

Nieuwsbrief PFR Updates - Nummer 40, 2017

Nummer 40, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:2614](#) 13-10-2017

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:2624](#) 13-10-2017

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:2562](#) 06-10-2017

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4271](#) 05-10-2017

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2859](#) 27-09-2017

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3915](#) 26-09-2017

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5104](#) 12-10-2017

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:9782](#) 05-10-2017

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:7773](#) 27-09-2017

RECHTSPRAAK

Verzoek tot onderbewindstelling ingediend door twee kinderen van rechthebbende. Rechthebbende heeft zijn wensen vastgelegd in een levenstestament. Daarin is een derde kind gevolmachtigd tot behartiging van zijn (niet-)vermogensrechtelijke belangen. Kantonrechter wijst verzoek tot onderbewindstelling af.

Twee kinderen van betrokkene hebben op 24 juli 2017 een verzoek tot onderbewindstelling van betrokkene ingediend, omdat naar de stelling van verzoekers hun ouder wegens zijn lichamelijke of geestelijke toestand niet in staat is ten volle zijn vermogensrechtelijke belangen behoorlijk waar te nemen.

Betrokkene, 92 jaar, heeft in een brief zijn verbazing over het verzoek uitgesproken. Hij heeft op eigen initiatief op 30 juni 2017 ten overstaan van een notaris een levenstestament laten verlijden. Daarin is aan een ander kind zelfstandig en aan twee kleindochters gezamenlijk een algemene volmacht verleend om zijn vermogensrechtelijke en andere zakelijke belangen te kunnen laten behartigen, alsmede om rechthebbende te vertegenwoordigen op medisch gebied. In het levenstestament is opgenomen dat deze maatregelen worden getroffen om te voorkomen dat betrokkene onder curatele wordt gesteld, dat over zijn goederen een bewind wordt ingesteld of ten behoeve van betrokkene een mentorschap wordt ingesteld.

De gemachtigde van betrokkene heeft ter zitting verklaard dat deze met betrokkene heeft gesproken en dat betrokkene in dat gesprek verschillende malen duidelijk heeft gezegd dat hij volledig achter de inhoud van zijn levenstestament staat. Hij wil dat het gemachtigde kind zijn belangen blijft behartigen, zoals zij al vele jaren doet.

De kantonrechter heeft betrokkene op zijn woonadres gehoord en ook toen heeft betrokkene op consistente wijze en verschillende malen te kennen gegeven dat zijn wensen tot uitdrukking zijn gebracht in zijn levenstestament.

De kantonrechter oordeelt dat uit de stukken, de behandeling ter terechtzitting en het verhoor van betrokkene voldoende aannemelijk is geworden dat betrokkene wil voorkomen dat een bewind over zijn vermogen wordt ingesteld en dat hij, met behulp van zijn dochter en op basis

van bepalingen in het levenstestament in staat is om zijn vermogensrechtelijke belangen waar te (laten) nemen. De kantonrechter wijst het verzoek af.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5104

Zaaknummer: 6189767 MT VERZ 17-8125

RECHTSPRAAK

Is voor ondercuratelestelling steeds een actuele medische verklaring vereist van een onafhankelijke deskundige? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend.

Verzoeker betoogt in cassatie dat voor ondercuratelestelling steeds een onafhankelijk oordeel van een ter zake kundige arts/psychiater vereist is, gebaseerd op een onderzoek naar de feitelijke en geestelijke gezondheidstoestand van de betrokkene ten tijde van de indiening van het verzoek, verricht met het doel de noodzaak tot ondercuratelestelling te beoordelen.

De Hoge Raad overweegt dat bij de beoordeling van het onderdeel tot uitgangspunt dient dat de wet ten aanzien van een verzoek tot ondercuratelestelling niet de verplichting bevat om een verklaring van een deskundige over te leggen. Vaste rechtspraak is voorts dat ter vrije beoordeling van de rechter staat of deze een onderzoek door een medisch deskundige noodzakelijk acht alvorens te beslissen tot ondercuratelestelling (zie onder meer HR 28 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AC7862, NJ 1983/481). Hij hoeft tot het gelasten van een zodanig onderzoek niet over te gaan indien hij op grond van de overgelegde stukken en de verklaringen ter zitting tot de overtuiging is gekomen dat aan de voorwaarden voor het uitspreken van de maatregel is voldaan (vgl. artikel 799 lid 2 Rv).

