

FJR

Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht

Jaargang 29

November 2007

II

SPECIAL: Naar een nieuw relatierecht?

Naar een dwingend relatierecht?

Theano vs. Hinrichsen, Family Act
Scotland 2007

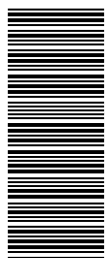
Het huis waarin zij samenwoonden

Ex-samenwonenden en het
onderhoudsrecht

Kinderen van (ex-)samenwonenden

Heeft de Pensioenwet de positie van de
ongehuwd samenwonende partners
verbeterd?

Buitenhuwelijkse relaties bezien
vanuit een sociologisch perspectief



10093721



Kluwer

a Wolters Kluwer business

Prof. mr. P. Vlaardingerbroek Naar een dwingend relatierecht?	249
Mr. drs. J. Kok en mr. T. Liefwaard Actualiteiten	250
Prof. mr. F.W.J.M. Schols Theano vs. Hinrichsen, Family Act Scotland 2007	252
Mr. C.G. Breedveld-de Voogd Het huis waarin zij samenwoonden	260
Mr. J. van Duijvendijk-Brand Ex-samenwonenden en het onderhoudsrecht	265
Mr. E.C.C. Punsellie Kinderen van (ex-)samenwonenden	272
Drs. I.E. Leene-Hoedemaeker Heeft de Pensioenwet de positie van de ongehuwd samenwonende partners verbeterd?	277
Prof. dr. C. de Hoog Buitenhuwelijkse relaties gezien vanuit een sociologisch perspectief	281
Mr. P.A.J.Th. van Teeffelen FJR-studiedag 13 december 2007: herziening wetgeving kinderschermingsmaatregelen	285
Mr. I.J. Pieters, mr. P. Dorhout en mr. C. van Rooijen Jurisprudentierubriek	288

Artikelen (maximale lengte in beginsel niet meer dan 4200 woorden, exclusief voetnoten) kunnen naar het redactiesecretariaat worden opgestuurd. De redactie behoudt zich het recht voor ingezonden artikelen te weigeren dan wel te redigeren of in te korten.

Tijdschrift voor
Familie- en Jeugdrecht

Orgaan van de Vereniging
voor Familie- en Jeugdrecht

Citeerwijze: FJR jaartal, publicatienummer
Voorbeeld: FJR 2007, 12

Redactie:

Prof. mr. P. Vlaardingerbroek (voorzitter)
Prof. dr. K. Boele-Woelki
Prof. mr. drs. M.R. Bruning
Mr. J. van Duijvendijk-Brand
Mr. drs. J. Kok
Mr. T. Liefwaard
Mr. E.C.C. Punsellie
Mr. A.W.M. Willems.

Medewerkers:

Mr. K. Blankman
Mr. B. Breederveld
Prof. mr. J.E. Doek
Mr. P. Dorhout
Mr. E.N. Frohn
Mr. E.W.M. Gubbels
Dr. C. de Hoog
Mr. M.J.C. Koens
Mr. A.P. van der Linden
Mr. L.J.M. Ling Ket On
Mr. I.J. Pieters
Mr. J.A.E. van Raak-Kuiper
Prof. mr. B.E. Reinhartz
Mr. C. van Rooijen
Mr. E.A.M. Scheij
Mr. G.E. Schmidt
Mr. P.A.J.Th. van Teeffelen
Mr. A.A.W. van Unen
Prof. mr. S.F.M. Wortmann.

Redactiesecretaris:

Mr. E.C.C. Punsellie
Universiteit Leiden, notarieel instituut
Postbus 9520
2300 RA Leiden
Tel.: 071-5277607

E-mail: e.c.c.punsellie@law.leidenuniv.nl

Redactieraad:

Prof. dr. G. Baeteman
Prof. dr. G.P. Hoefnagels
Mr. I. Jansen
Prof. mr. M. Rood-de Boer

Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht:
Aanmeldingen, opzeggingen en adreswijzigingen uitsluitend m.b.t. de vereniging, dus niet m.b.t. het tijdschrift, bij voorkeur per e-mail aan Licht & de Wild Verenigingsmanagement, e-mailadres: erikalicht@planet.nl
Postbus 65707, 2506 EA Den Haag, tel.: 070-3628598. Contributie € 35,- per jaar, op rekeningnr. 5409568 ver. voor FJR.
<www.fjr.nu>
ISSN 01650084

 **Nederlands
uitgeversverbond**
**Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**

Uitgever:

Kluwer BV
Mr. drs. N.J.T. Duin (nduin@kluwer.nl)
Postbus 23, 7400 GA Deventer
<www.kluwer.nl>

Abonnementen tijdschrift:

Kluwer Afdeling Klantencontacten
Postbus 878
7400 AW Deventer



Kluwer

a Wolters Kluwer business

Mededeling

FJR-studiedag Herziening wetgeving kinderbeschermingsmaatregelen

Op donderdag 13 december 2007 organiseert de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht een studiedag met als titel Herziening wetgeving kinderbeschermingsmaatregelen. Het recent gepubliceerde ontwerpwetvoorstel om de kinderbeschermingsmaatregelen te herzien van de Ministers van Justitie en voor Jeugd en Gezin zal centraal staan. De studiedag vindt plaats in de Hoge School te Den Haag (vlakbij NS-station Den Haag HS).

Spreekers zijn Theo Koens (raadsheer Gemeenschappelijke Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba), Jaap Doek (oud-voorzitter Comité voor de Rechten van het Kind, emeritus hoogleraar VU Amsterdam), Caroline Forder (hoogleraar personen- en familierecht Universiteit Antwerpen) en Wim Slot (bijzonder hoogleraar pedagogische en ontwikkelingspsychologische aspecten van kinderbeschermingsmaatregelen, VU Amsterdam, tevens directeur PI-research Duivendrecht).

De studiedag staat open voor leden van de vereniging alsmede voor andere belangstellenden. Voor leden van FJR bedraagt het inschrijfgeld € 125 en voor belangstellenden € 175.

Studiepunten: advocaten krijgen voor deelname 4 studiepunten.

Aanmelding: Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht, postbus 65707, 2506 EA Den Haag, tel 070-3628598, fax 070-4273263, postgiro 5409568 te Den Haag.

Zie ook de website <www.fjr.nu>.

Colofon

Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht
Orgaan van de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht

De Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht bevordert de studie van het familie- en jeugdrecht. Zij doet dit door het vergroten van kennis over het familie- en jeugdrecht, het bevorderen van discussie hierover met wetenschap en praktijk en het stimuleren van wetenschappelijk onderzoek en internationale contacten. De vereniging brengt vakken bijeen vanuit verschillende professies en disciplines, signaleert knelpunten in wetgeving en de uitvoering daarvan in het bijzonder met betrekking tot de mensenrechten en draagt zo mogelijk alternatieven aan.

Abonnementenadministratie en productinformatie

Kluwer Afdeling Klantencontacten, Postbus 878, 7400 AW Deventer, telefoon 0570-673449, automatische bestellijn 0570-673511, fax 0570-691555, e-mail juridisch@kluwer.nl. Ook adres-/naamswijzigingen d.m.v. verbeterd adreslabel aan voornoemd adres.

Verschijsning

11 afleveringen per jaar plus een register.

Abonnementen

Prijs per jaar voor folio incl. BTW en verzendkosten, incl. 2-jaarlijkse band en register € 178,50. Losse nummers € 22,05. Leden van de Vereniging Familie- en Jeugdrecht 20% korting. Studenten 50% korting. Online abonnement via <www.kluwer.nl/juristen> excl. BTW, licentieprijs € 151,56 per jaar, per gebruiker € 30,31. Combiprijs per jaar, excl. BTW: folio, licentie + 1 gebruiker € 219,76.

Abonnementen kunnen op elk gewenst moment worden aangegeven voor de duur van minimaal één jaar, te rekenen vanaf het moment van eerste levering, en worden vooraf gefactureerd voor de volledige abonnementsperiode, tenzij uitdrukkelijk schriftelijk anders is overeengekomen.

Abonnementen kunnen schriftelijk tot drie maanden voor de aanvang van het nieuwe abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

Standaardpublicatievoorwaarden:

Op iedere inzending van een bijdrage of informatie zijn van toepassing de Standaardpublicatievoorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank Amsterdam onder nr. 217/1999; een kopie kan kosteloos bij de uitgever worden aangevraagd.

Gebruik persoonsgegevens

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Leveringsvoorwaarden

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze kunt u lezen op <www.kluwer.nl> of opvragen via telefoonnummer 0570-673449.

Copyright

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, 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.

Reprorecht

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Disclaimer

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Naar een dwingend relatierecht?

109

In maart 1986 publiceerde het Wetenschappelijk Instituut voor het CDA een rapport '1+1 = samen, Publieke erkenning van lotsverbondenheid', waarin verslag werd gedaan van een onderzoek naar motieven om wel of niet te huwen. Redenen om te gaan samenwonen waren, dat men niet mocht huwen (homo), dat men nog niet aan een huwelijk toe was, uit praktische overwegingen, om principiële redenen, om financiële redenen, om eventueel eenvoudiger uit elkaar te kunnen gaan, omdat een huwelijk overbodig is, enz. Veel van die motieven komen nu sterk verouderd over. De afgelopen jaren voltrok zich een groot aantal veranderingen in de samenleving en in de wetgeving. Dit themanummer laat zien dat zich zowel op het huwelijksterrein als op dat van het materiële en immateriële relatierecht belangrijke wijzigingen hebben voorgedaan, en dat nieuwe aanvullende regelingen gewenst zijn.

Belangrijke vraag daarbij is of de wetgever mensen die ongehuwd samenwonen wettelijke bescherming moet bieden of dat men dat aan de betrokkenen zelf moet overlaten. Argumenten voor wettelijke bescherming zijn dat partijen dikwijls niets geregeld hebben inzake de boedel en de alimentatie en dat ook de positie van kinderen (afstammingsrechtelijk) vaak onduidelijk is, bijvoorbeeld ten aanzien van de erkenning, wel of niet gezamenlijk (ouderlijk) gezag, levensonderhoud, enz.

Mensen die een (al dan niet affectieve) samenwoningrelatie wensen, kunnen daarbij kiezen uit de mogelijkheden: trouwen, een geregistreerd partnerschap aangaan, samenwonen met of zonder een samenlevingscontract (met eventueel een testament ten gunste van de ander).

Het is een boeiende discussie of de wetgever mensen tegen zichzelf moet beschermen door voor hen een vangnet te creëren indien zij geen onderlinge regeling hebben getroffen.

Ik vraag mij echter af of zo'n extra bescherming (via het huwelijksgoederenrecht, de alimentatie en het erfrecht) niet zeer betuttelend is voor hen die niet kiezen voor een wettelijk geregelde relatie of voor een samenlevingscontract. Tegengeworpen zal worden dat velen niet op de hoogte zijn van de risico's bij beëindiging van de relatie als langere tijd is samengewoond. Hoe zit het dan met een recht op de boedel en het woonrecht? En wat als een huis op naam van de wederpartij staat, maar hierop mede is afgelost door de ander? Bestaat er een recht op alimentatie als een der partners ontslag nam om voor de ander (en de kinderen) te zorgen? Het zijn belangrijke vragen, waarop moeilijk antwoorden zijn te geven. In de literatuur is o.a. door Forder, Schrama en Verbeke betoogd dat het een belangrijke taak is van de wetgever om mensen tegen dit soort drama's te beschermen. Immers, het is nu eenmaal praktijk dat partners hoopvol aan een samenwoningrelatie beginnen en dan in een 'roze wolk' leven en niet (hoeven te) verwachten dat die mooie droom ooit als een zeepbel uit elkaar kan spatten. De overheid zou daarom – volgens de voorstanders van meer bescherming – een vangnet moeten creëren dat hen recht geeft op een deel van het tijdens de relatie opgebouwde vermogen van de ander en eventueel op alimentatie bij behoefte. De overheid moet zich in die visie meer als 'mijn broeders hoeder' gedragen, zoals zij ook mensen tegen zichzelf beschermt door via de bijstand een financieel vangnet te creëren of door de verplichting autogordels te gebruiken of een helm te dragen.

Omdat partners in hun 'roze wolk' niet aan andere, zorgelijker tijden (willen) denken en – onbewust van eventueel ongeluk – niet tot afstemming en regeling komen, verdient het mijns inziens aanbeveling om – zolang de discussie over het relatierecht nog gaande is – in elk geval meer te gaan doen aan voorlichting, opdat mensen de financiële risico's kunnen weten bij een eventueel overlijden van de partner of bij verbreking van de relatie. Die voorlichting kan via tijdschriften gegeven worden, maar ook via folders die worden uitgereikt bij het loket van de bevolkingsadministratie, door de verhuurder, de werkgever, enz.

Dit themanummer biedt een boeiend overzicht van wat tussen partijen of via de overheid geregeld kan worden, ook voor de eventuele kinderen van samenwonenden. Ik hoop van harte dat de FJR-lezers zich in deze discussie over een aanvullend of dwingend relatierecht willen mengen.

Tweede Kamer aanvaardt Wet tijdelijk huisverbod. Justitiële jeugdinrichting soms niet veilig. Justitie wil kwaliteit advocatuur bevorderen. Minister van Justitie informeert Tweede Kamer over aantal zaken Centrale Autoriteit Internationale Kinderontvoering in 2006. Ouders die kind doden waarschuwen soms vooraf.

1. Wetgeving

Wet tijdelijk huisverbod door Tweede Kamer aanvaard

Burgemeesters krijgen de bevoegdheid om iemand van wie een dreiging van huiselijk geweld uitgaat, een huisverbod op te leggen. Het verbod houdt in dat de uit huis geplaatste in beginsel tien dagen zijn woning niet meer in mag en in die periode ook geen contact mag opnemen met zijn partner of kinderen. Dit staat in het wetsvoorstel tijdelijk huisverbod dat op 20 september 2007 door de Tweede Kamer is aanvaard.

Omdat het gaat om een preventieve maatregel is er voor gekozen de bevoegdheid op te leggen aan de burgemeester. Bescherming van de veiligheid is een publieke taak, waarvoor ook de burgemeester verantwoordelijk is. Het huisverbod kan ook worden opgelegd bij kindermishandeling of een ernstig vermoeden daarvan.

De periode waarvoor het huisverbod geldt, wordt niet alleen gebruikt om de dreiging weg te nemen, maar ook om maatregelen te nemen die herhaling kunnen voorkomen. Voor de uit huis geplaatste kan corrigerende hulpverlening in gang worden gezet. Houdt hij zich niet aan het huisverbod dan kan hij maximaal twee jaar gevangenisstraf opgelegd krijgen of een taakstraf. Het huisverbod wordt in de vorm van een beschikking uitgereikt waartegen beroep mogelijk is bij de bestuursrechter. De burgemeester kan afhankelijk van de situatie het huisverbod verlengen tot maximaal vier weken na dagtekening. Hij zorgt er ook voor dat naleving van het huisverbod wordt gecontroleerd door de politie.

(Kamerstukken I 2007/08, 30 657, A)

2. Andere vermeldingen

Justitiële Jeugdinrichting soms niet veilig

De Justitiële Jeugdinrichtingen (JJJ's) maken hun opdracht onvoldoende waar. Er worden te grote risico's gelopen op het geheel van (her)opvoeding, behandeling en deskundigheid van het personeel. Bij acht inrichtingen is sprake van een laag tot matig risico, terwijl er bij zes inrichtingen een te hoog veiligheidsrisico voor personeel en jongeren is geconstateerd. Tot deze conclusies komen de Inspectie Jeugdzorg, de Inspectie Gezondheidszorg, de Inspectie Onderwijs en de Inspectie Sanctietoepassing in een gezamenlijk rapport. De inspecties onderscheiden vier risicogebieden. Uit het onderzoek blijkt dat de problemen het grootst zijn op het gebied

van opvoeding en behandeling, en deskundigheid van het personeel. Andere risicogebieden zijn preventie en beheersing van agressie en geweld, en begeniging. De inspecties hebben aanbevelingen geformuleerd voor de JJJ's en de Minister en Staatssecretaris van Justitie. Staatssecretaris Nebahat Albayrak heeft naar aanleiding van het onderzoek toegezegd met extra maatregelen te komen bovenop de reeds ingezette verbetertrajecten.

In de reactie schetst de staatssecretaris de context waarbinnen de onderzoeksbevindingen moeten worden geplaatst. De capaciteit van de sector is door de grote toestroom de afgelopen jaren sterk gegroeid, terwijl er tegelijkertijd forse bezuinigingen gerealiseerd moesten worden. Ook is een ingrijpende operatie voorbereid, waarbij per 1 januari 2008 wordt overgegaan tot een scheiding van civielrechtelijk en strafrechtelijk geplaatste jongeren door hen niet langer samen, maar in afzonderlijke instellingen te plaatsen. Niettemin zijn reeds de nodige veranderingen in gang gezet. De groepen voor zogenoemde PIJ-jeugdigen zullen bijvoorbeeld verkleind worden van tien naar acht jeugdigen en er is een begin gemaakt met het aantrekken van hoger geschoolde groepsleiders ten behoeve van de PIJ.

(Kamerstukken II 2006/07, 24 587 en 28 741, nr. 232; Rapport 'Veiligheid in justitiële jeugdinrichtingen: opdracht met risico's'; zie onder meer <www.inspectiejeugdzorg.nl>)

Justitie wil kwaliteit advocatuur bevorderen; Haagse Orde start familierecht cursussen

Justitie wil de kwaliteit van de advocatuur bevorderen. Daartoe worden zes kernwaarden opgenomen in de Advocatenwet, waaronder 'deskundigheid', 'integriteit' en 'vertrouwelijkheid'. Deze toevoegingen moeten de Nederlandse Orde van Advocaten een handvat bieden om de kwaliteit van de beroepsgroep te controleren, zo blijkt uit de begroting 2008 van Justitie. De huidige Advocatenwet regelt tal van praktische zaken, maar stelt geen kwaliteitseisen aan advocaten (bron: Rijksbegroting.nl).

In het verlengde hiervan is vermeldenswaardig dat de Haagse Orde van Advocaten in het kader van de permanente opleiding is begonnen met intensieve cursussen op het gebied van het familierecht.

Cijfers internationale kinderonvoering

Minister Hirsch Ballin van Justitie heeft de Tweede Kamer geïnformeerd over het aantal zaken dat de Centrale Autoriteit Internationale Kinderontvoering (CA) heeft behandeld in 2006. De CA is belast met de uitvoering van het Haags Kinderontvoerings-

verdrag en draagt zorg voor het teruggeleiden van kinderen naar het land van herkomst wanneer er sprake is van kinderonvervoering en treedt op wanneer er inbreuk gemaakt wordt op het omgangsrecht.

In 2006 heeft de CA in totaal 150 verzoeken in behandeling genomen. Daarvan hadden 21 verzoeken betrekking op een internationale omgangsregeling en zagen 129 verzoeken op internationale kinderonvervoering. Genoemde ontvoeringszaken (129) waren verdeeld in 34 inkomende verzoeken waarbij 48 kinderen naar Nederland waren ontvoerd, en 95 uitgaande verzoeken, waarbij 128 kinderen naar het buitenland werden ontvoerd. Van genoemde 95 uitgaande zaken zijn inmiddels 43 verzoeken afgerond (stand per 23 maart 2007), waarbij 56 kinderen zijn teruggeleid naar het land van hun gewone verblijf.

Vergeleken met het voorgaande jaar heeft de CA minder inkomende zaken ter behandeling gekregen, zowel wat betreft teruggeleiding als wat betreft omgang. Het aantal ontvoeringszaken was 34 (2005: 38), het aantal inkomende omgangszaken 10 (2005: 13). Het totaal aantal uitgaande zaken is gestegen van 87 naar 106. Daaraan is met name de stijging van het aantal ontvoeringszaken van 75 (2005) naar 95 debet. Het aantal uitgaande omgangszaken bedroeg in 2006 11, in 2005 12. Evenals in het voorgaande jaar blijkt bij zowel inkomende als uitgaande zaken dat de ontvoerende ouder vaker de moeder is dan de vader. Ook nu blijkt het aantal ontvoeringen naar landen in West-Europa het hoogst: Frankrijk (9), België (8), Spanje (5), Duitsland (5), Engeland en Schotland (7). Ook bij inkomende zaken gaat het in veel gevallen om ontvoering vanuit landen in deze regio: België (6), Spanje (4) en Duitsland (3).

(Kamerstukken II 2006/07, 30 072 en 29 980, nr. 12)

Rechtwijzer

Op de website van de Raad voor Rechtsbijstand is de Rechtwijzer opgenomen. De Rechtwijzer biedt informatie voor iedereen die te maken heeft met een ruzie of conflict. Via een online 'beslisboom' wordt de gebruiker geïnformeerd over verschillende methoden van geschillenbeslechting. Er kan gekozen worden voor verschillende onderwerpen waaronder 'familie'. Onder familie vallen alle denkbare categorieën binnen het familie- en jeugdrecht: einde van de relatie, erkenning, (ouderlijk) gezag en voogdij, curatele, onderbewindstelling en mentorschap, erfrecht, vermissing, naam, adoptie (landelijk en interlandelijk), kindbeschermingsmaatregelen, en gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Na het invullen van een vragenlijst geeft de Rechtwijzer een advies.

(Zie <www.geschillenboom.rvr.org/RvR/geschillenboom>)

Prepcamps

Minister Rouvoet voor Jeugd en Gezin en minister Hirsch Ballin van Justitie hebben de routebeschrijving naar een landelijk dekkend netwerk van campussen voor probleemjongeren naar de Tweede Kamer gestuurd. De campussen worden ingesteld als laatste redmiddel om probleemjongeren van 12 tot 27 jaar te motiveren om naar school te gaan of te werken. De ministers zijn een proefproject gestart waaruit duidelijk moet worden op welke jongeren de campussen zich moeten richten, welke programma's de campussen moeten aanbieden en op basis van welke wetgeving jongeren naar een campus gestuurd kunnen worden.

(Kamerstukken II 2006/07, 31 001, nr. 22)

Ouders die kind doden waarschuwen soms vooraf

Volgens psycholoog Toon Verheugt heeft bijna 40 procent van de ouders die hun kind doden, van tevoren tegenover vrienden, familie of hulpverleners aangekondigd zichzelf of de kinderen iets te zullen aandoen. Verheugt concludeert dit in zijn proefschrift 'Moordouders, kinderdoding in Nederland', waarop hij op 21 september jl. aan de Universiteit van Tilburg is gepromoveerd (promotor: prof. dr. T.I. Oei, copromotoren: dr. P.M.A.J. Dingemans en dr. W.F.J.M. van Kordelaar). De daders hebben vaak in hun eigen jeugd een dierbare verloren. Een nieuw verlies in de vorm van een sterfgeval of scheiding is meestal de directe aanleiding voor hun daad. Verheugt schetst het verschijnsel kinderdoding door de eeuwen heen. Hij beschrijft de slachtoffers, de gezinsomstandigheden, de delictomstandigheden en het strafproces. Ook doet hij aanbevelingen voor opsporing, vervolging, vroegtijdige onderkenning en hulpverlening. Zo pleit hij voor het instellen van speciale onderzoeksteams die de dood van elk kind onderzoeken, naar het voorbeeld van de Amerikaanse Child Death Review Teams.

(A.J. Verheugt, *Moordouders. Kinderdoding in Nederland. Een klinisch en forensisch psychologische studie naar de persoon van de kinderdoder*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007).

Oraties prof. dr. R. Vermeiren (UL) en prof. dr. C. de Ruiter (UM)

Op 28 september jl. hebben prof. dr. R. (Robert) Vermeiren en prof. dr. C. (Corine) de Ruiter hun ambt aanvaard als hoogleraar kinder- en jeugdpsychiatrie aan de Universiteit Leiden respectievelijk hoogleeraar forensische psychologie aan de Universiteit Maastricht.

Theano vs. Hinrichsen, Family Act Scotland 2007

De moderne eilanden en de samenlevingspartner in het Nederlandse erfrecht

111

Prof. mr. F.W.J.M. Schols¹

Testamenteir is voor samenlevingspartners in Nederland veel mogelijk. In het versterf-erfrecht doet de samenlevingspartner niet mee. Zou de Nederlandse wetgever de feitelijke samenlevingspartner ook het versterferecht willen binnenlaten en het 'nooderrecht' ter zake uitbreiden, dan kan men in het buitenland ideeën opdoen. De auteur bezocht de Nederlandse Antillen en Aruba, alsmede Canada en Schotland.

1. The application of Part V of the Succession Law Reform Act 'Theano vs. Hinrichsen'

'[7] Whether the applicant and the deceased cohabited is relevant for the application of Part V of the Succession Law Reform Act. Under s. 58 of the Act, where a deceased has not made adequate provision for the proper support of a dependant the court may make an order for the proper support of that dependant. Section 57 of the Act defines a dependant as including a spouse and it defines a spouse, in the case of unmarried persons, as persons who have cohabited continuously for a period of not less than three years. Living together does not, by itself, necessarily amount to "cohabiting" Section 57 of the Act provides that "cohabit" means to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage.

[8] Even if a person has cohabited with a deceased person for the required period, that is not enough to qualify the person as a dependant within the meaning of the Act. There is a second requirement. The person must also be a person "to whom the deceased was providing support or was under a legal obligation to provide support immediately before his or her death" (s. 57).'

Zo lees ik in een recente beslissing van de Superior Court of Justice van Ontario, Canada² in de zaak 'Theano versus Hinrichsen' naar aanleiding van section 58 van de Succession Law Reform Act Ontario 1990. Het lijkt er op dat er 'erfrechtelijke aanspraken' bestaan voor de samenlevingspartner in Ontario. Deze procedure maakt mij nieuwsgierig naar de wetgeving aldaar. Ik ga in paragraaf 3 nader in op deze procedure en wetgeving. In Nederland geldt de hoofdregel 'das nächste Blut erbt

das Gut'. Gehuwden en geregistreerde partners (art. 4:10 BW juncto art. 4:8 BW) zijn dan ook een vreemde eend in de versterferechtelijke bijt.³ De samenlevingspartner komt in het groepenstelsel in het geheel niet voor, ondanks dat de wetgever met het nieuwe erfrecht (2003) aandacht heeft gehad voor het concubinaat. Maar was er voldoende aandacht? In 2005 verscheen het verslag van het uitgebreide en leerzame onderzoek 'Gehuwd of niet: maakt het iets uit?' van Forder en Verbeke, waar eveneens oog was voor de erfrechtelijke positie van de samenlevingspartner.⁴ Neutraliteit qua samenlevingsvormen⁵, en geen woorden maar daden was hun conclusie:

'Naar ons aanvoelen is de ganse problematiek samen te ballen rond de keuze voor woorden of voor daden. Finaal ligt ook hier, zoals telkenmale in het recht, een politieke en maatschappelijke keuze voor. Wil je vasthouden aan de woorden, de termen, de *juridische zekerheid*, instituten en starre normen, of wil je uit je *tunnelvisie* treden, de *paardenbril* afgooien en ook rekening houden met de daden, de feiten, de realiteit, de dagelijkse concrete handelingen (curs. FS).'⁶

Stel men zou daden willen stellen: hoe zou de langstlevende samenlevingspartner erfrechtelijk op het toneel gezet kunnen worden? Aan welke erfrechtelijke daden op wetgevingsniveau kan gedacht worden? Ik maak een bescheiden erfrechtelijke reis naar Canada, Schotland en onze overzeese gebiedsdelen om te zien wat er zoal te koop is. Vanzelfsprekend geeft zo'n reisje geen compleet beeld en hadden ook andere landen bezocht kunnen worden die interessant zijn op dit gebied.⁷

1. Prof. mr. F.W.J.M. Schols is als hoogleraar Estate Planning verbonden aan het Centrum voor Notarieel recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan ScholsBurgerhartSchols te Nijmegen.

2. Enkele erfrechtelijke uitgangspunten

Alvorens nader in te gaan op de positie van de samenlevingspartner in ons erfrecht, wil ik, waarschijnlijk ten overvloede, enkele erfrechtelijke uitgangspunten toelichten.⁸ Diegenen die ingewijd zijn in het erfrecht kunnen deze paragraaf overslaan. Het systeem van de *legitieme* speelt een belangrijke rol bij de beantwoording van de vraag of datgene wat echtgenoten erfrechtelijk kunnen verwezenlijken ook haalbaar is voor de samenlevingspartner. Bovendien zijn de 'andere wettelijke rechten' van belang. Eerst echter aandacht voor het *versterf-erfrecht*, de regels van *erfopvolging* die van toepassing zijn indien (en voor zover) niet beschikt is over de nalatenschap. Tot groep 1, welke groep in het onderhavige kader mijn aandacht heeft, behoren de echtgenoot van de erflater en zijn kinderen. Gehuwden, voor zover niet gescheiden van tafel en bed, treden derhalve automatisch op als versterferfgenaam. Dit is een van de verworvenheden van het huwelijk. Dit geldt óók voor geregistreerde partners (art. 4:8 lid 1 BW). De wetgever heeft voor gehuwden en geregistreerde partners nog meer in petto dan een plek in de versterfopvolging. Bij gebreke van andersluidende uiterste wilsbeschikkingen verdeelt de wetgever immers daarenboven nog de nalatenschap ten faveure van de langstlevende, indien kinderen als mede-erfgenamen optreden (art. 4:13 e.v. BW).⁹ Een kind verkrijgt als erfgenaam van rechtswege slechts een – in beginsel – niet opeisbare geldvordering op de langstlevende. De niet-opeisbaarheid is niet gekoppeld aan het bestaan van een verzorgingsbehoefte.

De *legitieme* is in Nederland een dwingendrechtelijke aanspraak van de (klein)kinderen van erflater die hij niet opzij kan zetten door middel van een testament. Naar huidig recht is de *legitieme* slechts een geldaanspraak, die een schuld van de nalatenschap vormt. De legitimaris heeft geen recht meer op goederen van de nalatenschap. Bovendien is een legitimaris, anders dan onder het oude erfrecht, als zodanig geen erfgenaam. Een onterving voorkomt derhalve dat het kind, legitimaris, als erfgenaam zeggenschap heeft betreffende onder meer de verdeling van de nalatenschap. Het onterfde kind kan wel zijn *legitieme*, een geldbedrag, claimen.¹⁰ Deze geldvordering is, in beginsel, opeisbaar na zes maanden na het overlijden van erflater (art. 4:81 lid 1 BW).¹¹ Indien erflater dit wenst kan hij ten behoeve van zijn echtgenoot/geregistreerde partner op de voet van art. 4:82 BW bepalen dat de vordering van de legitimaris pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende. Anders dan onder het oude recht met betrekking tot de natuurlijke verbintenis, houdt deze *niet-opeisbaarheidsclausule* ook stand indien de langstlevende in het geheel niet verzorgingsbehoefstig is. Bij het overlijden van de langstlevende geldt in beginsel dat indien de nala-

tenschap geen verhaal meer biedt de legitimarissen achter het net vissen.

Naast de legitimarissen kent het huidige erfrecht ook andere personen met *dwingendrechtelijke* aanspraken jegens de nalatenschap van erflater (art. 4:41 BW). Deze personen worden de 'andere wettelijk gerechtigden' genoemd.

Indien de erflater 'tekortschiet' jegens de langstlevende echtgenoot of geregistreerd partner in hetgeen men (de wetgever) erfrechtelijk van hem verwacht, dan heeft degene die het treft de mogelijkheid, zij het beperkt, in te grijpen. Een correctiemechanisme derhalve (in gevallen dat de erflater over zijn nalatenschap heeft beschikt). De (belangrijkste) andere wettelijke rechten van de langstlevende hebben een *alimentair* karakter.¹² De 'onterfde' langstlevende moet wellicht wel een stapje terug doen, maar komt niet in de kou te staan,

2. 6 februari 2006, CanLII 3279, Courte file nr.: 01-4225/03.

3. Zie over de (vergeten?) plannen om versterferecht te koppelen aan gezagsrelaties, F.W.J.M. Schols, 'Das nächste Blut erbt das Gut; Is het zonder bloed ook goed?!', *FJR* 2000, afl. 11, p. 254.

4. Gehuwd of niet: maakt het iets uit?, Antwerpen/Groningen: Intersentia Uitgevers 2005. In mijn bijdrage *Het erfrecht in Nederland*, p. 316 e.v., beschreef ik de samenwonerssituatie wat betreft de 'automatische' erfrechtelijke rechtsgevolgen, beantwoorde ik de vraag of de samenwoner het erfrecht naar zijn hand kan zetten en of er voor de vergeten langstlevende samenwoner een vangnet geldt. Ook in dit opstel komen deze onderdelen terug.

5. Forder en Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 638.

6. Forder en Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 490.

7. Zie ook, bijvoorbeeld, het erfrecht in Tsjecho. In België waren er onlangs ontwikkelingen op het gebied van de wettelijke samenwoner. Zie Burgerhart, B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, 'De Belgische "wettelijke samenlever" thans ook erfrechtelijk bedacht', *Estate Tip Review* 2007-32, Boom Juridische Uitgevers. Erfrechtelijke voorstellen betreffende de feitelijke samenlever hebben het aldaar vooralsnog niet gered. Eveneens interessant in dit kader is het 'erfrechtelijke stuk' van de Raad van Europa van 19 september 2003 (CJ-FA-GT2): 'The CJ-FA-GT2 decided to include a guideline on cohabitation as it considered that cohabitation was a reality in today's world which must be taken into consideration as a fully recognised institution next to marriage and registered partnerships.' Ook in eigen land heeft de problematiek aandacht gekregen. Zie Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (dissertatie Utrecht), 2004 (Ars Notariatus 122), Deventer: Kluwer 2004, p. 502 en p. 568, waar zij een erfrechtelijke regeling voorstelt waarbij de langstlevende partner in ieder geval erft wanneer er geen ab-intestaaterfgenamen zijn. Voor ongehuwd samenwoners met kinderen bepleit zij een verdergaande bescherming, bijvoorbeeld door het toekennen van een eigen erfrechtelijke positie. Zie ook Forder, *Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld* (oratie Maastricht), 2000, p. 51 e.v., alwaar ook een link gelegd wordt tussen alimentatie en erfrecht, alsmede Luijten, 'De erfrechtelijke positie van de langstlevende echtgenoot en die van de overleden partner in buitenhuwelijkse relaties', in: *Relatierecht en Vrijheid*, Deventer: Kluwer 1983, p. 155, die denkt in de sfeer van de andere wettelijke rechten.

