

## Nieuwsbrief PFR Updates - Nummer 10, 2014

Nummer 10, 2014

Redactie: W.M. Schrama, L. Hu, M. Jonker, M. van der Leeden en J. Tigchelaar.

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1064](#) 02-05-2014

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1001](#) 25-04-2014

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:1019](#) 25-04-2014

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:951](#) 18-04-2014

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:901](#) 11-04-2014

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:748](#) 28-03-2014

#### Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:1239](#) 01-05-2014

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:3467](#) 17-04-2014

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:917](#) 25-03-2014

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:873](#) 18-03-2014

#### Rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2014:2678](#) 13-03-2014

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2014:3067](#) 12-03-2014

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2014:1900](#) 26-02-2014

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBZUT:2008:835](#) 29-04-2008

#### Uitspraken zonder ECLI

[Europees Hof voor de Rechten van de Mens](#) 03-04-2014

Konstantinidis/Griekenland

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

**Annotatie**

**Hof van Justitie doet het VN Gehandicaptenverdrag tekort**

*prof. dr. C. Forder*

## RECHTSPRAAK

### ***Pensioenaanspraak en goed koopmansgebruik.***

#### De achtergrond

Belanghebbende is sinds 1996 (en dus ook in 2003 en 2004) bestuurder (penningmeester) van een stichting. Van deze stichting ontvangt hij een vergoeding voor door de hem verrichte werkzaamheden. Hoewel van een privaatrechtelijke dienstbetrekking tussen de bestuurder van een stichting en de stichting geen sprake kan zijn, wordt wel loonbelasting ingehouden. In zijn IB-aangiftes van 2000 tot en met 2003 geeft belanghebbende deze ontvangen vergoeding aan als loon. Op 1 augustus 2003 treedt hij in dienst bij zijn eigen BV, waarvan hij enig bestuurder en enig aandeelhouder is. Vanaf die datum verricht zijn BV diensten voor de stichting, die de facto worden uitgevoerd door belanghebbende.

Uit de notulen van de bestuursvergadering van de stichting van september 2003 blijkt dat de stichting een stellig voornemen heeft om zorg te dragen voor het pensioen (ouderdomspensioen, overbruggingspensioen en wezenpensioen) van belanghebbende, welk voornemen teruggaat tot 1995. Aan dit voornemen kan belanghebbende echter nog geen rechten ontlenen. In de notulen van de bestuursvergadering van de stichting van maart 2004 wordt geconstateerd dat aan de voorwaarden van pensioentoekenning is voldaan en dat met het voornemen in de jaarrekening van 2002 van de stichting rekening zal worden gehouden. Ter uitvoering hiervan zijn in februari en april 2004 polissen afgesloten bij een (pensioen)verzekeraar. De koopsommen en verschuldigde premies worden door de stichting in 2004 voldaan en in mei 2004 heeft belanghebbende de pensioenbrief getekend. Hij doet aangifte IB over het jaar 2004, zonder rekening te houden met de pensioenaanspraak. De inspecteur verhoogt bij de daaropvolgende aanslag het inkomen uit werk en woning (box 1) met de in 2004 betaalde pensioenpremie tot € 895.819 en het belastbaar inkomen uit sparen en beleggen (box 3) met het forfaitair rendement over de pensioenaanspraak tot € 27.933.

#### Het geschil

Niet in geschil is dat de pensioenaanspraak niet als loon uit dienstbetrekking kan worden beschouwd. In geschil is alleen a) of de door belanghebbende van de stichting ontvangen

pensioenaanspraak door de inspecteur in het jaar 2004 bij belanghebbende in de heffing mocht worden betrokken; en b) of, indien de pensioenaanspraak terecht is belast in 2004, deze ook eind 2004 tot de rendementsgrondslag van box 3 behoort.

Tot slot is ook in geschil of er aanleiding is wegens de duur van de behandeling van de zaken een vergoeding voor immateriële schade toe te kennen.

Het hof volgt partijen in hun oordeel dat de door belanghebbende van de stichting verkregen pensioenaanspraak niet als een voordeel uit dienstbetrekking dient te worden aangemerkt, maar als resultaat uit overige werkzaamheden als bedoeld in artikel 3.90 Wet IB 2001.

Moment waarop resultaat wordt genoten

Belanghebbende stelt dat aan hem reeds in 2003 een mondelinge pensioentoezegging is gedaan en aldus een juridisch afdwingbare verplichting bestond. De notulen van de bestuursvergadering van maart 2004 waren in december 2003 al in concept gereed, zodat het bestuursbesluit tot toekenning van het pensioen feitelijk al in december 2003 is genomen. Verder stelt belanghebbende dat de stichting in 2003 op de jaarrekening over 2002 een schuld ter zake van een pensioenregeling aan hem heeft opgenomen. De inspecteur voert aan dat pas in 2004 sprake was van een rechtens afdwingbare aanspraak.

Het hof overweegt dat ingevolge artikel 3.94 en 3.95 Wet IB 2001 ook vergoedingen die na het staken van zijn werkzaamheden zijn verkregen voor buiten dienstbetrekking verrichte arbeid, als een nagekomen resultaat uit overige werkzaamheden dienen te worden aangemerkt. Baten die belanghebbende ook zonder staking van zijn overige werkzaamheden zou hebben genoten, zoals de pensioenaanspraak, behoren niet tot het stakingsresultaat, maar tot het normale bedrijfsresultaat. Resultaat uit overige werkzaamheden wordt op grond van artikel 3.95 Wet IB 2001 bepaald met toepassing van het winstregime, dus op basis van goed koopmansgebruik. Het daaruit voortvloeiende voorzichtigheidsbeginsel betekent dat in het algemeen niet eerder winst hoeft te worden genomen dan wanneer deze wordt gerealiseerd, maar dat een last reeds als verlies tot uitdrukking mag worden gebracht wanneer voldoende voorzienbaar is dat deze zich zal voordoen. De rechtbank heeft daarom volgens het hof terecht overwogen dat het voorzichtigheidsbeginsel toestaat om winst te nemen op het tijdstip waarop voldoende vaststaat dat het resultaat wordt behaald en dat het enkele feit dat de stichting op de jaarrekening over 2002 een voorziening (schuld) opneemt ter zake van de pensioenvoorziening, geenszins betekent dat belanghebbende hieraan rechten kan ontlelen. Aan een concept van notulen kunnen ook geen rechten worden ontleend, waarbij nog komt dat de pensioenpolissen eerst in 2004 zijn getekend, de koopsommen en premies in 2004 zijn gestort en de pensioenbrief in 2004 is getekend.

Belanghebbende heeft de aan hem toegekende pensioenaanspraak niet in zijn aangifte IB 2003 noch in die van 2004 verantwoord. Gelet op genoemde feiten op omstandigheden en overwegingen, stond het de inspecteur vrij om de pensioenaanspraak in 2004 in de heffing te betrekken. Het gelijk is derhalve aan de inspecteur.

#### Box 3

Verder stelt de belanghebbende dat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid om de pensioenaanspraak op 31 december 2004 tot de heffingsgrondslag van box 3 te rekenen, terwijl daarover in hetzelfde jaar al belasting is geheven in box 1. Het hof is echter van oordeel dat de pensioenaanspraak in 2004 het werkzaamheidsvermogen (box 1) heeft verlaten, zodat deze noodzakelijkerwijs is gaan behoren tot de rendementsgrondslag van box 3 (wettekst 2004). Het hof acht zich niet bevoegd om te oordelen of dit onredelijk of onbillijk is, omdat het hof immers niet geroepen is om de innerlijke waarde en billijkheid van de Wet IB 2001 te beoordelen.

#### Immateriële schadevergoeding

Wel ziet het hof reden de inspecteur te veroordelen tot vergoeding van door belanghebbende geleden immateriële schade wegens overschrijving van de redelijke termijn in eerste aanleg, gelet op de arresten van de Hoge Raad van 22 april 2005 (ECLI:NL:HR:2005:AO9006) en 10 juni 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BO5046), nu de overschrijving van de termijn geheel dient te worden toegerekend aan de inspecteur. De schade wordt vastgesteld op € 1.500.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 02-05-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1064

**Zaaknummer:** 13/02767

**Wetsartikelen:** 81 RO, 3.94 IB 2001, 3.95 IB 2001 en 5.3 lid 2 f IB 2001

## RECHTSPRAAK

### ***Onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van duurzame ontwrichting van het huwelijk.***

Partijen zijn op 18 oktober 1974 met elkaar gehuwd. Bij de bestreden beschikking is de echtscheiding uitgesproken. De beschikking is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand, echter ten onrechte. Bij latere beschikking heeft de rechtbank doorhaling gelast van de inschrijving. De man is in hoger beroep gekomen van de echtscheidingsbeschikking. Het hoger beroep richt zich tegen de echtscheiding zelf, tegen de opgelegde bijdrage aan partneralimentatie en het bevel tot verdeling over te gaan van de gemeenschap van goederen. De man voert aan dat er geen sprake is van duurzame ontwrichting. De samenleving is nimmer verbroken, de vrouw wordt 24 uur per dag door de man verzorgd vanwege haar ziekte. De man heeft met het oog daarop zijn baan opgegeven en ontvangt uit het PGB van de vrouw een vergoeding voor de verzorging. De vrouw kan de trap niet op en slaapt daarom beneden, maar partijen eten wel altijd samen. Volgens de man realiseert de vrouw zich niet dat de echtscheiding tot gevolg heeft dat de samenleving wordt verbroken en dat de huidige verzorgingsconstructie komt te vervallen. Volgens de vrouw is er wel sprake van een duurzame ontwrichting. Het voorbeeld van haar ouders toen deze veertig jaar gehuwd waren vormt een schrikbeeld voor de vrouw. Vanwege dit schrikbeeld wil zij formeel geen veertig jaar getrouwd zijn. Het is de wens van de vrouw de huidige samenwoning en de verzorging door de man voort te zetten. Het hof is van oordeel dat de vrouw haar stelling dat er sprake is van duurzame ontwrichting onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Het feit dat zij niet, zoals haar ouders, formeel veertig jaar getrouwd wenst te zijn maakt niet dat er sprake is van duurzame ontwrichting. De vrouw voert aan dat het huwelijk zich kenmerkt door pieken en dalen en dat partijen niet met en niet zonder elkaar kunnen. Het hof acht het voor de beoordeling of er sprake is van duurzame ontwrichting van belang dat partijen nog steeds samenwonen en dat de man de noodzakelijke verzorging van de vrouw in de thuissituatie volledig voor zijn rekening neemt en dat de vrouw deze situatie ongewijzigd wenst te handhaven. Hiermee ondergraaft zij in feite de door haar gestelde argumenten, aldus het hof. De vrouw voert wel aan dat partijen in de woning feitelijk gescheiden leven, maar dit wordt gemotiveerd door de man betwist. Gelet hierop komt het hof tot het oordeel dat er geen sprake is van duurzame ontwrichting en komt derhalve niet toe aan een beoordeling van de grieven

inzake alimentatie en de verdeling van de huwelijksgemeenschap. Het hof vernietigt de beschikking waarvan beroep, waarbij het inleidend verzoek van de vrouw tot het uitspreken van de echtscheiding wordt afgewezen.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 01-05-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2014:1239

