

Nieuwsbrief PFR Updates - Nummer 49, 2015

Nummer 49, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3606](#) 18-12-2015

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3635](#) 18-12-2015

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3551](#) 16-12-2015

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:5224](#) 15-12-2015

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3564](#) 09-12-2015

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:5205](#) 08-12-2015

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2015:3555](#) 02-12-2015

RECHTSPRAAK

Moeder vraag in hoger beroep onder andere beëindiging gezamenlijk gezag met de vader. Verder vindt zij dat de stiefvader die de minderjarige vanaf de geboorte mee heeft verzorgd en opgevoed belanghebbende is in deze procedure. Hof beschouwt stiefvader als belanghebbende, gelet op het per 1 januari 2015 gewijzigde artikel 798 Rv.

De moeder verzoekt in hoger beroep het gezamenlijk gezag met de vader te beëindigen en haar alleen met het gezag te belasten. Verder vindt zij dat de door de rechtbank vastgestelde omgangsregeling beperkt moet worden en dat de minderjarige opgeroepen moet worden om te worden gehoord, althans dat een bijzondere curator ten behoeve van de minderjarige moet worden benoemd. Verder is bij de rechtbank de stiefvader als informant/belanghebbende aangemerkt. De moeder vindt dat de stiefvader belanghebbende is en dat ook in dit opzicht de beschikking vernietigd moet worden. De vader stelt daartegenover dat de stiefvader reeds bij het onderzoek door de raad als informant is aangemerkt en behandeld en er dus geen aanleiding meer is om hem afzonderlijk als informant dan wel als belanghebbende aan te merken. De rechtbank heeft bovendien artikel 798 Rv correct toegepast en geen rekening kunnen houden met de wetswijziging per 1 januari 2015 (de beschikking van de rechtbank is van 27 januari 2015).

Het hof oordeelt dat de stiefvader die de minderjarige sinds diens geboorte als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt als belanghebbende moet worden aangemerkt. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat artikel 798 Rv, zoals dat sinds 1 januari 2015 luidt, onmiddellijke werking heeft. Daarom heeft de moeder dan ook geen belang meer bij haar verzoek te dien aanzien.

Het hof wijst de verzoeken van de moeder ook overigens af. Meer in het bijzonder wijst het hof het horen dan wel de benoeming van een bijzondere curator af, omdat de mening van de minderjarige voldoende uit het aan het hof voorliggende dossier blijkt.

Opmerking: Sinds 1 januari 2015 luidt de tweede zin van artikel 798 lid 1 Rv: 'Degene die niet de

ouder is en de minderjarige op wie de zaak betrekking heeft gedurende ten minste een jaar als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt, wordt aangemerkt als belanghebbende.'

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 16-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3551

Zaaknummer: 200.167.823/01

RECHTSPRAAK

Gebruiksvergoeding echtelijke woning. Verhouding tussen artikel 3:169 en 1:165 BW. Strijd met de redelijkheid en billijkheid dat de vrouw een gebruiksvergoeding verschuldigd is over de periode voorafgaande aan de inleidende dagvaarding.

De man heeft in eerste aanleg veroordeling van de vrouw gevorderd tot betaling aan hem van een bedrag van € 8.000 per jaar als vergoeding voor het gebruik van de voormalige echtelijke woning vanaf de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking tot aan de dag der verdeling. De rechtbank heeft deze vordering in hoofdzaak toegewezen voor het geval dat de woning niet op 11 februari 2015 zal zijn verkocht. De hoogte van de vergoeding heeft de rechtbank bepaald op 4% van de helft van de overwaarde, berekend op basis van de gerealiseerde verkoopopbrengst van de woning. De vrouw zal het gehele bedrag voldoen, nadat de woning is overgedragen.

De vrouw is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Zij stelt allereerst dat de man voor de eerste zes maanden na de ontbinding van het huwelijk in het kader van de echtscheiding geen gebruiksvergoeding op grond van artikel 1:165 BW heeft verzocht en die niet nu alsnog kan verzoeken op grond van artikel 3:169 BW. Het hof oordeelt als volgt. Partijen zijn gezamenlijk eigenaar van de woning. Op deze gemeenschap is artikel 3:169 BW van toepassing. Artikel 3:169 BW biedt een regeling voor schadeloosstelling voor gedeeld gebruik en genot vanaf het moment van derving daarvan en niet, zoals de vrouw meent, voor gedeeld gebruik en genot na het verstrijken van de periode van zes maanden na inschrijving van de echtscheidingsbeschikking als bedoeld in artikel 1:165 BW. De beperkte uitleg van artikel 3:169 BW die de vrouw voorstaat, vindt steun in de tekst van het wetsartikel noch in de strekking daarvan. Evenmin brengt artikel 1:165 BW mee dat de man voor de periode van zes maanden na inschrijving niet de gebruiksvergoeding van artikel 3:169 BW zou kunnen vorderen. De enkele omstandigheid, waarop de vrouw zich nog beroept, dat de man in de echtscheidingsprocedure niet heeft verzocht om de redelijke vergoeding van artikel 1:165 BW doet aan het voorgaande niet af.