8. Voor een compleet overzicht: Van Mourik, Verstappen, B.M.E.M. Schols, F.W.J.M. Schols, Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

9. Dit naast de huwelijksvermogensrechtelijke gevolgen, zoals boedelmenging (art. 1:93 BW).

10. De *legitieme* wordt berekend in de legitimaire massa (art. 4:65 BW). De *legitieme* breuk bedraagt $\frac{1}{2}$ (art. 4:64 lid 1 BW).

11. De 'De Visser-Harms-visie' (HR 30 november 1945, *NJ* 1946, 62), betreffende de werking van de natuurlijke verbintenis in het erfrecht, is verlaten. De op dit arrest gebaseerde verzorgingstechniek was overigens niet alleen weggelegd voor gehuwden doch onder meer ook voor samenwoners (HR 27 februari 1980, *NJ* 1980, 352).

12. Zie recent nog HR 8 juni 2007, *Notafax* 2007, nr. 157.

ook al zou de erflater, die *ingegrepen* heeft in de versterferrechtelijke opvolging, dat graag zien. Men kan de rechten dan zien als ‘alimentatie ter zake des doods’. Er bestaan echter ook andere wettelijke rechten die *corrigerend* optreden indien de erflater ‘vergeetachtig’ is geweest en heeft verzuimd passende maatregelen te nemen. Men zou hier – het dwingendrechtelijke karakter maar even wegdenkend – onder omstandigheden een snuffje ‘versterf’ of ‘ab intestaat’ kunnen ontwaren, omdat de andere wettelijke rechten ook werken indien in het geheel niet beschikt is over de nalatenschap. Denk bijvoorbeeld aan de vergeten bedrijfsopvolger van art. 4:38 BW. De andere wettelijke rechten kunnen worden gezien als ‘nooderfrecht’. Het volgende trio van rechten is er voor de langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner. Het eerste recht vormt het zogenaamde recht op ‘voortgezette bewoning en voortgezet gebruik inboedel’ van art. 4:28 BW. Het betreft een zeer bescheiden aanspraak. Indien de woning die de echtgenoot/geregistreerde partner van de erflater bij diens overlijden bewoont, tot de nalatenschap of de ontbonden huwelijksgemeenschap behoort, of de erflater, anders dan krachtens huur, ten gebruike toekwam, is de echtgenoot/geregistreerde partner jegens de erfgenamen bevoegd tot voortzetting van de bewoning gedurende een termijn van zes maanden onder gelijke voorwaarden als tevoren. Hetzelfde geldt voor de voortzetting van het gebruik van de inboedel. Jegens de erfgenamen en de echtgenoot/geregistreerde partner van de erflater hebben *degenen die* tot diens overlijden met hem een *duurzame gemeenschappelijke huishouding* voerden, overeenkomstige bevoegdheden met betrekking tot het gebruik van de woning en de inboedel. Het eerste andere wettelijke recht kan derhalve ook een rol spelen in geval van een samenlevingsrelatie. Dit geldt overigens niet voor het hierna te bespreken tweede en derde recht. Hoewel het recht van art. 4:28 BW nog niet eens de naam ‘troostprijs’ mag hebben, heeft dit andere wettelijke recht, nu dit recht voor de samenlevingspartner ook kan spelen indien er in het geheel niet over de nalatenschap is beschikt, een ‘ab intestaat’-aspect, zo zou men kunnen betogen. Het tweede recht staat bekend als het ‘vruchtgebruik op woning en inboedel’ en is neergelegd in art. 4:29 BW. De erfgenamen zijn daarenboven onder omstandigheden verplicht tot medewerking aan de vestiging van een vruchtgebruik op andere goederen (dan bedoelde woning en inboedel) van de nalatenschap ten behoeve van de echtgenoot/geregistreerde partner van de erflater. Dit betreft het derde recht in deze reeks (art. 4:30 BW).

Tot zover enkele erfrechtelijke uitgangspunten.

3. Ab intestaat erfrecht voor de samenlevingspartner? Geen goederenrechtelijke maar verbintenisrechtelijke daden?

Het is snel duidelijk: voor de langstlevende samenlevingspartner is er thans geen plek in de versterfopvolging. Voor de samenlevingspartners gelden jegens elkaar geen erfrechtelijke automatismen, ook niet indien een (notariële) samenlevingsovereenkomst is opgemaakt.¹³ Indien men spreekt over het koppelen van versterferfrecht, zoals wij dat kennen in Nederland, aan een samenlevingsrelatie dan vraag ik mij onmiddellijk af hoe het zit met de rechtszekerheid en of het rechtsverkeer niet belemmerd wordt.¹⁴ Wellicht heeft dit te maken met mijn notariële achtergrond, mijn notariële paardenbril. In Nederland kennen wij, anders dan in het ‘Anglo-Amerikaanse systeem’¹⁵, immers de opvolging onder algemene titel rechtstreeks op de erfgenamen (art. 3:80 BW). De dode reikt de levende de *goederenrechtelijke* hand. Het is met een dergelijk uitgangspunt dan wel niet onbelangrijk dat duidelijk is wie de hand gereikt wordt. We hebben het immers over *goederenrechtelijke verhoudingen*, waar we niet graag (te lang) in het duister tasten.¹⁶ Komt er nog een deelgenoot bij? Komt er een ander?

Niets is vanzelfsprekend onoverkomelijk. Wil men ook goederenrechtelijk denken ten behoeve van de langstlevende samenlevingspartner dan zijn er vanzelfsprekend systemen die ‘verzachting’ kunnen bieden indien niet terstond duidelijk is wie met de goederenrechtelijke eer gaat strijken. Ik besef dat onder meer regels van derdenbescherming en/of korte termijnen waarbinnen de langstlevende samenlevingspartner zich op zijn rechten zou moeten beroepen uitkomst zouden kunnen bieden. Denk bijvoorbeeld ook aan het systeem dat geldt voor voorwaardelijke makingen in art. 4:138 BW e.v.^{17, 18} Het huwelijk en het geregistreerde partnerschap zijn formele relaties, waarbij ‘begin’ en ‘einde’ nauwkeurig vaststaan. Dit is bij samenlevingsrelaties zeker niet altijd het geval. Bovendien zullen er altijd interpretatieproblemen ontstaan van ‘geobjectiveerde’ aanknopingspunten: leeft men wel op de – volgens een betreffende erfrechtelijke regel – vereiste wijze samen? Een juridische procedure zal, ook bij korte termijnen, niet zeldzaam zijn. Zouden ter voorkoming van deze problemen *formele criteria* gesteld worden aan het concubinaat, bijvoorbeeld het hebben van een notarieel samenlevingscontract of aantekening in een register, dan is voor mij de spanning er af. De rechtszekerheid en het rechtsverkeer zijn niet of nauwelijks in het geding en een en ander gaat verdacht veel op testen of een huwelijk/geregistreerd partnerschap lijken, zodat er niet echt meer gesproken kan worden van het koppelen van erfrechtelijke gevolgen aan een *feitelijke situatie*, waar ik thans op focus. ‘Theano versus Hinrichsen’, zoals reeds aangehaald

in paragraaf 1, is wat betreft het kwalificeren van de relatie en een juridische procedure in dit kader een aardig voorbeeld. In rechtsoverweging 1 wordt opgemerkt: 'The principal issue to be determined is whether the applicant was a dependant of the deceased' en verderop in overweging 14 en 15: 'The question of "cohabitation", i.e., of living together in a conjugal relationship, is a question of intention and the Court must look at all the evidence to see just what the parties intended their relationship to be: see *Horodyski V. Tobin Estate* (1996), 13 E.T.R. (2d) 305 at 306 (Ont. Gen.Div.). At pages 306 and 307 of that decision, the Court referred to and adopted the following list as the factors that might compromise such a relationship:

1. Shelter;
2. Sexual and personal behaviour;
3. Services;
4. Social;
5. Societal;
6. Support (economic); and
7. Children.'

Verbeke en Forder merken op dat rechtszekerheid geen determinerend criterium moet zijn.¹⁹ Ik ben het hier mee eens.²⁰ Het is mijns inziens evenwel ook geen must om, indien men ook feitelijke samenlevingsrelaties het versterferrecht wil binnenlaten en de daad bij het woord wenst te voegen, dit te doen op *goederenrechtelijke* wijze, met het erfgenaamschap, de opvolging in goederen. *Doelmatigheidsredenen* zouden kunnen nopen tot een *economisch denken* en de kool (*juridische zekerheid*) en de geit (*zonder tunnelvisie*) sparen door te werken met obligatoire aanspraken jegens de nalatenschap, die, *bijvoorbeeld*, in waarde overeenkomen met een erfdeel, als ware men gehuwd. Is de politiek er aan toe om aan de *feitelijke* samenlever erfrechtelijke aanspraken toe te kennen, dan is er vooralsnog veel voor te zeggen dit op verbintenisrechtelijke wijze vorm te geven.²¹ Hoe ver de economische aanspraken²² zouden moeten gaan bij een kwalificerende relatie en welke ijkpunten moeten gelden, laat ik thans in het midden, zij het dat, wat ijkpunten betreft, het genoemde 'Canadese lijstje' zeker inspirerend is.²³

Eenmaal op reis is het in dit verband aardig Schotland aan te doen. Ook daar kan men ideeën opdoen indien de erfrechtelijke daad bij het woord gevoegd moet worden. In Schotland kan de 'cohabitant' sinds kort, met de Family Act (Scotland) 2006, meedoen als gerechtigde in de erfrechtelijke dans voor zover niet over de nalatenschap is beschikt. 'Ab intestaat' derhalve. Ik mijd bewust de term 'versterferfgenaam'. Enerzijds omdat geen sprake is van een automatisme. De partner moet nog een beroep doen op zijn recht bij de rechter. Anderzijds is er, anders dan geldt voor echtgenoten en 'civil partners', geen sprake van een recht op een (forfaitaire) voorziening.²⁴ Bovendien wordt hij of zij geen erfgenaam in onze zin des woords. Ik merk hierbij op

dat in het Verenigd Koninkrijk erfrechtelijke verkrijgers de goederen van de nalatenschap niet rechtstreeks van de erflater verkrijgen maar via een 'tussenschakel': denk aan de 'Executor' of 'Administrator'. Of er nog een gerechtigde bijkomt dan wel iemand anders gerechtigde wordt, lijkt dan ook minder problematisch te zijn.

Als 'cohabitant' kan volgens section 25 van de Family Act (Scotland) 2006 worden gekwalificeerd: 'either member of a couple consisting of:

- a. a man and a woman who are (or were) living together as if they were husband and wife; or
- b. two persons of the same sex who are (or were) living together as if they were civil partners

In determining for the purposes of any of sections 26 to 29 whether a person ("A") is a cohabitant of another person ("B"), the court shall have regard to

- a. the length of the period during which A and B have been living together (or lived together);

13. De samenwonende broer en zus kunnen vanzelfsprekend wel versterferfgenamen van elkaar zijn (art. 4:10 lid 1 onder b BW).

14. Zoekt men, naast de rechtszekerheid, naar een (andere) rechtvaardiging voor het versterferrechtelijke onderscheid dan zou het ontbreken van een dwingendrechtelijke alimentatieregeling genoemd kunnen worden, alsook het ontbreken van dwingendrechtelijke regels zoals die gelden voor gehuwden (bijvoorbeeld art. 1:88 BW). Ik laat deze elementen thans voor wat ze zijn, mede onder het motto wat niet is kan/moet nog komen, en verwijst naar het onderzoek van Forder en Verbeke.

15. Ik wil hiermee niet gezegd hebben dat in Anglo-Amerikaanse systemen geen problemen bestaan en geen aanvullende regelgeving nodig is ter wille van het rechtsverkeer.

16. De problematiek doet mij overigens zijdelings denken aan het benoemen tot erfgenaam van degene die na het overlijden van de testateur uitgeroepen wordt tot, bijvoorbeeld, de Nobelprijswinnaar voor de vrede. De wetgever heeft moeite met de bevoordeling van deze persoon in het kader van de overgang van rechtswege, zo bleek tijdens de parlementaire behandeling omdat deze niet kan worden geïdentificeerd aan de hand van de uiterste wil en de op het ogenblik van overlijden bestaande omstandigheden. De wetgever is wel bereid de beoogde beschikking te converteren in een leeg, een *verbintenisrechtelijke* aanspraak. Zie F.W.J.M. Schols, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, onder meer p. 143.

17. Zie ook art. 4:18 BW voor de periode waar de ongedaanmaking nog boven de markt hangt. Ook in de figuur van de vereffening (beheer) kan een (tijdelijke) oplossing worden gevonden.

18. Indien in Nederland, zoals ook ik verwacht, de executele en het (afwikkelings)bewind, de erfrechtelijke praktijk gaan beheersen, en een Anglo-Amerikaansachtig systeem indirect zijn intrede doet, verdwijnen goederenrechtelijke bezwaren eveneens naar de achtergrond. In het loutere versterferrecht spelen executele en bewind vanzelfsprekend geen rol. Wel kan vereffening aan de orde zijn.

19. Forder en Verbeke, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 616.

20. Zie ook De Boer in Asser/De Boer 2006, nr. 19 die rechtszekerheid slechts een secundaire plaats toekent, zeker indien het gaat om de doorwerking van mensenrechten.

21. Een opvolging onder algemene titel heeft vanzelfsprekend als voordeel dat leveringshandelingen achterwege kunnen blijven.

22. Met een economische aanspraak doel ik niet perse op slechts een aanspraak in geld. De samenlevingspartner zou ook een verbintenisrechtelijke aanspraak op (bepaalde) goederen van de nalatenschap kunnen krijgen.

23. Verbeke en Forder, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 617, laten zich mede inspireren door de rechtspraak van het EHRM omtrent erfrecht voor kinderen uit overspelige relaties.

24. 'The right is merely the right to claim and, unlike claims for prior rights by surviving spouses and civil partners, the Act confers no entitlement to any provision from the deceased partner's intestate estate', aldus Hiram, 'New Developments in UK Succession Law', vol. 10.3, *Electronic Journal of Comparative Law* (december 2006), <www.ejcl.org/103/article103-7.pdf>.

- b. the nature of their relationship during that period; and
- c. the nature and extent of any financial arrangements subsisting, or which subsisted, during that period.'

Is het partnerschap vastgesteld, dan kan de rechter aan de langstlevende partner, indien de overledene 'domicile' in Schotland heeft, vervolgens een aanspraak toekennen jegens de nalatenschap. Het is de rechter die de omvang bepaalt, waarbij op basis van section 25 subsection 4 geldt dat niet meer kan worden toegekend dan een echtgenoot of 'civil partner' gekregen zou hebben. Ter bepaling van de gedachten de tekst van de subsections 2 en 3:

'2) Subject to subsection (4), on the application of the survivor, the court may:

(a). after having regard to the matters mentioned in subsection (3), make an order:

- (i). for payment to the survivor out of the deceased's net intestate estate of a capital sum of such amount as may be specified in the order;
- (ii). for transfer to the survivor of such property (whether heritable or moveable) from that estate as may be so specified;

(b). make such interim order as it thinks fit.

(3) Those matters are:

- (a). the size and nature of the deceased's net intestate estate;
- (b). any benefit received, or to be received, by the survivor
 - (i). on, or in consequence of, the deceased's death; and
 - (ii). from somewhere other than the deceased's net intestate estate;
- (c). the nature and extent of any other rights against, or claims on, the deceased's net intestate estate; and
- (d). any other matter the court considers appropriate.'

Ik constateer dat het recht op een eventuele aanspraak alleen geldt voor zover de eerststervende overlijdt zonder over de nalatenschap te hebben beschikt. Er is derhalve geen sprake van een legitiem recht. In die zin past de regeling louter in de categorie 'ab intestaat erfrecht'.²⁵ In subsection 10 van section 25 wordt de netto nalatenschap nader uitgewerkt. Onder meer vormt de successiebelasting een passiefpost van de 'massa', maar ook de aanspraken (prior en legal rights) van de eventuele echtgenoot of 'civil partner'. Aanspraken van kinderen worden niet genoemd als passiefpost, zodat de aanspraak van de samenlevingspartner, die overigens nog wel moet worden toegekend, lijkt voor te gaan op aanspraken van de kinderen.²⁶

Het Schotse systeem kan gekenschetst worden als een tussenvariant. Het is te typeren als 'ab intestaat', maar ontbeert het forfaitaire karakter van ons versterferfrecht. Er is, zoals gezegd, geen sprake

van een (automatische) toekenning van een bepaald bedrag of een bepaalde aanspraak op, nader omschreven, goederen dan wel, zoals wij dat kennen in Nederland, een recht in de vorm van een breukdeel in de (waarde) van de nalatenschap. Er is niet voor gekozen om de 'cohabitant', bij voorbaat, dezelfde aanspraak te geven als een echtgenoot of 'civil partner'.

In ogenschouw dient te worden genomen dat in Schotland bij het verbreken van de relatie onder omstandigheden alimentatieachtige aanspraken kunnen ontstaan (section 29 Family Act (Scotland) 2006).²⁷ De link tussen erfrecht en alimentatie zien we zodadelijk weer terug.

Odersky²⁸ verwoordt de Schotse aanpak als volgt:

'Der Gesetzgeber wollte daher für nichteheliche Partner kein Pflichtteilsrecht [...] schaffen, sondern eine Art Korrekturmöglichkeit für die steigende Zahl nichtehelicher Paare, die nicht an eine gegenseitige testamentarische Absicherung gedacht haben – ein v.a. rechtspolitisch interessanter Weg!'

4. Voldoende testamentaire mogelijkheden in Nederland?

Een erflater, en vanzelfsprekend ook een samenlevingspartner, kan zich bedienen van diverse uiterste wilsbeschikkingen om de vererving van zijn nalatenschap te regisseren en zijn nalatenschap niet over te leveren aan de werking van het versterferfrecht. Samenlevers kunnen, zo gewenst, elkaar benoemen tot enig erfgenaam en zo bijvoorbeeld broers en zusters, maar ook kinderen, die op zouden komen als versterferfgenamen uitsluiten. Maatwerk met (tweetraps)erfstellingen, legaten, lasten, executele en bewind ligt voor alle soorten partners binnen handbereik. Zo zouden de samenlevingspartners met kinderen door combinaties van uiterste wilsbeschikkingen, bijvoorbeeld, de wettelijke verdeling kunnen nabootsen. Goederenrechtelijk bestaan er, als gevolg van de denaturering van de legitieme, geen belemmeringen meer. Ook een enig erfgenaamschap ten behoeve van de langstlevende partner houdt stand. Wel hebben legitiemarissen recht op een bepaalde waarde, berekend in de legitimaire massa. Een kind kan derhalve in beginsel wel in economische zin (geldvordering) de opzet van de erflater doorkruisen. Indien erflater dit wenst, kan hij ten behoeve van de samenlevingspartner *bepalen*, op de voet van art. 4:82 BW, dat voor zover de legitieme ten laste van de langstlevende komt, de vordering pas opeisbaar is bij het overlijden van de langstlevende. Art. 4:82 BW kan immers ook ten behoeve van 'de andere levensgezel' worden ingezet, hetgeen de samenwoner in het erfrecht veel mogelijkheden geeft. Onder '*andere levensgezel*' moet worden verstaan een persoon met wie men een huwelijk of een geregistreerd

partnerschap zou kunnen aangaan. Broers en zusters kwalificeren derhalve niet:

‘Dit begrip levensgezel impliceert als zodanig een – ook voor het huwelijk kenmerkende – duurzame lotsverbondenheid tussen twee personen, waaronder in dit verband niet de band wordt begrepen met een broer, zuster, of andere naaste verwant van de erflater.’²⁹

Er gelden twee aanvullende cumulatieve vereisten. De partners moeten een gemeenschappelijke huishouding voeren³⁰ en zij moeten een notarieel verleden samenlevingsoverkomst zijn aangegaan. Indien men (in Nederland) testeert (gebruikmakend van art. 4:82 BW) dan komt men bij de notaris. Een notarieel samenlevingscontract is dan snel gemaakt. Het voldoen aan het criterium ‘gemeenschappelijke huishouding voeren’ zal meer vergen dan een stuk notarieel papier. De wetgever tracht een aantal objectieve criteria te geven om de zware inbreuk op de rechten van de legitimarissen te rechtvaardigen. Wat men ook van de vereisten als zodanig vindt, er wordt beoogd om de relatie, die kwalificeert voor art. 4:82 BW, wat ‘body’ te geven. Men dient immers te beseffen dat de toepassing van art. 4:82 BW zeer diep ingrijpt in de positie van legitimarissen. Een uitgestelde opeisbaarheid is niet te rechtvaardigen indien een ‘te lichte’ partner van het uitspel profiteert. De legitieme zou dan nog meer een wassen neus worden.³¹ De wetgever zegt het als volgt, waarbij ook de rechtszekerheid, zij het niet in goederenrechtelijke zin, aan bod komt:

Het begrip levensgezel ontbeert echter de scherpte die nodig is voor de toepassing van het erfrecht met zijn financiële gevolgen voor de verschillende bij een nalatenschap betrokken personen. Daarom is met het oog op de rechtszekerheid de eis gesteld van een gemeenschappelijke huishouding en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst.³²

Al met al bezien bestaat er op het testamentaire vlak veel ruimte. Ik laat dit onderdeel thans rusten.³³

5. Uitbreiden van het nooderfrecht of wachten op een alimentatieregeling?

Echtgenoten, alsmede geregistreerde partners, komen ruim aan bod in de art. 4:28-4:30 BW. Zij hebben, zoals gezegd, onder omstandigheden recht op voortgezette bewoning en voortgezet gebruik van de inboedel, vruchtgebruik van woning en inboedel en eventueel ook vruchtgebruik van andere goederen. Men zou kunnen betogen dat deze rechten voortvloeien uit de ‘lotsverbondenheid’ die op grond van art. 1:81 BW voor echtgenoten en geregistreerde partners geldt. De echtgenoot of geregi-

streerde partner dient verzorgingsbehoefte te zijn, wil hij of zij de rechten van art. 4:29 BW en 4:30 BW kunnen invoeren. Uit art. 4:33 lid 5 BW blijkt het alimentaire karakter (leeftijd echtgenoot, samenstelling huishouding waartoe de echtgenoot behoort, de mogelijkheid van de echtgenoot om zelf in de verzorging te voorzien, passend verzorgingsniveau). De wettelijke maatstaven omtrent het verschaffen van levensonderhoud tussen gewezen echtgenoten kunnen (derhalve) een oriëntatiepunt vormen.³⁴

De samenlevingspartner wordt slechts erkend in art. 4:28 BW, welk artikel ziet op het recht om een termijn van zes maanden in de woning te blijven en de inboedel te gebruiken. Ik verwijs naar par. 2. Blijkens de toelichting impliceert het begrip duurzame gemeenschappelijke huishouding een wederzijdse verzorging in financiële of andere zin.³⁵ Ook in Canada bleek de link met de voorziening van onderhoud tijdens leven. Zie ‘Theano versus Hinrichsen’: ‘The person must also be a person “to whom the deceased was providing support or was under a legal obligation to provide support immediately before his or her death” (s. 57).’

Op de Nederlandse Antillen en Aruba is men bezig met een Nieuw Boek 4, waarbij men ons Boek 4 BW als basis gebruikt.³⁶ Wat in dit kader in het oog springt is art. 4:30b BW van het voorontwerp, waar is geregeld dat de *andere wettelijke rechten* van

25. In Engeland zou de samenlevingspartner onder omstandigheden op basis van de Inheritance (Provisions for Family and Dependents) Act 1975 wel een (verzorgings)aanspraak kunnen doen gelden. Zie Odersky, ‘Erbrecht in Europa’, *Zerb* 2004, p. 498 e.v. De ‘Canadese’ aanspraak geldt ook als over de nalatenschap beschikt is.

26. Zie ook Hiram, ‘New Developments in UK Succession Law’, vol. 10.3, *Electronic Journal of Comparative Law* (december 2006), <www.ejcl.org/103/article103-7.pdf>: ‘Absent from this list are the legal rights of children which means, presumably, that an order in favour of a surviving cohabitant takes priority over claims for legitime by the children of the deceased.’

27. Dit is overigens ook in Ontario het geval (Family Law Act 1990).

28. Odersky, ‘Neuregelung des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten und nichtehelichen Paare in Schottland’, *ZEV* 2006, 10.

29. Nota van wijziging, 17 141, nr. 26, p. 19.

30. Zie voor de invulling van dit begrip mijn eerdere bijdrage in *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 323 e.v. Zie ook Waaijer, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 366 e.v. en de daar aangehaalde literatuur, alsmede Kraan, ‘De samenlevingsovereenkomst in het nieuwe erfrecht’, *WPNR* 2001/6468.

31. Ik pleit hier overigens niet voor de legitieme als zodanig. Maar als de legitieme bestaat, dan moet zij ook niet te gemakkelijk om zeep te helpen zijn. Zie voor de zwakke plekken: B.M.E.M. Schols, *De legitieme portie driedimensionaal: abstract, concreet en fiscaal* (Preadvies KNB), Den Haag: SDU Uitgevers 2006, p. 104 e.v.

32. Nota van wijziging, 17 141, nr. 26, p. 19.

33. Voor de volledigheid: Voor echtgenoten en geregistreerde partners bestaat geen verplichting om samen te wonen. Het voeren van een gemeenschappelijke huishouding impliceert dit wel. Bovendien wordt door een huwelijk of geregistreerd partnerschap de omvang van de legitieme verkleind (art. 4:64 BW) en kan men met het huwelijks- of partnerschapsvermogensregime de legitimaire massa enigszins beïnvloeden.

34. Aldus Wetgevingsoverleg vaste commissie voor Justitie, 17 141, nr. 27 p. 24.

35. MvA, 17 141, nr. 120a, p. 9.

36. Hierover uitvoerig F.W.J.M. Schols, ‘Erfrechtelijk chillen op de Antillen’, *WPNR* 2007/6717.

art. 4:29 BW en art. 4:30 BW ook kunnen worden toegepast in de nalatenschap van de samenlevingspartner. Het is thans niet het moment om de regeling van art. 4:30b van het voorontwerp aan een diepgaand onderzoek te ontwerpen, maar het fenomeen als zodanig is in dit kader interessant:

- ‘1. Heeft de erflater onmiddellijk voorafgaande aan zijn overlijden *tien jaren* of langer samengeleefd met een ander *als waren zij gehuwd*, dan kan de rechter, indien dat *redelijk* is, bepalen dat de ander voor de toepassing van deze afdeling met een echtgenoot gelijkgesteld wordt. (curs. FS)
2. Heeft de erflater een echtgenoot achtergelaten, dan is deze afdeling zowel op de echtgenoot als op de op grond van het eerste lid met een echtgenoot gelijkgestelde persoon van toepassing.’

Op de Nederlandse Antillen en Aruba kan onder omstandigheden eveneens alimentatie verschuldigd zijn tussen gewezen samenlevers. Hierbij past de uitbreiding van het toepassingsgebied van de onderhavige wettelijke rechten. Dit nieuwe fenomeen wordt als volgt toegelicht³⁷:

[...] In de Memorie van Toelichting bij Boek 1 is destijds opgemerkt (Staten van de Nederlandse Antillen 1996-1997, 1937, nr. 3, onder Algemeen, p. 7, paragraaf 25 [zie ook p. 55 bij titel 17, afdeling 4]):

“Het Nederlandse Boek 1 regelt niet het concubinaat. Hier te lande zijn er evenwel stemmen opgegaan om voor de situatie dat een langdurig concubinaat wordt beëindigd (anders dan door overlijden), een voorziening te treffen [...] Denkbaar zou nog zijn om in geval van overlijden, aan de andere partner ter verzorging een aanspraak te geven op een som ineens uit de boedel. Deze laatste kwestie kan echter beter worden gezien in het kader van een latere herziening van het erfrecht. Ook de positie van de langstlevende echtgenoot verdient immers volgens velen verbetering.”

[...] In de lijn van deze beschouwingen wordt thans, in het kader van de verbetering van de rechtspositie van de langstlevende echtgenoot, ook een opening aangebracht om tegemoet te komen aan de positie van een leefgezel met wie de erflater langdurig ongehuwd heeft samengeleefd. Vereist is een samenleving van ten minste tien jaren. Verder geldt als beperking dat de rechter slechts tot gelijkstelling met een langstlevende echtgenoot overgaat “indien dat redelijk is” (idem artikel 1:408b).’

Voor de goede orde: we hebben het hier over een beperkt erfrechtelijk vangnet, dat dwingendrechtelijk is. Van een regeling van versterferfrecht lijkt op het eerste gezicht geen sprake. Echter, nu de Antil-

liaanse en Arubaanse voorgestelde regeling voor de samenlevingspartner de enige wettelijke erfrechtelijke regeling is en de andere wettelijke rechten voor de samenlevingspartner ook kunnen spelen indien er in het geheel niet over de nalatenschap is beschikt, kan men toch ook een ‘ab intestaat’ component ontwaren, zij het dat onder meer het dwingendrechtelijke karakter en het feit dat men zich op de rechten moet beroepen niet goed past bij een versterferfrechtelijke status naar Nederlandse maatstaven. Hoe dit ook zij, aldaar te lande komt ook de relatie met alimentatie duidelijk naar voren. De vraag komt op of in Nederland erfrechtelijke daden op vangnetniveau zouden moeten wachten op wetgevende daden op het gebied van alimentatie. Dit ligt op zich voor de hand, zij het dat het geen noodzaak is en het erfrecht ook zou kunnen voortgaan, met als motivatie dat indien de relatie eindigt door overlijden recht wordt gedaan aan de vermoedelijke wil van erflater die is vergeten zijn samenlevingspartner erfrechtelijk te bedenken. Men focust dan meer op de ‘ab intestaat’-component van de regeling. Zou de wetgever evenwel kiezen voor een (ruimhartige) versterferfrechtelijke behandeling (automatisme/niet dwingend) dan zou de nadruk van ‘nooderfrecht’ weer meer op het ‘alimentatie ter zake des doods’-karakter liggen en zou het vreemd aandoen indien een dergelijk recht voor de samenlevingspartner zou bestaan zonder een wettelijke alimentatieregeling.

6. Tot slot: verschillende mogelijkheden op diverse niveaus

Een erfrechtelijke tour door diverse landen geeft stof tot nadenken wat betreft de erfrechtelijke behandeling van de samenlevingspartner. Men ontwaart verschillende mogelijkheden op diverse niveaus: versterferfrecht, testamentair erfrecht en nooderfrecht. *Testamentair* kan in Nederland met art. 4:82 BW veel bereikt worden en vormt de terugkeer in Nederland een warm bad, zij het dat degenen die gelijkstelling op de millimeter zouden willen bereiken, wellicht hier en daar nog wat te wensen over zouden kunnen hebben. De Nederlandse Antillen en Aruba steunen overigens af op een legitimarisvrij erfrecht, hetgeen ongekeerde testamentaire mogelijkheden biedt voor de samenlevingspartner.

Zou de Nederlandse wetgever de feitelijke samenlevingspartner – mede geïnspireerd door het rapport van Forder en Verbeke – ook het versterferfrecht willen binnenlaten en het nooderfrecht ter zake uitbreiden, dan kan men het buitenland zien als een proeftuin. Ik bezocht naast de Nederlandse Antillen en Aruba ook Canada en Schotland. Dit was, zoals in de inleiding reeds opgemerkt, zeker geen tour die een totaalbeeld geeft; het is slechts een aardig uitstapje.

Voor wat betreft het *nooderfrecht* zie ik weinig belet-

sel om Antilliaans ruimhartig te zijn. Het vereist weinig moed om op dit niveau met wetgeving erfrechtelijk in te grijpen. Goederenrechtelijke aspecten of belemmeringen van het rechtsverkeer spelen hier niet dan wel zijn eenvoudig te voorkomen. Zelfs lijkt mij een ingreep te verdedigen zonder maatregelen op het gebied van het alimentatierecht. Men zou ook op dit niveau een stapje verder kunnen gaan. Zo kent Canada legitimaire aanspraken toe, die (onder omstandigheden) ruimer kunnen zijn dan het voorgestelde Antilliaanse en Arubaanse nooderfrecht. Hoe ver men wil gaan op dit niveau is een kwestie van smaak, maar in ieder geval zou Nederland op dit punt meer oog moeten hebben voor de samenlevers.

Vervolgens het *versterferfrecht*: de procedure in Ontario illustreerde dat het beantwoorden van de vraag 'is hij het wel of is hij het niet?' niet (altijd) probleemloos zal zijn. Moeten wij daar dan bang voor zijn? Als men het heeft over erfopvolging, het koppelen van versterferfrecht aan een samenlevingsrelatie, dan denk ik aan opvolging onder algemene titel. Wie zet de overledene voort? In onze huidige Nederlandse goederenrechtelijke erfrechtelijke systematiek is het, met het oog op een soepel lopend rechtsverkeer, gewenst dat er binnen afzienbare termijn duidelijkheid bestaat, zeker indien executele en bewind geen speelruimte bieden. Als het even kan, zouden 'goederenrechtelijke discussies' vermeden moeten worden. Indien de wetgever een stapje verder zou willen gaan en denkt aan versterferfrecht voor de feitelijke samenlevingspartner³⁸, dan is er veel voor te zeggen om *verbintenisrechtelijk* te denken. Canada en Schotland zijn voorbeelden in dit kader. Canada kent in de

regeling ook een legitimaire component: men kan de partner niet zomaar terzijde schuiven. Schotland benadert de problematiek louter vanuit het, in onze terminologie, 'ab intestaat erfrecht', maar kent niet per definitie een vergelijkbare aanspraak toe als aan, bijvoorbeeld, een echtgenoot. Van geval tot geval wordt een erfrechtelijke aanspraak al dan niet gehonoreerd. Ook de omvang van hetgeen wordt toegekend zal per casus verschillen. Past een dergelijke benadering niet erg goed bij de diverse verschijningsvormen van de niet-huwelijkse *feitelijke* relaties? Een verbintenisrechtelijke oplossing maakt ook maatwerk mogelijk. Verdedigbaar is echter ook dat indien een relatie eenmaal voldoet aan de '(minimum)norm' een economisch vergelijkbaar deel zou moeten worden toegekend als dat waar een echtgenoot recht op heeft, bijvoorbeeld een 'economisch' kindsdeel.