**Zaaknummer:** HV 200 132 503\_01

**Wetsartikelen:** 1:151 BW

## RECHTSPRAAK

### ***Geen verlenging twaalfjaarstermijn partneralimentatie.***

Partijen zijn in 1982 met elkaar gehuwd. Bij beschikking van 15 november 2000 is de echtscheiding uitgesproken. De echtscheidingsbeschikking is op 20 december 2000 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Bij de echtscheidingsbeschikking is een door de man aan de vrouw te betalen partneralimentatie vastgesteld, waarbij het convenant waarin partijen de partneralimentatie hebben vastgelegd en vanaf 1 oktober 2000 aanvangt, deel uitmaakt van de beschikking. In dit convenant hebben partijen een stapsgewijze afbouw van de hoogte van de alimentatie opgenomen en tevens opgenomen dat de vrouw er zich voor zal inspannen om na 1 oktober 2012 geheel in eigen inkomen te voorzien. Nadien hebben nog verschillende procedures plaatsgevonden. Bij de laatste beschikking is bepaald dat de man met ingang van 1 januari 2007 € 1.409 per maand aan partneralimentatie dient te voldoen, ingevolge de wettelijke indexeringen is dit per 1 januari 2012 € 1.564,43 per jaar. Op 13 november 2012 heeft de vrouw bij de rechtbank een verzoekschrift ingediend tot verlenging van de onderhoudsverplichting tot het moment waarop zijn gerechtigd zal zijn tot verkrijging van een uitkering ingevolge de AOW. In de beschikking waarvan beroep heeft de rechtbank voor recht verklaard dat de onderhoudsverplichting van de vrouw per 1 oktober 2012 is geëindigd. Hiervan is de vrouw in hoger beroep gekomen. In hoger beroep is in geschil de vraag of grond bestaat voor verlenging van de onderhoudsverplichting. Op grond van artikel 1:157 lid 4 BW eindigt de alimentatieverplichting van rechtswege na het verstrijken van een termijn van twaalf jaar vanaf de datum inschrijving echtscheidingsbeschikking. Het staat partijen evenwel vrij om een kortere of langere duur af te spreken. Uit hetgeen partijen hebben aangegeven is gebleken dat zij ervan uit zijn gegaan dat de twaalfjaarstermijn op 1 oktober 2000 zou aanvangen. Het hof gaat er derhalve van uit dat de onderhoudsverplichting in beginsel op 1 oktober 2012 is geëindigd. Het hof overweegt voorts dat de rechter, op verzoek van de alimentatiegerechtigde, indien de beëindiging ten gevolge van het verstrijken van de termijn zo ingrijpend is dat ongewijzigde handhaving van die termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet kan worden gevergd, een termijn kan vaststellen. Dit kan ook indien de alimentatie bij overeenkomst is bepaald. Het verzoek dient te worden ingediend voordat drie maanden sinds de beëindiging zijn verstreken. Het hof overweegt dat de alimentatiegerechtigde dient te stellen en bij betwisting dient te onderbouwen dat grond voor



verlenging bestaat. Allereerst is de vraag aan de orde of beëindiging van de onderhoudsverplichting ingrijpend is voor de vrouw. Het hof gaat ervan uit dat het wegvallen van de alimentatie in casu ingrijpend is gelet op de hoogte van de partneralimentatie enerzijds en het ontbreken van een substantieel inkomen anderzijds. Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden of zulks naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de vrouw kan worden gevergd. In dit kader is van belang of de vrouw er in de afgelopen twaalf jaren alles aan heeft gedaan wat in redelijkheid van haar kon worden gevergd om tot financiële zelfstandigheid te komen. Het hof is van oordeel dat de vrouw, gezien de betwisting tijdens de man en de zware stel- en bewijsplicht in deze onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij in de afgelopen jaren alles in het werk heeft gesteld om tot financiële zelfstandigheid te geraken. Zo zijn de overgelegde sollicitaties slechts over een beperkte periode en heeft zij evenmin aangetoond dat zij geen verdere mogelijkheden tot scholing zou hebben gehad en zij daarvoor niet de financiële middelen had. Ook volgt het hof de vrouw niet in haar stelling dat de zorg voor de kinderen haar zou hebben belet zich op de arbeidsmarkt te begeven. Tevens is niet gebleken van medische beletselen aan de zijde van de vrouw. Het hof komt tot de conclusie dat de vrouw niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat haar recht op partneralimentatie verlengd dient te worden. Het hoger beroep van de vrouw faalt derhalve.

---

**Instantie:** Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

**Datum uitspraak:** 17-04-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHARL:2014:3467

**Zaaknummer:** 200.135.260-01

**Wetsartikelen:** 1:157 lid 4 BW

## RECHTSPRAAK

### ***Weigering medewerking aan omgang; benoeming bijzondere curator.***

Uit de relatie van partijen zijn twee kinderen geboren. De man heeft de kinderen erkend, de vrouw heeft het eenhoofdig gezag over de kinderen. De kinderen hebben hun hoofdverblijf bij de vrouw. Na het uiteengaan van partijen in 2007 is er tot december 2008 sprake geweest van omgang tussen de man en de kinderen. Deze omgang is door de vrouw stopgezet. De man heeft zich vervolgens tot de rechtbank gewend met het verzoek een omgangsregeling vast te stellen. Na een Raadsonderzoek en mislukte pogingen omgang opnieuw op te bouwen bij het omgangshuis heeft de Raad voor de Kinderbescherming (de Raad) in zijn rapport van 19 november 2013 opnieuw geadviseerd. Uit dit rapport is naar voren is gekomen dat er sprake is van meerdere contra-indicaties voor omgang. De rechtbank heeft daarop het verzoek van de man tot vaststelling van een omgangsregeling afgewezen. De man is van deze beschikking in hoger beroep gekomen. Hij voert in hoger beroep aan dat de rechtbank zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling ten onrechte heeft afgewezen. Hij stelt dat hij altijd een goede band met de kinderen had totdat de vrouw de omgangsregeling stopzette. De man heeft zijn leven weer op de rit en het gaat goed met hem. Hij voert voorts aan dat de vrouw de kinderen bij hem wil weghouden en daarom niet meewerkt aan contactherstel. Bij de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft de man verzocht een bijzondere curator te benoemen om de belangen van de kinderen te behartigen. De vrouw maakt hiertegen bezwaar. De Raad voor de Kinderbescherming adviseert het hof een bijzondere curator te benoemen om uit de deze impasse te komen. Het hof overweegt dat de man sedert 2008 geen contact meer heeft gehad met de kinderen en er een grote verwijdering is tussen de ouders. Uit het Raadsrapport van 19 november 2013 blijkt dat er bij de kinderen thans weinig draagvlak is voor omgang, maar dat enig contact tussen de man en de kinderen raadzaam is. Ondanks de eerder aan de vrouw opgelegde informatieplicht heeft de vrouw hier niet aan voldaan. Ook heeft zij de in het verleden door de man toegestuurde cadeaus niet aan de kinderen overhandigd. Ondanks de toezeggingen van de vrouw tijdens de mondelinge behandeling dat zij voortaan informatie zal verschaffen en dat de man kaartjes kan versturen is het naar het oordeel van het hof onzeker of zij die vorm van contact wel kan opbrengen. Het hof acht het aannemelijk dat de kinderen hierdoor niet voldoende instemming van de vrouw voelen om met de man contact te onderhouden. Een weigering van een gezagsdragende ouder om aan een

omgangsregeling tussen de kinderen en de niet met het gezag belaste ouder mee te werken kan aanleiding geven tot benoeming van een bijzondere curator, aldus het hof. Die aanleiding is er indien sprake is van een strijd tussen de belangen van de kinderen en de met het gezag belaste ouder. In casu ziet het hof voldoende aanwijzingen tegenstrijdige belangen aanwezig te achten. Het hof acht het in het belang van de kinderen noodzakelijk een bijzondere curator te benoemen om de kinderen zowel in als buiten rechte te vertegenwoordigen. De bijzondere curator dient de belangen van de kinderen in de onderhavige procedure te behartigen alsook door middel van gesprekken met de kinderen waarbij melding dient te worden gemaakt van de veranderde omstandigheden van de man en te onderzoeken of, en zo ja, in welke vorm, contact mogelijk is. Het hof benoemt de bijzondere curator en houdt de behandeling van de zaak aan, met het verzoek aan de bijzondere curator verslag te doen van de werkzaamheden en bevindingen.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 25-03-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2014:917

**Zaaknummer:** 200.109.456/01

**Wetsartikelen:** 1:377a BW en 1:250 BW

## RECHTSPRAAK

### ***Bij een verzoek tot verlaging van kinderalimentatie wordt rekening gehouden met het niet-wijzigingsbeding partneralimentatie.***

Uit het huwelijk van partijen zijn twee kinderen geboren. Bij echtscheidingsconvenant, deel uitmakend van de echtscheidingsbeschikking d.d. 1 oktober 2009, is bepaald dat de man € 325 per kind per maand aan de vrouw dient te betalen in de kosten van verzorging en opvoeding van beide kinderen en dat de man met ingang van 1 mei 2009 € 694 per maand dient te betalen voor het levensonderhoud van de vrouw. In het convenant is tevens een niet-wijzigingsbeding opgenomen inhoudende dat partijen voor een periode van vier jaar, gerekend vanaf de datum van inschrijving in de echtscheidingsbeschikking, wijziging van de alimentatiebedragen uitsluiten. De beschikking is op 15 oktober 2009 ingeschreven. Bij de bestreden beschikking van 15 mei 2013 is de door de man te betalen bijdrage in de kosten van de kinderen gewijzigd. Het verzoek van de man tot nihilstelling, althans wijziging van de partneralimentatie heeft de rechtbank afgewezen. In hoger beroep komt de vraag aan de orde of de overeengekomen uitkering tot het levensonderhoud van de vrouw voor wijziging vatbaar is. Beoordeeld dient te worden of en met ingang van welke datum de uitkering en/of de overeengekomen kinderalimentatie wijziging behoeven/behoeft, en zo ja, wat de man sindsdien ten behoeve van hen dient bij te dragen. Het hof oordeelt dat het niet-wijzigingsbeding in het convenant ziet op zowel de kinder- als de partnerbijdrage, maar dat een dergelijk beding niet van toepassing kan zijn op overeenkomsten ter zake van kinderalimentatie, maar uitsluitend op partneralimentatie. Het hof oordeelt dan ook enkel ten aanzien van de partneralimentatie of deze, niettegenstaande het niet-wijzigingsbeding, dient te worden gewijzigd. Het hof is van oordeel dat de man in ontoereikende mate aan zijn stelplicht heeft voldaan dat hij op basis van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het niet-wijzigingsbeding in de zin van artikel 1:159 lid 1 BW kan worden gehouden. De man heeft, door het beding aan te gaan, er rekening mee gehouden dat een dergelijke verandering, waarbij hij zijn baan is kwijtgeraakt met negatieve gevolgen voor zijn draagkracht, kan plaatsvinden. Het beding heeft dan ook tot gevolg dat de bijdrage voor het levensonderhoud tot 1 oktober 2013 niet voor wijziging vatbaar is. Met betrekking tot de kinderalimentatie overweegt het hof dat deze kan worden gewijzigd wanneer zich een wijzigingsgrond voordoet zoals genoemd in artikel 1:401

