zij in aanmerking zou moeten komen voor de vrijstelling, gezien de

¹⁵⁰ HR 8 december 2017, ECLI:NL:2017:3080.

¹⁵¹ Hof Den Haag 20 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ0891; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:9; Hof Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1215; Rb. Gelderland 13 mei 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:3057; Rb. Den Haag 13 oktober 2011, ECLI:NL:RBONE:2013LBZ2247; Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:4784; Hof Den Bosch 10 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3763.

langdurigheid en intensiviteit van de zorgverlening. Maar de tekst en wetsgeschiedenis van de Successiewet maken het voor het hof niet mogelijk om een uitzondering op basis van billijkheid te maken.¹⁵²

De onderwerpen binnen de rechtspraak zijn te herkennen in de literatuur over het onderwerp. Zoals aangegeven werd er bij de totstandkoming van de mantelzorgvrijstelling al veel kritiek geuit op de regeling, en die kritiek werd er na invoering van de regeling zeker niet minder om.¹⁵³ Deze richtte zich op het discriminatoire karakter van de bepaling (hoewel dat in de rechtspraak nooit erkend is), op de effectiviteit (gelet op het kleine aantal mensen dat met succes een beroep op de regeling kon doen) en de handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid van de regeling door de Belastingdienst.

10.5 De afschaffing

Door de invoering van de nieuwe Wmo 2015 – en het daarmee vervallen van het mantelzorgcompliment uit de oude Wmo – kon geen enkel kind dat mantelzorg verleende voldoen aan de voorwaarden die vereist werden voor de vrijstelling.¹⁵⁴ Al snel werd wel duidelijk dat er geen alternatief voor de mantelzorgvrijstelling zou worden ingevoerd in de Successiewet. De toenmalige staatssecretaris Wiebes gaf in 2015 aan dat hij geen geschikt uitvoerbaar alternatief had kunnen vinden voor de mantelzorgvrijstelling. Het grootste obstakel hierin waren de criteria waarmee kan worden vastgesteld of iemand mantelzorg verleent of niet. Daarbij is de groep volgens Wiebes te divers om een uitvoerbare regeling te creëren. De meningen lopen overigens zeer uiteen of er überhaupt een nieuwe regeling moet komen. De meest gedeelde opvatting in de juridische literatuur lijkt dat de successiebelasting niet het geëigende middel is om mantelzorg te waarderen.¹⁵⁵ Toch is er door Wiebes toentertijd naar alternatieven gekeken. Deze alternatieven zijn getoetst op de uitvoerbaarheid voor met name de Belastingdienst, op de vraag in hoeverre de regeling daadwerkelijk alleen mantelzorgers bereikt en of de problematiek met betrekking tot de willekeur en ongelijke behandeling onder de oude regeling werd verholpen. Allereerst is nagegaan of aansluiting mogelijk was bij het equivalent van het mantelzorgcompliment: de mantelzorgwaardering uit art. 2.1.6 Wmo 2015. Dit was volgens Wiebes niet mogelijk, omdat deze

¹⁵² Hof Den Bosch 10 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3763. Deze laatste overweging baseren zij op basis van art. 11 Wet Algemene Bepalingen.

¹⁵³ Zie bijvoorbeeld: Gubbels 2015, p. 968; Van Vijfeijken 2015, p. 340 en Vos & Rademakers 2013, p. 6-11.

¹⁵⁴ Zie ook: Vos & Rademakers 2013, p. 6-11.

¹⁵⁵ Zie bijvoorbeeld de bronnen uit voetnoot 13, 142 en 153.

waardering niet slechts aan één mantelzorger per zorgbehoevende kan worden verstrekt.¹⁵⁶ Wij voegen daaraan toe dat gemeenten vrij zijn in het bepalen van de toegangscriteria van dit compliment. In de ene gemeente moet bijvoorbeeld iemand minimaal 8 uur zorg verlenen om in aanmerking te komen voor de mantelzorgwaardering, terwijl er in een andere gemeente geen uren-eis geldt.¹⁵⁷ Het koppelen van de mantelzorgvrijstelling aan deze regeling zou daarom kunnen leiden tot rechtsongelijkheid in de toegang tot de mantelzorgvrijstelling.

De twee andere alternatieven die zijn onderzocht zijn het toepassen van de regeling in de oude vorm, zonder de eis van het mantelzorgcompliment of het in het leven roepen van een nieuwe kindvrijstelling voor inwonende kinderen. Beiden strandden op het punt dat zij niet in toepassing beperkt zijn tot mantelzorgende kinderen en de discriminatoire elementen uit de oude regeling niet verhelpen.¹⁵⁸

Onzes inziens moet een belangrijke kanttekening gemaakt worden bij het argument van Wiebes dat de grote diversiteit binnen de groep mantelzorgers het lastig maakt om een controleerbare en uitvoerbare regeling te maken. Hoewel deze stelling juist is, speelt dit probleem echter op diverse plekken in ons recht en zeker niet alleen binnen het de successiewetgeving. In bijvoorbeeld de totstandkoming van het *mantelzorgforfait*, een regeling voor mantelzorgers in de WW en de WIA, speelde dezelfde problematiek en ook in de gedecentraliseerde regelingen wordt er door gemeenten mee geworsteld. Zo moeten gemeenten bijvoorbeeld toetsingscriteria opstellen wanneer mantelzorgers in aanmerking komen voor de nieuwe mantelzorgwaardering, maar ook voor andere vormen van ondersteuning zoals respijtzorg. Zij moeten ook nadenken over uitvoerbare en controleerbare regelingen en zijn dus met eenzelfde moeilijke opdracht belast die de toenmalige staatssecretaris hier uit de weg is gegaan. Hoe wordt immers bij mensen achter de voordeur gecontroleerd of er daadwerkelijk mantelzorg wordt verleend? Gezien het belang van mantelzorgers in de huidige samenleving en hun belang bij passende regelingen ter ondersteuning van hun zorgtaken, moet er op een gegeven moment voor dit probleem toch een passende oplossing worden gevonden. Nadenken over een heldere en toepasbare wettelijke definitie over wat onder welke voorwaarde onder mantelzorg wordt verstaan is daarom essentieel.

¹⁵⁶ Kamerbrief 15 september 2015 'Fiscale moties en toezeggingen Tweede Kamer, AFP/2015/775, p. 8 t/m 10.

¹⁵⁷ MantelzorgNL oktober 2019, p. 2.

¹⁵⁸ Kamerbrief 15 september 2015 'Fiscale moties en toezeggingen Tweede Kamer, AFP/2015/775, p. 8 t/m 10.

11. Beschouwing erf- en successierecht als compensatie voor mantelzorg

Deze beschouwing reflecteert kort op de vraag in hoeverre het erf- en successierecht een compensatie kunnen bieden voor langdurige en intensieve mantelzorg. En wie draagt de financiële risico's van mantelzorg binnen deze regelingen? Een kort overzicht van de regelingen staat in het onderstaande figuur 3.

	Som ineens	Testament	Successiewet
Compensatie?	Ja	Ja	Nee (wegens afschaffing)
Voor wie?	Meerderjarige kinderen die ouder verzorgd of verpleegd hebben en hiervoor geen beloning hebben ontvangen	Degene die in testament wordt aangewezen door zorgontvanger/erflater	-
Hoogte?	Billijke vergoeding; mede afhankelijk van de hoogte van de erfenis	Ter bepaling door de zorgontvanger/erflater	-
Beperkingen?	Strengere toegangseisen en terughoudende toepassing van de regeling in de praktijk	Wettelijke rechten van andere erfgenamen zoals kinderen en echtgenoot	-

Figuur 3: overzicht regelingen erf- en successierecht

De drie besproken regelingen voorzien of voorzagen in een compensatie van verrichte mantelzorg. Om te beginnen met de mantelzorgvrijstelling uit de Successiewet. In deze regeling werd het financiële risico van mantelzorg gedeeld door de staat en de zorgbehoevende. De compensatie kwam namelijk uit de erfenis van de zorgontvanger/erflater, en bij toekenning van de vrijstelling liep de staat belastinginkomsten mis. De mantelzorgvrijstelling uit de Successiewet is nu afgeschaft en in de huidige stand van zaken ziet het er naar uit dat er geen vergelijkbare regeling gaat komen. In de eindconclusie komt de vraag aan bod of

naar onze mening een alternatief gevonden moet worden, of een andere extra compensatie vanuit de staat geïntroduceerd dient te worden. Voor nu kan geconcludeerd worden dat de staat zich op dit punt heeft teruggetrokken en minder het financiële risico van mantelzorg draagt dan voorheen.

De som ineens en compensatie via het testament bestaan nog wel. Het financiële risico wordt in deze regelingen gedragen door de zorgontvanger/erflater, maar ook door andere erfgenamen dan de mantelzorger. De wijze waarop en mate waarin het risico wordt gedragen verschilt wel per regeling. In het geval van de som ineens lijkt het erop dat alleen in specifieke mantelzorgsituaties plaats is voor een compensatie. In de schaarse rechtspraak is een vrij terughoudende toepassing door de rechtspraak van de som ineens te zien en vormen de vereisten een vrij hoge drempel voor toegang tot deze compensatie. Zo lijkt intensieve en langdurige mantelzorg meer kans te maken om via de som ineens gecompenseerd te worden dan korte sporadische mantelzorg. Daarbij wordt in de meeste uitspraken ook vereist voor de som ineens dat sprake is van een vorm van inkomstenderving of verarming (ten opzichte van andere erfgenamen). Bovendien kan de som ineens alleen ingeroepen worden door meerderjarige kinderen. Alle andere mantelzorgers zoals burens, vrienden en andere familieleden hebben geen toegang tot de regeling. Het financiële risico van de mantelzorger wordt verder alleen door de som ineens opgevangen indien kinderen zorg hebben verleend die opgevat kan worden als arbeid (met economische waarde). Kortom, dit zijn hoge eisen waar niet elke mantelzorger aan zal voldoen. Toch moet het belang van de som ineens ook niet onderschat worden. De doelgroep van deze bijdrage, mantelzorgers die hun arbeidsomvang flink aanpassen om langdurige en intensieve zorg te kunnen bieden, kunnen wel degelijk in aanmerking komen voor de som ineens. Van geval tot geval zal door de rechter (bij conflict) moeten worden bepaald in hoeverre het recht op compensatie voor deze mantelzorgers bestaat. De rechter heeft de moeilijke taak de mantelzorg op waarde te schatten en te bepalen in hoeverre de erfenis van de zorgbehoevende het risico van de verleende zorg moet dragen.

Ten aanzien van compensatie via een testament is de situatie anders. De zorgbehoevende/erflater bepaalt zelf of hij of zij het financiële risico van de mantelzorg draagt door de mantelzorg te compenseren. Keuzevrijheid en autonomie staan bij het opstellen van een testament voorop. De hoogte en vorm van de compensatie zijn geheel ter bepaling van de zorgontvanger/erflater. Alleen de rechten van andere erfgenamen, namelijk de echtgenoot en kinderen, kunnen in sommige gevallen de compensatie verminderen. Compensatie is in deze regeling niet slechts voorbehouden aan kinderen van de erflater, zoals dat wel bij de som ineens is. Ook spelen de intensiteit en langdurigheid van de mantelzorg

en/of loonderving geen rol. In principe kan dus elke mantelzorger, mits aangewezen door de erflater, gecompenseerd worden. Nadeel voor de mantelzorgers is wel dat zij voor compensatie afhankelijk zijn van de wil van de zorgbehoevende en dat zij niet een compensatie kunnen vorderen.

Welbeschouwd biedt het erfrecht dus een tweetal mogelijkheden om mantelzorg te compenseren vanuit het vermogen van de zorgbehoevende erflater, maar deze opties kennen ook beperkingen waardoor zij niet voor elke mantelzorgsituatie uitkomst zullen bieden. Dat neemt het belang van de regelingen voor mantelzorgers die wel in aanmerking komen niet weg. Goede informatievoorziening over de regelingen, voor zowel de mantelzorgers als zorgontvangers, zou kunnen bijdragen aan de bekendheid van de mogelijkheden onder de doelgroep. Wij constateren dat in informatie voor mantelzorgers erfrechtelijke regelingen nu nog vaak onderbelicht blijven. Mantelzorgsteunpunten, mantelzorgorganisaties of het ministerie van VWS zouden kunnen inzetten op het generen van meer bekendheid voor deze regelingen.

12. Conclusie: van zelfregulering naar meer overheidsregulering

Deze bijdrage spitste zich toe op twee soorten financiële gevolgen die het langdurig en intensief verlenen van mantelzorg met zich mee kan brengen voor de mantelzorger, waarbij de focus is gelegd op mogelijke inkomensgevolgen door de combinatie van mantelzorg met arbeid, naast andere kosten (zoals reiskosten). De centrale vraag van deze bijdrage is of het erfrecht en/of successierecht voor die gevallen uitkomst kan bieden om (een deel van) deze financiële gevolgen te compenseren. Deze vraag is ingegeven door het feit dat deze regelingen voor mantelzorgers hen niet altijd optimaal financieel compenseren en het erfrecht en/of successierecht daarom hierop een aanvulling zouden kunnen zijn. Ook blijven deze regelingen in informatieverstrekking aan mantelzorgers vaak onderbelicht waardoor aandacht genereren voor het erf- en successierecht op zijn plaats is.

Werkenden die langdurig en intensief mantelzorg verlenen zullen mogelijk minder inkomen uit arbeid verwerven indien ze bijvoorbeeld (tijdelijk) hun arbeidsduur verminderen of langdurig onbetaald of slechts gedeeltelijk betaald verlof opnemen. Bestaande zorgverlofregelingen schieten tekort in geval van langdurige en intensieve mantelzorgverlening; wettelijk langdurend zorgverlof is bijvoorbeeld relatief kort en bovendien onbetaald. Dit kan voor lagere inkomensgroepen of in geval van een relatief grote inkomensderving een belemmering vormen voor mantelzorg. Momenteel wordt niet overwogen om de

bestaande wettelijke zorgverloven aan te passen. Onderzoek ontbreekt naar de vraag in hoeverre de wettelijke mogelijkheden tot flexibel werken beantwoorden aan de behoeften van mantelzorgers die langdurig en intensief zorg verlenen. Hetzelfde geldt voor de financiële gevolgen die individuele veranderingen in arbeidsduurpatronen met zich mee kunnen brengen op de langere termijn. Maar dat er financiële gevolgen kunnen kleven aan het verminderen van de arbeidsduur moge duidelijk zijn en binnen het huidige juridisch kader van het arbeidsrecht worden individuele mantelzorgers met die financiële gevolgen geconfronteerd. Er komt daarnaast steeds meer aandacht voor het feit dat mantelzorg ook nog extra kosten met zich mee kan brengen (zoals telefoon- en reiskosten), maar inzicht in de daadwerkelijke omvang van dergelijke kosten ontbreekt. Naar verwachting zullen gemaakte kosten per mantelzorger zeer uiteenlopen en sterk afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.

De bovenstaande kosten kunnen op verschillende manieren gecompenseerd worden, en in deze bijdrage is de focus gelegd op het erf- en successierecht. Het successierecht biedt geen mogelijkheid meer tot compensatie, maar binnen het erfrecht bestaan wel mogelijkheden. Ondanks het feit dat deze mogelijkheden niet voor elke mantelzorgsituatie passend en/of toepasbaar zijn, kunnen ze soms wel degelijk voorzien in een gedeeltelijke compensatie van kosten of inkomensderving door mantelzorg. De regelingen ontbreken vaak in informatiefolders voor mantelzorgers. Om die reden zou een eerste stap in de goede richting kunnen zijn om mantelzorgers en zorgbehoevendenden hierover beter te informeren. Op die manier kan het financiële risico van mantelzorg beter gedeeld worden met degene die de mantelzorg ontvangt en ligt het risico minder bij de mantelzorger.

Ook concluderen we dat er nog een hoop valt te ontdekken rondom het thema financiële problemen rondom mantelzorg en oplossingen binnen het recht hiervoor. Onderzoek naar de financiële gevolgen van langdurige en intensieve mantelzorgverlening zou meer inzicht kunnen bieden in de omvang van de daarmee verbonden financiële problematiek en daarmee de (on)wenselijkheid en noodzakelijkheid van (meer of andere) passende compensatieregelingen. Nog los van het ontbreken van onderzoek, zal het vaak niet eenvoudig zijn om in individuele gevallen vast te stellen wat de omvang van de financiële gevolgen van de mantelzorgverlening is of geweest is. In de praktijk zal vaak waarschijnlijk slechts een schatting van die gevolgen gemaakt kunnen worden, mede in het licht van de diversiteit van de groepen mantelzorgers en de duur, vorm en intensiteit van de verleende mantelzorg.

Een van de bijkomende vragen die we in deze bijdrage hebben willen verkennen is de vraag: wie dragen de financiële risico's van mantelzorg? Is dat de overheid, de werkgever, de mantelzorger of de zorgbehoevende? Is een mogelijke rol weggelegd voor de (verzekerings)markt? In deze conclusie willen wij kort reflecteren op deze vraag.

Dat het belang van mantelzorg groot is en in de toekomst waarschijnlijk zal toenemen door demografische ontwikkelingen zoals de vergrijzing en het gevoerde overheidsbeleid is duidelijk. Dit gegeven moet naar onze mening in samenhang met het arbeidsmarkt- en emancipatiebeleid worden gezien, nu van werkenden niet alleen het verlenen van mantelzorg – ook langdurig en intensief – maar tevens arbeidsparticipatie met een grotere arbeidsduur van vrijwel iedereen wordt verwacht. Dit beleid heeft tot gevolg dat met name vrouwen – die al de meeste zorg- en huishoudelijke taken op zich nemen – geconfronteerd worden met verdergaande eisen: meer uren werken en vaker en langduriger (mantel)zorgen. Vooral zij dragen de evidente, evenals de minder zichtbare financiële gevolgen van deze arbeid en zorg combinatie. Gezien het maatschappelijk belang van mantelzorg, is het de vraag of – met name in geval van intensieve en langdurige mantelzorg – alle financiële gevolgen voor rekening van werkende mantelzorgers zouden moeten komen. Dat is namelijk nu het geval indien mantelzorgers geen compensatie kunnen krijgen via het erfrecht of andere regelingen.

Uit § 3 blijkt dat de overheid in ieder geval een steeds minder grote bijdrage levert aan de financiering van niet-professionele zorg. De overheid heeft zich met name sinds de hervorming van het zorgstelsel in 2015, waarin onder andere de Wmo 2015 werd geïntroduceerd, teruggetrokken uit de zorg voor ouderen en meer taken richting de mantelzorger geschoven, mede uit kostenoverweging. Eenzelfde tendens is waarneembaar door het vervallen van de mantelzorgvrijstelling uit de Successiewet 1956. Wanneer een mantelzorger kortdurend zorgverlof opneemt, worden de kosten deels door werkgever, deels door de werknemer gedragen, niet door de overheid. Vakantiedagen worden door de werkgever doorbetaald en een werkgever moet eveneens het loon doorbetalen in geval van ziekte, indien de mantelzorger bijvoorbeeld door de zwaarte van de combinatie van arbeid en intensieve mantelzorg uitvalt. In veel gevallen zal degene die mantelzorg langdurig en intensief verleent dus zelf kosten moeten dragen, bijvoorbeeld in geval van langdurend onbetaald zorgverlof of vermindering van arbeidsduur. Bij compensatie via het erfrecht komen de kosten (deels) voor de zorgbehoevende. Hoe hoog deze kosten zijn die de overheid aldus verschuift naar de andere actoren en de daarmee gepaard gaande knelpunten is echter zeer weinig bekend. In

hoeverre werkende mantelzorgers die langdurig en intensief zorgen behoefte zouden hebben aan een financiële compensatie van overheidswege wegens inkomensderving en kosten is op voorhand niet te zeggen. Wanneer de kosten onredelijk hoog uitvallen voor de mantelzorger, dan zou meer overheidsregulering en ondersteuning voor deze groep naar onze mening wenselijk zijn. Niet elke zorgbehoevende kan of wil namelijk via het erfrecht de mantelzorger uit de financiële brand helpen. Bovendien zal een erfenis zal bij financiële problemen met mantelzorgverlening in sommige gevallen ook niet kunnen worden afgewacht. De overheid zal dan toch moeten voorzien in een adequate regeling om deze mensen niet te veel individueel te belasten met de kosten van de bezuinigingen in de zorg. Het vormgeven van een dergelijke regeling, die een bepaalde categorie mantelzorgers afbakt, zal gebaseerd moeten zijn op duidelijke en toetsbare criteria. Dit is geen gemakkelijke opgave en vereist een brede bezinning op de plek van mantelzorg in ons huidige rechtstelsel.¹⁵⁹

Het huidige beeld is dus dat de financiële risico's van mantelzorg gespreid zijn over actoren, maar het zwaartepunt bij de mantelzorger ligt wanneer er geen compensatie verkregen kan worden. Wij pleiten voor het behoud van de al bestaande mix van regelingen om de financiële risico's en lasten die het langdurig en intensief verlenen van mantelzorg met zich mee kunnen brengen over verschillende actoren te kunnen spreiden. Daarnaast zouden wij voor een gedeeltelijke verschuiving van het risico naar de overheid willen pleiten. Ook andere richtingen zijn denkbaar. Zo zou bijvoorbeeld een verplichting voor werkgevers kunnen worden overwogen om alle sociale en pensioenpremies door te betalen gedurende langdurig onbetaald verlof (met een bepaalde maximale duur) en/of een specifieke beloningstoeslag voor werknemers die tijdelijk hun arbeidsduur verminderen wegens intensieve mantelzorg. De vraag naar de rol van de markt, in het bijzonder het aanbod van verzekeringen, zou verder onderzocht kunnen worden, evenals allerlei vormen van spaararrangementen. Uit de literatuur blijkt dat dit beslist geen tovermiddelen zijn, maar mogelijk bieden dergelijke arrangementen in bepaalde situaties uitkomst.¹⁶⁰

Voor meer regeling van overheidswege zouden naar onze mening zoveel mogelijk uniforme criteria moeten gelden voor mantelzorgers om de toegang tot financiële

¹⁵⁹ Femke de Kievit, auteur van deze bijdrage, promoveert op dit onderwerp.