Kortom: aan ideeën ontbreekt het niet. Afhankelijk van het niveau waarop men erfrechtelijk meer zou willen met de samenlevingspartner, kan men in het buitenland terecht voor ingrediënten waarmee een smakelijk gerecht kan worden samengesteld, alsmede een gerecht dat politiek licht verteerbaar is. Indien men het inderdaad allemaal wat ruimer ziet met de samenlevingspartner, dan ligt het voor de hand te beginnen met een voorgerecht. Een vorstelijke uitbreiding van het nooderfrecht: Antilliaanse kost met een uitbreidende Canadese dressing? Voor sommigen kan er echter wellicht al meteen een versterferfrechtelijk hoofdgerecht worden geserveerd: een Schots gerecht, al dan niet met een Canadese legitimaire saus? Ik ben over deze boeiende materie nog lang niet uitgedacht.

37. Toelichting op het voorontwerp (concept 18 juni 2007).

38. En men de mogelijke diversiteit aan verschijningsvormen van samenlevingsrelaties en erfrechtelijke wensen geen (onoverkomelijk) beletsel vindt. Van mijn bedenkingen in dit kader lijken Verbeke en Forder niet echt onder de indruk, *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, p. 616. Interessant is in dit kader hetgeen Schrama schrijft over het leerstuk van de 'Typisierung': Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht*, p. 541. Zie ook p. 502.

Het huis waarin zij samenwoonden

Wie is bevoegd is rechtshandelingen te verrichten met betrekking tot de 'eigen' woning waarin partijen ongehuwd samenwonen? Wat is de omvang van een vergoedingsrecht ter zake van het bijdragen in de verwervingskosten van een dergelijke onroerende zaak? Op deze vragen is het algemene vermogensrecht van toepassing. In dit artikel wordt beschreven welke civielrechtelijke begrippen centraal staan en wordt ingegaan op de vraag of de toepassing van het algemene vermogensrecht al dan niet tot ongewenste resultaten leidt.

1. Het algemene vermogensrecht als 'Doos van Pandora'?

Wanneer twee mensen in het huwelijk treden of een geregistreerd partnerschap sluiten, worden de vermogensrechtelijke betrekkingen zowel jegens elkaar als tegenover derden geregeld door het huwelijksvermogensrecht.² Dit huwelijksvermogensrecht is onderdeel van het personen- en familierecht, omdat het voor een deel is geregeld in Boek 1 BW. Maar hierbij dient niet uit het oog te worden verloren dat het vooral vermogensrecht is, waardoor het door de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek is ingebed in het systeem van de Boeken 3, 5 en 6. Vragen als wie is beschikkingsbevoegd, wie mag een overeenkomst aangaan en wie is aansprakelijk en waartoe hebben partijen zich jegens elkaar gebonden, worden ook met betrekking tot echtgenoten in de eerste plaats bepaald door de algemene regels die hiervoor in het burgerlijk recht zijn geformuleerd. Wanneer partijen ervoor hebben gekozen in het huwelijk te treden gelden er op grond van de bepalingen van Boek 1 op sommige punten of met betrekking tot sommige rechtshandelingen uitzonderingen en aanvullingen op deze algemene vermogensrechtelijke regels. Twee voorbeelden. Voor een schuldeiser die een vordering heeft op iemand die is gehuwd, geldt dat hij alleen degene die de schuld is aangegaan aansprakelijk kan stellen en niet diens echtgenoot. Op deze regel worden 'slechts' twee uitzonderingen geformuleerd in art. 1:85 BW en art. 1:102 BW. Ook geldt voor echtgenoten evenals voor ongehuwden het bepaalde in art. 3:80 BW. Men kan goederen op twee wijzen verkrijgen: onder algemene en onder bijzondere titel (art. 3:80 lid 1 BW). Men verkrijgt goederen onder algemene titel door erfopvolging, door boedelmenging, door fusie (art. 2:309 BW) en door splitsing (art. 2:344a BW). Wanneer partners boedelmenging willen bewerkstelligen, zullen zij een rechtshandeling moeten verrichten, te weten

het sluiten van een huwelijk (art. 1:93 BW). Vanaf het moment van de huwelijksluiting bestaat er tussen de echtgenoten een gemeenschap van goederen. Deze gemeenschap van goederen is gebaseerd op de gedachte van de innige lotsverbondenheid die door de wet aan het huwelijk ook in formele zin wordt verbonden.³ Wil men deze boedelmenging niet dan zullen (aanstaande) echtgenoten huwelijksvoorwaarden moeten maken.

Kortom het huwelijksvermogensrecht maakt deel uit van het vermogensrecht. Dit zou ook niet anders kunnen omdat echtgenoten als 'gewone' rechtssubjecten deelnemen aan het rechtsverkeer. Het is echter nog fundamenteeler. De rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan het vermogensrecht gelden ook in het huwelijksvermogensrecht. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de gedachte dat aan een vermogensverschuiving een causa ten grondslag moet liggen, maar ook het beginsel der contractsvrijheid, het vertrouwensbeginsel en de beginselen van redelijkheid en de billijkheid.

Wat hebben deze beschouwingen te maken met het recht dat van toepassing is op hen die op basis van een affectieve relatie ongehuwd samenwonen (hierna: ongehuwde samenwoners)? In de literatuur kan men wel de opvatting vinden dat slechts voor gehuwden en geregistreerde partners een uitgebreide wettelijke regeling bestaat, maar dat een goede wettelijke regeling voor ongehuwde samenwoners ontbreekt.⁴ Forder gaat nog verder door met betrekking tot het recht dat van toepassing is op ongehuwde samenwoners onderscheid te maken tussen familierechtelijke elementen en het algemene vermogensrecht. Zij is van mening dat met de toepassing van het algemene vermogensrecht op de situatie van feitelijke samenwoners 'een doos van Pandora' blijkt te worden geopend.⁵ Volgens deze oorsprongsmythe liet Zeus de smid Hephaestus uit leem een mooie vrouw kneden, Pandora. Zeus gaf haar aan Prometheus tot vrouw, maar deze wei-

1. Mr. C.G. Breedveld-de Voogd is universitair docent notariële vakken, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

gerde. De domme broer van Prometheus, Epimetheus nam haar echter wel tot vrouw. Zeus schonk het paar een doos, waarin alle kwalen waren opgeborgen. Pandora was nieuwsgierig naar de inhoud en opende de doos. Op dat moment ontsnapte alles wat de mensen plaagt: rampen, ziekten, gekte, ondeugden en hartstochten. Het onheil was in de wereld gebracht. Is het juist dat de toepasselijkheid van het algemene vermogensrecht op samenwoners hen slechte dingen brengt en dat dit nieuwe op deze groep betrekking hebbende wetgeving noodzakelijk maakt? Deze vraag zal ik behandelen door een analyse te maken van het recht dat geldt met betrekking tot de 'eigen woning' waarin partijen ongehuwd hebben samengewoond. De conclusie zal zijn dat het algemene vermogensrecht geenszins tot ongewenste resultaten leidt. Een andere oorsprongsmythe dan de 'Doos van Pandora' lijkt hier op zijn plaats te zijn.

2. Verkrijging van eigendom en mede-eigendom

Wanneer A eigenaar is van een huis en B met hem in dit huis gaat samenwonen, wordt B niet door het blote feit dat hij met B samenwoont en daar ook zijn woonplaats heeft mede-eigenaar van het huis. Eerst wanneer een van de wijzen van eigendomsverkrijging (art. 3:80 BW) met betrekking tot B heeft plaatsgehad, verkrijgt B de eigendom of een aandeel hierin. Wanneer A en B zouden huwen, dan zou B door boedelmenging mede-eigenaar van het huis worden aangezien deze aanbreng in de gemeenschap van goederen valt (art. 1:93 BW), ook al staat het huis in de openbare registers nog op naam van A. Deze boedelmenging treedt echter niet in indien het huis door A onder uitsluitingsclausule is verkregen of voor meer dan de helft is gefinancierd door middelen waarop een uitsluitingsclausule van toepassing is of die als verknochte goederen van A zijn aan te merken. In dat geval wordt zaaksvervanging aangenomen en zal het huis tot het privévermogen van A behoren (art. 1:124 BW analoog). Voorts zal geen boedelmenging plaatshebben, indien partijen huwelijksvoorwaarden hebben opgesteld waardoor geen gemeenschap van goederen ontstaat die het huis kan bevatten. De boedelmenging treedt ook in wanneer tijdens het huwelijk door A een huis wordt gekocht, ook al wordt het huis uitsluitend aan A geleverd en op zijn naam in de openbare registers gesteld. De genoemde uitzonderingen gelden ook in dit geval. Wordt het huis tijdens het huwelijk aan beide partijen geleverd en staat het aldus op beider naam in de openbare registers dan doet zich geen zaaksvervanging voor, ook al heeft A meer dan de helft gefinancierd uit privévermogen.⁶ Dit neemt echter niet weg dat A recht heeft op vergoeding van dit bedrag.⁷

Wanneer partijen buiten iedere gemeenschap van goederen zijn gehuwd of ongehuwd samenwonen,

treedt er geen boedelmenging in. De overige wijzen van eigendomsverkrijging komen echter wel in aanmerking. De belangrijkste is de eigendomsoverdracht. Eigenaar is degene aan wie het goed is geleverd. Wanneer de ongehuwde A en B tezamen eigenaar willen worden van een huis, betekent dit dat het huis aan hen beiden zal moeten worden overgedragen, zodat zij ook beiden als verkrijger in de akte van levering zullen moeten worden vermeld. Wanneer A al eigenaar is, zal hij B slechts mede-eigenaar kunnen maken door een aandeel in het huis aan hem over te dragen. Ook dan zal de levering moeten geschieden door het opmaken van een daartoe bestemde notariële akte en inschrijving hiervan in de openbare registers (art. 3:97 jo. art. 3:89 BW).

Bij de overdracht van onroerende zaken speelt derhalve niet alleen de wil van partijen om de eigendom over te dragen een rol (titel en goederenrechtelijke overeenkomst), maar ook de openbaarheid van de overdracht. Dit is door de Hoge Raad in het arrest Modehuis Nolly I benadrukt.⁸ Partijen waren buiten elke gemeenschap van goederen gehuwd. De vrouw exploiteerde het door haar ten huwelijk aangebrachte modehuis. Het modehuis leverde meer inkomsten op dan voor de onderhoud van het gezin nodig was. Deze overgespaarde gelden werden door de man belegd in onroerende zaken die op zijn naam in de openbare registers werden gesteld. Na de echtscheiding stelt de man zich op het standpunt dat hij eigenaar is van deze onroerende zaken. De vrouw beroept zich op het feit dat haar man als haar lasthebber op zich heeft genomen de belegging van de inkomsten en dat hij in deze kwaliteit, doch in eigen naam, de onroerende zaken heeft verworven. Zij stelt dat het mogelijk is dat een middellijk vertegenwoordiger te eigen name een onroerend goed voor zijn principaal in het eigendom verwerft, zeker wanneer principaal en middellijk vertegenwoordiger elkaars echtgenoten zijn, en dat het met betrekking tot de verkrijging door levering van onroerend goed niet noodzakelijk is dat bij de zakelijke overeenkomst ten name van de verte-

2. Wanneer in dit artikel wordt gesproken over echtgenoten worden hieronder ook begrepen de geregistreerde partners.

3. J. van Duijvendijk-Brand, *Afrekenen bij (echt)scheiding* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1990, p. 18.

4. W.M. Schrama, 'Vermogenrechtelijke geschillen tussen ongehuwde samenlevers, Opmerkingen naar aanleiding van "de kantonrechter en de verdeling van de auto" van Bart Breederveld, *FJR* 2002, afl. 11, p. 283-288', *FJR* 2003, p. 2-10, p. 10; Y. Quispel, 'Niet-geregistreerde samenwoners vanuit het perspectief van het huwelijksvermogens- en erfrecht', *FJR* 2005, 40.

5. C. Forder, 'Vermogensrechtelijke perikelen in het huwelijk onder de bezem', *NJB* 2006, 4, p. 17-18.

6. *Kamerstukken II* 2005/06, 28867, nr. 9, p. 9 (Tweede Nota van wijziging met toelichting).

7. Naar huidig recht is dit een nominale vergoeding. Volgens wetsvoorstel 28867 (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen) zal deze vergoeding worden berekend volgens de evenredigheidsleer (art. 96 lid 3 jo. art. 87 lid 2 en 3).

8. HR 2 april 1976, *NJ* 1976, 450 (Modehuis Nolly I).

genwoordigde wordt gehandeld wil deze de eigendom van het goed verkrijgen, althans naar de interne verhouding tussen partijen als eigenaar gelden. De Hoge Raad verwerpt deze stellingen door te overwegen dat een middellijk vertegenwoordiger die te eigen name een onroerend goed voor zijn principaal in eigendom verwerft hierdoor niet bewerkstelligt dat de principaal eigenaar van dat goed wordt, omdat een dergelijke wijze van eigendomsverkrijging van onroerend goed onverenigbaar is met art. 671 BW (oud) (thans art. 3:89 BW) en met de door dit wetsvoorschrift beoogde openbaarheid van de eigendomsverkrijging van onroerend goed door middel van overdracht.

Wat betreft de stelling dat de vrouw alleen naar de interne verhouding tussen partijen als eigenares geldt, overweegt de Hoge Raad dat niet valt in te zien, waarin een zodanig gerelativeerd recht van de vrouw op de goederen zich praktisch zou onderscheiden van een verbintenisrechtelijke aanspraak op die goederen. In het arrest *Modehuis Nolly II* wordt dan ook uiteindelijk beslist dat de vrouw op basis van de lastgevingsovereenkomst aanspraak kan maken op levering van de onroerende goederen aan haar.⁹ Bij roerende zaken geldt in zo'n geval de directe verkrijgingsleer, die is neergelegd in art. 3:110 BW en zou de vrouw wel eigenaar van de aan de middellijke vertegenwoordiger geleverde zaken zijn geworden. Wanneer de man de overgespaarde gelden op een bankrekening had gezet, die uitsluitend op zijn naam was gesteld, dan was voor de beantwoording van de vragen wie tot deze gelden gerechtigd is en of deze gelden in enige tussen partijen bestaande gemeenschap vielen beslissend geweest wat partijen dienaangaande uitdrukkelijk of stilzwijgend zijn overeengekomen.¹⁰ Het feit dat de openbaarheid bij overdracht van onroerende zaken deze voor roerende zaken en bankrekeningen wel bestaande wegen afsluit (die kunnen leiden tot het aannemen van enige gemeenschap tussen partijen dan wel tot de eigendom van de financierende echtgenoot), betekent echter niet dat de partner die geen (mede-)eigenaar van de onroerende zaak is, in verbintenisrechtelijke zin met lege handen zou staan. Zowel wanneer het huis eigendom is van een partner, als wanneer zij mede-eigenaar zijn kan ten behoeve van de (mee)financierende echtgenoot een vergoedingsrecht ontstaan. Deze vraag, alsmede die naar de handelings- en bestuursbevoegdheid met betrekking tot het huis, komen aan de orde in de volgende paragrafen.

3. Huis is eigendom van één van de samenwonende partners

Zowel tijdens de relatie als erna is de eigenaar degene die bevoegd over een zaak kan beschikken.¹¹ Anders dan bij al dan niet met uitsluiting van enige gemeenschap gehuwden geldt dat ook voor een ob-

ligatoire rechtshandeling die is gericht op bezwaring of vervreemding van een huis waarin men samenwoont (zoals het sluiten van een koopovereenkomst) geen toestemming van de andere partner vereist is. Het enkele samenwonen is onvoldoende reden om een zo ver gaande uitzondering te maken op de handelingsbevoegdheid als in art. 1:88 BW voor gehuwde partijen wordt gemaakt.¹² In een uitspraak van het Hof Amsterdam werden deze noties miskend door te beslissen dat verkoop van de zaak (het betrof hier niet de 'tezamen bewoonde woning', maar een vakantiehuis) alleen zou mogen met de uitdrukkelijke toestemming van de partner-niet eigenaar en dat deze partner zou mogen meebeslissen over de 'toedeling' van de zaak aan hem. Op deze uitspraak is al voldoende fundamentele kritiek geweest, zodat in het bestek van dit artikel daarnaar kan worden verwezen.¹³ Dit alles betekent niet dat aan het einde van een relatie de partner-eigenaar de ander zonder meer op straat kan zetten. Aangenomen wordt dat de beschikking over de woning in strijd kan zijn met de (stilzwijgende) afspraak om de ander een behoorlijk onderdak te verlenen.¹⁴ Dit betekent dat tijdens en aan het einde van een relatie de beginselen van de redelijkheid en billijkheid, die ook deze rechtsverhouding beheersen, met zich brengen dat de partner-eigenaar rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de ander (dit geldt uiteraard ook vice versa). Hierdoor heeft de voorlopige voorzieningenrechter de grondslag in handen op basis waarvan hij de belangenafweging kan maken om te beslissen of aan de andere partner de bevoegdheid kan worden toegekend de woning enige tijd na de beëindiging van de relatie te blijven gebruiken. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in art. 1:165 BW.¹⁵ Dit betekent niet dat de andere partner ook recht zou hebben op overdracht aan hem van de betreffende woning. Of dit het geval is zal afhankelijk zijn van de vraag hoe het is gekomen dat het huis op naam van de ene partner is gesteld. Wanneer bijvoorbeeld een lastgevingsovereenkomst zoals in het arrest *Modehuis Nolly II* kan worden aangenomen of wanneer de ene partner met het te zijnen name stellen van de woning een onrechtmatige daad jegens de ander heeft gepleegd¹⁶, kan op basis hiervan een titel aanwezig zijn die de partner-eigenaar verplicht het huis aan de ander over te dragen.

Een andere vraag is of de samenwonende partner die heeft bijgedragen aan de verwervingskosten van de woning aan het einde van de relatie slechts recht heeft op terugbetaling van het nominale bedrag of meedeelt in de waardevermindering van de woning. Deze problematiek verschilt bij samenwoners in beginsel niet van die bij echtgenoten die buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Illustratief is het arrest van de Hoge Raad van 22 september 2006.¹⁷ Het betreft het volgende geval. Man en vrouw wonen samen in een huis dat op een goed

moment door de man wordt gekocht en in eigendom aan hem wordt overgedragen. De koopsom bedraagt ongeveer f 280 000. Een bedrag van f 200 000 is volledig gefinancierd door middel van een hypothecaire geldlening, waarvoor de man en de vrouw zich als hoofdelijk schuldenaar jegens de bank hebben verbonden. Een bedrag van ongeveer f 80 000 is volledig voldaan uit het privévermogen van de vrouw. Partijen hebben een samenlevingsovereenkomst gesloten, waarin in verband met de omstandigheid dat ten behoeve van de verkrijging van het huis door de vrouw een bedrag aan haar privévermogen is onttrokken, zij een recht heeft op vergoeding van dit bedrag bij vervreemding, dan wel bij beëindiging der samenwoning anders dan door overlijden. Het huis wordt na de samenwoning verkocht aan een derde voor een bedrag van f 565 000. De vrouw krijgt het door haar betaalde nominale bedrag van de man terug. Zij maakt evenwel aanspraak op een gelijke verdeling van de waardevermindering die de woning heeft ondergaan. Hiertoe beroept zij zich in de eerste plaats op een in het kader van de samenlevingsovereenkomst al dan niet stilzwijgend gesloten verrekeningsovereenkomst. In de tweede plaats doet zij een beroep op de redelijkheid en billijkheid, onder verwijzing naar HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150 (Kriek/Smit). Het hof heeft het standpunt van de vrouw verworpen. De Hoge Raad overweegt echter:

‘Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat de tussen partijen gesloten samenlevingsovereenkomst dient te worden uitgelegd met inachtneming van het zogeheten Haviltexcriterium. Bij deze uitleg dient de rechter rekening te houden met alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval.

Tegen deze achtergrond heeft het hof van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven indien het zich bij zijn uitleg van de samenlevingsovereenkomst uitsluitend heeft gebaseerd op de tekst van de daarvan opgemaakte akte. De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, kan immers niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract.’

De volgende door de vrouw gestelde omstandigheden mogen daarom niet onbesproken worden gelaten:

- (i). dat de vrouw bijdragen heeft geleverd in geld en in natura,
- (ii). dat de hypothecaire lening die is gesloten bij de verwerving van het huis, zowel op naam van de man als van de vrouw is gesteld en dat partijen hoofdelijk aansprakelijk waren voor de nakoming van de aflossingsverplichtingen,
- (iii). dat weliswaar de man de hypotheekrente vol-

deed, maar de vrouw alle andere gezamenlijke lasten,

(iv). dat partijen de premies levensverzekering gezamenlijk hebben betaald en

(v). dat de factuur van de (transport)notaris op naam van beide partijen is gesteld.

Ook de beoordeling van het beroep op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die volgens het Kriek/Smit-arrest ertoe aanleiding kunnen geven een uitzondering aan te nemen op het uitgangspunt dat het geïnvesteerde bedrag slechts nominaal dient te worden vergoed, moet worden beoordeeld met inachtneming van alle bijzondere omstandigheden van het geval.

Het arrest ligt in de lijn van wat in eerdere arresten is aanvaard. Op grond van de bedoeling van partijen kan een (stilzwijgende) verrekenovereenkomst worden aangenomen, dat wil zeggen een overeenkomst waarbij obligatoir wordt afgerekend als ware er sprake van mede-eigendom. Partijen delen aldus in waardevermeerderingen en -verminderingen.¹⁸ Indien partijen een schriftelijke overeenkomst zijn aangegaan zoals huwelijkse voorwaarden of – zoals in dit geval – een samenlevingsovereenkomst zal de bedoeling van partijen door middel van uitleg van deze overeenkomst moeten worden gevonden.¹⁹ Hierbij komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.²⁰ Dat bij deze uitleg ‘alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval’ in aanmerking moeten worden genomen, is een toevoeging aan het klassieke ‘over en weer-criterium’, een toevoe-

9. HR 16 maart 1984, NJ 1985, 556 (Modehuis Nolly II).

10. HR 16 januari 1987, NJ 1987, 912 (Bruinsma/Smit); HR 16 februari 2007, RvdW 2007, 206; Hof Arnhem 13 maart 2007, LJN BA9509.

11. Voor gehuwden geldt hier de bestuursregeling van art. 1:90 en 1:97 BW.

12. Analoge toepassing van art. 1:88 BW wordt daarom in de handboeken afgewezen: Asser/De Boer 2006, nr. 570; Pitlo/Van der Burght, Doek, *Personen- en Familierecht*, 2002, nr. 619. Klaassen/Eggens/Luijten/Meijer, *Huwelijksgoederen- en erfrecht, eerste gedeelte, Huwelijksgoederenrecht*, 2005, nr. 818.

13. J.I. Driessen-Kleijn, ‘Onroerende zaken van samenwoners gemeenschappelijk eigendom?’, *ftV* 2005, p. 71-72; A.L.G.A. Stille, ‘(On)gemeenschap; verdeling of verrekening?’, *JBN* 2005, afl. 2.

14. Asser/De Boer 2006, nr. 571.

15. Zie hierover Wendy Schrama, ‘Vermogensrechtelijke aspecten van de niet-huwelijkse samenleving’, in: Caroline Forder en Alain Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Uitgevers 2005, p. 131-132 en 138-141.

16. Hof Amsterdam 4 mei 2006, LJN AX0775.

17. HR 22 september 2006, NJ 2006, 521.

18. HR 15 februari 1985, NJ 1985, 885 (Verrekenbeding arrest); HR 22 juli 1988, NJ 1988, 912 (Bruinsma/Smit) en HR 26 mei 1989, NJ 1990, 23 (Kermisklanten).

19. Zie over de uitleg van huwelijkse voorwaarden: J. van Duijven-dijk-Brand, ‘Uitleg van huwelijkse voorwaarden; Haviltex, standaarduitleg of beide?’, *WPNR* 2007/6709, p. 388-397.

20. HR 28 november 2003, NJ 2004, 116 (Uitleg huwelijkse voorwaarden); HR 6 oktober 2006, RvdW 2006, 923 (Inkomsten uit arbeid); HR 4 mei 2007, RvdW 2007, 481 (Belgische woningen).

ging die ook kan worden teruggevonden in recente, buiten het huwelijksvermogensrecht gewezen, arresten betreffende de uitleg van overeenkomsten.²¹

4. Huis is mede-eigendom van samenwonende partners

Wanneer de samenwonende partners het huis door overdracht aan hen beiden hebben verkregen of wanneer de ene partner een aandeel in dit huis aan de ander heeft overgedragen, is sprake van een zogenaamde eenvoudige gemeenschap waarop afdeling 3.7.1 BW van toepassing is.²² Van een gemeenschap van een algemeenheid van goederen, waarvoor de speciale bepalingen van afdeling 3.7.2 BW gelden, is geen sprake, aangezien deze gemeenschap, anders dan bijvoorbeeld de ontbonden huwelijksgemeenschap, niet in de limitatieve opsomming van art. 3:189 lid 2 BW voorkomt.²³ Voor de vraag wie bevoegd is over de zaak te beschikken maakt dit niet uit. Op grond van art. 3:170 lid 3 BW geldt dat de partners uitsluitend tezamen bevoegd zijn. Op de bevoegdheid van de deelgenoot om over *zijn aandeel* in de gemeenschappelijke zaak te beschikken is art. 3:175 lid 1 BW van toepassing dat bepaalt dat iedere deelgenoot over zijn aandeel in een gemeenschappelijk goed kan beschikken, tenzij uit de rechtsverhouding tussen de deelgenoten anders voortvloeit. Aangenomen wordt dat deze uitzondering op ongehuwd samenwonenden van toepassing is.²⁴ Eenzelfde uitzondering geldt op grond van art. 3:178 lid 1 BW voor de bevoegdheid verdeling te vorderen in de periode waarin de relatie nog in stand is. Voorts dient erop gewezen te worden dat de rechtsverhouding tussen deelgenoten beheerst wordt door de redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 lid 3 BW).²⁵ De vraag in hoeverre beide partijen meedelen in een waardestijging (en waardedaling) van het huis is eenvoudiger te beantwoorden dan bij het geval dat slechts één partij eigenaar is. Uitgangspunt is dat de aandelen van de deelgenoten gelijk zijn. Uit de rechtsverhouding tussen partijen kan echter een andere verdeling voortvloeien (3:166 lid 2 BW). De Hoge Raad heeft met betrekking tot het toepassen van deze uitzondering beslist in een zaak, waarin echtgenoten gezamenlijk eigenaar zijn geworden van de echtelijke woning, op grond waarvan tussen hen een naast de tussen hen bestaande gemeenschap van vruchten en inkomsten afzonderlijke gemeenschap bestaat. De vrouw heeft met een aanzienlijk hoger bedrag uit haar privévermogen aan de koopprijs bijgedragen dan de man. De Hoge Raad ziet hierin echter geen reden om de vrouw naar rato van haar besteding aanspraak te geven op een deel van de meerwaarde. Uitgangspunt van de overwegingen is dat wanneer echtgenoten gezamenlijk een goed in eigendom verkrijgen en met betrekking tot dat goed een bijzondere gemeenschap tussen hen ontstaat (welke situatie dus

gelijk is aan twee ongehuwd samenwonenden die gezamenlijk een goed verkrijgen), dat goed in beginsel voor rekening en risico van beide echtgenoten is naar verhouding van hun aandeel in de aldus ontstane gemeenschap. Het enkele feit dat de ene echtgenoot ten behoeve van de verkrijging van het goed een groter bedrag uit zijn privévermogen heeft besteed dan de andere echtgenoot, leidt er volgens de Hoge Raad niet toe dat uit hun rechtsverhouding voortvloeit dat hun beider aandeel niet gelijk is. Wel heeft iedere echtgenoot bij de verdeling recht op vergoeding door de gemeenschap van het nominale bedrag dat hij uit zijn privévermogen ten behoeve van de verkrijging van dat goed heeft besteed. Hetgeen na aftrek van die vergoedingen van de waarde van het goed resteert, komt iedere echtgenoot naar evenredigheid van zijn aandeel in de gemeenschappelijke zaak toe.²⁶ De Hoge Raad brengt in herinnering dat het op grond van het Kriek/Smit à l'inverse-arrest niet uitgesloten is dat op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid een uitzondering op de nominale berekening van dit vergoedingsrecht moet worden gemaakt.²⁷

5. Samenwoners en de vrijheid van het (vermogens)recht

De toepassing van het algemene vermogensrecht op de vraag wat de rechten en plichten zijn van ongehuwde samenwoners leidt niet tot ongewenste resultaten. Er is geen sprake van een vacuüm en niet kan worden gezegd dat deze relatievorm stiefmoederlijk wordt behandeld. Het tegendeel is waar. Juist omdat ongehuwde samenwoners niet voor een huwelijk of een geregistreerd partnerschap hebben gekozen, moet recht worden gedaan aan wat zij wél hebben beoogd en aan de verschillen die de samenlevingsvormen hebben. In de overwegingen van de Hoge Raad keren twee aspecten met regelmaat terug: de bedoeling van partijen en de maatstaven

21. Zie HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (DSM/Fox; m.nt. C.E. du Perron) en HR 2 februari 2007, *RvdW* 2007, 168 (NBA/Meerhuysen).

22. A.S. Hartkamp en W. Snijders, 'Het nieuwe BW en de ongehuwd samenwonenden', in: *Samenleven, Samenwerken* (Henriquez-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 137.

23. Dit zou bijvoorbeeld anders zijn indien de samenwonenden het huis zouden hebben geërfd, of indien zij eerder gehuwd zouden zijn geweest in gemeenschap van goederen en deze huwelijksgemeenschap nog niet zouden hebben verdeeld.

24. A.S. Hartkamp en W. Snijders, 'Het nieuwe BW en de ongehuwd samenwonenden', in: *Samenleven, Samenwerken* (Henriquez-bundel), Deventer: Kluwer 1983, p. 138; T.J. Mellema-Kranenburg 2007 (T&C BW), art. 3:175 BW, aant. 2.

25. Met betrekking tot het verhaal van privéschuldeisers bestaan er enige verschillen waarop in het kader van dit artikel niet nader kan worden ingegaan. Voor de praktijk is belangrijk dat een schuldeiser van een deelgenoot in beginsel verdeling van de gemeenschap kan vorderen op grond van art. 3:180 BW.

26. HR 21 april 2006, *RvdW* 2006, 416.

27. HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 651 (Kriek/Smit à l'inverse). (Een ontwikkeling in de onroerendgoedmarkt kan niet worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid, die zou nopen tot het maken van een dergelijke uitzondering.)

van redelijkheid en billijkheid. De kracht hiervan vormt ook de achilleshiel. De voorstanders van een meer institutioneel geregeld samenlevingsrecht zullen zeggen dat de samenwoners eigenlijk niet iets hebben beoogd en dat hun handelen of nalaten niet door enige rationele (lees ook: redelijke) overweging is ingegeven.²⁸ Zij hebben niet gekozen, zij leefden slechts samen. Kortom: zij dreven voort op de wolken van de liefde en waren zich van geen kwaad bewust. Dit kwaad overkwam hen, later, toen de doos van Pandora werd geopend. Op een dergelijke deterministische visie kan het recht echter niet worden gebaseerd, aangezien dan niemand voor zijn handelen verantwoordelijk is. Hoe zou men overigens rechtsgevolgen moeten verbinden aan dit niet-kiezen? Hier past een andere oorsprongsmythe, namelijk die van de 'Boom der kennis van goed en kwaad'.²⁹ De mens verkreeg de vrijheid om te kiezen en verloor hierdoor de on-

schuldige staat, waarin de dieren bleven verkeren.³⁰ Uitgangspunt moet zijn dat de handelingsbekwame mens ook de vorm kiest waarin hij samenleeft. Bij de zoektocht naar de bedoeling van partijen gaat het niet om een vermeende, gefingeerde, wil³¹ maar om de wil, waarvan de rechter terecht mag veronderstellen dat deze bij de ongehuwd samenwonenden aanwezig is geweest.

28. Schrama schrijft dat het familierecht het feit negeert dat de liefde ook bij samenwonende partners kan leiden tot financieel onverstandige beslissingen (W.M. Schrama, 'Ongehuwd samenleven: het stiefkind van het familierecht', AA 2006, p. 725).

29. Genesis 2:9 en 3:1-7.

30. Rüdiger Safranski, *Het kwaad, het drama van de vrijheid*, vertaald door Mark Wildschut, derde druk, Amsterdam/Antwerpen: Atlas 2001, p. 18-19.

31. W.M. Schrama, *Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000, p. 183 en C. Forder, 'Vermogensrechtelijke perikelen in het huwelijk onder de bezem', *NJB* 2006, 4, p. 18.

Ex-samenwonenden en het onderhoudsrecht

Alimentatie; eerst uit de lengte, dan pas in de breedte¹

113

Mr. J. van Duijvendijk-Brand²

De roep om alimentatieverplichtingen over de volle breedte

Op 1 juli 1994 trad na een fel politiek debat – leidend tot ingrijpende wijzigingen in de eindfase op het punt van het overgangsrecht – de Wet limitering alimentatie (WLA) in werking. Strekking van de WLA was een eind te maken aan het levenslange karakter van alimentatieverplichtingen. De begrenzing *in tijd* van alimentatieverplichtingen paste ook bij het streven naar emancipatie van gehuwde vrouwen³ en het bevorderen van hun deelname aan het arbeidsproces. De kort daaropvolgende uitbreiding *in de breedte* van de onderhoudsverplichtingen naar andere samenlevingsvormen dan het traditionele huwelijk, zoals het homohuwelijk en het geregistreerde partnerschap, stond in het teken van het wegnemen van ongelijkheden in het personen- en familierecht. Van het opdringen van een bepaald samenlevingsmodel is hierbij nooit sprake geweest, integendeel, er is juist een rijke keuze aan mogelijkheden: huwelijk, geregistreerd partnerschap en samenleven mét of zonder samenlevingsovereen-

komst.⁴ Recentelijk klinkt echter opnieuw de roep om voor die laatste categorie, dat wil zeggen de samenwoners die niets geregeld hebben, toch een wettelijke regeling te treffen.⁵ Ik heb mij afgevraagd of we hier niet te maken hebben met een 'gezocht' probleem. En als dat niet zo is, zou het dan niet raadzaam zijn het probleem in een iets breder kader te plaatsen door het alimentatierecht eens aan een 'brede herwaardering' te onderwerpen?