BW. Het hof merkt het eindigen van het dienstverband van de man per 1 november 2011, gevolgd door het ontvangen van een WW-uitkering aan als een dergelijke wijziging. Het hof beoordeelt de kinderalimentatie derhalve opnieuw met ingang van 21 maart 2012, zijnde de datum van de indiening van het verzoekschrift tot wijziging. Bij het berekenen van de draagkracht voor het voldoen van de kinderalimentatie heeft de rechtbank rekening gehouden met de door de man te betalen partnerbijdrage die niet kan worden gewijzigd ingevolge het niet-wijzigingsbeding. De man heeft aangevoerd dat op grond van artikel 1:400 lid 1 BW de kinderalimentatie altijd voorrang heeft boven de partneralimentatie. Het hof overweegt dat vanwege het niet-wijzigingsbeding de afstemming ex artikel 1:400 BW niet kan plaatsvinden. Volgens het hof rechtvaardigt de voorrangsregel niet dat bij het beoordelen van het verzoek van de man tot verlaging van de kinderalimentatie geen rekening zou mogen worden gehouden met het niet-wijzigbare karakter van de partneralimentatie. Het hof houdt dan ook bij het opnieuw berekenen van de draagkracht van de man ten behoeve van kinderalimentatie rekening met de geldende uitkering tot levensonderhoud van de vrouw. Het niet-wijzigingsbeding verliest haar geldigheid met ingang van 1 oktober 2013. Vanaf die datum dienen de diverse alimentatieverplichtingen van de man opnieuw op elkaar te worden afgestemd.

---

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 18-03-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2014:873

**Zaaknummer:** 200.131.706/01

## RECHTSPRAAK

### ***Niet-reanimatieverklaring kan niet door mentor worden afgegeven.***

Verzoekster verzoekt de kantonrechter het mentorschap in te stellen over haar 69-jarige zus (hierna: de betrokkene), die ernstige lichamelijke en verstandelijke beperkingen heeft. De betrokkene woont al jaren in een verzorgingstehuis en wordt daar intensief verzorgd. Zij herkent haar familieleden niet en is niet in staat om te spreken. Verzoekster wil graag zelf belast worden met het mentorschap, zodat zij ten behoeve van betrokkene een NR-verklaring (niet-reanimatieverklaring) kan indienen bij de zorginstelling waar zij verblijft. De betrokkene is reeds tweemaal gereanimeerd en verzoekster vreest dat zij door een derde reanimatie bedlegerig zal worden. Een dergelijke situatie is volgens verzoekster te belastend voor het personeel dat is belast met de verzorging van betrokkene en dat wil verzoekster dan ook voorkomen.

De kantonrechter stelt voorop dat een mentor een wettelijke volmacht heeft om ten behoeve van de betrokkene rechtshandelingen te verrichten in aangelegenheden betreffende de verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding van de betrokkene, tenzij vertegenwoordiging is uitgesloten op grond van de wet of een verdrag (artikel 1:453 lid 2 BW). De beslissing over de vraag of en onder welke omstandigheden het leven van de betrokkene een einde moet hebben, valt naar het oordeel van de kantonrechter niet onder de reikwijdte van voornoemd artikel. Naar het oordeel van de kantonrechter is een dergelijke beslissing strijdig met het recht op leven, zoals dat verankerd is in artikel 2 EVRM.

Daarnaast overweegt de kantonrechter dat bij de totstandkoming van artikel 1:453 BW is bepaald dat euthanasie, waarmee de kantontrechter in de onderhavige casus de vergelijking trekt, behoort tot de categorie ingrijpende medische verrichtingen, die naar hun aard uitsluitend kunnen plaatsvinden met persoonlijke toestemming van de betrokkene zelf. Een NR-verklaring kan om die reden niet rechtsgeldig worden afgegeven door een ander dan de betrokkene zelf, omdat die afweging bij voorbaat van zeer persoonlijke aard is. Dat blijkt ook met zoveel woorden uit het bepaalde in artikel 7:450 lid 3 BW, waaruit volgt dat een hulpverlener een NR-verklaring moet respecteren, mits deze verklaring is opgesteld toen de patiënt nog in staat was tot een redelijke waardering van zijn belangen.

Gezien het vorenstaande wijst de kantonrechter het verzochte mentorschap af.

Dat neemt echter niet weg dat verzoekster, als zus van de betrokkene, tegenover hulpverleners bepaalde rechten heeft op grond van artikel 7:465 lid 3 BW. In het kader van een geneeskundige behandelovereenkomst in de zin van artikel 7:446 BW, hebben hulpverleners verplichtingen tegenover de betrokkene, die zij tegenover de verzoekster – als haar zus – moeten nakomen. Voor reanimatie is daarom in beginsel toestemming van verzoekster nodig, echter doorgaans zal de tijd ontbreken om die toestemming vooraf te vragen. Een hulpverlener mag in een dergelijk geval op grond van artikel 7:466 BW zonder de toestemming van verzoekster tot reanimatie overgaan. Het vorenstaande biedt verzoekster evenwel de mogelijkheid om met de behandelend arts van betrokkene in gesprek te gaan over de vraag of de betrokkene nogmaals gereanimeerd zou moeten worden. De kantonrechter merkt nog op dat het enkele feit dat het zorgpersoneel door reanimatie mogelijk zwaarder belast zal worden, in dat kader geen enkele rol zou mogen spelen.

---

**Instantie:** Rechtbank Zeeland-West-Brabant

**Datum uitspraak:** 13-03-2014

**ECLI:** ECLI:NL:RBZWB:2014:2678

**Zaaknummer:** 2660330 EJ VERZ 13-5801

**Wetsartikelen:** 1:453 lid 2 BW en 2 EVRM

## RECHTSPRAAK

### ***Rechtbank loopt vooruit op wetswijziging. Gerechtelijke vaststelling van ouderschap vrouwelijke partner van moeder.***

Verzoeksters zijn met elkaar gehuwd. Bij verzoekster 1 is een genderidentiteitsstoornis vastgesteld en zij volgt momenteel een behandeltraject om een geslachtswijziging te ondergaan. Verzoekster 1 werd in Groot-Brittannië als man geboren. Op 23 december 2011 heeft het Britse Consulaat in Amsterdam een '*Deed of Change of Name and Title*' opgemaakt, waarin verzoekster 1 haar voornamen wijzigt en verklaart voortaan door het leven te willen gaan als vrouw. Sindsdien wordt verzoekster 1 in juridische zin aangemerkt als vrouw. Uit het huwelijk van verzoeksters is een minderjarig kind geboren, waarvan zij beiden de biologische ouders zijn. Verzoeksters verzoeken primair de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap van verzoekster 1. Indien dit niet mogelijk mocht zijn, wenst verzoekster 1 de minderjarige te adopteren.

De rechtbank overweegt dat het vaderschap van een man op verzoek van de moeder kan worden vastgesteld, indien deze de verwekker is van het kind, of indien deze als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft gehad (artikel 1:207 lid 1 BW). Echter, omdat verzoekster 1 in juridische zin reeds voor de verwekking van het kind als vrouw door het leven ging, is vaststelling van het juridische ouderschap op grond het huidige artikel 1:207 BW niet mogelijk, zo overweegt de rechtbank. Daarin komt evenwel verandering. Op 1 april 2014 wordt artikel 1:207 BW zodanig gewijzigd, dat ook vrouwelijke partner van de moeder als juridische ouder van het kind kan worden aangemerkt, indien deze de verwekker is van het kind, of indien deze als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg heeft gehad (vergelijk *Kamerstukken II* 2012/13, 33 032, *Stb.* 2013, 480).

Gelet op de biologische band die verzoekster 1 met het minderjarige kind heeft, acht de rechtbank het in het belang van de minderjarige dat ook de familierechtelijke band tussen verzoekster 1 en de minderjarige vanaf het moment van de geboorte van de minderjarige wordt vastgesteld. De rechtbank besluit daarom vooruit te lopen op de aanstaande wijziging van artikel 1:207 BW en stelt vast dat verzoekster 1 de juridische ouder is van de minderjarige.



**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 26-02-2014

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2014:1900

**Zaaknummer:** C/15/207332 / FA RK 13-3470

**Wetsartikelen:** 1:207 lid 1 BW

## RECHTSPRAAK

### ***Verzoek om erkenning Ghanese adoptie afgewezen. Geen beginseltoestemming. Adoptie niet in het kennelijk belang van de minderjarige.***

Verzoekster verzoekt primair de in Ghana tot stand gekomen adoptie van de minderjarige te erkennen, dan wel subsidiair de adoptie van de minderjarige door verzoekster uit te spreken naar Nederlands recht.

Vast staat dat verzoekster van Ghanese afkomst is en dat zij zich in het geheel niet heeft verdiept in de Nederlandse regelgeving voor interlandelijke adopties. Zij beschikte daarom ook niet over beginseltoestemming van de minister van Veiligheid en Justitie. In januari 2011 heeft het Department of Social Welfare in Ghana de minderjarige toegewezen aan verzoekster. Omdat het niet mogelijk was om de minderjarige mee te nemen naar Nederland, woont de minderjarige sindsdien bij de stiefzus van verzoekster in Ghana. Verzoekster wil thans graag samen met de minderjarige en haar huidige partner een gezin vormen in Nederland.