¹⁶⁰ Zie bijvoorbeeld S. Heeger-Hertter, *Inkomensbescherming bij levensloopactiviteiten. Een onderzoek naar de Werkloosheidswet en spaarregelingen*, dissertatie Universiteit Utrecht 2012, Monografieën Sociaal Recht, 56, Deventer: Kluwer 2012 en K.M. Hermans, *De WW en nieuwe sociale risico's. Internationaalrechtelijke grenzen aan hervormingsvoorstellen*, dissertatie Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2014.

compensatiemogelijkheden te vereenvoudigen, mede in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Het valt immers moeilijk uit te leggen waarom de ene groep mantelzorgers die langdurig en intensief zorg verleent of heeft verleend voor een compensatieregeling in aanmerking zou komen terwijl dat voor een andere groep niet zou gelden, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging kan worden gegeven. Over een onderscheid op basis van familierelatie in de toegang tot de regeling, zoals bij de som ineens en voorheen bij de mantelzorgvrijstelling, moet naar onze mening een gegronde rechtvaardiging bestaan. Zoals al eerder aangegeven spelen in de vraag naar een recht op compensatie meer factoren dan alleen de familieband. In dat kader is trouwens opvallend dat compensatie van mantelzorg tussen juist nauw verwante familieleden vooral op controversie stuit, maar twee van de drie besproken regelingen juist alleen open staan voor mantelzorgende kinderen.

Met deze bijdrage is geprobeerd de financiële problematiek die met het langdurig en intensief verlenen van mantelzorg samenhangt inzichtelijker te maken, al luidt onze eindconclusie dat financiële compensatie van mantelzorg vanuit de overheid binnen diverse bestaande regelingen nog beperkt mogelijk is. Ook vanuit andere actoren kan compensatie verkregen worden, maar ook hier schuilen beperkingen. Indien verder onderzoek naar de financiële gevolgen van het verlenen van langdurige en intensieve mantelzorg zou uitwijzen dat door (sommige groepen) mantelzorgers financiële problemen worden ervaren door kosten en inkomensderving ten gevolge van de combinatie van zorg met arbeid, dan is naar onze mening meer overheidsregulering gewenst, bijvoorbeeld – maar niet alleen – in de vorm van langdurende betaalde mantelzorgverloven. Daarbij kunnen zowel werkgevers, cao-partijen als de Europese en Nederlandse wetgever een rol spelen. Het erf- en successierecht hervormen is ook een optie. Het verkennen van andere compensatiemechanismen zoals het doen van schenkingen of het quasi-erfrecht in het kader van mantelzorgverlening achten we de moeite waard. Verder onderzoek moet uitwijzen op welke punten, voor welke groepen en op welke wijzen overheidsregulering vorm zou kunnen krijgen, waarbij ook een rol is weggelegd voor cao-partijen, werkgevers en private aanbieders van verzekeringen. Dat dit geen gemakkelijke opgave is, zal duidelijk zijn. Maar een rechtvaardigere spreiding van financiële risico's verbonden aan langdurige en intensieve mantelzorg over verschillende actoren zou recht doen aan het gelijkheidsbeginsel.

13. Bibliografie

Alejandro Perez & Portegijs 2018

S. Alejandro Perez & W. Portegijs, 'Wie zorgt er voor de zieke naaste?', in: W. Portegijs & M. van den Brakel (red.), *Emancipatiemonitor 2018*, Den Haag: SCP/CBS, p. 68-71.

Andel 2017

Andel H. van, 'Van (wet) aanpassing arbeidsduur naar (wet) flexibel werken' *Arbeidsrecht* 2017/24, p. 3-7.

Bevers 2016

Bevers, E., 'De Wet modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden: noodzakelijk en nuttig?', *TAP* 2015/2 (online geraadpleegd).

Burri & Heeger-Hertter 2015

S. Burri & S. Heeger-Hertter, 'Zorg voor de werknemer-mantelzorger: een vergelijking van verlofregelingen in het Europese, Duitse en Nederlandse recht', in: K. Boele-Woelki & S. Burri (red.), *De rol van de staat in familielaties: meer of minder?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, p. 73-135.

De Boer & De Klerk 2013

A. de Boer & M. de Klerk, *Informele zorg in Nederland. Een literatuurstudie naar mantelzorg en vrijwilligerswerk in de zorg*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2013.

De Boer, Woittiez & Van Zonneveld 2013

A. de Boer, I. Woittiez & T. van Zonneveld, 'Mantelzorg op waarde geschat', *Tijdschrift van Gezondheidswetenschappen* 2013/91, p. 151-154.

De Boer, Plaisier & De Klerk 2019

A. de Boer, I. Plaisier & M. de Klerk, *Werk en mantelzorg. Kwaliteit van leven en het gebruik van ondersteuning op het werk*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2019.

De Boer, Plaisir & De Klerk 2019b

A. de Boer, I. Plaisir & M. de Klerk, *Mantelzorgers in het vizier. Beleidssignalement mantelzorg*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2019.

Van den Brakel & Merens 2016

M. van den Brakel & A. Merens, 'Emancipatie in Europees perspectief' in: W. Portegijs & M. van den Brakel (red.), *Emancipatiemonitor 2016*, Den Haag: SCP/CBS, p. 245-266.

Duijnstee 1994

M. Duijnstee, *Thuis in familiezorg (oratie)*, Rotterdam: Proforma 1994.

Driven, Portegijs & Cuijpers 2016

H.J. Driven, W. Portegijs & M. Cuijpers, 'Arbeid' in: W. Portegijs & M. van den Brakel (red.), *Emancipatiemonitor 2016*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau /Centraal Bureau voor de Statistiek 2016, p. 57-86.

Gubbels 2015

N.C.G. Gubbels, 'De mantelzorgvrijstelling in de Successiewet', *WPNR* 2015/7084, p. 967-968.

Heeger-Hertter & Koopmans 2018

S. Heeger-Hertter & Y. Koopmans, 'De facilitering en toerusting van de werkende mantelzorger in Nederland en Duitsland', in: F. Pennings & S. Plantenga (red.), *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 143-162.

Heeger-Hertter & Veldman 2015

Heeger-Hertter, S. and Veldman, A., "'Het nieuwe werken" in nieuwe wetgeving. Flexibilisering van verlof, werktijd en arbeidsplaats' *Arbeidsrecht* 2015/28, p. 3-7.

Herbers & Portegijs

D. Herbers & W. Portegijs, 'Hoeveel vrouwen zijn economisch zelfstandig?', in: W. Portegijs & M. van den Brakel (red.) *Emancipatiemonitor 2018*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau/Centraal Bureau voor de Statistiek, p. 41-46.

Janssen 2007

R.L.M.C. Janssen, 'Salaire différé', *WPNR* 2007/6732, p. 981-990.

De Klerk e.a. 2015

M. de Klerk e.a., *Informele hulp: wie doet er wat? Omvang, aard en kenmerken van mantelzorg en vrijwilligerswerk in de zorg en ondersteuning in 2014*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2015.

De Klerk e.a. 2017

M. de Klerk e.a., *Voor elkaar? Stand van de informele hulp in 2016*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2017.

Kooiker e.a. 2019

S. Kooiker, A. de Jong, D. Verbeek-Oudijk & A. de Boer, *Toekomstverkenning mantelzorg aan ouderen in 2040. Een verkenning van de regionale ontwikkelingen voor de komende 20 jaar*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2019.

Kolkman 2007

W.D. Kolkman, 'De eerste stappen van de andere wettelijke rechten', *FTV* 2007/7-8, p. 6-13.

Kromhout, Kornalijslijper & De Klerk 2018

M. Kromhout, N. Kornalijslijper & M. de Klerk, *Veranderde zorg en ondersteuning voor mensen met een beperking. Landelijke evaluatie van de Hervorming Langdurige Zorg*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2018.

MantelzorgNL oktober 2019

MantelzorgNL, *Individuele mantelzorgwaardering 2019*, Zeist: MantelzorgNL oktober 2019.

Mellema-Kranenburg 2007

T.J. Mellema-Kranenburg, 'Hoe wenselijk is het salaire différé?' *TE* 2007/4, p. 76-79.

Mellama-Kranenburg 2013

T.J. Mellema-Kranenburg, '10 jaar nieuw erfrecht en de legitieme portie' *TE* 2013/6, p. 103-106.

Mijnkwaliteitvanleven.nl 2018

Mijnkwaliteitvanleven.nl, *Wat is voor mensen belangrijk? Verhalen uit een veranderend zorglandschap. Beleidsrapportage 6*, Samenwerkingsverband Mijnkwaliteitvanleven.nl december 2018 (online).

Van Mourik 2011

M.J.A van Mourik, 'Andere wettelijke rechten', in: M.J.A van Mourik (red.), *Handboek Erfrecht Studenteneditie*, Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 479-508.

Van Mourik 2015

M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Oldenkamp e.a. 2018

M. Oldenkamp, U. Bültmann, R.P.M. Wittek, R.P. Stolk, M. Hagedoorn & N. Smidt, 'Combining informal care and paid work: the use of work arrangements by working adult-child caregivers in the Netherlands', *Health and Social Care in the Community* 2018/26, p. e122-e131.

Portegijs & Van den Brakel 2018

W. Portegijs & M. van den Brakel, 'Emancipatie weer in de lift' in: W. Portegijs & M. van den Brakel (red.), *Emancipatiemonitor 2018*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau/ Centraal Bureau voor de Statistiek, p. 6-8.

Portegijs, Alejandro Perez & Van den Brakel 2018

W. Portegijs, S. Alejandro Perez & M. van den Brakel, 'Wie zorgt er voor de kinderen?', in: W. Portegijs & M. van den Brakel (red.), *Emancipatiemonitor 2018*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau/ Centraal Bureau voor de Statistiek, p. 55-61.

Salverda 2018

W. Salverda, 'Erfenissen en vermogens', in: P. de Beer, J. van der Meer, J. Plantenga en W. Salverda (red.), *Voor wie is de erfenis? Over vrijheid, gelijkheid en familiegevoel*, Amsterdam: Uitgeverij van Gennep, p. 17-42.

Schellingerhout 2003

R. Schellingerhout, 'Uitgaven voor mantelzorg en derving van inkomen', in: J.M. Timmermans (red.), *Mantelzorg: over de hulp van en aan mantelzorger*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2003, p. 163-206.

Van Thor, Portegijs & Hermans 2018

J. van Thor, W. Portegijs & B. Hermans, ‘Gaan vrouwen steeds meer werken?’ in: W. Portegijs & M. van den Brakel (red.), *Emancipatiemonitor 2018*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau/ Centraal Bureau voor de Statistiek, p. 26-32.

Van Thor, Portegijs & Hermans 2018b

J. van Thor, W. Portegijs & B. Hermans, ‘Willen vrouwen meer werken (en mannen minder)?’ in: W. Portegijs & M. van den Brakel (red.), *Emancipatiemonitor 2018*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau/ Centraal Bureau voor de Statistiek, p. 33-36.

Verhulp 2016

E. Verhulp, ‘Wet flexibel werken’ in: J.M. van Slooten, M.S.A. Vegter, E. Verhulp (red.), *Tekst en Commentaar, Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Vijfeijken 2015

I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘Het lage tarief en de vrijstelling van erfbelasting: voor wie en waarom?’, *WFR* 2015/344, p. 334-344.

Van Vijfeijken 2018

I.J.F.A. van Vijfeijken, ‘Erfbelasting: rechtsgronden, tarieven en vrijstellingen. Een pleidooi voor een andere heffing’, in: P. de Beer e.a. (red.), *Voor wie is de erfenis? Over vrijheid, gelijkheid en familiegevoel*, Amsterdam: Uitgeverij Van Gennep 2018, p. 43-62.

Van Vijfeijken & Gubbels 2010

I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, ‘Over kinderen, partners, tarieven en vrijstellingen’, *WPNR* 2010/6831, p. 127-136.

Vos & Rademakers 2013

H.J.T. Vos & Y.C.E.J. Rademakers, ‘De vrijstelling erfbelasting voor mantelzorgers: symbool of werkelijkheid?’, *FTV* 2013, p. 6-11.

Vrooman e.a. 2015

C. Vrooman e.a., *Co-wonen in context*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2015.

ZORGBEHOEVENDE OUDERS IN SLECHT WEER: EEN ZORG VOOR DE OVERHEID EN/OF HUN KINDEREN

Susanne Heeger-Hertter, Merel Jonker

1. Inleiding*

Stelt u zich de volgende casus voor: ¹ Bert is 38 jaar en zijn moeder van 60 is alleenstaand en werkt als (zelfstandige) pedicure. Ze heeft geen arbeidsongeschiktheidsverzekering. De moeder van Bert raakt in 2020 betrokken bij een ernstig ongeluk waarbij ze met een gebroken rug en een verbrijzeld been in het ziekenhuis terecht komt. Ze herstelt enigszins, maar kan in het geheel niet meer in haar eigen levensonderhoud voorzien en is door het ongeluk afhankelijk van zorg aan huis. Met andere woorden, zij is zorgbehoevend en belandt in slecht weer. Wie is financieel verantwoordelijk voor het levensonderhoud van de moeder van Bert, indien Bert vermogend is? Welke gevolgen heeft het verlenen van feitelijke zorg als Bert voor zijn moeder zorgt en zelf een bijstandsuitkering zou ontvangen?

Deze casus dient als een voorbeeld in het debat over de zorg voor ouders, met als centraal thema de herijking van de verantwoordelijkheden tussen overheid, markt en familie.² De focus van deze bijdrage ligt op de verhouding overheid en familie voor – in hoofdzaak – de financiële zorg tussen kinderen en ouders, dat wil zeggen de zorg voor het levensonderhoud als een burger hier niet zelf in kan voorzien.

Tot halverwege de vorige eeuw was het duidelijk dat een burger diende terug te vallen op zijn familie, indien hij niet voor zichzelf kon zorgen. Was het niet mogelijk om een beroep te doen op de familie, dan kon een beroep worden gedaan op de armenzorg, verzorgd door particuliere charitatieve instellingen, kerken en gemeenten. Met de opkomst van de verzorgingsstaat en de invoering van de Algemene bijstandswet in 1965 veranderde dit en verschoof de (primaire)

* Veel dank gaat uit naar prof. E. Alofs (verbonden aan de Vrije Universiteit Brussel) en mr. H. Nacinovic (verbonden als CEO aan De Legibus BV) voor hun kritische lezing en waardevolle opmerkingen op een conceptversie.

¹ Deze casus is ontleend aan *Kamerstukken II* 2017/18, 24515, nr. 427: preventie en bestrijding van stille armoede en sociale uitsluiting (7 maart 2018).

² Zie bijvoorbeeld SER 2016. Het debat heeft nieuw impuls gekregen door de invoering van de kostendelersnorm (KDN) in 2015 in de Participatiewet (PW); Zie Heeger & Koopmans 2018, p. 143.

verantwoordelijkheid van de familie naar een verantwoordelijkheid voor sociale zekerheid van de staat. De invoering van Boek 1 van het (nieuw) Burgerlijk Wetboek: Personen- en familierecht, waaronder de onderhoudsplicht, in 1970, en van de Algemene Bijstandswet (ABW): het sluitstuk van de publieke sociale zekerheid, speelden zich gelijktijdig af. Uit de discussies in de parlementaire geschiedenis van deze twee wetten blijkt dat de wetgever ervan uitging dat deze verschuiving naar de staat een begin was, waarbij er op den duur nog minder verantwoordelijkheid bij de familie zou liggen en juist meer bij de overheid.³ De tijd heeft anders geleerd. Midden jaren tachtig werd de ABW voor velen een ‘permanente verblijfplaats’ en had daardoor lang niet alleen de functie van laatste vangnet onder het systeem van inkomensverwerving. Sindsdien heeft de overheid verschillende stappen gezet om daar verandering in aan te brengen en de burger te activeren om (weer) aan het werk te gaan.⁴ Inmiddels weten we dus dat de verantwoordelijkheid van de overheid terugloopt om de alsmaar oplopende kosten en collectieve uitgaven aan sociale zekerheid en zorg het hoofd te kunnen bieden.

Welke financiële verplichtingen heeft de overheid, welke financiële verplichtingen hebben meerderjarige kinderen voor hun ouders, hoe verhouden deze verplichtingen zich tot elkaar en tot de ambities van de overheid om meer zorg bij de familie te leggen?⁵ Om deze vragen te kunnen beantwoorden, wordt gekeken naar het scenario waarin de kinderen vermogend zijn en naar de consequenties van het verlenen van feitelijke zorg door kinderen die zelf in de bijstand zitten. Hoewel de ‘participatiemaatschappij’ doet vermoeden dat de overheid een primaire verantwoordelijkheid bij de familie legt en de bedoeling van de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO) 2015 was dat burgers een toenemend beroep zouden doen op hun naasten, blijkt uit ons onderzoek dat de overheid de verantwoordelijkheid primair bij zichzelf legt en prioriteit geeft aan arbeidsparticipatie van deze kinderen.

Twee wetten staan daarbij centraal in hun onderlinge verhouding ten aanzien van zorg voor ouders: de Participatiewet (PW) en Boek 1 van het Burgerlijke Wetboek (BW). De PW is het vangnet van de publieke sociale zekerheid. Deze regeling

³ Zie § 2.2.

⁴ Zo werd in 1996 de nieuwe Abw ingevoerd die in de eerste plaats tot doel om te bevorderen dat burgers zelfstandig in hun bestaan konden voorzien. In 2004 kwam de activeringsfunctie nog sterker in beeld met de Wet werk en bijstand (WWB), die de Awb verving, door de eigen verantwoordelijkheid van de burger centraal te stellen. In de Participatiewet (PW) van 2015 is het in de WWB ingerichte stelsel van bijstand grotendeels ongemoeid gebleven. De PW kent wel een verdere verscherping van verplichtingen en een verzwaring van maatregelen.

⁵ Zie ook De Nationale ombudsman 2018.

voorziet in een bijstandsuitkering voor degene die in behoeftige omstandigheden verkeert en aan de wettelijke voorwaarden voldoet. In het BW zijn de onderhoudsverplichtingen tussen familieleden geregeld. De overheidsverplichtingen zijn dus in de PW neergelegd en in het BW staan de familiale verplichtingen.

