

Nieuwsbrief PFR Updates

Nummer 8, 2023

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:520](#) 31-03-2023

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:500](#) 31-03-2023

[Parket bij de Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2023:291](#) 10-03-2023

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:2855](#) 04-04-2023

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:2800](#) 28-03-2023

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:1839](#) 02-03-2023

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:1127](#) 23-03-2023

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:2484](#) 27-02-2023

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:3054](#) 16-02-2023

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:4728](#) 20-01-2023

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:5392](#) 22-12-2022

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2022:15704](#) 25-08-2022

Annotatie

[Rechterlijke toetsing van het perspectiefbesluit.](#)

mr. B. Laterveer

ANNOTATIE

Rechterlijke toetsing van het perspectiefbesluit.

mr. B. Laterveer

Commentaar bij de conclusie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad van 17 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:310 (Cassatie in belang der wet).

Kan het uit huis geplaatste kind weer thuis gaan wonen en verder opgroeien bij zijn ouders? Of ligt het perspectief van het kind elders? Hierover neemt de gecertificeerde instelling (GI), die de uithuisplaatsing uitvoert, in de praktijk vaak een zogenoemd perspectiefbesluit, ook wel opvoedbesluit genoemd. Uit diverse rapporten blijkt dat de rechtsbescherming tegen dit besluit – dat geen besluit is in juridische zin, maar meer de uitkomst is van een intern proces^[1] – verbetering behoeft.^[2] In de praktijk leidt het perspectiefbesluit lang niet altijd (snel) tot een verzoek tot gezagsbeëindiging, terwijl dat (tot nu toe) wel de bedoeling van de wetgever was. Het kan soms maanden duren voordat het perspectiefbesluit op een zitting bij de kinderrechter, bijvoorbeeld over de verlenging van de uithuisplaatsing, wordt besproken. Intussen kan het perspectiefbesluit tot ingrijpende wijzigingen leiden. Zo wordt in de praktijk na het nemen van een perspectiefbesluit er vaak niet meer gezocht naar hulpverlening gericht op thuisplaatsing. Het kan ook gevolgen hebben voor de frequentie in het contact tussen kind en ouder(s). Dat leidt tot het gevaar dat er een situatie ontstaat waarin terugkeer van het kind naar zijn ouder(s) niet meer in zijn belang is en gelet op het tijdsverloop de vroegere situatie niet meer hersteld kan worden, zonder dat er een rechterlijke toets van het perspectiefbesluit is geweest.

Door het Ministerie van Justitie en Veiligheid wordt op dit moment gewerkt aan een wettelijke basis voor een rechterlijke toets van het perspectiefbesluit en – daarnaast – aan de mogelijkheid van een permanente uithuisplaatsing met behoud van gezag van ouders.^[3] Vooruitlopend op een wetswijziging zijn GI's op zoek gegaan naar mogelijkheden om binnen het huidige wettelijke kader het perspectiefbesluit direct of indirect te laten toetsen door de kinderrechter. Een recente werkwijze van de GI's is dat, als zij een perspectiefbesluit hebben genomen en (een verzoek tot onderzoek naar) gezagsbeëindiging (nog) niet aan de orde is, zij het besluit zo snel mogelijk voorleggen aan de kinderrechter via de geschillenregeling van

artikel 1:262b BW (directe toets) of via een verzoek tot verlenging van de machtiging uithuisplaatsing (indirecte toets).[4]

Binnen de rechtspraak wordt echter verschillend gedacht over toetsing van het perspectiefbesluit via de geschillenregeling. De meeste kinderrechtvaarders vinden dat die toets wel mogelijk is,[5] maar met name het hof Arnhem-Leeuwarden vormt in dit kader een belangrijke dissonant.[6] Dit gerechtshof sluit de toepassing van de geschillenregeling ex artikel 1:262b BW helemaal uit indien het gaat om een geschil over het perspectiefbesluit. Voor de rechtspraak levert dit rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid op omdat per arrondissement anders wordt gehandeld. De praktijk zit daarom met smart op uitsluitel over de onderhavige vordering tot cassatie in het belang der wet te wachten.

De opvatting van advocaat-generaal (A-G) Lückers in de vordering tot cassatie in het belang der wet is wat mij betreft heel goed te volgen. Zij geeft een zeer uitvoerige uiteenzetting van het wettelijk kader, de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de literatuur en komt mijns inziens tot de enige logische conclusie, namelijk dat een geschil over het perspectiefbesluit van de GI een geschil betreft over de uitvoering van de ondertoezichtstelling dat via de geschillenregeling moet kunnen worden getoetst. Dat geldt dan met name voor de situatie dat het perspectiefbesluit niet op andere wijze kan worden getoetst, dat wil zeggen als de GI de gezagsbeëindiging een te verstrekkende maatregel acht of een perspectiefbesluit niet binnen afzienbare tijd gevolgd wordt door een verzoek verlenging uithuisplaatsing dan wel een verzoek tot (onderzoek naar) gezagsbeëindiging. De artikelen 6 (het recht op een eerlijk proces) en 8 (het recht op eerbiediging van familie- en gezinsleven) van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) nopen daartoe. Een geschillenregeling biedt de ouder(s) dan enige rechtsbescherming om tegen het perspectiefbesluit en de gevolgen daarvan op te komen. De kinderrechtvaarders loopt daarmee volgens de A-G niet vooruit op een toekomstige beslissing over een gezagsbeëindiging, omdat het verzoek tot gezagsbeëindiging naar de actuele situatie getoetst moet worden en de rechter te zijner tijd weer alle rechten en belangen opnieuw moet afwegen.

Een punt van aandacht is dat de rechtsbescherming voor ouders bij een geschillenregeling beperkt is, omdat hoger beroep en cassatie tegen een beslissing van de kinderrechtvaarders in het kader van de geschillenregeling wettelijk is uitgesloten (zie art. 807 Rv). Volgens de A-G is de enige mogelijkheid om van het perspectiefbesluit in hoger beroep te komen als er mede door het perspectiefbesluit verdere beperkingen worden aangebracht of worden verzocht in de contacten tussen ouder en kind.[7] Dit betreft dan namelijk een schriftelijke aanwijzing in de zin van artikel 1:265f BW waarvan wel hoger beroep en cassatie mogelijk is. Het besluit kan dan in ieder geval op dat punt ook in hoger beroep en in cassatie worden getoetst. Het is verder aan de wetgever om een oplossing aan te dragen voor de vraag of hoger beroep

mogelijk is tegen de toetsing van het perspectiefbesluit in het kader van de geschillenregeling, aldus de A-G. Ook dit kan ik goed volgen. Niettemin komt de beslissing van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 1 december 2022, waarin het hof van oordeel is dat een beslissing van de rechtbank over het perspectiefbesluit op grond van de geschillenregeling wel appellabel is, mij rechtvaardig voor. Het hof overweegt daartoe onder meer dat het perspectiefbesluit zodanig diep ingrijpt in het gezinsleven van ouders met hun kinderen dat rechtsbescherming dient te worden geboden die ruimer is dan de beperkte rechtsbescherming in zaken in het kader van ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing die voortvloeit uit de toepassing van artikel 807 Rv.[8]

Het is te hopen dat de Hoge Raad spoedig uitspraak doet zodat alle betrokkenen in de rechtspraak weten waar ze aan toe zijn. Wat de uitkomst echter ook zal zijn, zolang er geen wetswijziging komt, zal er sprake blijven van een hiaat in de rechtsbescherming dat met een lapmiddel wordt gedicht. Terecht wat mij betreft merken Van der Leij en Goei op dat (directe) toetsing via de geschillenregeling in zijn huidige vorm geen recht doet aan het gewicht en de impact van een perspectiefbesluit op een gezin.[9]

De geschillenregeling is vanaf de invoering in 2015 een vreemde eend in de bijt in het kinderbeschermingsrecht gebleken en bovendien de enige rechtsingang waarvoor verplichte procesvertegenwoordiging voor ouders geldt (binnen afdeling 4 van titel 14, Boek 1 BW).

Op de vraag welk type geschillen deze regeling betreft, antwoordde de staatssecretaris destijds:

‘Ik denk dat met name pleegouders gebruik zullen maken van de regeling, bij overplaatsingen van hun pleegkind binnen één jaar en geschillen tussen bureau jeugdzorg [lees: de GI] en de pleegouders over een (gewijzigde) omgangsregeling tussen ouders en kind. Verder zouden geschillen tussen ouders en bureau jeugdzorg over de (bijgestelde) doelen waarin in het kader van de ondertoezichtstelling moet worden voldaan, kunnen worden voorgelegd.’[10]

Een wettelijk toetsingskader voor deze ‘vangnetregeling’ ontbreekt echter. De wetgever heeft zich tot nu toe ook niet uitgelaten over bijvoorbeeld de verhouding tussen de bevoegdheden van de kinderrechter en de GI om te beslissen over het inzetten van jeugdhulp en hoe een en ander zich verhoudt tot artikel 3.5 Jeugdwet. In dat artikel staat dat de GI bepaalt of en, zo ja, welke jeugdhulp is aangewezen bij de uitvoering van de kinderbeschermingsmaatregel. In de wet en de wetsgeschiedenis wordt niets gezegd over een uitdrukkelijke bevoegdheid voor de kinderrechter om zich met die uitvoering te bemoeien. Door de summiere uitleg die de wetgever heeft gegeven, zou de geschillenregeling echter kunnen worden opgevat als een onbeperkte beslissingsmogelijkheid[11] voor rechters, die tot zeer uiteenlopende beslissingen

kunnen komen. Dat vormt een risico op rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid waarbij hoger beroep bovendien is uitgesloten als het perspectiefbesluit niet mede een beslissing over de contactregeling omvat. Hoe verhoudt een en ander zich tot de lijdelijke rol van de kinderrechter die zich sinds 1995 niet meer te veel met de uitvoering van de ondertoezichtstelling mag bemoeien?

De A-G is van mening dat de kinderrechter via de geschillenregeling een genomen perspectiefbesluit en de gevolgen voor de hulpverlening en contactmomenten met de ouder(s) kan bijstellen. Als de Hoge Raad daarin meegaat, zou het voor de rechtspraak nuttig zijn als de Hoge Raad daarbij handvatten geeft waarin wordt aangegeven welke ruimte de rechter heeft voor die bijstelling (kan de rechter bijvoorbeeld beslissen dat interventie x of y wordt ingezet?) en of het perspectiefbesluit bijvoorbeeld zowel op inhoudelijke als op formele gronden zou moeten worden getoetst (en, zo ja, op welke wijze?). De Raad voor de Kinderbescherming kan in dat kader een belangrijke adviserende rol hebben.

De A-G noemt verder terloops de indirecte toetsing van het perspectiefbesluit binnen de context van de verlenging van de machtiging uithuisplaatsing, zonder daar al te zeer inhoudelijk op in te gaan.

Hoewel de conclusie dit niet vermeldt, zou deze indirecte toetsing ook aan de orde kunnen zijn bij een voorzetting van een aangehouden mondelinge behandeling die betrekking heeft op de lopende kinderbeschermingsmaatregel. Hetzelfde geldt voor de toetsing van verzoeken op grond van artikel 1:265g BW (vaststellen of wijzigen verdeling zorg- en opvoedingstaken of omgang); ook dan kan het perspectiefbesluit meteen aan de orde komen bij de mondelinge behandeling. De vraag is dan op welke wijze die toetsing dan plaatsvindt. Kan de kinderrechter zich (alleen) in de overwegingen uitlaten over het genomen perspectiefbesluit (waarover eerder in de lagere rechtspraak is geoordeeld dat dit niet appellabel is^[12]) of kan de kinderrechter ook een beslissing nemen die in het dictum wordt opgenomen en daarmee in rechte vaststaat, maar tevens appellabel is? En welke mogelijkheden heeft de kinderrechter vervolgens om de GI op pad te sturen? Ik kan mij voorstellen dat daarbij in ieder geval gedacht kan worden aan het onderzoeken of de uithuisplaatsing verder in het vrijwillig kader kan worden vervolgd of dat gezagsbeëindiging toch noodzakelijk is (en daartoe wellicht een verzoek tot onderzoek bij de Raad voor de Kinderbescherming indient), onderzoeken of hulpverlening dient te worden ingezet om de contacten tussen ouders en kind beter te laten verlopen in het licht van een permanente uithuisplaatsing en/of ouders te begeleiden in het accepteren van de situatie dat het kind niet meer thuis komt wonen. Maar kan de kinderrechter ook een beslissing nemen over in te zetten jeugdhulp zelf? Zonder handvatten voor de kinderrechter ontstaat bovendien het risico van een tweesporenbenadering waarbij mogelijk een verschillende invulling wordt gegeven aan de directe en de indirecte toetsing.

Binnen de kaders van de cassatiemiddelen waarin de Hoge Raad opereert bij dit buitengewone rechtsmiddel is vermoedelijk helaas geen ruimte om op bovenstaande vragen antwoord te geven nu deze enigszins buiten het bestek van de opgeworpen rechtsvragen lijken te vallen. Voor de (rechts)praktijk zou het echter mooi zijn als de Hoge Raad toch mogelijkheden ziet de toetsing van het perspectiefbesluit nader in te kleuren, in het belang van de door de Hoge Raad zo vaak onderstreepte rechtszekerheid en rechtseenheid.