Ook uit de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot artikel 8 EVRM volgt niet dat de rechter een verzoek tot ondercuratelestelling nimmer kan toewijzen zonder dat een medisch onderzoek naar de actuele feitelijke en geestelijke gezondheidstoestand van de betrokkene is verricht. De door verzoeker genoemde rechtspraak ziet op vrijheidsbeneming, waarvan bij ondercuratelestelling geen sprake is. De door verzoeker bepleite rechtsregel volgt evenmin uit de uitspraak van het EHRM van 27 maart 2008, nr. 44009/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0327 (*Shtukaturv/Rusland*), die mede betrekking heeft op ondercuratelestelling. Bij zijn oordeel dat de medische verklaring waarop die maatregel berustte, van onvoldoende gewicht was om de inbreuk op het privéleven van de betrokkene te rechtvaardigen, nam het EHRM immers in het bijzonder in aanmerking dat naar het toepasselijke recht de maatregel voor onbepaalde tijd gold, zonder mogelijkheid voor de betrokkene om deze anders dan met medewerking van de curator in rechte aan te vechten of te doen opheffen, en dat daaraan het rechtsgevolg van

volledige handelingsonbekwaamheid was verbonden (welk rechtsgevolg bovendien meebracht dat de betrokkene zonder rechterlijke machtiging gedwongen kon worden opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis – hetgeen ook was gebeurd; zie onder 90 en 95, in verband met 21, 52 en 56). Voorts nam het EHRM in aanmerking dat de rechter de beslissing tot ondercuratelestelling uitsluitend had gebaseerd op de gebrekkig geoordeelde medische verklaring en dat de betrokkene zelf niet was gehoord of op andere wijze in de procedure was betrokken (zie onder 91-94). Van dit alles is in deze zaak geen sprake.

De aanbevelingen van het Comité van Ministers waarop verzoeker een beroep doet, leveren evenmin een grond op om de bepleite rechtsregel te aanvaarden. Deze aanbevelingen zijn, hoewel zij een zekere mate van consensus weerspiegelen, niet bindend. Gelet op het voorgaande bestaat er geen grond de door verzoeker bepleite rechtsregel te aanvaarden.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-10-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2562

Zaaknummer: 17/00322

RECHTSPRAAK

Vervolg op tussenbeschikking van 17 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3629, PFR 2017-0324. Prejudiciële vragen. In eerste aanleg is het ouderlijk gezag van de moeder en van de vader over hun kind beëindigd. De vader is van de beëindiging van het gezag, voor zover het hem betreft, in hoger beroep gegaan. De moeder heeft een verweerschrift ingediend en incidenteel appel ingesteld. Is de moeder belanghebbende in de procedure die de vader betreft? Kan zij incidenteel appel instellen?

Het hof heeft in de eerste tussenbeschikking in concept een aantal prejudiciële vragen geformuleerd en de vader, de moeder en de Raad voor de Kinderbescherming (de raad) de gelegenheid gegeven zich daarover uit te laten. De moeder en de vader hebben zich bij monde van hun advocaten geconformeerd aan hetgeen het hof wenst voor te leggen aan de Hoge Raad. De raad heeft het hof bericht dat het de verdere procedure afwacht.

De vragen, zoals geformuleerd in de tussenbeschikking van 17 augustus 2017, worden opnieuw geformuleerd en gericht tot de Hoge Raad.

Deze vragen luiden:

1. De vader is alleen tegen de beëindiging van zijn gezag in hoger beroep gekomen. Vraag is wat dat voor de positie van de moeder betekent. Dient in de procedure in hoger beroep tegen een beschikking waarbij op grond van artikel 1:266 BW het gezag van beide ouders is beëindigd, maar waarbij de grieven van de principaal appellerende ouder slechts zijn/haar eigen gezag betreffen, de andere ouder als belanghebbende te worden aangemerkt?
2. Onder welke omstandigheden kan de andere ouder, in casu de moeder, na het verstrijken van de wettelijke beroepstermijn worden ontvangen in incidenteel appel tegen de beëindiging van haar gezag?
3. Onder welke omstandigheden kan een ouder, in casu de moeder, worden ontvangen in appel tegen de beëindiging van het gezag van de andere ouder, in casu de vader? Is hierbij van

belang de vraag of de andere ouder zelf appelleert tegen de beëindiging van diens gezag?

4. Oefent artikel 8 EVRM nog enige invloed uit op deze kwestie, bijvoorbeeld indien blijkt dat alle betrokken partijen het wenselijk achten dat ook het belang van de andere ouder (gezien ook vanuit het belang van het kind) vol getoetst zal worden?

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 05-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4271

Zaaknummer: 200.210.034_01

RECHTSPRAAK

Verzoek tot beëindiging van het gezag afgewezen. Wel is de ondertoezichtstelling toegewezen en is een machtiging uithuisplaatsing verleend.