In het kader van het overkoepelende thema van deze bundel, wordt tevens aandacht besteed aan de vraag welke mogelijkheden familieleden op grond van deze wetten hebben om zelf hun relatie te reguleren. Is het bijvoorbeeld mogelijk dat Bert omwille van een betere zorgverlening bij zijn zorgbehoevende moeder intrekt en dat moeder en zoon voor dat doel een huurovereenkomst sluiten? Heeft dit gevolgen voor hun rechtspositie? Zo ja, welke? Ten aanzien van de onderhoudsverplichting in het BW rijst de vraag of Bert en zijn moeder deze contractueel kunnen uitsluiten. Kunnen familieleden, met andere woorden, onderling contracten sluiten over het verlenen van (financiële) zorg en over inwoning (commerciële huur- of kostgangerscontracten) en welke gevolgen heeft dat ten aanzien van de verplichtingen van de overheid? Zoals zal blijken geven de (on)mogelijkheden om afspraken te maken eveneens inzicht in de verhouding tussen de verantwoordelijkheden van de overheid en familieleden.⁶

De volgende deelvragen zijn hierbij van belang:

- Welke verantwoordelijkheden heeft de overheid op grond van de Participatiewet (PW) ten aanzien van burgers die niet in hun eigen levenshoud kunnen voorzien en welke gevolgen heeft de PW voor kinderen in de bijstand die feitelijk zorg voor hun ouders verlenen?
- Wat houdt de financiële verplichting van kinderen ten aanzien van hun ouders in het BW in en welke mogelijkheden hebben kinderen en hun ouders om te contracteren over de onderhoudsverplichting?
- In hoeverre sluiten deze verplichtingen in het BW en de PW op elkaar aan? Zijn er knelpunten in de aansluiting tussen het BW en de PW? Zo ja, welke?
- In hoeverre lijken de bestaande regelingen bestendig in het licht van de ontwikkelingen (richting meer zorg door familieleden)? Dient aanpassing van de PW en/of het BW te worden overwogen in de verhouding tussen de private en de publieke verantwoordelijkheid voor ouders?

⁶ Rechten en plichten tussen familieleden op basis van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 blijven buiten beschouwing.

We bespreken de verhouding tussen het BW en de PW aan de hand van de casus van Bert en zijn moeder. We onderscheiden twee scenario's. In het eerste scenario is Bert alleenstaand en heeft hij net als zijn moeder onvoldoende middelen om in zijn eigen onderhoud te voorzien (§ 2). Hij kan feitelijk voor zijn moeder zorgen en zou bij haar in kunnen trekken. De aandacht in deze paragraaf ligt daarmee enerzijds op de financiële verplichtingen van de overheid en anderzijds vooral op de gevolgen van feitelijke zorg van kinderen voor hun ouders in het publiekrecht.⁷ In § 3 komt een tweede scenario aan bod waarin Bert een drukke baan met een ruim inkomen en een eigen gezin heeft. Daardoor kan hij moeilijk feitelijk voor zijn moeder zorgen, maar heeft hij wel mogelijkheden om haar financieel te ondersteunen. Daarom staat de privaatrechtelijke onderhoudsverplichting in het BW centraal in deze paragraaf. Na de belichting van de situaties vanuit beide perspectieven (de PW en het BW) volgt een beschouwing over de verhouding tussen de verantwoordelijkheden van de overheid en van kinderen voor de financiële zorg van hun ouder(s).

2. Zorg aan ouder: kind in de bijstand

Bert heeft zijn baan verloren. Hij is uitzendwerk gaan doen en ging er in salaris behoorlijk op achteruit. Bert heeft op zijn uitgaven bezuinigd, maar zijn middelen bleken op een gegeven moment onvoldoende om in zijn levensbehoeften te kunnen voorzien. Hij ontvangt inmiddels een bijstandsuitkering. Na het ongeluk van zijn moeder neemt hij de feitelijke zorg voor zijn moeder op zich. Na enige tijd besluit hij om bij haar in te gaan wonen. Ze ontvangen ieder een bijstandsuitkering.

Situaties als die van Bert en zijn moeder komen waarschijnlijk niet al te vaak voor, maar zijn ook niet uitzonderlijk.⁸ Volgens het SCP waren er in 2013 in Nederland 182.000 huishoudens, van de in totaal ruim 7,6 miljoen huishoudens, waarin een of meer volwassenen kinderen samenwoonden met ouders van 65 jaar of ouder.⁹ Het aantal huishoudens van volwassen kinderen mét hun ouder(s) zal echter hoger zijn omdat er ook huishoudens zullen zijn met ouders die jonger zijn dan 65 jaar. Hierover zijn geen cijfers beschikbaar. We konden evenmin cijfers vinden over de inkomenspositie van de huishoudens waarin volwassenen en ouders hun hoofdverblijf hebben.

⁷ De privaatrechtelijke onderhoudsverplichting is minder relevant nu Bert onvoldoende draagkracht heeft om in het levensonderhoud van zijn moeder te voorzien.

⁸ Dit blijkt bijvoorbeeld uit een fors aantal rechtsgeschillen over samenwonen en de PW die voor diverse rechtbanken en de CRvB dienden; zie par. 2.1.3.3.

⁹ Vrooman e.a. 2015, p. 9-10; www.clo.nl/indicatoren/nl2114-huishoudens, geraadpleegd op 29 maart 2020.

2.1 Verantwoordelijkheid van de overheid op grond van de Participatiewet

Hieronder inventariseren we welke verantwoordelijkheden de overheid heeft om voor burgers te zorgen (§ 2.1.1 en 2.1.2) en welke gevolgen de PW verbindt aan het verrichten van feitelijke zorg door een bijstandsgerechtigd kind voor een ouder, zoals in casu Bert (§ 2.1.3).

2.1.1 Het recht op een bijstandsuitkering

Wat houdt de financiële overheidsverantwoordelijkheid voor burgers in die bijstand behoeven? Burgers (*in onze eerste situatie zijn dit de moeder van Bert en Bert zelf*) kunnen een beroep doen op de PW als zij behoeftig zijn, dat wil zeggen niet in staat zijn om zelf (volledig) in de noodzakelijke kosten van hun bestaan te voorzien. Een belangrijk kenmerk van de PW is de vangnetfunctie in het stelsel van sociale zekerheid. De PW heeft dus de functie van laatste voorziening waar burgers een beroep op kunnen doen. Dit houdt in dat geen recht op bijstand bestaat voor zover de burger nog in aanmerking komt voor een zogeheten voorliggende voorziening.¹⁰ Voorbeelden van een dergelijke voorziening zijn een uitkering op grond van een andere socialezekerheidsregeling,¹¹ eigen vermogen en ook een aanspraak op een privaatrechtelijke onderhoudsbijdrage (zie § 3.1). Is er wel een voorliggende voorziening maar is deze gezien haar aard en doel voor de betrokkene niet toereikend en passend, dan is een aanvullende bijstandsuitkering tot het toepasselijke bijstandsnormbedrag¹² mogelijk omdat de bijstandsverlening complementair is.¹³

Een bijstandsuitkering dient ter dekking van de bestaanskosten die noodzakelijk zijn voor een menswaardig bestaan. De PW onderscheidt tussen algemeen noodzakelijke kosten van het bestaan¹⁴ en kosten van het bestaan die uit

¹⁰ Art. 15 lid 1 PW.

¹¹ Voorbeelden van socialezekerheidsregelingen zijn werkloosheids- of arbeidsongeschiktheidsuitkering of een pensioen, de Wet langdurige zorg (Wlz), de Zorgverzekeringswet (ten aanzien van medische kosten) en de Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO 2015).

¹² In 2020 was de alleenstaande norm netto per maand en inclusief vakantietoeslag (21 tot pensioengerechtigde leeftijd) € 1.052,32 en voor gehuwden (jonger dan de pensioengerechtigde leeftijd) € 1.503,31.

¹³ *Kamerstukken II* 2002/03, 28870, nr. 3, p. 34.

¹⁴ Tot de algemene kosten behoren bestaanskosten die algemeen gangbaar zijn. Dit zijn niet te vermijden uitgaven voor voedsel, kleding en wonen (huur, verzekeringen, energie, water, telefoon, inventaris, onderhoud woning en woongerelateerde belastingen) en enkele overige posten (zoals vervoer, extra ziektekosten, persoonlijke verzorging en wasmiddelen).

bijzondere omstandigheden voortvloeien.¹⁵ Voor de eerste categorie kan ‘algemene bijstand’ worden ontvangen, voor de tweede ‘bijzondere bijstand’.¹⁶

Recht op bijstand heeft iedere Nederlander van 18 jaar en ouder die rechtmatig in Nederland woont¹⁷ en behoeftig is. Of iemand behoeftig is in de zin van de PW, beoordeelt de gemeente aan de hand van de toepasselijke bijstandsnorm en met behulp van een middelentoets. De norm vertegenwoordigt de noodzakelijke bestaanskosten¹⁸ en is afhankelijk van de leeftijd en leefvorm van de aanvrager.¹⁹ Bij de leefvorm gaat het om de vraag of de aanvrager alleenstaand of gehuwd is. Voor gehuwden in de zin van de PW geldt een relatief lagere bijstandsnorm dan voor alleenstaanden. Zij zijn behoeftig als zij samen minder dan 100% van het netto minimumloon verdienen en onder de vermogensgrens blijven (zie hierna). Voor alleenstaanden ligt de norm op 70% van het netto minimumloon. Een persoon is alleenstaand als er geen kind(eren) bij hem wonen die jonger zijn dan 18 jaar en voor wie hij financieel verantwoordelijk is.²⁰ Om als alleenstaand te gelden, mag een persoon niet met een ander een gezamenlijke huishouding voeren. Het gehuwden-begrip in de PW omvat personen die civielrechtelijk gehuwd zijn of geregistreerde partners zijn. Ook twee ongehuwden die een gezamenlijke huishouding voeren, worden in de PW als gehuwd aangemerkt.²¹ Van een gezamenlijke huishouding is sprake als meerdere personen hun hoofdverblijf²² in dezelfde woning hebben en voor elkaar zorgen. Dit kan zowel

¹⁵ De bijzondere bijstand is niet beperkt tot een bepaald soort kosten en bestrijkt een breed terrein. Voorbeelden zijn kosten voor duurzame goederen die nodig zijn voor het levensonderhoud, zoals een wasmachine of een fornuis, maar ook reiskosten om een ziek familielid te bezoeken of om een ziek familielid te helpen met het vervoer naar en van het ziekenhuis. De gemeente Utrecht vergoedt bijvoorbeeld kosten voor een reis van meer dan 60 km als het gaat om de partner of een eerste- of tweedegraads bloedverwant (www.utrecht.nl/werk-en-inkomen/extras-bij-een-laag-inkomen/reiskosten-bezoek-of-vervoer-familielid/, geraadpleegd op 29 maart 2020).

¹⁶ Art. 19 e.v. en art. 35 PW.

¹⁷ Dit is het territorialiteitsbeginsel van de PW. Art. 11 PW bepaalt dat ook niet-Nederlanders met Nederlanders gelijk kunnen worden gesteld. Dat geldt bijvoorbeeld voor toegelaten vreemdelingen, mits ze over een verblijfsvergunning beschikken of tijdig verlenging van hun verblijfsvergunning hebben aangevraagd (asielzoekers), onderdanen van EU-landen en andere vreemdelingen met een verblijfsvergunning. Onder bepaalde voorwaarden hebben zij recht op bijstand.

¹⁸ Art. 19 PW.

¹⁹ Art. 20-22 PW.

²⁰ Art. 4 PW.

²¹ Art. 3 PW.

²² Deze beoordeling dient plaats te vinden op basis van de feitelijke omstandigheden, waarbij het erop aankomt in welke van die woningen zich het zwaartepunt van het persoonlijke leven van de betrokkene bevindt, zie HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:556, *USZ* 2015/113, met noot H.W.M. Nacinovic.

financiële als feitelijke zorg zijn. Bij financiële zorg gaat het – kortweg – om een economische eenheid (financiële verstrengeling) in een gemeenschappelijke woning. Bij feitelijke zorg voorzien de betrokkenen in elkaars verzorging.

De PW kent een uitzondering waardoor personen die wel een gezamenlijke huishouding voeren toch als alleenstaand worden aangemerkt. Dit betreft in beginsel bloed- en aanverwanten in de eerste graad (ouder en meerderjarig (adoptie)kind (van de partner)).²³

In ons eerste scenario van de casus zijn Bert en zijn moeder beiden ongehuwd. Ze hebben geen minderjarige kinderen en voeren in eerste instantie geen gezamenlijke huishouding. Ze zijn dan ook ‘alleenstaande’ in de zin van de PW.²⁴

De middelentoets in de PW strekt zich uit over inkomen en vermogen.²⁵ Het inkomen mag niet hoger liggen dan de bijstandsnorm die bij de leefvorm en leeftijd behoort en het vermogen mag niet boven een bepaald bedrag uitkomen. Zo blijft een bescheiden vermogen (€ 6.225 in 2020) voor een alleenstaande en het dubbele daarvan (€ 12.450 in 2020) voor gehuwden buiten de middelentoets – deze regeling beloont de spaarzaamheid. Er zijn nog andere middelen, zoals kinderbijslag of de blijk van waardering voor mantelzorg die gemeentes aan mantelzorgers kunnen verstrekken, die niet aan de middelentoets onderworpen zijn.²⁶

Omdat zowel Bert als zijn moeder alleenstaand zijn, strekt de middelentoets zich uit over ieders inkomen en vermogen afzonderlijk. Voor het recht op een bijstandsuitkering van Bert is van belang of de zorg voor zijn moeder kwalificeert als onbetaalde zorg, dan wel als zorg op basis van een persoonsgebonden budget

²³ Dit behoeft enige nuancering. Zolang het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Participatiewet en enige andere wetten in verband met het opheffen van discriminatoir onderscheid tussen bloedverwanten in de tweede graad en anderen die een gezamenlijke huishouding voeren waarbij sprake is van zorgbehoefte’ (voorbereid in *Kamerstukken* 35174), niet is aangenomen en in werking is getreden, worden ook bloedverwanten in de tweede graad, dus broer en zus of kleinkind en grootouder, als alleenstaand aangemerkt. Hier geldt wel als aanvullende voorwaarde is dat één van beide door de ander op basis van een zorgindicatie die door een professionele organisatie is afgegeven, wordt verzorgd; zie art. 3 lid 2 sub a PW.

²⁴ In het tweede deel van scenario 1 gaan we in op de situatie waarin Bert wel bij zijn moeder zal inwonen.

²⁵ Art. 31-34 PW.

²⁶ Ook een woning met bijbehorend erf valt onder vermogen. Indien de overwaarde van het huis lager is dan € 52.500 en men zelf in de woning woont (art. 34 lid 2 sub d PW) doet dit niet af aan het recht op bijstand. Voorts regelt art. 50, lid 1 PW dat niet kan worden verwacht dat huis en erf worden verkocht of een (extra) hypotheek wordt afgesloten als bijvoorbeeld de woonkosten ongeveer even hoog zijn als de huur van een voor betrokkene geschikte huurwoning.

(pgb).²⁷ Het verschil tussen beide vormen van zorg is, dat Bert in het eerste geval de zorg zonder betaling verricht, in het tweede geval daarentegen een vergoeding ontvangt. Die pgb-vergoeding is inkomen dat wordt meegeteld in de middelentoets.

2.1.2 De hoogte van de bijstandsuitkering

Bestaat eenmaal een recht op bijstand, dan wordt de hoogte van de bijstandsuitkering vastgesteld. De hoogte van de bijstand wordt afgestemd op de omstandigheden van de bijstandsgerechtigde. Hier spelen leefvorm en leeftijd opnieuw een rol.²⁸ De hoogte van de bijstand is voor een alleenstaande maximaal 70% en voor gehuwden samen maximaal 100% van het netto minimumloon. Als de bijstandsgerechtigde geen inkomen heeft, dan is de hoogte van de bijstand de norm die voor de bijstandsgerechtigde geldt. Heeft de bijstandsgerechtigde wel inkomen, dan vult de bijstand dit inkomen aan tot de voor hem geldende bijstandsnorm.²⁹ Bij de leefvorm komt voorts de zogeheten kostendelersnorm (KDN) in beeld die tot een lagere uitkeringsnorm leidt naarmate de woning met meer volwassenen wordt gedeeld. Deze norm is in 2015 ingevoerd en heeft toen de normering van de bijstand ingrijpend gewijzigd door de hoogte van de bijstand te koppelen aan het aantal personen in een huishouden.³⁰

In onze casus vallen de moeder en Bert onder de bijstandsnorm die geldt voor burgers van 21 jaar tot de pensioengerechtigde leeftijd. Ze wonen alleen, hebben geen eigen inkomen en ontvangen daarom ieder bijstand ter hoogte van maximaal € 1.052,32 (stand 2020).³¹

²⁷ Zie voor de wettelijke definitie van persoonsgebonden budget art. 1.1.1 lid 1 onder 3 WMO 2015. In dat geval bestaat de verplichting om voor de zorgverlening een overeenkomst te sluiten. Dit kan zijn een arbeidsovereenkomst, een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst van vervoer. Zie regeling voor persoonsgebonden budgetten. Deze voorwaarde is nodig met het oog op controle op de vergoedingen en geldt ook als de pgb-zorgverlening in familieverband plaatsvindt. Stcrt 2018, nr 1011, 11 januari 2018, Advies Raad van State inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur houdende wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag inzake een tijdelijke uitzondering van het wettelijk minimumloon voor een bestaande groep zorgverleners met een familierelatie in verband met bijzondere omstandigheden.

²⁸ Er zijn bijstandsnormen voor de gehuwde of samenwonende, de alleenstaande, de alleenstaande ouder met kind en voor jongeren.

²⁹ Art. 19 PW.

³⁰ De kostendelersnorm is ingevoerd met de Wet maatregelen Wet werk en bijstand en enkele andere wetten, *Kamerstukken I* 2013/14, 33801, A. Voor verdere toelichting zie par. 2.1.3.4.

³¹ Art. 21 sub a PW.

2.1.3 Gevolgen van feitelijke zorg voor een ouder door een bijstandsgerechtigde in de PW

Hiervoor is de overheidsverplichting op grond van de PW ten aanzien van de moeder en Bert besproken. In het navolgende wordt voor vier onderwerpen ingegaan op de gevolgen voor de uitkering van Bert, indien hij feitelijke zorg voor zijn moeder verleent. 1. Hoe verhoudt zich het verlenen van zorg voor de familie met de strenge re-integratieplichten die kenmerkend zijn voor de PW? 2. Welke gevolgen ondervindt Bert op grond van de PW indien hij onbetaald langdurend zorgverlof opneemt, een verlofrecht dat in de Wet arbeid en zorg is geregeld?³² 3. Is het intrekken van Bert bij zijn moeder van invloed op het recht van bijstand van moeder en zoon? 4. Is de kostendelersnorm van toepassing indien moeder en Bert het hoofdverblijf in dezelfde woning hebben?

2.1.3.1 Arbeidsinschakeling, voorziening en tegenprestatie

Het recht op een bijstandsuitkering is gekoppeld aan de plicht van de uitkeringsgerechtigde om zich in te zetten voor met name betaalde arbeid en onafhankelijk te worden van de uitkering. Het gaat om het aanvaarden van algemeen geaccepteerde arbeid.³³ De gemeente kan een voorziening aanbieden, zoals een werkstage, in plaats van arbeid als daarmee de kans op duurzame arbeidsinschakeling voor de uitkeringsgerechtigde stijgt.³⁴ Voor de overheid is de activeringsfunctie in de bijstand sinds lange tijd minstens zo belangrijk als het verstrekken van de bijstandsuitkering zelf.³⁵ Dit heeft tot een aanmerkelijke verscherping van de verplichtingen van de bijstandsgerechtigde geleid en tot vrij strenge sancties.³⁶ Een van de aangescherpte verplichtingen is om, als arbeid (vooralnog) niet mogelijk is, naar vermogen maatschappelijk nuttige werkzaamheden te verrichten die de gemeente de bijstandsgerechtigde opdraagt.³⁷ De gedachte achter deze zogeheten tegenprestatie is die van wederkerigheid: in ruil voor de bijstandsuitkering mag van de betrokkene verwacht worden dat hij zich voor de samenleving inzet en nuttige activiteiten verricht; iedereen behoort

³² Art. 5:1 Wazo.

³³ Art. 9 lid 1 sub a PW.

³⁴ Art. 9 lid 1 sub b PW.

³⁵ Zie *Kamerstukken II* 1994/95, 23902, nr. 1-2, p. 99 (Sociale Nota 1995) en Hofman & Pennings 2013.

³⁶ Zie hierover: Eleveld 2019, p. 109-119.