[1] B. Laterveer, 'De opvoedbeslissing', *FJR* 2020/41, afl. 7/8, onder 2.

[2] Adviesrapport Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, *Het perspectiefbesluit in de jeugdbescherming*, 2020; M.R. Bruning e.a., *Eindevaluatie Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen*, Den Haag: Boom juridisch, 2022.

[3] *Kamerstukken II* 2022/23, 31839, nr. 913.

[4] Zie ook *Kamerstukken II* 2022/23, 31839, nr. 913.

[5] Zie onder meer Rb. Noord-Holland 5 september 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:8195; Rb. Den Haag 10 oktober 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:10599; Rb. Oost-Brabant 19 april 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1798 en Hof 's-Hertogenbosch 16 maart 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:883.

[6] Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6492.

[7] De GI kan op grond van art. 1:265f lid 1 BW, de contacten tussen de met het gezag belaste ouder en het kind beperken door middel van een schriftelijke aanwijzing, tenzij er reeds een omgangsregeling (waaronder een regeling als bedoeld in art. 1:265f lid 2 BW) door de rechter is vastgesteld. In dat geval moet de GI de kinderrechter verzoeken voor de duur van de OTS deze regeling te wijzigen op grond van art. 1:265g lid 1 BW.

[8] Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:4162.

[9] Zie D. van der Leij & S.I.L.V. Goei, 'Hoe zal het perspectiefbesluit volwassen worden?', *TvJr* 2023, afl. 1.

[10] *Kamerstukken I* 2013/14 32015, E, p. 14.

[11] B. Laterveer, 'Kinderbeschermingsmaatregelen in combinatie met omgang', *FJR* 2017/45, afl. 7/8, onder 9.

[12] Hof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9007.

RECHTSPRAAK

Verzoeken schorsing en voorlopige voorzieningen. Van een financiële noodtoestand is niet gebleken, gewijzigde omstandigheden maken niet dat het belang van verzoeker zwaarder weegt.

Feiten en omstandigheden

De rechtbank heeft de door de man aan de vrouw te betalen kinderalimentatie zoals vastgelegd in het ouderschapsplan van 18 november 2019 en de beschikking van de rechtbank van 18 december 2019 (€ 386 per maand, geïndexeerd in 2022 € 415,26 per maand) gewijzigd en bepaald dat de kinderalimentatie vanaf 4 april 2022 € 189 per kind per maand bedraagt. Deze beslissing is uitvoerbaar bij voorraad verklaard. De rechtbank heeft verder in de bestreden beschikking het verzoek van de man om een verklaring voor recht te geven dat partijen hebben afgesproken dat hij geen kinderalimentatie aan de vrouw betaalt zolang zijn huur (minimaal) € 1.000 per maand bedraagt, afgewezen en de proceskosten gecompenseerd.

Het geding in hoger beroep in de hoofdzaak betreft het verzoek tot schorsing en het treffen van voorlopige voorzieningen.

Grievens, beoordeling en motivering

Aan de orde is het verzoek van de man de schorsing te bevelen van de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de bestreden beschikking, subsidiair een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende dat de man gedurende de procedure in hoger beroep een bedrag van in totaal € 37 per maand dient te voldoen.

Schorsing en voorlopige voorziening

Hoger beroep schorst de werking, tenzij de beschikking uitvoerbaar bij voorraad is verklaard. Op grond van artikel 360 lid 2 tweede volzin Rv kan de hogere rechter, indien hoger beroep is ingesteld tegen een beschikking die uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, alsnog de werking schorsen.

Het hof kan de uitvoerbaarheid schorsen, als het belang van de veroordeelde partij bij behoud van de bestaande toestand zwaarder weegt dan het belang van de wederpartij. Het hof gaat uit

van de overwegingen en beslissingen van de beschikking van de rechtbank. De kans van slagen van het hoger beroep blijft daarbij buiten beschouwing. Als blijkt dat de beslissing van de rechtbank op een kennelijke misslag berust, kan het hof daaraan wel gevolgen voor de uitvoerbaarheid verbinden.

Ingevolge artikel 223 lid 1 Rv kan iedere partij tijdens een aanhangig geding vorderen dat de rechter een voorlopige voorziening zal treffen voor de duur van het geding. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat de vordering moet samenhangen met de hoofdvordering. Deze bepaling is ook van toepassing in een verzoekschriftprocedure. Een voorlopige voorziening is een tijdelijke beslissing, die geldt voor de duur van de procedure. De verzoeker moet in die zin belang hebben bij het verzoek dat van hem niet kan worden gevergd dat hij de afloop van de bodemzaak afwacht.

Het oordeel van hof ten aanzien van de schorsing

Het hof is met betrekking tot het schorsingsverzoek van oordeel dat de man niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn belang bij schorsing van de uitvoerbaarheid bij voorraad van de bestreden beschikking zwaarder weegt dan het belang van de vrouw bij tenuitvoerlegging van de beschikking. Evenmin heeft de man aannemelijk gemaakt dat sprake is van een kennelijke misslag.

De man stelt dat er sprake is van een kennelijke misslag omdat de rechtbank ten onrechte is uitgegaan van de volledige woonlast bij de bepaling van de hoogte van de draagkracht van de vrouw, de rechtbank bij de onderhoudsplichtige stiefvader van de kinderen rekening had moeten houden met een verdien capaciteit, alsmede dat de rechtbank een zorgkorting had moeten hanteren van 35% in plaats van 25%. Dat de man het niet eens is met de wijze waarop de rechtbank de richtlijnen voor de berekening van kinderalimentatie van de Expertgroep Alimentatienormen heeft toegepast, dan wel het niet eens is met het inhoudelijke oordeel van de rechtbank na weging van de argumenten van partijen, maakt volgens het hof niet dat er sprake is van een misslag.

Uit de berekening van zijn eigen draagkracht blijkt dat de man van mening is dat hij een draagkracht heeft van € 1.238 per maand. De rechtbank heeft de draagkracht van de man in de bestreden beschikking berekend op € 1.030 per maand. De stelling van de man dat zijn draagkracht slecht € 37 per maand bedraagt, passeert het hof. Dit bedrag is gebaseerd op een berekening van de man naar rato van de inkomens van alle onderhoudsplichtigen. Volgens het hof heeft de man op dit moment ruim voldoende financiële middelen om de door de rechtbank vastgestelde bijdrage te kunnen betalen. Van een financiële noodtoestand die bij een belangenafweging tot een andere uitkomst zou moeten leiden is niet gebleken.

Daar komt nog bij dat tijdens de mondelinge behandeling is gebleken dat de rechtbank rekening heeft gehouden met een zorgkorting van 25% (€ 106 per kind per maand in 2022) terwijl de man sinds de bestreden beschikking de kinderen niet meer heeft ontvangen, op een incidenteel bezoek van de zoon na.

Voor zover de man een beroep heeft gedaan op gewijzigde omstandigheden oordeelt het hof dat deze niet maken dat zijn belang bij schorsing zwaarder weegt dan het belang van de vrouw bij het ontvangen van de door de rechtbank bepaalde kinderalimentatie.

Of er sprake is van een grote alimentatieachterstand zal in de hoofdzaak moeten blijken. Dat de onzekerheid daarover zwaar drukt op de psychische gesteldheid van de man, waardoor hij ook de zorgregeling niet meer kan uitvoeren, zoals door de man ongemotiveerd is gesteld, maakt het oordeel van het hof niet anders.

Ook de door de man aangevoerde wijziging van omstandigheden, moet naar het oordeel van het hof worden gepasseerd. Het primaire verzoek tot schorsing van de man zal daarom worden afgewezen

Het oordeel van het hof ten aanzien van de voorlopige voorziening

Het hof is van oordeel dat het subsidiaire verzoek van de man, te bepalen dat hij gedurende de procedure in hoger beroep een bedrag voor de kinderen van in totaal € 37 per maand dient te voldoen, eveneens moet worden afgewezen. Op grond van hetgeen hiervoor ten aanzien van het schorsingsverzoek door het hof is overwogen, is het hof van oordeel dat van de man kan worden gevergd dat hij de door de rechtbank in de bestreden beschikking vastgestelde kinderalimentatie blijft voldoen gedurende de procedure tussen partijen hierover in hoger beroep. Beslist wordt daarom als volgt.

Conclusie

Het hof wijst het verzoek van de man tot schorsing, subsidiair tot het treffen van een voorlopige voorziening, af.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:2855

Zaaknummer: 200.322.480

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

In deze alimentatiezaak heeft het gerechtshof, na verwijzing door de Hoge Raad, de partneralimentatie ten behoeve van de vrouw opnieuw vastgesteld. De klachten in cassatie hebben hoofdzakelijk betrekking op de omvang van de rechtsstrijd na cassatie en verwijzing en op de terugbetalingsverplichting van de alimentatiegerechtigde.

Feiten en omstandigheden

Het huwelijk van partijen is op 14 september 2017 ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking. Partijen, hierna aangeduid als de vrouw en de man, zijn de ouders van twee kinderen, geboren in 2002 respectievelijk 2005. Aan deze zaak is een lange procesgang voorafgegaan. Voor zover relevant voor deze samenvatting hebben partijen sinds 2016 geprocedeerd over de vaststelling van partner- en kinderalimentatie. Bij beschikking van 19 juni 2020 heeft de Hoge Raad de beschikking van het gerechtshof Den Haag vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het gerechtshof Amsterdam. Nadat de zaak aanhangig was gemaakt bij het gerechtshof Amsterdam hebben partijen gestreden over de vraag welke geschilpunten nog ter beoordeling stonden na de verwijzing. Volgens de man staat zijn draagkracht niet langer ter discussie en gaat het uitsluitend over de behoefte van de vrouw en de gevolgen van de verplichting van de vrouw om de te veel betaalde alimentatie aan de man terug te betalen. Volgens de vrouw is bij het gerechtshof Amsterdam de alimentatieverplichting van de man in volle omvang aan de orde.

In de tussenbeschikking van 14 september 2021 heeft het gerechtshof Amsterdam vastgesteld dat de beslissing van het gerechtshof Den Haag ten aanzien van de verzochte kinderalimentatie in stand is gebleven, omdat de Hoge Raad de cassatiemiddelen die daarop betrekking hadden heeft verworpen. De vaststelling van de partneralimentatie moet volgens het hof wel in volle omvang worden beoordeeld, zij het met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Tussen partijen staat vast dat de vrouw op 1 juni 2019 opnieuw een betaalde dienstbetrekking heeft gevonden. Vanaf die datum kan zij volgens het hof volledig in haar eigen levensonderhoud voorzien en is zij niet langer behoeftig. Met betrekking tot de verzochte partneralimentatie over het verstreken tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019

en de consequenties van een eventuele terugbetalingsverplichting heeft het hof nadere inlichtingen verzocht.

Op 24 mei 2022 heeft het hof partijen niet-ontvankelijk verklaard in hun op de kinderalimentatie betrekking hebbende verzoeken. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank Den Haag van 5 februari 2018 vernietigd voor zover deze betrekking heeft op de partneralimentatie. Het hof heeft deze vastgesteld als volgt: met ingang van 5 februari 2018 € 5.423 bruto per maand; met ingang van 1 juli 2018 € 3.544 bruto per maand; met ingang van 1 januari 2019 € 659 bruto per maand, alles uitvoerbaar bij voorraad.

Op 23 augustus 2022 heeft de vrouw beroep in cassatie ingesteld tegen de tussenbeschikking en de eindbeschikking van het gerechtshof Amsterdam. De man heeft een verweerschrift in cassatie, tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, ingediend.

Bespreking van het principaal cassatiemiddel

Omvang van de rechtsstrijd na cassatie en verwijzing

De advocaat-generaal (A-G) maakt vooraf enkele opmerkingen over de omvang van de rechtsstrijd na cassatie en verwijzing. Ingevolge artikel 424 Rv dient de rechter naar wie het geding is verwezen, de behandeling daarvan voort te zetten en te beslissen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Een uitgangspunt daarbij is dat de verwijzingsrechter de zaak behandelt in de stand waarin deze zich bevond toen de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak werd gedaan. De verwijzingsrechter is in beginsel gebonden aan de in de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak gegeven beslissingen die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden. Dit uitgangspunt brengt mee dat in het geding na verwijzing geen plaats is voor het aanvoeren van nieuwe feiten of omstandigheden. Het vorenstaande laat onverlet dat partijen zich in het geding na verwijzing mogen beroepen op (een wijziging van) feiten en omstandigheden die zich eerst na de vernietigde uitspraak (heeft) hebben voorgedaan, *mits partijen daardoor de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie niet overschrijden*, en dat de rechter die na verwijzing over de zaak oordeelt, de hiervoor bedoelde (wijziging van) feiten en omstandigheden in zijn beoordeling dient te betrekken. Deze uitzondering vindt haar rechtvaardiging hierin dat zij voorkómt dat het geschil zou moeten worden beslist aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken juridische of feitelijke gegevens (HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1972, NJ 2020/336). In haar conclusie hierbij heeft A-G Wesseling-van Gent een overzicht gegeven van de rechtsleer waarbij een uitzondering is aanvaard voor alimentatiezaken en andere zaken die naar hun aard moeten worden beoordeeld naar de actuele toestand (HR 4 december 1998, NJ 1999/675).