Oplossing voor een probleem, of probleem gezocht bij een oplossing?

Er bestaan zo veel juridische varianten om de gevolgen van een affectieve tweerelatie te regelen, dat niet onmiddellijk valt in te zien dat wie op dit punt iets wil regelen daaruit geen keuze zou kunnen maken. Wie geen huwelijk of geregistreerd partnerschap aangaat en evenmin een samenlevingscontract sluit met daarin een onderhoudsverplichting (doorlopend tot na de verbreking van de samenwoning) die wenst een dergelijke onder-

2. Mr. J. van Duijvendijk-Brand is advocaat bij Pels Rijcken Droogleevers Fortuijn advocaten en notarissen te Den Haag en tevens redacteur van *FJR*.

houdsverplichting kennelijk niet. En daar is, dunkt mij, op zich zelf genomen niets mis mee. Het in financieel opzicht op eigen benen willen staan, past uitstekend bij het streven van de overheid tijdens de afgelopen decennia om gehuwde vrouwen te emanciperen en hun deelname aan het arbeidsproces te bevorderen.

Maar dat is het probleem ook niet, zullen sommigen mij tegenwerpen. Het probleem schuilt erin dat mensen gaan samenwonen, kinderen krijgen, kortom hun leven net zo inrichten als gehuwden/geregistreerde partners – lees: de vrouw gaat vanwege de zorg voor de kinderen eveneens vaak parttime werken of stopt helemaal met deelname aan het arbeidsproces – zonder zich daar de financiële gevolgen van te realiseren.

Eerlijk gezegd kon ik mij zo veel onwetendheid niet voorstellen. Dat de meeste (aanstaande) echtgenoten zich niet of nauwelijks afvragen wat hun huwelijkse voorwaarden inhouden, mag een feit van algemene bekendheid worden genoemd. Maar dat samenwonen geen alimentatieverplichtingen in het leven roept, dat weet toch iedereen? Of niet?

Ik heb die vraag maar eens voorgelegd aan drie op mijn kantoor werkzame (zeer ervaren) kandidaat-notarissen wier praktijk volledig is gericht op het personen- en familierecht en erfrecht. Zij stellen jaarlijks niet alleen talloze huwelijkse voorwaarden en testamenten op, maar ook tientallen samenlevingscontracten. Die samenwoners weten toch wel wat het verschil is tussen een geregistreerd partnerschap en een samenlevingscontract (zonder alimentatieverplichting bij het eind)? Het antwoord heeft mij verbaasd en geschokt. Veel samenwoners die onbekommerd met elkaar afspreken dat de vrouw haar carrière voorlopig maar in de koelkast zet om voor de uit de relatie geboren kinderen te gaan zorgen, realiseren zich dat kennelijk niet voldoende. Indien hen daar dan vervolgens op wordt gewezen, brengt dat, zo begrijp ik van mijn kantoorgenoten, een enkele keer een korte schrikreactie teweeg, maar op de vraag of er dan toch niets geregeld moet worden volgt meestal een reactie in de trant van 'dat zien we dan wel'. Een soortgelijk probleem dus als bij huwelijkse voorwaarden.

Ik moet mijn conclusie kennelijk bijstellen. De praktijk heeft wel degelijk problemen signaleerd. Hoe groot dat probleem is, kan ik niet goed inschatten. Ik sluit niet uit dat de meeste levenspartners als er kinderen komen toch een huwelijk sluiten⁶ of een geregistreerd partnerschap aangaan en dat van degenen die ook in dat geval niets regelen de vrouw meestal wél haar financiële onafhankelijkheid bewaart. Maar ook los van het feit dat er geen goed zicht bestaat op de omvang van het gesignaleerde probleem, rijst de vraag of de oplossing daarvoor moet worden gezocht in het opleggen van een alimentatieverplichting aan levenspartners die

niets geregeld hebben (hierna kortheidshalve aangeduid als 'samenwoners').

Een slimme meid is op haar toekomst voorbereid

Het huwelijk en het geregistreerd partnerschap bieden beide de mogelijkheid om in één keer een aantal zaken te regelen die zeer praktisch zijn als de relatie duurzaam is en/of daaruit kinderen zijn geboren. Dat geldt zeker indien de vrouw haar eigen carrière opgeeft of op een laag pitje zet om de dagelijkse zorg voor de kinderen op zich te nemen. Kennelijk is dat besef echter bij sommigen niet doorgedrongen. Dan rijst onmiddellijk de vraag of betere voorlichting een oplossing zou kunnen zijn en, zo ja, wat dan het aangewezen moment daarvoor is. Het antwoord op de eerste vraag hangt af van het antwoord op de tweede vraag: is er een aangewezen moment voor voorlichting?

Ik zie dat moment niet zo een, twee, drie. De notaris die de samenwoners bij zich krijgt voor het opmaken van testamenten of een samenlevingscontract kan hier een taak vervullen en dat doet hij ook, zo heb ik begrepen. Niet altijd met even veel succes, maar zijn mogelijkheden zijn ook beperkt. Hij kan informatie verschaffen maar kan niet te veel in een bepaalde richting sturen. Dat geldt, zou ik menen, in dit geval in veel sterkere mate dan bij het opstellen van huwelijkse voorwaarden. In het laatste geval hebben de aanstaande echtgenoten immers een keuze gemaakt dát er huwelijkse voorwaarden moeten komen en is de vraag welke dat moeten worden dus uitdrukkelijk binnen de adviserende en informerende taak van de notaris. Indien samenwoners komen voor een testament of 'een regeling voor de inboedelzaken' (lees: samenlevingscontract zonder alimentatieverplichting) ligt dat duidelijk anders.

Ligt hier dan een taak voor de overheid? Men is wellicht geneigd die vraag snel bevestigend te beantwoorden. Toch ben ik ook daar niet van overtuigd. Het aandringen op het maken van alimentatieafspraken tussen samenwoners lijkt mij namelijk nogal op gespannen voet te staan met die andere door de overheid uitgedragen boodschap, te weten: 'Een slimme meid is op haar toekomst voorbereid.'

Onder deze titel gaven de ministeries van Onderwijs & Wetenschappen, van Sociale Zaken & Werkgelegenheid en van Welzijn, Volksgezondheid & Cultuur in 1990 een gezamenlijke brochure uit. Het doel was meisjes in te lichten over het belang van een doelbewuste beroepskeuze. De overheid hield de meisjes daarin onder meer het volgende voor:

'Als de kans groot is dat je (veel) minder verdient dan je eventuele partner, dan lijkt het nogal logisch dat jij de baan opgeeft en voor de kinderen

en het huishouden gaat zorgen. Dan is die keus niet zo erg vrij meer. Vrouwen (en mannen) die ervoor kiezen hun baan helemaal op te geven in die jaren, hebben vaak moeite om weer aan het werk te komen.'

en

'Je eigen geld verdienen geeft je meer zelfstandigheid. Met een eigen inkomen ben je minder afhankelijk van anderen. Het geeft je meer vrijheid. Bovendien heb je zo in een relatie elk je eigen inbreng. Ook wat het geld betreft.'

Die boodschap uit de jaren negentig van de vorige eeuw is ook terug te vinden in de Wet limitering alimentatie. Het was uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever⁷ dat aan iedere alimentatieverplichting (ook die van de 'oude gevallen') op enig moment een einde zou komen. Dat de Hoge Raad de WLA voor wat betreft de 'oude gevallen' onderuit heeft gehaald, doet aan het uitgangspunt van de wet niet af.⁸

Welnu, ik zie niet goed hoe een overheids campagne om ongehuwd samenwonenden ertoe te bewegen (na enige tijd) onderhoudsverplichtingen jegens elkaar aan te gaan, te rijmen zou zijn met dit streven van de overheid naar een grotere financiële onafhankelijkheid van vrouwen.

Daar ligt dus naar mijn mening niet de oplossing, maar waar dan wel? Is wettelijk ingrijpen dan de oplossing, maar staat dat niet op gespannen voet met het beginsel van (relatie- en) contractsvrijheid?

Rechtsgrond voor een wettelijke regeling versus beginsel van contractsvrijheid

Het eenvoudigweg van toepassing verklaren van de wettelijke alimentatieregels op samenwoners is niet meteen voor de hand liggend. De partners hebben er immers voor gekozen aan hun relatie geen juridische gevolgen te verbinden. Dat is hun goed recht, zou ik menen. Dat die keuze mogelijk in een aantal gevallen onvoldoende doordacht is, vormt naar mijn mening onvoldoende reden om de contractsvrijheid dan maar overboord te zetten. Wie meent dat een dergelijk ingrijpen wel gerechtvaardigd is, moet zich trouwens dan ook maar de vraag stellen waarom juist in dit geval en niet bijvoorbeeld in situaties⁹ waarin aanstaande echtgenoten huwelijkse voorwaarden aangaan die voor de vrouw bijzonder nadelig uit zullen pakken indien zij de zorgtaken binnen het gezin volledig op zich neemt en haar deelname aan het arbeidsproces om die reden beëindigt. Deze problematiek van de 'koude uitsluiting' is voor de wetgever tot op heden (terecht) nooit een reden geweest om dergelijke huwelijkse voorwaarden onmogelijk te maken. Evenmin heeft de wetgever aanleiding gezien om de gevolgen daarvan op een andere wijze – bijvoor-

beeld door het toekennen van een vergoeding voor huishoudelijke arbeid¹⁰ – te verzachten.

Forder en Verbeke noemen de door mij verdedigde visie (van de vrije keuze) in hun inleiding van de bundel *Gehuwd of niet; maakt het iets uit?*, de 'klassieke visie' van de lage landen en merken op dat deze klassieke visie in het boek danig onder vuur komt te liggen.¹¹ Inderdaad zijn er andere geluiden te horen. Dat de argumenten die worden aangevoerd tegen de 'klassieke visie' zonder meer overtuigen, is daarmee echter nog niet gezegd.

Voordat een antwoord kan worden gegeven op de vraag of het wenselijk is een wettelijke onderhoudsverplichting voor samenwoners in het leven te roepen, niettegenstaande het beginsel van contractsvrijheid, zal eerst de vraag moeten worden beantwoord wat de *rechtsgrond* – zo men wil *rechtvaardiging* – voor een dergelijk ingrijpen is.

Wie de literatuur er op na leest, moet constateren dat die vraag niet door alle schrijvers centraal wordt gesteld en dat bovendien de vraag niet door allen op dezelfde wijze wordt beantwoord. Zo komen we zowel het argument van het beslag op de algemene middelen tegen als het argument dat de zwakkere partij bescherming verdient. Verder meen ik bij een enkele schrijver nog een derde

1. De subtitel is vrij naar de bijdrage van W.J.M. Davids, 'Alimentatie... Niet in de lengte, wel in de breedte', in: W. Broomhaars en T.R. Hidma (red.), *Samenleven Samenwerken*, liber amicorum ter gelegenheid van de vijftenzestigste verjaardag van prof. mr. E.C. Cohen Henriquez, Deventer: Kluwer 1983.

3. Wanneer ik het hierna heb over de partner die de dagelijkse zorg voor de kinderen op zich heeft genomen, zal ik korthedshalve steeds spreken over 'de vrouw'. Ik hoop dat uit de bijdrage zelf duidelijk wordt dat dit niet voortkomt uit vastgeroeste opvattingen over oude rolpatronen maar is ingegeven door wat vaak nog de praktijk blijkt te zijn.

4. In alle gevallen kan dat ook nog eens zónder samen te wonen. Art. 1:83 BW waarin voor echtgenoten de verplichting tot samenwonen was opgenomen is immers bij wet van 31 mei 2001, *Stb.* 2001, 275 (in werking getreden op 22 juni 2001) geschrapt.

5. Zie Caroline Forder & Alain Verbeke (red.), *Gehuwd of niet; maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005.

6. Zie ook Kees de Hoog, 'Huwelijk en andere samenlevingsvormen: sociologische beschouwing', in: Caroline Forder & Alain Verbeke (red.), *Gehuwd of niet; maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005, p. 97, die er op wijst dat er weliswaar een forse toename is van geboorten buiten huwelijk, maar dat dit niet betekent dat deze gezinsvorm is toegenomen: meer dan driekwart van deze samenwonenden kiest er toch uiteindelijk voor een huwelijk te sluiten.

7. En niet alleen van de wetgever, maar ook van de Nederlandse bevolking. Uit een WODC-rapport uit 1981 getiteld 'Meningen van de Nederlandse bevolking over alimentatie na echtscheiding', Staatsuitgeverij 's-Gravenhage (nr. 21), blijkt dat aan een *tijdelijke* alimentatieverplichting door de meerderheid in alle gevallen (kortdurend, langdurend, kinderloos of met kinderen) de voorkeur wordt gegeven (zie p. 31-32).

8. Zie daarover ook het editorial van mijn hand in *FJR* 2007, 82, afl. 9.

9. Ik beperk mij nu maar tot het huwelijks(vermogens)recht, maar het zal duidelijk zijn dat de vraag zich op tal van andere terreinen laat stellen.

10. Vgl. ook J. van Duijvendijk-Brand, 'Waardering voor (van) huishoudelijke en andere niet-betaalde arbeid', in: *Naar een nieuw huwelijksvermogensrecht?*, verslag studiedag FJR en KNB, Ars Notariatus XCIII, Deventer: Kluwer 1999, p. 25 e.v.

11. Zie Caroline Forder & Alain Verbeke (red.), *Gehuwd of niet; maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005, p. 7.

rechtsgrond te kunnen ontwaren, te weten de bescherming van 'opgewekt vertrouwen'. Soms is het onduidelijk waarin de auteur de rechtvaardiging voor een (wettelijke onderhoudsplicht) ziet tussen samenwonenden, dan wel lijkt er sprake te zijn van een combinatie van rechtvaardigingsgronden. Op de belangrijkste gronden zal ik hierna met een enkel woord ingaan.

Beslag op de algemene middelen

Dorn¹² (die in de bundel *Gehuwd of niet; maakt het iets uit?* de alimentatierechtelijke positie van (ex-)partners in Nederland beschrijft) kiest zonder veel omhaal van woorden voor de oplossing van wettelijk ingrijpen. Zijn voorstel is dat de alimentatiebepalingen die thans voor gehuwden en geregistreerd samenwonenden gelden ook op de samenwoners van toepassing worden verklaard, mits de samenwoning een zekere duurzaamheid bezit. Voor de duurzaamheid zou Dorn willen aanknopen bij de eisen die op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad worden gesteld voor beëindiging van de alimentatieverplichting op grond van art. 1:160 BW. Over de vraag waarom een dergelijk ingrijpen in de contractsvrijheid gerechtvaardigd zou zijn, tref ik bij Dorn geen diepgaande beschouwingen aan. Dorn ziet die rechtvaardiging voor een dergelijk ingrijpen door de wetgever, zo begrijp ik, in het stijgend aantal behoeftige partners bij verbreking van de samenwoning en een daarmee gepaard gaande *toename* van het aantal te verstrekken *bijstandsuitkeringen*. De aanduiding 'danig onder vuur liggen' is naar mijn bescheiden mening niet op het artikel van Dorn van toepassing. Dat geldt evenmin voor de bijdrage van Belgische zijde, al tref ik in het artikel van Swennen¹³ wel enkele gedachten aan die mij aanspreken. Ik kom daar zo dadelijk nog op terug.

Dat Dorn wettelijk ingrijpen zonder meer voor de hand liggend acht en daar niet veel woorden meer aan vuil maakt, heeft mogelijk te maken met het feit dat de gedachte van wettelijk ingrijpen helemaal niet zo nieuw is als zij op het eerste gezicht lijkt. Al ruim vijftientig jaar geleden werd aan het samenleven buiten huwelijk in Leiden een congres gewijd, waarbij ook de vraag naar de verplichting tot levensonderhoud aan de orde kwam. De inleidingen en het verslag van de discussie verschenen in druk.¹⁴ Interessant voor het onderwerp van deze bijdrage zijn met name de inleidingen van Minkenhof en van Neleman.

Minkenhof poneerde een aantal 'betwistbare stellingen ter animering van de discussie'.¹⁵ Een van die stellingen luidde: iemand die zich in de positie van huishoudelijke partij begeeft doet dit primair op eigen risico, secundair op risico van de kostwinnende partij, maar *niet voor risico van de overheid*. Een onderhoudsplicht na beëindiging van een langdu-

rige relatie en bij causaal verband tussen de behoefte en de positie van huishoudelijke partij zou volgens haar echter te overwegen zijn. En, om meteen maar een misverstand uit de wereld te helpen: die zienswijze is niet gestoeld op een behoefte om de economisch zwakkere partij te beschermen, evenmin komt zij voort uit de wens om niet-huwelijkse samenlevingsvormen zo veel mogelijk analoog aan huwelijken wettelijk te regelen. Dat blijkt duidelijk uit de toelichting op de stelling:

'Primair blijft de regeling tussen partijen. Degene die zonder te trouwen aan een op een huwelijk gelijkende samenleving begint, weet dat de ander dat meermalen doet om vrij te zijn er mee op te houden, zonder dat het financiële gevolgen voor hem meebrengt, en heeft zijnerzijds meermalen dezelfde bedoeling. Dat risico heeft ook de huishoudelijke partij genomen en wanneer haar of zijn (eventuele) illusies teleurgesteld worden, zijn de gevolgen voor haar of hem. Er bestaat, in het algemeen gesproken, geen aanleiding voor speciale rechtsbescherming van huishoudelijke partijen als zodanig (nog steeds zonder kinderen). Er wordt toch al veel te veel beschermd.'

aldus Minkenhof. Wanneer er geen kinderen uit de relatie zijn geboren, acht zij onder omstandigheden niettemin een uitzondering op zijn plaats, maar dan moet wel aan een drietal strikte voorwaarden zijn voldaan:

1. langdurige samenleving op de basis van huishoudelijke partij (10 jaar is dan een minimum),
2. behoefte in de absolute zin van art. 1:392 BW en
3. causaal verband tussen de rol van huishoudelijke partij en de behoefte (eis van 'relatie-gereleerd').

Minkenhof laat de eis van langdurigheid van de samenwoning vallen wanneer er kinderen uit de relatie geboren zijn, dan wel kinderen van de kostwinnende partij in het gezin werden grootgebracht. De andere voorwaarden – te weten: behoefte in absolute zin en causaal verband tussen de rol van huishoudelijke partij en behoefte – blijven in haar voorstel gehandhaafd. Het was Minkenhof er kennelijk vooral om te doen om door middel van een wettelijke regeling te voorkomen dat de overheid de rekening van onverstandig handelen gepresenteerd zou krijgen.

Voor Koppen en Lekkerkerker¹⁶ is er eveneens een duidelijk verband tussen het beslag op de algemene middelen en het bestaan van een onderhoudsverplichting tussen samenwonenden. Hun vertrekpunt is echter tegenovergesteld aan dat van Minkenhof: de verplichting van de overheid om aan degene die duurzaam met een levenspartner samenwoont ten opzichte van een alleenstaande toeslagen op uitkeringen en dergelijke te verschaffen, is in hun opvat-

ting alleen dan gerechtvaardigd wanneer de levenspartners ook jegens elkaar een onderhoudsplicht hebben willen aanvaarden.

Ook Schrama besteedt in haar proefschrift¹⁷ – hoe kan het anders¹⁸ – aandacht aan de relatie tussen publiekrecht en privaatrecht. Zij spreekt in dit verband – met een knipoog naar het ip-rechtelijke idioom – van hinkende rechtsverhoudingen. Als ik het goed zie is dat voor haar echter geen doorslaggevend argument. Schrama komt uiteindelijk (na het stellen van een groot aantal vragen en het signaleren van veel probleempunten) tot de conclusie dat de tijd nog niet rijp is voor wetgeving; eerst moet er een goed fundament zijn en voorkomen moet worden dat er binnen het familierecht wederom wetgeving tot stand wordt gebracht die schade berokkent.¹⁹

Bescherming van opgewekt vertrouwen

Neleman, die tijdens het Leids congres in 1982 als referent van de stellingen van Minkenhof optrad, koos voor een iets andere benadering.²⁰ Hij benadrukt dat een relatie voor partijen verschillende functies kan vervullen en dat partijen, al dan niet uitdrukkelijk uitgesproken, verschillende intenties kunnen hebben, die ook nog eens in de loop van de tijd kunnen wijzigen. Niet alle relaties kunnen dus over één kam geschoren worden. Als men het beginsel van contractsvrijheid serieus wil nemen moet de wetgever, aldus nog steeds Neleman, deze relaties ook niet onder één criterium willen brengen waaraan dan met het oog op alle rechtsgevolgen moet worden getoetst of sprake is van een samenleving. Voor de vraag of bij het einde van een relatie een onderhoudsverplichting moet bestaan, moet in zijn visie niet worden aangeknoopt bij het bestaan hebben van een gemeenschappelijke huishouding, maar dient veeleer doorslaggevend te zijn of de ene partij zich het onderhoud van de andere partij 'heeft aangetrokken'. Neleman wijst er op dat in dit verband ook precisering van het begrip 'huishoudelijke partij' is aangewezen: het enkele feit dat een partij zich uitsluitend met het huishouden heeft beziggehouden geeft op zichzelf nog geen aanspraak op levensonderhoud bij het einde van de relatie, ook niet als deze een lange duur heeft gehad. Plaats voor een verplichting tot onderhoud ziet Neleman, behalve in het geval dat partijen dit uitdrukkelijk zijn overeengekomen, in het geval *tijdens het bestaan van de relatie* een onderhoudsverplichting heeft bestaan, die hetzij berust op een uitdrukkelijke afspraak tussen partijen hetzij feitelijk is nagekomen, tenzij voor wat het laatste geval betreft overeengekomen zou zijn dat geen verplichting tot onderhoud zal bestaan.

Hoewel Neleman dat niet met zo veel woorden zegt, leid ik uit zijn voorstellen af dat hij de rechtsgrond voor de onderhoudsverplichting na het einde van de relatie zoekt in een bescherming van 'opge-

wekt vertrouwen' of, juridisch wellicht juister: in een verplichting om de contractuele relatie (ontstaan door een overeenkomst of een omgezette natuurlijke verbintenis) naar redelijkheid en billijkheid af te wikkelen.²¹ Daarmee rijst overigens wat mij betreft meteen de vraag of een wettelijke regeling in die opzet nog wel noodzakelijk is.

Die vraag dringt zich nog meer op, nu de voorstellen van Neleman, naar ik begrijp uit de eerdergenoemde bijdrage van Swennen, grote gelijkenis vertoont met wat inzake onderhoudsverplichtingen tussen samenwonenden volgens de Belgische jurisprudentie geldt.²² Kennelijk wordt daar een enkele keer aangenomen dat er een *natuurlijke verbintenis* tot het verschaffen van levensonderhoud ontstaat, indien de samenwoning voldoende is naar duur gemeten en redeneert men dan dat deze verbintenis na beëindiging van de samenwoning blijft bestaan voor een bepaalde overbruggingsperiode waarvan de duur afhangt van de stabiliteit van de samenwoning en, wat Swennen noemt, de 'reclasseringsmogelijkheden'. Met dat laatste wordt blijkbaar bedoeld de aanwezigheid van verdien capaciteit, dat wil zeggen de mogelijkheid om, na de overbrugging, alsnog in het eigen levensonderhoud te voorzien. Swennen ziet hierin niet het aannemen van

12. Thom Dorn, 'Alimentatierechtelijke positie van (ex-)partners in Nederland', in: Caroline Forder & Alain Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005, p. 275-284.

13. Frederik Swennen, 'Alimentatie tussen partners', in: Caroline Forder & Alain Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005, p. 285-309.

14. W.C.J. Robert & J.M.A. Waaijer (red.), *Relatievrijheid en recht*, Inleidingen en verslag van de Leidse Conferentie van 25 en 26 mei 1982, Deventer: Kluwer 1983.

15. Aldus de titel die zij aan haar inleiding gaf. Zie A.L.L. Minkenhof, 'Enkele betwistbare stellingen ter animering van de discussie', in: W.C.J. Robert & J.M.A. Waaijer (red.), *Relatievrijheid en recht*, Deventer: Kluwer 1983, p. 119-128.

16. P.A. Koppen en G.J.C. Lekkerkerker, 'Geregistreerd samenwonen, verbintenis en lotsverbondenheid' (II, slot), *WPNR* 1992/6068, p. 794-798.

17. W.M. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (diss. Universiteit van Utrecht), 2004 (Ars Notariatus 122), Deventer: Kluwer 2004, par. 5.5.2.

18. Het boek telt immers, zonder de bijlage, het indrukwekkende aantal van 572 pagina's.

19. W.M. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (diss. Universiteit van Utrecht), 2004 (Ars Notariatus 122), Deventer: Kluwer 2004, p. 568-570. Wat die laatste opmerking van Schrama betreft: ik kon het niet meer met haar eens zijn. Ik doel dan met name op de wetgeving inzake de verrekbedingen, niet in de laatste plaats op het overgangsrecht.

20. P. Neleman, 'De positie van de huishoudelijke partij', in: W.C.J. Robert & J.M.A. Waaijer (red.), *Relatievrijheid en recht*, Deventer: Kluwer 1983, p. 128-137.

21. De benadering doet enigszins denken aan die waarin de Hoge Raad (HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399) oordeelde dat uit de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden gedeeltelijk terzijde wordt gelaten op grond van 'onderling overeenstemmend gedrag' van partijen waarin van die huwelijkse voorwaarden wordt afgeweken.

22. Frederik Swennen, 'Alimentatie tussen partners', in: Caroline Forder & Alain Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen/Groningen: Intersentia 2005, p. 305-306.

eenzelfde lotsverbondenheid tussen samenwoners als tussen gehuwden, maar 'voortzetting gedurende een *redelijke opzegtermijn* van een aangegaan engagement tot bijdrage'. Anderen schijnen een stilzwijgende overeenkomst aan te nemen met eveneens een verplichting tot het in acht nemen van een *redelijke opzegtermijn*, al lijkt de rechtspraak daarvoor, zo begrijp ik van Swennen, weinig te voelen.

Bescherming economisch zwakkere partner

Dauids²³ benadert de hier aan de orde zijnde vraag vanuit *één type relatie*, namelijk vanuit de samenleving die uitsluitend van het huwelijk verschilt door het ontbreken van het boterbriefje. Indien een samenleving buiten huwelijk zo geconstrueerd is dat er de *levensverhouding* is ontstaan, dat getrouwheid, hulp en bijstand verschuldigd zijn en de samenwoners elkander verplicht zijn het nodige te verschaffen, waarom zou dan niet een grondslag zijn ontstaan die een verzorgingsplicht meebrengt na het geheel of gedeeltelijk slaken van die verhouding? De rechtsgrond die voor de alimentatie na huwelijk geldt, is dan toch even goed aanwezig, aldus Dauids die meteen zelf het – volgens hem duidelijke maar ook onbevredigende – antwoord geeft: omdat de wet geen met art. 1:157 BW vergelijkbare regeling kent voor samenwoners. Dauids stelt dan ook voor een dergelijke wettelijke regeling alsnog op te nemen. Vanwege de innige lotsverbondenheid komt hem dat redelijk voor.²⁴

Forder heeft zich kennelijk voor haar inaugurele rede door Dauids laten inspireren.²⁵ De benadering van Dauids spreekt haar aan, omdat deze aansluit bij het begrip 'lotsverbondenheid' uit art. 1:160 BW en: 'Met dit begrip kan de Nederlandse rechter goed uit de voeten.' Dat laatste nu is een conclusie waar ik grote vraagtekens bij zet. Ik kom daar zo nog op terug. Verder moet er in de visie van Forder – die daarmee aansluit bij de voorstellen van Minkenhof – sprake zijn van behoefte in de zin van *economische afhankelijkheid* die het gevolg is van (in causaal verband staat met) de relatie (anders gezegd: *relatiegerelateerd* is). Als daaraan voldaan is, nadat de wetgever daarvoor een voorziening heeft getroffen, moet het opleggen van een onderhoudsverplichting door de rechter ten behoeve van de economisch afhankelijke partij mogelijk zijn.²⁶

In een Ars Aequi-artikel van eind vorig jaar is Schrama over de redenen om ook de relatie van ongehuwd samenlevenden die niets geregeld hebben wettelijk te regelen veel meer uitgesproken dan in haar proefschrift. Echtgenoten kunnen, aldus Schrama, rekenen op de rechtszekerheid van het familierecht:

'Speciale mechanismen zorgen ervoor dat de *economisch zwakke partner* wordt beschermd, zoals

een recht op alimentatie en de wettelijke gemeenschap van goederen. Wie ongehuwd samenleeft loopt in dit opzicht echter grote risico's, want het familierecht negeert het feit dat de liefde ook bij deze partners kan leiden tot financieel onverstandige beslissingen.'

Schrama verwijt de wetgever dat hij de economisch zwakkere na een scheiding zonder blikken of blozen in de kou laat staan en pleit voor een herijking.²⁷ Die argumenten kunnen (mij) niet onmiddellijk overtuigen. De 'speciale mechanismen' zijn de *rechtsgevolgen* van het aangaan van een (familierechtelijke) *overeenkomst*, huwelijk of geregistreerd partnerschap genaamd. En wat die onverstandige financiële beslissingen betreft: daar waarschuwde de overheid in de jaren negentig van de vorige eeuw al voor met de 'slimme meid'-campagne. Wat mij wel aanspreekt is dat Schrama kennelijk geen geïsoleerde benadering van het onderwerp onderhoudsverplichtingen tussen samenwoners voorstaat, maar zo begrijp ik voelt voor een herijking van het familierecht waarin óók, maar niet alleen, rekenschap wordt gegeven van relaties die in economisch en emotioneel opzicht een vergelijkbare rol vervullen als het huwelijk en het geregistreerd partnerschap.

Vermeldenswaard is verder dat op de Nederlandse Antillen, sinds de inwerkingtreding daar van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (1 januari 2001), zulks in afwijking van het Nederlandse recht, een wettelijke regeling voor de onderhoudsplicht tussen samenwonenden bestaat. Joubert ijverde daar in 1983 al voor, waarbij hij er op wees dat samenwoners buiten huwelijk op de Nederlandse Antillen vooral bij de economisch zwakkeren voorkwam.²⁸

Conclusies

Wie het debat in de juridische literatuur over de afgelopen 25 jaar overziet, kan naar mijn mening niet om de conclusie heen dat de vraag naar de *rechtsgrond* voor wettelijk ingrijpen in de vrijheid voor samenwoners om hun leven (ook in juridisch opzicht) zo in te richten als zij dat zelf wensen, daarbij niet centraal heeft gestaan. Niet zelden zijn concrete voorstellen geformuleerd zonder dat men daarbij expliciet aangeeft waarin dat voorstel naar het oordeel van de auteur zijn rechtsgrond vindt. Er lijkt onder de schrijvers daarover evenmin consensus te bestaan: sommigen zoeken die kennelijk in het voorkomen van een beslag op de algemene middelen, anderen in de bescherming van 'opgewekt vertrouwen' en/of bescherming van de economisch zwakke partij. Voordat de wetgever ook maar zou overwegen om met betrekking tot dit onderwerp met wetgevingsvoorstellen te komen, dient de vraag naar de rechtsgrond naar mijn mening eerst eenduidig te worden beantwoord.

Verder kan men de kwestie van een wettelijke onderhoudsverplichting niet los zien van art. 1:160 BW en de wijze waarop deze bepaling in de rechtspraak is uitgelegd. Dit geldt in meer dan één opzicht.

Ten eerste is het begrip 'lotsverbondenheid' uit art. 1:160 BW, anders dan Forder stelt, nu juist géén begrip waarmee de rechter in Nederland goed uit de voeten kan. Door de restrictieve uitleg die de Hoge Raad aan art. 1:160 BW heeft gegeven²⁹ is de bepaling tot een dode letter geworden. Niet voor niets zijn er al meerdere keren stemmen opgegaan om art. 1:160 BW maar te schrappen, nu geen enkele ex-echtgenoot er ooit in slaagt het door deze bepaling verlangde bewijs van 'wederzijdse verzorging' te leveren. Iedere wettelijke regeling waarin eenzelfde begrip wordt gehanteerd is dus tot mislukken gedoemd.

Het tweede aspect heeft betrekking op wat Schrama de *hinkende rechtsverhoudingen* noemt³⁰: indien de alimentatieplicht jegens de ex-echtgenoot eindigt in geval van samenwonen (als waren zij gehuwd) dan is het ook redelijk dat er een nieuwe onderhoudsverplichting van de nieuwe partner voor in de plaats komt. Dat argument spreekt misschien op het eerste gezicht aan, maar overtuigt bij nadere beschouwing in het geheel niet en wel om de volgende redenen:

1. de bepaling is een dode letter geworden, de verplichting van de ex-echtgenoot eindigt dus niet en daarmee is de premisse onjuist, terwijl niet valt in te zien dat de Hoge Raad ná invoering van een wettelijke onderhoudsverplichting voor samenwoners de vaste koers van restrictieve uitleg van art. 1:160 BW plotsklaps zal verlaten;
2. zo lang de relatie duurt hebben de samenwonende partners er geen enkel belang bij om tegenover de ex-echtgenoot de 'economische afhankelijkheid' van de huishoudelijke partner te erkennen, tegenover hem zullen zij haar 'economische onafhankelijkheid' – waarmee in dit verband dan wordt bedoeld de afhankelijkheid van alimentatie (!) – blijven bewaken;
3. nadat de samenwoners hun relatie hebben verbroken, kan de huishoudelijke partner haar plan trekken: de zekerheid van de door de rechter vastgestelde alimentatie ten laste van de ex-echtgenoot of de onzekerheid van een onderhoudsbijdrage ten laste van de nieuwe partner, met het risico van het uitlokken van een dispuut met de ex-echtgenoot over de verschuldigdheid van in het verleden betaalde alimentatietermijnen.

Het lijkt mij duidelijk dat de huishoudelijke partner voor het eerste zal kiezen. De problemen rond art. 1:160 BW en de onredelijke uitwerking daarvan jegens de alimentatieplichtige zouden dus wel eens kunnen worden vergroot in plaats van weggenomen indien een onderhoudsverplichting voor samenwonenden in de wet wordt opgenomen.