De vrouw heeft onder andere ook aangevoerd dat de gebruiksvergoeding niet met

terugwerkende kracht verschuldigd is tot aan de ontbinding van het huwelijk, maar vanaf de dag van de dagvaarding of enig later moment. Het hof overweegt hierover dat de inspanningen van partijen in de periode na het einde van het huwelijk en voor de aanvang van de onderhavige procedure erop gericht zijn geweest uit de onverdeeldheid van de woning te geraken door verkoop van de woning. Toedeling aan een van de partijen bleek niet mogelijk. Partijen hebben onder andere stapsgewijs de vraagprijs van de woning verlaagd. In deze periode heeft de man ‘niets gedaan’ ter zake van de gebruiksvergoeding. Partijen hebben volgens de eigen stelling van de man ook nimmer gesproken over een gebruiksvergoeding en de kwestie van de gebruiksvergoeding is ook niet aan de orde gesteld in de procedure tot wijziging van de alimentatie. De man maakt nu aanspraak op de gebruiksvergoeding omdat de verkoop van de woning hem te lang duurt. In het licht van al deze omstandigheden achter het hof het – met de vrouw – in strijd met de redelijkheid en billijkheid die ook de rechtsbetrekkingen tussen de deelgenoten beheerst, dat de vrouw een gebruiksvergoeding verschuldigd is over de periode voorafgaand aan de inleidende dagvaarding. De vrouw hoefde er geen rekening mee te houden dat de man over die periode een gebruiksvergoeding zou vorderen. De vrouw heeft thans ook niet meer de mogelijkheden die zij toen had om een gebruiksvergoeding over die periode te beperken.

Ten slotte ziet het hof geen reden om af te wijken van het percentage van 4%, waarvan de rechtbank is uitgegaan.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 15-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:5224

Zaaknummer: HD 200 152 001_02

RECHTSPRAAK

De man is in hoger beroep gegaan van een beschikking van de rechtbank van juli 2015 waarbij zijn verzoek is afgewezen om de eerdere beschikking van 28 mei 2009 zo te wijzigen dat de kinderalimentatie vanaf die datum op nihil wordt gesteld. Hij heeft tevens schorsing van de beschikking van 28 mei 2009 verzocht. Het hof wijst het verzoek tot schorsing af, omdat schorsing niet meer mogelijk is, en veroordeelt de man in de kosten van het incident.

Het hof begrijpt het verzoek van de man aldus dat hij verzoekt de werking van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de beschikking van 28 mei 2009 te schorsen op grond van artikel 360 lid 2 Rv. Op grond van deze bepaling kan de hogere rechter de schorsing van de werking van een beschikking bevelen, indien die beschikking uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.

Het hof overweegt dat weliswaar de beschikking van 28 mei 2009 uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, maar nu het door de man binnen de daarvoor gestelde termijn ingestelde hoger beroep tegen die uitspraak in 2010 is afgewezen, is die beschikking in kracht van gewijsde gegaan. Schorsing van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van die beschikking is derhalve niet meer mogelijk. Het verzoek van de man wordt afgewezen.

Voor het geval de man heeft bedoeld een voorlopige voorziening te verzoeken voor de duur van het geding als bedoeld in artikel 223 Rv, overweegt het hof dat de man zijn belang bij dat verzoek onvoldoende heeft gemotiveerd. Niet is komen vast te staan dat sprake is van een situatie dat van de man niet gevergd kan worden dat hij de eindbeslissing in de hoofdzaak afwacht.

In familiezaken worden in het algemeen de kosten gecompenseerd, maar er kunnen zich gevallen voordoen waarbij het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is om de proceskosten te compenseren. Er dient dan sprake te zijn van het nodeloos in rechte betrekken van de wederpartij. Het hof is van oordeel dat hiervan in dit geval sprake is. Het hof zal dan ook, overeenkomstig het verzoek van verweerders (de moeder en de dochter), de man

veroordelen in de proceskosten van de verweerders.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 09-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3564

Zaaknummer: 200.176.033/01

RECHTSPRAAK

Heeft de man gedwaald over de waarde van de woning, zoals opgenomen in het echtscheidingsconvenant? Benadeling voor meer dan een kwart? Het hof vindt van niet. Aansluiting is gezocht bij de WOZ-waarde van de woning. Die wijkt niet erg af van een taxatierapport dat de man heeft laten opstellen en ook niet erg af van een verkoop van een soortgelijke woning in dezelfde straat in hetzelfde jaar. Man wordt veroordeeld tot medewerking aan overdracht van de woning aan hem op straffe van een dwangsom.