De Raad voor de Kinderbescherming (de raad) heeft de beëindiging van het gezag van de moeder over haar baby verzocht. De moeder was op 14 maart 2017 met een rechterlijke machtiging wegens forse psychiatrische problematiek opgenomen in een ggz-instelling. Op 3 april is ten aanzien van haar baby een voorlopige voogdijmaatregel getroffen. De moeder is vanaf april 2017 weer thuis en heeft nu een voorwaardelijke rechterlijke machtiging. Zij werkt mee aan hulp van het FACT-team, is psychisch stabiel en neemt haar medicijnen. De moeder is van oordeel dat beëindiging van het gezag prematuur is.

De gecertificeerde instelling (GI) is van mening dat het perspectief van de baby belangrijk is voor haar ontwikkeling. Voor het kind zou het fijn zijn als duidelijk wordt dat zij bij het huidige pleeggezin mag blijven en dat dit voor de toekomst vaststaat. Het kind is nu ongeveer één jaar.

De rechtbank is op basis van de beschikbare informatie uit het raadsrapport, alsmede het betoog van de advocaat van de moeder ter zitting van oordeel dat een beëindiging van het gezag op dit moment een te verstrekkende maatregel is. Het advies van de raad is gebaseerd op onderzoek dat vooral betrekking heeft op de periode dat de moeder was opgenomen in verband met psychiatrische problematiek en de periode kort daarna, waarin zij nog aan het stabiliseren was. De raad trekt naar het oordeel van de rechtbank te snel de conclusie dat de moeder niet of voor het kind niet snel genoeg zal stabiliseren om de opvoeding op zich te nemen. Ook de situatie van de vader en de eventuele (ondersteunende) rol die hij zou kunnen bieden, hebben, mede door zijn juridische status op dat moment (de vader had het kind nog niet erkend), onvoldoende aandacht gekregen in het rapport.

De rechtbank overweegt dat de vraag of de moeder (op termijn) en mogelijk de vader in staat zijn om voor het kind te kunnen zorgen, ook ter zitting onbeantwoord is gebleven.

Er is onvoldoende informatie beschikbaar over de opvoedvaardigheden van de ouders en het

perspectief van het kind. Om die reden kan de rechtbank, anders dan de raad – voor zover dat standpunt nog wordt gehandhaafd – niet tot het oordeel komen dat er reeds nu is voldaan aan het criterium van artikel 1:266 BW.

De rechtbank neemt daarbij in overweging dat niet in zijn algemeenheid gesteld kan worden dat bij kinderen jonger dan één jaar er binnen zes maanden duidelijkheid moet zijn over de opvoedmogelijkheden van de ouders en dat, wanneer die duidelijkheid er nog niet is, gezagsbeëindiging de enige optie is. In deze zaak had vooralsnog volstaan kunnen worden met een verzoek tot een ondertoezichtstelling en een machtiging uithuisplaatsing, zodat in het kader van de ondertoezichtstelling nader onderzoek gedaan kan worden naar de opvoedmogelijkheden en leerbaarheid van beide ouders enerzijds en de ontwikkeling en mogelijkheden van het kind anderzijds. De rechtbank zal om die reden de verzochte gezagsbeëindiging afwijzen.

Wel wijst de rechtbank de ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing toe.

Opmerking: zie voor een soortgelijke uitspraak: Rechtbank Limburg 5 oktober 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:9713.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 05-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:9782

Zaaknummer: 236234 / FA RK 17-2091

RECHTSPRAAK

Beperking van de alimentatieduur. Het hof gaat ervan uit dat de vrouw een zodanige verdien capaciteit heeft dat zij binnen drie jaar volledig in haar eigen behoefte kan voorzien. Het hof stelt de alimentatie per 27 september 2020 op nihil.

Tussen partijen is in hoger beroep de partneralimentatie in geschil. Het hof heeft de totale nettobehoeft van de vrouw becijfert op een bedrag van € 6.392 per maand en haar aanvullende behoefte op een bedrag van € 4.875 bruto per maand. De door het hof vastgestelde partneralimentatie is niet hoger dan de door de rechtbank vastgestelde bijdrage van € 4.875 bruto per maand, zodat het hof de draagkracht van de man niet hoeft te bespreken.