³⁷ Art. 9 lid 1 sub c PW. Ingevoerd bij *Stb.* 2011, 650, Wet van 22 december 2011 tot wijziging van de Wet werk en bijstand en samenvoeging van die wet met de Wet investeren in jongeren gericht op bevordering van deelname aan de arbeidsmarkt en vergroting van de eigen verantwoordelijkheid van uitkeringsgerechtigden; voorbereid in *Kamerstukken* 32815.

naar vermogen bij te dragen aan de samenleving. Op dit ogenblik geldt geen verplichting tot het daadwerkelijk verrichten van een tegenprestatie; wel is de gemeente verplicht om beleid op te stellen ter uitvoering hiervan.

Het niet-nakomen van de verplichtingen heeft gevolgen voor de uitkering omdat de hoogte van de uitkering niet alleen afhangt van de toepasselijke uitkeringsnorm, maar ook van de mate waarin de uitkeringsgerechtigde de plichten is nagekomen.³⁸ Bij het niet-nakomen van de op arbeidsinschakeling gerichte plichten geldt een wettelijke maatregel, namelijk een verlaging van 100% van de uitkering gedurende een periode van één tot drie maanden.³⁹ Dit is een geüniformeerde sanctie die in alle gemeenten geldt. Bij het niet-nakomen van de tegenprestatie geldt de algemene afstemmingsbepaling van art. 18 lid 2 PW. Dat betekent dat gemeenten de hoogte van de maatregel mogen bepalen en dus niet gebonden zijn aan de uniforme maatregel van 100%.⁴⁰ Deze maatregel heeft betrekking op toekomstige uitkeringstermijnen.

Niemand wordt op voorhand ontheven van de plichten die de PW oplegt. In individuele gevallen kan het college van B&W echter tijdelijk een ontheffing verlenen. Dit is mogelijk als zich dringende redenen voordoen. De wet regelt dat zorgtaken als dringende reden kunnen worden aangemerkt.⁴¹ Hier rijst de vraag wat onder ‘zorgtaken’ wordt verstaan. De wetgever noemt expliciet zorgtaken voor bijvoorbeeld gehandicapte of voor moeilijk opvoedbare kinderen.⁴² Gemeentelijke verordeningen kunnen bepalingen bevatten waardoor daaronder ook de zorg voor een naaste valt, zoals de zorg die door een eerstegraad familielid wordt verleend.

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Werk en Bijstand (WWB, de voorloper van de PW) heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uitvoerig stilgestaan bij de relatie tussen de arbeidsverplichtingen die voortvloeien uit de oudere WWB en het maatschappelijke en politieke belang om informele zorg voor anderen – waarbij wordt bedoeld op mantelzorg – te ondersteunen.⁴³ De Staatssecretaris heeft erop

³⁸ Art. 18 PW.

³⁹ Art. 18 lid 5 PW.

⁴⁰ Meer hierover zie Eleveld & Dermine 2018.

⁴¹ Art. 9 lid 2 PW.

⁴² *Kamerstukken II* 2007/08, 31519, nr. 3, p. 13. – Wet verbetering arbeidsmarktpositie alleenstaande ouders. Dit was al geregeld onder de Algemene bijstandswet waar art. 107 lid 2 Abw bepaalde dat geen arbeidsverplichting opgelegd werd aan ouders die volledig zorgden voor een of meer kinderen tot de leeftijd van vijf jaar. De Memorie van Toelichting van de WB verwijst eveneens naar de categorie belanghebbenden met zorgtaken voor kinderen. Zie: *Kamerstukken II* 2002/03, 28870, nr. 3, p. 41.

⁴³ *Kamerstukken II* 2003/04, 28870, nr. 97, p. 2 en 4.

gewezen dat de thuiszorg en het pgb voorzieningen zijn die de mantelzorger kunnen ontlasten en benadrukt dat de verantwoordelijkheid voor het organiseren van de combinatie van arbeid en zorg niet alleen bij de gemeente ligt, maar voor een belangrijk deel ook bij de zorgverlener zelf. Voor mantelzorgers betekent dit dat ze zelf na moeten gaan welke voorzieningen er bestaan en getroffen kunnen worden om – een deel van – de zorg voor de zorgbehoevende uit hun handen te laten nemen. Daardoor worden ze zelf ontlast en is een ontheffing van de plichten uit de PW niet nodig.⁴⁴

Een ontheffing komt dus pas in beeld als er geen andere voorzieningen zijn. Dit blijkt ook uit het oordeel van de CRvB van 30 augustus 2016.⁴⁵ In deze zaak gaat het om een bijstandsverlening met daaraan gekoppeld de verplichting om arbeid te accepteren. Bij de aanvraag van de uitkering heeft de betrokkene gemeld voor zijn moeder te zorgen bij wie hij inwoont. Zijn moeder was dement en van borstkanker herstellend. Door de benodigde langdurige en intensieve 24-uurszorg bleef voor de zoon geen tijd over voor het verrichten van activiteiten die tot betaalde arbeid moeten leiden. De betrokkene heeft vier broers en zussen van wie één geen contact meer heeft met de moeder. De anderen werken fulltime. Opdat de moeder zo lang mogelijk in de eigen woning kan blijven wonen, hebben de kinderen in goed overleg besloten dat betrokkene die niet aan het werk is, de meest aangewezen persoon is om voor de moeder te zorgen. Problematisch in deze zaak is dat de betrokkene niet was nagegaan of er mogelijkheden zijn om een voorziening voor de moeder te regelen voor de zorg voor de moeder. Indien deze voorziening er was geweest, had de betrokkene immers aan de verplichtingen die hij op grond van de PW had, kunnen voldoen. De CRvB heeft daarom, in navolging van de gemeente en de rechtbank, geoordeeld dat de zorgtaken van appellant geen dringende reden opleverden op grond waarvan de gemeente de tijdelijke ontheffing van de arbeidsverplichting had moeten toekennen. Met andere woorden, ook indien een bijstandsgerechtigde zelf de mogelijkheid heeft om voor een ouder te zorgen, verdient zorg door derden de voorkeur, zodat de bijstandsgerechtigde aan zijn inspanningsverplichtingen kan voldoen.

Ten aanzien van de verplichting om naar vermogen onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden te verrichten, geldt dat deze werkzaamheden door het college worden opgedragen op basis van een in een verordening vastgelegd beleid. Daarmee heeft de gemeente de mogelijkheid om bijvoorbeeld te bepalen

⁴⁴ Voor een kritische noot over deze veronderstelde zelfredzaamheid van burgers zie WRR 2017.

⁴⁵ CRvB 30 augustus 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3370.

dat mantelzorg een reden is om geen tegenprestatie op te leggen. De gemeente kan dus een tijdelijke ontheffing verlenen voor de duur van de mantelzorg.⁴⁶

Dit ontheffingsinstrument ondersteunt dus mogelijk een kind om tijdelijk zorg te verlenen aan een ouder. Een tijdelijke ontheffing van de arbeidsverplichting komt echter – volgens het systeem van de wet – pas in beeld als vaststaat dat er geen voorzieningen zijn die de zorgverlener kunnen ontlasten. De mogelijkheid voor de bijstandsgerechtigde om weer een bestaansvoorziening op te bouwen, prevaleert dus boven zijn zorgverplichting van een bijstandsgerechtigde. Dit is wellicht anders wat betreft de tegenprestatie, waar gemeenten in hun gemeentelijke verordening een tijdelijke ontheffing kunnen regelen van het verrichten van een tegenprestatie als mantelzorg wordt verleend. Dit vermindert de druk op mantelzorgers om naast de intensieve zorg voor een naaste een andere tegenprestatie te leveren.⁴⁷

2.1.3.2 Onbetaald verlof en het recht op bijstand

In specifieke situaties is het recht op bijstand uitgesloten.⁴⁸ Eén van deze situaties betreft het opnemen van onbetaald verlof⁴⁹ door een bijstandsgerechtigde die werkt, maar onvoldoende inkomen heeft om in zijn eigen levensonderhoud te voorzien (en daarom aanvullende bijstand ontvangt). Uit cijfers van Divosa blijkt dat ongeveer 8% van de bijstandsgerechtigden parttime werkt.⁵⁰

Een werknemer die onbetaald verlof opneemt en daardoor onvoldoende inkomen heeft om in zijn eigen levensonderhoud te voorzien, heeft geen recht op bijstand. We bekijken deze uitsluitingsgrond wat nauwkeuriger omdat deze van betekenis

⁴⁶ Van deze mogelijkheid heeft bijvoorbeeld de gemeente Westerkwartier gebruik gemaakt in art. 7 van de Verordening tegenprestatie gemeente Westerkwartier 2019.

⁴⁷ Zie <https://mantelzorg.nl/pagina/voor-mantelzorgers/thema-s/geldzaken/ww-of-bijstandsuitkering> (laatst geraadpleegd op 29 maart 2020).

⁴⁸ Op deze plaats verwijzen we naar de zogeheten uitsluitingsgronden in de PW. Ze staan in art. 13 PW en voorkomen dat er in specifieke situaties recht op bijstand zou ontstaan. Lid 1 bevat uitsluitingsgronden die de gehele bijstand uitsluiten; ze hebben dus betrekking op zowel de algemene als ook de bijzondere bijstand. Voorbeelden zijn detentie, opname in een inrichting, deelname aan een werkstaking, verblijf buiten Nederland langer dan vier weken. Voor mensen die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt, gelden geen arbeidsverplichtingen meer en dit is de reden voor de ruimere duur van een verblijf in het buitenland.

⁴⁹ Art. 13 lid 2 sub b PW.

⁵⁰ Divosa, factsheet Parttime werken in de bijstand, 12 mei 2019. Opvallend zijn ook de cijfers van de SCP, waaruit blijkt dat het armoedepercentage onder werkenden in 2013 de afgelopen 25 jaar aanzienlijk is gestegen naar 4,7%. Dit kwam neer op een stijging met 125.000 personen, namelijk van 210.000 werkende armen in 2001 naar 335.000 in 2013 (Vrooman e.a. 2018).

kan zijn voor kinderen die voor hun ouders zorgen. Allereerst de ratio van deze regeling: de wetgever wilde voorkomen dat de gevolgen van de keuze voor onbetaald verlof op de samenleving zouden worden afgewenteld. Slechts in één specifieke situatie leidt opname van onbetaald verlof niet tot uitsluiting van het recht op algemene bijstand: indien een alleenstaande ouder onbetaald ouderschapsverlof opneemt.⁵¹ Hiermee wil de wetgever bereiken dat het ouderschapsverlof ook voor alleenstaande ouders mogelijk is, waarbij de bestaande aansluiting met de arbeidsmarkt zo veel mogelijk behouden blijft.⁵² Ook hier speelt dus weer het belang van betaalde arbeid in de PW.

Wat is nu de betekenis van deze uitsluitingsgrond voor kinderen, die onbetaald zorgverlof opnemen om voor hun ouders te zorgen en daardoor onder het bijstandsniveau zakken? Er is gedurende het onbetaalde verlof geen recht op algemene bijstand. Evenmin bestaat een recht op een hogere bijstand als kinderen door het opnemen van onbetaald verlof toenemend behoeftig worden. Zij kunnen mogelijkerwijs wel bij de gemeente aankloppen voor bijzondere bijstand. Dan moet de gemeente echter overtuigd zijn dat de kosten noodzakelijk zijn en uit bijzondere omstandigheden voortvloeien. Voor het langdurend zorgverlof bestaat dus geen uitzondering die vergelijkbaar is met het ouderschapsverlof voor alleenstaande ouders. Dit is opvallend omdat niet alleen het ouderschapsverlof, maar ook het langdurend zorgverlof tot doel heeft om de band met de arbeidsmarkt te behouden c.q. de combinatie van arbeid en zorg te faciliteren. De uitsluitingsgrond staat daarmee op gespannen voet met de bedoeling van de Wet arbeid en zorg die een gedeelde verantwoordelijkheid tussen werknemers, werkgevers en overheid op het terrein van de combinatie van arbeid en zorg op het oog heeft.⁵³ Doordat het langdurend zorgverlof in de WAZO onbetaald is en de bijstandswetgeving niet thuis geeft als een werknemer door opname van dit verlof onder het bestaansminimum valt, vormt dit een sterke belemmering voor een werknemer met een zeer laag inkomen om aanspraak te maken op dit verlofrecht. Voor hem is de combinatie van arbeid en zorg een particuliere

⁵¹ Art. 13 lid 2 sub b PW. Gelet op de EU Richtlijn over arbeid en zorg (2019/1158) is vanaf augustus 2022 het ouderschapsverlof onder bepaalde omstandigheden overigens niet langer volledig onbetaald. Gedurende negen van de 26 weken kunnen ouders een uitkering van het UWV krijgen; voorwaarde is dat ze deze negen weken ouderschapsverlof in het eerste levensjaar van hun kind opnemen. De hoogte van de uitkering bedraagt 50% van het (maximum) dagloon van de ouder. Zie www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/04/29/ouderschapsverlof-wordt-deels-betaald (laatst geraadpleegd op 22 mei 2020). Het nieuwe uitkeringsrecht zal art. 13 lid 2 sub b PW niet overbodig maken.

⁵² *Kamerstukken II* 2002/03, 28870, nr. 3, p. 45.

⁵³ *Kamerstukken II* 1999/00, 27207, nr. 3, p. 9.

aangelegenheid, hetgeen haaks staat op de wens van de regering, namelijk om zoveel mogelijk mensen betaalde arbeid te laten verrichten.⁵⁴ Dus ook in deze situatie prevaleert voor de overheid werken boven het verlenen van zorg aan ouders. Of deze uitsluitingsgrond in de praktijk van betekenis is, is onduidelijk. In ieder geval zorgt dit niet voor veel jurisprudentie. Op rechtspraak.nl hebben we slechts één uitspraak gevonden. Deze zaak diende voor de Rechtbank Amsterdam en deze uitspraak bevestigt de wettelijke regel dat er in geval van onbetaald zorgverlof geen recht is op algemene bijstand.⁵⁵

2.1.3.3 Hoofdverblijf in dezelfde woning

Stel dat Bert besluit om bij zijn moeder in te trekken, zodat hij beter voor haar kan zorgen.

Hiervoor hebben we gezien dat de leefvorm een belangrijke rol in de PW speelt: wie met een ander een gezamenlijke huishouding voert, wordt in de PW als hoofdregel aangemerkt als gehuwd.⁵⁶ Hierop bestaat een uitzondering voor eerstegraads bloedverwanten: zij worden als alleenstaand aangemerkt. De gedachte achter deze uitzondering is dat de samenwoning van ouder en kind in de regel voortvloeit uit de (huidige of vroegere) afhankelijkheidsrelatie van het kind ten opzichte van de ouder.⁵⁷ Volgens de wetgever is hierbij geen sprake van een vrijwillige keus om een nieuwe, voorheen nog niet bestaande gezamenlijke huishouding te gaan voeren.⁵⁸ Dit betekent dat als Bert bij zijn moeder intrekt om voor haar te zorgen waardoor moeder en zoon dus een gezamenlijke huishouding voeren, dit geen verandering in *het recht* op bijstand teweeg brengt: omdat ze eerstegraads bloedverwanten zijn, worden Bert en zijn moeder ieder gezien als alleenstaand.

De behoefteigheid van Bert en zijn moeder, wordt beoordeeld aan de hand van de middelentoets die zich uitstrekt tot ieders middelen afzonderlijk. De toets vindt

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 33161, nr. 3, p. 2.

⁵⁵ Rb Amsterdam, 2 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4494. In deze zaak heeft eiser na de opname van zijn vrouw in het ziekenhuis in overleg met zijn werkgever onbetaald zorgverlof opgenomen om de zorg voor de drie jonge kinderen op zich te nemen en zijn inkomen was daardoor lager dan het sociaal minimum. Hij had geen recht op bijstandsuitkering.

⁵⁶ Zie § 2.1.1.

⁵⁷ Bij samenlevingsverbanden van tweedegraads bloedverwanten (bijv. twee broers) ontbreekt die afhankelijkheidsrelatie, maar is er sprake van een vrijwillige keus om een nog niet bestaande, gezamenlijke huishouding te gaan voeren (CRvB 24 november 1998, RSV 1999/72). Zie ook Noordam 2002, p. 332.

⁵⁸ De uitzondering geldt ook voor aanverwanten in de eerste graad die een gezamenlijke huishouding voeren, simpelweg omdat het onwenselijk is dat aanverwanten (bijv. vader met stiefzoon) als echtgenoten worden aangemerkt. Ook zij worden dus als alleenstaand aangemerkt.

niet plaats over de gezamenlijke middelen van moeder en Bert. Dit is voordelig voor hen omdat de norm voor twee alleenstaande hoger ligt dan het bedrag voor gehuwden samen.⁵⁹

2.1.3.4 Kostendelersnorm

Staat het recht op bijstand eenmaal vast, dan komt de vraag naar de *hoogte* van het uit te keren bijstandsbedrag in beeld. De vraag is of de hoogte gelijk blijft (namelijk € 1.052,32) aan hetgeen de moeder en Bert ieder ontvingen voordat Bert bij haar is ingetrokken om haar te verzorgen. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de duur van het verblijf van Bert in de woning van zijn moeder. Stel dat Bert voor langere tijd bij zijn moeder intrekt, waarbij hij zich dus inschrijft bij op het adres van zijn moeder, dan wordt de hoogte van de bijstandsnorm aangepast aan de leefsituatie.⁶⁰ In dat geval vallen Bert en zijn moeder onder de kostendelersnorm (KDN). Ze hebben immers hun hoofdverblijf in dezelfde woning. Daarbij maakt het niet uit wat de relatie is tussen mensen die de woning delen. Het gaat bij de KDN namelijk zuiver om een huisvestingscriterium.⁶¹ Dit betekent dat alleen het feit dat er andere huisgenoten zijn, meetelt voor de hoogte van de uitkering van de bijstandsgerechtigde(n). De hoogte van de bijstand wordt aangepast aan het aantal huisgenoten waarmee de woning wordt gedeeld. Daarbij zijn het inkomen en vermogen van de huisgenoten niet relevant voor de hoogte van de bijstand.

Laten we inzoomen op de werking van de KDN. Het uitgangspunt van de wetgever is dat personen die samenwonen, de (gezamenlijke) kosten kunnen delen, waardoor de hoogte van de bijstand naar beneden bijgesteld kan worden. Volgens de wetgever zorgt de KDN er niet alleen voor dat de bijstand ook in de toekomst betaalbaar blijft, maar ook dat de vangnetfunctie van de bijstand gewaarborgd blijft en dat het lonend blijft om te werken.

De formule van de KDN⁶² komt er – simpel gezegd – op neer dat voor iedere extra persoon in het huishouden, de uitkering voor alle uitkeringsgerechtigden samen

⁵⁹ Dit is namelijk voor ieder 70% en een vermogen van ieder € 6.225 (in 2020) in plaats van tezamen 100% en een vermogen van € 12.450 (in 2020) zoals dat voor gehuwden het geval is.

⁶⁰ In de Verzamelbrief gemeenten 2015-2 van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is aandacht besteed aan de wijze waarop gemeenten met woonsituaties om moeten gaan waarbij sprake is van tijdelijk verblijf. Dit hoeft geen gevolgen te hebben voor de leefsituatie. Een persoon die tijdelijk inwoont, hoeft dus niet mee te tellen voor de KDN. Zie hierover ook: Dräbing, Molenaar-Cox & Slager 2017, p. 6.

⁶¹ Klosse & Vonk 2016, p. 245.

⁶² Art. 22a PW: $(40\% + A \times 30\%) \times B : A$. A = het totaal aantal personen dat in dezelfde woning zijn hoofdverblijf heeft en meetelt voor de KDN; B = de rekenorm, ofwel de toepasselijke gehuwdenorm.

maar met 30% van de norm toeneemt (en niet met 70%, zoals het geval zou zijn geweest als moeder en zoon niet onder de KDN zouden vallen).⁶³ Het effect hiervan is dat de uitkering relatief lager wordt naarmate meer kostendelende personen hun hoofdverblijf in dezelfde woning hebben. De tabel hieronder toont de impact van de KDN op het inkomen van huishoudens in verschillende samenstellingen. Tussen haakjes staan de percentages die golden vóór de inwerkingtreding van deze norm.