In het echtscheidingsconvenant is opgenomen dat de woning en de daarbij behorende hypothecaire geldleningen aan de man zullen worden toebedeeld. De vrouw zal meewerken aan notariële toedeling van de woning binnen twee maanden na inschrijving van de echtscheidingsbeschikking. De man zal wegens overbedeling aan de vrouw vergoeden een bedrag van € 34.000. De getaxeerde waarde op basis van WOZ werd gesteld op € 305.000, het saldo van de hypotheek op € 237.000.

De man heeft bij de rechtbank gesteld dat hij ten tijde van het sluiten van het convenant ten onrechte in de veronderstelling verkeerde dat de door partijen aangehouden WOZ-waarde van de woning aansloot bij de marktwaarde van de woning. Nu de man naderhand is gebleken dat de twee genoemde waarden aanzienlijk uiteenliepen, meent de man dat hij voor meer dan een vierde is benadeeld, althans dat de vrouw onder de door de man geschetste omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding van het echtscheidingsconvenant mag verwachten. De man heeft verzocht het convenant op dit punt te vernietigen en opnieuw de verdeling van de woning te gelasten naar de waarde per datum feitelijke verdeling. De rechtbank heeft niet uitgesloten geacht dat de man heeft gedwaald.

De vrouw komt hiervan in hoger beroep. Het hof oordeelt dat de vrouw gelijk heeft. De man heeft in eerste aanleg bij nadere conclusie een taxatierapport overgelegd waarin de voormalige echtelijke woning was getaxeerd op een marktwaarde van € 311.500 tegen peildatum begin 2011. Het betreffende rapport is op verzoek van de man opgemaakt naar aanleiding van een

opname en inspectie van begin 2011. Vervolgens hebben partijen in dezelfde periode overleg gehad met een mediator over de gevolgen van de scheiding. Dat overleg is uitgemond in het echtscheidingsconvenant met op dit punt de inhoud als weergegeven.

Het hof concludeert dat ten tijde van het sluiten van het echtscheidingsconvenant de man moet hebben beschikt over een taxatierapport waaruit bleek dat de marktwaarde van de woning hoger lag dan de WOZ-waarde. Daarmee is het rechtsvermoeden van artikel 3:196 lid 2 BW ontzenuwd en tevens beschikte de man daarmee over voldoende informatie om in beginsel een juiste voorstelling van zaken te hebben. Van verschoonbare dwaling in de zin van artikel 196 lid 2 BW is hoe dan ook geen sprake. Een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid kan voorts niet tot het door de man voorgestane rechtsgevolg leiden en behoeft dan ook geen bespreking.

Het hof veroordeelt de man op vordering van de vrouw tot medewerking aan de notariële levering van de woning op straffe van een dwangsom.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 08-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:5205

Zaaknummer: 200.154.054/01

RECHTSPRAAK

Rechter heeft geweigerd toestemming te geven tot verhuizing. Moeder gaat van die weigering aanvankelijk in hoger beroep, maar trekt dat hoger beroep in, nadat zij met het kind naar onbekende bestemming is vertrokken. De vader heeft zich verweerd in hoger beroep. Bij aanvullend verweerschrift vermeerdert de vader zijn in eerste aanleg gedane verzoeken. Hof slaat acht op deze grieven.

De moeder is in hoger beroep gekomen van de weigering van de rechtbank om vervangende toestemming tot verhuizing te geven. De rechtbank had de moeder voorts opgedragen ervoor zorg te dragen dat de minderjarige binnen veertien dagen na de beschikking van de rechtbank zal terugverhuizen, al dan niet samen met de moeder, dan wel binnen een straal van twintig kilometer vanaf de woonplaats van de vader. Indien de moeder daaraan niet zou voldoen, zou de hoofdverblijfplaats bij de vader zijn. De moeder heeft de minderjarige vervolgens bij familie gebracht. Vanaf die tijd heeft de minderjarige onafgebroken bij de vader en zijn ouders gewoond. Daar verbleef zij altijd al een paar dagen in de week. In het kader van de ondertoezichtstelling heeft de GI zich ingezet voor begeleide en nadien onbegeleide omgang met de moeder. Het eerste weekend van onbegeleide omgang is de moeder met haar dochter vertrokken naar een onbekend adres.

De moeder heeft haar hoger beroep ingetrokken, nadat de vader al verweer had gevoerd. Bij aanvullend verweerschrift heeft de vader incidenteel appèl ingesteld en verzocht om het eenhoofdig gezag ten behoeve van de vader en om de hoofdverblijfplaats bij de vader te bepalen.