De man heeft in hoger beroep verzocht de alimentatieverplichting in duur te beperken dan wel op de door hem verzochte datum op nihil te stellen. De vrouw heeft verzocht vast te houden aan de wettelijke termijn van twaalf jaren. Het hof heeft dienaangaande als volgt overwogen. De vrouw heeft thans een inkomen van € 81.472 bruto per jaar. Weliswaar stelt de vrouw dat zij thans niet verder kan groeien in salaris, maar gezien haar uitstekende curriculum vitae (waaruit onder meer blijkt: twee cum laude afgeronde universitaire studies waarna zij is gepromoveerd en als universitair hoofddocent heeft gewerkt en vervolgens als bestuurder in de gezondheidszorg) en haar netwerk is het hof op dat punt een andere visie toegedaan. Naar het oordeel van het hof zijn de opleidingsmogelijkheden van de vrouw en haar kansen op de arbeidsmarkt, ondanks haar verblijf in Canada en haar daling van het inkomen, niet negatief beïnvloed door het huwelijk. Het hof verwacht dan ook dat de verdien capaciteit van de vrouw binnen drie jaren na heden aldus zal zijn dat zij in haar eigen levensonderhoud kan voorzien. Daarbij gaat het hof ervan uit dat het inkomen van de vrouw, zo nodig in een andere baan, in de toekomst nog zal stijgen. Anders dan de vrouw meent, is geen sprake van een recht op alimentatie gedurende twaalf jaren, maar kan er slechts een aanspraak zijn op alimentatie indien sprake is van behoefte aan de zijde van de alimentatiegerechtigde en draagkracht aan de zijde van de alimentatieplichtige. Het hof gaat ervan uit dat de vrouw zich zal inspannen haar inkomen de komende drie jaren op een zodanig niveau te brengen dat zij daardoor over drie jaren in haar eigen behoefte kan voorzien. Met ingang van 27 september 2020 zal het hof dan ook de alimentatie op nihil

stellen. Dat de chronische ziekte van de vrouw haar parten speelt bij het verwerven van (arbeids)inkomsten, zoals de vrouw stelt, is het hof niet gebleken.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 27-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2859

Zaaknummer: 200.206.041/01

RECHTSPRAAK

De moeder verzoekt vast te stellen dat de vader op grond van artikel 1:246 BW onbevoegd is het gezag uit te oefenen en te bepalen dat zij alleen het gezag uitoefent. De rechtbank vindt dat de vader niet zodanig gestoord is in zijn geestvermogens dat er geen sprake van gezamenlijk gezag kan zijn en wijst het verzoek af.

De moeder heeft verzocht vast te stellen dat de vader op grond van artikel 1:246 BW onbevoegd is tot de uitoefening van het gezag en te bepalen dat zij alleen bevoegd zal zijn het gezag over de minderjarige uit te oefenen.

De rechtbank overweegt dat uit de verklaring van de psychiater die de man heeft onderzocht, is komen vast te staan dat de vader in 2008, nog voor de geboorte van de minderjarige, een keer gedwongen opgenomen is in een psychiatrisch ziekenhuis en dat bij hem de diagnose 'Schizofrenie van het paranoïde type' is gesteld. Hieruit volgt dat bij de vader sprake is van een stoornis in de geestvermogens. Vervolgens ligt de vraag voor of die stoornis zodanig is dat de vader in de onmogelijkheid verkeert om het gezag over de minderjarige uit te oefenen. De rechtbank beantwoordt die vraag ontkennend. Gebleken is dat de vader na voormelde opname in 2008 onder behandeling is gekomen van zijn huisarts die de medicatie voorschrijft. De toestand van de vader is stabiel. Het enkele feit dat de vader nauwelijks buiten komt, veel op bed ligt en vaak uitgeput is, betekent mogelijk dat hij niet actief kan meedoen aan de daadwerkelijke verzorging van de minderjarige of met hem iets kan ondernemen, maar het betekent niet dat de vader niet in staat is de minderjarige samen met de moeder op te voeden en samen met haar belangrijke beslissingen te nemen over de minderjarige. Voorts is niet gebleken dat de vader zijn toestemming heeft geweigerd om de minderjarige in te schrijven op een school of sportclub of zijn toestemming heeft geweigerd voor het aanvragen van een reisdocument voor de minderjarige. Desgevraagd heeft de vader ter zitting nog verklaard dat hij de moeder daartoe tot nu toe niets in de weg heeft gelegd en ook niet van plan is dit in de toekomst te doen. De rechtbank is dan ook van oordeel dat, ook al hebben partijen overeenstemming over de verzochte gezagswijziging, niet is komen vast te staan dat de vader zodanig is gestoord in zijn geestvermogens dat hij op dit moment in de onmogelijkheid verkeert om samen met de moeder het gezag over de minderjarige uit te oefenen en dat hij op

grond van artikel 1:246 BW onbevoegd is om het gezag uit te oefenen. De rechtbank heeft daarom het verzoek van de moeder afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 27-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:7773