Wat is mijn opvatting over de wenselijkheid van een wettelijke onderhoudsverplichting voor de samenwoners/niet-regelaars? De contractsvrijheid vind ik een groot goed, evenals (het blijven propageren van) de financiële onafhankelijkheid van gehuwde of samenwonende vrouwen. Daarbij past in mijn optiek niet het opnemen van een wettelijke onderhoudsplicht voor samenwonenden die op dezelfde leest geschoeid is als (thans) de alimentatieverplichtingen voor gehuwden. Wel vind ik dat iedere relatie – ook een niet-huwelijkse samenwoning – op een fatsoenlijke wijze moet worden afgewikkeld, ook in financiële zin. De rechtvaardiging voor een wettelijke regeling zou voor mij dan ook gelegen zijn in een bescherming van het 'opgewekte vertrouwen' dat een dergelijke 'redelijke afwikkeling' zal plaatsvinden. De oplossing die daarbij past is een afwikkeling met inachtneming van een redelijke opzegtermijn, de Belgische benadering dus. Of nog anders gezegd: een financiële ondersteuning met als doel de ander weer in staat te stellen op eigen benen te staan. Daarvoor zou de rechter de mogelijkheid moeten krijgen een som ineens op te leggen. Het lijkt mij zinvol om de mogelijkheden van het opleggen van (een deel van de)

23. W.J.M. Davids, 'Alimentatie... Niet in de lengte, wel in de breedte', in: W. Breemhaar en T.R. Hidma (red.), *Samenleven Samenwerken*, liber amicorum ter gelegenheid van de vijftenzestigste verjaardag van prof. mr. E.C. Cohen Henriquez, Deventer: Kluwer 1983.

24. Ik heb Davids' argumenten aangemerkt als de wens om de economisch zwakkere partij te beschermen. Voor hem is kennelijk de gelijkenis met het huwelijk doorslaggevend en niet zozeer eventueel opgewekt vertrouwen (zoals bij Neleman). Deze indeling is echter voor discussie vatbaar.

25. Caroline J. Forder, 'Het informele huwelijk: de verbondenheid tussen mens, goed en schuld', rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar European Family Law, aan de Universiteit Maastricht op vrijdag 27 oktober 2000. Daarnaast wijst zij op art. 408b van het (toen nog) in het ontwerpstadium verkerende Nieuw Burgerlijk Wetboek voor de Nederlandse Antillen en van Aruba en op reeds bestaande wetgeving in enkele Canadese en Australische 'territories' waarin een (meer of minder beperkte) wettelijke onderhoudsverplichting tussen samenwonenden is geregeld (p. 13-20). Ook de Zweedse wet samenwonenden komt ter sprake; in die wet is kennelijk wel een regeling getroffen voor de (eigendom van) goederen van de (ex)partners, maar is daarnaast bewust afgezien van een wettelijke regeling van de onderhoudsverplichting.

26. Ook bij Forder kan men aarzelen of zij de rechtsgrond daarvoor ziet in de bescherming van de economisch zwakkere partij. Ik houd het er op dat dit voor haar inderdaad doorslaggevend is.

27. Wendy Schrama, AA 55 (2006) 10, p. 724-726.

28. E.L. Joubert, 'Concubinaat en het Antilliaanse recht', in: W. Breemhaar en T.R. Hidma (red.), *Samenleven Samenwerken*, liber amicorum ter gelegenheid van de vijftenzestigste verjaardag van prof. mr. E.L. Cohen Henriquez, Deventer: Kluwer 1983, p. 183-190. In de toelichting op art. 408b wordt expliciet naar dit artikel van Joubert verwezen. Zie de parlementaire geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek, Mirto F. Murray (red.), p. 160. De constatering dat de Nederlandse Antillen een afwijkende regeling kennen op dit punt is niet zonder belang, nu Bonaire, Saba en St. Eustatius Nederlandse gemeenten zullen worden, waarbij het Nederlandse recht (in beginsel) geleidelijk van toepassing zal worden.

29. Zie onder meer HR 3 juni 2005, NJ 2005, 381, HR 13 juli 2002, NJ 2001, 586.

30. W.M. Schrama, *De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht* (diss. Universiteit van Utrecht), 2004 (Ars Notarius 122), Deventer: Kluwer 2004, par. 5.5.2.

alimentatie in de vorm van een som ineens dan meteen in een breder kader te plaatsen en dus ook op de alimentatieverplichtingen na einde huwelijk te betrekken. Het boekje van Kappelhof uit 1982³¹ met interessante rechtsvergelijkende beschouwingen zou daarbij als inspiratie voor nader (rechtsvergelijkend) onderzoek kunnen dienen. Indien de alimentatieverplichtingen na echtscheiding zouden kunnen worden teruggebracht tot het wegnemen van de 'huwelijksgelateerde' economische afhankelijkheid door middel van het faciliteren van reïntegratiemogelijkheden van de economisch afhankelijke partij via een som ineens, kan die verplichting moeiteloos worden doorgetrokken naar de samenwoners buiten huwelijk. Een dergelijke herijking van het alimentatierecht lijkt mij goed te passen bij een 'slimme meid'-campagne die, zo maak ik uit een recente opmerking van minister Plasterk op, kennelijk aan een 'revival' toe is. Wanneer het de rechter mogelijk zou worden gemaakt een som ineens op te leggen, zou dat heel wat voordelen hebben. Allereerst voor betrokkenen zelf die dan eindelijk een 'clean break' kunnen bewerkstel-

ligen. Maar het zou naar mijn mening ook leiden tot een besparing van de werklast van het justitiële apparaat: waar het opleggen door de rechter van een som ineens, in mijn optiek uit haar aard ook betekent het (in beginsel) uitsluiten van de mogelijkheid om wijziging te vragen³², zal dit denk ik een aardige financiële besparing van de overheidsfinanciën op kunnen leveren.

Mijn dringend advies aan de wetgever is dus: haal de alimentatie nu eerst eens echt uit de lengte en trek haar daarna pas door in de breedte.

31. Antoinette Kappelhof, 'Alimentatie en de som ineens' (Reeks 'Recht, gezin en samenleving'), 's-Gravenhage: VUGA 1983.

32. Daar zit dan ook meteen een knelpunt. Aangezien kenmerkend voor een wettelijke onderhoudsverplichting is dat deze afhankelijk is van draagkracht en behoefte en dit beide omstandigheden zijn die in de tijd kunnen variëren, betekent dit tevens dat de onderhoudsverplichting uit haar aard voor wijziging vatbaar is. Wanneer de wetgever zou opteren voor de mogelijkheid van het opleggen van een som ineens, zal hij zich daarvan rekenschap moeten geven en voor dit probleem een oplossing moeten vinden. Het gaat (helaas) in dit kader te ver om dit punt nader uit te werken.

Kinderen van (ex-)samenwonenden

114

Mr. E.C.C. Punselie¹

In deze bijdrage wordt met name ingegaan op de vraag of gezamenlijk ouderlijk gezag een van rechtswege intredend rechtsgevolg van de erkenning zou dienen te zijn. Zijdelings zullen andere rechtsgevolgen van het juridisch ouderschap van samenwoners aan de orde komen. Afgesloten wordt met een standpunt over het al dan niet handhaven van de huidige regelgeving op dit gebied.

1. Inleiding

Waar tot ver in de jaren tachtig het huwelijk veruit de populairste leefvorm was waarbinnen kinderen werden geboren, is dat beeld anno 2007 fors veranderd.² De uitbreiding van de juridische mogelijkheden om ook alternatieve leefvormen een meer officieel karakter te geven, werden in het begin van de jaren negentig vooral ingegeven door de toenmalige onmogelijkheid voor partners van gelijk geslacht om met elkaar in het huwelijk te treden, welke onmogelijkheid met de openstelling van het huwelijk is verdwenen. Echter, ook veel partners van verschillend geslacht zien geen meerwaarde in het sluiten van een huwelijk. Waar vrijwel iedereen er vroeger wel van op de hoogte was dat als kinderen binnen het huwelijk geboren werden, allerlei zaken zoals afstamming, naam, na-

tionaliteit, onderhoudsrechten- en plichten en erfrechtelijke aanspraken automatisch geregeld waren, blijken tegenwoordig veel mensen niet te weten wat de juridische gevolgen zijn van de door hen gekozen buitenhuwelijkse leefvorm. Uit de rechtspraktijk blijkt dat het nemen van bepaalde stappen om bepaalde rechtsgevolgen te laten intreden, zoals het doen inschrijven van de wens gezamenlijk ouderlijk gezag over een kind uit te oefenen (art. 1:252 BW), soms als gevolg van die onwetendheid wordt nagelaten. Dit is met name opvallend omdat in de praktijk blijkt dat als mensen samen een woning aanschaffen, ze vaak wel de nodige stappen nemen om aanspraken hierop na beëindiging van de relatie of overlijden van een van beiden zeker te stellen.

1. Mr. E.C.C. Punselie is universitair docent notariële vakken aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden en redacteur van FJR.

2. Ontstaan van familierechtelijke betrekkingen met kinderen

Voor een vrouw is de huwelijkse staat geen voorwaarde om in familierechtelijke betrekking te komen staan met uit haarzelf geboren kinderen. Moeder is immers de vrouw die het kind heeft gebaard en verder die het heeft geadopteerd (art. 1:198 BW). Dat is overigens niet altijd zo geweest. Vanaf de Franse overheersing in het begin van de negentiende eeuw tot 1948³ gold dat voor het ontstaan van burgerlijke betrekkingen tussen de ongehuwde moeder en haar kind, erkenning van het kind door de moeder noodzakelijk was.

Voor de vader geldt dat alleen van rechtswege een familierechtelijke betrekking met zijn kind ontstaat als hij op het moment van de geboorte met de moeder is gehuwd (art. 1:199 onder a BW).⁴ Als gevolg van de van rechtswege ontstane familierechtelijke betrekking, zijn de ouders belast met het gezamenlijk ouderlijk gezag (art. 1:251 BW), draagt het kind de geslachtsnaam van de vader, tenzij de ouders gezamenlijk een keuze maken voor de naam van de moeder (art. 1:5 lid 5 BW), heeft het kind de Nederlandse nationaliteit indien ten minste één van de ouders Nederlander is (art. 3 Rw Ned) en heeft het kind een wettelijk verankerde erfrechtelijke positie (art. 4:10 en 4:63 BW), alsmede recht op de verstrekking van onderhoud door zijn ouders (art. 1:392 en 1:395a BW).

Als de vader op het moment van de geboorte niet met de moeder van het kind is gehuwd, kan een familierechtelijke betrekking tussen vader en kind ontstaan na erkenning, na een rechterlijke uitspraak inzake gerechtelijke vaststelling vaderschap of door adoptie. Dat het juridisch vaderschap niet van rechtswege ontstaat, geldt overigens ook als de moeder en de man een geregistreerd partnerschap hebben gesloten (art. 1:199 onder a BW vereist expliciet een huwelijk). Enkele van de hiervoor vermelde rechtsgevolgen van het juridisch ouderschap treden al in na een erkenning: de erfrechtelijke positie van het kind jegens beide ouders en het recht op de verstrekking van levensonderhoud. Ten aanzien van het naamrecht geldt dat de erkenning tot gevolg heeft dat de vader en de moeder samen mogen kiezen welke van hun beider geslachtsnamen het kind zal dragen. Het niet tijdig uitbrengen van een keuze voor de naam van de vader heeft echter in deze situatie tot gevolg dat het kind de naam van de moeder krijgt (art. 1:5 lid 2 BW). Wat betreft nationaliteitsgevolg geldt dat als het kind de Nederlandse nationaliteit niet aan zijn moeder ontleent, hij een optierecht verkrijgt om de nationaliteit aan zijn erkenner te ontleen, welk optierecht verzilverd kan worden als de erkenner het kind minimaal drie jaar heeft verzorgd en opgevoed (art. 6 lid 1 onder c Rw Ned).⁵

Veel problemen lijkt het niet van rechtswege ontstaan van een familierechtelijke betrekking tussen

vader en het buiten huwelijk geboren kind in de praktijk niet op te leveren. Veel ingewikkelder en voor de leek moeilijker te overzien, is echter de gezagsrelatie tussen niet met elkaar gehuwde ouders en kinderen.

3. Ouderlijk gezag over buiten huwelijk geboren kind

Over een buiten huwelijk geboren kind heeft de moeder van rechtswege het eenhoofdig ouderlijk gezag, mits zij bevoegd is tot gezag, dus niet minderjarig is, onder curatele staat of ernstig geestelijk gestoord is (art. 1:253b jo. 1:246 BW). Als de ouders gezamenlijk het ouderlijk gezag over het kind willen uitoefenen, kunnen zij aan de griffier van de rechtbank binnen welk arrondissement het kind geboren is verzoeken om in het gezagsregister aan te tekenen dat zij het gezag gezamenlijk zullen uitoefenen (art. 1:252 jo. 1:244 BW). Deze regeling geldt alleen voor juridische ouders. De vader dient het kind dus wel eerst te hebben erkend. Een amendement van Kamerlid Rabbiae dat ertoe strekte aan de erkenning van rechtswege het gevolg van gezag te verbinden werd in 2001 door de toenmalige Staatssecretaris van Justitie Kalsbeek ontraden en voorts door de Tweede Kamer verworpen.⁶ Omdat de wet een gezamenlijk verzoek van de ouders vereist, wordt het lastig als de ouders het over de gezamenlijke gezagsuitoefening niet eens zijn. De enige mogelijkheid die de juridische vader tot voor kort had, was om de rechter te verzoeken om hem in plaats van de moeder te belasten met het eenhoofdig gezag. Ook al is het wel voorgekomen dat een dergelijk verzoek werd toegewezen⁷, in het algemeen kan gesteld worden dat als de moeder haar kind een veilige en stabiele omgeving kan bieden, de rechter niet snel aanleiding zal zien om over te gaan tot een gezagswijziging. Met een beroep op art. 8 EVRM lukte het echter een vader reeds in 2004 om ontvankelijk te worden verklaard toen hij op grond van art. 1:253c BW verzocht om

2. Zie ook: W.M. Schrama, 'Is het Nederlandse afstammingsrecht in strijd met het gelijkheidsbeginsel? Over kinderen en badwater', *RMThemis* 2007, p. 86-94.

3. De erkenning door de moeder is in het begin van de negentiende eeuw overgenomen uit de Franse wetgeving. Het oud-Hollandsche recht kende de erkenning door de moeder evenwel geheel niet en de rechtsfiguur is voor moeders in 1948 dan ook weer afgeschaft.

4. Een uitzondering op deze regel staat vermeld in art. 1:199 onder b BW: vader van een kind is ook de man wiens huwelijk binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden, zelfs indien de moeder was hertrouwd.

5. Als het wetsvoorstel tot wijziging van art. 4 van de Rw Ned (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 584 (R1811), nr. 1-3), tot wet wordt verheven, zal aan een erkenning door een Nederlandse man die voor het zevende levensjaar van het kind plaatsheeft direct nationaliteitsgevolg worden verbonden en hetzelfde zal gelden voor erkenningen na het zevende levensjaar van het kind, mits de erkenner binnen de termijn van een jaar na de erkenning zijn verwekkerschap van het kind aantoonst.

6. *Kamerstukken II* 2000/01, 27047, nr. 10 (amendement) en nr. 12 (brief staatssecretaris).

7. Zie bijvoorbeeld: HR 28 oktober 2005, *LJN* AT6845, *NJ* 2006, 134.

niet in plaats van de moeder het gezag te krijgen, doch samen met de moeder met het gezamenlijk ouderlijk gezag te worden belast.⁸ De Hoge Raad bepaalde in 2005 dat wat betreft de inhoudelijke beoordeling van een dergelijk eenzijdig verzoek van de vader het recht op eerbiediging van het 'family life' van de moeder of het kind of hun belangen zich tegen de gezagswijziging kunnen verzetten.⁹ Bij het parlement is een wetsvoorstel in behandeling waarin de mogelijkheid van een eenzijdig verzoek om gezamenlijk ouderlijk gezag in de wet wordt vastgelegd. Ten aanzien van het toetsingscriterium wordt voorgesteld dat de rechter een zodanige beslissing neemt als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt.¹⁰ Niet wordt overwogen om, zoals de Hoge Raad formuleerde, het verzoek mede te toetsen aan het enkele belang van de moeder. Bovendien is een amendement ingediend waarin voor wat betreft het toetsingscriterium wordt voorgesteld om het uit het echtscheidingsrecht afkomstige klemcriterium te gebruiken: het eenzijdig ingediende verzoek wordt slechts afgewezen indien er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zal raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zal komen.¹¹

4. Uitzonderingen

Op de hiervoor besproken hoofdregels met betrekking tot gezamenlijk ouderlijk gezag over buiten huwelijk geboren kinderen bestaan twee belangrijke uitzonderingen. In de eerste plaats zijn ouders – dat wil zeggen dat het kind in dat geval prenataal erkend dient te zijn door de man – van rechtswege belast met het gezamenlijk ouderlijk gezag indien het kind *staande* een tussen hen gesloten geregistreerd partnerschap is geboren (art. 1:253aa BW).¹² Het vereiste dat het kind staande het geregistreerd partnerschap moet zijn geboren, vormt een belangrijk onderscheid van het ontstaan van gezamenlijk ouderlijk gezag in geval van met elkaar gehuwde ouders. Art. 1:251 BW bepaalt immers dat de ouders gedurende hun huwelijk het gezag gezamenlijk uitoefenen. Dit betekent dat de volgorde der gebeurtenissen (geboorte en huwelijk) niet van belang is, terwijl voor de toepassing van art. 1:253aa BW vereist is dat het kind staande het geregistreerd partnerschap geboren is en derhalve eerst het geregistreerd partnerschap moet zijn gesloten en daarna pas het kind wordt geboren.¹³

5. Gezamenlijk ouderlijk gezag gekoppeld aan de erkenning?

Zoals hiervoor reeds betoogd blijken ongehuwde ouders regelmatig niet op de hoogte te zijn van het vereiste dat, om te kunnen worden belast met het gezamenlijk ouderlijk gezag, zij inschrijving in

het gezagsregister dienen te vragen (art. 1:252 jo. 1:244 BW). Soms blijkt dan pas als partijen uit elkaar gaan dat de vader geen enkele zeggenschap over het kind heeft. Nu kan een vader in een dergelijke situatie tegenwoordig alsnog toekenning van het gezamenlijke ouderlijk gezag aan de rechter verzoeken, doch het is niet zeker of hij dat verzoek gehonoreerd krijgt, met name als het uiteen gaan van partijen met de nodige trammelant gepaard gaat. Nog afgezien van de vraag of voor de toewijzing van het verzoek straks het klemcriterium dient te worden gebruikt, dan wel het door de minister voorgestelde criterium (belang van het kind wenselijk), is voor de toekenning van het gezamenlijk ouderlijk gezag een rechterlijke procedure nodig en de uitkomst daarvan is ongewis. Er valt derhalve iets voor te zeggen om, zoals bijvoorbeeld in België het geval is¹⁴, de toekenning van gezamenlijk ouderlijk gezag te koppelen aan het juridisch ouderschap. De erkenning zou dan meteen tot gevolg hebben dat beide juridische ouders van rechtswege belast worden met het gezamenlijke gezag.¹⁵ Een dergelijk systeem lijkt logisch en duidelijk. Toch valt er wel degelijk ook iets voor te zeggen om de toekenning van gezamenlijk ouderlijk gezag in buitenhuwelijkse situaties een aparte stap te laten blijven, waarbij vereist is dat de ouders het ofwel eens zijn, dan wel de rechter het belang van het kind expliciet toetst. Wat valt daar dan voor te zeggen?

6. Inhoud gezamenlijk ouderlijk gezag

Het zijn van juridisch ouder brengt wat betreft verplichtingen alleen een onderhoudsverplichting met zich mee (die overigens ook al geldt voor de verwekker, art. 1:394 BW), terwijl het ouderlijk gezag de totale verantwoordelijkheid voor het wel en wee van het kind tot gevolg heeft. Ouderlijk gezag betekent derhalve daadwerkelijk verantwoordelijkheid nemen voor een kind. In de wet staat dit in art. 1:247 BW aldus omschreven: het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden (lid 1) en onder verzorging en opvoeding wordt mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid (lid 2). De met gezag belaste ouders zijn bevoegd om tal van beslissingen te nemen over hun kind, al wordt deze bevoegdheid wel door publiekrechtelijke regelingen zoals bijvoorbeeld de Leerplichtwet beperkt.

De verantwoordelijkheid van met gezag belaste ouders betekent ook dat zij aansprakelijk zijn voor een door het kind beneden de veertien jaar gepleegde onrechtmatige daad (art. 6:169 lid 1 BW). Afhankelijk van de omstandigheden kan deze aansprakelijkheid ook nog gelden voor kinderen tussen de veertien en zestien jaar (art. 6:169 lid

2 BW). De wet koppelt de aansprakelijkheid nadrukkelijk aan het ouderlijk gezag en blijft dus ook voor beide met gezag belaste ouders gelden als het kind bij slechts één ouder woont.¹⁶

7. Gezamenlijk ouderlijk gezag binnen huwelijk

Door met elkaar in het huwelijk te treden, nemen de echtgenoten bewust verantwoordelijkheid voor elkaar en voor hun (toekomstige) kinderen, inclusief het leefmilieu waarin de kinderen zullen opgroeien.¹⁷ De wet brengt die verantwoordelijkheid met zoveel woorden tot uitdrukking in art. 1:81 en 1:82 BW. Echtgenoten zijn vrij naar eigen inzicht te bepalen hoe zij deze verantwoordelijkheid verder vormgeven. Aangezien er brood op de plank moet komen, kunnen zij ervoor kiezen om beiden betaald werk buitenshuis te verrichten, al dan niet in deeltijd. Zij kunnen er echter ook voor kiezen een van de echtgenoten voor huis, haard en kinderen te laten zorgen, terwijl de andere echtgenoot zorg draagt voor de verwerving van het gezinsinkomen (hierna: traditionele rolverdeling). Ook als partijen huwelijkse voorwaarden overeenkomen, waarin zij in het extreemste geval een totale vermogensscheiding zonder verrekenplicht overeenkomen (de zogenaamde koude uitsluiting), dan nog blijven de bepalingen van art. 1:81 en 1:82 BW gedurende het bestaan van het huwelijk van dwingend recht. Als het huwelijksbootje strandt, dan biedt de wet in art. 1:157 BW de behoeftige ex-echtgenoot een tijdelijk recht op verschaffing van levensonderhoud ten laste van de andere echtgenoot. Weliswaar kunnen partijen in een echtscheidingsconvenant een nihilbeding overeenkomen, doch een dergelijke overeenkomst staat niet in de weg aan eventueel verhaal op grond van de Wet werk en bijstand. De verdienende ex-echtgenoot kan derhalve verplicht worden om – in plaats van dat de hele samenleving (via belastinggeld) de inkomstenvoorziening van de behoeftige ex-echtgenoot verzorgt – zelf een prijs te betalen voor de traditionele keuze die het echtpaar in betere tijden heeft gemaakt.

De wet biedt derhalve aan met elkaar gehuwde ouders een strak kader om de verantwoordelijkheid, die partijen voor elkaar en hun eventuele kinderen nemen, vorm te geven, ook in de situatie dat het huwelijk eindigt in een echtscheiding.

8. Gezamenlijk ouderlijk gezag buiten huwelijk

Als partijen noch een huwelijk, noch een geregistreerd partnerschap sluiten en er wordt uit hun relatie een kind geboren, dan is het de vraag of er sprake is van het nemen van enige wederzijdse verantwoordelijkheid voor het gezin als geheel. De wet legt aan ouders (ook aan de niet-juridische ouder mits deze wel de verwekker is, art. 1:394 BW) wel een verplichting tot levensonderhoud jegens hun minderjarige kinderen op, doch regelt (vanzelfspre-

kend) niets ten aanzien van onderhoudsverplichtingen van de ex-partners jegens elkaar.¹⁸ De ex-partners zijn elkaar noch gedurende hun relatie, noch na afloop daarvan op grond van de wet iets verschuldigd. Partijen kunnen in een samenleefovereenkomst een wederzijdse onderhoudsverplichting afspreken – en zullen dat met het oog op partnerpensioenaanspraken vaak ook doen – doch het is niet erg gebruikelijk dat partijen ook afspraken maken over onderhoudsrechten en -plichten voor (een periode) na beëindiging van de relatie. Als de samenwonende partners kiezen voor een traditionele rolverdeling en de relatie wordt beëindigd, dan staat de partner die voor huis, haard en kinderen heeft gezorgd totaal met lege handen. Soms wordt een huis dat gedurende de relatie gekocht wordt op beider namen gesteld (en dient de eventuele overwaarde dus gedeeld te worden), maar het komt net zo goed voor dat het huis alleen op naam wordt gesteld van degene die het ook gaat financieren (de verdienende partner) of dat deze het huis al bezat bij aanvang van de relatie en de partner daarbij is ingetrokken. Dit kan, als partijen verder niets hebben afgesproken, betekenen dat de niet-verdienende partner als beloning voor zijn aandeel in de zorg en verantwoordelijkheid voor de kinderen, slechts enige jaren kost en inwoning heeft ontvangen. De verdienende partner heeft de jaren die de relatie heeft geduurd kunnen benutten om een vermogen op te bouwen, zelfs als dat ver-

8. Rb. Utrecht 28 juli 2004, *LJN* AQ9901.

9. HR 27 mei 2005, *LJN* AS4754.

10. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 353, nr. 8.

11. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 353, nr. 10.

12. Hetzelfde geldt op grond van art. 1:253sa BW voor het gezag over het kind dat geboren is staande het geregistreerd partnerschap van de ouder en een partner die niet de juridische ouder van het kind is, mits het kind niet in familierechtelijke betrekking staat tot een andere ouder (met andere woorden: het kind is niet prenataal erkend door iemand anders dan de geregistreerde partner van de moeder).

13. Dezelfde eis geldt overigens voor een kind dat geboren wordt staande een huwelijk of een geregistreerd partnerschap tussen een ouder en een niet-ouder. In die situatie is art. 1:253sa BW van toepassing, waarin eveneens de eis wordt gesteld dat het kind staande het huwelijk of geregistreerd partnerschap geboren moet zijn en bovendien niet in familierechtelijke betrekking tot een andere ouder staat (met andere woorden: niet prenataal is erkend door de verwekker of desnoods een andere man).

14. Art. 1:373 Belgisch BW bepaalt dat als ouders samenleven, zij gezamenlijk het gezag over de persoon van de minderjarige uitoefenen. Als ouders niet meer samenleven, kan het gezag onder bepaalde voorwaarden eenhoofdig worden opgedragen (art. 1:374 Belgisch BW).

15. Eventueel zou, evenals in België, aan de koppeling van het gezamenlijk gezag met de erkenning de eis gesteld kunnen worden dat de ouders met elkaar samenleven.

16. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 25 februari 1997, *NJ* 1997, 659.

17. Als de ouders in plaats van een huwelijk een geregistreerd partnerschap sluiten, geldt eenzelfde regime (art. 1:80b BW). De enige hier relevante uitzondering vinden we in art. 1:253aa BW, waarin bepaald is dat de ouders in deze situatie slechts dan gezamenlijk belast zijn met het ouderlijk gezag als het kind staande hun geregistreerd partnerschap geboren is.

18. Zie verder de bijdrage van J. van Duijvendijk-Brand, *FJR* 2007, 113.

mogen slechts zou bestaan uit de waardestijging van het huis.¹⁹

Als de ouders uit elkaar gaan en de niet verdienende partner de zorg voor de kinderen behoudt, dan heeft deze niet veel andere mogelijkheden om de zorg voor de geestelijke en lichamelijke ontwikkeling van de kinderen en het bevorderen van hun persoonlijkheid vorm te geven door alsnog een betaalde baan buitenshuis te zoeken en maar te hopen dat hij of zij van die inkomsten een woning kan betalen. Het gezin heeft dan in elk geval een dak boven het hoofd en kan in de nieuwe samenstelling voortleven, al zullen de matige sociaal-economische omstandigheden vanzelfsprekend ook hun weerslag op de kinderen hebben. Het feit dat de ouders in goede tijden geen verantwoordelijkheid voor elkaar hebben willen nemen, draagt derhalve het risico in zich dat als de relatie beëindigd wordt en één van beide partners weinig of geen middelen van bestaan heeft, ook de kinderen veroordeeld worden tot een (aanzienlijk) armoediger leven. Dat is niet anders als de kinderen ook een deel van de tijd bij de andere ouder zullen doorbrengen en/of er kinderalimentatie wordt betaald. Lukt het de niet-verdienende ouder, bijvoorbeeld als gevolg van gebrek aan opleiding en/of ervaring, niet om (voldoende) betaald werk buitenshuis te vinden of hebben de kinderen meer zorg nodig dan met behulp van kinderopvang geboden kan worden (bijvoorbeeld in geval van een verstandelijk of lichamelijk gehandicapt kind), dan rest hem of haar een (aanvullend) beroep op de Wet werk en bijstand. De solidariteitsgedachte brengt met zich dat die uitkering door de Nederlandse samenleving wordt opgebracht.

Als ouders die kennelijk geen enkele afspraak hebben gemaakt over het vormgeven van de ouderlijke verantwoordelijkheid, in goede én slechte tijden, van rechtswege met het gezamenlijk ouderlijk gezag worden belast, dan valt elke prikkel om over deze zaken na te denken weg. De huidige regeling (de belasting met het gezamenlijke gezag van ongetrouwd en ongeregistreerde partners vereist een extra stap van de ouders) biedt ouders echter de gelegenheid nog eens goed na te denken over de door hun gekozen leefvorm. Als ouders het niet eens kunnen worden over de verkrijging van het gezamenlijk ouderlijk gezag, kan de rechter interveniëren. Ik kan mij voorstellen dat de rechter bij die gelegenheid aan partijen vraagt hoe zij denken de verantwoordelijkheid voor het gezin in goede en slechte tijden vorm te gaan geven en mede daarvan te laten afhangen of het belang van het kind met de toewijzing van het gezamenlijk ouderlijk gezag gediend is.

9. Ten slotte

Kenmerk van vele discussies die gevoerd zijn over de definiëring van het begrip gezin is dat er in de samenleving kennelijk behoefte bestaat aan de erkenning van het gezin als eenheid naar buiten.²⁰ Bij de keuze van de juridische vormgeving van die eenheid, dienen ouders zoveel mogelijk gestimuleerd te worden om in het belang van hun kinderen expliciet verantwoordelijkheid te nemen voor het gezin als geheel. De enkele verplichting tot verschaffen van levensonderhoud aan kinderen die de wet aan ouders (inclusief de 'blote' verwekker) oplegt is onvoldoende. Verantwoordelijkheid nemen voor een kind is ook verantwoordelijkheid nemen voor het leefmilieu waarin het kind zal opgroeien. Dit houdt in dat, zeker als de ouders kiezen voor een traditionele rolverdeling, zij ook in financiële zin verantwoordelijkheid voor elkaar dienen te nemen. Huwelijk en geregistreerd partnerschap vragen een bewuste keuze voor het nemen van verantwoordelijkheid voor elkaar en bieden een duidelijk kader voor het vormgeven van deze verantwoordelijkheid, ook in het geval de relatie eindigt in een (echt)scheiding. Niet met elkaar gehuwde of geregistreerde (aanstaaende) ouders behoren eveneens aanspraak te kunnen maken op erkenning van hun gezin door de buitenwacht, daarbij onder meer behorend dat zij gezamenlijk met het ouderlijk gezag over hun kinderen belast kunnen worden, doch ook zij dienen hiervoor mijns inziens een bewuste keuze te maken. Dit geeft hen een duidelijk moment om de consequenties van die keuze te overwegen. (Gezamenlijk) ouderlijk gezag is een serieuze aangelegenheid. De uitoefening ervan heeft grote invloed op de ontwikkeling van het kind. Ook als de ouders als partners uit elkaar gaan, zullen zij te maken blijven houden met hun verantwoordelijkheden als met gezag belaste ouders. Waar (aanstaaende) ouders van mening zijn geen enkele verantwoordelijkheid te willen nemen voor het gezin als geheel, past mijns inziens terughoudendheid ten aanzien van de belasting van die ouders met het gezamenlijk ouderlijk gezag. Handhaving van het huidige systeem, waarbij in deze situaties een expliciete rechtshandeling van de ouders, dan wel een rechterlijke beslissing is vereist, acht ik dan ook aan te bevelen.²¹

19. Zie ook de bijdrage van C.G. Breedveld-de Voogd, *FJR* 2007, 112 en W.M. Schrama, *Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers*, Deventer: Kluwer 2000.

20. Zie voor een overzicht van deze discussie en de uitkomsten daarvan: *Leefeenheden en Beleid*, Den Haag: Nederlandse Gezinsraad 1992.

21. Bovendien moet nog rekening gehouden worden met een ander mogelijk nadeel van het van rechtswege verbinden van ouderlijk gezag aan erkenning. Er moet immers rekening mee gehouden worden dat er ook vaders zijn die wel bereid zijn een kind als het hunne te erkennen, doch niet bereid zijn om daarvoor verder enige verantwoordelijkheid te dragen. Die vaders zouden dan wel eens kunnen besluiten ook de erkenning achterwege te laten, hetgeen mij evident niet in het belang van het kind lijkt.

Heeft de Pensioenwet de positie van de ongehuwd samenwonende partners verbeterd?

115

Drs. I.E. Leene-Hoedemaeker¹

In Nederland wonen meer dan 4 miljoen mensen samen. Daarvan is ruim 3,3 miljoen gehuwd.² De rest woont ongehuwd samen, of zo prof. mr. Gr. van der Burght dit omschrijft, heeft een buitenhuwelijkse samenleving.³ Het aantal ongehuwde paren dat samenwoont is sinds 1995 gestegen van 500 000 naar ruim 760 000. Opvallend daarbij is dat de stijging zowel absoluut als relatief het grootst is bij mensen met kinderen. Qua aantallen gaat het om het formaat van een flinke gemeente in Nederland. Het CBS verwacht dat het aantal ongehuwde partners de komende jaren zal blijven stijgen. Speelt de Pensioenwet (PW) daar voldoende op in en zijn er aanpalende wetten waar mogelijk aanpassing wenselijk is? In het onderhavige artikel zal ik mij met name richten op hetgeen voor de partners is geregeld ter zake van het partnerpensioen en het ouderdomspensioen.