Om een vergelijkbare reden bestaat bij de behandeling van alimentatiezaken in hoger beroep

ruimte om af te wijken van de in beginsel strakke regel dat elke partij in het hoger beroep slechts eenmaal gelegenheid krijgt om haar standpunt schriftelijk uiteen te zetten in een verzoekschrift, respectievelijk verweerschrift.

In de thans bestreden tussenbeschikking heeft het gerechtshof Amsterdam de uitspraak van HR 4 december 1998, *NJ* 1999/675, tot uitgangspunt genomen. In die zaak had de Hoge Raad overwogen dat de rechter die na verwijzing een alimentatiegeschil in volle omvang opnieuw heeft te beoordelen, zijn beslissing dient te geven op basis van alle op dat moment bestaande en ter zake dienende omstandigheden van het geval. Daarbij past niet dat de rechter gebonden zou zijn aan een in het in cassatie vernietigde arrest gegeven, maar in cassatie niet bestreden oordeel over de duur van de alimentatie.

Op 20 mei 2016 heeft de Hoge Raad de ratio van het oordeel in HR 4 december 1998 onder woorden gebracht als volgt:

‘3.5.2 (...) Die regel – die een uitzondering inhoudt op de hoofdregel dat de verwijzingsrechter is gebonden aan de in cassatie niet of tevergeefs bestreden oordelen – wordt gerechtvaardigd door de aard van een alimentatiegeschil. Rechterlijke uitspraken aangaande alimentatie zijn immers in beginsel vatbaar voor wijziging, zelfs met terugwerkende kracht, op de in art. 1:401 BW vermelde gronden; beide partijen bij een dergelijk geschil hebben daarom belang erbij dat de vaststelling van de alimentatie berust op een juiste en volledige waardering van de van belang zijnde omstandigheden ten tijde van de uitspraak. De aard van dit geschil rechtvaardigt daarom dat de appelrechter bij de vaststelling van de alimentatie rekening houdt met nieuwe grieven, feiten, stellingen en verweren waarop door de partijen eerst na het formuleren van de grieven, onderscheidenlijk na het appelverweerschrift, beroep is gedaan, zodat wordt voorkomen dat op de voet van art. 1:401 BW wijziging van de rechterlijke uitspraak moet worden verzocht op die nieuwe gronden (vgl. HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6741, *NJ* 2012/446). Daarom dient na vernietiging in cassatie ook de verwijzingsrechter met dergelijke nieuw aangevoerde gronden rekening te houden.’

De Hoge Raad wees erop dat deze ratio niet opgaat voor zover in die zaak in het eerste cassatieberoep niet of tevergeefs werd opgekomen tegen het oordeel dat de alimentatiegerechtigde samenleeft of heeft samengeleefd met een ander als waren zij gehuwd, in de zin van artikel 1:160 BW. Een beslissing over die (voor)vraag gaat immers vooraf aan de eventuele vaststelling van de alimentatie en is zelf niet vatbaar voor wijziging op de voet van artikel 1:401 BW.

De rechter mag niet méér toewijzen dan is verzocht. Van de rechtspraak na 4 december 1998 noemt de A-G nog HR 12 mei 2006, een zaak over de afdoening na cassatie en verwijzing van

een verzoek tot vaststelling van partneralimentatie. Aan de Hoge Raad werd onder meer de vraag voorgelegd of in de fase na cassatie en verwijzing het ingediende alimentatieverzoek kon worden vermeerderd. De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.3.3:

‘(...) Ingevolge rov. 3.4 van de eerdergenoemde beschikking van de Hoge Raad⁽¹⁶⁾ had na cassatie en verwijzing het hof de taak de zaak in volle omvang opnieuw te onderzoeken. Het hof diende daarom zijn beslissing te geven op basis van alle op dat moment bestaande en ter zake dienende omstandigheden van het geval (vgl. HR 4 december 1998, (...) NJ 1999, 675, rov. 3.6). Bovendien diende het hof bij zijn beslissing rekening te houden met feiten waarop de vrouw eerst na het formuleren van haar grieven beroep deed, óók indien daarin niet anders dan een nieuwe grief kon worden gezien (vgl. HR 26 april 1991, (...) NJ 1992, 407).

Een en ander leidt ertoe aan te nemen dat in een geding als het onderhavige na cassatie en verwijzing de partij die wijziging van de alimentatie verzoekt, bevoegd is haar verzoek of de gronden daarvan te veranderen of te vermeerderen, onverminderd de door artikel 283 Rv. in verbinding met artikel 130 lid 1 Rv. aan de wederpartij gegeven mogelijkheid daartegen bezwaar te maken, op grond dat de verandering of vermeerdering in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Voorts brengen deze eisen mee dat de wederpartij genoegzaam de gelegenheid wordt geboden haar verweer aan te vullen en, voor zover nodig, ook overigens haar standpunt te herzien (vgl. HR 26 april 1991, (...) NJ 1992, 407).’

Hoewel het in het algemeen voor partijen voordelig is, gebruik te maken van de mogelijkheid om beweerdelijk nieuwe of gewijzigde omstandigheden dan wel een beweerd onjuistheid in de voorafgaande alimentatiebeslissing aan de orde te stellen in het geding dat na cassatie en verwijzing wordt voortgezet, het blijft mogelijk dat een van de partijen een afzonderlijk verzoek als bedoeld in artikel 1:401 BW bij de rechtbank indient.

De vaststelling van kinderalimentatie

Onderdeel 1 ziet op de vaststelling van kinderalimentatie. Volgens de vrouw heeft het hof miskend dat in alimentatiezaken (ook na cassatie en verwijzing) de mogelijkheid bestaat om wijziging van een reeds vastgestelde alimentatie te verzoeken op grond van gewijzigde omstandigheden of indien de alimentatie van de aanvang af niet aan de wettelijke maatstaven heeft beantwoord doordat bij de vaststelling werd uitgegaan van onjuiste of onvolledige gegevens (vgl. art. 1:401 lid 1 en lid 4 BW). Volgens de vrouw is in het geding na verwijzing naar voren gekomen dat het inkomen van de man in de jaren 2017 en 2018 aanzienlijk hoger was dan het inkomen waarvan de rechtbank en het gerechtshof Den Haag destijds zijn uitgegaan. Het hof, ingevolge artikel 25 Rv gehouden tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden, had dit feit moeten kwalificeren als een impliciet beroep van de vrouw op een

wijziging of een onjuist feitelijk uitgangspunt in de eerdere alimentatievaststelling, als bedoeld in artikel 1:401 BW.

De man voert tot verweer tegen dit middelonderdeel samengevat het volgende aan. Het geschil over het verzoek tot vaststelling van kinderalimentatie is geëindigd met de beschikking van het gerechtshof Den Haag, waarin (in afwijking van de beslissing in eerste aanleg) de kinderalimentatie werd bepaald op € 705 per kind per maand met ingang van 5 februari 2018, zulks overeenkomstig het verzoek van de vrouw.

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de periode voor en na 1 juni 2019. Het gerechtshof Amsterdam kon niets meer beslissen over de kinderalimentatie voor het tijdvak vanaf 1 juni 2019. In de eindbeschikking, in cassatie onbestreden, heeft het hof geconstateerd dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de partner- en de kinderalimentatie voor het tijdvak vanaf 1 juni 2019.

Wat betreft de kinderalimentatie over het tijdvak vóór 1 juni 2019 heeft het hof op grond van de bereikte overeenstemming de kinderalimentatie over het tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019 laten staan op het door het gerechtshof Den Haag bepaalde bedrag van € 705 per kind per maand. De vrouw heeft uitdrukkelijk verzocht de kinderalimentatie voor het tijdvak van 5 februari 2018 tot 1 juni 2019 te bepalen op € 705 per maand per kind. Omdat het hof niet méér kon toewijzen dan verzocht mist de vrouw elk belang bij dit middelonderdeel.

Ten overvloede merkt de A-G over deze klacht nog het volgende op. *In het dictum* van zijn beschikking van 19 juni 2020 heeft de Hoge Raad de toen bestreden beschikking van het gerechtshof Den Haag van 27 februari 2019 vernietigd. Bij cumulatie van vorderingen of verzoeken is een partiële vernietiging in het dictum op zich mogelijk. In dit geval heeft de Hoge Raad de appelbeschikking vernietigd en 'het geding' verwezen naar het gerechtshof Amsterdam, ter verdere behandeling en beslissing. Na verwijzing moest immers nog onderzoek worden gedaan naar de behoefte van de vrouw en naar een eventuele terugbetalingsverplichting. In zoverre was er sprake van samenhang tussen de kinder- en de partneralimentatie. De verwijzingsrechter dient bij de verdere afdoening uitleg te geven aan de uitspraak van de Hoge Raad.

Aan onherroepelijk geworden alimentatiebeslissingen komt gezag van gewijsde toe, maar dit gezag wordt beperkt door de omstandigheid dat in een latere rechterlijke beslissing de alimentatie kan worden gewijzigd of ingetrokken op grond van een wijziging van omstandigheden (t.a.v. de draagkracht van de alimentatieplichtige of de behoefte van de tot alimentatie gerechtigde) dan wel omdat de alimentatiebeslissing van de aanvang af aan niet aan de wettelijke maatstaven heeft voldaan. Dit betekent dat de rechter bij een

wijzigingsverzoek niet gebonden is aan geschilbeslissingen in de eerdere uitspraak voor zover deze voor wijziging vatbaar zijn. Is inderdaad sprake van een relevante wijziging van omstandigheden of van een situatie als bedoeld in artikel 1:401 lid 4 BW, dan moet de rechter in het nieuwe geschil de uitkering tot levensonderhoud opnieuw vaststellen, rekening houdend met alle relevante omstandigheden. De rechter is in dat geval niet gebonden aan oordelen in de eerdere uitspraak over diezelfde omstandigheden.

Als gevolg van de verwerping door de Hoge Raad van de klachten in het eerste cassatieberoep van de vrouw voor zover deze betrekking hadden op de door het gerechtshof Den Haag vastgestelde kinderalimentatie, was sprake van een eindbeslissing over dit nevenverzoek. De A-G verstaat de aangehaalde rechtspraak aldus, dat slechts indien (en voor zover) de verwijzingsrechter toekomt aan het opnieuw vaststellen van alimentatie, hij het wijzigingsverzoek 'meeneemt' in zijn beslissing na verwijzing, opdat de nieuwe vaststelling zoveel aansluit bij de actuele toestand ten aanzien van behoefte en draagkracht. In het onderhavige geval was er voor het gerechtshof geen aanleiding om, wat betreft de hoogte van de kinderalimentatie in het tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019, een nieuwe omstandigheid ambtshalve 'mee te nemen' en af te wijken van deze eindbeslissing van het gerechtshof Den Haag. Ook om deze reden falen zowel de rechtsklacht als de subsidiaire motiveringsklacht van onderdeel 1.

Partneralimentatie

Onderdeel 2 heeft betrekking op de bijdrage van de man in het levensonderhoud van de vrouw in het reeds verstreken tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019. Het hof heeft in het dictum van zijn eindbeschikking verstaan dat partijen overeenstemming hebben over de partneralimentatie vanaf 1 juni 2019 en dat het daarop betrekking hebbende verzoek in zoverre is ingetrokken.

De klacht houdt in dat het hof uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, door niet zelf alle voor de partneralimentatie relevante feiten vast te stellen aan de hand van het debat in de procedure na cassatie en verwijzing. Door te verwijzen naar de draagkrachtberekeningen die het gerechtshof Den Haag had gemaakt heeft het gerechtshof Amsterdam volgens de vrouw miskend dat de (verwijzings)rechter in alimentatiezaken zelf de feiten moet vaststellen. Dit betekent volgens de vrouw dat het gerechtshof Amsterdam óók acht had moeten slaan op hetgeen zij in het geding na verwijzing had aangevoerd over in die draagkrachtberekeningen nog niet meegenomen inkomsten uit verhuur en over een verschuiving (voor de inkomstenbelasting) van de woonlasten van box 1 naar box 3.

Volgens subonderdeel 2.3 geldt de noodzaak van een nieuwe vaststelling van behoefte en

draagkracht in dit geval temeer, omdat de alimentatiebeslissing van het gerechtshof Den Haag op onvolledige gegevens berustte. In zijn beschikking van 24 juli 2019 op het verzoek van de vrouw tot herstel van die beschikking heeft dat gerechtshof overwogen dat het hof in zijn beschikking van 27 februari 2019, gezien de gebrekkige informatie van partijen, zelf is gaan rekenen op basis van gegevens die het hof in het dossier had aangetroffen en uit de toelichting had begrepen. De klachten lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

Zowel in de tussenbeschikking (r.o. 4.7) als in de eindbeschikking (r.o. 2.3) laat het gerechtshof Amsterdam er geen twijfel over bestaan dat het hof de hoogte van de partneralimentatie tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019 in volle omvang opnieuw heeft vastgesteld.