Zaaknummer: C/15/259191 / FA RK 17-2898

RECHTSPRAAK

Echtscheiding met nevenvoorzieningen. Verzoek van de vrouw tot betaling van bruidsgave op basis van Turks huwelijkscontract is een nevenvoorziening als bedoeld in artikel 827 lid 1 onder f Rv. Een dergelijke overeenkomst is niet strijdig met de Turkse of Nederlandse openbare orde. Huwelijksakte levert, behoudens tegenbewijs, dwingend bewijs op. Man moet bruidsgave betalen.

De rechtbank heeft de man veroordeeld om aan de vrouw een bruidsgave, te weten 500 gram goud of de tegenwaarde daarvan, te voldoen. De man is het hiermee niet eens. Hij voert in hoger beroep aan dat hier geen sprake is van een nevenvoorziening in de zin van artikel 827 lid 1 sub f Rv. Naar het oordeel van het hof heeft het door de vrouw gestelde vorderingsrecht echter voldoende samenhang met het echtscheidingsverzoek en leidt beoordeling daarvan niet tot onnodige vertraging van dit geding. De rechtbank heeft het verzoek dan ook terecht gekwalificeerd als een verzoek tot het treffen van een nevenvoorziening.

Het hof volgt de man ook niet in zijn standpunt dat een overeenkomst houdende een bruidsgave in strijd is met de (Turkse of Nederlandse) openbare orde en derhalve nietig. Uit hetgeen door partijen naar voren is gebracht, valt af te leiden dat de overeenkomst verbonden is met het (islamitisch) gewoonterecht. Het hof is van oordeel dat het enkele feit dat de man zich in geval van echtscheiding jegens de vrouw heeft verbonden tot betaling van 500 gram goud, niet kan worden aangemerkt als strijdig met de openbare orde. Dat het Turkse recht, naar de stelling van de man, geen recht kent op een *mihir* (bruidsgave) betekent nog niet dat partijen niet rechtsgeldig een *mihir* zouden kunnen overeenkomen. Waarom een dergelijke obligatoire overeenkomst naar Nederlands recht niet rechtsgeldig zou kunnen zijn, heeft de man niet verder toegelicht. Bij deze stand van zaken kan in het midden blijven hoe de bruidsgave voor het overige juridisch gekwalificeerd zou moeten worden. Het verweer faalt.

De man betwist in hoger beroep alsnog dat hij een bruidsgave met de vrouw is overeengekomen. Volgens de man is het huwelijkscontract van 11 februari 2009 niet juist en is de passage over de bruidsgave daar vermoedelijk pas later bijgeschreven; hij heeft die passage niet eerder gezien. De man betwist evenwel niet dat hij het huwelijkscontract destijds heeft

ondertekend. Ingevolge artikel 157 lid 2 Rv levert een dergelijke akte tussen partijen dwingend bewijs op van de inhoud daarvan. Dit betekent dat, behoudens tegenbewijs, van de juistheid van de akte moet worden uitgegaan. De man heeft geen aanbod tot tegenbewijs gedaan en evenmin een algemeen bewijsaanbod. Dat betekent dat het hof ervan uitgaat dat het huwelijkscontract de afspraken tussen partijen juist weergeeft. Subsidiair heeft de man nog aangevoerd dat hij de bruidsgave reeds heeft voldaan, in de vorm van gouden munten die hij tijdens het huwelijksfeest reeds aan de vrouw zou hebben voldaan. In het licht van de betwisting daarvan door de vrouw heeft de man dit verweer onvoldoende onderbouwd. Daarbij komt dat hij de bewijslast van deze stelling draagt en een bewijsaanbod op dit punt ontbreekt. Het hof heeft de bestreden beschikking op het punt van de bruidsgave dan ook bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3915

Zaaknummer: 200.191.582/01

RECHTSPRAAK

Procesbevoegdheid bij curatele en reikwijdte begrip ‘samenhang’ in artikel 223 Rv.

X heeft vier dochters en een in deze procedure betrokken kleindochter. A is in december 2014 tot mentor en bewindvoerder van X benoemd. X is tot en met maart 2015 opgenomen geweest in een verpleeghuis en daarna is zij ingetrokken bij dochter 1 en kleindochter. Vervolgens is X op verzoek van A onder curatele gesteld wegens een geestelijke stoornis met benoeming van A tot curator. Er volgen diverse kortgedingprocedures over – kort gezegd – het verblijf van X bij dochter 1 en het contact tussen X en haar advocaat in feitelijke instanties mr. Kramer.