Type huishouden	Individuele standaard in %	Totale bijstandsnorm in % als allen een bijstandsuitkering ontvangen (voor 2015)
	70	70 (70)
	50	100 (100)
	43,33	130 (170)
	40	160 (240)
	38	190 (310)

Figuur 1: Uitzonderingen kostendelersnorm

Niet alle volwassenen in het huishouden tellen mee voor de KDN. Uitzonderd zijn jongeren onder 21 jaar, de echtgenoot en geregistreerde partner van de belanghebbende, de persoon die onderwijs volgt waarvoor studiefinanciering kan worden gekregen en personen die in dezelfde woning wonen, maar dit doen op basis van een zakelijke relatie. Deze laatste uitzondering vraagt om toelichting. De wetgever heeft hierover in de memorie van toelichting het volgende opgemerkt: ‘Bij deze relaties is sprake van deelname aan het economisch verkeer waarbij de verhuurder een commerciële prijs vraagt voor de huur van de woning en de geleverde diensten en de huurder deze commerciële prijs betaalt. In deze situaties is het uitgangspunt dat de kosten niet op dezelfde wijze worden gedeeld als met woningdelers die geen onderlinge zakelijke relatie met elkaar hebben.’⁶⁴

⁶³ Voor een alleenstaande is de bijstandsnorm, zoals genoemd, 70% van het netto minimumloon; de gehuwdennorm voor twee personen ligt bij 100%. Het verschil tussen alleenstaand en gehuwd bedraagt dus 30%. Dit gegeven is het vertrekpunt voor de KDN.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33801, nr. 3, p. 7, 59 en 60.

Voor het bestaan van een zakelijke relatie gelden gedetailleerde criteria: het moet gaan om een schriftelijke overeenkomst tussen de bijstandsgerechtigde en de huurder/kostganger en een commerciële huur-/kostgangersprijs is vereist. Dit houdt in dat de prijs in verhouding moet staan tot de geleverde prestaties en datgene wat in het commerciële verkeer gebruikelijk is. Dat laatste veronderstelt tevens indexering van de prijs.

Contracteren door familieleden

Deze uitzondering op de KDN is echter iets complexer doordat daarop ook een uitzondering bestaat. Dit betreft commerciële huur- of kostgangersovereenkomsten tussen familieleden in de eerste en tweede graad. Zij worden niet erkend als een zakelijke relatie. En dit betekent dat eerste- en tweedegraads familieleden dus altijd onder de KDN vallen. Er zou, volgens de wetgever en *dito* de rechter, immers geen zakelijke relatie kunnen bestaan tussen deze familierelaties.⁶⁵ Waar we bij het leerstuk van de gezamenlijke huishouding nog zagen dat de wetgever samenwonende eerstegraads familieleden in een gunstige positie plaatst als het gaat om de leefvorm – zij worden immers aangemerkt als alleenstaand waardoor de middelentoets voor de vaststelling of er recht op bijstand is, zich niet uitstrekt naar hun gezamenlijke middelen – lijkt het erop dat de bepaling van de KDN de andere kant van de medaille is. De bijzondere afhankelijkheidsrelatie van kind ten opzichte van de ouder maakt het – uit PW-perspectief – onmogelijk om een huur- of kostgangersovereenkomst te sluiten. Ze komen dus niet in aanmerking voor de uitzondering en de KDN geldt ook in hun situatie.⁶⁶ De consequentie van de KDN betekent dat de hoogte van de uitkering verlaagd wordt nu meerdere personen het hoofdverblijf in dezelfde woning hebben. Deze beperking van de uitzondering op de toepassing van de KDN voor eerste- en tweedegraads familieleden dient er volgens de wetgever ertoe om misbruik en fraude te voorkomen die zich bij schijnconstructies zouden kunnen voordoen indien mensen bijvoorbeeld oneigenlijk zouden aangeven dat er sprake is van een ‘commerciële relatie’.

Zorgsituaties en de kostendelersnorm

Voor zorgsituaties kent de KDN geen categoriale uitzondering. Een bijstandsgerechtigde die omwille van de zorgverlening blijvend samen gaat wonen met de zorgbehovende, moet dus rondkomen van een lage bijstandsnorm. De wetgever motiveert dit doordat de voordelen van samenwonen zich ook

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33801, nr. 3, p. 60; Rb Oost-Brabant 26 januari 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:271.

⁶⁶ En thans nog in de tweede graad vooropgesteld dat er bij minstens een van beiden sprake is van een zorgbehoefte.

voordoen bij zorgsituaties. Ook dan kunnen kosten immers worden gedeeld.⁶⁷ De achtergrond van de KDN is nadrukkelijk om de bijstand houdbaar en toegankelijk te houden, nu de vergrijzing toeneemt en de beroepsbevolking daalt.⁶⁸ Doordat de KDN een regel van de centrale overheid is, hebben gemeenten weinig mogelijkheden om deze norm niet toe te passen. Wel kunnen ze in het individuele geval maatwerk leveren en de hoogte van de algemene bijstand, zoals die is vastgesteld met toepassing van de KDN, aanpassen.⁶⁹ Ook hebben ze in het individuele geval de mogelijkheid om bijzondere bijstand toe te kennen als de betrokkene door toepassing van de KDN de noodzakelijke kosten die uit bijzondere omstandigheden voortvloeien niet kan betalen. Uit onderzoek van het CBS blijkt echter dat gemeenten van deze mogelijkheden (nog) maar weinig gebruik maken.⁷⁰ De rechter zag in 2016 geen ruimte om de KDN in zorgsituaties anders uit te leggen en bevestigde dat de KDN op zorgsituaties tussen familieleden van toepassing is.⁷¹ De CRvB stoelt zijn oordeel op de overweging dat het onderwerp zorg bij de parlementaire behandeling van de KDN nadrukkelijk aan bod is geweest. Bij de KDN is het uitsluitend van belang dat meerdere personen die in dezelfde woning wonen, de kosten kunnen delen en dat de reden van samenwonen niet ter zake doet, aldus de CRvB. Het is duidelijk dat deze invulling van de KDN niet strookt met de doelstelling zoals de wetgever die voor ogen had in de WMO 2015. Daarin is bepaald dat zorg voor naasten moet worden bevorderd. De KDN uit de PW stimuleert dit niet.⁷²

Het voorgaande betekent voor Bert en zijn moeder dat zij onder de kostendelersnorm vallen als Bert bij zijn moeder intrekt om voor haar te zorgen. Mochten zij (commerciële) afspraken maken over de inwoning en Bert aan zijn moeder huur betaalt, dan nog zullen ze ‘gekort’ worden op hun bijstandsuitkeringen, nu een zakelijke relatie tussen familieleden niet kwalificeert voor een uitzondering op de korting. In dat opzicht worden familieleden in de eerste en tweede graad die hun samenleven baseren op een commerciële huur- of kostgangersovereenkomsten anders behandeld dan personen die verdere of helemaal geen familie van elkaar zijn.

⁶⁷ Al in het Sociaal Akkoord van 2013 werd erkend dat de KDN voor mensen die volledig en duurzaam geen arbeidsvermogen hebben te ingrijpend is. Daarom wordt voor hen structureel € 100 miljoen beschikbaar gesteld voor het gemeentefonds om de gevolgen van de KDN te compenseren (Sociaal Akkoord Bijlage 1, B, nr. 11). De wetgever heeft evenwel bewust zorgrelaties niet uitgezonderd van de toepassing van de KDN. *Kamerstukken II* 2013/14, 33801, nr. 19, blz. 15-16.

⁶⁸ Schulmer & Bruggeman 2017.

⁶⁹ Art. 18 lid 1 PW.

⁷⁰ Dräbing, Molenaar-Cox & Slager 2017.

⁷¹ CRvB 1 januari 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3869, *USZ* 2017/6 met noot C.W.C.A. Bruggeman.

⁷² Schulmer & Bruggeman 2017.

Eerste- en tweedegraads familieleden hebben meerdere pogingen gedaan om voor de rechter erkend te krijgen dat de regeling van de KDN discriminerend is. De KDN zou in strijd zijn met het discriminatieverbod van art. 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBRP) en art. 14 Europees Verdrag tot de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).⁷³ De CRvB ging hier niet in mee. De Raad overwoog dat de mate van verwantschap geen ‘verdacht’ onderscheid is in de zin van deze art.en en dat de wetgever daarom een ruime beoordelingsmarge toekomt. De wetgever heeft deze marge gebruikt door personen in de eerste en tweede graad bloedverwantschap buiten de uitzondering te houden om de kans op fraude te beperken. Volgens de wetgever staat de nauwe familieband immers aan een zuiver zakelijke relatie in de weg, althans is de kans aanwezig dat familieleden *pro forma* huur- of kostgangerscontracten sluiten om daarmee de toepassing van de KDN te ontlopen. In deze motivering ziet de CRvB een objectieve rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid, waarbij ook het middel proportioneel is.⁷⁴

2.2 Verplichtingen kinderen op grond van Boek 1 BW

In deze paragraaf bekijken we de andere kant van de medaille. In het voorgaande stonden de verantwoordelijkheden van de overheid centraal om in het levensonderhoud van burgers te voorzien. In deze paragraaf staat de vraag centraal welke zorgplicht meerderjarige kinderen hebben op grond van Boek 1 BW. Deze zorgplicht komt tot uitdrukking in de verplichting om in het levensonderhoud van bepaalde familieleden te voorzien. Deze onderhoudsverplichting van bloed- en aanverwanten is opgenomen in Titel 17 van Boek 1. Art. 1:392 BW, dat de kern vormt van deze titel, bepaalt welke bloed- en aanverwanten onderhoudsplichtig zijn, namelijk; a) ouders (jegens hun kinderen); b) kinderen (jegens hun ouders) en c) behuwdkinderen en schoonouders (jegens elkaar) en stiefouders (jegens hun stiefkinderen). Hieruit blijkt eveneens dat op grond van het privaatrecht tweedegraads bloedverwanten (kleinkinderen, grootouders, broers/zussen) geen onderhoudsverplichting jegens elkaar hebben. Bij de invoering van het Nieuw BW in 1970 heeft de onderhoudsplicht, met name de kring van onderhoudsplichtigen, uitgebreid ter discussie gestaan. Deze discussie hing samen met de ontwikkelingen op het gebied van armenzorg. In deze periode werd immers gewerkt aan de vervanging van de Armenwet (hetgeen

⁷³ CRvB 1 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3878, USZ 2016, 422, met noot H.W.M. Nacinovic.

⁷⁴ CRvB 1 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3878, USZ 2016, 422, met noot H.W.M. Nacinovic.

resulteerde in de in 1965 ingevoerde Algemene bijstandswet), waardoor een verschuiving leek plaats te vinden van een zorgplicht binnen families naar een grotere verantwoordelijkheid voor de overheid. De verwachting van enkele leden van de vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer was dat een bepaalde categorie ouders niet langer een beroep zou hoeven doen op de kinderen, omdat deze ouders dankzij de ouderdomsvoorziening niet meer ‘behoefstig’ zouden zijn. De commissieleden merkten het volgende op: ‘het schrikbeeld van de ouder wordende arbeider of kleine zelfstandige dat hij afhankelijk moet worden van zijn kinderen, begint gelukkig te verbleken’.⁷⁵ Dezelfde leden gaven echter ook aan dat de onderhoudsplicht van kinderen jegens hun ouders nog niet was verouderd, maar zij verwachtten dat dit door de toenemende verantwoordelijkheid van de overheid snel zou gebeuren. In de Memorie van Antwoord gaf de toenmalige Minister van Justitie aan dat hij de geschetste ontwikkelingen herkende en toejuichte, maar dat de ontwikkelingen op dat moment nog in een stadium waren, waarin het te vroeg was om (buiten de onderhoudsplicht van ouders jegens hun kinderen) de privaatrechtelijke onderhoudsplicht af te schaffen.⁷⁶ Deze discussie heeft er wel in geresulteerd dat de kring van onderhoudsplichtigen werd beperkt, namelijk door de onderhoudsplicht van tweedegraads bloedverwanten af te schaffen.

Kinderen zijn dus verplicht bij te dragen aan het levensonderhoud van hun ouders, indien deze niet in staat zijn om in hun eigen levensonderhoud te voorzien. De hoogte van de onderhoudsbijdrage is afhankelijk van de behoefte van de onderhoudsgerechtigde ouder en van de draagkracht van het onderhoudsplichtige kind.⁷⁷ In de situatie van Bert is het duidelijk dat er geen financiële onderhoudsverplichting op hem rust, nu Bert zelf bijstandsgerechtigd is en zijn draagkracht dus beperkt is.

2.2.1 Inwoning

Hoewel de financiële verplichting centraal staat in Titel 17, is tevens een bepaling opgenomen ten aanzien van een mogelijke onderhoudsplicht in natura, namelijk door inwoning. Art. 1:398 lid 1 BW bepaalt:

‘Wanneer hij die tot levensonderhoud verplicht is, buiten staat is het daartoe vereiste geld op te brengen, kan de rechtbank bevelen, dat hij de

⁷⁵ Van Zeben 2017, p. 720, zie voor het uitgebreide Kamerdebat p. 724-767.

⁷⁶ Van Zeben 2017, p. 723.

⁷⁷ Art. 1:397 lid 1 BW. Voor verdere toelichting zie § 3.1.1.

bloed- of aanverwant, aan wie hij levensonderhoud verschuldigd is, bij zich in huis zal nemen en aldaar van het nodige voorzien. ’

Deze bepaling ziet op alle onderhoudsplichtige bloed- en aanverwanten, dus ook op kinderen.⁷⁸ Met de invoering van het (Nieuw) BW in 1970 is deze bepaling overgenomen uit het oude BW. Hoewel zowel vanuit de PvdA als vanuit D66 gepleit werd voor afschaffing van deze bepaling, omdat dit niet meer van deze tijd zou zijn, heeft de regering daar geen reden toe gezien.⁷⁹ Als argument werd naar voren gebracht dat deze bepaling uitkomst biedt in uitzonderlijke gevallen, waarin de onderhoudsgerechtigde onderkent dat de onderhoudsplichtige niet in staat is te betalen, maar wel in natura in zijn verplichting kan voorzien, bijvoorbeeld iemand met een boerenbedrijf (in problemen). Indien het artikel afgeschaft zou worden, dan zou de onderhoudsplichtige inwoning kunnen weigeren en zou de onderhoudsgerechtigde met lege handen staan, ook al zou deze bereid zijn om bij de onderhoudsplichtige in te wonen. In de praktijk is dit artikel echter van zeer geringe betekenis. Hier wordt namelijk geen beroep op gedaan.⁸⁰

Is het denkbaar en wenselijk, in de huidige samenleving waarin het belang van zorg voor ouders toeneemt, dat het wetsartikel over de onderhoudsverplichting nieuw leven wordt ingeblazen? Vooropgesteld dient te worden dat eerstegraads familieleden een morele verplichting hebben om voor elkaar te zorgen die ook wettelijk is verankerd door middel van de onderhoudsverplichting. Het is goed om voor ogen te houden dat de wettelijke verplichting om in het levensonderhoud van bepaalde familieleden te voorzien in beginsel een financiële plicht is en geen feitelijke zorgplicht.⁸¹ Art. 1:398 BW vormt hierop een uitzondering, namelijk in de situatie waarin iemand onvoldoende draagkracht heeft om een financiële bijdrage te betalen, maar wel de feitelijke mogelijkheden om iemand in huis te nemen. Het uitgangspunt, dat de zorgplicht uitsluitend een financiële plicht is, lijkt ons juist. Een feitelijke zorgplicht zou onzes inziens te ver ingrijpen in het recht op privéleven van zowel de onderhoudsplichtige als de onderhouds-

⁷⁸ Van Zeben 2017, p. 780.

⁷⁹ Van Zeben 2017, p. 723; Van Zeben 1969, p. 1443-1444.

⁸⁰ De uitspraken die er zijn, zien op lid twee van dit artikel, op grond waarvan ouders ‘de rechter kunnen verzoeken hen toe te staan zich van hun onderhoudsplicht jegens hun behoeftig meerderjarig kind op de in het eerste lid omschreven wijze te kwijten’. Het tweede lid ziet dus specifiek op onderhoudsplichtige ouders, en is niet relevant in het kader van dit onderzoek.

⁸¹ Op grond van art. 1:392 BW zijn onderhoudsplichtigen verplicht tot ‘het verstrekken van levensonderhoud’. Bij de bepaling van het verschuldigde ‘bedrag’ wordt rekening gehouden met de behoefte van de onderhoudsgerechtigde en de draagkracht van de onderhoudsplichtige (art. 1:397 BW).

gerechtigde. De onderhoudsplichtige noch de onderhoudsgerechtigde zou gedwongen mogen worden om iemand in huis te nemen, respectievelijk bij iemand in te trekken. Dit geldt zowel voor de privaatrechtelijke situatie (een onderhoudsgerechtigde zou inwonen niet mogen afdwingen) als voor de publiekrechtelijke situatie (de overheid zou inwonen niet mogen verlangen in het kader van de bijstandsuitkering). In § 3 wordt nader ingegaan op de privaatrechtelijk (financiële) verplichting om in het levensonderhoud van een ouder te voorzien.

2.3 Tussenconclusie

Wie is verantwoordelijk voor het levensonderhoud van de moeder van Bert? Heeft zij recht op bijstand door de overheid of is zij aangewezen op Bert? Aangezien Bert zelf een bijstandsuitkering ontvangt, heeft hij onvoldoende draagkracht om in het levensonderhoud van zijn moeder te voorzien. Zijn moeder is dus afhankelijk van de bijstand en Bert ook. Met andere woorden: de staat neemt hier de verantwoordelijkheid van deze burgers – die primair zelf verantwoordelijk zijn voor hun levensonderhoud – over. De familie speelt geen rol, nu Bert geen financiële draagkracht heeft. De vraag rijst of er familierechtelijk gezien niet een verplichting zou zijn dat Bert zijn moeder in huis neemt om voor haar te zorgen, nu de rechter op grond van art. 1:398 BW familieleden de plicht op kan leggen om een onderhoudsgerechtigde in huis te nemen. Deze bepaling lijkt echter een dode letter. Het lijkt ons gezien het toenemende belang van het recht op privéleven, beslist niet wenselijk om hier verandering in te brengen.

De PW vormt het vangnet onder het stelsel van sociale zekerheid en dit brengt met zich mee dat tegenover de bijstandsuitkering een strikte verplichting staat om inspanningen te verrichten om aan het werk te gaan; dus om uit de uitkeringssituatie te komen en weer zelfstandig in het eigen inkomen te kunnen voorzien. In het voorgaande scenario gingen we na in hoeverre de PW de uitkeringsgerechtigde ondersteunt dan wel belemmert bij het verrichten van feitelijke zorg voor ouders. De aanleiding voor deze vraag was dat op burgers – zo is de bedoeling in de WMO 2015 – in toenemende mate een beroep wordt gedaan om voor hun naaste te zorgen. Het is dan ook interessant om na te gaan hoe de rechtspositie van burgers met een bijstandsuitkering die voor een naast familielid willen zorgen eruit ziet. Uit het voorgaande blijkt dat het verlenen van feitelijke zorg tussen eerstegraads familieleden op enkele onderdelen gevolgen kan hebben voor de rechtspositie van de bijstandsgerechtigde in de PW.

Ten eerste biedt de PW in beginsel de mogelijkheid om de uitkeringsgerechtigde tijdelijk te ontheffen van de arbeidsverplichting en van de verplichting om een tegenprestatie te verrichten. Dit is echter alleen mogelijk als er sprake is van dringende redenen. Zorgtaken kunnen een dringende reden zijn, maar zijn dat niet zonder meer. Van de uitkeringsgerechtigde wordt namelijk gevergd dat hij op zoek gaat naar een alternatief voor zijn eigen zorgactiviteit, zoals thuiszorg, of voor de financiering van de zorg die hij zelf verleent, zoals een pgb. De gemeente zal zorgtaken dus niet snel als dringende reden voor een tijdelijke ontheffing van de verplichtingen mogen aanmerken. De plichten tot arbeidsinschakeling en tot het verrichten van onbeloonde maatschappelijk nuttige werkzaamheden maken feitelijke zorg uiteraard niet onmogelijk, maar ze kunnen wel aan meer of minder intensieve zorg in de weg staan.

Ten tweede is het opnemen van onbetaald verlof zoals langdurend zorgverlof geen optie voor personen die in de bijstand zitten of voor hen die van een (zeer) laag inkomen rond moeten komen. Dit is het gevolg van de uitsluitingsgrond van onbetaald verlof voor het recht op algemene bijstand. Het zorgverlofrecht, dat nota bene in de Wet arbeid en zorg is geregeld, is dus niet toegankelijk voor personen met een laag inkomen. Dergelijke 'luze' is er alleen voor hen die over voldoende middelen beschikken om het inkomensverlies van het onbetaalde verlof te kunnen dragen. Dit impliceert dat zorgverlening door naasten niet door de PW erkend wordt als een activiteit met een hoge maatschappelijke waarde, zoals dit is vormgegeven in de WMO 2015.