Inleiding

De PW vervangt de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) die uit 1954 stamt. Op 26 september 2006 is het Wetsvoorstel Pensioenwet door de Tweede Kamer aangenomen en op 5 december is de instemming van de Eerste Kamer verkregen. Per 1 januari 2007 is deze wet van kracht.

De belangrijkste wijzigingen van de PW met betrekking tot de partner zijn de volgende:

- het partnerbegrip;
- de wachttijd/drempelperiode;
- de informatieplicht⁴;
- de directeur-groootaandeelhouder (dga) valt niet onder de PW;
- behoud aanspraak op pensioen bij beëindiging dienstverband/verlof;
- tijdstip keuzerecht uitruil ouderdomspensioen in partnerpensioen.

In het betoog zal blijken dat al deze wijzigingen die hierna worden toegelicht, niet zullen leiden tot een verbetering van de rechten van de ongehuwde partner ten aanzien van het ouderdomspensioen. Wel is er verbetering ten opzichte van de rechten op het nabestaandenpensioen.

Het partnerbegrip

Het begrip partner kent veel definities. Van Dale omschrijft het zeer ruim: degene met wie men samen leeft.

In de oude PSW was het partnerbegrip beperkt tot

de geregistreerde partner. De PW⁵ kent de volgende definitie van partner: een echtgenoot, een geregistreerde partner of een partner in de zin van de pensioenovereenkomst. Dit lijkt een zeer ruime definitie, zeker als in de toelichting is opgenomen dat een werknemer die een gezamenlijke huishouding voert, gelijk wordt gesteld met een gehuwde werknemer en een werknemer met een geregistreerd partnerschap. Dit geldt echter alleen voor actieve deelnemers. De term partnerrelatie in de PW wordt als volgt omschreven: een huwelijk, een geregistreerd partnerschap of een partnerrelatie in de zin van de pensioenovereenkomst.⁶

Een werknemer die een gezamenlijke huishouding voert, wordt gelijkgesteld met een gehuwde werknemer. Dat is een vooruitgang ten opzichte van de PSW, waar dit niet expliciet was opgenomen. De meeste pensioenuitvoerders maakten dat onderscheid al niet meer, maar er werden wel duidelijk voorwaarden gesteld wanneer een partner als zodanig kwalificeerde. Met deze definitie is dat niet langer aan de orde.

Wel valt op dat hetgeen in de pensioenovereenkomst is opgenomen omtrent de partner bepalend is. Dat laat veel ruimte bij de werkgever en de pensioenuitvoerders. De wetgever ziet hier blijkbaar geen rol voor zichzelf. Nu maar afwachten of de werkgever en de pensioenuitvoerder de ruimte die geboden wordt met betrekking tot het aanmerken van iemand als partner ook benutten.

1. Drs. I.E. Leene-Hoedemaeker is directeur GetSmart pensioenadvies en financiële planning te Tilburg.

Wachttijd/drempelperiode

De wachttijd of drempelperiode in een pensioentoezegging mag maximaal twee maanden bedragen en mag niet gelden voor het partner- en wezenpensioen en arbeidsongeschiktheidspensioenen (WIA-Excedentpensioen).

Dit is zeker een vooruitgang ten opzichte van de PSW. Daarin was niets vastgelegd omtrent de verplichtingen tot een direct ingaande dekking voor de partner, de wezen en in het kader van arbeidsongeschiktheid.

Wel was op grond van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (WGB) het niet toegestaan om onderscheid te maken in deze tussen gehuwde en ongehuwde partners.

Informatieplicht

In de Pensioenwet is een uitgebreide informatiestroom opgenomen van de pensioenuitvoerder⁷ en werkgever richting de (ex-)deelnemer, (ex-)partner en pensioengerechtigden. De werkgever is daarbij verantwoordelijk voor informatievervalsing met betrekking tot de inhoud van de pensioenregeling, de uitvoerder met betrekking tot de uitvoering.

Ieder jaar moet de pensioenuitvoerder de actieve deelnemers en gepensioneerden een overzicht sturen van de te bereiken en de opgebouwde aanspraken. Het overzicht wordt ook verstuurd bij uitdiensttreding en wordt eens in de vijf jaar verstrekt aan gewezen deelnemers. De regering acht het van groot belang dat pensioenuitvoerders deelnemers, gewezen deelnemers, pensioengerechtigden en gewezen partners rechtstreeks informeren over de uitvoering van de pensioenovereenkomst. In de PW wordt alleen de informatieverstrekking tussen pensioenuitvoerder en deelnemer, gewezen deelnemer, gewezen partner en pensioengerechtigden geregeld.

De informatieplicht aan de ex-partner is nieuw. Informatie rechtstreeks aan de partner van de deelnemer ontbreekt nog steeds. De deelnemer zelf wordt wel geïnformeerd. Men neemt blijkbaar aan dat deze zijn partner inzake zijn/haar rechten op partnerpensioen informeert.

De pensioenuitvoerder is verder verantwoordelijk voor het opstellen van een pensioenreglement. Dit reglement moet in overeenstemming zijn met zowel de pensioenovereenkomst als met de uitvoeringsovereenkomst (regelt de afspraken tussen uitvoerder en werkgever) en vermeldt de rechten en plichten van de uitvoerder ten behoeve van de (gewezen) deelnemer, (ex-)partner en pensioengerechtigde. Het is niet langer een pensioen document tussen werkgever en werknemer. Het pensioenreglement wordt alleen op verzoek aan de werknemer verstrekt.

Directeur-groootaandeelhouder (dga) valt niet onder de Pensioenwet

De definitie van de dga verandert niet. Een dga is een aandeelhouder (direct of indirect) van 10% of meer van de aandelen van een bedrijf. De directeur-groootaandeelhouder valt niet onder de Pensioenwet.⁸ Als er uiterlijk op 31 december 2006 een pensioentoezegging bij een pensioenuitvoerder (dus niet in eigen beheer)⁹ is gedaan en de pensioenregeling gaat voor 1 januari 2008 in dan valt de pensioenregeling onder het nieuwe regime en kan dus tot faillissementsbescherming leiden. Overigens zijn hier ook alternatieven voor zoals bijvoorbeeld een aanvaarde begunstiging of het sluiten van een C-polis buiten de PW om.

Dit heeft ook consequenties voor de partner van de dga. Aan art. 8a PSW ontleende de ex-echtgenote van de dga haar rechten op een bijzonder partnerpensioen. Na invoering van de PW verviel deze mogelijkheid. Als reparatie is art. 3 van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVP) aangepast.¹⁰

Dit is vreemd, aangezien de WVP over de rechten op de tijdens het huwelijk opgebouwde aanspraken op ouderdomspensioen gaat en niet over bijzonder partnerpensioen. De wetgever zocht een oplossing om de ex-echtgenote van de dga bescherming te bieden.

Afkoop door pensioenuitvoerder

De pensioenuitvoerder kan een klein pensioen (tot € 400) eenzijdig afkopen binnen 6 maanden na 2 jaar na het einde deelnemerschap, echtscheiding en ingang partnerpensioen.¹¹

Deze mogelijkheid bestond ook al onder de PSW¹², echter zonder de 2-jaarstermijn.

Behoud aanspraak op pensioen bij beëindiging dienstverband/verlof

De aanspraak op een partnerpensioen op risicobasis blijft behouden als de deelnemer na beëindiging van de deelneming een werkloosheidsuitkering ontvangt.¹³ Gedurende de uitkeringsperiode wordt de hoogte van het partnerpensioen vastgesteld alsof het op opbouwbasis is overeengekomen. In alle andere gevallen vervalt een aanspraak op partnerpensioen op risicobasis bij het beëindigen van het dienstverband. De dekking van een partnerpensioen wordt niet aangetast wanneer de deelnemer gedurende de deelneming onbetaald verlof opneemt tot een maximum van 18 maanden.¹⁴ Deze bepaling is mede opgenomen om het partnerpensioen veilig te stellen tijdens een levensloopverlof.

Dit is nieuw ten opzichte van de PSW en duidelijk een verbetering van de positie van de partner. Wie de premie van deze risicodekking gaat betalen is op dit moment nog onduidelijk.

Tijdstip keuzerecht uitruil ouderdomspensioen in partnerpensioen

Het recht op uitruil van ouderdomspensioen voor partnerpensioen¹⁵ bestaat in de Pensioenwet ook bij beëindiging van de deelneming aan een pensioenregeling. Op de pensioendatum moet de pensioenuitvoerder de deelnemer standaard aanbieden een deel van het ouderdomspensioen om te ruilen voor een partnerpensioen.

Het is jammer dat de wetgever hier niet meteen heeft doorgepakt. Immers bij (echt)scheiding wordt voor wat betreft de tijdsevenredige aanspraak op partnerpensioen aangesloten bij het ontslagrecht. Waarom is dan ook niet de verplichte uitruil van ouderdomspensioen voor partnerpensioen in het geval van (echt)scheiding geregeld? Een gemiste kans, los van de consequenties die het voor de aanspraken op ouderdomspensioen heeft.

Gefaseerde invoering

Gezien het korte tijdsbestek tot 1 januari 2007 is ervoor gekozen om de Pensioenwet gefaseerd in werking te laten treden. Sommige bepalingen zullen per 1 januari 2007 reeds in werking treden. De bepalingen die meer impact hebben voor de pensioenuitvoerder zullen pas per 1 januari 2008 of 1 januari 2009 in werking treden.

Invoering in 2008

De maximale drempel- of wachttijd voor partner, wezen en arbeidsongeschiktheidspensioen zal twee maanden bedragen. Er is gelijke behandeling van ongehuwd samenwonenden, gehuwden en geregistreerde partners.

De informatieplicht is uitgebreid. Het wettelijk recht om op de pensioendatum het ouderdomspensioen in te ruilen voor partnerpensioen wordt ingevoerd.

Conclusie

In de voorgaande uiteenzetting is duidelijk geworden dat de PW met betrekking tot de (ongehuwde) partner duidelijk ten aanzien van de rechtspositie en het partnerpensioen verbeteringen heeft meegebracht. Of de partner in de zin van de PW als zodanig wordt aangemerkt, is afhankelijk van de pensioenovereenkomst en daarmee van hetgeen werkgever en werknemer met elkaar overeenkomen.

Het is jammer dat met betrekking tot wie als partner wordt aangemerkt (nog) geen eenduidigheid bestaat. De ruimte is er gezien de wet, nu de invulling nog.

Wordt dit willekeurig of gaat de wetgever verwijzen naar de definities van partners, zoals die in de sociale verzekeringswetten (bijvoorbeeld de AOW)¹⁶,

de inkomstenbelasting (Wet IB 2001)¹⁷ en de Successiewet 1956 (SW 1956)¹⁸ worden gehanteerd.

Het zou verstandig zijn om eenduidigheid in het partnerbegrip te brengen.

Ouderdomspensioen

Ten aanzien van het ouderdomspensioen brengt de PW voor de rechtspositie van de (ongehuwde) partner geen verbeteringen. Op de consequenties van het ontbreken van een regeling voor het ouderdomspensioen ten aanzien van de (ongehuwde) partner zal ik hierna ingaan.

Lang leven

Wanneer (ongehuwde) partners samenwonen en na de pensioeningangsdatum samenblijven, is er niets aan de hand. Zolang de partners leven, wordt er ouderdomspensioen uitgekeerd en wanneer een van de partners komt te overlijden, treedt daarvoor in de plaats het partnerpensioen. Tot zover is er geen verschil tussen ongehuwd samenwonen en een huwelijk of geregistreerd partnerschap.

Nieuw met de invoering van de PW is de uitruil van ouderdomspensioen voor nabestaandenpensioen, indien er een vacuüm zou ontstaan bij beëindiging van een dienstverband. Daarmee wordt bedoeld dat de oude werkgever een nabestaandenpensioen op risicobasis had verzekerd hetgeen bij het verlaten van de dienstbetrekking eindigt. Indien de werknemer niets aangeeft binnen de in de PW gestelde termijn, wordt deze uitruil automatisch tot stand gebracht.

De consequenties die dit op termijn voor de opbouw van ouderdomspensioen bij frequent van baan wisselen heeft, laten zich raden.

Een taak voor de werkgever om de werknemer op deze consequenties te wijzen. Of de werkgever zich

2. Bron: CBS Statline periode 1995 tot 2005.

3. Prof. mr. Gr. van der Burght, *Kort overzicht van het Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 101.

4. Vastgelegd in de art. 38 tot en met 44 PW.

5. Art. 1 PW.

6. De pensioenovereenkomst zelf is het contract waarin wordt vastgelegd 'hetgeen tussen een werkgever en een werknemer is overeengekomen betreffende pensioen'.

7. Art. 50 PW.

8. Art. 8 van de invoerings- en aanpassingswet PW.

9. De eigen beheersituatie wordt verder buiten beschouwing gelaten. Voor wat betreft het bijzonder nabestaandenpensioen is art. 3a WVP in het leven geroepen en voor wat betreft de rechten op het ouderdomspensioen en het veiligstellen van zowel ouderdomspensioen en bijzonder nabestaandenpensioen, is er sinds 9 februari het arrest van de Hoge Raad (HR 9 februari 2007, nr. R06/021 HR).

10. Art. 3a WVP.

11. Art. 66 tot en met 68 PW.

12. Art. 32 lid 5 PSW.

13. Art. 55 lid 5 PW.

14. Art. 56 PW.

15. Art. 61 PW.

16. Art. 1 AOW.

17. Art. 1.2 Wet IB 2001.

18. Art. 24 SW 1956.

van zijn informatieplicht voldoende bewust is kan op dit moment nog niet beantwoord worden.

(Echt)scheiden

Wanneer partners gaan scheiden, treden de verschillen op. Gehuwde of geregistreerde partners hebben bij het scheiden conform de WVP recht op de helft van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen. Ongehuwde partners hebben conform deze wet nergens recht op.

Voor wat betreft het partnerpensioen is er zeker sinds de invoering van de PW geen verschil meer noodzakelijk. Hoe de invulling door de werkgever en de pensioenuitvoerder vorm krijgt, is een andere zaak.

De WVP, welke inmiddels geëvalueerd wordt, zou op dit punt nog aanpassing behoeven.

Nu komt het voor dat partners die lang samen zijn het ouderdomspensioen willen verdelen conform de WVP. Dan lopen zij tegen het probleem aan dat deze wet geen grond voor hun wens biedt. Pensioenuitvoerders hoeven ook niet mee te werken aan deze wens. In mijn eigen adviespraktijk kom ik dit probleem regelmatig tegen.

Natuurlijk kunnen deze partners met elkaar overeenkomen dat zij het ouderdomspensioen op pensioeningangsdatum verdelen, zoals conform de WVP bedoeld is. De rechtstreekse aanspraak op de pensioenuitvoerder kan de ex-partner in deze situatie echter nimmer verkrijgen. Daarbij blijft deze moderne samenlevingsvorm steken in de tijd van de zogenaamde Boon/Van Loonberekeningen, waarbij de ex-partners op pensioeningangsdatum, indien zij niet hadden verrekend op echtscheidingsdatum, weer met elkaar te maken hebben en er discussie over de exacte hoogte van het geïndexeerde ouderdomspensioen kan ontstaan (dat komt vrij veel voor op dit moment).

Veranderende vormen van samenleving

Met de veranderde samenleving veranderen ook de vormen waarin men samenwoont of wenst te gaan wonen. Naast partners van verschillend en gelijke sekse, kan het ook zijn dat er broers, zussen, ooms, tantes, neven, nichten, ouders en kinderen willen samenwonen. Al deze mensen zijn naast emotioneel ook financieel een relatie met elkaar aangegaan. Deze relatie is veelal gebaseerd op de verzorgingsgedachte.

Wanneer we het voorgaande evalueren, zien we dat er ten aanzien van het partnerpensioen voor deze samenlevingsvormen mogelijkheden zouden zijn tot op zekere hoogte, afhankelijk van de invulling door werkgever en pensioenuitvoerder.

Kijk naar de definitie van een partner zoals die in de sociale zekerheidswetten wordt gegeven. In alle sociale zekerheidswetten worden twee ongehuwd samenwonenden gelijkgesteld met gehuwden. Dit

geldt ook voor twee samenwonende broers of zussen en voor het samenwonen van een grootouder en een kleinkind.

Wie samenwoont met ouder of kind wordt als alleenstaande beschouwd.

Ook gehuwden die duurzaam gescheiden van elkaar leven worden als alleenstaand beschouwd, uiteraard tenzij ze met een ander samenwonen. Een alleenstaande ouder is iemand die een kind onder de 18 jaar in zijn huishouden heeft, voor wie hij kinderbijslag ontvangt.

De fiscale wetgeving definieert de partner als volgt: Art. 1.2 Wet IB 2001 – onder andere de volgende personen:

a. De niet duurzaam gescheiden levende echtgenoot.

b. De ongehuwde meerderjarige die met de ongehuwde meerderjarige belastingplichtige in het kalenderjaar meer dan 6 maanden onafgebroken een gezamenlijke huishouding voert en gedurende die tijd op hetzelfde woonadres als de belastingplichtige staat ingeschreven in de basisadministratie persoonsgegevens.

Niet als fiscale partner worden aangemerkt bloedverwanten in de 1e graad tenzij 27 jaar of ouder of de persoon die duurzaam gescheiden van zijn echtgenoot (partner) leeft.

Wanneer we deze definitie bekijken en de definitie in de PW, is er voor het partnerpensioen meer dan voldoende mogelijkheid om het partnerbegrip in te vullen.

De WVP, biedt voor deze samenlevingsvormen met betrekking tot rechten op ouderdomspensioen geen enkele mogelijkheid.

Conclusie

Onze samenleving verandert. Met de invoering van de PW is er zeker meer aandacht voor de positie van de partner en zijn/haar partnerpensioen. Of deze nu gehuwd, geregistreerd of ongehuwd is. De feitelijke invulling hangt af van de werkgever en de pensioenuitvoerder. Zij bepalen immers wie er als partner aangemerkt wordt. Tot nu toe blijkt nergens uit dat deze partijen zich bewust zijn van de vergaande rol die zij daarin spelen.

De WVP biedt in het geheel geen mogelijkheden voor de ongehuwde partner om het ouderdomspensioen te verdelen, zoals dat voor gehuwden of geregistreerde partners wel mogelijk is.

De vraag die zich voordoet, is of deze mogelijkheid door de wetgever opgelegd moet worden, of dat werkgevers en pensioenuitvoerders deze mogelijkheid gewoon moeten opnemen in hun pensioenovereenkomst.

De conclusies die getrokken zijn hebben betrekking op zowel collectieve als individuele pensioenregelingen en in het bijzonder de dga. Deze kent eenvoudig de ongehuwde partner niet, laat staan de andere samenlevingsvormen.

Het wordt tijd voor een maatschappelijke discussie met betrekking tot de rechten van de ongehuwd samenwonende partner.

Tot slot

Dit artikel heeft tot doel om het bewustzijn met betrekking tot de (on)mogelijkheden voor de ongehuwde partner te belichten en heeft geenszins tot

doel om volledig te zijn. Verder merk ik op dat ten aanzien van het partnerpensioen de mogelijkheden voor gehuwden of ongehuwd samenwonenden niet hoeven te verschillen. Voor wat betreft het ouderdomspensioen, zeker bij relatiebeëindiging is dat wel het geval.

Binnen de ongehuwde samenlevingsvormen zijn er veel meer problemen op financieel terrein die nog niet aan de orde zijn geweest.

Buitenhuwelijkse relaties gezien vanuit een sociologisch perspectief

116

Prof. dr. C. de Hoog¹

De levensloop en de relatievorming zijn sterk gewijzigd. Tot begin jaren zeventig van de vorige eeuw volgt de meerderheid van de bevolking een traditioneel patroon. Jongeren verlaten het ouderlijk huis om te trouwen of om te gaan studeren en daarna te trouwen. Relatief kort na de huwelijksdatum worden er kinderen geboren.

De veranderingen met betrekking tot huwelijk en gezin zijn velerlei. In deze bijdrage wordt de nadruk gelegd op buitenhuwelijkse relaties: het ongehuwd samenwonen en de latrelatie. De relaties hebben te maken met veranderende culturele opvattingen en met gewijzigde transities in de levensloop van jongvolwassenen en van ouderen. Vanuit een sociologisch perspectief is er sprake van individualisering en informalisering van de relatievorming. In het slotgedeelte worden de buitenhuwelijkse relaties vanuit een sociologisch perspectief gezien.

1. Inleiding

Veranderende waarden en normen met betrekking tot relatievorming, huwelijk, gezin en scheiding hangen nauw samen met andere maatschappelijke ontwikkelingen en veranderingen.² Kenmerkend voor de afgelopen vier decennia, zonder te streven naar volledigheid, zijn de voortschrijdende secularisatie, de ontzuiling, de invoering van de pil, de verhoging van het opleidingsniveau in het bijzonder bij vrouwen, de vestiging van de verzorgingsstaat, de verhoging van de welvaart, de gewijzigde sociale controle en de tweede emancipatiegolf. Deze ontwikkelingen hebben mede invloed op de aard van relatievormen en rolpatronen binnen relaties.

Naast het huwelijk zijn het ongehuwd samenwonen, al dan niet via een geregistreerd partnerschap of notarieel contract, en de latrelatie populair geworden. In het algemeen kan worden gezegd dat het keuzepakket van de relatievorming bij jong en oud is vergroot. Een vergroting die ook tot uiting komt in de wetgeving op het gebied van het familie- en jeugdrecht, zoals bijvoorbeeld de invoering van het geregistreerd partnerschap en het

openstellen van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht.

Er is sprake van individualisering en van informalisering.³ Op deze weerbarstige begrippen wordt in het slotgedeelte nader ingegaan.

In de tweede paragraaf wordt, na een korte historiserende beschouwing, het ongehuwd samenwonen en daarmee samenhangend de gewijzigde levensloop gezien. Tevens komt in deze paragraaf een aantal mogelijke knelpunten aan de orde. Vervolgens wordt in de derde paragraaf de latrelatie (living apart together), een andere vorm van een buitenhuwelijkse relatie, behandeld. In het slotgedeelte worden de ontwikkelingen in een sociologisch perspectief geplaatst.

2. De opkomst van het ongehuwd samenwonen

De kiem van de veranderingen met betrekking tot huwelijk en gezin is eind jaren zestig van de vorige eeuw gelegd. De voorlopers zijn aanvankelijk een beperkte groep hoogopgeleide jongeren, veelal woonachtig in de hoofdstad. Onder deze jongeren wordt het 'bon ton' zich te verzetten tegen gezags-

1. Prof. dr. C. de Hoog is emeritus hoogleraar gezinssociologie en gezinsbeleid.

dragers en conventies. We kennen de provo's met hun ludieke acties. Het Maagdenhuis wordt bezet. De studenten eisen een democratisch universitair bestuur. Er wordt ook geëxperimenteerd met liefde en seksualiteit. De protesterende jongeren zien het huwelijk en het gezin als verouderde instituties, die bovendien vrouwonvriendelijk zijn en daardoor de emancipatie van vrouwen belemmeren. Alternatieve samenlevingsvormen, zoals de commune, het ongehuwd samenwonen en bommoederschap (bewust ongehuwde moeder) worden gepraktiseerd.

De voorlopers krijgen navolgers. De bommoeder, de commune en de woongroep zijn geen blijvend succes. Wel blijvend en populair is het ongehuwd samenwonen.⁴ In 2005 telde Nederland ongeveer 750 000 paren die niet-gehuwd samenwonen. Terzijde zij opgemerkt dat ongehuwd samenwonen ook in andere landen geen ongewoon verschijnsel is. De Scandinavische landen kennen dit fenomeen al vele decennia. In andere West-Europese landen zijn soortgelijke ontwikkelingen als in Nederland gaande.

Voor de periode 1965-2002 is in Nederland van vrouwen hun eerste relatievorm in kaart gebracht.⁵ Het traditionele patroon, het verlaten van het ouderlijk huis via het sluiten van een huwelijk wordt in de periode 1965-1969 bij negen van de tien vrouwen gevolgd. Daarna zien we een constante stijging van het aantal ongehuwd samenwonenden optreden. In de periode 2000-2002 trouwt nog maar één op de tien vrouwen zonder vooraf te hebben samengewoond. Opvallend is ook dat 40% van de ongehuwd samenwonenden niet de intentie heeft om ooit te gaan trouwen.

Het ongehuwd samenwonen van jongvolwassenen kan met recht een nieuwe levensfase worden genoemd. Het samenwonen van jongeren heeft in de meeste gevallen het karakter van een proefperiode. De eisen die aan elkaar gesteld worden zijn hoog. Vrijwel alles moet perfect zijn. Een gevolg hiervan is dat het aantal relatieontbindingen van ongehuwd samenwonenden omvangrijk is. Door het aantal ontbindingen van de relatie kan samenwonen worden getypeerd als een betrekkelijk onstabiele fase in de levensloop. Harde cijfers ontbreken echter, omdat een aanzienlijk deel van deze ontbindingen niet wordt geregistreerd.

Opvallend is dat vooral jongeren hun ongehuwd samenwonen niet juridisch hebben geregeld. Uit gegevens van 2003 blijkt dat in de leeftijdsgroep 18-24 jaar meer dan 60% geen samenlevingscontract heeft. In de leeftijdsgroep 50-62 jaar is dat bij ongeveer 30% het geval. Ook deze gegevens wijzen in de richting van een weinig stabiel karakter van deze buitenhuwelijkse relatievorm.⁶

In sociologisch opzicht is er meer aan de hand met de transitie van jongvolwassenen. Tot in de jaren zestig was het huwelijk de poort naar de volwassenheid. Nu zien we dat de jeugdperiode aanzienlijk is

verlengd. Oorzaken zijn de verhoging van het opleidingsniveau en daarmee samenhangend de grotere onderwijsdeelname. Deze veranderingen betreffen tweederde van alle jongeren. Het uitstel van het aangaan van een relatie heeft ook de levensstijl van vele jongeren gewijzigd. Er zijn uiteraard verliefdheden en kortstondige relaties, maar de studie en het diploma gaan voor.

Een tweede factor die van invloed is op het uitstel van een serieuze relatie is het grote belang dat aan de loopbaan wordt gehecht. Uit een recent onderzoek over kinderloosheid⁷ blijkt dat een aantal vrouwen met een hoge opleiding van mening is dat hun loopbaan niet met kinderen te combineren is. Zij stellen het krijgen van een serieuze relatie uit, want deze zou kunnen leiden tot het krijgen van kinderen. Mannen die sterk op een loopbaan zijn gericht volgen een ander patroon. Zij streven in eerste instantie naar een stabiele carrière en daarna naar het vinden van een partner en vervolgens komt de kinderwens aan de orde.

Het CBS⁸ verwacht dat het aantal vrouwen dat kinderloos blijft zal toenemen. Van de vrouwen die geboren zijn in de periode 1972-1976 wordt verwacht dat 20% kinderloos zal blijven. Van de 56-62 jarige vrouwen is 10% kinderloos gebleven. Ruim de helft van de kinderloze vrouwen van 36-45 jaar zegt bewust kinderloos te zijn. Als reden geeft meer dan de helft van de vrouwen aan dat kinderen hun vrijheid belemmeren. Een derde deel meent dat kinderen opvoeden te veel tijd en energie vergt. Andere redenen die worden genoemd zijn dat de partner geen kinderen wil en het feit dat werken en kinderen moeilijk te combineren is.

Vrijwillige kinderloosheid kan ook worden beschouwd als een stedelijk fenomeen. In bepaalde wijken van de grootste steden van de Europese Unie (Berlijn, Parijs, Milaan, Madrid, Barcelona) wordt gesproken over een percentage kinderloze vrouwen van 45.⁹

Deze toename heeft ook te maken met de levensstijl. Uit een onderzoek van De Hoog en Van Opheem¹⁰ blijkt dat vooral bij goed verdienende jongvolwassenen zonder kinderen en met een hoog opleidingsniveau sprake is van een urbane hedonistische levensstijl. Het genieten staat centraal. Er wordt veel buitenshuis gegeten. Het theater, de schouwburg en het concertgebouw worden frequent bezocht. Drie vakanties per jaar is geen uitzondering.

De vrijwillige kinderloosheid komt nu in belangrijke mate nog voor bij vrouwen (en mannen) met een academische opleiding of hogere beroepsopleiding met een omvangrijke baan.

Het is echter niet denkbeeldig dat we in de toekomst te maken gaan krijgen met een gezonken cultuurgoed. Een cultuurgoed dat door groepen met een lagere sociaaleconomische status wordt overgenomen.

Voor vrouwen en mannen met een wat lagere oplei-

ding kan deze levensstijl, in een samenleving waar het consumeren centraal staat, begeerlijk gaan worden. Daarom is het noodzakelijk dat beleidsvoerders en politici de moed hebben om het taboe dat rust op een actief bevolkingsbeleid te doorbreken. Een beleid dat niet alleen gericht moet zijn op een uitbreiding van de kinderopvangvoorzieningen bij peuters, kleuters en scholieren, maar eveneens op een aanzienlijke verhoging van de kinderbijslag en een sterke uitbreiding van het zwangerschapsverlof voor vrouwen en mannen. Daarbij kan ook gedacht worden aan het geven van een geboortepremie en zelfs aan premies bij het sluiten van een huwelijk of het aangaan van een geregistreerd partnerschap.

3. Latrelaties

Het CBS omschrijft een latrelatie als een vaste relatie zonder dat er wordt samengewoond. Op grond van deze definitie kan worden geconstateerd dat een ruime meerderheid van de jongeren onder de 25 jaar een dergelijke buitenhuwelijkse relatie heeft.¹¹ Het betekent dat volgens deze ruime definitie de latrelatie geen nieuw fenomeen is. De verkering en de verloving, die enkele decennia geleden traditioneel voorafgingen aan vele huwelijksluitingen kunnen dan eveneens als een buitenhuwelijkse relatievorm worden getypeerd.

Een belangrijke toevoeging aan de definitie is dat men de intentie moet hebben om niet permanent te gaan samenwonen. Deze intentie is wel aanwezig bij vele jongeren. Deze jongeren hebben het voornemen om te gaan samenwonen of om te trouwen. Bovendien kan er enige verwarring ontstaan over de aard van het ongehuwd samenwonen. In de meeste gevallen wonen personen die een latrelatie hebben enkele dagen per week wel degelijk samen. En om het nog gecompliceerder te maken kunnen ongehuwd en gehuwd samenwonenden een relatie hebben waarbij men lang niet alle dagen samenwoont. Hieronder kunnen bijvoorbeeld zeelieden, binnenvaartschippers, vrachtwagenchauffeurs en arbeiders op booreilanden vallen.

Er zijn meer opmerkingen te maken over de latrelatie. In het algemeen kan worden gezegd dat degenen die een latrelatie hebben, geografisch gezien, gescheiden wonen, maar het komt ook voor dat in één pand de ene partner op de benedenverdieping woont en de andere partner op de eerste verdieping.

In het Onderzoek Gezinsvorming van het CBS¹² blijkt dan dat in 2003 ongeveer 125 000 personen van 30 tot en met 59 jaar voor deze buitenhuwelijkse relatievorm hebben gekozen, conform de definitie met nadruk op het hebben van een vaste relatie, zonder de intentie te hebben om permanent te gaan samenwonen.

De belangrijkste redenen die gegeven worden door betrokkenen om een latrelatie aan te gaan zijn: de

wil om vrijheid te behouden (70% van de mannen en 60% van de vrouwen), een slechte samenwoonervaring (14% van de mannen en 12% van de vrouwen), vanwege de kinderen (4% van de mannen en 14% van de vrouwen) en overige redenen (11% van de mannen en 14% van de vrouwen).¹³ Daarnaast spelen waarschijnlijk ook financiële motieven, zoals een hogere AOW-uitkering en het behouden van alimentatie en een nabestaanden-

2. Een 'moderne' samenleving is voortdurend in verandering. Opvallend is dat de veranderingen eind jaren zestig, begin jaren zeventig van de vorige eeuw een zekere convergentie vertonen. Een voorbeeld is de opkomst van nieuwe rolpatronen binnen gezinnen en andere primaire leefvormen. De factoren die hierbij van invloed zijn, zijn de stijging van het opleidingsniveau van vrouwen en de krapte op de arbeidsmarkt. Hierdoor neemt het buitenshuis werken van moeders toe. Voor veel vrouwen is het moederschap niet meer het enige levensdoel.

Een ander voorbeeld betreft de seksualiteit. Mede door de invoering van de pil is de seksualiteit vrijer geworden. Hierdoor is de koppeling tussen seks en voortplanting verbroken. Vervolgens heeft er een ont koppeling plaatsgevonden tussen seks en huwelijk. Zie ook: G. van den Brink, *Hoge eisen, ware liefde. De opkomst van een nieuw gezinsideaal in Nederland*, Utrecht 1989.

3. Jan Latten, 'Trends in samenwonen en trouwen. De schone schijn van burgerlijke staat', in: *Bevolkingstrends*, 4^e kwartaal 2004, Voorburg/Heerlen: CBS 2004, p. 46-60.

4. Kees de Hoog, 'Een sociologische beschouwing over de positie van het huwelijk en andere primaire samenlevingsvormen in een veranderende samenleving', in: Caroline Forder en Alain Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit*, Antwerpen/Groningen: Metro/Intersentia 2005, p. 84.

5. Anouschka van der Meulen en Arie de Graaf 'Minder huwelijken na samenwonen', in: *Webmagazine*, <www.cbs.nl/CmsSiteEngine/Presentation/Functional>, Voorburg/Heerlen: CBS 2007.

6. Arie de Graaf, 'Helpt samenwoners heeft geen samenlevingscontract', in: *Webmagazine*, <www.cbs.nl/CmsSiteEngine/Functional>, Voorburg/Heerlen: CBS 2004.

7. R. Keizer, 'Een levenspad zonder kinderen. De invloed van onderwijs, werk en relaties op kinderloosheid onderzocht', in: *Demos, Bulletin over Bevolking en Samenleving*, jrg. 23, mei/juni 2007, p. 1-3.