De rechtbank overweegt dat het ontbreken van beginseltoestemming niet aan de toewijzing van het primaire verzoek in de weg hoeft te staan. Daaraan kan voorbij worden gegaan indien dit in het kennelijk belang van de minderjarige is en afwijzing van het verzoek het belang van de minderjarige ernstig zou schaden. De Raad voor de Kinderbescherming heeft in dat kader gerapporteerd ernstige twijfels te hebben over de geschiktheid van verzoekster als aspirant-adoptiefouder, omdat verzoekster zich onvoldoende heeft voorbereid op de adoptieprocedure. Daarnaast zou verzoekster onvoldoende inzicht hebben in de opvoedvaardigheden die van een adoptiefouder verwacht mogen worden. Op grond van de Wobka moet bovendien sprake zijn van een bijzondere geschiktheid van de adoptiefouder, indien het leeftijdsverschil tussen de aspirant-adoptiefouder en het te adopteren kind meer dan 40 jaar bedraagt, dan wel wanneer het te adopteren kind ouder is dan twee jaar. Verzoekster is 47 jaar oud en de minderjarige is inmiddels reeds drieëneenhalf jaar oud. De rechtbank oordeelt dat een dergelijke bijzondere geschiktheid niet is gebleken. In dat kader overweegt de rechtbank bovendien dat de minderjarige reeds drie jaren wordt opgevoed door de stiefzus van verzoekster, aan wie hij inmiddels is gehecht. De verhuizing van de minderjarige naar

Nederland zou er derhalve toe leiden dat de minderjarige zijn primaire hechttingsfiguur moet verlaten. In Nederland wordt de minderjarige vervolgens geconfronteerd met een volstrekt andere woonomgeving. Volgens de rechtbank realiseert verzoekster zich onvoldoende welke ingrijpende gevolgen dit voor de minderjarige zal hebben. De adoptie door verzoekster is naar het oordeel van de rechtbank dan ook niet in het kennelijk belang van de minderjarige te achten. Evenmin is gebleken dat de belangen van de minderjarige ernstig zullen worden geschaad bij afwijzing van het verzoek, aangezien verzoekster en de minderjarige slechts gedurende een aantal weken persoonlijk contact hebben gehad. Gelet op de leeftijd van de minderjarige valt dan ook niet te verwachten dat hij een bestendige emotionele band met verzoekster heeft opgebouwd. De rechtbank wijst het primaire verzoek af. Nu een adoptieverzoek naar Nederlands recht slechts kan worden toegewezen indien de adoptie in het kennelijk belang van de minderjarige is (artikel 1:227 lid 3 BW), wordt ook het subsidiaire verzoek afgewezen.

---

**Instantie:** Rechtbank Den Haag

**Datum uitspraak:** 12-03-2014

**ECLI:** ECLI:NL:RBDHA:2014:3067

**Zaaknummer:** C-09-430978 - FA RK 12-8534

**Wetsartikelen:** 1:227 lid 3 BW

## RECHTSPRAAK

### ***Afstorting van aan de vrouw toekomend pensioendeel inclusief voorindexering.***

Tussen partijen bestaat onder andere een geschil over de pensioenaanspraken van de vrouw, in verband met de verevening van de door de man opgebouwde pensioenrechten. Partijen verschillen van mening over de vraag of over de pensioenaanspraak van de vrouw tevens voorindexering verschuldigd is. Volgens de vrouw is dat wel het geval.

Onder verwijzing naar de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 21 893 (Kamerstukken II 1990/91, nr. 3, p. 26), welke passage betrekking heeft op artikel 3 lid 1 WVPS, overweegt de rechtbank dat sprake is van regelend recht. Voor de beantwoording van bovengenoemde vraag moet daarom aansluiting worden gezocht bij de regeling die voor de man zou gelden, indien hij zijn deelneming zou beëindigen vóór de datum van pensionering.

Dat de wetgever heeft beoogd onderscheid te maken tussen verschillende wijzen van beëindiging van deelneming, blijkt volgens de rechtbank, anders dan de man betoogt, niet uit de wetsgeschiedenis. De reden voor de beëindiging acht de rechtbank dan ook niet relevant. De rechtbank zoekt daarom aansluiting bij de regeling die voor de man zou hebben gegolden bij beëindiging van het dienstverband, welke omstandigheid in ieder geval tevens een beëindiging van de deelneming zou meebrengen. Indien in die situatie voor de man zou gelden dat het opgebouwde pensioenrecht ook voor ingang van het pensioen wordt geïndexeerd, moet op grond van artikel 3 lid 1 WVPS eveneens voorindexering van het pensioen ten behoeve van de vrouw plaatsvinden.

Uit de inhoud van een door de man overgelegde pensioenbrief blijkt dat het door de man opgebouwde pensioenrecht in een dergelijke situatie inderdaad voor ingang van het pensioen wordt geïndexeerd. Of de man feitelijk voorindexering ontvangt, heeft de wetgever volgens de rechtbank niet relevant geacht. De wetgever heeft met deze regeling beoogd te voorkomen dat de uitkomst voor de vrouw wordt beïnvloed door de feitelijke situatie aan de zijde van de man. Voorts overweegt de rechtbank dat het de keuze van de man is geweest om in dienst te blijven, maar de deelneming te beëindigen. Of de man in de voorliggende situatie zelf nog aanspraak kan maken op voorindexering, is volgens de rechtbank daarom niet relevant. Daarmee staat

het recht op voorindexering voor de vrouw vast. De man dient het aan de vrouw toekomende deel van het pensioen inclusief voorindexering ten behoeve van de vrouw af te storten.

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 29-04-2008

**ECLI:** ECLI:NL:RBZUT:2008:835

**Zaaknummer:** 86264 FA RK 07-1001

**Wetsartikelen:** 3 lid 1 WVPS

## RECHTSPRAAK

***In verband met ruimere rechtsbescherming is artikel 1:263a BW exclusief van toepassing indien het kind hoofdverblijf heeft bij de ene ouder terwijl een contactbeperkende aanwijzing wordt gegeven betreffende de andere ouder met gezag.***

Na echtscheiding oefenen de ouders gezamenlijk het gezag over hun twee kinderen uit. De kinderen woonden aanvankelijk bij de moeder, maar na een ondertoezichtstelling en een uithuisplaatsing verblijven zij sinds maart 2011 bij de vader. Vanaf januari 2012 gold tussen de kinderen en de moeder een zorgregeling van een weekend per twee weken. In februari 2012 heeft Jeugdzorg een schriftelijke aanwijzing gegeven betreffende de verzorging en opvoeding van de kinderen, inhoudende dat de onbegeleide bezoeken aan moeder onmiddellijk worden gestaakt en dat wordt overgegaan op begeleide bezoeken aan moeder eens per vier weken.

In het onderhavige geding verzoekt de moeder de aanwijzing geheel vervallen te verklaren. De kinderrechter heeft het verzoek afgewezen. Het hof heeft deze beslissing bekrachtigd.

In cassatie wordt geklaagd over de volgende overwegingen van het hof:

‘Op basis van de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting is het hof met de rechtbank van oordeel dat er geen aanleiding is om de bestreden aanwijzing vervallen te verklaren. (...) Het hof is van oordeel dat (...) Jeugdzorg door met gebruikmaking van de haar in artikel 1:263a BW verleende bevoegdheid de onbegeleide contactmomenten terug te brengen juist heeft gehandeld in het belang van de minderjarigen. (...) Gelet op het voorgaande acht het hof de door Jeugdzorg opgelegde beperking van de contacten tussen de moeder en de minderjarigen gerechtvaardigd.’

Volgens de moeder geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover daarin ligt besloten dat in geval van ondertoezichtstelling zonder uithuisplaatsing een contactbeperkende aanwijzing van Jeugdzorg op artikel 1:263a BW kan worden gebaseerd. Volgens de moeder kan de aanwijzingsbevoegdheid van Jeugdzorg in geval van (enkel) een ondertoezichtstelling uitsluitend op artikel 1:258 lid 1 BW worden gebaseerd, en deze bepaling geeft niet de verstrekkende bevoegdheid tot het geven van contactbeperkende aanwijzingen.

Nu geen sprake is van een uithuisplaatsing had het hof, met ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, aan artikel 1:258 lid 1 BW moeten toetsen, aldus de moeder.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1:258 BW omvat de aan Jeugdzorg gegeven aanwijzingsbevoegdheid mede de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing aan een ouder om zich tijdelijk te onthouden van contact met een uithuisgeplaatst kind. Daarbij is verwezen naar HR 4 juni 1971 (ECLI:NL:HR:1971:AB6849) waarin onder het vóór 1 november 1995 geldende recht is geoordeeld (in een situatie waarin geen sprake was van uithuisplaatsing) dat de gezinsvoogd bevoegd is aanwijzingen te geven waardoor het contact van een onder toezicht gesteld kind met de ouders tijdelijk wordt verbroken. Hieruit kan worden afgeleid dat – anders dan de moeder betoogt – artikel 1:258 BW aan Jeugdzorg op zichzelf de bevoegdheid verschaft tot het geven van een aanwijzing tot beperking van het contact tussen een onder toezicht gesteld kind en zijn ouder(s) bij wie hij niet verblijft, ongeacht of het kind uithuisgeplaatst is. De kinderrechter kan op grond van artikel 1:259 BW, op verzoek van de met het gezag belaste ouder of het kind vanaf twaalf jaar, de aanwijzing geheel of gedeeltelijk vervallen verklaren. Tegen de beslissing van de kinderrechter staat geen hoger beroep, maar slechts cassatie in het belang der wet open.

Het is de vraag of (ook) artikel 1:263a BW toegepast kan worden in een geval als het onderhavige, waarin door een aanwijzing het contact wordt beperkt tussen een niet uithuisgeplaatst kind en een met het gezag belaste ouder bij wie het kind zijn hoofdverblijf niet heeft. Artikel 1:263a BW bepaalt dat Jeugdzorg, voor zover noodzakelijk met het oog op het doel van de uithuisplaatsing van een kind, de contacten tussen de met het gezag belaste ouder en het kind voor de duur van de uithuisplaatsing kan beperken. Blijkens de totstandkomingsgeschiedenis geldt deze bepaling als een bijzondere bepaling ten opzichte van artikel 1:259 BW: de met het gezag belaste ouder en het kind van twaalf jaren of ouder kunnen zich op dezelfde wijze als bij een aanwijzing ingevolge artikel 1:258 BW tot de kinderrechter wenden, met dien verstande (a) dat de kinderrechter niet alleen de aanwijzing geheel of gedeeltelijk vervallen kan verklaren, maar ook zelf een zodanige regeling kan vaststellen als hem dat in het belang van het kind wenselijk voorkomt en (b) dat van de beslissingen van de kinderrechter hoger beroep openstaat.