Tenslotte is samenwonen, hetgeen juist bij intensieve zorgverlening nodig kan zijn, niet aantrekkelijk nu de KDN geen uitzonderingsgrond bevat voor zorgsituaties. Voor familieleden in de eerste en tweede graad is de KDN altijd van toepassing, en dus leidt samenwonen ook in de zorgsituatie tot de lagere bijstandsnorm. Het sluiten van een commerciële huur- of een kostgangersovereenkomst verandert dit niet. Anders dan voor familieleden vanaf de derde graad en voor niet familieleden leiden dergelijke contracten tussen eerste en tweede graad familieleden niet tot het uitschakelen van de KDN. Het is daarentegen wel mogelijk om tijdelijk omwille van zorgverlening samen te gaan wonen; dan blijft de KDN buiten beeld. Een structurele oplossing is dit echter niet. Het behoeft dan ook geen betoog dat de toepassing van de KDN in zorgsituaties de bereidheid om zorg te verlenen niet bevordert. Met de zorgbehoevende de woning te delen is dan evenmin een aantrekkelijke optie.

Het bovenstaande onderstreept dat de PW niet in de eerste plaats bedoeld is voor de ondersteuning van personen die voor een naaste willen of moeten zorgen. De

PW is een voorziening voor mensen die zelf niet in staat zijn om de noodzakelijke kosten van het bestaan te betalen. Daarbij staat de eigen verantwoordelijkheid van de burger centraal om al datgene te doen wat nodig en mogelijk is om in het eigen bestaan te voorzien.

3. Zorg aan ouder: kind met vermogen

Bert is binnen het bedrijf waar hij op jonge leeftijd begon directeur geworden met een goed salaris. Hij is getrouwd en heeft samen met zijn vrouw twee minderjarige kinderen. Ook in deze situatie is zijn moeder door het ongeluk afhankelijk van zorg en kan ze niet in haar eigen levensonderhoud voorzien.

3.1 Verplichtingen van kinderen op grond van Boek 1 BW

Zoals reeds bleek in het eerste scenario hebben bepaalde bloed- en aanverwanten een wettelijke onderhoudsplicht. In de rechtspraktijk speelt met name de onderhoudsplicht van ouders jegens hun kinderen een grote rol. In het kader van deze bijdrage is het echter interessant om te bezien wat de wettelijke plicht is van de tweede categorie, namelijk die van kinderen jegens hun ouders. Zoals reeds bleek uit 2.2 was bij de invoering van het nieuwe BW in 1970 de verwachting dat de onderhoudsplicht van kinderen jegens hun ouders op den duur zou komen te vervallen, omdat de sociale voorzieningen (en dus de overheid) het over zouden nemen. De overheid lijkt hier echter steeds meer op terug te komen door de verantwoordelijkheid weer meer bij de burgers zelf te leggen en bij hun naasten. Ook al spelen de onderhoudsverplichtingen van kinderen jegens hun ouder(s) in de rechtspraktijk nu geen rol, toch is het met het oog op deze ontwikkelingen de moeite waard om het scenario waarin kinderen wettelijk verplicht zijn om hun ouder(s) in nood te ondersteunen, nu alvast constructief kritisch te doordenken. Stel, we nemen de onderhoudsverplichting van kinderen voor hun ouders serieus, dan rijzen verschillende vragen. We bespreken hier de volgende vragen: Wat houdt de onderhoudsplicht in (§ 3.1.1), hoe om te gaan met meerdere onderhoudsplichtigen en -gerechtigden (§ 3.1.2) en welke mogelijkheden hebben kinderen en ouders om hierover afspraken te maken (§ 3.1.3)? Vervolgens wordt de huidige rechtspraktijk besproken (§ 3.1.4) In de discussie wordt tevens ingegaan op de vraag of het wenselijk is om deze onderhoudsverplichting van kinderen jegens hun ouders nieuw leven in te blazen.

3.1.1 De onderhoudsverplichting

Kinderen hebben een onderhoudsplicht indien hun ouders behoeftig zijn,⁸² dat wil zeggen, wanneer de ouders niet in staat zijn om in hun eigen levensonderhoud te voorzien. De hoogte van de onderhoudsbijdrage (ook wel alimentatie genoemd) is afhankelijk van de behoefte van de onderhoudsgerechtigde (in dit geval *de moeder van Bert*) en de draagkracht van de onderhoudsplichtige(n) (*Bert*). De begrippen behoefte en draagkracht zijn open normen die de rechter een discretionaire bevoegdheid geven om hier een nadere invulling aan te geven. In geval van kinder- en partneralimentatie bestond er in de jaren '70 behoefte aan meer rechtszekerheid ten aanzien van deze begrippen. De rechterlijke macht heeft daarom door de jaren heen richtlijnen opgesteld en ontwikkeld, de alimentatienormen, die hier normen voor geven.⁸³ Aangezien er nagenoeg niet geprocedeerd wordt over de onderhoudsplicht van kinderen jegens hun ouders bestaan er geen richtlijnen die invulling geven aan de behoefte van een ouder en de draagkracht van een kind. In hoeverre zouden de bestaande richtlijnen aanknopingspunten kunnen bieden voor het vaststellen van ouderalimentatie?

De bestaande alimentatienormen lenen zich slechts ten dele voor deze situatie, nu zij in beginsel bedoeld zijn voor de berekening van kinder- en partneralimentatie (na scheiding). De alimentatienormen die zien op de behoeftebepaling bij kinderalimentatie zijn gebaseerd op de kosten voor een kind,⁸⁴ en de behoeftebepaling bij partneralimentatie is gebaseerd op de welstand tijdens het huwelijk (en nadrukkelijk niet op een bestaansminimum). Daarom zou wat betreft de behoeftebepaling van een ouder toepassing van de bestaande richtlijnen inzake kinder- of partneralimentatie niet passend zijn. De vraag rijst welke norm dan wel gehanteerd zou kunnen worden voor ouders. Zou het wenselijk zijn een bestaansminimum te hanteren, vergelijkbaar met de bijstandsnorm? Ten aanzien van de draagkracht van de onderhoudsplichtige zou daarentegen aansluiting bij de alimentatierichtlijnen wellicht mogelijk zijn, waarbij de richtlijnen voor partneralimentatie meer voor de hand liggen dan die voor kinderalimentatie. Bij kinderalimentatie wordt immers uitgegaan van een forfaitair systeem. Zo mag een onderhoudsplichtige ouder bijvoorbeeld niet de werkelijke kosten, maar slechts

⁸² Art. 1:392 lid 2 BW.

⁸³ Rapport Alimentatienormen, www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civil/Familie-en-jeugdrecht/Paginas/Expertgroep-Alimentatienormen.aspx (laatst geraadpleegd op 29 maart 2020).

⁸⁴ Behoeftetabel, www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civil/Familie-en-jeugdrecht/Paginas/Expertgroep-Alimentatienormen.aspx (laatst geraadpleegd op 29 maart 2020).

een bepaald percentage van het inkomen reserveren voor woonlasten. Eventuele hogere woonlasten komen voor rekening van de onderhoudsplichtige. De nadruk bij de berekening van kinderalimentatie ligt dus op de prioriteit die kinderen hebben boven andere uitgaven. Ten aanzien van partneralimentatie is dit anders. Bij de berekening van de draagkracht kan veel meer rekening worden gehouden met de werkelijke lasten van de alimentatieplichtige.⁸⁵ Aangezien ouderalimentatie, net als partneralimentatie, geen voorrang heeft op eigen uitgaven, zoals wel het geval is bij kinderalimentatie, zou maatwerk bij de berekening van de draagkracht de voorkeur verdienen boven een forfaitaire berekening.

3.1.2 Meerdere onderhoudsplichtigen en -gerechtigden

Als een ouder meerdere kinderen heeft, rijst het vraagstuk hoe hun onderlinge verhouding vorm krijgt. Als meerdere onderhoudsplichtigen dezelfde onderhoudsgerechtigde moeten ondersteunen, dan dient ieder in een deel van de behoefte van de onderhoudsgerechtigde te voorzien. Volgens de wet zou de verdeling tussen de onderhoudsplichtigen afhankelijk zijn van ieders draagkracht en van de verhouding (relatie) tussen de onderhoudsplichtige en de onderhoudsgerechtigde.⁸⁶ De wetgever heeft uitdrukkelijk niet voor een hoofdelijke aansprakelijkheid gekozen.⁸⁷ In de huidige praktijk is deze bepaling met name van belang in de situatie waarin zowel beide ouders en een stiefouder verantwoordelijk zijn voor het levensonderhoud van een kind. Uit het artikel volgt dat de stiefouder mogelijk een grotere bijdrage moet leveren, indien zijn verhouding tot het kind nauwer is dan die van de ouder tot het kind.

Hoe zou dit artikel (1:397 lid 2) nu geïnterpreteerd kunnen worden, indien de onderhoudsplicht van kinderen jegens hun ouders (nieuw) leven zou worden ingeblazen? Zou dit betekenen dat het ene kind een grotere verantwoordelijkheid zou hebben jegens een ouder, omdat het een andere band heeft met de ouder dan het andere kind? Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat in eerste instantie gedacht werd aan de graad van bloed-/aanverwantschap.⁸⁸ Zo zou het waarschijnlijk zijn dat een kind voor zijn vader een grotere verantwoordelijkheid heeft dan voor de schoonvader. Er is echter bewust geen rangorde opgenomen, omdat gekeken zou moeten worden naar de omstandigheden van het geval. Daarbij werd gedacht aan: ‘of de schuldenaar steeds in nauwe relatie tot de behoeftige heeft

⁸⁵ Rapport Alimentatienormen, www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civil/Familie-en-jeugdrecht/Paginas/Expertgroep-Alimentatienormen.aspx (laatst geraadpleegd op 29 maart 2020).

⁸⁶ Art. 1:397 lid 2 BW.

⁸⁷ Van Zeben 2017, p. 774.

⁸⁸ Van Zeben 2017, p. 774.

gestaan, of hij zelf van deze in een tijd van voorspoed hulp heeft ontvangen, of beiden in hetzelfde land wonen'.⁸⁹ De situatie waarin meerdere kinderen (onderhoudsplichtigen) verantwoordelijk zouden zijn voor een ouder (onderhoudsgerechtigde) is niet expliciet besproken; wel werd onderkend dat deze bepaling veel stof voor discussie kan geven in de rechtszaal, waarbij de rechter een grote mate van vrijheid werd toegedicht.

De tegenovergestelde situatie kan zich ook voordoen, waarin de onderhoudsplichtige verantwoordelijk is voor meerdere onderhoudsgerechtigden, bijvoorbeeld ten aanzien van meerdere ouders, kinderen of ten aanzien van ouders, kinderen en een ex-partner. Terwijl er voor de situatie waarin er meerdere onderhoudsplichtigen zijn, bewust geen rangorde is neergelegd, is in art. 1:400 lid 1 BW wel een duidelijke voorrangsregeling opgenomen voor de situatie van meerdere onderhoudsgerechtigden. Bij onvoldoende draagkracht gaat de onderhoudsverplichting jegens een kind voor op de andere onderhoudsverplichtingen. Deze bepaling stamt uit 2009 en had als doel om kinderen een sterkere positie te geven ten aanzien van (ex-)echtgenoten en andere onderhoudsgerechtigden.⁹⁰ De onderhoudsplichten jegens een (ex-)partner en een ouder vallen onder 'andere onderhoudsverplichtingen' en staan daarmee op gelijke voet.⁹¹

De situatie van Bert en zijn moeder

In de casus van Bert zou dit betekenen dat de onderhoudsverplichting jegens zijn kinderen vóór zijn onderhoudsplicht jegens zijn moeder gaat. Zou een onderhoudsgerechtigde ouder (*de moeder van Bert*) al een procedure starten, hetgeen in de praktijk nu nauwelijks gebeurt, dan zal eerst de behoefte van de kinderen (van Bert) en de draagkracht van de andere ouder (*de vrouw van Bert*) bepaald moeten worden,⁹² alvorens een onderhoudsbijdrage voor de onderhoudsgerechtigde ouder (*de moeder van Bert*) vastgesteld kan worden. Het is maar zeer de vraag of het wenselijk is om deze onderhoudsplicht (nieuw) leven in te blazen. Niet alleen zet het de familieverhoudingen op scherp, maar het zal, mede gezien de complexiteit van de berekening zoals hiervoor omschreven, ook kostbare procedures met zich mee brengen, zowel voor partijen, als voor de maatschappij.⁹³

⁸⁹ Van Zeben 2017, p. 774.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2006/07 30145, nr. 8; *Kamerstukken II*, 2003/04, 29480, nr. 3.

⁹¹ De vraag of ouders, dan wel partners, een voorrangspositie zouden moeten innemen, blijft buiten het bereik van dit onderzoek.

⁹² HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:163.

⁹³ Zie ook Jonker, Wijngaard & Van Foreest 2020.

3.1.3 Contracteren over levensonderhoud

De vraag rijst in hoeverre ouders en kinderen de mogelijkheid hebben om te contracteren over de onderhoudsverplichting. De hoofdregel, zoals opgenomen in art. 1:400 lid 2 BW, bepaalt dat overeenkomsten waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, nietig zijn. Onderhoudsplichtigen en onderhoudsgerechtigden kunnen wel afspraken maken over de hoogte van de onderhoudsbijdrage, maar het uitsluiten van de onderhoudsverplichting zou in strijd zijn met de openbare orde.⁹⁴ De algemene bewoording van het artikel ‘volgens de wet verschuldigde levensonderhoud’ impliceert dat het van toepassing is op alle onderhoudsplichtigen en niet uitsluitend op kinderen. Dit wordt versterkt door het feit dat op deze regel een uitzondering is gemaakt, namelijk ten aanzien van echtgenoten.⁹⁵ Echtgenoten mogen vóór of na de beschikking tot echtscheiding afspreken of al dan niet een onderhoudsbijdrage verschuldigd is. Een overeenkomst waarin ex-partners afspreken dat geen onderhoudsbijdrage betaald hoeft te worden, sluit de verhaalsbevoegdheid van gemeenten echter niet uit.⁹⁶ Gemeenten zijn immers bevoegd om teveel uitgekeerde bijstandsgelden terug te vorderen en desnoods ook op derden te verhalen. De autonomie van echtgenoten is dus beperkt, aangezien de gemeente, ondanks een nihilbeding, kan vaststellen welk bedrag verhaald dient te worden op de onderhoudsplichtige echtgeno(o)t(e).

Indien ouderalimentatie nieuw leven zou worden ingeblazen, dient heroverwogen te worden of het nog steeds ‘in strijd met de openbare orde is’ om de onderhoudsplicht contractueel uit te sluiten. In het geval van kinderalimentatie valt hier veel voor te zeggen,⁹⁷ deze alimentatie dient immers ter bescherming van het belang van het kind, dat nog niet financieel zelfstandig kan zijn; maar waarom zou ouderalimentatie in dit kader niet gelijkgesteld kunnen worden met partneralimentatie? In beide gevallen gaat het om meerderjarigen en de maatschappelijke opvatting over ‘de openbare orde’ is zeer waarschijnlijk aan verandering onderhevig geweest. Uit onderzoek blijkt dat slechts een derde van de ondervraagden van mening is dat kinderen financieel voor hun ouders moeten zorgen.⁹⁸ Of ouders en kinderen in de praktijk over de onderhoudsplicht zouden contracteren is de vraag. Partners worden min of meer gedwongen om hier over na te denken na een scheiding, terwijl dit voor ouders en kinderen anders ligt.

⁹⁴ De Boer 2010.

⁹⁵ Art. 1:158 BW.

⁹⁶ Art. 1:159a BW, zie ook § 3.2.

⁹⁷ Zie HR 1 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1689.

⁹⁸ Te Riele & Kloosterman 2015, p. 4.

De situatie van Bert en zijn moeder

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Bert een wettelijke onderhoudsplicht heeft jegens zijn moeder. De hoogte is afhankelijk van twee elementen: de draagkracht van Bert en de behoefte van zijn moeder. Bij het bepalen van zijn draagkracht dient ook rekening gehouden te worden met de verplichting van Bert jegens zijn kinderen die voorrang heeft op de onderhoudsplicht jegens zijn moeder. Bert en zijn moeder kunnen afspraken maken over de hoogte van de onderhoudsbijdrage, maar het is de vraag hoe ver hun autonomie reikt.

3.1.4 De rechtspraktijk

De gepubliceerde jurisprudentie schetst een ander beeld, namelijk dat de verwachting van de Commissie van Justitie is uitgekomen.⁹⁹ Ouders lijken niet te procederen tegen hun kinderen met een beroep op hun recht op levensonderhoud, nu er weinig gepubliceerde uitspraken zijn waarin dit het geval is.¹⁰⁰ Onbekend is wat de achterliggende redenen hiervoor zijn. In het kader van dit onderzoek is gezocht op '1:392' in de database van rechtspraak.nl. Dit leverde 374 hits op, maar slechts drie zaken waren relevant.¹⁰¹ De eerste twee zaken stonden in het teken van het belastingrecht. In de eerste zaak had de zoon een gebruiksrecht op een dure woning verleend aan zijn ouders.¹⁰² De vraag die hier centraal stond was of dit een schenking was (waarvoor belasting moest worden betaald) of dat dit, zoals de zoon aanvoerde, een voorziening in het levensonderhoud voor zijn ouders was. De rechtbank oordeelde dat sprake was van een schenking en niet van een voldoening van de wettelijke onderhoudsplicht, nu er geen sprake was van behoefte van de ouders in de zin dat zij een behoefte zouden hebben ter waarde van de dure villa.

De tweede zaak ging over twee broers die ieder een overeenkomst hadden gesloten met hun vader, waarin werd afgesproken dat de zoons de bezittingen van de vader zouden exploiteren en de ouders (daarmee) financieel zouden ondersteunen.¹⁰³ Terwijl de ene zoon zijn afspraken met hun vader was nagekomen (namelijk winstdeling), kwam de andere zoon de afspraken niet na. Daarom spande de nakomende zoon een zaak aan tegen zijn broer, mede omdat de broer niet zou voldoen aan zijn onderhoudsplicht jegens hun vader, die ten

⁹⁹ Zie § 2.2.

¹⁰⁰ De Boer 2010. Zie ook de brief van de VNG aan het Ministerie van Justitie en Veiligheid, 22 augustus 2018.

¹⁰¹ Veel zaken gingen over de onderhoudsplicht van ouders jegens jongmeerderjarigen.

¹⁰² Rb Arnhem 26 oktober 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:BD2935.

¹⁰³ Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10117.

grondslag zou liggen aan de ‘familieovereenkomst’ die de broers met hun vader/ouders gesloten hadden. Het hof ging niet in op de grief ten aanzien van de onderhoudsverplichting, aangezien het beroep al strandde op het feit dat de nakomende zoon geen vorderingsrecht had jegens zijn broer. Er was immers sprake van een overeenkomst tussen de broer en zijn vader en niet gebleken was dat er een derdenbeding bestond.

De derde en laatste zaak betrof een geschil tussen twee nabestaanden (twee volwassen kinderen) en de gemeente over de kosten van de crematie van de vader van de twee kinderen.¹⁰⁴ De gemeente had deze kosten op zich genomen en wilde ze verhalen op de kinderen op grond van art. 22 van de Wet op de Lijkbezorging. Daarin is bepaald dat de gemeente een verhaalsbevoegdheid heeft op ‘de nalatenschap en, bij ongenoegzaamheid van deze, op de bloed- en aanverwanten, die krachtens de artt. 392-396 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek tot onderhoud van de overledene verplicht zouden zijn geweest’. De rechtbank oordeelde dat de gemeente de kosten op de kinderen kon verhalen, ook in de situatie waarin zij de nalatenschap van de vader hadden verworpen. Het erfrecht staat los van de verhaalsbevoegdheid van gemeenten. Evenmin is het noodzakelijk om de hoogte van de kosten die betaald moeten worden te baseren op de draagkracht van de kinderen, aangezien de Wet op de Lijkbezorging niet verwijst naar art. 1:397 BW (dat ziet op de maatstaven voor het vaststellen van de hoogte van een onderhoudskosten). Daarbij nam de rechtbank tevens in aanmerking ‘dat de maatstaven van behoefte en draagkracht zich naar hun aard niet lenen voor toepassing bij beoordeling van verhaal van een eenmalig bedrag aan kosten van lijkbezorging’.