Het hof overweegt hierover als volgt. Gelet op artikel 361 Rv in verbinding met artikel 339 Rv is het hof van oordeel dat de omstandigheid dat de vader pas bij zijn aanvullend verweerschrift incidenteel appèl heeft ingesteld er niet aan in de weg staat dat het hof op deze grieven acht slaat. Het hof heeft hierbij mede in aanmerking genomen dat de situatie na het indienen van het verweerschrift is gewijzigd doordat de moeder de minderjarige op 8 november 2015 niet naar de vader heeft teruggebracht en sindsdien niet bekend is waar de minderjarige verblijft. Het in het aanvullende verweerschrift gedane verzoek tot toewijzing van het

eenhoofdig gezag over de minderjarige aan de vader betreft echter een zelfstandig verzoek dat niet in eerste aanleg is voorgelegd. Een zelfstandig verzoek kan krachtens artikel 362 Rv niet voor het eerst in hoger beroep worden gedaan. Dit zou de processuele belangen van de moeder schaden en haar een feitelijke instantie ontnemen. De vader is dan ook niet-ontvankelijk in dit verzoek.

Vervolgens bepaalt het hof de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij de vader, omdat de minderjarige thans verstoken is van het contact met de vader, haar grootouders vaderzijde, bij wie zij een aantal dagen in de week verbleef, haar school, hulpverlening en dagelijkse activiteiten. Gezien de ernst van de situatie doet het hof ter zitting uitspraak.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 02-12-2015

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2015:3555

Zaaknummer: 200.173.795/01

RECHTSPRAAK

Hoge Raad: bij echtscheidingsconvenant waarin partijen op specifieke punten bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, gelden de strenge maatstaven als bedoeld in HR 23 oktober 1987 (ECLI:NL:HR:1987:AD0015, NJ 1988/438) alleen voor die specifieke punten en niet voor de overeenkomst in zijn geheel.

Partijen zijn gewezen echtgenoten. Zij hebben, vooruitlopend op een nog op te stellen convenant, afspraken gemaakt die zij hebben vastgelegd in een stuk genaamd 'Basis afspraken scheiding'. Vervolgens hebben partijen een convenant opgesteld dat deel uitmaakt van de echtscheidingsbeschikking. Hierin zijn zij het volgende overeengekomen:

De man zal een bedrag van € 3.000 (bruto) per maand overmaken aan de vrouw bij wijze van partneralimentatie. Partijen hebben de intentie dat het alimentatiebedrag van € 3.000 (bruto) in de praktijk moet neerkomen op een maandelijks bedrag van € 2.000 (netto). Bij de vaststelling van de hoogte van de alimentatie voor de vrouw is ervan uitgegaan dat de vrouw thans nauwelijks inkomsten heeft. Haar inkomsten strekken niet in mindering op de partneralimentatie.

In dit geding heeft de man verzocht de partneralimentatie op nihil te stellen. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen. De vrouw heeft principaal hoger beroep ingesteld. Zij heeft in haar beroepschrift verzocht te bepalen dat de man een partneralimentatie van € 3.000 per maand zal voldoen. De man heeft het verzoek van de vrouw bestreden en heeft incidenteel beroep ingesteld. Het hof heeft de vrouw niet-ontvankelijk verklaard in haar (tegen)verzoek en de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Het overwoog daartoe dat de man aan zijn verzoek ten grondslag heeft gelegd dat sprake is van een wijziging van omstandigheden inhoudende dat de behoefte van de vrouw is afgenomen en dat de man onvoldoende draagkracht heeft om de partneralimentatie te voldoen. De man voerde verder aan dat het convenant is aangegaan met grove miskennen van de wettelijke maatstaven, omdat achteraf bleek dat hij de alimentatie niet fiscaal kon aftrekken. De vrouw voerde hiertegenover aan dat

partijen bij het maken van het convenant bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven en bepleit analoge toepassing van artikel 1:159 lid 3 BW, overeenkomstig de uitspraken van de Hoge Raad van 23 oktober 1987 en 12 september 2003 (ECLI:NL:HR:2003:AF9468). Het hof stelt vervolgens het volgende voorop. Artikel 1:401 lid 1 BW bepaalt dat een overeenkomst betreffende levensonderhoud bij rechterlijke uitspraak kan worden gewijzigd of ingetrokken wanneer zij nadien door wijziging van omstandigheden ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen. Artikel 1:159 lid 1 BW biedt partijen de mogelijkheid schriftelijk te bedingen dat een dergelijke overeenkomst niet bij rechterlijke uitspraak zal kunnen worden gewijzigd op grond van een wijziging van omstandigheden, maar bepaalt in lid 3 dat de rechter ondanks een dergelijk beding op verzoek van een van partijen de overeenkomst kan wijzigen op grond van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden dat de verzoeker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het beding van niet-wijziging mag worden gehouden.