De in artikel 1:263a BW opgenomen clausuleringen dat de contactbeperkende aanwijzing geschiedt ‘voor zover noodzakelijk met het oog op het doel van de uithuisplaatsing van een minderjarige’ en ‘voor de duur van de uithuisplaatsing’, zijn in de parlementaire stukken niet toegelicht. In het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel tot herziening van de maatregelen van kinderscherming, is in de toelichting op het nieuwe artikel 1:265f BW, dat inhoudelijk gelijk is aan het huidige artikel 1:263a BW, daaromtrent opgemerkt: ‘De beperkingen gelden uitsluitend voor de duur van de uithuisplaatsing. Zodra het kind weer

thuis wordt geplaatst, is voor contactbeperking geen reden of mogelijkheid meer.’ Daaruit valt af te leiden dat bij de redactie van de bepaling uitsluitend is gedacht aan de situatie dat het uithuisgeplaatste kind zijn hoofdverblijf heeft bij de met het gezag belaste ouder(s), en dat geen rekening is gehouden met het daarmee sterk vergelijkbare geval dat twee gescheiden levende ouders beiden met het gezag belast zijn terwijl het kind zijn hoofdverblijf heeft bij een van hen. In zo’n geval kan immers, ook als het kind na uithuisplaatsing weer thuis wordt geplaatst bij de ouder bij wie hij zijn hoofdverblijf heeft, nog steeds ‘reden of mogelijkheid’ bestaan voor een beperking van het contact met de andere ouder. Uit het voorgaande blijkt dat de wetgever aan Jeugdzorg ook buiten het geval van uithuisplaatsing van het kind de bevoegdheid heeft willen verlenen contactbeperkende aanwijzingen te geven. Voorts blijkt dat artikel 1:263a BW als bijzondere wetsbepaling is toegevoegd teneinde te voorzien in ruimere bevoegdheden voor de kinderrechter en een betere rechtsbescherming voor de met het gezag belaste ouders en kinderen van twaalf jaren of ouder. Bovendien vertoont de situatie waarvoor artikel 1:263a BW blijkens de wetsgeschiedenis specifiek is bedoeld, sterke gelijkenis met de situatie dat twee gescheiden levende ouders beiden met het gezag zijn belast terwijl het kind zijn hoofdverblijf heeft bij een van hen. Onder deze omstandigheden brengt een redelijke uitleg van de artikelen 1:258 en 1:263a BW mee dat artikel 1:263a BW ondanks zijn formulering ook – en in verband met de ruimere rechtsbescherming: bij uitsluiting – van toepassing is in een geval als het onderhavige, waarin het kind zijn hoofdverblijf heeft bij een van zijn met het gezag belaste ouders en een contactbeperkende aanwijzing wordt gegeven met betrekking tot de andere met het gezag belaste ouder bij wie hij niet zijn hoofdverblijf heeft. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 25-04-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1019

**Zaaknummer:** 13/02397

**Wetsartikelen:** 1:263a BW en 1:258 BW



## RECHTSPRAAK

### ***Het hof had de gevolgen van de door de man verzochte ingangsdatum voor de gewijzigde kinderalimentatie en de redelijkheid van de daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting van de vrouw moeten onderzoeken.***

Partijen zijn gewezen echtgenoten en ouders van drie kinderen. Partijen zijn in het ouderschapsplan overeengekomen dat de man per 1 april 2011 een kinderalimentatie aan de vrouw zal voldoen van € 200 per maand per kind. Het ouderschapsplan is opgenomen in de echtscheidingsbeschikking. De man heeft in hoger beroep verzocht de kinderalimentatie te stellen op € 92,37 per maand per kind, met ingang van de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking (23 mei 2011). Het hof heeft dit verzoek toegewezen. Ten aanzien van de ingangsdatum van de gewijzigde kinderalimentatie heeft het hof overwogen:

‘Ter zitting is gebleken dat de man met behulp van zijn ouders de door partijen overeengekomen kinderalimentatie heeft voldaan. Nu niet door de vrouw is gesteld dat zij niet in staat is tot terugbetaling van hetgeen de man (mogelijk) teveel heeft bijgedragen voor de kinderen op grond van deze beschikking en het bovendien in feite een eerste vaststelling betreft zal het hof de man volgen in de door hem verzochte ingangsdatum.’

In cassatie wordt het oordeel van het hof omtrent de ingangsdatum van de gewijzigde kinderalimentatie bestreden.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Met betrekking tot de door de rechter te bepalen ingangsdatum van een (gewijzigde) onderhoudsverplichting, gelden blijkens vaste rechtspraak van de Hoge Raad de volgende regels:

(i) De rechter die beslist op een verzoek tot wijziging van een eerder vastgestelde bijdrage in het levensonderhoud, zal in het algemeen behoedzaam gebruik moeten maken van zijn bevoegdheid de wijziging te laten ingaan op een vóór zijn uitspraak gelegen datum, met name indien dit ingrijpende gevolgen kan hebben voor de onderhoudsgerechtigde in verband met een daardoor in het leven geroepen verplichting tot terugbetaling van hetgeen in de daaraan voorafgaande periode in feite is betaald of verhaald.

(ii) Deze behoedzaamheid geldt ook voor de rechter in hoger beroep die met ingang van een vóór zijn uitspraak gelegen datum een zodanige wijziging brengt in de door de rechter in eerste aanleg vastgestelde of gewijzigde bijdrage dat zij kan leiden tot de hiervoor bedoelde ingrijpende gevolgen.

(iii) Deze behoedzaamheid brengt mee dat de rechter naar aanleiding van hetgeen partijen hebben aangevoerd, zal moeten beoordelen of, en in hoeverre, in redelijkheid van de onderhoudsgerechtigde terugbetaling kan worden verlangd van hetgeen in overeenstemming met diens behoefte aan levensonderhoud reeds is uitgegeven, en dat de rechter, indien dit naar zijn oordeel het geval is, van zijn beoordeling rekenschap zal moeten geven in de motivering.

In deze regels ligt besloten dat de rechter die een onderhoudsverplichting verlaagt met ingang van een vóór zijn uitspraak gelegen datum, steeds aan de hand van hetgeen ten processe is gebleken, zal moeten beoordelen in hoeverre een daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting in redelijkheid kan worden aanvaard (vgl. HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2288 en HR 4 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5310). Hij is derhalve bij die beoordeling niet afhankelijk van een door de onderhoudsgerechtigde gevoerd, op die terugbetaling betrekking hebbend verweer.

Er wordt aldus terecht geklaagd dat het hof blijk gegeven heeft van een onjuiste rechtsopvatting door zijn oordeel dat aan de wijziging van de kinderalimentatie terugwerkende kracht kan worden toegekend, te doen steunen op de omstandigheid dat de vrouw niet heeft gesteld dat zij niet in staat is tot terugbetaling van hetgeen de man (mogelijk) te veel heeft bijgedragen voor de kinderen. Het hof had aan de hand van hetgeen ten processe is gebleken, de gevolgen van de door de man verzochte ingangsdatum voor de gewijzigde kinderalimentatie en de redelijkheid van de daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting van de vrouw moeten onderzoeken. Voor zover het oordeel van het hof aldus moet worden begrepen dat ten processe onvoldoende is gebleken om de gevolgen van de door de man verzochte ingangsdatum voor de gewijzigde kinderalimentatie en de redelijkheid van de daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting van de vrouw te onderzoeken, is het onbegrijpelijk. De vrouw heeft immers onweersproken aangevoerd dat zij slechts over een klein inkomen beschikt en zonder de alimentatie moeilijk rond zou kunnen komen, terwijl uit de stukken volgt dat met de terugbetalingsverplichting een aanzienlijk bedrag is gemoeid. Voorts is van belang dat het hof heeft beslist dat de vrouw voor de helft dient bij te dragen in de aanzienlijke schulden van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap, en dat het verzoek van de man tot wijziging van de kinderalimentatie niet zijn oorzaak vindt in een aanvankelijk te hoog vastgestelde behoefte. Het oordeel van het hof kan niet steunen op de overweging dat het in deze zaak in feite een eerste vaststelling van de kinderalimentatie

betreft. Ook in het onderhavige geval was het hof op grond van de hiervoor bedoelde behoedzaamheid gehouden om, alvorens de kinderalimentatie met terugwerkende kracht op een lager bedrag te bepalen dan partijen zijn overeengekomen in het ouderschapsplan, de gevolgen van deze terugwerkende kracht en de redelijkheid van de daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting van de vrouw te onderzoeken. Het betoog dat het oordeel van het hof evenmin kan steunen op de omstandigheid dat de man de overeengekomen kinderalimentatie heeft voldaan met behulp van zijn ouders, faalt echter. Bij de beoordeling of en in hoeverre van de onderhoudsgerechtigde in redelijkheid kan worden verlangd dat hij of zij het teveel ontvangende terugbetaald, dient de rechter ook het belang van de onderhoudsplichtige om het teveel betaalde terug te krijgen in aanmerking te nemen. De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het hof.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 25-04-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:1001

**Zaaknummer:** 13/01952

## RECHTSPRAAK

### ***Positie gedragswetenschapper bij machtiging gesloten jeugdzorg.***

X (geboren in 1995) is in maart 2012 onder toezicht gesteld van Bureau Jeugdzorg (BJZ). In augustus 2012 is een machtiging voor gesloten jeugdzorg verleend. In het onderhavige geding heeft BJZ verzocht om verlenging van deze maatregelen. Het verzoekschrift ging vergezeld van een plan van aanpak, een indicatiebesluit (artikel 29b lid 4 juncto artikel 6 lid 1 Wjz), en een verklaring ex artikel 29b lid 4 Wjz. Kort nadien heeft BJZ een instemmingsverklaring ex artikel 29b lid 5 Wjz nagezonden, die was opgesteld door een gedragswetenschapper. In haar instemmingsverklaring heeft de gedragswetenschapper de stukken opgesomd die BJZ haar ter beschikking had gesteld voor het onderzoek. Op grond van feiten en bevindingen uit dat dossier en een gesprek met X is zij tot de slotsom gekomen dat aan de maatstaf van artikel 29b lid 3 Wjz is voldaan.

De kinderrechter heeft de ondertoezichtstelling en de machtiging gesloten jeugdzorg verlengd.

X heeft in hoger beroep verzocht om vernietiging van de beschikking van de kinderrechter en om toekenning op grond van artikel 5 lid 5 EVRM van een schadevergoeding voor ten onrechte ondergane vrijheidsbeneming.

BJZ heeft in hoger beroep een nieuw plan van aanpak en een nieuw indicatiebesluit overgelegd. In het nieuwe plan van aanpak is ervoor gekozen om X en zijn ouders passende hulp te bieden in de thuissituatie.

Het hof heeft de beschikking van de kinderrechter vernietigd en heeft bepaald dat de termijn van de machtiging voor gesloten jeugdzorg eindigt op de dag van zijn beschikking (juli 2013). Het verzoek om toekenning van een schadevergoeding heeft het hof afgewezen. Volgens het hof heeft de kinderrechter op goede gronden een nieuwe machtiging voor gesloten jeugdzorg verleend, maar inmiddels zijn de omstandigheden zodanig gewijzigd dat deze machtiging niet langer noodzakelijk wordt geacht. Dit brengt volgens het hof mee dat van onrechtmatige vrijheidsbeneming tot dan toe geen sprake is (geweest) zodat voor het toekennen van de door X verzochte schadevergoeding geen plaats is, nog daargelaten dat een dergelijk verzoek gelet

op artikel 362 Rv niet voor het eerst in hoger beroep kan worden gedaan.