De gepubliceerde zaken laten alle drie zien dat ouders niet zelf procederen. Het zijn de belastingdienst, een broer en de gemeente die kinderen aanspreken op gelden die zijn (in de belastingzaken) of zouden moeten worden betaald. Met andere woorden, in twee van de drie zaken doet de overheid een beroep op de privaatrechtelijke (financiële) zorgplicht van kinderen, maar de ouders zelf doen dat niet. Denkbaar is dat ouders niet op de hoogte zijn van de mogelijkheid, maar het is ook goed mogelijk dat ouders liever een beroep doen op de bijstand dan dat ze een juridische procedure starten tegen hun kinderen. Onderzoek van het CBS uit 2015 toont aan dat 3% van de kinderen financiële hulp bood aan ouders.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Rb Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2014:9354.

¹⁰⁵ Te Riele & Kloosterman 2015, p. 12. Eerder onderzoek uit 2004 liet nog een groot verschil zien tussen zonen en dochter (Knijn & Liefbroer 2004, p. 84), maar deze conclusie volgde niet uit het onderzoek van het CBS.

Nu de onderhoudsverplichting van kinderen jegens ouders in de praktijk niet wordt afgedwongen, rijst ook in het licht van dit gegeven de vraag of het wenselijk zou zijn om ouderalimentatie te laten herleven. Vanuit overheidsoverwegingen zou bepleit kunnen worden dat herleving van deze verplichting zal leiden tot besparingen ten aanzien van de bijstand, omdat voor deze categorie kosten die nu bij de overheid liggen in de vorm van bijstand bij de familie komen te liggen. Toch is het van belang om ook naar de (financiële) keerzijde te kijken. Uit het voorgaande blijkt dat de berekening zeer complex kan worden, zeker indien er sprake is van meerdere onderhoudsplichtigen en onderhoudsgerechtigden. De huidige alimentatiepraktijk, met name die van de samengestelde gezinnen waarin eveneens sprake is van meerdere onderhoudsplichtigen en onderhoudsgerechtigden, laat dit duidelijk zien.¹⁰⁶ Daarnaast kan het veranderlijkebeginsel, dat een belangrijk uitgangspunt vormt binnen het alimentatierecht, ertoe leiden dat veelvuldig geprocedeerd zal worden. Dit beginsel brengt immers met zich mee dat de hoogte van de onderhoudsbijdrage afhankelijk is van de omstandigheden en het is een feit van algemene bekendheid dat de omstandigheden door de jaren heen kunnen veranderen, hetgeen aanleiding kan zijn om te procederen over een wijziging van de alimentatie. De complexiteit en het veranderlijkebeginsel zullen voor nieuwe uitgaven zorgen, namelijk door de extra belasting voor de rechterlijke macht en de kosten voor rechtsbijstand voor de partijen. Het is de vraag of dit opweegt tegen de mogelijke besparingen op de bijstand (zie § 3.2). Bovendien rijst de vraag wat de huidige grondslag zou zijn voor ouderalimentatie: is een dergelijke verplichting in het licht van de huidige maatschappelijke opvattingen op zijn plaats? Terwijl bij kinderenalimentatie beredeneerd kan worden dat ouders een verantwoordelijkheid hebben jegens hen, omdat zij hen op de wereld hebben gezet, en bij (ex-)partners een verantwoordelijkheid voortvloeit omdat zij een relatie zijn aangegaan, is de verantwoordelijkheid van kinderen voor ouders inmiddels minder vanzelfsprekend.¹⁰⁷ Onzes inziens is het dan ook niet wenselijk om de wettelijke onderhoudsverplichting van kinderen jegens hun ouders (nieuw) leven in te blazen, mede ook omdat dit de familieverhoudingen op scherp zal zetten.

3.2 Verhouding verplichtingen op grond van de PW en het BW

Uit het voorgaande blijkt dat kinderen op grond van het BW een plicht hebben om in het levensonderhoud van hun ouders te voorzien. De vraag die in deze paragraaf aan de orde komt is hoe deze verplichting zich verhoudt tot de

¹⁰⁶ Jonker, Wijngaard & Van Foreest 2020.

¹⁰⁷ Te Riele & Kloosterman 2015, p. 12.

wetgeving op het terrein van de sociale zekerheid (het recht op bijstand). In de onderhavige paragraaf staan de volgende vragen centraal. Welke gevolgen heeft het ontvangen van een onderhoudsbijdrage voor het recht op en de hoogte van de bijstand (§ 3.2.1)? Kan de gemeente de kosten van de bijstand verhalen op Bert, indien hij wel voldoende draagkracht heeft om in het levensonderhoud van zijn moeder te voorzien, maar de verplichting niet nakomt (§ 3.2.2)? Met andere woorden, heeft Bert een primaire verplichting om in het levensonderhoud van zijn moeder te voorzien?

3.2.1 Gevolgen ontvangen onderhoudsbijdrage

Zoals uit § 2.1.1 bleek, gaat het bij de middelentoets zowel om alle inkomens- en vermogensbestanddelen waarover de betrokkene actueel beschikt, als ook om die bestanddelen en voorliggende voorzieningen waarover hij redelijkerwijs kan beschikken. Zo wordt onder inkomen bijvoorbeeld ook verstaan uitkeringen tot levensonderhoud op grond van Boek 1 BW.¹⁰⁸ Indien Bert zijn moeder financieel ondersteunt in haar levensonderhoud, dan geldt dit als inkomen en is dus relevant voor de middelentoets. Indien de onderhoudsbijdrage toereikend is, dan komt bijstand niet in beeld. Blijft de hoogte van de onderhoudsbijdrage onder de voor de moeder geldende bijstandsnorm, dan heeft de moeder recht op aanvullende bijstand. In hoeverre de gemeente controleert of een bijstandsgerechtigde redelijkerwijs over deze ‘voorliggende voorziening’ kan beschikken is echter de vraag. Onze verwachting is dat gemeenten niet controleren of bijstandsgerechtigden aanspraak (kunnen) maken op een onderhoudsbijdrage van hun kinderen. Uit de volgende paragraaf zal blijken dat de overheid gekozen heeft voor een primaire verantwoordelijkheid van de gemeente ten aanzien van de financiële zorg voor ouders. Een gemeente kan de onderhoudsbijdrage niet verhalen op kinderen, dus deze zal evenmin de mogelijkheid hebben om bijstandsgerechtigden te dwingen eerst een onderhoudsbijdrage te verzoeken aan hun kinderen, alvorens een aanspraak te kunnen maken op bijstand.

De situatie is anders als Bert geen onderhoudsbijdrage aan zijn moeder betaalt, maar de kosten van huur, energie en/of de ziektekostenpremie van zijn moeder direct aan de derde voldoet. Deze bedragen zijn alleen dan middelen (als bedoeld in art. 31, lid 1 PW) die onder de middelentoets vallen als de moeder erover beschikt of redelijkerwijs kan beschikken. Het leidende criterium is volgens de CRvB of de moeder zelf feitelijk kan of heeft kunnen bewerkstelligen dat deze bedragen nog voor andere kosten van haar levensonderhoud worden

¹⁰⁸ Art. 32 lid 1 sub a PW.

aangewend.¹⁰⁹ Nu dit niet het geval is – Bert heeft immers de bestemming van de bedragen bepaald – kan de moeder redelijkerwijs niet over de bedragen beschikken. De bedragen zijn dus niet van invloed op het *recht* op bijstand. Ze spelen echter wel een rol bij het vaststellen van de *hoogte* van de bijstandsuitkering. De moeder hoeft nu bepaalde kosten niet meer zelf te voldoen die ze anders van haar bijstand had moeten betalen. Dit levert haar een substantiële besparing op. Omdat bijstand afgestemd moet worden op de feitelijke behoeften in het individuele geval, ontvangt de moeder minder bijstand indien Bert de rekening voor huur, energie en/of ziektekostenpremie van haar betaalt.¹¹⁰ Haar bijstandsnorm wordt met dit bedrag verlaagd. Dit is het logische gevolg van het feit dat de bijstand het vangnet is van de sociale zekerheid.¹¹¹

Wat nu als Bert wel een verplichting (voldoende draagkracht) heeft op grond van het BW, maar er geen onderhoudsbijdrage is vastgesteld, overeengekomen of betaald (om wat voor reden dan ook, bijv. omdat zijn moeder dat niet wil)?

3.2.2 Verhaalsbevoegdheid gemeenten

Zoals reeds eerder genoemd hadden tot 1965 uitsluitend familieleden een primaire (morele) verantwoordelijkheid om in elkaars levensonderhoud te voorzien, waarbij de staat geen verantwoordelijkheid had. Met de komst van de Algemene Bijstandswet in 1965 werd de zorg verschoven van familieleden naar de overheid. Gezinsleden hebben nog steeds een (primaire) onderhoudsplicht, maar de overheid heeft in bepaalde gevallen eveneens een (primaire) plicht. Zoals reeds genoemd in § 2 voorziet de overheid, te weten de gemeente, in een bijstandsuitkering indien iemand niet in staat is om in zijn eigen levensonderhoud te voorzien. In enkele gevallen heeft de gemeente de bevoegdheid om (een deel van) deze uitkering te verhalen op degenen die op grond van Boek 1 BW een onderhoudsplicht hebben. De verhaalsbevoegdheid, geregeld in art. 62 PW, is beperkt tot de echtgenoot (die niet in gezinsverband samenleeft), de ouder van een minderjarig kind en tot het *minderjarige* kind dat een onderhoudsplicht heeft jegens zijn ouder. Daarnaast kan de gemeente verhaal zoeken op een ex-echtgenoot en op degene die zijn onderhoudsplicht jegens een jongmeerderjarig (stief)kind niet nakomt.¹¹² Er bestaat dus geen verhaalsbevoegdheid jegens een

¹⁰⁹ CRvB 4 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:719, *USZ* 2014/118 met noot H.W.M. Nacinovic.

¹¹⁰ Art. 18 lid 1 PW.

¹¹¹ CRvB 4 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:719, *USZ* 2014/118 met noot H.W.M. Nacinovic.

¹¹² Een meerderjarig kind tot 21 jaar.

meerderjarig kind voor de bijstand verleend aan zijn ouder. De wetgever heeft hier destijds heel bewust voor gekozen. De aanspraken op levensonderhoud tussen ouders en minderjarige kinderen zijn volgens de wetgever ‘zo hecht in het rechtsbewustzijn en in de economische structuur der maatschappij verankerd’ dat nakoming niet als een probleem wordt ervaren.¹¹³ Mocht het in de praktijk wel tot problemen leiden, dan is het afdwingen ervan door middel van een verhaalsrecht op z’n plaats. Ten aanzien van de relatie tussen meerderjarige kinderen en ouders lag dit anders. Met het oog op de veranderende maatschappelijke opvattingen was de wetgever van oordeel dat de privaatrechtelijke onderhoudsverplichting tussen meerderjarige kinderen en ouders haar grondslag nog steeds vond in de morele plicht om voor elkaar te zorgen. Tegelijkertijd was de wetgever van mening dat van ouders niet verwacht hoeft te worden dat zij eerst hun meerderjarige kinderen aanspreken, alvorens een beroep te kunnen doen bijstand.¹¹⁴

Op basis hiervan onderscheidt De Boer twee categorieën.¹¹⁵ Tot de eerste categorie behoren de onderhoudsplichtigen die op grond van het privaatrecht een onderhoudsplicht hebben, met wie wel rekening wordt gehouden in het publiekrecht (lees: PW), namelijk door de gemeente de bevoegdheid te verlenen om de verleende bijstand op deze categorie onderhoudsplichten te verhalen. Door de verhaalsbevoegdheid heeft de staat een subsidiaire onderhoudsplicht, terwijl de primaire onderhoudsplicht bij de genoemde familieleden ligt. Ook de tweede categorie betreft onderhoudsplichtigen die op grond van het privaatrecht een onderhoudsplicht hebben. Ten aanzien van deze categorie wordt echter geen rekening gehouden in het publiekrecht. Er is dus geen verhaal mogelijk en daardoor is de onderhoudsplicht van deze categorie nevensgeschikt aan die van de overheid.

3.3 Tussenconclusie

Op deze plaats maken we een tussenbalans op waarin we kijken naar de onderhoudsverplichtingen van kinderen op basis van het BW en de onderlinge verhouding tussen het BW en de PW in de situatie waarin kinderen inderdaad onderhoudsplichtig zijn. Deze situatie doet zich voor als kinderen over voldoende draagkracht beschikken om een financiële bijdrage te kunnen leveren aan hun behoeftige ouders.

¹¹³ *Kamerstukken II* 1961/62, 6796, nr. 3, p. 14.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 1961/62, 6796, nr. 3, p. 14.

¹¹⁵ De Boer 2010.

In het scenario van Bert en zijn moeder, waarin Bert voldoende inkomen en een eigen gezin heeft, kan het volgende worden opgemerkt. Hoewel Bert op grond van het BW een onderhoudsplicht heeft jegens zijn moeder en het naar de letter van de wet niet mogelijk lijkt om deze ‘weg te contracteren’, is deze verplichting niet absoluut, gezien zijn verplichtingen jegens zijn vrouw en andere familieleden en de verplichting van de overheid om in bijstand te voorzien. In de eerste plaats hebben zijn kinderen voorrang op zijn onderhoudsplicht jegens zijn moeder. In de tweede plaats is zijn verplichting nevensgeschikt aan de verplichting die de overheid heeft jegens zijn moeder. Indien Bert een bijdrage betaalt aan zijn moeder, dan zal dit van invloed zijn op de middelentoets (de vraag of zijn moeder recht heeft op bijstand) en, mocht zijn moeder een bijstandsrecht hebben, op de hoogte daarvan. Als Bert derden (bijvoorbeeld de verhuurder van zijn moeder) betaalt, dan heeft deze bijdrage slechts gevolgen voor de hoogte van de bijstand. Betaalt Bert echter geen bijdrage, dan volgt uit het systeem van de PW, dat hij geen ‘primaire’ verantwoordelijkheid heeft, aangezien de gemeente niet de mogelijkheid heeft om de onderhoudsbijdrage op hem te verhalen. Deze constatering impliceert dat de onderhoudsgerechtigde degene is die beslist wie hij aanspreekt: de meerjarige kinderen of de overheid. In functie daarvan wordt de eerst aangesprokene(n) de hoofdverantwoordelijke omdat de bijdrage wel gevolgen heeft voor de bijstandsregeling; ze valt immers onder de middelentoets. Indien de onderhoudsgerechtigde slechts een of enkele van de kinderen aanspreekt, zal de rechter bij de berekening van de hoogte van de onderhoudsbijdrage rekening moeten houden met alle onderhoudsplichtigen. De onderhoudsgerechtigde kan dus wel ‘kiezen’ tussen een privaatrechtelijke of een publiekrechtelijke bijdrage in het levensonderhoud, maar kan geen onderscheid maken tussen de verschillende eerstegraads bloedverwanten, door de een wel aan te spreken en de ander niet.

4. Beschouwing en conclusie

In deze bijdrage staat de vraag centraal hoe Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Participatiewet zich tot elkaar verhouden ten aanzien van financiële zorg voor ouders. Om deze vraag te kunnen beantwoorden is ten eerste beschreven welke verantwoordelijkheden de overheid heeft op grond van de PW en welke gevolgen het verlenen van feitelijke zorg heeft voor kinderen in de bijstand die hun ouders verzorgen. Ten tweede is onderzocht wat de private verantwoordelijkheid voor kinderen inhoudt en welke mogelijkheden familieleden op grond van deze wetten hebben om onderling contracten te sluiten over het verlenen van financiële zorg en over inwoning (commerciële huurcontracten).

Het laatste is vooral relevant in het kader van de in 2015 ingevoerde kostendelersnorm in de PW.

4.1 Verhouding onderhoudsplicht en bijstand

Hoewel de wetgever er bij de totstandkoming van het socialezekerheidsstelsel en Boek 1 BW in de jaren zestig van uitging dat de (financiële) zorg voor individuen zou verschuiven van de familie naar de overheid, blijkt dit maar ten dele te zijn gebeurd. De overheid heeft met de invoering van het socialezekerheidsstelsel toen weliswaar een belangrijke verantwoordelijkheid op zich genomen om in het levensonderhoud van burgers te voorzien die dat niet op eigen kracht kunnen, maar de verantwoordelijkheid van familieleden is gebleven. Sterker nog, de laatste jaren is de overheid flink aan het bezuinigen, waaronder op de sociale zekerheid. Daarnaast lijkt de overheid verantwoordelijkheden te verschuiven, zoals bij de WMO 2015, waardoor burgers met een hulpvraag eerst hun eigen sociaal netwerk moeten aanspreken en niet als vanzelfsprekend een beroep kunnen doen op de overheid. Dit roept de vraag op welke verantwoordelijkheid thans is weggelegd voor de familie.

Kinderen hebben op grond van het privaatrecht een wettelijke onderhoudsplicht jegens hun ouders. In de praktijk blijkt dat hier nauwelijks over wordt geprocedeerd en speelt deze plicht in de praktijk geen rol. Onduidelijk is wat de achterliggende reden hiervoor precies is, maar onbegrijpelijk is het niet. Als ouders al op de hoogte zijn van het feit dat ze kunnen procederen, dan is het aannemelijk dat ze de voorkeur geven aan het doen van een beroep op de overheid, in plaats van op de kinderen. De enkele gepubliceerde zaken waarin kinderen worden aangesproken op hun onderhoudsplicht, zijn niet aangespannen door ouders, maar door instanties of in één geval door een broer. Mogelijk strookt het vermoeden van de wetgever ten tijde van de invoering van Boek 1 met de praktijk, namelijk dat de verantwoordelijkheid van de familie zou afnemen. In lijn met deze gedachte is ook de keuze van de wetgever om gemeenten niet de bevoegdheid te geven om alimentatie op meerderjarige kinderen te verhalen. Betalen kinderen een bijdrage aan hun ouders dan is dat weliswaar van invloed op de middelentoets en de hoogte van de bijstand, maar als kinderen niet financieel bijdragen, dan kan de gemeente niet tot verhaal overgaan. De onderhoudsplichten zoals opgenomen in het BW lopen evenwel niet synchroon met het ontbreken van de verhaalsbevoegdheid die gemeenten hebben op grond van de PW, maar dit is een bewuste keus van de wetgever geweest. Deze keuze is goed verdedigbaar in het licht van de onwenselijkheid van juridisering van familierelaties op dat punt.

De vraag rijst of het wenselijk zou zijn om, gezien het betaalbaar houden van de bijstand, dit uitgangspunt binnen de PW te wijzigen en de onderhoudsplicht van kinderen primair te laten zijn ten opzichte van de bijstand? Dit zou tot gevolg hebben dat de gemeente wel een verhaalsbevoegdheid zou krijgen. Daarnaast zou de wetgever nog een stap verder kunnen gaan, door de onderhoudsverplichting van kinderen af te dwingen, waarbij het recht op bijstand afhankelijk zou worden gemaakt van de verplichting van de bijstandsgerechtigde om een onderhoudsbijdrage van het kind/de kinderen te vorderen. Dit vergt een nadere discussie, waarbij verschillende belangen een rol spelen. Enerzijds die van de individuele gezinnen, voor wie een juridisering van de familieverhoudingen beslist niet wenselijk is, omdat het conflict-verhogend kan zijn. Bovendien zal er snel sprake zijn van samenloop van onderhoudsgerechtigden (kinderen en (ex-) partners), waardoor er dus per saldo minder overblijft als de draagkracht door meerdere onderhoudsgerechtigden verdeeld moet worden. Anderzijds het maatschappelijk belang, waarbij het maatschappelijk draagvlak en een zorgvuldige besteding van de algemene middelen een rol spelen. Op grond van de maatschappelijke opvattingen zou het morele uitgangspunt kunnen zijn dat kinderen hun ouders financieel dienen te onderhouden indien zij daartoe in staat zijn. Het is echter maar zeer de vraag of kinderen en ouders deze mening zijn toegedaan. Daarnaast moet niet uit het oog verloren worden dat het ‘nieuw leven inblazen’ van de onderhoudsplicht van kinderen ook zal drukken op de algemene middelen. Denk bijvoorbeeld aan de kosten die procedures, tussen de gemeente en de kinderen, dan wel tussen de familieleden onderling, met zich meebrengen. Inwonen en zorg in natura liggen evenmin voor de hand, aangezien dit te op zeer gespannen voet staat met het recht op eerbiediging van het recht op privéleven.