8. De gegevens zijn vermeld in A. de Graaf en S. Loozen, 'Door omstandigheden vaak geen of één kind', in: *Bevolkingstrends* 1^e kwartaal 2005, Voorburg/Heerlen: CBS 2005, p. 42-45.

9. Het moet niet onwaarschijnlijk worden geacht dat dit hoge percentage ook is toe te schrijven aan twee soorten migratiebewegingen. Niet gehuwde jongeren hebben een voorkeur voor bepaalde stadswijken; in de grote steden is werk voor vrouwen met een hoge opleiding en de urbane levensstijl is voor hen kennelijk aantrekkelijk.

10. C. de Hoog en J. van Ophem, 'Monetarisering in de huishouding: een historiserende beschouwing', in: *Huishoudstudies*, jrg. 5, 2, 1995, p. 1-8. Zie ook: J. van Ophem en C. de Hoog, 'Monetarisering in de huishouding: een analyse van de huishoudvoering van relatief welgestelden', in: *Huishoudstudies*, jrg. 5, 2, 1995, p. 8-19.

11. Suzanne Loozen en Liesbeth Steenhof, 'Ruim 125 duizend personen met een lat-relatie', in: *Webmagazine*, <www.cbs.nl/CmsSiteEngine/Presentation/Functional> enz., Voorburg/Heerlen: CBS 2004.

12. Het laatste Onderzoek Gezinsvorming van het CBS is in 2003 gehouden. Dit onderzoek wordt om de vijf jaar herhaald. De doelstelling is om gegevens te verzamelen over relaties en gezinsvorming. In totaal zijn gegevens verzameld van 3900 mannen en 4200 vrouwen van 18-62 jaar.

13. Arie de Graaf en Suzanne Looijen, 'Bijna 400 duizend personen kiezen voor een Lat-relatie', in: *Bevolkingstrends* 3^e kwartaal 2004, Voorburg/Heerlen: CBS 2004. Het verschil van 275 000 personen met de gegevens die in noot 11 zijn vermeld is te verklaren uit het feit dat het gaat om bestaande latrelaties (noot 11) en hier (noot 13) om bestaande relaties en om intenties om een latrelatie aan te gaan.

pensioen, een rol bij de voorkeur voor het aangaan van een latrelatie.

In het Onderzoek Gezinsvorming 2003 zijn degenen die kiezen voor een latrelatie vergeleken met samenwonenden en alleenstaanden. Uit deze vergelijking blijkt dat mannen die voor een latrelatie kiezen vaker gescheiden zijn dan bij andere samenlevingsvormen. Ze hebben vaker kinderen. Hun opleiding is aanzienlijk hoger dan van mannelijke alleenstaanden en wat hoger dan bij ongehuwd en gehuwd samenwonenden. Ook vrouwen, die de voorkeur geven aan een latrelatie, zijn relatief vaker gescheiden. Zij hebben meer kinderen dan samenwoners, maar ongeveer evenveel als gescheiden alleenstaande vrouwen. Hieruit kan volgens het CBS¹⁴ de conclusie worden getrokken dat thuiswonende kinderen een belemmering kunnen vormen om een latrelatie aan te gaan. Hun opleidingsniveau is aanzienlijk hoger dan bij alleenstaande vrouwen en ongeveer gelijk aan samenwonende vrouwen.

De latrelatie is geen typisch Nederlands verschijnsel. Het blijkt ook elders in Europa een trend te zijn om na een echtscheiding of verweduwing niet opnieuw in het huwelijk te treden, maar om of te gaan samenwonen of een latrelatie aan te gaan.¹⁵ Deze ontwikkeling is niet beperkt tot West-Europese landen, maar is traditioneel ook aanwezig in Zuid-Europa, mede veroorzaakt door de geboden en verboden met betrekking tot echtscheiding in de wetgeving en kerkelijke voorschriften.

4. Conclusies

In deze bijdrage zijn twee verschillende buitenhuwelijkse tweerelaties beschreven: het ongehuwd samenwonen en de latrelatie. Een veel gehanteerde sociologische verklaring voor de groei in de afgelopen decennia van deze buitenhuwelijkse tweerelaties berust op twee pijlers: individualisering en informalisering.

Individualisering is een zeer onduidelijk begrip. In de politiek en de media lijkt individualisering soms de wortel van alle kwaad te zijn. Het heeft dan met

egoïsme te maken en zelfs met ontwrichting van de samenleving. Brinkgreve¹⁶ is duidelijker. Zij omschrijft de kern van individualisering als volgt:

‘Dat mensen hun eigen wensen, behoeften en gevoelens belangrijker gaan vinden dan het belang van het gezin, de familie, of de andere groepen waartoe zij behoren, van klasse, etniciteit of levensbeschouwing. Ze gaan zich losmaken uit als beknellende ervaren banden van gezin of religie, willen een “eigen leven” opbouwen, zelf bepalen wat ze willen, en trekken zich minder aan van wat ouders of andere “machthebbers” wensen.’

Het is een verschuiving van ‘wij’ naar ‘ik’, maar met mate en beperkt omdat bijvoorbeeld bij de buitenhuwelijkse relatievorming er voorlopers en volgers kunnen worden onderscheiden. De voorlopers zijn dan onder de noemer ‘ik’ te brengen, maar de volgers onder ‘wij’, omdat zij bijvoorbeeld het gedrag van hun leeftijdsgenoten overnemen. Dit proces doet zich voor bij zowel de ongehuwd samenwonenden als ook bij degenen met een latrelatie.

Informalisering van de relatievorming kent nogal wat gradaties en is in zekere mate verbonden met juridische kaders.¹⁷ Voorbeelden van duidelijk informele buitenhuwelijkse vormen zijn het ongehuwd samenwonen zonder contract en vooral bij latrelaties, omdat er nauwelijks zaken in formele zin zijn geregeld. De ongehuwde samenwoners met een eigen of notarieel contract en degenen met een geregistreerd partnerschap hebben wel formele regelingen getroffen. Zij vallen door eigen en juridische maatregelen en mogelijkheden niet meer volledig onder het begrip informalisering.

Er kan worden geconstateerd dat de opkomst en de aanwezigheid van buitenhuwelijkse tweerelaties de centrale positie van de traditionele levensloop en het traditionele huwelijk hebben aangetast. Er is echter geen sprake van een totale culturele omwenteling. Het keuzepakket is vergroot, maar de basis voor de vorming van een relatie is gebleven. Liefde, emoties en romantiek zijn centrale waarden gebleven.

14. Arie de Graaf en Suzanne Looijen, 'Bijna 400 duizend personen kiezen voor een Lat-relatie', in: *Bevolkingstrends 3^e kwartaal 2004*, Voorburg/Heerlen: CBS 2004.

15. J. de Jong Gierveld, 'Tussen solitude en solidariteit; nieuwe levensstrategieën', *Nieuwe reeks*, deel 62, nr. 8, Amsterdam: KNAW 2000.

16. Christien Brinkgreve, 'Van huis uit: individualisering en opvoeding', in: Paul Schnabel (red.), *Individualisering en sociale integratie*, Den Haag: SCP 2004, p. 49-55.

17. Jan Latten, 'Trends in samenwonen en trouwen. De schone schijn van burgerlijke staat', in: *Bevolkingstrends, 4^e kwartaal 2004*, Voorburg/Heerlen: CBS 2004, p. 46-60.

FJR-studiedag 13 december 2007: herziening wetgeving kinderbeschermingsmaatregelen

117

Mr. P.A.J.Th. van Teeffelen¹

Organisatie studiedag

Op donderdag 13 december 2007 organiseert onze vereniging op de Hogeschool te 's-Gravenhage een studiedag met als titel: herziening wetgeving kinderbeschermingsmaatregelen.

Sprekers zijn Theo Koens (raadsheer Gemeenschappelijke Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba), Jaap Doek (oud-voorzitter Comité voor de Rechten van het Kind, emeritus hoogleraar VU Amsterdam), Caroline Forder (hoogleraar personen- en familie-recht Universiteit Antwerpen) en Wim Slot (bijzonder hoogleraar pedagogische en ontwikkelingspsychologische aspecten van kinderbeschermingsmaatregelen VU Amsterdam, tevens directeur PI-research Duivendrecht).

's Morgens zullen de sprekers hun visie geven op het ontwerp-wetsvoorstel vanuit verschillende invalshoeken (is het voorstel EVRM- en IVRK-proof, sluit het aan op de huidige Nederlandse jeugdbeschermingspraktijk, hoe wordt het voorstel vanuit pedagogisch perspectief gewaardeerd?). 's Middags zijn er acht workshops in twee parallelsessies en zullen verschillende thema's verder worden uitgewerkt, zoals: wat zijn de gevolgen voor de werkwijze van het Bureau Jeugdzorg, wat verandert er voor de kinderrechter en de Raad voor de Kinderbescherming, hoe kunnen doelen voor de ondertoe-

zichtstelling worden geformuleerd?

Maatregelen van kinderbescherming

De maatregelen van kinderscherming zijn voor de overheid het belangrijkste instrumentarium om kinderen in nood te beschermen door middel van gedwongen interventie in het gezinsleven. Maatregelen, die met juridische waarborgen zijn omgeven en waarbij de tussenkomst van de (kinder)rechter een voorwaarde is.

De maatregelen van kinderscherming werden in 1905 (gezagsontneming) en in 1922 (o.t.s.: gezagsbeperking) ingevoerd en het instrumentarium is inmiddels ruim 75 jaar oud. De maatregelen zijn in die lange periode op kleine onderdelen aangepast, maar niet wezenlijk herzien.

In april 2005 heeft het ministerie van Justitie de Werkgroep Wetgeving verzocht om, in het kader van het programma Beter Beschermde, advies uit te brengen over de aanpassing van de kinderschermingswetgeving.²

Een belangrijk item daarbij was om de gezagsbeperkende en de gezagsbeëindigende kinderschermingsmaatregelen goed op elkaar te laten aansluiten en om de knelpunten in de huidige wetgeving op dit punt weg te nemen. Verder is vooral aandacht besteed aan de aanpassing van de gronden van de kinderschermings-

maatregelen, de externe verantwoording over de uitvoering van o.t.s.'en en voogdijen, alsmede de rechtspositie van belanghebbenden.

Het ontwerp-wetsvoorstel om de kinderschermingsmaatregelen te herzien van de Ministers van Justitie en voor Jeugd en Gezin is gebaseerd op dit advies, dat kort samengevat als volgt luidt:

De ondertoezichtstelling

De grond van de maatregel van de o.t.s. wordt aangepast. De nieuwe grond biedt de mogelijkheid om ook kinderen met relatief lichte problemen onder toezicht te stellen. Verplichte opvoedingsondersteuning kan, indien noodzakelijk, door middel van een schriftelijke aanwijzing in het kader van een ondertoezichtstelling worden opgelegd. De o.t.s. vindt zijn grond in de noodzaak voor het onbedreigd opgroeien van de minderjarige. Naast de grond dienen ook de doelen van de o.t.s. opgenomen te worden in de beschikking van de kinderrechter; de doelen worden geformuleerd in de vorm van gewenste ontwikkelingsuitkomsten. Bepalend voor de keuze tussen een gezagsbeperkende en een gezagsbeëindigende maatregel is of ouders binnen een – voor de ontwikkeling van de minderjarige – aanvaardbare termijn de verantwoordelijkheid voor het onbedreigd opgroeien kunnen dragen.

Het Bureau Jeugdzorg (voor het Bureau Jeugdzorg kan telkens

1. Mr. P.A.J.Th. van Teeffelen is voorzitter van de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht.

ook Nidos als (gezins)voogdij-instelling voor minderjarige asielzoekers worden gelezen) krijgt de bevoegdheid om bij derden, zonder toestemming van de ouder van wie het kind onder toezicht is gesteld, informatie in te winnen. Daarbij moet worden gedacht aan informatie over de ontwikkeling en/of opvoedings-situatie van de minderjarige en/of opvoedingsgerelateerde informatie betreffende de ouder. Dit is in feite een overheveling van een gedeelte van het gezag, namelijk van het bepalen wanneer informatie over het kind wordt uitgewisseld.

Een schriftelijke aanwijzing kan in het nieuwe stelsel zowel door de ouder als door het Bureau Jeugdzorg ter bekrachtiging aan de kinderrechter worden voorgelegd. Indien een minderjarige uit huis is geplaatst, is gedeeltelijke gezagsoverheveling aan het Bureau Jeugdzorg mogelijk. Deze gezagsoverheveling heeft in het bijzonder betrekking op de schoolkeuze, inclusief de inschrijving, alsmede op het sluiten van overeenkomsten voor een medische behandeling of voor het verrichten van diagnostisch onderzoek; verder ook op het geven van toestemming voor de uitvoering van de behandeling of het onderzoek.

Eén gezagsbeëindigende maatregel

Wat de gezagsbeëindigende maatregelen betreft worden de bestaande maatregelen voor ontheffing en ontzetting uit het gezag vervangen door één maatregel tot gezagsbeëindiging. De instemming van de ouder met het beëindigen van het gezag is niet langer vereist, terwijl in de grond van de maatregel het belang van de minderjarige steeds centraal staat. De grond voor gezagsbeëindiging sluit aan bij de grond voor de o.t.s. (de noodzaak voor het onbedreigd opgroeien van de minderjarige), zij het dat in geval van beëindiging de inschatting is dat de ouder niet

binnen een – voor de ontwikkeling van de minderjarige – aanvaardbare termijn de verantwoordelijkheid voor het onbedreigd opgroeien kan dragen. Ook kan tot gezagsbeëindiging worden overgegaan, indien de met het gezag belaste ouder misbruik maakt van het gezag, onder meer door het plegen van een delict dat zich richt tegen de eigen kinderen of de andere ouder. Wat de hier vermelde aanvaardbare termijn betreft, daarvoor geldt de stelregel: hoe jonger het kind is, hoe korter deze termijn in de regel is. Een o.t.s. voor uit huis geplaatste minderjarigen kan nog slechts worden verlengd, als gemotiveerd kan worden waarom geen gezagsbeëindigende maatregel nodig is. Daarbij kan de kinderrechter advies vragen aan de Raad. Er is geen maximale termijn voor de o.t.s. met uithuisplaatsing opgenomen, zoals dit het geval was tot 1995.

Voor herstel van de ouder in het gezag is nodig dat het in het belang van de minderjarige is (weer) verzorgd en opgevoed te worden door die ouder én dat die ouder in staat is een onbedreigd opgroeien van de minderjarige te waarborgen.

Uitvoering van o.t.s.'en en voogdijen, rechtspositie belanghebbenden

Bij de verantwoording over de uitvoering van o.t.s.'en en voogdijen valt de toegenomen verantwoordelijkheid op van de Raad voor de Kinderbescherming. Noodzakelijk wordt geacht, dat het Bureau Jeugdzorg tijdens en na afloop van de maatregelen van o.t.s. en gezagsbeëindiging aan een externe instantie verantwoording aflegt over de uitvoering daarvan. Met name bij voogdijen is er geen ouder die erop toeziet dat het bureau zijn wettelijke verplichtingen naleeft; de Raad krijgt hier een toezichthoudende taak. Het Bureau Jeugdzorg dient aan de Raad jaarlijks verantwoording af te leggen

over de wijze waarop het bureau de belangen van de minderjarige behartigt. Bij de uitoefening van de voogdij zal de Raad beoordelen of de wettelijke vereisten worden nageleefd.

De Raad krijgt in dit verband de bevoegdheid een verschil van mening over de uitvoering van voogdijen en o.t.s.'en voor te leggen aan de kinderrechter, die het geschil (volledig) kan toetsen aan de belangen van de minderjarige. Behalve de Raad kunnen ook de minderjarige van 12 jaar en ouder, het Bureau Jeugdzorg, degene die de minderjarige als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt, de zorgaanbieder of de aanbieder van zorg, waar de minderjarige is geplaatst, gebruikmaken van dezelfde geschillenregeling.

Bij de formele rechtsingang wordt een hiërarchie gehanteerd waardoor een aantal partijen later 'aan zet' zal zijn. Pleegouders en residentiële voorzieningen krijgen ook indien de minderjarige in het kader van een o.t.s. zijn geplaatst, een blokkaderecht bij een verblijf van langer dan een jaar in het pleeggezin respectievelijk residentiële voorziening.

Vraag- en discussiepunten

Met Paul Vlaardingerbroek en Carol van Nijnatten³ ben ik van mening dat deze voorstellen daadwerkelijk zullen kunnen leiden tot een beter pakket maatregelen op het terrein van de jeugdbescherming zonder dat een betere jeugdzorg en kinderschermingspraktijk daardoor nu gewaarborgd wordt. Verbetering op die gebieden is immers van meer factoren afhankelijk. Ter voorbereiding van de studiedag heb ik een aantal vraag- en discussiepunten geformuleerd, die wellicht in de betogen en discussies van de ochtend en de middag kunnen worden betrokken.

1. Is het een goede ontwikkeling, dat de grond van de ondertoezichtstelling verruimd wordt? Is dit noodzakelijk? Kunnen risico-

groepen op deze wijze beter geholpen worden of zijn er alternatieven denkbaar?

2. Een o.t.s. kan worden uitgesproken, indien dit noodzakelijk is voor het onbedreigd opgroeien van de minderjarige. Betekent zulks dat ook een omgangs-o.t.s. mogelijk wordt, gesteld dat de gezinsvoogdijwerker voldoende toegerust wordt om deze problematiek adequaat aan te pakken?

3. Het IVRK vereist dat het belang van het kind de eerste overweging is. Ingrijpen in een gezin is geoorloofd indien de bescherming van een minderjarige dit vergt. Na rechterlijk ingrijpen dient de overheid ondersteuning van het kind en begeleiding van de ouders te bieden en eventueel adequate opvang. Is de kinderbescherming (de overheid) daartoe feitelijk wel in staat, gelet op de weinig intensieve hulp thuis, de lange wachtlijsten, het karige bezoek van gezinsvoogdijwerkers in de thuissituatie tegenover de vele multi-problem-gezinnen in achterstandswijken?

4. De voorgestelde geschillenregeling doet een groter beroep dan thans op het conflictoplossend vermogen van de kinderrechter alsmede op diens deskundigheid op het terrein van ontwikkelingspsychologie, jeugdzorg en de wereld van de kinderbescherming. Geeft de geschillenregeling de kinderrechter

niet te veel de mogelijkheid om zich met het verloop van de uitvoering te bemoeien? Staat de geschillenregeling niet op gespannen voet met de wijze waarop het merendeel van de rechtbanken na 1995 de functie van kinderrechter vanuit een gewenst organisatorisch principe heeft uitgehold? Dient de wijze waarop de jeugdunit is georganiseerd bij de Rechtbank Amsterdam niet een voorbeeld te zijn voor de andere rechtbanken?

5. In de voorgestelde wetgeving (extra toezichthoudende taak van de Raad bij o.t.s.'en en voogdijen) zijn de Raad en het Bureau Jeugdzorg nog meer dan voorheen tot elkaar veroordeeld. Ten aanzien van o.t.s. en voogdij is de Raad rekwestrerend, rapporte-rend, controlerend en advise-rend. Het Bureau Jeugdzorg is indicatiestellend, uitvoerend en volgend. Leidt de omstandigheid, dat men elkaar voortdurend nodig heeft (er is geen concurrentie mogelijk), er niet toe dat óf een weinig kritische instelling ontwikkeld wordt óf de verhoudingen (ernstig) verstoord raken?

6. Voor 1995 konden ook alle conflicten over de uitvoering van de o.t.s. op een wat meer informele wijze aan de (vaste) kinderrechter, wiens beleid men ongeveer kende, worden voorgelegd. In de huidige situatie heeft het Bureau Jeugdzorg veelal te

maken met familierechters op afstand, die af en toe als kinderrechter(plaatsvervanger) werkzaamheden verrichten. Is het voor het Bureau Jeugdzorg doenlijk om onder deze omstandigheden met de nieuwe, formele geschillenregeling een consistente hulpverlening uit te voeren?

Is het Bureau Jeugdzorg daarnaast in staat om (zelfs) als professionele organisatie overeind te blijven binnen een kader waarin geschillen tussen alle mogelijke belanghebbenden bij voortduring kunnen worden voorgelegd aan een onafhankelijke derde, die met zijn beslissingen telkens de richting van de hulpverlening mede bepaalt?

7. Maatschappelijk is er een tendens tot deregulering. Is het effect van deze aangescherpte wetgeving niet per saldo dat sprake is van verdere juridisering en bureaucratisering, oplopende kosten van uitvoering en uiteindelijk minder ruimte voor daadwerkelijke hulpverlening?

8. Dient de rechtsingang van kinderen bij o.t.s. en voogdij niet verlaagd te worden naar tien jaar en is hun mening niet van belang bij de vraag of een bijzondere curator dient te worden aangesteld?

Voor nadere informatie over de studiedag en inschrijving zie: <www.fjr.nu>.

2. *Kinderen eerst!*, augustus 2006.

3. P. Vlaardingerbroek, 'Kinderen eerst, ouders laatst?', *FJR* 2007, 2, p. 2-9 en C.H.C.J. van Nijntten, 'Plichten eerst', *FJR* 2007, 3, p. 10-14.

Indien bij een uitspraak een LJN staat aangegeven is deze uitspraak in zijn geheel na te lezen op <http://www.rechtspraak.nl>

AKTEN BURGERLIJKE STAND

118

Hof 's-Gravenhage 18 oktober 2006,
rek.nr. 1534-H-05, LJN AZ2068

Wijziging voornaam. Directe toepassing van artikel 2 van de Overeenkomst inzake de verandering van geslachtsnamen en voornamen, Istanbul 1958 komt in strijd met artikel 12 EG-Verdrag.

Procesverloop: De moeder vraagt ten behoeve van haar zoon (een Duits onderdaan) verbetering/aanvulling van de (voor)naam, in de registers van de burgerlijke stand. De rechtbank heeft zich niet bevoegd verklaard.

De moeder verzoekt het hof zich alsnog bevoegd te verklaren en het verzoek van de moeder tot toevoeging van de (voor)naam x en verbetering/aanvulling van de Nederlandse registers van de burgerlijke stand alsnog in behandeling te nemen en toe te wijzen en de Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand te gelasten de registers van de burgerlijke stand te verbeteren/aan te vullen in die zin dat de naam 'voornaam, achternaam' wordt gewijzigd in 'voornaam, x, achternaam' met toevoeging van de voornaam x aan de naam 'voornaam, achternaam'.

De moeder stelt – kort samengevat – dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft en bevoegd is op grond van het Verdrag inzake Beslissingen tot verbetering van akten van de Burgerlijke Stand. Haar verzoek betreft immers, anders dan de rechtbank heeft aangenomen, in feite ook een aanvulling van de registers van de burgerlijke stand, aangezien de geboorteakte aanvulling be-

hoeft, vanwege het feit dat de biologische vader bij het doen van geboorteaangifte een fout heeft gemaakt. In de tweede plaats is zij van mening dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft en bevoegd is op grond van art. 3 jo. art. 263 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) door het ontbreken van rechtstreekse werking of directe werking van de Overeenkomst inzake de verandering van geslachtsnamen en voornamen, Istanbul 1958 (hierna: de Overeenkomst van Istanbul). De rechtbank heeft deze overeenkomst ten onrechte als uitgangspunt genomen voor de onbevoegdverklaring. Een verzoek tot verbetering van de registers kan ex art. 24 Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) worden gedaan bij de rechtbank, en een verzoek tot naamswijziging ex art. 4 lid 4 Boek 1 BW. Indien en voor zover al rechtstreekse werking van de Overeenkomst van Istanbul zou kunnen worden aangenomen, quod non, dan beroept de moeder zich op het non discriminatie beginsel van art. 12 van het EG-Verdrag. De biologische vader onderschrijft de standpunten van de moeder. De advocaat-generaal concludeert tot bekrachtiging van de bestreden beschikking.

Hof: Naar het oordeel van het hof is sprake van een verzoek tot naamswijziging, en niet tot aanvulling van een akte van de burgerlijke stand, nu bij de geboorteaangifte een fout is gemaakt door de aangever, de biologische vader. Voorts is het hof van oordeel dat de Overeenkomst van Istanbul, gelet op de tekst van art. 2, rechtstreekse werking heeft. Het eerste gedeelte van de grief van de moeder faalt derhalve. Ten aanzien van

het beroep van de moeder op het non discriminatie beginsel van art. 12 van het EG-Verdrag oordeelt het hof als volgt. Het hof beoordeelt allereerst de vraag of er sprake is van een aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht. Van een aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht is sprake in het geval van personen die zich bevinden in een situatie als voornaam, achternaam, onderdaan van een lidstaat, Duitsland, die legaal op het grondgebied van een andere lidstaat, Nederland, verblijft.

In die omstandigheden kan een kind, zoals in casu voornaam, achternaam, zich beroepen op het in art. 12 van het EG-Verdrag neergelegde recht om met betrekking tot de regels die zijn naam beheersen niet te worden gediscrimineerd op grond van zijn nationaliteit (Hof van Justitie, Garcia Avello, 2 oktober 2003, zaaknr. C-148/02). Strikte toepassing van art. 2 van de Overeenkomst van Istanbul heeft tot gevolg dat er verschil in behandeling ontstaat voor personen die een verzoek tot voornaamswijziging doen en (ook) een andere nationaliteit dan de Nederlandse bezitten: de rechter zal zich onbevoegd verklaren in zaken waarin een persoon de nationaliteit van een lidstaat bezit, die evenals Nederland bij de Overeenkomst van Istanbul is aangesloten. De rechter zal zich bevoegd verklaren en het verzoek inhoudelijk behandelen indien een persoon naast de nationaliteit van een andere lidstaat, al of niet aangesloten bij de Overeenkomst van Istanbul, de Nederlandse nationaliteit bezit op grond van art. 3 Rv. De rechter zal zich eveneens bevoegd verklaren en het verzoek inhoudelijk behandelen indien een persoon, in Nederland woon-

achtig, de nationaliteit van een lidstaat bezit die niet is aangesloten bij de Overeenkomst van Istanbul, op grond van art. 3 onder a Rv.

Dit verschil in behandeling is niet noodzakelijk met het oog op een goede rechtspleging en het druist in tegen de bevordering van de integratie van onderdanen van de lidstaten binnen een lidstaat. Dit klemmt temeer daar het hier ook nog een verzoek tot verbetering/verandering van een in Nederland geregistreerde akte betreft. Het hof is derhalve van oordeel dat er bij directe toepassing van art. 2 van de Overeenkomst van Istanbul sprake zou zijn van discriminatie in de zin van art. 12 van het EG-Verdrag. Dit brengt met zich dat het hof in het onderhavige geval art. 2 van de Overeenkomst van Istanbul buiten toepassing zal laten en het EG-Verdrag, met name art. 12, zal laten prevaleren. De inhoudelijke beoordeling van het verzoek leidt het hof tot het oordeel dat er naar Duits recht, dat in casu onbestreden dient te worden toegepast, geen beletsels zijn tot inwilliging daarvan. Dit leidt er toe dat het hof de wijziging zal gelasten van de voornaam van voornaam, achternaam, als door de moeder verzocht.

K I N D E R B E S C H E R M I N G

119

Hof 's-Hertogenbosch 7 mei 2007, rek.nr. R200700219, LJN BB1474

Grootouders verzoeken vernietiging van de beslissing van BJZ tot wijziging van de verblijfplaats van hun kleindochter van hun gezin naar een neutraal pleeggezin in verband met een dreigend loyaliteitsconflict bij de kleindochter (20 maanden oud); art. 1:263 BW

Feiten: Uit de inmiddels verbroken relatie tussen de moeder en de vader, is de minderjarige geboren. De moeder is de dochter van appellant. De minderjarige

is het tweede kind van de moeder. Het gezag over de minderjarige berust bij de moeder. De vader heeft de minderjarige erkend. Het eerste kind van de moeder en de vader is kort na de geboorte bij een voor de ouders geheim pleeggezin ondergebracht. Nadat bekend werd dat de moeder weer zwanger was, is in overleg met de Raad en de grootouders besloten dat de moeder bij haar ouders thuis zou bevallen. Vervolgens zou gekeken worden of de moeder zelf voor de minderjarige zou kunnen zorgen. Kort na de bevalling is de moeder vertrokken en is de minderjarige bij de grootouders gebleven.

Procesverloop: Op 5 september 2005 heeft de Rechtbank Maas-tricht de voorlopige onder-toezichtstelling van de minderjarige uitgesproken en een machtiging uithuisplaatsing in een voorziening voor pleegzorg voor een termijn van drie maanden verleend. De minderjarige verbleef in dat kader bij haar grootouders. Op basis van het raadsonderzoek heeft de rechtbank bij beschikking van 1 december 2005 een ondertoezichtstelling uitgesproken voor een periode van een jaar en een nieuwe machtiging uithuisplaatsing verleend voor een termijn van drie maanden. Op 9 maart 2006 is de machtiging tot uithuisplaatsing verlengd tot de expiratedatum van de ondertoezichtstelling (30 november 2006). Deze periode dient – aldus de rechtbank – gebruikt te worden om aan de hand van Intensieve Thuis Begeleiding (ITB) vast te stellen of de vaardigheden van de ouders zich zodanig ontwikkelen dat thuisplaatsing van de minderjarige mogelijk is. In april 2006 zijn de grootouders met de minderjarige van België naar Nederland verhuisd. De grootouders zijn op 11 mei 2006 door pleegzorgorganisatie Xonar als pleeggezin erkend. Op 16 augustus 2006 heeft de vader zonder voor-aankondiging de moeder verlaten. Zijn verblijfplaats is

sindsdien onbekend. Bij beschikkingen van 23 november 2006 zijn de ondertoezichtstelling en machtiging uithuisplaatsing verlengd tot 30 november 2007.

Naar aanleiding van het evaluatieverslag van Xonar d.d. 12 oktober 2006 oordeelt de stichting in november 2006 dat, als gevolg van de aanhoudende strijd tussen de grootouders en de moeder, de sociaalemotionele ontwikkeling van de minderjarige ernstig in gevaar komt en dat een loyaliteitsconflict dreigt. In het indicatiebesluit van 11 januari 2007 wordt door de stichting opgenomen dat een overplaatsing naar een neutraal pleeggezin noodzakelijk is, waarbij de grootouders weekendpleeggezin worden.

Op grond van art. 1:263 lid 2 onder c Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) dienen de grootouders op 11 januari 2007 een verzoekschrift in bij de rechtbank om, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, de beslissing van de stichting tot wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige in die zin dat zij wordt overgeplaatst naar een ander pleeggezin, te vernietigen.

Rechtbank: Bij bestreden beschikking heeft de rechtbank dit verzoek afgewezen. De grootouders kunnen goed voor het kind zorgen en hebben zich daar ook zeer voor ingespannen vanaf de geboorte van het kind. De problematiek in de relatie ouders-dochter is echter zodanig groot dat zij er ondanks alle goede bedoelingen niet in slagen om een dreigend loyaliteitsconflict voor de minderjarige af te wenden en om een duurzame en rustige omgeving voor de minderjarige te creëren waarin zij veilig kan opgroeien. Er is gezien het verleden sprake van een complexe en conflictueuze relatie tussen de moeder en de grootouders waardoor een rustige samenwerking niet mogelijk lijkt. De minderjarige is vaak getuige geweest van deze spanningen en ruzies waarbij zij onontkoombaar de spanningen bewust dan

wel onbewust zal hebben meebeleefd. Een loyaliteitsconflict lijkt dan onvermijdelijk. Het feit dat de relatie tussen verzoekers en de moeder sinds de laatste verlengingszitting is verbeterd, ziet de kinderrechtster niet als een wijziging van omstandigheden op grond waarvan overplaatsing niet langer in het belang van de minderjarige zou zijn. In het licht en onder druk van de overplaatsing heeft men de gelederen gesloten, maar de voorgeschiedenis geeft duidelijk een ander beeld te zien, aldus de rechtbank. De rechtbank acht het van groot belang dat de grootouders in verband met de hechtingsproblematiek, na de overplaatsing een duidelijke rol blijven spelen in het leven van de minderjarige en acht de mogelijkheid van weekendpleeggezin een serieuze optie.

Standpunt grootouders in hoger beroep: De grootouders stellen in hoger beroep dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het in het belang is van de minderjarige dat zij overgeplaatst wordt naar een regulier pleeggezin. Het gaat goed met de minderjarige en zij ontwikkelt zich leeftijdsadequaat, hetgeen door Xonar en de stichting wordt bevestigd. De pleeggezinplaatsing bij de grootouders dient uit een oogpunt van hechting, continuïteit en zekerheid niet te worden doorbroken. Het trauma van het verlies van de pleegouders zal een negatieve invloed op de ontwikkeling van het kind hebben en niet herstelbaar zijn, zeker niet als dit gebeurt in de fase van 0 tot 5 jaar, waarin deze hechtingscapaciteit zich ontwikkelt. Voorts is de minderjarige positief gehecht en overplaatsing zou voor haar een uithuisplaatsing betekenen. Op het moment dat de minderjarige na een verblijf in een ander pleeggezin uiteindelijk bij de moeder geplaatst wordt, levert dit wederom een trauma op. Het risico bestaat dat de minderjarige alle vertrouwen in volwassenen verliest. De rechtbank

onderkent weliswaar de problemen rond de hechting, hetgeen blijkt uit het benadrukken van de mogelijkheid van weekendpleegouderschap van de grootouders, doch verbindt daar niet de juiste consequentie aan. Verder stellen de grootouders dat de dreiging van een loyaliteitsconflict afgewend kan worden. Zij zijn bereid daartoe samen te werken met de stichting en bijvoorbeeld de module van Stap pleegzorgeducatie te volgen en zich verder te verdiepen in de borderlineproblematiek van de moeder.

Daarnaast stellen de grootouders dat er onvoldoende is gedaan aan de begeleiding van de moeder bij de roldifferentiatie en dat er nog nauwelijks is gewerkt aan de doelstellingen zoals geformuleerd in het evaluatieverslag van Xonar d.d. 30 augustus 2006. Er is wel veel geëvalueerd doch weinig geïnvesteerd, aldus de grootouders.