In cassatie wordt in de eerste plaats geklaagd dat het hof niet (gemotiveerd) is ingegaan op het betoog van X dat de gedragswetenschapper bij het opstellen van haar instemmingsverklaring ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de schriftelijke informatie die haar namens X is aangeboden. Indien het hof wel op dit betoog is ingegaan, heeft het artikel 29b lid 4 en 5 Wjz, artikel 3:2 Awb en de in de Awb neergelegde en ook in het burgerlijk recht geldende zorgvuldigheidsbeginselen onjuist toegepast, dan wel heeft het hof verzuimd de (wijze van totstandkoming van de) instemmingsverklaring te toetsen aan de door artikel 5 EVRM gestelde waarborgen tegen willekeurige vrijheidsbeneming. In dit verband wordt mede een beroep gedaan op artikel 12 IVRK.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De klacht dat het hof niet (gemotiveerd) is ingegaan op het hiervoor vermelde betoog van X mist feitelijke grondslag. In het oordeel van het hof dat de kinderrechtster op goede gronden een nieuwe machtiging gesloten jeugdzorg heeft verleend, ligt besloten dat het hof het betoog van X heeft verworpen op de daartoe door de kinderrechtster gebezigde gronden. Deze gronden houden in dat het in beginsel aan de gedragsdeskundige is te beoordelen welke informatie zij bij de beoordeling betreft en dat de door haar buiten beschouwing gelaten stukken wel aan de rechtbank zijn overgelegd zodat de kinderrechtster daarvan kennis heeft genomen.

De klacht dat het oordeel van het hof in strijd is met de hiervoor genoemde bepalingen en beginselen, faalt op grond van het volgende. Op grond van artikel 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM, is vrijheidsbeneming overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure toegestaan in het geval van rechtmatige detentie van een minderjarige met het doel toe te zien op zijn opvoeding. De onvrijwillige opname van een jeugdige in een accommodatie voor gesloten jeugdzorg berust op Hoofdstuk IVb van de Wjz, in het bijzonder op artikel 29b Wjz, waarvan lid 3 bepaalt dat een machtiging gesloten jeugdzorg slechts kan worden verleend indien naar het oordeel van de kinderrechtster de jeugdige ernstige opgroei- of opvoedingsproblemen heeft die zijn ontwikkeling naar volwassenheid ernstig belemmeren en die maken dat de opname en het verblijf noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de jeugdige zich aan de zorg die hij nodig heeft, zal onttrekken of daaraan door anderen zal worden onttrokken. Aldus is voldaan aan de in artikel 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM gestelde vereisten dat de detentie van een minderjarige berust op een wettelijk voorgeschreven procedure, dat die detentie rechtmatig is in de zin dat deze slechts plaatsvindt op grond van een rechterlijke beslissing, en dat die detentie ertoe strekt toe te zien op de opvoeding van de minderjarige. Artikel 29b lid 4 Wjz bepaalt dat een machtiging gesloten jeugdzorg slechts kan worden verleend indien BJZ een indicatiebesluit heeft genomen, dat strekt tot verblijf niet zijnde verblijf bij een pleegouder, en heeft verklaard dat zich een geval ex artikel 29b lid 3 Wjz

voordoet. Laatstgenoemde verklaring behoeft op grond van artikel 29b lid 5 Wjz de instemming van een gedragswetenschapper. Artikel 29b lid 5 Wjz vereist dat die gedragswetenschapper behoort tot een categorie die is aangewezen bij algemene maatregel van bestuur, en schrijft voor dat die gedragswetenschapper met het oog op de door hem af te geven instemmingsverklaring de jeugdige kort tevoren heeft onderzocht. Noch artikel 29b lid 5 Wjz noch enige andere bepaling van de Wjz stelt nadere eisen aan het door de gedragswetenschapper in dit verband te verrichten onderzoek. De gedragswetenschapper kan niet worden aangemerkt als een door de rechter benoemde deskundige in de zin van artikel 198 juncto artikel 284 Rv. Derhalve rust op de gedragswetenschapper niet de verplichting om bij zijn onderzoek partijen op de voet van artikel 198 lid 2 Rv in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen. Anders dan BJZ is de gedragswetenschapper niet een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Derhalve is de gedragswetenschapper niet op de voet van artikel 3:2 Awb gehouden om bij de voorbereiding van zijn instemmingsverklaring de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. Evenmin is de gedragswetenschapper verplicht om voorafgaand aan het afgeven van zijn instemmingsverklaring de jeugdige op de voet van artikel 4:8 lid 1 juncto artikel 4:9 Awb in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen. Voorts verdient opmerking dat de gedragswetenschapper niet kan worden aangemerkt als een adviseur ex artikel 3:5 Awb, die is belast met het adviseren inzake een door BJZ te nemen besluit. Uit artikel 29b lid 5 Wjz volgt immers dat de gedragswetenschapper zijn instemmingsverklaring afgeeft nadat BJZ een indicatiebesluit heeft genomen en heeft verklaard dat zich een geval ex artikel 29b lid 3 Wjz voordoet. Derhalve is BJZ niet uit hoofde van artikel 3:9 Awb gehouden zich ervan te vergewissen dat het onderzoek door de gedragswetenschapper op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Artikel 12 IVRK bepaalt dat het kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen, in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke of bestuurlijke procedure die hem betreft. In het stelsel van de Wjz wordt aan dit vereiste voldaan, doordat artikel 29b lid 5 Wjz voorschrijft dat de gedragswetenschapper met het oog op de door hem af te geven instemmingsverklaring de jeugdige kort tevoren heeft onderzocht, en doordat artikel 29f lid 1 Wjz erin voorziet dat de kinderrechter de jeugdige hoort alvorens op een verzoek tot het verlenen van een machtiging te beslissen. In dit verband verdient opmerking dat het de jeugdige vrijstaat door hem van belang geachte schriftelijke informatie in het geding te (doen) brengen, opdat de kinderrechter die in zijn beoordeling betreft. Evenwel biedt noch artikel 12 IVRK, noch artikel 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM steun voor de opvatting dat de gedragswetenschapper is gehouden om bij zijn onderzoek rekening te houden met schriftelijke informatie die hem door of namens de jeugdige wordt aangeboden. Het vorenstaande brengt mee dat de gedragswetenschapper die ten behoeve van de door hem af te geven instemmingsverklaring

de jeugdige onderzoekt, niet is gehouden om daarbij schriftelijke informatie te betrekken die hem door of namens de jeugdige wordt aangeboden. De gedragswetenschapper behoeft zijn beslissing dienaangaande niet te motiveren.

In de tweede plaats wordt geklaagd dat het hof heeft verzuimd om zich rekenschap te geven van de omstandigheid dat de gedragswetenschapper in dienst was van BJZ. Volgens de klacht strookt deze situatie niet met de wettelijke eis van voldoende objectiviteit van het onderzoek, althans vergt zulks extra behoedzaamheid ter voorkoming van (de schijn van) vooringenomenheid.

De Hoge Raad stelt voorop dat noch artikel 29b lid 5 Wjz noch enige andere bepaling van de Wjz zich ertegen verzet dat de instemmingsverklaring wordt afgegeven door een gedragswetenschapper die in dienst is van BJZ. Blijkens de parlementaire geschiedenis van deze bepaling is niet van belang waar de gedragswetenschapper werkzaam is, zolang is gewaarborgd dat deze behoort tot een van de aangewezen categorieën uit de Regeling aanwijzing gedragswetenschappers gesloten jeugdzorg. Voorts volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat de enkele omstandigheid dat een deskundige in dienst is van de overheid en is verbonden aan de kliniek waarin de betrokkene wordt verpleegd, geen grond is voor twijfel aan diens objectiviteit (EHRM 6 januari 2005, ECLI:NL:XX:2005:BM8488 (*Nakach*)). Het voorgaande brengt mee dat de enkele omstandigheid dat de gedragswetenschapper in dienst is van BJZ niet in de weg staat aan de bruikbaarheid van de door hem afgegeven instemmingsverklaring. Wel kunnen bijkomende omstandigheden aanleiding geven tot twijfel aan de onafhankelijkheid van de gedragswetenschapper ten opzichte van BJZ en daarmee aan de objectiviteit van diens onderzoek, hetgeen de bruikbaarheid van de door hem afgegeven instemmingsverklaring kan aantasten. Nu geen beroep wordt gedaan op deze bijkomende omstandigheden, treft de klacht geen doel.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 18-04-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:951

**Zaaknummer:** 13/04683

**Wetsartikelen:** 29b Wjz

## RECHTSPRAAK

### ***Bij geschillen over gezamenlijke gezagsuitoefening staat het de rechter vrij ook niet objectief verifieerbare omstandigheden bij zijn beslissing te betrekken.***

Partijen zijn ouders van twee kinderen over wie zij gezamenlijk het gezag uitoefenen. Zij hebben de gevolgen van de beëindiging van hun geregistreerd partnerschap bij notariële overeenkomst geregeld. Hierin is vastgelegd dat de kinderen om de twee weken een weekend bij de vader verblijven.

De moeder heeft de rechtbank ex artikel 1:253a BW verzocht te bepalen dat het haar is toegestaan om met de kinderen te verhuizen van Apeldoorn naar Grathem. Volgens de moeder is haar verzoek in het belang van de kinderen. Zij heeft sinds enige tijd een nieuwe partner, A, die met zijn drie kinderen in Grathem woont. De moeder en haar kinderen verblijven daar regelmatig en dit verloopt zo goed dat bij de moeder de wens is gegroeid om met haar kinderen bij A in te trekken. Omdat A in Grathem een onderneming heeft, is het voor hem niet mogelijk om met zijn kinderen naar Apeldoorn te verhuizen, zodat de moeder niets anders rest dan met haar kinderen naar Grathem te verhuizen indien zij een gezin wil vormen met A en de vijf kinderen. De vader heeft geweigerd toestemming te verlenen voor de voorgenomen verhuizing van de kinderen en heeft het verzoek van de moeder bestreden. De rechtbank heeft het verzoek van de moeder afgewezen.

Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe overwoog het hof:

‘Gelet op de duur van de relatie is het hof onvoldoende ervan overtuigd dat er sprake is van een voldoende bestendige relatie tussen de moeder en A. Sinds medio april 2012 hebben de moeder en A een relatie. Kort daarvoor in februari 2012 werden A en zijn kinderen geconfronteerd met het overlijden van hun vrouw/moeder. Dit maakt de situatie kwetsbaar voor alle betrokkenen. Het hof is van oordeel dat eerst afgewacht moet worden in hoeverre de relatie tussen de moeder en A voldoende duurzaam is. Afgezien van haar belang bij de relatie met haar partner, heeft de moeder haar stelling dat het in het belang van de kinderen is om naar Grathem te verhuizen, onvoldoende onderbouwd. De kinderen zijn opgegroeid in Apeldoorn, zij gaan daar naar school en zij hebben ook hun sociale contacten in Apeldoorn.



Voorts neemt het hof in aanmerking de grote afstand tussen Apeldoorn en Grathem (ruim 160 km), de nog jonge leeftijd van de kinderen, de leeftijdsfase waarin zij zich bevinden en de impact die een dergelijke verhuizing zal hebben op het contact met de vader. Met de raad is het hof van oordeel dat het contact met de vader door de verhuizing zal worden beperkt. Het belang van de kinderen om in Apeldoorn te blijven, weegt op dit moment zwaarder dan het belang dat de moeder heeft bij haar verhuizing naar Grathem.'

In cassatie wordt in de eerste plaats geklaagd dat het hof de maatstaf neergelegd in HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5901 (hierna: HR 2008), heeft miskend door aan zijn beslissing niet objectief verifieerbare omstandigheden ten grondslag te leggen. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht faalt. In HR 2008 is vooropgesteld dat uit de omstandigheid dat in artikel 1:253a BW is bepaald dat de rechtbank een zodanige beslissing neemt als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt, niet mag worden afgeleid dat bij geschillen over gezamenlijke gezagsuitoefening het belang van het kind altijd zwaarder weegt dan andere belangen. Voorts is in HR 2008 vooropgesteld dat de rechter bij zijn beslissing over geschillen ex artikel 1:253a BW alle omstandigheden van het geval in acht dient te nemen, wat in voorkomend geval ook ertoe kan leiden dat andere belangen zwaarder wegen dan het belang van het kind, hoezeer ook dat belang een overweging van de eerste orde dient te zijn bij de te verrichten afweging. Anders dan de klacht tot uitgangspunt neemt, volgt uit HR 2008 niet dat de door de rechter in acht te nemen omstandigheden zijn beperkt tot objectief verifieerbare omstandigheden. Voor een zodanige beperking bestaat ook geen grond. Het staat de rechter derhalve vrij ook omstandigheden die zich niet of moeilijk laten verifiëren, bij zijn beslissing te betrekken.

In de tweede plaats wordt geklaagd dat het hof niet de door de moeder voorgenomen verhuizing heeft beoordeeld en haar belang daarbij heeft afgewogen tegen de overige belangen die zijn betrokken bij de daarover te nemen beslissing, maar in plaats daarvan zijn oordeel heeft gegeven over de samenvoeging van de gezinnen. Daarmee heeft het hof de grenzen van zijn bevoegdheid overschreden, hetgeen een ongeoorloofde inmenging in het privé- en gezinsleven van de moeder in de zin van artikel 8 EVRM oplevert, aldus de klacht.

Deze klacht mist feitelijke grondslag. Het hof heeft geen oordeel gegeven over de wenselijkheid van de samenvoeging van het gezin van de moeder met dat van A noch over de bestendigheid van de relatie van de moeder en A. Het hof heeft acht geslagen op de duur van de relatie van de moeder en A en op de kwetsbaarheid van de situatie in Grathem als gevolg van het recente overlijden van de echtgenote van A. Voorts heeft het hof in zijn oordeelsvorming betrokken het feit dat de kinderen in Apeldoorn zijn opgegroeid, daar naar school gaan en daar ook hun sociale contacten hebben, de grote afstand tussen Apeldoorn en Grathem, de nog jonge leeftijd van de kinderen en de leeftijdsfase waarin zij zich bevinden,

alsmede de impact van de voorgenomen verhuizing op het contact tussen de kinderen en de vader. Aldus heeft het hof onderzocht of, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, het belang dat de moeder heeft bij haar verhuizing naar Grathem zwaarder weegt dan het belang van de kinderen om in Apeldoorn te blijven. De Hoge Raad verwerpt het beroep.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 11-04-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:901

**Zaaknummer:** 13/04155

**Wetsartikelen:** 1:253a BW en 8 EVRM

## RECHTSPRAAK

***Omgangsregeling die qua frequentie en duur aan omgangshuis wordt overgelaten is niet in strijd met artikel 8 EVRM. Door ambtshalve dwangsom op te leggen is het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden.***

De ouders hebben een affectieve relatie gehad en zijn ouders van een dochter (geboren in 2010). De moeder heeft het ouderlijk gezag. De vader heeft de rechtbank verzocht een omgangsregeling vast te stellen en hieraan een dwangsom te verbinden. De rechtbank heeft de Raad voor de Kinderbescherming (hierna: de Raad) verzocht een onderzoek in te stellen. De Raad heeft de rechtbank geadviseerd de omgang tussen de dochter en de vader zorgvuldig te laten opbouwen onder begeleiding van een omgangshuis, volgens de bij hen gangbare, haalbare frequentie. De rechtbank heeft het Raadsadvies gevolgd en bepaald dat de vader met de dochter omgang zal hebben onder begeleiding van het omgangshuis, op (een) door het omgangshuis te bepalen locatie, dagen en tijdstippen.

De moeder heeft hoger beroep ingesteld. Het hof heeft, na te hebben vastgesteld dat het omgangshuis bij gebrek aan medewerking van de moeder zelfs geen begin heeft kunnen maken met de begeleiding, overwogen: 'Het hof stelt voorop dat het omgangsrecht een fundamenteel recht is van ouder en kind. Bij het beoordelen van de vraag of een omgangsregeling moet worden vastgesteld tussen een kind en de niet-verzorgende ouder is het uitgangspunt dat een omgangsregeling in het belang van het kind dient te zijn. Het recht op omgang wordt slechts onteigend als zich een of meer van de in artikel 1:377a BW genoemde ontzeggingsgronden voordoet. (...) Het hof is van oordeel dat hetgeen de moeder heeft aangevoerd niet kan leiden tot het oordeel dat de belangen van de dochter worden geschaad bij omgang met de vader. Niet is gebleken van een zodanig gedrag van de vader tijdens of na beëindiging van de samenwoning met de moeder, dat haar weigerachtige houding met betrekking tot de omgang daaruit valt te billijken. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat er geen omstandigheden zijn welke een omgangsregeling tussen de vader en de dochter in de weg staan. Het hof acht het in het belang van de dochter dat zij een relatie met de vader kan opbouwen en dat zij de vader leert kennen. Gelet op het vorenstaande is het hof van oordeel dat op korte termijn een begeleide omgangsregeling tot stand dient te komen. Er zijn door de

moeder onvoldoende concrete bezwaren aangevoerd tegen begeleiding door het omgangshuis die zouden moeten nopen tot een andersluidende beslissing. Het hof zal partijen dan ook opnieuw verwijzen naar het omgangshuis teneinde omgang tussen de vader en de dochter op gang te brengen. Daarbij dient de moeder zich aan de werkwijze en de aanwijzingen van het omgangshuis te houden. De nadere invulling van de omgangsregeling zal door het omgangshuis worden bepaald. (...) Aan de medewerking door de moeder zal het hof een dwangsom verbinden, gelet op de houding van de moeder tot nu toe, die het hof niet aanvaardbaar acht en die maakt dat het hof er geen vertrouwen in heeft dat de moeder zonder enige prikkel tot nakoming aan de onderhavige beschikking haar medewerking zal verlenen.'

In cassatie wordt in de eerste plaats geklaagd dat een beslissing waarbij het vaststellen van de vorm, frequentie en duur van de omgang aan een instelling als het omgangshuis wordt overgelaten en de met het gezag belaste ouder wordt gedwongen daaraan mee te werken, geen wettelijke of verdragsrechtelijke basis heeft. Het onderdeel wijst er daarbij op dat het omgangshuis, dat is ontstaan uit een particulier initiatief, iedere wettelijke basis ontbeert en dat daarop geen controle wordt uitgeoefend. Het aldus inperken van het recht om gezag uit te oefenen is in strijd met artikel 8 EVRM.

Bij de beoordeling van deze klacht stelt de Hoge Raad het volgende voorop. Een kind en zijn niet met het gezag belaste ouder hebben recht op omgang met elkaar. Dit recht wordt, wat de niet met het gezag belaste ouder betreft, gewaarborgd door artikel 8 EVRM en artikel 1:377a lid 1 BW, en wat het kind aangaat niet alleen door die laatstgenoemde bepaling, maar ook door artikel 9 lid 3 IVRK en artikel 24 lid 3 Handvest van de grondrechten van de EU. De rechter kan de niet met het gezag belaste ouder het recht op omgang met het kind uitsluitend ontzeggen op de in artikel 1:377a lid 3 BW limitatief opgesomde gronden (vgl. HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91). Op de ouder die met het gezag is belast, rust de verplichting om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen (artikel 1:247 lid 3 BW). De rechter aan wie wordt verzocht op de voet van artikel 1:377a lid 1 BW een omgangsregeling vast te stellen, kan zijn beslissing zo nodig aanhouden in afwachting van (nader) onderzoek, een voorlopige omgangsregeling vaststellen, en partijen aanwijzingen geven om mee te werken aan de verdere voorbereiding van zijn beslissing op het verzoek (vgl. HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8360). Werkt de met het gezag belaste ouder niet mee aan de totstandkoming of de uitvoering van een (voorlopige) omgangsregeling, dan kan de rechter desverlangd maatregelen treffen om die ouder te bewegen tot naleving van zijn verplichtingen die corresponderen met het recht op omgang van de andere ouder en het kind met elkaar (vgl. HR 17 januari 2014). In dit verband kan de rechter onder meer van partijen verlangen dat zij zich bij de totstandkoming of de uitvoering van een (voorlopige) omgangsregeling laten begeleiden door een derde of een instelling die daartoe naar zijn

oordeel voldoende gekwalificeerd is. Een en ander strookt met het belang van het kind dat een regeling betreffende zijn omgang met de niet met het gezag belaste ouder op zorgvuldige wijze tot stand komt. Gelet op het voorgaande berust de beslissing van het hof om de moeder te verplichten medewerking te verlenen aan een voorlopige omgangsregeling waarbij vorm, frequentie en duur van de omgang aan het omgangshuis worden overgelaten, op een wettelijke grondslag en is dit oordeel niet in strijd met artikel 8 EVRM. Daarop stuit het onderdeel af. Dit laat onverlet dat het in het algemeen aanbeveling verdient dat de rechter aanwijzingen geeft over frequentie en duur van de aldus te organiseren contacten tussen het kind en de niet-verzorgende ouder. Voorts kan iedere ouder zich tot de rechter wenden indien hij of zij meent dat de nadere vormgeving van de omgangsregeling door het omgangshuis op enig punt niet aanvaardbaar is. De rechter die de nadere vormgeving van een voorlopige omgangsregeling overlaat aan een instantie als het omgangshuis, blijft immers verantwoordelijk voor de vaststelling van de omgangsregeling en behoudt dan ook de mogelijkheid deze te veranderen.