In dit geval hebben partijen geen niet-wijzigingsbeding gemaakt. Dat betekent dat artikel 1:401 lid 1 BW toepassing moet vinden. Onder verwijzing naar de door de vrouw genoemde uitspraken van de Hoge Raad is het hof van oordeel dat artikel 1:401 lid 1 BW zo moet worden toegepast dat, indien komt vast te staan dat partijen bij het maken van het convenant bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, wijziging daarvan slechts mogelijk is, indien na het tot stand komen van het convenant een wijziging van omstandigheden is ingetreden die meebrengt dat de vrouw, in het licht van alle dan bestaande omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Gezien de aan echtgenoten toekomende vrijheid de financiële gevolgen van hun echtscheiding zelf te regelen, zal het hof zowel bij zijn oordeel of aan deze voorwaarde is voldaan als bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot wijziging van de omtrent het levensonderhoud getroffen regeling, terughoudendheid moeten betrachten. Dit brengt mee dat het hof bij een wijziging van de alimentatie zo veel mogelijk aansluiting moet zoeken bij wat partijen bij hun overeenkomst voor ogen stond, waarbij hij mede zal dienen te letten op het verband dat kan zijn beoogd tussen de regeling betreffende het levensonderhoud en door partijen getroffen regelingen van andere aard.

Op grond van de stukken is het hof vervolgens van oordeel dat partijen bij het maken van het convenant bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven. Uit de stukken blijkt allereerst dat partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen dat de verdien capaciteit van de vrouw geen rol speelt. In de Basis afspraken scheiding zijn partijen overeengekomen dat eventuele inkomsten van de vrouw uit zang of les verder buiten beschouwing blijven. In het convenant is voorts bepaald dat de inkomsten van de vrouw niet in mindering strekken op de partneralimentatie. Het hof volgt de vrouw dan ook in haar uitleg van deze bepaling, die

inhoudt dat daarin niet enkel is geconstateerd dat met de inkomsten van de vrouw ten tijde van het maken van het convenant geen rekening wordt gehouden, maar dat ook de inkomsten die de vrouw in de toekomst zal verwerven, geen rol zullen spelen bij de partneralimentatie. Verder heeft te gelden dat de behoefte van de vrouw in beide stukken is vastgesteld op € 2.000 (netto) en dat niet is gebleken dat de hoogte van de behoefte van de vrouw mede is gerelateerd aan de welstand van partijen tijdens het huwelijk, waarbij het hof nog opmerkt dat de man in de laatste jaren van het huwelijk een salaris genoot van ruim € 10.000 bruto per maand. Evenmin is gebleken dat de behoefte van de vrouw daarnaast zo veel mogelijk aan de hand van concrete gegevens betreffende de reële of de met een zekere mate van waarschijnlijkheid te verwachten kosten van haar levensonderhoud is bepaald. Uit zowel de Basis afspraken scheiding als het convenant blijkt voorts dat de bonussen die de man ontvangt en de aflossing op schulden geen rol spelen bij het bepalen van de draagkracht van de man. Naar het oordeel van het hof hebben partijen daarnaast de mogelijkheid van fiscale aftrek van de door de man te betalen partneralimentatie buiten beschouwing gelaten en heeft de man willens en wetens de mogelijkheid aanvaard dat fiscale aftrek niet mogelijk is. Het hof baseert dit oordeel met de rechtbank mede op de aan beide partijen gerichte mail van mr. Winthagen. Mr. Winthagen, die partijen destijds heeft begeleid in verband met de totstandkoming van het convenant, heeft hen in deze mail immers het volgende geschreven, voor zover van belang: 'Ik ontving jullie e-mail berichten in goede orde. Ik begrijp hieruit jullie uitdrukkelijke wens geen bespreking te willen en niet, voorafgaand aan het tekenen van het convenant, fiscaal advies te willen inwinnen. (...) Het is jullie persoonlijke keuze om vooraf geen advies in te winnen en jullie zijn derhalve verantwoordelijk voor deze keuze en alle gevolgen daarvan.' De man voert een aantal na het maken van het echtscheidingsconvenant opgetreden wijzigingen van omstandigheden aan, zoals het aangaan van een nieuwe relatie, de geboorte van twee kinderen uit die relatie en de verandering van werkkring. De man stelt evenwel niet, zoals van hem in dit geval mocht worden verlangd, dat na het tot stand komen van het echtscheidingsconvenant een wijziging van omstandigheden is ingetreden die meebrengt dat de vrouw, in het licht van alle dan bestaande omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Gelet hierop kan het hof niet tot wijziging van de in het convenant overeengekomen partneralimentatie overgaan en wijst het hof het verzoek van de man af.