Op 23 februari 2016 heeft het Centrum indicatiestelling zorg het besluit genomen dat het noodzakelijk is dat X wordt opgenomen in een Wet Bopz aangemerkte instelling. X verblijft sinds 15 maart 2016 in een verpleeghuis.

X verzoekt in deze procedure primair ontslag van A als curator en benoeming van kleindochter tot opvolgend curator.

De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen. Het hof heeft deze beschikking bekrachtigd en overwoog daartoe als volgt. Artikel 1:385 lid 1 onder d BW bepaalt dat een curator te allen tijde door de kantonrechter kan worden ontslagen wegens gewichtige redenen of omdat hij niet meer voldoet aan de eisen om curator te worden. Het betoog dat A niet aan de aan een curator te stellen eisen voldoet, gaat niet op. Van gewichtige redenen die zouden moeten leiden tot het ontslag van de curator is geen sprake.

X heeft beroep in cassatie ingesteld en A heeft verzocht om X hierin niet-ontvankelijk te verklaren. Daartoe heeft zij aangevoerd dat het beroep niet in opdracht van X is ingesteld. In dit verband heeft zij erop gewezen dat de advocaat in cassatie de opdracht tot instellen van het beroep heeft gekregen van mr. Kramer die op 1 februari 2016 voor het laatst contact heeft gehad met X en al geen opdracht van X had tot het instellen van het hoger beroep. Voorts wijst A erop dat vaststaat dat de huisarts reeds op 18 maart 2016 heeft verklaard dat bij X sprake is van een vrij gevorderde vorm van dementie en dat X op 15 maart 2016 met toepassing van een Bopz-indicatie in een verpleegtehuis is geplaatst.

A had dit verweer ook al in hoger beroep gevoerd. Het hof overwoog toen dat ingevolge het bepaalde in artikel 1:381 lid 6 BW degene wiens curatele het betreft bekwaam is in rechte op te treden en tegen een uitspraak beroep in te stellen. Daaruit volgt dat de procesbevoegdheid van X in de onderhavige procedure in beginsel wordt verondersteld. Mr. Kramer heeft verklaard dat X haar in september 2015 de opdracht heeft gegeven al het nodige te doen om opname in een verpleegtehuis te voorkomen en dat zij op 1 februari 2016 heeft bevestigd dat zij door mr. Kramer wil worden bijgestaan. Het hof heeft geen reden aan de juistheid van die verklaring te twijfelen. In het licht daarvan gaat het hof voorbij aan het betoog van A dat X niet in haar hoger beroep kan worden ontvangen. De Hoge Raad acht deze overweging juist en daaruit volgt dat mr. Kramer op grond van de in haar aanstelling besloten liggende volmacht ook bevoegd was om namens X een cassatieadvocaat last te geven tot het instellen van cassatieberoep.

De klacht van X luidt dat het hof heeft beslist op basis van een stuk waarover partijen zich niet hebben kunnen uitlaten. Deze klacht is gegrond. Het hof heeft gehandeld in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor.

Dochter 2 heeft nog beroep ingesteld tegen de afwijzing door het hof van de door X in hoger beroep verzochte voorlopige voorziening om mr. Kramer onbeperkt toegang tot haar te geven. Het hof heeft dit verzoek afgewezen omdat naar zijn oordeel de vereiste samenhang tussen dat verzoek en de verzoeken in de hoofdprocedure ontbreekt.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Artikel 223 Rv houdt in dat tijdens een aanhangig geding iedere partij kan vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding. Ingevolge artikel 223 lid 2 Rv moet de voorziening samenhangen met de hoofdvorderingen c.q. het verzoek in de hoofdzaak. Nadere eisen worden niet gesteld. Door te oordelen dat de vereiste samenhang in dit geval ontbreekt, heeft het hof hetzij blijk gegeven van een te beperkte opvatting omtrent de reikwijdte van het begrip 'samenhang' in artikel 223 lid Rv, hetzij zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. De klacht is dus gegrond, maar leidt niet tot cassatie omdat het onderhavige verzoek om een voorlopige voorziening is gedaan door X en niet blijkt dat dochter 2 daarbij zelf belang heeft.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-10-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2624

Zaaknummer: 16/04911

Wetsartikelen: 1:385 BW en 223 RV

RECHTSPRAAK

Geslachtsnaam kind bij erkenning op Aruba: het huidige artikel 1:5 BWA is discriminatoir naar geslacht. Het buiten toepassing laten van dat artikel levert echter ook een niet-gerechvaardigde ongelijke behandeling op. Het hof had aansluiting moeten zoeken bij het bij landsverordening vastgestelde maar nog niet ingevoerde nieuwe artikel 1:5b BWA betreffende geschillen over de naamskeuze.