Voorts beklagt de moeder zich erover dat het hof een dwangsom heeft opgelegd, zonder dat dit door de vader was verzocht. De Hoge Raad acht deze klacht gegrond. De rechtbank heeft voorzien in een omgangsregeling, zonder oplegging van een dwangsom, hoewel dat door de vader was verzocht. In zijn verweerschrift in hoger beroep heeft de vader verzocht de beschikking waarvan beroep te bekrachtigen. Door de moeder desalniettemin te veroordelen tot betaling van een dwangsom voor het geval zij niet meewerkt, is het hof dus buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. De Hoge Raad vernietigt de beslissing van het hof.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 28-03-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:748

**Zaaknummer:** 13/03866

**Wetsartikelen:** 1:377a BW en 8 EVRM

## ANNOTATIE

# Hof van Justitie doet het VN Gehandicaptenverdrag tekort

**prof. dr. C. Forder**

Het Hof van Justitie [hierna: HvJ] oordeelt klip en klaar dat aan het VN Verdrag inzake gehandicapten geen rechtstreekse werking kan worden toegekend. Het HvJ volgt hierin het oordeel van A-G Wahl in zijn conclusie op 26 september 2013 (ECLI:NL:C:2013:604) par. 81 en 114.

Wat betekent deze uitspraak voor de Nederlandse rechtsorde en meer in het bijzonder voor het personen- en familierecht?

In de besproken zaak maakte het HvJ gebruik van zijn competentie om over prejudiciële vragen te beslissen (art. 267 VWEU). Deze competentie verzekert een uniforme toepassing van het unierecht door nationale rechterlijke instanties. In de zaak *Air Transport* overwoog het HvJ: 'Deze uniforme toepassing is in het bijzonder geboden wanneer het gaat om de geldigheid van een handeling van de Unie' (HvJ 21 december 2011, C-366/10 *Air Transport Association of America and others / Secretary of State for Energy and Climate Change*, rov. 47). Hieruit volgt dat de uitspraak vooral betekenis heeft wanneer een nationale rechter een richtlijn, of verordening, van het unierecht moet toepassen. Buiten de Brussel IIbis verordening is het unierecht niet gauw aan de orde in het personen- en familierecht.

Het is echter wel duidelijk dat het oordeel van het HvJ een zekere reflexwerking kan hebben wanneer Nederlandse rechters zich buigen over de vraag of het VN Gehandicaptenverdrag rechtstreekse werking heeft in het Nederlandse recht, ook waar geen sprake is van unierecht. Het HvJ geniet immers groot gezag. En de criteria die de Hoge Raad aanlegt om rechtstreekse toepassing van een internationale verdragsbepaling te beoordelen zijn vergelijkbaar met die door het HvJ gehanteerde criteria. De Hoge Raad gaat eerst na of uit de tekst of de geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag blijkt dat er is overeengekomen dat aan de internationale verdragsbepaling in kwestie rechtstreekse werking niet mag worden toegekend (HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688, inzake stakingsrecht). En indien de tekst of de geschiedenis geen uitsluitel bieden: 'Bij deze stand van zaken is naar Nederlands recht enkel

de inhoud van de bepaling zelf beslissend: verplicht deze tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?’ (rov. 3.2). In dat geval oordeelde de Hoge Raad dat artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest zodanig geredigeerd was dat aan de betrokkenen verdragsstaten niet een verplichting tot regelgeving was opgelegd, maar integendeel aldus dat werknemers en werkgevers zich op het door de betrokken verdragsstaten binnen zekere grenzen erkende recht in de nationale orde zonder meer kunnen beroepen.

De Hoge Raad heeft het over één verdragsbepaling, terwijl het HvJ een oordeel geeft over de rechtstreekse werking van een heel verdrag. Zie rov. 87-90 van de uitspraak van het HvJ. Dit gaat naar mijn idee te ver en is onlogisch. Het HvJ redeneert dat het VN Gehandicaptenverdrag een ‘programma’ is, ‘aangezien de daarin vastgestelde verplichtingen tot de staten zijn gericht’ (rov. 88). ‘Bijgevolg vereist de uitvoering of werking van de bepalingen van het VN-verdrag verdere handelingen van de partijen bij het verdrag’ (rov. 89). Dit overtuigt niet. Alle verdragen leggen staten en/of internationale organisaties verplichtingen op. Die verplichtingen kunnen inhouden dat staten hun wetgeving in de zin van het verdrag moeten aanpassen. In sommige gevallen roepen verdragen, als het ware over het hoofd van de aangesloten staten, rechten in het leven die de burgers van die staten kunnen uitoefenen. In dat laatste geval is het programma karakter toch ver te zoeken. Niet duidelijk is wat het HvJ EU precies bedoelt met ‘programma’, maar het is vermoedelijk te vergelijken met wat in Nederland een ‘plan’ zou worden genoemd; een bindend kader dat per definitie nog nadere uitwerking (op lager niveau) behoeft.

Het feit dat verdere handelingen ter uitvoering worden beoogd, sluit op zich niet uit dat de bepalingen mede bij de rechter ingeroepen kunnen worden. Het HvJ vervolgt: ‘In de omstandigheden zij vastgesteld, zonder dat de aard en opzet van het verdrag hoeven te worden onderzocht, dat de bepalingen van het verdrag inhoudelijk niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn in de zin van de [rechtspraak....] en dus geen directe werking in het unierecht hebben’ (rov. 90). Het komt mij als vreemd voor dat het HvJ aan het hele verdrag rechtstreekse werking ontzegt, zonder aandacht te schenken aan de aard en opzet van het verdrag. Het HvJ stelt vast dat de bepalingen geen concrete, onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige betekenis hebben. Het lijkt mij dat een dergelijke vaststelling slechts per rechtsregel, artikel en artikellid kan geschieden. Zo hebben enkele Nederlandse rechters rechtstreekse werking toegekend aan artikel 12 lid 4 en artikel 13 van het Gehandicaptenverdrag in de context van onderbewindstelling. Zie Hof Leeuwarden 13 april 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM1464 en Conclusie Mr Langemeijer onder HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1801.

Tot slot dient er niet uit het oog te worden verloren dat, zoals A-G Wahl overwoog (par. 80), bij de uitleg van regelgeving of andere instrumenten die betrekking hebben op de door het verdrag geregelde materie, het VN Gehandicaptenverdrag bepalend kan zijn.



## RECHTSPRAAK

### **Konstantinidis/Griekenland**

#### ***Termijnenoverschrijding bij vaststelling vaderschap aan banden gelegd.***

Klager is buiten huwelijk geboren op 9 januari 1981. Zijn moeder houdt de naam van klagers vader geheim. Klager wordt meerderjarig op 9 januari 1999. Pas op 10 augustus 2001 verneemt klager enkele dagen voor haar overlijden van zijn moeder dat een beroemde componist, Y.M. zijn vader is. Enkele dagen later spreekt klager Y.M. aan, waarop Y.M. stellig ontkent dat hij klagers vader is. Op 8 januari 2003 dient klager een verzoek in bij de rechtbank tot vaststelling van Y.M. als zijn vader. De rechter wijst het verzoek af, om de reden dat in de Code civil is voorgeschreven dat klager dit verzoek binnen een jaar na het bereiken van meerderjarigheid had moeten indienen. De rechter ziet geen goede reden waarom klager heeft gewacht met het indienen van een verzoek tot vaststelling van het vaderschap tot vier jaar nadat hij meerderjarig is geworden. Klager gaat in beroep, maar tevergeefs. De hogere rechter geeft aan dat de vervaltermijn het algemeen belang dient door te voorkomen dat over een lange periode onzekerheid over het bestaan van familierechtelijke betrekkingen voortduurt. Het EHRM neemt een strengere lijn dan in eerdere zaken. De mogelijkheden een vaderschapsactie in wil stellen verschillen nogal in de lidstaten. Sommige staten kennen een vervaltermijn en andere niet. In sommige landen begint de termijn vanaf de geboorte te lopen, in andere vanaf meerderjarigheid, soms vanaf de datum van een rechterlijke beschikking en soms vanaf het tijdstip waarop de zoon of dochter bekend is geworden met feiten die duiden op de mogelijkheid van het vaderschap. Slechts in enkele landen kan een vaderschapsactie worden gestart wanneer de feiten waaruit het vaderschap kan blijken pas nadat de termijn is verlopen bekend worden, en dan meestal onder de voorwaarde dat er een materiële of morele belemmering was waardoor de actie niet eerder kan worden begonnen. Uit vaste rechtspraak van het EHRM blijkt dat een vervaltermijn in principe verdragsconform is (EHRM 12 januari 2006, zaaknr. 26111/02 (*Mizzi/Malta*) en EHRM 28 november 1984, zaaknr. 8777/79 (*Rasmussen/Denemarken*)). In elke zaak dient er een evenwicht te worden gezocht tussen enerzijds het belang van de zoon/dochter om te weten van wie hij of zij afstamt en anderzijds het belang van de beweerde vader die een eigen gezin heeft en het algemeen belang bij rechtszekerheid. In het onderhavig geval is de termijn niet onredelijk, oordeelt het EHRM. De

termijn loopt niet indien de betrokkene door overmacht niet in staat is om een actie te beginnen, of indien er sprake is van dwaling. Klager beroept zich niet op het feit dat hij langere tijd niet over de relevante feiten beschikt, maar op de bedriegelijke houding ('comportement trompeur ou dolosief') van Y.M. Het EHRM is het daar niet mee eens. De situatie is anders dan in EHRM 20 december 2007, zaaknr. 23890/02 (*Phinikaridou/Cyprus*) alsmede EHRM 12 juli 2011, zaaknr. 17038/04 (*Gronmark/Finland*), waar er objectieve belemmeringen waren voor het instellen van een procedure. In de onderhavige zaak oordeelt het EHRM dat klager niet oplettend genoeg is geweest. Waarom had hij niet direct nadat hij op de hoogte van de feiten was gebracht door zijn moeder een procedure aangespannen? Het vitaal belang dat een persoon zoals klager heeft bij zijn afstammingsgegevens vrijwaart betrokkene niet van de verplichting tot naleving van de wettelijke termijn die dient om tegenovergestelde belangen te beschermen. Artikel 8 EVRM is derhalve niet geschonden.

---

**Instantie:** Europees Hof voor de Rechten van de Mens

**Datum uitspraak:** 03-04-2014

**Zaaknummer:** 58809/09