Subonderdeel 2.4 bouwt uitsluitend voort op de voorgaande subonderdelen en bevat geen klacht die afzonderlijk bespreking behoeft. Onderdeel 2 faalt.

Verplichting tot terugbetaling

Onderdeel 3 heeft betrekking op een 'eventuele' terugbetalingsverplichting van de vrouw. Het hof heeft de partneralimentatie over het tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019 bepaald op bedragen die gedeeltelijk lager zijn dan die, welke de rechtbank op 5 februari 2018 had vastgesteld. Ingevolge de beslissing van de Hoge Raad in de verwijzingsbeslissing had het hof daarom de taak opnieuw naar dit geschilpunt in hoger beroep te kijken.

Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling op 15 februari 2021 heeft de man gesteld dat de vrouw hem nog ruim € 27.000 moet terugbetalen. De vrouw heeft dat standpunt betwist, waarbij haar stelling over een in werkelijkheid hoger inkomen van de man in dit tijdvak, de betalingen van (ook) de kinderalimentatie en haar eigen (on)mogelijkheden om een eventuele terugbetaling te doen aan de orde kwamen. In zijn tussenbeschikking van 14 september 2021 heeft het hof, alleszins begrijpelijk, aan partijen verzocht nader inlichtingen aan het hof te verstrekken.

Nadat elk van partijen zich schriftelijk nader had uitgelaten, bleek dat partijen het niet eens zijn geworden over het door de man te betalen en over het door de man feitelijk aan de vrouw betaalde bedrag. Daarbij speelt een rol dat in hun opstellingen deels ook andere inkomsten en betalingen zijn verweven (zoals inkomsten uit verhuur en onderlinge verrekeningen).

Dienaangaande overwoog het hof in r.o. 2.13 van zijn eindbeschikking als volgt:

'Het hof kan geen terug te betalen bedrag vaststellen omdat geen duidelijkheid is gegeven over de precieze bedragen die partijen over en weer hebben betaald. Wel geldt volgens vaste rechtspraak dat de rechter die een onderhoudsverplichting verlaagt met ingang van een vóór

zijn uitspraak gelegen datum, aan de hand van hetgeen ten processe is gebleken, dient te beoordelen in hoeverre een daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting in redelijkheid kan worden aanvaard. Nu de vrouw sinds de uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 27 februari 2019 er rekening mee heeft kunnen houden dat zij een mogelijke terugbetalingsverplichting heeft en voorts sinds juni 2019 zelf een aanzienlijk inkomen verwerft, ziet het hof geen aanleiding de (eventuele) terugbetalingsverplichting te matigen.’

Anders dan het hof in deze laatste volzin overweegt, gaat het volgens de vrouw niet slechts om matiging van de terugbetalingsplicht. De Hoge Raad schrijft in de beschikking van 19 juni 2020 immers voor dat de rechter, beslissend op een wijzigingsverzoek of beslissend in hoger beroep, slechts behoedzaam gebruik mag maken van zijn bevoegdheid om de hoogte van de alimentatie te wijzigen met ingang van een tijdstip dat vóór de datum van zijn uitspraak ligt. Dit vereist volgens de vrouw een andere toetsing dan het hof heeft toegepast.

Het hof verwijst in de tussenbeschikking met zoveel woorden naar de in dit middelonderdeel bedoelde overweging in HR 19 juni 2020. In de eindbeschikking heeft het hof deze verwijzing herhaald en verwijst het hof naar de ‘vaste rechtspraak’. Hieruit kan de lezer opmaken dat het hof in elk geval de juiste maatstaf voor ogen heeft gehad. In zoverre mist de rechtsklacht feitelijke grondslag.

De aangehaalde maatstaf zoals verwoord in de vaste rechtspraak veronderstelt dat de rechter die met ingang van een in het verleden gelegen datum een wijziging aanbrengt in de alimentatieverplichting zich vooraf een beeld vormt van de terugbetalingsverplichting die daaruit voortvloeit voor de alimentatie-ontvanger. Vervolgens toetst de rechter of deze terugbetalingsverplichting in redelijkheid kan worden aanvaard. Daarbij spelen de financiële omstandigheden van partijen een rol, maar ook de vraag of de alimentatie-ontvanger het op grond van de eerder overeengekomen of door een rechter vastgestelde alimentatie ontvangen bedrag al heeft uitgegeven in overeenstemming met diens behoefte.

Aan de door de Hoge Raad bedoelde ‘behoedzaamheid’ kan de alimentatierechter (ook in hoger beroep en na verwijzing) op verschillende wijzen vorm geven. De A-G noemt niet uitputtend, enkele mogelijkheden. Zo kan de rechter besluiten om, in een voorkomend geval, de alimentatie over een verstreken tijdvak vast te stellen op het bedrag dat in feite is betaald en door de alimentatie-ontvanger reeds is uitgegeven in overeenstemming met diens behoefte aan levensonderhoud. Dan hoeft niets te worden terugbetaald. De rechter kan besluiten dat de wijziging ingaat op een later (maar nog wel in het verleden gelegen) tijdstip. Daarmee wordt de omvang van het door de alimentatie-ontvanger terug te betalen bedrag gematigd. De rechter kan een afbetalingsregeling treffen (vgl. art. 1:402 lid 3 BW). Ook kan de rechter onderzoeken of de alimentatie-ontvanger een andere reële mogelijkheid heeft om hetgeen te

veel betaald is terug te betalen (bijvoorbeeld door in te teren op beschikbaar vermogen). In deze laatste gevallen wordt het terug te betalen bedrag weliswaar niet beperkt of kwijtschelden, maar kunnen de voor de alimentatie-ontvanger ingrijpende gevolgen van een plotselinge forse terugbetalingsverplichting worden teruggebracht tot binnen de grenzen van wat nog redelijk is.

Voor zover de klachten berusten op de veronderstelling dat het gerechtshof Amsterdam zich een onjuist beeld heeft gevormd van de hoogte van de door de man *verschuldigde* partneralimentatie in het tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019, missen zij feitelijke grondslag. Op grond van de eindbeschikking van het gerechtshof Amsterdam bedraagt de alimentatieverplichting van de man in het tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019 afgerond € 73.258. De alimentatiebetalingen die de vrouw feitelijk van de man heeft ontvangen over dit tijdvak kunnen hiermee worden vergeleken.

Over de hoogte van de door de vrouw in dit tijdvak ter zake van alimentatie ontvangen bedragen verschillen partijen van mening. Het hof spreekt van een 'mogelijke' en van een 'eventuele' terugbetalingsverplichting van de vrouw. Daaruit maakt de A-G op dat het hof *veronderstellenderwijs* uitgaat van een terugbetalingsverplichting. Het hof heeft het terug te betalen bedrag niet kunnen vaststellen omdat geen duidelijkheid is verkregen over de precieze bedragen die partijen over en weer hebben betaald. Dit brengt mee dat bij de beoordeling van dit cassatieberoep als hypothetische grondslag heeft te gelden dat het ten hoogste gaat om een terugbetalingsverplichting van € 27.462,03 (het door de man gestelde, maar door de vrouw betwiste bedrag). Het hof heeft de precieze hoogte van het door de vrouw terug te betalen bedrag in het midden gelaten.

Het door het hof gebruikte argument dat de vrouw sinds de uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 27 februari 2019 rekening heeft kunnen houden met een mogelijke terugbetalingsverplichting, ziet vanzelfsprekend slechts op de periode na die datum. Tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019 had de vrouw blijkbaar geen inkomsten uit eigen arbeid en slechts zeer beperkt inkomsten uit vermogen. Het komt derhalve in belangrijke mate aan op het oordeel van het hof dat van de vrouw, die sinds 1 juni 2019 een goed betaalde baan heeft als fiscalist bij een fiscaal adviesbureau, in redelijkheid de terugbetaling mag worden verwacht van de in het tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni 2019 te veel door haar ontvangen alimentatie. Wanneer het hof vervolgens overweegt dat het geen aanleiding heeft gevonden om het terug te betalen bedrag te 'matigen', bedoelt het hof kennelijk dat, gelet op haar financiële mogelijkheden sinds 1 juni 2019, er geen reden is om deze wijziging met terugwerkende kracht van de alimentatie te laten ingaan op een latere datum of het terug te betalen bedrag anderszins te verminderen. In zijn algemeenheid geeft dat oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, noch is het onbegrijpelijk. De klachten onder I en II.a en II.b

falen. Het hof heeft niet geoordeeld dat de vrouw in de periode vóór 27 februari 2019 al een gedeelte van de door haar van de man ontvangen bedragen had moeten 'reserveren' voor een eventuele terugbetalingsverplichting. Het hof heeft niet méér of minder gezegd dan dat ten tijde van zijn beslissing in redelijkheid van de vrouw verwacht mag worden dat zij terugbetaalt wat zij in dit tijdvak teveel heeft ontvangen.

De motiveringsklacht onder II.c komt hierop neer dat het hof nader had moeten aangeven waarop zijn oordeel berust dat de vrouw (die in de redenering van het hof vanaf 1 juni 2019 immers zelf in haar levensonderhoud moet voorzien) in redelijkheid tot terugbetaling in staat is. Tegen de achtergrond van het jaarsalaris van de vrouw is voor de lezer niet onbegrijpelijk hoe het hof tot zijn oordeel is gekomen dat voldoening aan deze terugbetalingsverplichting in redelijkheid van haar kan worden gevergd.

De motiveringsklachten onder II.e en II.f berusten op een berekening van het terug te betalen bedrag die de A-G niet kan volgen. Het gerechtshof Amsterdam had in dit verband ambtshalve rekening te houden met het bedrag dat de man ingevolge zijn uitspraak aan partner- en kinderalimentatie verschuldigd was over het tijdvak tussen 5 februari 2018 en 1 juni (dus niet: 1 juli) 2019 en, anderzijds, met de bedragen die de man in dit tijdvak feitelijk aan de vrouw heeft betaald ter zake van partner- en kinderalimentatie en met een eventuele terugbetalingsverplichting die daaruit voortvloeit. Deze klachten falen.

De klacht onder II.d behoeft afzonderlijk bespreking. In het laatste gedingstuk, namelijk de antwoordakte van de vrouw voor de zitting van 26 oktober 2021, tevens houdende vermeerdering van eis, heeft de vrouw voor het eerst gesteld dat zij de dienstbetrekking bij het fiscaal adviesbureau, die zij op 1 juni 2019 had aanvaard, op 1 september 2021 heeft verloren. Volgens de vrouw heeft zij inmiddels een andere dienstbetrekking gevonden, zij het voor 4 dagen in de week en tegen een lager salaris (€ 4.500 netto per maand). Het middelonderdeel (onder d) bevat de klacht dat het hof – bij zijn oordeel over de redelijkheid van de terugbetalingsverplichting – ten onrechte geen rekening heeft gehouden met deze nieuwe omstandigheid.

Het hof heeft in ieder geval kennisgenomen van de in dit middelonderdeel bedoelde antwoordakte. Volgens de vrouw zou zij zelfs te weinig alimentatie van de man hebben ontvangen en heeft zij daarom haar eis vermeerderd. Het hof heeft de desbetreffende vermeerdering van eis terzijde gelegd vanwege strijdigheid met de goede procesorde. Die procedurele beslissing is in cassatie als zodanig niet bestreden. Dit neemt niet weg dat het om een nieuw door de vrouw gesteld feit gaat. De vrouw had op dat moment al geruime tijd het hogere salaris bij het fiscaal adviesbureau genoten (tussen 1 juni 2019 en 1 september 2021) in een periode waarin zij al bekend was met een terugbetalingsverplichting en zij had – in

afwachting van de definitieve beslissing daarover – een bedrag kunnen reserveren. Om die reden is niet onbegrijpelijk dat het hof in deze door de vrouw gestelde nieuwe omstandigheid geen reden heeft gezien voor een andere beslissing. Daarom faalt ook deze motiveringsklacht.

Volgens de A-G behoeft het voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel geen bespreking indien het principaal middel wordt verworpen. Ten overvloede merkt de A-G op dat de klacht van de man die in de kern inhoudt dat het gerechtshof Amsterdam buiten de grenzen van de rechtsstrijd na cassatie en verwijzing is getreden, door de hoogte van de door de man te betalen partneralimentatie opnieuw vast te stellen, niet slaagt.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

Instantie: Parket bij de Hoge Raad

Datum uitspraak: 10-03-2023

ECLI: ECLI:NL:PHR:2023:291

Zaaknummer: 22/03143

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Vervangende toestemming tot erkenning, maar zonder het rechtsgevolg van geslachtsnaamwijziging.

Feiten en omstandigheden

De vader heeft de minderjarige [1] bij de geboorte in 2012 niet erkend. Zij heeft de geslachtsnaam van de moeder gekregen. De korte relatie van de ouders is ten tijde van de geboorte geëindigd. De minderjarige is opgegroeid bij haar moeder en heeft tot medio 2022 vrijwel geen contact met haar vader gehad. Zij heeft daarvan de nodige psychische gevolgen ondervonden. De relatie met haar vader – die sinds 2022 via een voorlopige zorgregeling verloopt – is nog spanningsvol en niet onbelast.