Uit de (tijdens de zwangerschap beëindigde) relatie tussen de man en de vrouw is in 2014 op Aruba een dochter geboren. De man verzoekt in deze procedure vervangende toestemming te verlenen voor de erkenning van de dochter. De vrouw heeft bezwaren geuit tegen de erkenning door de man, omdat de dochter door de erkenning de geslachtsnaam van de man zal krijgen (artikel 1:5 BWA). De vrouw heeft aangevoerd dat het huidige Arubaanse namenrecht discriminatoir is naar geslacht.

Het gerecht in eerste aanleg heeft het verzoek toegewezen. Daarbij heeft het overwogen dat ingevolge artikel 1:5 BWA de geslachtsnaam van de dochter na de erkenning die van de man is.

Het hof heeft de beschikking van het gerecht bevestigd, met bepaling dat artikel 1:5 lid 1 BWA aldus buiten toepassing blijft en dat de dochter de geslachtsnaam van de vrouw behoudt. Het hof heeft hiertoe overwogen dat het huidige Arubaanse namenrecht discriminatoir naar geslacht is. De moeder van een kind wordt in het huidige namenrecht – waarin het kind zonder meer de geslachtsnaam van de vader krijgt – achtergesteld bij de vader zonder dat daarvoor voldoende rechtvaardiging is. Het hof acht het niet buiten zijn rechtsvormende taak gelegen om in het onderhavige geval het discriminatoire artikel 1:5 lid 1 BWA buiten toepassing te laten met het effect dat de dochter de geslachtsnaam behoudt die zij thans heeft. In Aruba is sedert 7 april 2014 aanhangig een veelomvattend ontwerp-Aanvulling Burgerlijk Wetboek van Aruba, met onder meer een herziening van het namenrecht. Wanneer dit ontwerp kan zijn aangenomen en in werking kan treden is niet te zeggen. Overgangswetgeving is nog niet ingediend. Het hof ziet in het bestaan van deze ontwerpwetgeving geen reden om af te zien van het buiten toepassing laten van artikel 1:5 lid 1 BWA.

In cassatie wordt geklaagd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat artikel 1:5 lid 1 BWA buiten toepassing dient te blijven.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Op grond van artikel 1:5 lid 1 BWA heeft een kind de geslachtsnaam van zijn vader. Alleen wanneer een juridische vader ontbreekt, heeft het kind de geslachtsnaam van zijn moeder. Artikel 1:5 BWA is vastgesteld bij de Landsverordening bevattende de tekst van Boek 1 voor een nieuw BW van Aruba, AB 2001, nr. 89. In de memorie van toelichting is hierbij opgemerkt:

‘Ook het bestaande wettelijke namenrecht is in de rechtspraak discriminatoir geoordeeld en wel naar geslacht (HR 23 september 1988, NJ 1989, 740). Aan de ouders moet volgens de Hoge Raad een keuzemogelijkheid worden geboden tussen de naam van de vader en die van de moeder (althans in een stelsel dat niet de mogelijkheid van een dubbele naam kent). Een moeilijke vraag is evenwel welke geslachtsnaam het kind krijgt indien ouders nalaten om een keuze te doen. Het namenrecht wordt in dit ontwerp echter nog niet gewijzigd. Het is belangrijk dat het nieuw BW spoedig in werking kan treden. Over een nieuw naamstelsel – zo heeft de ervaring geleerd – ontstaat gemakkelijk veel discussie. Moet enkel, zoals in Nederland, de mogelijkheid worden geopend van keuze tussen de naam van de vader en die van de moeder? Men denke aan het Spaanse of Portugese stelsel. Moeten volgende kinderen dezelfde naam krijgen als het eerste kind der ouders, enz.? Hier komt bij dat niet gebleken is dat het geldende namenrecht – waarin het kind de naam krijgt van zijn vader – als knellend wordt ervaren hier te lande. Het blijft daarom de voorkeur verdienen dat dit onderwerp losgekoppeld blijft van het nieuw BW-project en apart aan de Staten wordt voorgelegd. Overigens is niet uit te sluiten dat de rechter hier te lande, overeenkomstig de wens van de moeder en de erkenner of alleen van de moeder, een erkenning van een kind zal toestaan zonder naamsgevolg, waarbij dus het kind de naam van de moeder behoudt. Dit is ook in Nederland geschied onder het oude namenrecht.’