De grootouders stellen dat er sprake is van een wijziging in omstandigheden nu de relatie tussen de grootouders en de moeder is verbeterd. De Kerst is samen gevierd en er is een uitstapje gemaakt. Dit is allemaal goed verlopen en dat biedt vertrouwen voor de toekomst. De veronderstelling dat de grootouders en de moeder samen de gelederen hebben gesloten wijzen de grootouders van de hand, nu een dergelijke planning gezien de borderlineproblematiek van de moeder geheel niet mogelijk is. De stichting voert gemotiveerd verweer.

Hof: Op basis van de stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht stelt het hof vast dat de minderjarige momenteel goed wordt verzorgd en opgevoed door haar grootouders. Tevens stelt het hof vast dat de minderjarige gehecht is aan haar grootouders en dat de grootouders gehecht zijn aan de minderjarige. Het voorgaande wordt niet betwist door de stichting. Daar staat tegenover dat er altijd zorg geweest is bij de Raad en

de stichting omtrent de conflictueuze situatie waarin de grootouders en de moeder zich bevonden. De stichting is van mening dat er geen verbetering is gekomen, ondanks de door de stichting en Xonar geboden begeleiding. De grootouders stellen dat er wel mogelijkheden zijn om de situatie te verbeteren en dat er ook al een wijziging in de relatie tussen hen en de moeder te zien is. De grootouders hebben het hof verzocht de beschikking van de rechtbank te vernietigen met als doel dat de minderjarige niet wordt overgeplaatst naar een neutraal pleeggezin doch bij hen mag blijven. Het hof neemt bij de vraag of dit verzoek al dan niet gehonoreerd moet worden als uitgangspunt het belang van de minderjarige.

Vóór plaatsing van de minderjarige in een neutraal pleeggezin pleit dat de rolvermenging waarvan nu sprake is, namelijk appellanten in hun rol van grootouders van de minderjarige en ouders van hun dochter enerzijds en in hun rol van pleegouders van de minderjarige tegenover de moeder van de minderjarige anderzijds, dan niet meer aan de orde zal zijn. De grootouders kunnen in die situatie weer grootouders voor de minderjarige zijn en ouders voor de moeder. De moeder zal ten opzichte van haar ouders weer alleen dochter kunnen zijn. De relatie van de moeder met de minderjarige wordt dan niet meer belast door de problemen die de moeder heeft met haar ouders. Door plaatsing in een neutraal pleeggezin beoogt de stichting te voorkomen dat de minderjarige in een loyaliteitsconflict geraakt tussen de grootouders en de moeder.

De grootouders stellen dat de verstandhouding met de moeder is verbeterd sinds de relatie met haar partner verbroken is. Het hof constateert echter dat deze verbetering slechts gedurende een relatief korte tijd het geval is en dat de moeder nog aan

het begin staat van een serieuze behandeling van haar (borderline)problematiek. Het hof voorziet dat de moeder zal blijven streven naar het zelf opvoeden en verzorgen van de minderjarige. Op het moment dat de minderjarige is overgeplaatst zal de moeder de strijd hieromtrent niet meer met haar ouders aangaan, maar met het pleeggezin, zodat de grootouders hiermee niet meer belast zijn. Door de stichting is benadrukt dat er thans een geschikt pleeggezin beschikbaar is dat bereid is te investeren in een goede relatie met de moeder en de grootouders en ook over de nodige vaardigheden daartoe beschikt. Dit is overigens niet het pleeggezin waar de minderjarige verblijft. Vóór handhaving van de huidige plaatsing bij de grootouders pleit dat de minderjarige gehecht is aan haar grootouders. Een goede en veilige hechting in de eerste levensjaren is van groot belang voor de verdere ontwikkeling van de persoonlijkheid van een kind. Door de stichting wordt gesteld dat het hechtingsproces van de minderjarige voortgezet kan worden in het pleeggezin indien de overplaatsing stapsgewijs plaatsvindt en de grootouders aan de minderjarige laten voelen dat zij instemmen met haar verblijf in het nieuwe pleeggezin. Het hof is van oordeel dat een veilige hechting van zeer groot belang is en dat overplaatsing, hoe goed ook begeleid, onherroepelijk een inbreuk maakt op deze hechting. Het doorbreken van de hechting kan ertoe leiden dat het kind het vertrouwen in volwassenen verliest. Op het moment dat, om wat voor reden dan ook, de plaatsing in het neutrale pleeggezin wordt beëindigd en de minderjarige bij de moeder dan wel elders wordt geplaatst, zou dit wederom een trauma voor de minderjarige betekenen. Het hof neemt tevens in aanmerking dat de minderjarige altijd bij haar grootouders gewoond heeft en hen ervaart als haar 'emotionele' ouders.

De grootouders hebben weliswaar een moeizame relatie met de moeder doch zijn wel degenen die nog enige grip op de moeder hebben. Als gevolg van de problematiek van de moeder, waarbij sprake is van een gemengde persoonlijkheidsstoornis met borderlinetrekken, stelt zij zich veelal wantrouwend op ten aanzien van anderen. Dit probleem zal zich jegens de nieuwe pleegouders zeer waarschijnlijk ook voordoen. Een loyaliteitsconflict bij de minderjarige is daarbij niet ondenkbaar, waarbij niet alleen haar loyaliteit ten opzichte van haar grootouders alsook haar moeder onder druk komt te staan, doch ook haar loyaliteit ten aanzien van haar nieuwe pleegouders. Het hof heeft vastgesteld dat de grootouders tot zeer veel bereid zijn. De grootouders zien mogelijkheden om de relatie met de moeder te verbeteren en om haar een goede plaats te geven in het leven van de minderjarige zodat zij niet in een loyaliteitsconflict geraakt. Zij getuigen naar het oordeel van het hof van voldoende realiteitsbesef om de valkuilen te zien en hebben te kennen gegeven dat zij juist in het belang van de minderjarige bereid zijn hun rol als ouders ten opzichte van de moeder op het tweede plan te zetten. Het hof heeft daarnaast in de afwegingen betrokken dat er in de periode van de geboorte van de minderjarige tot de verhuizing van de grootouders met de minderjarige naar Nederland nauwelijks enige begeleiding is geweest. De stichting heeft zich, niet onbegrijpelijk, vooral bezighouden met de vraag of de minderjarige door haar ouders opgevoed kon worden. Er is beperkt geïnvesteerd in de relatie tussen de grootouders als pleeggezin enerzijds en de moeder anderzijds. Het hof gaat ervan uit dat met specifieke hulpverlening en begeleiding voor de moeder en de grootouders de dreiging van een loyaliteitsconflict in sterke mate kan worden teruggebracht. Daarentegen is voor het

hof vrijwel zeker dat een overplaatsing van de minderjarige naar een neutraal pleeggezin een mogelijk onherstelbare breuk in het hechtingsproces voor de minderjarige zal betekenen, terwijl niet is uit te sluiten dat de minderjarige ook bij plaatsing in een neutraal pleeggezin in een loyaliteitsconflict zal komen. Na een afweging van alle belangen en omstandigheden is het hof van oordeel dat de door de stichting gewenste overplaatsing naar een neutraal pleeggezin niet het meest in het belang van de minderjarige is. Het hof verkiest in het belang van de minderjarige de zekerheid van de veilige hechting van de minderjarige boven een dreigend loyaliteitsconflict. De omstandigheden zijn sinds de beslissing van de stichting tot overplaatsing – hoewel nog kortgeleden – zodanig gewijzigd dat het hof heeft geconstateerd dat de grootouders hebben ingezien dat het van het grootste belang is dat de moeder een goede plaats in het leven van de minderjarige krijgt. Zij hebben aangetoond bereid te zijn op zodanige wijze met haar en de stichting samen te werken dat een loyaliteitsconflict voorkomen kan worden. Ook van de zijde van de moeder is ter zitting vast komen te staan dat zij bereid is om in het belang van de minderjarige te werken aan de relatie met de grootouders, hoewel dit gezien haar problematiek zeker niet eenvoudig zal zijn en met conflicten in de toekomst rekening gehouden moet worden. Het verzoek van de grootouders om de Raad nader onderzoek te laten doen, wijst het hof af, nu het niet te verwachten is dat dit onderzoek meer informatie zal opleveren dan thans voorhanden is. Gelet op de leeftijd van de minderjarige is het hof overigens ook van oordeel dat niet langer gewacht kan worden met het nemen van een beslissing omtrent al dan niet overplaatsing (volgt vernietiging van de beschikking waarvan beroep en toewijzing inleidend verzoek grootouders tot

vernietiging van de beslissing van de stichting tot wijziging van verblijfplaats van de minderjarige).

Noot: Een uitgebreide gemotiveerde beschikking die betrekking heeft op de 'hechtingsproblematiek' van pleegkinderen. Met name bij een plaatsing bij grootouders wordt nogal eens een (beweerdelijk?) loyaliteitsconflict door een gezinsvoogdij-instelling boven een met een overplaatsing gepaard gaande onthechting geplaatst. Het verdient derhalve aanbeveling in dit soort zaken de zekerheid van een veilige hechting tegenover een dreigend loyaliteitsconflict te zetten en op basis van – onder meer – deze twee uitgangspunten een belangenafweging te maken wat uiteindelijk in het belang van het kind is. Verwezen zij nog naar een uitspraak van de Rechtbank Groningen (27 december 2006, *LJN* AV9505) voor een soortgelijke zaak en uitspraak. De kans dat het kind na herplaatsing opnieuw te maken zou krijgen met een loyaliteitsconflict lijkt hier levensgroot. In dat geval zou het kind er alleen een zeer ernstig hechtingsprobleem bij hebben gekregen.

IP

120

HR 13 juli 2007, *rek.nr.* R06159HR, *LJN* BA5199

Geschil tussen voormalige echtelieden in echtscheidingsprocedure over toekenning aan vrouw van het eenhoofdige gezag over hun minderjarige kind; procesrecht, ontvankelijk hoger beroep vrouw tegen deelbeschikking waarvan dictum nadien is aangevuld op voet van art. 32 Rv; art. 32 Rv

Procesverloop: In het kader van de onderhavige echtscheidingsprocedure heeft de vrouw verzocht te worden belast met het eenhoofdige gezag over het kind van partijen. In de beschikking

van 18 januari 2006 heeft de rechtbank overwogen dat zij dit verzoek zal afwijzen, kort gezegd, omdat geen grond bestaat tot afwijking van het wettelijk uitgangspunt van voortzetting van de gezamenlijke uitoefening van het gezag na ontbinding van het huwelijk voor ouders die tijdens het huwelijk gezamenlijk het gezag hadden. In het dictum van de beschikking heeft de rechtbank, naast toewijzing van een andere nevenvoorziening, bepaald dat het kind gewone verblijfplaats zal hebben bij de vrouw. Voorts bepaalde de rechtbank dat de behandeling van de zaak omtrent het verzoek tot het treffen van een omgangsregeling en omtrent het verzoek tot vaststelling van de verdeling pro forma wordt aangehouden, en heeft zij iedere verdere beslissing aangehouden.

De procureur van de man heeft de rechtbank vervolgens bij brief van 20 januari 2006 verzocht de beschikking van 18 januari 2006 aan te vullen met de expliciete beslissing dat de rechtbank het verzoek om het eenhoofdige gezag, zoals verzocht door de vrouw, afwijst.

De procureur van de vrouw heeft bij brief van 9 februari 2006 aan de rechtbank bericht van mening te zijn dat de rechtbank inderdaad diende te beslissen op het verzoek van de vrouw om te worden belast met het eenhoofdige gezag over het kind.

Hierop heeft de rechtbank bij beschikking van 22 februari 2006, overwegende dat 'voormelde beschikking een kennelijke, ook voor partijen kenbare en voor een eenvoudig herstel vatbare verschrijving bevat', de beschikking van 18 januari 2006 verbeterd 'voor zover het betreft het bepaalde omtrent het verzoek om eenhoofdige gezag', en dat verzoek afgewezen.

Nadat de vrouw hiertegen op 16 mei 2006 in hoger beroep was gekomen, heeft de man in zijn verweerschrift een beroep gedaan op niet-ontvankelijkheid wegens termijnoverschrijding, stellende

dat de rechtbank conform art. 31 Rv een kennelijke misslag heeft hersteld bij beschikking van 22 februari 2006 en dat voor de bepaling van de termijn waarbinnen appel kon worden ingesteld tegen de verbeterde beslissing nog steeds bepalend is de dag waarop de oorspronkelijke beschikking is gegeven, te weten 18 januari 2006. Het hof heeft dit beroep op niet-ontvankelijkheid verworpen.

Cassatiemiddel: Het middel richt zich tegen het oordeel van het hof dat de beslissing van 22 februari 2006, hoewel deze door de rechtbank als een verbetering is aangemerkt, niet een verbetering is maar een aanvulling op de eerdere beslissing van 18 januari 2006, waaraan het hof de gevolgtrekking verbond dat tegen de bestreden beschikking van 22 februari 2006 hoger beroep openstaat, zodat de vrouw in het tijdig daartegen ingestelde hoger beroep kan worden ontvangen. Ook wordt er in het middel geklaagd dat geen inzicht gegeven wordt in de gedachtegang van het hof waarom de beslissing van 22 februari 2006 een aanvulling van de eerdere beschikking is.

Hoge Raad: De klachten falen. De beschikking van 18 januari 2006 is een deelbeschikking waarin omtrent enige verzochte nevenvoorzieningen in het dictum een eindbeslissing is gegeven, en met aanhouding van iedere verdere beslissing is bepaald dat de zaak ten aanzien van enige andere verzochte nevenvoorzieningen pro forma werd aangehouden. Omtrent het verzoek van de vrouw tot toekenning aan haar van het eenhoofdige gezag heeft de rechtbank weliswaar overwogen dat zij dit zal afwijzen, maar geen beslissing in het dictum opgenomen. Nu, zoals het hof heeft overwogen, het niet ongebruikelijk is dat na een toewijzende deelbeschikking of tussenbeschikking eerst in de eindbeschikking het (meer of anders) verzochte wordt afgewezen, de man niet om verbetering van

de gegeven beschikking maar om aanvulling van die beschikking had gevraagd teneinde dadelijk een expliciete afwijzing van het verzoek van de vrouw tot toekenning van het eenhoofdig gezag te verkrijgen, en de vrouw zich daarbij in zoverre had aangesloten dat zij meende dat de rechtbank op dat verzoek nog een beslissing diende te geven, heeft het hof terecht geoordeeld dat geen sprake was van een kennelijke rekenfout, schrijffout of andere kennelijke fout als bedoeld in art. 31 lid 1 Rv. Pas door het op aandringen van de man opnemen van een expliciete afwijzing van het verzoek van de vrouw in een dictum ontstond voor de vrouw de mogelijkheid en de noodzaak tot het instellen van hoger beroep tegen de beslissing tot afwijzing van haar verzoek, terwijl zij voordien ermee rekening mocht houden dat die afwijzing, zoals niet ongebruikelijk, eerst in (het dictum van) een latere deelbeschikking of eindbeschikking zou worden opgenomen, waarna haar de volle beroepstermijn ten dienste zou staan. Door de aanvulling van de beschikking van 18 januari 2006 in haar beschikking van 22 februari 2006 aan te merken als een verbetering heeft de rechtbank de beroepstermijn voor de vrouw met ongeveer een maand bekort. Het stond het hof vrij de onjuiste kwalificatie van de beslissing van de rechtbank te corrigeren op de wijze waarop het dat heeft gedaan. Uit het voorgaande volgt tevens dat de beslissing van het hof wordt gedragen door de in zijn beschikking vervatte gronden, waarmee het hof de tot zijn beslissing leidende gedachtegang toereikend heeft uiteengezet.

Noot: Er zijn in het burgerlijk procesrecht verbeteringen en aanvullingen mogelijk. Doel van art. 31 Rv, dat ziet op verbeteringen van rechterlijke beslissingen, is kennelijke fouten van rechters, waarover tussen partijen geen geschil bestaat, uit de foutieve be-

schikking te filteren, zodat hoger beroep om die reden niet ingesteld hoeft te worden.

Of er sprake is van een kennelijke fout die zich voor eenvoudig herstel leent, wordt bepaald door of voor partijen en derden direct duidelijk is dat van een vergissing sprake is (MvT 26 855, nr. 3, p. 62).

Doel van art. 32 Rv, het artikel dat betrekking heeft op aanvullingen, is rechters in de gelegenheid te stellen alsnog te beslissen over een onderdeel van het gevorderde of verzochte, waarover de rechter verzuimd heeft te beslissen. Tegen een aanvulling staat ingevolge art. 32 lid 3 Rv wél een voorziening open. Voor het instellen van de hogere voorziening gelden de gewone termijnen waarbij voor de berekening van die termijnen de dag waarop de aanvulling is uitgesproken bepalend is.

De Hoge Raad legt deze casus terecht uit als zijnde een aanvulling, daarbij bepaald gesteund door duidelijke bewoordingen van de advocaat van de man. Het moge reeds langer bekend zijn dat een onjuiste interpretatie dan wel benoeming van rechtbank (of griffiers) geen basis geven voor van de wet afwijkend procesrecht. De rechtbank dient hier wel zorgvuldig mee om te gaan, nu een verkeerde benaming veel rechtsonzekerheid met zich meebrengt bij de justitiabelen over de beroepstermijn, zoals blijkt uit de bovenstaande uitspraak.

IP

G E Z A G

121

Rb. Assen 11 juli 2007, zaaknr. 61525 / FA RK 07-653

Ontzetting van een voogdes; uitleg bepalingen testament in relatie tot testamentair voogd; art. 1:327 BW

Feiten: Op 20 juni 1997 is de minderjarige uit de moeder gebo-

ren. De moeder is op 2 augustus 1999 overleden. In haar testament is X benoemd tot voogdes. X heeft de voogdij aanvaard. De minderjarige verblijft sedert december 1999 op vrijwillige basis in een pleeggezin. Bij beschikking d.d. 13 augustus 2003 is de minderjarige voor het eerst onder toezicht gesteld en staat dat nog steeds. Op 2 april 2007 heeft de Raad voor de Kinderbescherming een verzoek tot ontheffing van de voogdes uit de voogdij over de minderjarige ingediend met benoeming van de Stichting Bureau Jeugdzorg. De voogdes heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

Rechtbank: Minderjarigen staan onder gezag (art. 1:245 BW). Onder dit gezag wordt verstaan ouderlijk gezag dan wel voogdij en heeft onder meer betrekking op de persoon van de minderjarige. Art. 1:336 BW bepaalt dat de voogd zorg draagt, dat de minderjarige overeenkomstig diens vermogen wordt verzorgd en opgevoed. Bij dit artikel wordt tevens (onder meer) verwezen naar art. 1:247 BW waarin het gezag wordt vertaald naar het verzorgen en opvoeden van het minderjarig kind. Gezien deze wettelijke bepaling wordt onder verzorging en opvoeding mede verstaan de zorg en verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. De rechtbank overweegt verder dat de verplichtingen van de voogd worden beperkt en begrensd indien ten aanzien van de minderjarige een kinderschermingsmaatregel wordt uitgesproken.

In december 1998 is de moeder van de minderjarige samen met de minderjarige bij voogdes en haar partner gaan wonen. Nadat de moeder van de minderjarige in juli 1999 bij testament de voogdes als zodanig heeft benoemd is de moeder van de minderjarige op 2 augustus 1999 overleden. Zoals hiervoor reeds vermeld heeft de voogdes haar

benoeming aanvaard en zich daarmee verplicht de verzorging en opvoeding van de minderjarige (nader) in te vullen. In december 1999 is de minderjarige vervolgens vrijwillig geplaatst in het pleeggezin.

De voogdes achtte het in het belang van de minderjarige dat hij op zou groeien in een gezin met jonge kinderen. Hiermee gaf de voogdes, naar het oordeel van de rechtbank, blijk van het nemen van haar verantwoordelijkheid voor de geestelijke en lichamelijke welzijn van de minderjarige en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid.

Eind 2000 bleken er tussen de voogdes en de pleegouders verschillen in opvatting over de opvoeding en verzorging van de minderjarige. Vanwege deze strubbelingen is de minderjarige op 12 augustus 2003 onder toezicht gesteld. Echter, met de ondertoezichtstelling is geen eind gekomen aan de onenigheid tussen de voogdes en het pleeggezin. Het heeft uiteindelijk geresulteerd in veel strijd tussen niet alleen de voogdes en de pleegouders maar ook tussen de voogdes en de gezinsvoogdij-instelling. Dit heeft ertoe geleid dat de voogdes de geboden en benodigde hulpverlening voor de minderjarige niet (meer) aanvaardt en dat zij sinds januari 2005 ieder contact met de gezinsvoogd weigert. Met het aangaan van de strijd en het in steeds verdergaande mate volharden daarin heeft de voogdes, naar het oordeel van de rechtbank, haar wettelijke verplichting, met betrekking tot de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijke welzijn van de minderjarige en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid, uit het oog verloren en is deze in ernstige mate veronachtzaamd. De minderjarige is daarmee ernstig in zijn belangen geschaad.

De minderjarige is een kwetsbaar kind met een grote behoefte aan veiligheid en stabiliteit, die door

toedoen van de voogdes in het gedrang komen, omdat ze onvoldoende oog heeft voor deze behoeften van dit kind. De minderjarige heeft belang bij rust en duidelijkheid en een woon- en leefsituatie zonder spanningen binnen het gezin, waar hij al zeven jaar verblijft, en dit is niet het geval vanwege de ernstig verstoorde verhoudingen tussen de voogdes en de pleegouders. De ondertoezichtstelling als minst vergaande kinderbeschermingsmaatregel wordt niet door de voogdes geaccepteerd. Zij kan zich niet vinden in het uitgezette hulpverleningstraject en wil geen contact met de GVI (verouderde term) onderhouden, waardoor de voogdes de belangen van de minderjarige ernstig schaadt en de ondertoezichtstelling niet aan haar doel beantwoordt.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is de rechtbank van oordeel dat aan de gronden in art. 1:327 lid 1 onder b BW voor ontzetting, is voldaan.

De voogdes heeft in november 2006, in haar beroepschrift bij het hof, verzocht om de uithuisplaatsing van de minderjarige op te heffen. De voogdes is in dit verzoek niet-ontvankelijk verklaard, omdat de minderjarige op vrijwillige basis en met instemming van de voogdes in het pleeggezin verblijft zonder machtiging tot uithuisplaatsing. De voogdes heeft zich thans op het standpunt gesteld dat onderzocht moet worden of de minderjarige wel op zijn plaats is in het huidige pleeggezin of dat er gezocht moet worden naar een andere setting.

Ten aanzien van de wens van voogdes om de plaatsing van de minderjarige in het pleeggezin te beëindigen is de rechtbank, mede gezien in het licht van de strijd tussen de voogdes en de pleegouders, van oordeel dat de voogdes geen blijk geeft van inzicht in het effect van haar opstelling op de minderjarige, die al zeven jaar in het pleeggezin verblijft. De voogdes gaat voorbij aan de spanningen die haar hou-

ding oplevert voor de minderjarige en het pleeggezin. Zij verwaarloost daarmee de belangen van de minderjarige door hem terug te eisen of daarmee te dreigen. Dit brengt naar het oordeel van de rechtbank met zich dat aan de ontzettingsgrond van art. 1:327 lid 1 onder h BW is voldaan.

Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen komt de rechtbank tot het oordeel dat de voogdes dient te worden ontzet uit de voogdij over de minderjarige. De voogdes heeft weliswaar verzocht de minderjarige te laten onderzoeken, maar de rechtbank acht een onderzoek, dat in het kader van deze procedure gericht zou moeten zijn op beslissingsdiagnostiek niet noodzakelijk, nu de rechtbank zich op grond van de voorliggende stukken en het verhandelde ter zitting voldoende geïnformeerd acht om tot een beslissing te komen. Onderzoek, gericht op behandelingsdiagnostiek acht de rechtbank in het kader van deze procedure niet van belang.

Voor zover betoogd is dat de beschikbare rapportages te oud zijn om te betrekken in de besluitvorming, overweegt de rechtbank dat de bevindingen van de Raad, in het door de Raad opgemaakte rapport d.d. 27 maart 2007, in lijn liggen met de adviezen die in december 2004, in het kader van een second opinion, reeds zijn gegeven in het rapport van de Psychologiepraktijk Y en Z waarin onder meer is geadviseerd de basis van het gezag te veranderen en toe te wijzen aan een neutrale instantie of persoon.

Ten aanzien van het verzoek van de voogdes om, voor het geval zij ontzet zal worden uit de voogdij, het testament van de moeder van de minderjarige te eerbiedigen en haar partner of zoon te benoemen tot voogd overweegt de rechtbank als volgt.

Bij voornoemd testament is bepaald dat in geval van ontstentenis (afwezigheid) van de testamentair benoemde voogd of

niet aanvaarding de partner van de voogdes en in geval van zijn ontstentenis of niet aanvaarding de zoon van voogdes wordt benoemd tot voogd.

Bij het openvallen van het gezag, door het overlijden van de moeder van de minderjarige, is met betrekking tot de gezagsvoorziening uitvoering gegeven aan het testament. De voogdes heeft de voogdij aanvaard en de gevallen van ontstentenis en of het niet aanvaarden hebben zich niet voorgedaan.

Nu de voogdes ex art. 1:327 BW, hetwelk ook van toepassing is op testamentaire voogdij wordt ontzet uit de voogdij, dient de rechtbank te voorzien en wel op een wijze die het meest in het belang van de minderjarige wordt geacht. De rechtbank volgt het verzoek van de Raad om Stichting Bureau Jeugdzorg Drenthe als onafhankelijke instantie te belasten met de voogdij.

De rechtbank acht het niet in het belang van de minderjarige dat hij in relatief korte tijd mogelijk meerdere keren wordt geconfronteerd met de consequenties van een gezagswijziging en zal de beschikking derhalve niet uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

FAMILIERECHT ALGEMEEN

122

Rb. Leeuwarden 15 augustus 2007, zaaknr. 83523 / KG ZA 07-213, LJN BB1671

Onrechtmatige daad; anonieme melding bij het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling; art. 6:162 BW

Feiten: Eisers hebben drie kinderen. Gedaagden hebben op of omstreeks 9 oktober 2002 naar aanleiding van een aantal voorvallen onafhankelijk van elkaar een tegen eisers gerichte melding gedaan bij het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (hierna te noemen: het AMK) van Jeugdzorg Friesland. Het

AMK heeft de meldingen van gedaagden in behandeling genomen en vervolgens een onderzoek gedaan.

In een brief aan een van de gedaagden van 11 oktober 2005 wordt door het AMK onder meer medegedeeld:

‘De zorgen zijn besproken met de ouder(s) en we hebben kunnen constateren dat:

- ouders houden van hun kinderen en zijn zorgzaam voor hun kinderen;
- ouders doen alles wat in hun vermogen ligt om het de kinderen naar de zin te maken;
- ouders maken goed gebruik van de hulpverlening. Ze volgen de adviezen op die in het belang van de kinderen zijn;
- ouders erkennen dat ze een probleem hebben met hun oudste kind en handelen daar ook naar;
- ouders werken goed samen met het AMK.

Het AMK heeft het onderzoek hiermee afgesloten.’

Deze brief is niet rechtstreeks naar gedaagden gezonden, maar is terechtgekomen bij eisers. Bij brief aan gedaagden van 30 oktober 2006 heeft het AMK onder meer medegedeeld:

‘Tevens bieden wij u onze oprechte verontschuldigingen aan voor het feit dat AMK in haar brief van 11 oktober 2005 uw namen als melders bekend heeft gemaakt bij het door u gemelde gezin. Dit laatste had nooit mogen gebeuren, daar u in 2002 anoniem een melding heeft gedaan. Te uwer informatie: burgers/particulieren mogen bij vermoedens van kindermishandeling anoniem een melding doen bij het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling. Het is vervolgens aan het AMK te besluiten op basis van de inhoud van de melding of het AMK de melding in behandeling neemt en onderzoek opstart.

Het AMK heeft op basis van de door u gedane melding, destijds, besloten de situatie van de kinderen te onderzoeken.’

De advocaat van eisers heeft gedaagden bij brief van 20 oktober 2006 aangeschreven tot betaling van smartengeld aan eisers vanwege het doen van een valse melding van kindermishandeling.

Procesverloop: Eisers leggen aan hun vordering ten grondslag dat gedaagden bij het AMK hebben aangegeven dat eisers hun kinderen zouden mishandelen. Na onderzoek is vast komen te staan dat daarvan op geen enkele manier sprake is geweest. Door de valse beschuldiging van mishandeling van hun kinderen is volgens eisers sprake van smaad en/of een ernstige inbreuk op hun privacy, althans een aantasting van hun goede naam, hetgeen onrechtmatig is jegens eisers. Zij voelen zich geschoffeerd en de onterechte beschuldigingen hebben bij hen tot veel verdriet en pijn geleid. Om die reden vorderen zij ten titel van smartengeld een voorschot van €1500 per persoon. Het spoedeisend belang bij het gevorderde is volgens eisers hierin gelegen dat zij een voorlopig oordeel wensen omtrent het onrechtmatig handelen van gedaagden. Gedaagden voeren gemotiveerd verweer.

Voorzieningenrechter: Bij de beantwoording van de vraag of toewijzing van een geldvordering in kort geding geïndiceerd is, dient de voorzieningenrechter volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad niet alleen te onderzoeken of het bestaan van een vordering van eisers op gedaagden voldoende aannemelijk is, maar ook of daarnaast sprake is van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening vereist is, en daarbij in de afweging van belangen van partijen mede betrekken de vraag naar het risico van de onmogelijkheid van te

rugbetaling door eisers van de toe te wijzen geldvordering (zie HR 28 mei 2004, NJ 2004, 602). Voorts geldt dat van de eisende partij mag worden verlangd dat naar behoren feiten en omstandigheden worden aangewezen die meebrengen dat een voorziening uit hoofde van onverwijld spoed is geboden (zie Hof Leeuwarden 19 oktober 2005, JAR 2006/32).

Tegen deze achtergrond oordeelt de rechtbank als volgt omtrent het spoedeisend belang bij het gevorderde. In de inleidende dagvaarding is met geen woord gerept over het spoedeisend belang bij het gevorderde, terwijl eisers ter zitting evenmin feiten of omstandigheden hebben aangedragen, waaruit volgt dat zij belang hebben bij onmiddellijke toewijzing van een voorschot op de door hen verlangde smartengeldvergoeding. Met name hebben eisers de voorzieningenrechter er niet van weten te overtuigen dat waar zij al sinds oktober 2005 op de hoogte zijn van de – in hun ogen onjuiste – melding van gedaagden, en zij dus al vanaf dat moment daartegen in rechte hadden kunnen opkomen, er bijna twee jaar later opeens een spoedeisend belang zou zijn om op korte termijn een vorm van financiële genoegdoening te verkrijgen in verband met deze kwestie. De omstandigheid dat eisers een voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter wensen omtrent de eventuele onrechtmatigheid van de melding van gedaagden, maakt niet dat zij een spoedeisend belang hebben bij onmiddellijke verkrijging van betaling van een daarmee verband houdende smartengeldvergoeding. Een en ander leidt tot de conclusie dat eisers het spoedeisend belang bij het gevorderde niet aannemelijk hebben gemaakt. Reeds om die reden dient het ge-

vorderde te worden afgewezen. De voorzieningenrechter is verder van oordeel dat het bestaan van een vordering van eisers op gedaagden uit hoofde van onrechtmatig handelen voorshands niet aannemelijk is geworden. Ook op die grond is het gevorderde derhalve niet toewijsbaar. Daartoe wordt het volgende overwogen. Eisers hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd dat er sprake is van een valse beschuldiging van mishandeling door gedaagden. Laatstgenoemden hebben echter uitdrukkelijk betwist dat zij een melding van mishandeling bij het AMK hebben gedaan – volgens gedaagden hebben zij slechts hun zorg omtrent de gezinssituatie van eisers gemeld bij het AMK – terwijl eisers geen enkel bewijs hebben overgelegd, waaruit volgt dat gedaagden een melding van mishandeling hebben gedaan. Uit de brief van het AMK aan gedaagden van 11 oktober 2005 lijkt eerder het tegendeel te volgen. Hierin wordt namelijk gesproken over ‘geuite zorgen’, en niet over een melding van mishandeling. Uit deze brief blijkt bovendien dat de melding van gedaagden niet zonder grond is gedaan, aangezien er in verband met de problematische gezinssituatie van gedaagden een hulpverleningstraject is gestart. Hierbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat de bescherming van de rechten van kinderen een zeer groot belang vertegenwoordigt, hetgeen zowel op nationaal als internationaal niveau in vele wetten en verdragen is vastgelegd, vanuit de perceptie dat kinderen een kwetsbare groep mensen vormen die extra bescherming verdient. Zo is de overheid verplicht om maatregelen te treffen die kinderen beschermen tegen mishandeling. De overheid doet dat onder meer door burgers in de gelegen-

heid te stellen om (desgewenst ook anoniem) melding te maken van (het vermoeden van) kindermishandeling. Het doen van zo’n melding is niet onrechtmatig, ook niet als achteraf blijkt dat van mishandeling geen sprake was. Van een onrechtmatige melding van kindermishandeling is pas sprake indien blijkt dat er opzettelijk een valse beschuldiging van kindermishandeling is gedaan. Zelfs indien het zo zou zijn dat gedaagden een onjuiste melding van kindermishandeling zouden hebben gedaan, dan is niet gesteld of gebleken dat zij zulks opzettelijk hebben gedaan.

Noot: Er is veel kritiek over de huidige kwaliteit van de advocatuur in de verschillende arrondissementen. Nu moet gezegd worden dat het familierecht er in de loop der jaren niet makkelijker op is geworden, dat merken wij als jurisprudentieverzamelaars/bewerkers ook terdege. Maar de hierboven weergegeven uitspraak laat mijns inziens duidelijk zien hoe het in de advocatuur niet moet en voedt dus die kritiek. Dat is te betreuren. Er zou geen enkele discussie over moeten zijn, en die discussie zou een advocaat ook niet moeten aanzwengelen, dat het doen van een melding over zorgen rond een opvoedingssituatie rechtmatig is. De laatste overwegingen van de voorzieningenrechter hadden wat dat betreft ook de eerste en enige kunnen zijn. Advocaten hebben zeer zeker ook een belangrijke taak rechtzoekenden voor te houden wat wel en vooral ook wat niet mogelijk en/of haalbaar is en het zou hen niet misstaan daarbij ook – en vooral – het belang van het kind in acht te nemen.

IP