In cassatie wordt geklaagd dat de omstandigheid dat partijen op specifieke punten bewust van de wettelijke maatstaven zijn afgeweken, niet meebrengt dat zij datzelfde ook ten aanzien van alle andere daarvoor relevante posten, feiten of omstandigheden hebben gedaan. Dit betekent, aldus de klacht, dat ten aanzien van die posten, feiten en omstandigheden artikel 1:401 lid 1 BW onverkort van toepassing is en wijziging van het convenant niet slechts mogelijk is onder de door het hof genoemde voorwaarde.

De Hoge Raad verwijst naar zijn uitspraak van 23 oktober 1987, waarin als volgt werd geoordeeld:

‘Het systeem van artikel 159 leden 1 en 2 in verbinding met artikel 401 lid 1 moet aldus worden begrepen dat, indien een beding als bedoeld in artikel 159 lid 1 niet is gemaakt (of een zodanig beding ingevolge lid 2 van dat artikel is vervallen), artikel 401 lid 1 toepasselijk is, in dier voege dat in een geval waarin partijen bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, de rechter slechts tot een wijziging van de overeenkomst betreffende levensonderhoud zal mogen overgaan, indien de verzoeker stelt en de rechter aannemelijk oordeelt dat na het tot stand komen van de overeenkomst een wijziging van omstandigheden is ingetreden die meebrengt dat de wederpartij, in het licht van alle dan bestaande omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Gezien de aan echtgenoten toekomende vrijheid de financiële gevolgen van hun echtscheiding zelf te regelen, zal de rechter zowel bij zijn oordeel of aan deze voorwaarde is voldaan als, zo dit het geval is, bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot wijziging van de omtrent het levensonderhoud getroffen regeling, terughoudendheid moeten betrachten. Dit brengt mee dat hij bij een eventuele wijziging van de uitkering tot levensonderhoud zoveel mogelijk aansluiting moet zoeken bij wat partijen bij hun overeenkomst voor ogen stond, waarbij hij mede zal dienen te letten op het verband dat kan zijn beoogd tussen de regeling betreffende het levensonderhoud en eventuele door partijen getroffen regelingen van andere aard.’

Indien moet worden aangenomen dat partijen op specifieke punten die relevant zijn voor de bepaling van de hoogte van de partneralimentatie, bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven en een van partijen doet nadien een verzoek tot wijziging van de desbetreffende overeenkomst, rijst de vraag of de rechter de in de uitspraak van 23 oktober 1987 bedoelde terughoudendheid uitsluitend moet betrachten ten aanzien van die specifieke punten, dan wel ten aanzien van de overeenkomst in haar geheel. Deze vraag is nimmer door de Hoge Raad beantwoord.

Ten gunste van een antwoord op deze vraag in laatstbedoelde zin kan worden aangevoerd dat een overeenkomst die inhoudt dat partijen op specifieke punten afwijken van de wettelijke maatstaven, steeds en onvermijdelijk doorwerkt in de hoogte van het verschuldigde levensonderhoud.

Ten gunste van een antwoord op deze vraag in eerstbedoelde zin kan ten eerste worden aangevoerd dat de enkele omstandigheid dat partijen op specifieke punten bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, niet rechtvaardigt om aan te nemen dat zij ook ten aanzien van de overige posten, feiten of omstandigheden die voor het bepalen van de hoogte

van de partneralimentatie van belang zijn, bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven. Ten tweede leidt toepassing van de wettelijke maatstaven in beginsel tot een redelijk evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van beide partijen. Dit pleit ervoor de inbreuk op dit evenwicht en de gevolgen daarvan, zich niet verder te doen uitstrekken dan partijen zijn overeengekomen. Tot slot heeft de uitspraak van 23 oktober 1987 ten gevolge dat het wettelijk uitgangspunt van artikel 1:401 lid 1 BW in geval van een bewuste afwijking van de wettelijke maatstaven, niet langer onverkort geldt. Maar met de rechterlijke bevoegdheid tot wijziging van overeengekomen alimentatie wordt het wezenlijke belang gediend dat een wijziging in draagkracht of behoefte van een van de betrokken partijen, kan worden verdisconteerd in de (alsdan door de rechter nader te bepalen) hoogte van de alimentatie. De door partijen overeengekomen inbreuk op deze bevoegdheid moet daarom niet ruimer worden uitgelegd dan de desbetreffende overeenkomst noodzakelijk meebrengt. Ook daarin is een argument gelegen om de gevolgen van een bewuste afwijking van de wettelijke maatstaven ten aanzien van specifieke punten, zich niet verder te doen uitstrekken dan ten aanzien van die punten zelf.