De vader heeft de minderjarige [2] bij de geboorte in 2020 wel erkend. De ouders hebben toen voor de minderjarige [2] de geslachtsnaam van de vader gekozen. De ouders hebben de situatie waarin de kinderen een verschillende geslachtsnaam dragen niet eerder bezwaarlijk gevonden.

De moeder verzoekt het hof de beschikking van de rechtbank te vernietigen, voor zover het de vervangende toestemming voor de erkenning van minderjarige [1] betreft. De bijzondere curator verzoekt het hof te bepalen dat het rechtsgevolg van geslachtsnaamwijziging ingevolge artikel 1:5 lid 8 BW wordt onthouden aan de erkenning door de vader. Het wijzigen van haar geslachtsnaam in die van haar vader roept bij de inmiddels 11-jarige minderjarige en bij de moeder hevige weerstand op. Verwacht wordt dat door een geslachtsnaamwijziging de minderjarige zich tegen haar vader én tegen haar moeder gaat keren.

Beoordeling en motivering

Het hof gaat op grond van artikel 1:204 lid 3 onder a BW na of er gronden zijn om geen vervangende toestemming voor erkenning te verlenen. Dat is niet het geval. De bestreden beschikking kan in zoverre in stand blijven. Wel ziet het hof in de geslachtsnaamwijziging als gevolg van de erkenning, reden om een nuancering aan te brengen in het oordeel van de rechtbank.

Met de uitzonderlijke situatie van dit geval is geen rekening gehouden bij de totstandkoming van artikel 1:5 lid 8 BW, dat bepaalt dat ‘volgende kinderen van dezelfde ouders’ van rechtswege dezelfde naam als het eerste kind krijgen. In dit geval is de minderjarige[2] ‘het eerste kind’ in de betekenis van genoemde bepaling, hoewel het acht jaar jonger is dan het inmiddels 11-jarige kind [1], dat altijd de geslachtsnaam van de moeder heeft gehad.

Er is verder een groot maatschappelijk belang bij een juiste registratie in de registers van de burgerlijke stand. Maar bij erkenning door de vader met behoud van de geslachtsnaam van de moeder op de geboorteakte van de minderjarige [1], levert deze akte nog steeds bewijskracht van haar naam, waar en wanneer zij is geboren is en wie haar ouders zijn.

Het hof oordeelt, mede gezien het voorgaande, dat aan de erkenning het rechtsgevolg dat de geslachtsnaam van de minderjarige [1], waarmee zij zich identificeert, zou wijzigen, achterwege moet blijven. Aannemelijk is dat een wijziging van geslachtsnaam zeer grote gevolgen voor de minderjarige heeft. Voor een gezonde ontwikkeling naar volwassenheid, is het voor de minderjarige van belang dat voor haar zeker is dat zij haar huidige geslachtsnaam mag behouden. Het hof verwacht dat de minderjarige hierdoor rust krijgt en dat er voor haar en voor de vader ruimte komt voor het onbelast verder opbouwen van hun ouder-kindrelatie.

De openbare orde komt tot slot niet in het geding door aan artikel 1:5 BW het gebruikelijke rechtsgevolg te onthouden.

Onder deze bijzondere omstandigheden is strikte toepassing van artikel 1:5 BW zozeer in strijd met het recht van de minderjarige op bescherming van haar identiteit, dat daaraan het rechtsgevolg dient te worden onthouden.

Conclusie

Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank, met de aanvulling dat aan de erkenning het rechtsgevolg met betrekking tot de geslachtsnaamwijziging wordt onthouden, in die zin dat de minderjarige [1] de geslachtsnaam van de moeder behoudt indien de erkenning tot stand komt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:2800

Zaaknummer: 200.311.499/01

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Toepasselijk Congolees recht maakt het onmogelijk voor een inwoner van Nederland om de wijziging van voornaam en geslacht te registreren. Het toepasselijk recht wordt als strijdig met artikel 8 EVRM en als onverenigbaar met de Nederlandse openbare orde opzijgezet.

Feiten en omstandigheden

Verzoeker wil zijn voornaam wijzigen omdat hij transgender is. Ook wil hij wijziging van zijn geslachtsaanduiding. Verzoeker heeft de Congolese nationaliteit, is als kind naar Nederland gekomen, woont hier en heeft een verblijfsvergunning. Van verzoeker is geen geboorteakte ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Verzoeker heeft diverse kopieën overgelegd van niet-gelegaliseerde documenten aangaande een Congolese geboorteakte evenals een beschikking van de rechtbank waarin is vastgesteld dat verzoeker ten tijde van het huwelijk van zijn ouders is geboren in 2002 in Congo.

Beoordeling en motivering

Omdat verzoeker in Nederland woont, heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht. Ingevolge artikel 10:19 lid 1 BW is Congolees recht op het verzoek tot voornaamswijziging van toepassing.

Volgens Congolees recht kan de rechter van de woonplaats van een verzoeker in Congo tot naamswijziging overgaan. Verzoeker heeft geen woonplaats meer in Congo zodat er geen bevoegde Congolese rechter is en het verzoek naar Congolees recht niet kan worden toegewezen.

Blijkens de in artikel 10:18 BW aangegeven internationale regels inzake het namenrecht kan het aangewezen recht slechts worden uitgesloten, indien dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Omdat het recht van Congo verzoeker niet in staat stelt zijn voornaam te wijzigen, komt de rechtbank niet toe aan vaststelling van de geboortegegevens van verzoeker. Dat zou ook betekenen dat de geslachtsaanduiding van verzoeker niet gewijzigd kan worden.

Ontzegging van een geslachtsregistratie overeenkomstig de innerlijke overtuiging is in strijd met het recht op privéleven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM. Volgens de rechtbank is het daarom in strijd met de Nederlandse openbare orde is als verzoeker zijn voornaam en geslacht niet zou kunnen wijzigen. Dit maakt dat het toepasselijke recht met een beroep op artikel 8 EVRM opzijgezet moet worden.

De rechtbank beoordeelt vervolgens het verzoek om voornaamswijziging op basis van het recht van de gewone verblijfplaats van verzoeker, het Nederlandse recht. Op grond daarvan wijst de rechtbank de gevraagde voornamen toe. Een voornaamswijziging komt echter pas tot stand door een latere vermelding in de geboorteakte. Omdat er geen geboorteakte van verzoeker is ingeschreven en de aangeleverde documenten niet vatbaar zijn voor inschrijving, overweegt de rechtbank dat de geboortegegevens vastgesteld kunnen worden als, zoals in dit geval, op grond van Boek 1 een latere vermelding aan de akte van geboorte moet worden toegevoegd (art. 1:25c lid 1 onder c BW). De rechtbank is van oordeel dat de inhoud van de aangeleverde stukken voldoende aanwijzingen geven over de omstandigheden waaronder en de datum waarop de geboorte van verzoeker moet hebben plaatsgehad.

Voor de wijziging van de geslachtsaanduiding overweegt de rechter dat verzoeker bij de ambtenaar van de burgerlijke stand aangifte kan doen van zijn overtuiging tot het andere geslacht te behoren.

Conclusie

De rechtbank stelt voor het opmaken van een geboorteakte de noodzakelijke gegevens vast. De rechtbank gelast de wijziging van de voornaam van verzoeker.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 27-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:2484

Zaaknummer: C/09/620488 / FA RK 21-7533

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Kinderalimentatie, doorbreken wettelijk stelsel op grond van artikel 8 EVRM.

Feiten en omstandigheden

De man en de vrouw zijn in 2014 met elkaar getrouwd. De vrouw was eerder tussen 2005 en 2009 met een andere man gehuwd. In 2009 heeft de vrouw een zoon gekregen, van wie de ex-echtgenoot van de vrouw volgens de geboorteakte de juridische vader is. De man is echter de biologische vader. In 2012 is het tweede kind geboren. De rechtbank heeft in eerste aanleg de echtscheiding tussen partijen uitgesproken en de man een bedrag aan kinderalimentatie voor het jongste kind opgelegd. De rechtbank heeft de vrouw niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek tot kinderalimentatie voor het oudste kind.

Grief

De vrouw verzoekt te bepalen dat de man haar een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van het oudste kind zal betalen.

Beoordeling en motivering

Het hof overweegt dat de rechtbank de vrouw niet-ontvankelijk heeft verklaard in haar verzoek om kinderalimentatie voor het oudste kind, omdat de man niet de juridische vader is. De vraag die beantwoord moet worden is of de man gehouden kan worden om kinderalimentatie voor het oudste kind te betalen, van wie hij de biologische vader is. De juridische vader van het oudste kind is de ex-echtgenoot van de vrouw en volgens de wet is hij onderhoudsplichtig. Het wettelijke stelsel van onderhoudsverplichtingen kan op grond van artikel 8 EVRM echter doorbroken worden in gevallen waarin de aanspraak op de wettige ouder niets oplevert, of waarin van de onderhoudsgerechtigde niet gevraagd kan worden de wettige ouder aan te spreken. Het hof is van oordeel dat in dit geval plaats is voor doorbreking van het wettelijk stelsel. De ex-echtgenoot van de vrouw is aangemerkt als juridische vader, omdat het oudste kind is geboren binnen 300 dagen na de echtscheiding. De moeder heeft onweersproken gesteld dat zij een procedure is gestart in Polen tot ontkenning van het vaderschap. Aangezien de man, zijnde de biologische vader, niet in die procedure is

verschenen heeft de rechtbank in Polen geen uitspraak gedaan. De vrouw heeft samen met de man hun zoon opgevoed en de juridische vader heeft hem nooit gezien. Het hof vindt dat in deze omstandigheden niet van de vrouw kan worden gevergd dat zij de juridische vader in Polen aanspreekt op kinderalimentatie, dan wel dat de juridische vader kinderalimentatie moet betalen. Het is wel in het belang van het oudste kind dat een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding wordt betaald. Het hof vindt dat de man deze bijdrage moet betalen, omdat tussen het kind en zijn biologische vader een als familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM aan te merken betrekking bestaat.

Conclusie

Het hof bepaalt dat de man kinderalimentatie aan de vrouw zal betalen voor het oudste kind van partijen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-03-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:1839

Zaaknummer: 200.313.093

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Draagmoederschap: verklaring voor recht dat buitenlandse geboorteakten en beslissingen van rechtswege in Nederland worden erkend.

Feiten en omstandigheden

De wensouders zijn met elkaar getrouwd en hebben via een traject van hoogtechnologisch draagmoederschap in de Verenigde Staten twee kinderen gekregen. Eén van de wensouders is de biologisch vader van het oudste kind, de andere wensouder is de biologisch vader van het jongste kind.

Verzoeken

De wensouders verzoeken voor recht te verklaren dat de Amerikaanse geboorteakten en de beslissingen van de Amerikaanse rechtbank van rechtswege in Nederland worden erkend en naar hun aard vatbaar zijn voor opnemning in het register van de burgerlijke stand.

Beoordeling en motivering

De rechtbank acht zich bevoegd om van de verzoeken kennis te nemen en past daarop Nederlands recht toe. De rechtbank overweegt dat verzoekers op grond van artikel 1:26 lid 1 BW een gerechtvaardigd belang hebben bij hun verzoek, omdat zij daarmee beogen dat het in de Verenigde Staten vastgestelde juridisch ouderschap in Nederland wordt erkend en geregistreerd, zodat zij in Nederland hun ouderlijke rechten en verplichtingen kunnen uitoefenen. Tevens betekent een vaststelling van het juridisch ouderschap van de wensouders dat de kinderen het Nederlanderschap verkrijgen.

De rechtbank beoordeelt eerst of de uit de Amerikaanse beslissingen voortvloeiende, uit hoofde van afstamming vastgestelde, familierechtelijke rechtsbetrekkingen van rechtswege kunnen worden erkend. Op grond van artikel 10:100 lid 1 BW wordt een buitenslands tot stand gekomen onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld in Nederland van rechtswege erkend. Dit is slechts anders indien er voor de rechtsmacht van de rechter kennelijk onvoldoende aanknopings

bestond met de rechtsfeer van dat land, aan de beslissingen geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan of de erkenning van de beslissingen onverenigbaar is met de openbare orde.