Bij Landsverordening van 23 september 2016 is bepaald dat artikel 1:5 BWA wordt vervangen door veertien nieuwe wetsartikelen. Het nieuwe artikel 1:5 BWA bepaalt dat de ouders bij de keuze van de geslachtsnaam van hun kind kunnen kiezen voor de geslachtsnaam van de vader dan wel voor die van de moeder. Het nieuwe artikel 1:5b BWA bevat een regeling voor geschillen omtrent de naamskeuze. Het eerste lid van dit artikel luidt: ‘Een geschil tussen de ouders of toekomstige ouders over de naamskeuze kan op verzoek van beiden of één van hen aan de rechter in eerste aanleg worden voorgelegd. Deze beproeft, alvorens te beslissen, een vergelijk tussen hen. De rechter neemt een zodanige beslissing als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt.’ Volgens het nieuwe artikel 1:5f BWA heeft een kind dat alleen in familierechtelijke betrekking tot de moeder staat, haar geslachtsnaam. Het nieuwe artikel 1:5g BWA bepaalt: ‘Indien een kind door erkenning in familierechtelijke betrekking tot de vader

komt te staan, behoudt het de geslachtsnaam van de moeder, tenzij de moeder en de erkenner ter gelegenheid van de erkenning gezamenlijk verklaren naamskeuze te doen. Van deze verklaring wordt melding gemaakt in de akte van erkenning. Het voorgaande is van overeenkomstige toepassing bij erkenning van een ongeborn kind. Wordt een verklaring van naamskeuze voor of ter gelegenheid van de aangifte van de geboorte afgelegd, dan heeft het kind de gekozen naam vanaf de geboorte.'

De Landsverordening aanvulling BWA is nog niet ingevoerd omdat de invoerings- en overgangsbepalingen nog moeten worden vastgesteld.

In HR 23 september 1988 is reeds beslist dat het Nederlandse artikel 1:5 lid 2 (oud) BW – waarmee artikel 1:5 lid 1 BWA overeenstemt – een niet-gerechtvaardigde ongelijke behandeling oplevert, die in elk geval in strijd is met artikel 26 IVBPR. Op dat moment kon de rechter geen oplossing bieden voor dit rechtstekort, gelet op de vele verschillende stelsels die in dat verband denkbaar waren. De Nederlands wetgever heeft in dit rechtstekort voorzien door wijziging van artikel 1:5 BW per 1 januari 1998. Bij de totstandkoming van het Arubaanse nieuw BW heeft de wetgever genoemd rechtstekort ook onder ogen gezien, maar voorlopig ervan afgezien de wet in verband hiermee aan te passen. Bij de Landsverordening aanvulling BWA is dat wel gebeurd, maar die verordening is nog niet in werking getreden, terwijl onbekend is op welke termijn dat het geval zal zijn. Daarom dient de rechter thans voor Aruba te bezien of in genoemd rechtstekort kan worden voorzien. De ongelijke behandeling waartoe het huidige artikel 1:5 lid 1 BWA leidt, dient immers zo spoedig mogelijk te worden opgeheven.

Anders dan het hof heeft geoordeeld, kan niet worden volstaan met het buiten toepassing laten van artikel 1:5 lid 1 BWA in het geval van erkenning. Daarmee zouden kinderen na erkenning immers steeds de geslachtsnaam van de moeder behouden, hetgeen evenzeer een niet-gerechtvaardigde ongelijke behandeling zou opleveren. Nu de wetgever met de vaststelling van de Landsverordening aanvulling BWA een keuze heeft gemaakt uit de verschillende stelsels die denkbaar zijn om de ongelijke behandeling op te heffen, kan de rechter door bij die keuze aan te sluiten een oplossing bieden voor het rechtstekort van de geldende wetgeving. Wat betreft de in deze zaak aan de orde zijnde erkenning brengt dat mee dat de rechter aansluit bij de regeling van artikel 1:5g BWA en artikel 1:5b BWA. Nu inzet van deze procedure mede is welke geslachtsnaam de dochter na de erkenning dient te krijgen, is sprake van een geschil als bedoeld in genoemd artikel 1:5b BWA. Het hof kon dan ook niet zonder meer beslissen dat de dochter de geslachtsnaam van de vrouw zal behouden. De Hoge Raad vernietigt de beslissing van het hof. Na verwijzing dient overeenkomstig artikel 1:5b lid 1 BWA beoordeeld te worden welke geslachtsnaam in het belang van de dochter wenselijk is.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 13-10-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2614

Zaaknummer: 16/03712

Wetsartikelen: 1:5 BWA