Een eventuele koerswijziging waarbij weer een primaire onderhoudsverplichting bij kinderen komt te liggen en niet langer bij de overheid, vereist overigens een wetswijziging (van de PW): gemeenten zouden dan de bevoegdheid moeten krijgen om (een deel van) de bijstand te verhalen op meerderjarige kinderen. Daarbij zou de huidige berekeningswijze van de alimentatie kritisch beschouwd moeten worden, omdat deze gericht is op de onderhoudsverplichting jegens partners en kinderen, en niet jegens ouders. De berekening van ouderalimentatie zal naar verwachting niet eenvoudig zijn, omdat rekening zou moeten worden gehouden met alle onderhoudsplichtigen (bijv. indien er meerdere kinderen zijn) en met alle alimentatiegerechtigden van de onderhoudsplichtigen (zoals partners en (minderjarige) kinderen). Ten slotte zou overwogen moeten worden welke mogelijkheden kinderen en ouders binnen het privaatrecht hebben om zelf afspraken te maken over de onderhoudsverplichting. Deze mogelijkheden zullen beperkt blijven tot de hoogte van de onderhoudsplicht, omdat de

verhaalsbevoegdheid van de gemeente een dode letter zou worden, als de onderhoudsplicht privaatrechtelijk uitgesloten zou kunnen worden.

De wetgever zou hier een afweging tussen deze verschillende belangen kunnen maken, om te bepalen of de primaire verantwoordelijkheid om voor ouders te zorgen bij de overheid blijft of verschoven wordt naar de familie. Dit vereist uiteraard ook nader onderzoek naar de gevolgen van een mogelijke koerswijziging. Mocht de wetgever een grotere verantwoordelijkheid bij de kinderen willen leggen, dan lijkt een wijziging van de PW meer voor de hand te liggen, dan een wijziging van het BW. Als de overheid belemmeringen wil mitigeren die kinderen van zorgbehoevende ouders in de bijstand ervaren, dan zou zij de volgende aanpassingen in de PW in overweging kunnen nemen.

4.2 Aanpassingen binnen de PW

Wij zien in eerste instantie drie opties om binnen de PW de zorg door kinderen te faciliteren. Dit zijn het opnemen van onbetaald verlof zonder gevolgen voor de bijstand (§ 4.2.1), een tijdelijke ontheffing van de arbeidsplicht respectievelijk de plicht tot tegenprestatie in verband met zorg voor ouders (§ 4.2.2) en aanpassing van de KDN, in de zin dat (eerstegraads) familieleden de mogelijkheid krijgen om een commercieel contract te sluiten (§ 4.2.3).

4.2.1 Onbetaald verlof

Voor kinderen die als werknemer op de arbeidsmarkt werkzaam zijn en zelf bijstandsbehoefstig zijn, heeft het opnemen van onbetaald verlof gevolgen omdat onbetaald verlof immers een uitsluitingsgrond is van het recht op algemene bijstand. Dit is alleen anders als een werknemer die alleenstaande ouder is ouderschapsverlof in de zin van de Wazo opneemt. Hij heeft, als aan de overige voorwaarden is voldaan, recht op een bijstandsuitkering. Een werknemer die dus onbetaald zorgverlof opneemt voor een ziek of zorgbehoevend familielid en bijstandsgerechtigd is c.q. door opname van onbetaald zorgverlof behoeftig wordt, komt geen beroep op bijstand toe. Jurisprudentie over dit onderwerp bestaat nauwelijks.¹¹⁶ Kunnen we daaruit afleiden dat het onderwerp niet speelt? Het is best mogelijk dat gemeenten maatwerk leveren en bijstandsgerechtigden de ruimte bieden om voor hun naasten te zorgen. We konden in ieder geval geen gegevens vinden over het toepassen van deze uitsluitingsgrond.

¹¹⁶ Op rechtspraak.nl staat slechts een uitspraak van de Rb Amsterdam, 2 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4494. Zie § 2.1.3.2.

Toch vragen we ons af waarom de twee verloftypen, te weten ouderschapsverlof en langdurend zorgverlof, beide geregeld in de Wet arbeid en zorg, in de PW zo verschillend worden behandeld. Naar het antwoord kunnen we alleen maar gissen, want de wetgever heeft zich hier niet over uitgelaten. De vraag is echter niet onbelangrijk. Het overheidsbeleid is erop gericht de kosten voor zorg aan banden te leggen en voor dat doel doet de overheid een dringend beroep op burgers om meer naar elkaar om te zien en meer voor elkaar te zorgen. Voor elkaar kunnen zorgen, veronderstelt naast de bereidheid om dit te willen doen, ook de mogelijkheid om dit te kunnen doen. Het is voor werknemers die het financieel niet breed hebben, onder de huidige wetgeving niet mogelijk om onbetaald langdurend zorgverlof op te nemen.¹¹⁷ Zolang langdurend zorgverlof onbetaald blijft en indien de wetgever overweegt om langdurend zorgverlof ook voor mensen met een smalle beurs mogelijk te maken, dan kan dit worden bewerkstelligd door analoog aan het ouderschapsverlof voor de alleenstaande ouder ook het langdurend zorgverlof in de zin van de Wazo uit te zonderen van de uitsluitingsgrond ‘onbetaald verlof’ van de algemene bijstand.¹¹⁸ Door de EU Richtlijn over arbeid en zorg (2019/1158)¹¹⁹ zal ouderschapsverlof in de toekomst (deels) betaald worden.¹²⁰ Langdurend zorgverlof is en blijft echter onbetaald. Een volledige gelijktrekking met betaald ouderschapsverlof gaat in dat geval niet meer op, maar de wenselijkheid om onbetaald zorgverlof op te kunnen nemen, zonder dat dit gevolgen heeft voor de bijstand, blijft.

4.2.2 Tijdelijke ontheffing van verplichtingen

De PW heeft ook tot doel de kansen van mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt te verbeteren. Uitgangspunt is dat iedereen mogelijkheden en talenten heeft die hij kan benutten om te werken of om stappen te zetten in de richting van werk. Daarmee strookt dat de PW in principe geen categoriale

¹¹⁷ Zie § 2.1.3 (onder B).

¹¹⁸ We beseffen dat de analogie tussen ouderschapsverlof en langdurend zorgverlof niet helemaal opgaat. Een verschil tussen beide verlofsoorten is de afdwingbaarheid: langdurend zorgverlof is, anders dan het ouderschapsverlof, niet afdwingbaar in die zin dat een werkgever een verzoek tot langdurend zorgverlof niet hoeft in te willigen als er tegen het opnemen van het verlof zulke zwaarwegende bedrijfsbelangen bestaan dat het belang van de werknemer bij het opnemen van het verlof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken van dat van de werkgever.

¹¹⁹ Richtlijn (EU) 2019/1158 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende het evenwicht tussen werk en privéleven voor ouders en mantelzorgers en tot intrekking van Richtlijn 2010/18/EU van de Raad, *PbEU* 2019, L 188/79.

¹²⁰ Zie art. 5 lid 2 jo art. 8 van Richtlijn 2019/1158. Hierdoor zal art. 13 lid 2 sub b PW wijzigen.

ontheffingen van verplichtingen, te weten van de arbeidsverplichting, de re-integratieverplichting en de verplichting tot een tegenprestatie naar vermogen, kent. Maar als er sprake is van dringende redenen kan de gemeente de betrokkene tijdelijk ontheffing verlenen van het verrichten van een tegenprestatie naar vermogen. Een voorbeeld van dergelijke redenen is naar onze mening zorg voor ouders. Dit type zorg kan een zo grote belasting voor de bijstandsgerechtigde opleveren dat de gemeente daar rekening mee mag houden.¹²¹ Zo bezien kan het ontheffingsinstrument in de PW van de medewerkingsverplichting (art. 9 lid 2) de bloed- of aanverwant dus ondersteunen om zich tijdelijk volledig op de zorg te kunnen richten. Maar de PW kent grenzen. Deze komen in beeld zodra er andere voorzieningen zijn, zoals thuiszorg en/of een pgb. Van de burger wordt verwacht dat hij hier actie op onderneemt. Dat doet onzes inziens een behoorlijk beroep op de kennis en kunde van de betrokkene die deze mogelijk niet heeft. Hier is het van belang dat de gemeente bij de uitvoering van haar beleid zorgvuldig aandacht heeft voor het doen- en denkvermogen van de betrokkene.¹²²

4.2.3 Samen gaan wonen - kostendelersnorm

Voor mensen in de bijstand die voor een ander willen zorgen en de ander voor dat doel in huis nemen, werpt de KDN een drempel op. Immers, wie met een ander het hoofdverblijf in dezelfde woning heeft, wordt gekort op zijn uitkering. Daardoor wordt het minder aantrekkelijk om een woning te delen met meerdere personen. Op papier klopt dit want in deze situatie kunnen kosten worden gedeeld. In de praktijk is het niet ondenkbaar dat kinderen terughoudend zullen zijn als het gaat om inwoning. De korting op de bijstand kan als straf worden ervaren voor het feit dat zij zorg verlenen. De inkomenspositie van mensen in de bijstand is al slecht, en dit wordt hierdoor alleen maar versterkt. Vanuit het perspectief van de overheid zou inwoning juist een besparende maatregel kunnen zijn ten opzichte van de kosten voor professionele hulp, zoals huishoudelijke zorg, en zou – indien gewenst door ouder en kind – niet belemmerd moeten worden.¹²³

Aan de toepassing van de KDN kan worden ontkomen als de huisgenoten op basis van een commerciële huur- of kostgangersovereenkomst in dezelfde woning wonen. Voor eerste- en tweedegraads familieleden geldt de uitsluiting van huur- en kostgangerscontracten van de toepassing van de KDN echter niet. Hier wordt de KDN dus altijd toegepast. Laten we even ingaan op de ratio van de uitsluiting van genoemde overeenkomsten tussen eerste- en tweedegraads familieleden. Volgens de wetgever is het uitgangspunt dat relaties tussen dergelijke

¹²¹ De Boer, Plaisier & De Klerk 2019, p. 21.

¹²² Over 'doen- en denkvermogen' zie WRR 2017.

¹²³ Kruis & van Waveren 2015, p. 21-22.

bloedverwanten nimmer zakelijk kunnen zijn. We vragen ons af of het uitgangspunt van de wetgever klopt; of er tussen deze familierelaties dus nimmer een zakelijke relatie kan bestaan. Een blik op andere rechtsgebieden laat zien dat dit uitgangspunt op zijn minst dubieus is.

We vonden drie voorbeelden op het terrein van het sociaalzekerheidsrecht waarin overeenkomsten tussen familierelaties in de eerste graad erkend worden. In het kader van de Wet WIA erkende de CRvB enkele jaren geleden dat er tussen familieleden (in dit geval moeder en zoon) een arbeidsovereenkomst kan bestaan.¹²⁴ Dit ging niet over een nacht ijs, want lange tijd vond de Raad dat een gezagsverhouding (één van de voorwaarden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst¹²⁵) tussen familieleden niet snel kon worden aangenomen. Voorts erkende de CRvB het bestaan van een huurovereenkomst tussen moeder en zoon in het kader van de WMO.¹²⁶ Tenslotte wordt in de regelgeving rondom het persoonsgebonden budget (pgb) het sluiten van contracten, namelijk een overeenkomst van opdracht, een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van vervoer, zelfs vereist om in aanmerking te komen voor een pgb.¹²⁷ Dit vereiste geldt ook voor familieleden.¹²⁸ Contracten tussen eerste- en tweedegraads familieleden, zijnde een zakelijke relatie, komen dus in aanpalend sociale zekerheidsrecht voor.

In het privaatrecht kunnen partijen (uiteraard) overeenkomsten sluiten – een voorbeeld hier is de huurovereenkomst die ouders met hun studerende kinderen sluiten of die kinderen met hun ouders sluiten nadat de ouders hun huis aan de kinderen hebben overgedragen en vervolgens erin blijven wonen. De laatst genoemde overeenkomst is financieel aantrekkelijk voor de kinderen met het oog op de successiebelasting en nadelig voor de staat die daardoor minder belasting

¹²⁴ CRvB 14 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3634.

¹²⁵ Art. 7:610 BW.

¹²⁶ CRvB 22 februari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:885.

¹²⁷ De verplichting om tot het afsluiten van een overeenkomst (een overeenkomst van opdracht, een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van vervoer) tegen beloning is ingevoerd om vergoedingen ten laste van de pgb's te kunnen controleren. Zie hierover: Advies Raad van State inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur houdende wijziging van het Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag inzake een tijdelijke uitzondering van het wettelijk minimumloon voor een bestaande groep zorgverleners met een familierelatie in verband met bijzondere omstandigheden, *Scrt.* 2018, 1011.

¹²⁸ Art. 2aa sub b Besluit minimumloon en minimumvakantiebijslag inzake een tijdelijke uitzondering van het wettelijk minimumloon voor een bestaande groep zorgverleners met een familierelatie in verband met bijzondere omstandigheden, 20 december 2017, *Stb.* 2017, 506.

ontvangt. Indien een contract ontbreekt en geen huur wordt betaald kan dit, gelet op de jurisprudentie zoals hierover omschreven in § 3.1, ertoe leiden dat de belastingdienst de constructie aanmerkt als een schenking van het kind aan de ouders. Met andere woorden, er wordt verwacht dat het ene familielid huur betaalt aan het andere familielid.

Uit het bovenstaande volgt dat het uitgangspunt dat eerste- en tweedegraads familieleden nimmer een zakelijke relatie kunnen hebben te absoluut is geformuleerd. Of dit uitgangspunt in overeenstemming is met de maatschappelijke realiteit, zoals de kantonrechter in Limburg dit geformuleerd heeft¹²⁹, is onzes inziens twijfelachtig gezien de erkenning van zakelijke relaties in andere rechtsgebieden en de aard van de geschillen die door families aan de rechter is voorgelegd. Om deze reden zou ook in het geval van inwoning van eerste of tweede graad bloedverwanten sprake moeten kunnen zijn van een commercieel contract analoog aan andere familieleden, waardoor de KDN niet op hen van toepassing zou moeten zijn.

4.3 Tot slot

Bij wie ligt de zorg voor zorgbehoevende ouders in slecht weer? Concluderend kan gesteld worden dat kijkend naar de PW en het BW de zorg voor eerstegraads familieleden in de opgaande lijn die niet op eigen kracht in hun levensonderhoud kunnen voorzien in beginsel bij de overheid ligt. De overheid heeft immers geen mogelijkheid om ‘ouderalimentatie’ op kinderen te verhalen. Dus in het scenario dat Bert vermogend is, en zijn moeder besluit geen privaatrechtelijke onderhoudsbijdrage af te dwingen, zal de overheid een financiële verantwoordelijkheid nemen, zonder dat dit consequenties heeft voor Bert. In de situatie dat Bert wel een onderhoudsbijdrage voldoet, is dit van invloed op het recht en de hoogte van de bijstand die zijn moeder ontvangt. In zoverre heeft de verplichting van de overheid een complementair karakter. Een eventuele verschuiving van deze verhoudingen naar een financiële zorg door kinderen zou onzes inziens op het eerste gezicht weliswaar besparingen met zich mee kunnen brengen, aangezien een bepaalde groep de financiële zorg voor hun ouders kan dragen. De vraag is echter hoe groot deze groep is. Indien dit een beperkte groep is, zullen de besparingen eveneens beperkt zijn. Bovendien zal het waarschijnlijk leiden tot andere gemeenschapskosten, zoals kosten voor de rechterlijke macht op het moment dat ouders en kinderen hierover gaan procederen. Betekent dit dat art. 1:392 BW, waarin de onderhoudsplicht voor kinderen is opgenomen, zou moeten

¹²⁹ Kantonrechter Limburg 22 juli 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:6296, ro. 8.3.

worden afgeschaft? Onzes inziens is dat niet noodzakelijk, omdat kinderen een morele plicht kunnen hebben om voor hun ouders te zorgen. Daarnaast kan het voldoen aan de onderhoudsplicht consequenties hebben op andere gebieden, zoals het belastingrecht.¹³⁰

De gevolgen voor Bert, in het scenario dat hij niet vermogend is, maar zelf ook in de bijstand zit, stroken naar onze mening echter niet met de doelstelling van de overheid om zorg door familieleden te bevorderen, zoals bijvoorbeeld het geval is binnen de WMO 2015. Zo is er geen mogelijkheid om langdurend zorgverlof op te nemen, veronderstelt de regeling omtrent de ontheffingsmogelijkheid van het verrichten van een tegenprestatie een goede kennis van de voorwaarden en werpt de KDN een drempel op om samen te gaan wonen omwille van de zorgverlening. Thans is de PW duidelijk gericht op het bevorderen van arbeidsparticipatie en niet op de facilitering van zorg door kinderen voor hun ouders.

¹³⁰ Dit viel buiten het bereik van deze bijdrage, maar gedacht kan worden aan de grens tussen de onderhoudsplicht en de schenkbelasting.

5. Bibliografie

De Boer 2010

J. de Boer, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Deel 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010/1041.

De Boer, Plaisier & De Klerk 2019

A. de Boer, I. Plaisier & M. de Klerk, *Mantelzorgers in het vizier, Beleidssignalement mantelzorg*, Den Haag: SCP 2019.

Compendium 2014

Compendium voor de Leefomgeving, *Ontwikkelingen in de maatschappij, Huishoudens, 2000-2013, 2014* www.clo.nl/indicatoren/nl2114-huishoudens.

Dräbing, Molenaar-Cox & Slager 2017

V. Dräbing, P. Molenaar-Cox, Th. Slager, *BUS-G Maatwerk in het kader van de kostendelersnorm*, Den Haag: CBS, 2017.

Eleveld 2019

A. Eleveld, 'Werken met behoud van uitkering in de Participatiewet en in de werknemersverzekeringen', AA 2019.

Eleveld & Dermine 2018

A. Eleveld & E. Dermine, 'Het verbod op verplichte arbeid en het recht op vrije arbeidskeuze bij re-integratie en tegenprestatie', in: A. Eleveld (red.) *De Participatiewet. Een grondrechten perspectief*, Deventer: Kluwer, 2018.

Heeger & Koopmans 2018

S. Heeger & I. Koopmans, 'De facilitering en toerusting van de werkende mantelzorger in Nederland en Duitsland', in: F. Pennings en J. Plantenga, *Nieuwe vormen van arbeidsrelaties en sociale bescherming*, Zutphen: Paris, 2018.

Hofman & Pennings 2013

B. Hofman & F.J.L. Pennings, 'Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit', *MSR* nr. 60, 2013/1.2.3.

Jonker, Wijngaard & Van Foreest 2020

Jonker, M., Wijngaard, J. & van Foreest, N. D., 'Proportioneel verdelen van draagkracht bij kinderalimentatie in samengestelde gezinnen', *EB* 2020/63.

Klosse & Vonk 2016

S. Klosse & G.J. Vonk, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Knijn & Liefbroer 2004

T. Knijn & A. Liefbroer, 'De helpende hand', *Demos* 2004, 20/10.

Kruis & Van Waveren 2015

G. Kruis & B. van Waveren, *Gevolgen Kostendelersnorm in Amsterdam. Eindrapport*, Amsterdam: Regioplan 2015.

Nationale ombudsman 2018

De Nationale ombudsman, *Borg de zorg*, Den Haag, 2018.

Noordam 2002

F. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer, 2002.

Te Riele & Kloosterman 2015

S. te Riele en R. Kloosterman, 'Familiesolidariteit: hulp aan ouders en kinderen', *CBS Bevolkingstrends* 2015/17.

Schulmer & Bruggeman

F.M.E. Schulmer & C.W.C.A. Bruggeman, 'De kost gaat voor de baat uit? Over de toetsing van de kostendelersnorm door de CRvB', *Gst.* 2017/2.

SER 2016

SER, *Een werkende combinatie, Advies over het combineren van werken, leren en zorgen in de toekomst*, oktober 2016.

Vrooman e.a. 2015

C. Vrooman e.a., *Co-wonen in context*, Den Haag: SCP, 2015/17.

Vrooman e.a. 2018

C. Vrooman e.a., *Als werk weinig opbrengt, Werkende armen in vijf Europese landen en twintig Nederlandse gemeenten*, Den Haag: SCP 2018.

WRR 2017

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

Van Zeben 1969

C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 1, Personen- en familierecht*, Deventer-Antwerpen: N.V. Uitgevers-Maatschappij Æ.E. Kluwer 1969.

Van Zeben 2017

C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 1, Personen- en familierecht*, Deventer-Antwerpen: N.V. Uitgevers-Maatschappij Æ.E. Kluwer 2017.