De rechtbank is van oordeel dat sprake is geweest van behoorlijk onderzoek en behoorlijke rechtspleging. Nu het draagmoederschap in de Verenigde Staten heeft plaatsgevonden en de draagmoeder daar woonachtig is, kan niet worden geoordeeld dat er voor de rechtsmacht van de Amerikaanse rechter kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond. In deze zaak gaat het om de vraag of de openbare orde zich verzet tegen erkenning van de Amerikaanse beslissingen. De rechtbank acht het in dat kader van belang om te oordelen of het gevolgde traject van draagmoederschap zorgvuldig heeft plaatsgevonden. Dit gelet op de ingrijpende gevolgen van draagmoederschap voor de rechten en verplichtingen van zowel het kind, de draagmoeder als de wensouders in kwestie. Naar het oordeel van de rechtbank dient te worden gekeken of de belangen van het kind en de draagmoeder voldoende in acht zijn genomen. Daarbij is van belang dat het voor kinderen van groot belang is om te (kunnen) achterhalen uit wie zij zijn geboren, van wie zij genetisch afstammen en onder welke omstandigheden zij zijn ontstaan en geboren. Het recht van het kind om zijn of haar afstamming te kennen is een mensenrecht dat is opgenomen in artikel 7 IVRK. Op grond van de overgelegde stukken komt de rechtbank tot het oordeel dat de draagmoederschapstrajecten zorgvuldig hebben plaatsgevonden. Van beide kinderen is hun volledige ontstaansgeschiedenis te achterhalen. Zowel de naam van de draagmoeder als van de eiceldonatrice zijn bekend en het is mogelijk om met hun beiden contact op te nemen. Gebleken is dat het juridisch ouderschap van de wensouders van de kinderen is vastgesteld op grond van de beslissingen van de Amerikaanse rechtbanken. De rechtbank kwalificeert deze Amerikaanse beslissing als een 'ontkenning van het moederschap' van de draagmoeder en een vaststelling van het ouderschap van de biologische vader, waarbij de echtgenoot van de biologische vader in het juridisch ouderschap deelt. Hoewel de Nederlandse wet niet de ontkenning van het moederschap kent, is dit onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van onverenigbaarheid met de openbare orde.

Voor de vraag of de Amerikaanse geboorteakten erkend kunnen worden, kijkt de rechter naar artikel 10:101 lid 1 BW waarin de in artikel 10:100 leden 1, onder b en c, 2 en 3 BW opgenomen erkenningsregeling van overeenkomstige toepassing verklaard op buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen, waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, welke zijn neergelegd in een door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte. De rechtbank stelt vast dat voor beide kinderen Amerikaanse geboorteakten zijn opgemaakt, waarin de wensouders als ouders zijn opgenomen. Niet in geschil is dat dit door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften is gedaan. De rechtbank heeft geen aanknopingspunten voor het

oordeel dat aan deze rechtshandelingen geen behoorlijk onderzoek is voorafgegaan. Ook ten aanzien van de Amerikaanse geboorteakten gaat het om de vraag of erkenning kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Uit artikel 10:101 lid 1 BW juncto artikel 1:100 lid 2 BW volgt dat de erkenning van de buitenlandse akte, ook wanneer daarbij een Nederlander betrokken is, niet wegens onverenigbaarheid met de openbare orde kan worden geweigerd op de enkele grond dat daarop een ander recht is toegepast dan uit deze titel zou zijn gevolgd. Van onverenigbaarheid met de openbare orde is slechts sprake in geval van strijdigheid met beginselen en waarden van juridische, sociale of morele aard die in de eigen rechtsorde fundamenteel worden geacht. Uitgangspunt is dat de buitenlandse akten dienen te worden erkend. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de draagmoederschapstrajecten naar het oordeel van de rechtbank met de nodige zorgvuldigheidseisen zijn omkleed, de afstammingsrelatie voor de kinderen herleidbaar is en dat hiermee voldoende is voorzien in het recht van de kinderen om hun afstamming te kennen (art. 7 IVRK). De rechtbank overweegt verder dat uit de jurisprudentie van het EHRM in de zaak *Menesson/Frankrijk* (nr. 65192/11, *ECHR* 2014/185) en de ‘advisory opinion’ van 10 april 2019 (nr. F16-2018-001) blijkt dat het EHRM het in het belang van het kind acht dat hij een juridische afstammingsband heeft met de personen die hem verzorgen en opvoeden, ook indien tussen hen geen genetische band bestaat. Daarbij acht het EHRM het in het belang van het kind dat de periode vanaf de geboorte van het kind totdat de juridische band met de wensouders is gevestigd, zo kort mogelijk is, zodat het kind minder lang in een onzekere positie verkeert. De rechtbank is van oordeel dat zij door erkenning van de buitenlandse beslissingen en geboorteakten handelt naar wat het EHRM in dit soort zaken van een lidstaat verlangt. Immers, door erkenning van de buitenlandse beslissingen en geboorteakten wordt de juridische band van de wensouders met de kinderen vanaf de geboorte erkend.

Conclusie

De rechtbank verklaart voor recht dat zowel de Amerikaanse geboorteakten van beide kinderen, waarop de wensouders als ouders worden vermeld, als de beslissingen van de Amerikaanse rechtbank, waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming tussen de kinderen en de wensouders zijn vastgesteld, van rechtswege in Nederland worden erkend en naar hun aard vatbaar zijn voor opneming in het register van de burgerlijke stand.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 20-01-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:4728

Zaaknummer: C/09/617748 / FA RK 21-6155

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Artikel 81 lid 1 RO. Benoeming onafhankelijke derde tot curator. Betekenis van bepaling in levenstestament waarbij voorkeur is uitgesproken voor echtgenoot als belangenbehartiger.

Feiten en omstandigheden

Op verzoek van de dochter is haar moeder (hierna: de betrokkene), die aan vasculaire dementie lijdt en in een verpleeghuis verblijft, onder curatele gesteld met benoeming van een onafhankelijke derde tot curator. De echtgenoot van de betrokkene heeft zich hiertegen verzet en daarbij gewezen op het levenstestament van de betrokkene, waarin zij hem heeft aangewezen om haar belangen te behartigen indien zij daartoe zelf niet meer in staat is. In cassatie wordt geklaagd over de ondercuratelestelling en de benoeming van de curator.

Parket bij de Hoge Raad 6 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:120

Een deel van de klachten komt erop neer dat het hof onvoldoende gewicht heeft toegekend aan het door de betrokkene in 2016 opgemaakte levenstestament. De advocaat-generaal besteedt enige aandacht aan het verschijnsel levenstestament alvorens de klachten te bespreken.

Een levenstestament wordt wel omschreven als een akte waarin een natuurlijk persoon een of meer geboden, verboden en/of wensen met betrekking tot zijn vermogen (waaronder mede begrepen: schulden), zijn verzorging en leven/dood heeft genoteerd met de bedoeling dat in geval van zijn wilsonbekwaamheid dienovereenkomstig wordt gehandeld. Het levenstestament is geen uiterste wilsbeschikking in de zin van artikel 4:42 lid 1 BW en is als zodanig niet wettelijk geregeld. Levenstestamenten voorzien in een volmacht voor het geval de volmachtgever niet voldoende in staat zal zijn de eigen wil nog te uiten en de volmachtgever wijst daarin een of meer gevolmachtigde(n) aan. De aanwezigheid van een levenstestament speelt een rol bij de beoordeling of voor een meerderjarige moet worden voorzien in een beschermingsmaatregel als curatele. Op grond van artikel 1:378 BW kan een meerderjarige door de kantonrechter onder curatele worden gesteld. De rechter moet nagaan of een voldoende behartiging van de belangen van de meerderjarige wiens ondercuratelestelling is

verzocht, niet met een meer passende en minder verstrekkende voorziening kan worden bewerkstelligd. Een volmacht verleend in een door de meerderjarige opgesteld levenstestament kan onder omstandigheden als een dergelijke voorziening worden aangemerkt. De rechter is echter niet gehouden om voorrang te verlenen aan een volmacht in een levenstestament. Het hangt immers van de omstandigheden van het geval af of deze inderdaad als een meer passende en minder verstrekkende voorziening moet worden aangemerkt.

Stelt de rechter curatele in, dan benoemt hij zo spoedig mogelijk een curator nadat hij zich heeft vergewist van de bereidheid en de geschiktheid van de te benoemen persoon (art. 1:383 lid 1 BW). In dit verband voorziet artikel 1:383 BW in een wettelijke voorkeursregeling. De rechter volgt bij de benoeming de uitdrukkelijke voorkeur van de betrokkene, tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten (art. 1:383 lid 2 BW). Ingevolge lid 3 worden, tenzij overeenkomstig lid 2 de voorkeur van de meerderjarige is gevolgd, bij voorkeur de echtgenoot, de geregistreerd partner, dan wel de andere levensgezel tot curator benoemd, of anderszins een van de ouders, kinderen, broers of zusters. De rechter kan hiervan, gemotiveerd, afwijken en bijvoorbeeld een professionele onafhankelijke curator benoemen. De Hoge Raad oordeelde op 17 juni 2022 (zie ook PFR 2022-0142) met betrekking tot artikel 1:435 lid 3 BW – de gelijktijdig in werking getreden pendant van artikel 1:383 lid 2 BW bij de regeling van het bewind – dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat de gegronde redenen om af te wijken van de voorkeur van de rechthebbende (d.w.z. de persoon wiens goederen onder bewind worden gesteld) niet enkel betrekking hoeven te hebben op de persoon naar wie de voorkeur van de rechthebbende uitgaat. Die gegronde redenen kunnen ook gelegen zijn in andere omstandigheden die zich met het oog op de belangen van de rechthebbende ertegen verzetten dat de voorkeur van de rechthebbende wordt gevolgd. Aannemelijk is dat hetzelfde geldt voor artikel 1:383 lid 2 BW.

Onderdeel 1 is gericht tegen de overweging van het hof dat het levenstestament van de betrokkene niet voorziet in de noodzakelijke behartiging van haar persoonlijke, niet-vermogensrechtelijke belangen en dat daarom voldaan is aan de grond voor ondercuratelestelling. Het is voorts gericht op de overweging dat de omstandigheden zodanig zijn gewijzigd dat niet kan worden teruggevallen op het levenstestament. Onderdeel 1-I klaagt dat het hof heeft miskend dat de maatstaf van artikel 4:46 lid 1 BW ook van toepassing is bij het uitleggen van een levenstestament. Deze klacht faalt, het levenstestament is niet aan te merken als een uiterste wilsbeschikking in de zin van artikel 4:42 lid 1 BW.

Onderdeel 1-II tot en met 1-IIc klagen in de kern dat het oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en onbegrijpelijk is gemotiveerd, omdat de volmacht gelezen moet worden in het licht van de gehele tekst van het levenstestament en, daarvan uitgaande, een redelijke

uitleg van de volmacht geen andere kan zijn dan dat deze ook ziet op het behartigen van persoonlijke, niet-vermogensrechtelijke belangen en er daarom een minder verstrekkende voorziening dan curatele is, dat de kennelijke bedoeling van de betrokkene is dat haar echtgenoot alles voor haar regelt en dat er dus geen aanleiding is voor ondercuratelestelling, wat het hof miskent. Duidelijk is dat in deze zaak de vraag of het levenstestament in de weg staat aan het oordeel dat een voldoende behartiging van de belangen van de betrokkene niet met een meer passende en minder verstrekkende voorziening kan worden bewerkstelligd, niet los kan worden gezien van de vraag of de voorkeur moet worden gegeven aan de echtgenoot als curator. Als wordt uitgegaan van het levenstestament, dan worden de belangen van de betrokkene immers behartigd door de echtgenoot. Het hof diende te beoordelen of dit de aangewezen manier was om de belangen van de betrokkene te dienen. Het hof heeft overwogen (i) dat als de echtgenoot tot curator wordt benoemd, er sprake zal zijn van voortdurende onrust en onderlinge spanningen tussen de naasten van de betrokkene en dat dit voor haar, nu zij zich in een kwetsbare, afhankelijke positie bevindt, merkbaar zal zijn en (ii) dat het in het belang van de betrokkene is dat een onafhankelijke derde als curator wordt benoemd, teneinde te waarborgen dat alle betrokken personen onbelemmerd contact met haar kunnen onderhouden. Deze overwegingen kunnen het oordeel dat is voldaan aan artikel 1:378 lid 1 BW, dragen. De klachten falen.

Onderdeel 1-III klaagt over de overweging dat sinds het wijzigen van het levenstestament in 2016 de omstandigheden zodanig zijn gewijzigd dat niet op dit levenstestament kan worden teruggevallen. Volgens de klacht had het hof nader moeten motiveren welke omstandigheden het hiermee op het oog had, nu het enige dat sinds het wijzigen van het levenstestament in 2016 is gewijzigd, is dat de betrokkene is gaan dementeren. In dit verband merkt de echtgenoot op dat het levenstestament nu juist is geschreven voor de situatie zoals die thans aan de hand is. Het levenstestament bepaalt met zoveel woorden dat de volmacht niet ophoudt wanneer de betrokkene niet langer in staat is haar wil te bepalen. De klachten treffen geen doel. Het hof maakt duidelijk dat het naar zijn oordeel in dit geval niet zeker is of de in het levenstestament bedoelde (eerste) keuze voor de echtgenoot als gevolmachtigde, thans (nog) kan worden aangemerkt als een uiting van een voorkeur als bedoeld in artikel 1:383 lid 2 BW. De door de klachten bestreden overweging is feitelijk van aard en kan niet in cassatie op juistheid worden getoetst. Zij geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk in het licht van het tijdsverloop tussen het opmaken van het levenstestament (2016) en de beoordeling van de ondercuratelestelling door het hof (2022), de in die periode gebleken ziekte van de betrokkene, de ontwikkeling van die ziekte, de opname van de betrokkene in een verpleegtehuis en de door het hof bedoelde spanningen tussen de echtgenoot en de dochter.