Bij afweging van de hiervoor genoemde argumenten is de Hoge Raad van oordeel dat aan de laatste een groter gewicht toekomt dan aan het eerste. Hierbij verdient opmerking dat partijen – als zij wensen dat hun afwijking van de wettelijke maatstaven een verdere strekking krijgt dan het desbetreffende specifieke punt zelf – het in artikel 1:159 BW bedoelde beding kunnen overeenkomen. Gelet hierop vernietigt de Hoge Raad de uitspraak van het hof omdat het hof weliswaar een aantal punten heeft vermeld waarop partijen bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, maar het hof heeft vervolgens niet vastgesteld dat dit ook het geval is ten aanzien van de genoemde gewijzigde omstandigheden waarop de man zich heeft beroepen.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3635

Zaaknummer: 15/00432

Wetsartikelen: 1:401 BW en 1:159 BW

RECHTSPRAAK

Hoge Raad acht onbegrijpelijk hoe het hof tot het oordeel is gekomen dat het aangaan van het overbruggingskrediet behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf plachten te worden verricht (artikel 1:88 lid 5 BW). Het overbruggingskrediet strekte ertoe de onderneming in staat te stellen op zeer korte termijn extern kapitaal aan te trekken, terwijl zonder dit externe kapitaal de beëindiging van de kredietrelatie en het faillissement van de onderneming aanstaande waren. De omstandigheid dat het overeengekomen overbruggingskrediet mede ertoe strekte de onderneming in staat te stellen haar normale bedrijfsuitoefening nog gedurende die te overbruggen periode voort te zetten, ontnemt aan deze rechtshandeling niet haar uitzonderlijke – met de acuut dreigende discontinuïteit van de onderneming samenhangende – karakter.

De man is enig bestuurder en enig aandeelhouder van BV A. BV A was statutair bestuurder van NV B en eigenaar van 51,4% van de aandelen. NV B was enig aandeelhouder en bestuurder van BV B. NV B en BV B (samen: de onderneming) hadden sinds 1994 een zakelijke relatie met ING. ING had de onderneming een kredietfaciliteit verleend, bestaande uit een stamkrediet en een seizoensfaciliteit op grond waarvan de onderneming kon beschikken over extra krediet in tijden waarin voorraad moest worden aangekocht.

In 2010 maakte de onderneming al enige jaren verlies en vervolgens verslechterde de financiële situatie van de onderneming. In februari 2010 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen ING en de onderneming en is het krediet uitgebreid. Nadien kwam ING te staan voor de vraag of zij de kredietverlening in de bestaande vorm zou continueren. In april 2011 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen de man en ING. In verband met het feit dat zich een serieuze partij had gemeld die wilde participeren in de onderneming, heeft ING aangeboden om de financiering onder voorwaarden voort te zetten. De man diende door een investering

uit privévermogen het financieringstekort van de onderneming met een bedrag van € 270.000 aan te vullen en omdat de man dat geld niet direct kon vrijmaken, zou ING een overbruggingskrediet ter grootte van het door de man te investeren bedrag verstrekken. ING zou de seizoensfaciliteit vrijgeven onder de voorwaarde dat de man zich als (middellijk) bestuurder en aandeelhouder persoonlijk borg zou stellen voor de verplichtingen van de onderneming jegens ING tot een maximumbedrag van € 270.000. Tot zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen uit de borgtochtovereenkomst zou de man een deposito bij de ING voor een bedrag van € 270.000 in pand geven. Het overbruggingskrediet en de seizoensfaciliteit zijn vastgelegd in een kredietovereenkomst van 20 mei 2011 tussen de onderneming en ING. De man heeft op dezelfde datum een borgtochtovereenkomst getekend, waarin hij zich borg stelt tot een bedrag van ten hoogste € 270.000, tot zekerheid voor de voldoening van alles wat de onderneming aan ING schuldig is of zal worden. Deze overeenkomst is niet medeondertekend door de echtgenote van de man. Over de ondertekening door de echtgenote en de zekerheidsverstrekking ter zake van de verplichtingen uit borgtocht hebben de man en ING gecorrespondeerd. Dit heeft niet geleid tot medeondertekening door de echtgenote. Evenmin heeft de man zekerheid verstrekt.