Onderdeel 2.IIa klaagt dat het hof heeft miskend dat een levenstestament voorrang heeft boven de wettelijke beschermingsmaatregelen. Het onderdeel doet in dit verband een beroep op artikel 12 van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (IVRPH), waaruit volgens het onderdeel volgt dat de wil en de voorkeuren van de te beschermen persoon leidend zijn. Deze klachten falen. In de eerste plaats is de huidige regeling van de curatele mede erop gericht uitdrukking te geven aan het IVRPH. Uit artikel 12 lid 4 blijkt dat 'maatregelen met betrekking tot de uitoefening van handelingsbekwaamheid', zoals de wettelijke regeling van de curatele, de voorkeuren van de betrokkene dienen te respecteren, proportioneel dienen te zijn en dienen te worden toegesneden op de omstandigheden van de persoon in kwestie. Uit de regeling van de curatele noch uit de hiervoor genoemde verdragsbepaling volgt dat een (volmacht in een) levenstestament per definitie voorrang zou moeten hebben boven een wettelijke beschermingsmaatregel als de curatele. Of in een concreet geval door de rechter voorrang moet worden verleend aan zo'n volmacht boven ondercuratelestelling, hangt af van de omstandigheden van het geval. Dit heeft het hof niet miskend, de voorkeuren van de betrokkene zijn onderzocht en het oordeel is begrijpelijk en voldoende gemotiveerd.

Onderdeel 2.2-IIId klaagt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omdat bepalend is of de echtgenoot zijn taak als gevolmachtigde naar behoren kan uitvoeren. Gesteld noch gebleken is dat hij hiertoe niet in staat is. De klacht wijst erop dat de echtgenoot sinds 1994 is gehuwd met de betrokkene en haar sindsdien verzorgt. Derden moeten dan niet kunnen verhinderen dat invulling wordt gegeven aan de notarieel vastgelegde wens dat die verzorging ook doorgaat in een situatie die de betrokkene uitdrukkelijk heeft voorzien en heeft willen regelen. Deze klacht faalt. Het hof is niet van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. Bepalend is niet (enkel) of de echtgenoot zijn taak als gevolmachtigde (in praktische zin) naar behoren kan uitvoeren. De omstandigheden van het geval zijn bepalend. Onder omstandigheden, bijvoorbeeld indien dreigt dat de betrokkene klem komt te zitten in een familieruzie en of goede vrienden uit het oog zal verliezen, kan de rechter voorbijgaan aan de door de betrokkene verleende volmacht in een levenstestament en een wettelijke beschermingsmaatregel, waaronder curatele, uitspreken.

Conclusie advocaat-generaal

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep op grond van artikel 81 lid 1 RO.

Beoordeling en motivering

De Hoge Raad heeft de klachten over de beschikking van het hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die beschikking. De Hoge

Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (art. 81 lid 1 RO).

Conclusie

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 31-03-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:500

Zaaknummer: 22/01887

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek van stiefmoeder voor (stiefouder)adoptie van een meerderjarige. Geen sprake van zeer bijzondere omstandigheden die kunnen leiden tot een uitzondering op het minderjarigheidsvereiste bij adoptie.

Feiten en omstandigheden

Uit het huwelijk van de vader en de moeder is in 1999 de belanghebbende geboren. Na de echtscheiding van de ouders zijn de vader en de stiefmoeder met elkaar getrouwd geweest. De belanghebbende heeft na de scheiding van ouders eerst bij de moeder gewoond. Vanaf 2010 heeft de belanghebbende bij de vader en de stiefmoeder gewoond. In de periode van 2011 tot 2015 heeft de belanghebbende circa 2,5 jaar in een gesloten inrichting verbleven. Daarna woonde ze weer in het gezin van de vader en de stiefmoeder. Na de echtscheiding van de vader en de stiefmoeder eind 2018 is zij bij de vader blijven wonen en heeft ze regelmatig contact met de stiefmoeder. Sinds circa twee jaar geleden heeft de belanghebbende geen contact meer met haar moeder. De stiefmoeder verzoekt de (stiefouder)adoptie van de meerderjarige belanghebbende.

Beoordeling en motivering

Het verzoek tot adoptie moet worden getoetst aan de voorwaarden die zijn opgenomen in de artikelen 1:227 en 1:228 BW. Omdat de belanghebbende op de dag van de indiening van het verzoekschrift 23 jaar oud was, is niet voldaan aan de in artikel 1:228 lid 1 onder a BW gestelde voorwaarde dat het kind op de dag van de indiening van het verzoekschrift minderjarig is. Op grond van nationale wetgeving is de adoptie dus niet mogelijk. Het recht op adoptie is ook niet een van de door het EVRM beschermde rechten. Het enkele feit dat adoptie niet mogelijk is wanneer niet wordt voldaan aan de in de nationale wetgeving vastgestelde voorwaarden, kan daarom in beginsel niet worden aangemerkt als een ongeoorloofde inbreuk op het recht op family life (art. 8 EVRM). Ook de Hoge Raad heeft beslist dat aan artikel 8 EVRM niet het recht om een kind te adopteren zonder dat wordt voldaan aan de eisen voor adoptie volgens de nationale wet kan worden ontleend.

Het weigeren van een adoptie kan onder zeer bijzondere omstandigheden zo'n inbreuk maken op het bestaande gezinsleven dat toch voorbij kan worden gegaan aan het minderjarigheidsvereiste van artikel 1:228 lid 1 onder a BW. Het gaat dan om uitzonderlijke gevallen, waarin de weigering van de adoptie vanwege enkel de meerderjarigheid bij de indiening van het verzoek een ongeoorloofde inbreuk op het door artikel 8 EVRM beschermde gezins- en familieleven met zich mee zou brengen.

De rechtbank vindt dat er in dit geval geen sprake is van zo'n uitzonderlijke situatie. De belanghebbende en de stiefmoeder hebben niet heel lang feitelijk in gezinsverband geleefd met elkaar (tijdens de minderjarigheid circa 4,5 jaar). Daarnaast was de moeder niet uit beeld tijdens de minderjarigheid. Het contact is pas toen de belanghebbende al meerderjarig was verbroken. Ook verzet de moeder zich tegen de adoptie. De belanghebbende ziet de stiefmoeder als haar moeder, omdat zij altijd met alles bij haar terecht kan. Daarom is het voor haar belangrijk om door de stiefmoeder te worden geadopteerd. Het is echter in deze tijd – waarin stiefouders en samengestelde gezinnen steeds vaker voorkomen – niet uitzonderlijk dat iemand een betere band heeft met zijn of haar 'sociale' ouder dan met zijn of haar juridische (en biologische) ouder. Volgens de rechtbank is er daarom geen sprake van zeer bijzondere omstandigheden die kunnen leiden tot een uitzondering op het minderjarigheidsvereiste bij adoptie. De rechtbank ziet in de psychische klachten van de belanghebbende ook geen reden om anders te oordelen. De rechtbank zal daarom het verzoek tot adoptie afwijzen.

De rechtbank ziet het spanningsveld tussen juridisch ouderschap en sociaal ouderschap en de maatschappelijke ontwikkelingen op dit gebied. De wet biedt op dit moment geen mogelijkheden voor een meerderjarige om zijn of haar juridische ouders te laten wijzigen. Het is aan de wetgever om dit spanningsveld te beoordelen en de noodzaak voor een wetswijziging te onderzoeken.

Conclusie

De rechtbank wijst het verzoek af.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 22-12-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:5392

Zaaknummer: C/16/542046 / FO RK 22-784

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Onderhoudsverplichting stiefouders. Vanwege nagenoeg gelijke verdeling van de zorg voor het kind acht de rechtbank zowel de stiefvader aan moederskant als de stiefmoeder aan vaderskant onderhoudsplichtig.

Feiten en omstandigheden

Partijen hebben een samen een minderjarig kind, die ingeschreven staat op het adres van de vrouw. De minderjarige verblijft een keer in de veertien dagen van woensdag na school tot maandag naar school bij de man en de andere woensdag na school tot na het eten en de helft van de vakanties en feestdagen. De man betaalt een bedrag aan kinderalimentatie aan de vrouw. De man heeft met zijn huidige echtgenote een zoon, geboren in 2020. Uit een eerder huwelijk heeft hij twee meerderjarige kinderen. De vrouw heeft uit een eerder huwelijk een zoon. De vrouw heeft een geregistreerd partnerschap met haar huidige partner.

Verzoek

De man verzoekt de kinderalimentatie die hij aan de vrouw betaalt voor hun minderjarig kind op nihil te stellen vanwege een wijziging van omstandigheden.

Beoordeling en motivering

De rechtbank beoordeelt het verzoek van de man en gaat daarbij in op de verschillende aspecten van de berekening van alimentatie, waarbij het draait om een redelijke verdeling van alle kosten over de verschillende onderhoudsplichtigen. Tussen partijen bestaat (onder andere) discussie of de geregistreerd partner van de vrouw en de echtgenote van de man onderhoudsplichtig zijn voor het minderjarig kind van partijen.

Ten aanzien van de geregistreerd partner van de vrouw gaat de rechtbank ervan uit dat hij onderhoudsplichtig is voor de minderjarige, omdat sprake is van een geregistreerd partnerschap en de minderjarige in ieder geval de helft van de tijd in het gezin van de vrouw en haar partner verblijft. Gelet op het feit dat de vrouw en haar partner in ieder geval vanaf september 2020 samenwonen, kan ook niet worden gezegd dat de partner van de vrouw nog

maar zo kort in het leven van het minderjarig kind van partijen is betrokken dat daarom zijn onderhoudsplicht minder zwaar zou moeten wegen. Ook in het feit dat hier de man en de vrouw meer dan voldoende draagkracht hebben om in de kosten van hun minderjarig kind te voorzien, ziet de rechtbank geen aanleiding om minder gewicht aan de draagkracht van de partner van de vrouw toe te kennen. In beginsel zijn de onderhoudsplicht van een ouder en een stiefouder immers van gelijke rang. Bovendien zou het weglaten van de onderhoudsplicht van de partner van de vrouw betekenen dat de kosten van het minderjarig kind van partijen voor het grootste deel bij de man terecht zouden komen vanwege het verschil in draagkracht tussen de man en de vrouw. Dat vindt de rechtbank niet passend bij de welstand die de beide gezinnen kennen. Partijen gaan ervan uit dat het inkomen van de partner van de vrouw vergelijkbaar is met dat van de man. Het huidige inkomen van de echtgenote van de man is daarentegen wat lager dan van de vrouw. Het weglaten van de onderhoudsplicht van de partner van de vrouw zou betekenen dat het overgrote deel van de kosten van het minderjarig kind van partijen komt te liggen bij het gezin dat een wat lagere welstand kent. De rechtbank kent daarom evenveel gewicht toe aan de draagkracht van de partner van de vrouw als aan die van de vrouw en de man. Ook wat de echtgenote van de man betreft, is de rechtbank van oordeel dat zij onderhoudsplichtig is voor het minderjarig kind van partijen. Het minderjarig kind van partijen verblijft vanwege de huidige zorgregeling nagenoeg de helft van de tijd in het gezin van de man en diens echtgenote.

De vaststelling van de nieuwe kinderalimentatie voor de man doet volgens de rechtbank recht aan beide gezinssituaties van partijen en de welstand waarin zij leven. De kosten van het minderjarig kind van partijen zijn op deze manier grofweg gelijk verdeeld over beide gezinnen, waarbij een iets groter deel voor rekening van het gezin van de man komt. Hoewel het gezin van de man een iets lagere welstand kent dan het gezin van de vrouw, acht de rechtbank dat passend. In het gezin van de vrouw spelen namelijk meer onderhoudsplichten (althans met een wettelijke voorrang) een rol dan in het gezin van de man.

Conclusie

De rechtbank stelt een door de man aan de vrouw te betalen kinderalimentatie voor hun minderjarig kind vast.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 25-08-2022

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2022:15704

Zaaknummer: 621772

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Meerderjarigenadoptie. Vanwege zeer bijzondere omstandigheden zou afwijzing een ongeoorloofde inbreuk op het familie- en gezinsleven met zich meebrengen.

Feiten en omstandigheden

Belanghebbende is geboren in Afghanistan. Hij is in november 2015 als alleenstaande minderjarige asielzoeker in Nederland aangekomen en verblijft sinds eind 2016 bij verzoeker. Belanghebbende heeft een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd. Belanghebbende heeft de Afghaanse nationaliteit, de verzoeker de Nederlandse.

Verzoek

De verzoeker verzoekt de adoptie uit te spreken van de belanghebbende door hem.