In juni 2011 werd duidelijk dat de serieuze partij niet in de onderneming zou participeren. Vervolgens heeft ING de kredietovereenkomsten met de onderneming met onmiddellijke ingang opgezegd en haar openstaande vorderingen opgeëist. Daarna is de onderneming in juli 2011 in staat van faillissement verklaard. ING heeft de man aangesproken op zijn verplichtingen uit de borgtochtovereenkomst en hem gesommeerd tot betaling van € 270.000. De echtgenote heeft in december 2011 bij brief een vernietigingsverklaring uitgebracht ter zake van de borgtochtovereenkomst.

In dit geding heeft ING gevorderd de man te veroordelen tot betaling van € 270.000. Daartoe heeft zij zich beroepen op de borgtochtovereenkomst. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen, onder verwerping van het verweer van de man dat de borgtochtovereenkomst als gevolg van de vernietiging daarvan door zijn echtgenote is komen te vervallen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het de grieven besproken die zich richten tegen het oordeel dat de man de borgtochtovereenkomst is aangegaan als bestuurder van de onderneming en ten behoeve van de normale uitoefening daarvan, dus onder de toepasselijkheid van de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW. In dat verband overwoog het hof dat de toestemming van de echtgenoot niet is vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt, *zelf* behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht (HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5526). Dit impliceert dat de vraag moet worden beantwoord of het aangaan van de kredietovereenkomst tot de normale bedrijfsuitoefening

van de onderneming behoorde. Naar het oordeel van het hof is dat het geval geweest. De onderneming stond in een kredietrelatie met ING, waarin ING steeds beoordeelde of er reden was om de kredietrelatie te herzien. De kredietovereenkomst stond in overwegende mate in het teken van een nieuwe seizoensfaciliteit en zag daarmee op een kernactiviteit van de onderneming. Voor zover de overeenkomst strekte tot verlening van het overbruggingskrediet, had zij ten doel de man in staat te stellen privévermogen in de onderneming te investeren. Voorts acht het hof van belang dat de kredietovereenkomst werd aangegaan met het oog op de continuïteit van de onderneming en dat die continuïteit, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, ook de insteek was van de man zelf toen hij zich borg stelde. Aan dit alles kunnen niet afdoen de omstandigheden die de man hiertegenover stelt, te weten dat de kredietovereenkomst striktere voorwaarden bevatte dan de voorwaarden waaronder ING in het verleden krediet had verstrekt respectievelijk de seizoensfaciliteit beschikbaar had gesteld, of dat de kredietovereenkomst gepaard ging met een verhoogd of bijzonder risico doordat zij werd aangegaan tegen de achtergrond van een benarde financiële situatie van de onderneming, waarin participatie van een derde essentieel werd gevonden. Deze omstandigheden acht het hof niet zo uitzonderlijk dat zij aan de kredietovereenkomst het karakter hebben ontnomen van een rechtshandeling die in de normale uitoefening van het bedrijf werd verricht.

In cassatie wordt geklaagd over het oordeel van het hof omtrent artikel 1:88 lid 5 BW.

De Hoge Raad overweegt als volgt. In HR 14 april 2000 is overwogen dat uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 1:88 lid 5 BW naar voren komt dat de wetgever in het kader van de in artikel 1:88 BW geregelde materie het beginsel van de gezinsbescherming belangrijk achtte en dat hij daarop weliswaar een uitzondering heeft gemaakt door lid 5 toe te voegen, doch daarbij met de woorden ‘mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap’ een wezenlijke beperking heeft beoogd. Blijkens dit arrest is de toestemming van de andere echtgenoot alleen dan niet vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in artikel 1:88 lid 1 sub c BW bedoelde zekerheid wordt verstrekt, *zelf* behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht. De man doet een beroep op een aantal door hem aangevoerde – door het hof niet onjuist bevonden – stellingen. Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor is overwogen en in het licht van deze stellingen, is zonder nadere motivering onbegrijpelijk hoe het hof tot het oordeel is gekomen dat het aangaan van het overbruggingskrediet behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf plachten te worden verricht. Deze stellingen komen immers erop neer dat – anders dan de bestaande kredietverlening – het overbruggingskrediet ertoe strekte de onderneming in staat te stellen op zeer korte termijn extern kapitaal aan te trekken, terwijl zonder dit externe kapitaal de beëindiging van de

kredietrelatie en het faillissement van de onderneming aanstaande waren. De omstandigheid dat het overeengekomen overbruggingskrediet mede ertoe strekte de onderneming in staat te stellen haar normale bedrijfsuitoefening nog gedurende die te overbruggen periode voort te zetten, ontnemt aan deze rechtshandeling niet haar uitzonderlijke – met de acuut dreigende discontinuïteit van de onderneming samenhangende – karakter. De motiveringsklacht slaagt en de Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3606

Zaaknummer: 14/03958

Rechters: F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, T.H. den Tanja-van Broek en M.V. Polak

Advocaten: J.H.M. van Swaaij en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 1:88 BW