Beoordeling en motivering

De rechtbank oordeelt eerst dat de Nederlandse rechter bevoegd is om kennis te nemen van het verzoek en dat daarop Nederlands recht van toepassing is. De rechtbank overweegt vervolgens dat op grond van artikel 1:227 lid 3 BW het verzoek tot adoptie slechts wordt toegewezen indien de adoptie kennelijk in het belang van het kind is en op het tijdstip van het verzoek tot adoptie vaststaat en voor de toekomst redelijkerwijs te voorzien is dat het kind niets meer van zijn ouder in de hoedanigheid van ouder te verwachten heeft. Tevens moet voor adoptie aan de voorwaarden van artikel 1:228 lid 1 BW worden voldaan. De rechtbank stelt vast dat aan alle voorwaarden voor adoptie is voldaan, behalve de voorwaarde dat het kind op de dag van de indiening van het verzoek minderjarig moet zijn (art. 1:228 lid 1 onder a BW).

De rechtbank overweegt dat met adoptie familierechtelijke betrekkingen tot stand worden gebracht tussen de adoptiefouder(s) en zijn/hun bloed- en aanverwanten enerzijds, en het adoptiefkind en de eventuele toekomstige echtgenoot en nakomelingen anderzijds, welke betrekkingen ook na het meerderjarig worden van het kind blijven bestaan. Daarnaast worden de familierechtelijke banden met de bestaande familieleden beëindigd. Betrokkenen kunnen

bij het ontstaan van deze familierechtelijke betrekkingen ook tijdens de meerderjarigheid nog belang hebben. De wet voorziet niet in een (andere) manier waarop die familiebanden na de bereikte meerderjarigheid nog zouden kunnen ontstaan, waar dit voor bijvoorbeeld erkenning en gerechtelijke vaststelling ouderschap wel geldt.

Het in artikel 8 EVRM besloten liggend recht op respect voor familie- en gezinsleven houdt op grond van vaste rechtspraak van het EHRM nog geen recht in om te adopteren of geadopteerd te worden (zie EHRM 26 februari 2002, 43546/02, NJ 2002/553 (*E.B./Frankrijk*)). Dit volgt ook uit rechtspraak van de Hoge Raad (HR 24 september 2004, NJ 2005/16). Het enkele feit dat door de weigering van de adoptie een feitelijk gezinsverband niet wordt omgezet in een juridisch familieverband levert geen inbreuk op artikel 8 EVRM op. Als hoofdregel geldt dat de vraag of adoptie van een meerderjarige persoon moet worden toegelaten, ontkennend beantwoord moeten worden. Het is immers aan de nationale wetgever om in het belang van kinderen vereisten te stellen; een beperking van adoptie tot minderjarigen is in dit opzicht binnen de ruimte die de wetgever heeft. Deze lijn in de jurisprudentie is bevestigd door de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2013:BY5053).

Een en ander laat onverlet dat de rechter dient te beoordelen of door de weigering de adoptie uit te spreken anderszins inbreuk wordt gemaakt op het bestaande familie- en gezinsleven van de aspirant-adoptieouders en de aspirant-adoptant(en). Daarvan zal slechts sprake zijn in zeer uitzonderlijke omstandigheden, die maken dat terzijdestelling van de vereiste van minderjarigheid van artikel 1:228 lid 1 onder a BW gerechtvaardigd is. Daarbij zijn twee aspecten van belang: in de eerste plaats de vraag of de omstandigheden dermate uitzonderlijk zijn dat geoordeeld moet worden dat sprake is van een ongeoorloofde inbreuk op het familieleven, en in de tweede plaats, of de termijnoverschrijding met betrekking tot het verzoek verschoonbaar is.

De rechtbank is van oordeel dat sprake is van zeer bijzondere omstandigheden en overweegt daartoe als volgt. Gebleken is dat belanghebbende na aankomst in Nederland behoorlijke psychische problemen had als gevolg van ervaringen in zijn jeugd en zijn vlucht naar Europa. Verzoeker heeft belanghebbende onder zijn hoede genomen. Nadat belanghebbende bij verzoeker is gaan wonen, is een sterke, emotionele band tussen hen ontstaan die is uitgegroeid tot een band die voelt als vader en zoon. Dit heeft geleid tot een sterke persoonlijke identiteitsontwikkeling van belanghebbende. Verzoeker voelt zich als ouder verantwoordelijk voor belanghebbende en hun toekomst is met elkaar verweven. Ook naar buiten toe presenteren zij zich als vader en zoon. Dat belanghebbende inmiddels een verblijfsstatus heeft, doet niet af aan de diepgewortelde wens om hun band te bevestigen door middel van adoptie. De rechtbank neemt tevens in aanmerking dat de vader van belanghebbende is overleden en belanghebbende al lange tijd geen enkel contact heeft met

zijn moeder of naaste familie. Mede gelet op de kwetsbaarheid van belanghebbende heeft hij naar het oordeel van de rechtbank een zwaarwegend belang bij het vestigen van een familierechtelijke betrekking met verzoeker en bij de juridische bevestiging van de emotionele band die hij met hem heeft. Voornoemde omstandigheden acht de rechtbank dermate uitzonderlijk dat gelet daarop sprake is van een inbreuk op het familieleven als adoptie niet mogelijk zou zijn.

De rechtbank acht voorts de termijnoverschrijding voor de indiening van het verzoek verschoonbaar. Het verzoek is nu pas ingediend zodat het verkrijgen van een verblijfsstatus niet zou worden gezien als de onderliggende reden voor de adoptie. Bovendien is, gelet op het ingrijpende levensverloop van belanghebbende, te begrijpen dat dit verzoek pas na het bereiken van zijn meerderjarigheid is ingediend.

Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat aan het in artikel 1:228 lid 1 sub a BW gestelde minderjarigheidsvereiste voorbij dient te worden gegaan en dat de juridische status in overeenstemming wordt gebracht met de bestaande sociale en emotionele realiteit.

Conclusie

De rechtbank spreekt uit de adoptie van belanghebbende door verzoeker.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 23-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:1127

Zaaknummer: C/08/269834 / FA RK 21-1990

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Beëindiging ouderlijk gezag van de vader op grond van artikel 1:266 BW waardoor de moeder voortaan alleen met het gezag is belast. Verwijzing naar hof Den Haag 23 november 2022 over mogelijkheid tot beëindiging gezamenlijk gezag op grond van artikel 1:266 BW.

Feiten en omstandigheden

De ouders zijn gezamenlijk belast met het ouderlijk gezag over de minderjarige. De Raad voor de Kinderbescherming (de raad) verzoekt het gezag van de vader te beëindigen.

Beoordeling en motivering

De rechtbank kan op grond van artikel 1:266 lid 1 BW het gezag van een ouder beëindigen, indien (a) de minderjarige zodanig opgroeit dat hij in zijn ontwikkeling ernstig wordt bedreigd en de ouder niet in staat is de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding, bedoeld in artikel 1:247 lid 2 BW te dragen binnen een voor de persoon en de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn, of (b) de ouder het gezag misbruikt.

Beëindiging van ouderlijk gezag is een maatregel die ingrijpt in het gezinsleven van zowel de ouder waarvan het gezag wordt beëindigd als de minderjarige waarover het gezag wordt uitgeoefend. Daarbij is van belang dat artikel 8 EVRM onder meer eist dat de belangen van het kind en die van de ouder tegen elkaar worden afgewogen. Ten aanzien van het belang van het kind volgt uit de artikelen 3 en 20 IVRK dat de belangen van het kind vooropstaan bij het nemen van een beslissing tot het beëindigen van ouderlijk gezag.

In dit geval speelt ook een rol dat sprake is van gezamenlijk gezag van de ouders en dat beëindiging van gezag van de vader ook via een andere weg kan worden verzocht, namelijk door de gezaghebbende moeder bij wie de minderjarige woont op grond van artikel 1:253n BW, waarin andere vereisten gelden voor het beëindigen van gezag.

Met verwijzing naar de uitspraak van het hof Den Haag van 23 november 2022 (ECLI:NL:GHDHA:2022:2383) overweegt de rechtbank dat niet is uitgesloten dat beëindiging van het gezag van één ouder op de voet van artikel 1:266 BW ook gerechtvaardigd kan zijn

wanneer het gezamenlijk gezag, of uitoefening daarvan, zodanige belastende conflicten of problemen oplevert voor het kind dat deze, op zichzelf of in combinatie met andere omstandigheden, een ernstige bedreiging opleveren voor diens ontwikkeling. Indien daarbij de handelwijze van een van de ouders dermate belastend is voor het kind en in strijd met hetgeen van een verantwoord opvoeder mag worden verwacht, dat voor het kind een onveilige of beschadigende opvoedsituatie ontstaat en waarbij niet binnen een voor de persoon en de ontwikkeling van het kind aanvaardbaar te achten termijn voldoende verbetering valt te verwachten, kan onder deze omstandigheden ook aan de voorwaarde(n) van artikel 1:266 BW zijn voldaan.

In dit specifiek geval komt het beeld naar voren dat de minderjarige voor de volwassenen om haar heen heel belangrijk is, maar ook verstrikt is geraakt in een complexe familiedynamiek. De ouders hebben beiden het gezag en zijn daardoor degenen die de belangrijke beslissingen over de minderjarige moeten nemen. Uit het onderzoek van de raad en de informatie over de diverse procedures blijkt dat dit niet goed verloopt en dat daardoor een onveilige en beschadigende opvoedsituatie is ontstaan, waardoor de minderjarige ernstig in haar ontwikkeling wordt bedreigd. De moeder ervaarde daarbij dat niet de vader, maar de grootouders vaderszijde invloed willen uitoefenen op haar leven en dat van de minderjarige via de rechten en plichten die aan de vader als gezaghebbende ouder toekomen. Wat daar ook van zij, vaststaat dat de vader zelf niet zijn verantwoordelijkheid als gezaghebbende ouder heeft genomen en ook niet meer wil nemen. Dit baseert de rechtbank op het nalaten van de vader om mee te werken aan de zorgregeling, de veiligheidsafspraken, het traject Ouderschap Blijft en het onderzoek van de raad, zijn onbereikbaarheid voor hulpverleners en de moeder en – bovenal – zijn afwezigheid in het leven van de minderjarige. Uit het bericht van de vader in deze procedure blijkt dat hij ook in de toekomst geen opvoedersrol wenst te vervullen. De rechtbank heeft begrepen dat hij die keuze in het belang van de minderjarige heeft gemaakt teneinde rust te creëren. Los van de reden van de keuze van de vader is de conclusie dat vaststaat dat hij onvoldoende in staat is de verzorging en opvoeding van de minderjarige binnen een voor haar aanvaardbare termijn te dragen.

Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat aan het criterium van artikel 1:266 lid 1 onder a BW is voldaan en dat beëindiging van het gezag van de vader een gerechtvaardigde inmenging vormt in het gezinsleven, zoals bedoeld in artikel 8 EVRM. De rechtbank zal het verzoek tot beëindiging van het gezag van de vader dan ook toewijzen. Dit heeft tot gevolg dat voortaan alleen de moeder het ouderlijk gezag over de minderjarige uitoefent.

Conclusie

De rechtbank beëindigt het ouderlijk gezag van de vader over de minderjarige en stelt vast dat

de moeder voortaan alleen met de uitoefening van het ouderlijk gezag is belast.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 16-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:3054

Zaaknummer: C/09/638661 / FA RK 22-7961

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Contraire uitspraak Hoge Raad. Verzoek beweerde biologische vader van minderjarige tot medewerking DNA-onderzoek door juridische ouders ter verkrijging van zekerheid over biologisch vaderschap en omgang; mag rechter DNA-onderzoek bevelen alvorens te hebben onderzocht of verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling toewijsbaar is? Recht kind op afstammingsinformatie. Belangenafweging; artikel 8 EVRM.

Feiten en omstandigheden

Tijdens het huwelijk van de moeder en de echtgenoot heeft zij een kind (de minderjarige) gekregen. De mogelijke biologische vader verzoekt te gelasten dat de moeder en de echtgenoot (de juridische ouders) aan een DNA-onderzoek meewerken, ter beantwoording van de vraag of hij de biologische vader is van de minderjarige. Daarnaast verzoekt hij een omgangsregeling tussen hem en de minderjarige vast te stellen. De rechtbank heeft het verzoek om een DNA-onderzoek toegewezen en de beslissing over het verzoek om omgang aangehouden. Het hof heeft de beschikking bekrachtigd. De juridische ouders hebben beroep in cassatie ingesteld. De conclusie van de advocaat-generaal (ECLI:NL:PHR:2022:911, PFR 2022-0251) strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot verwijzing van de zaak naar een ander hof.

Beoordeling en motivering

Het middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat het DNA-onderzoek in het belang van de minderjarige noodzakelijk is en dat haar belang en dat van de mogelijke biologische vader om te weten of zij verwant zijn groter is dan de andere in het geding zijnde belangen. Dit oordeel is volgens onderdeel 1 onjuist, althans onbegrijpelijk, omdat het hof eerst had moeten onderzoeken of het belang van de minderjarige gediend is met omgang met de mogelijke biologische vader of het verstrekken van informatie aan deze, aannemende dat hij de biologische vader is. Het hof heeft miskend dat pas als die vraag bevestigend is beantwoord, het verzoek tot medewerking aan een DNA-test aan de orde komt. De beslissing van het hof is in strijd met het uitgangspunt dat de wet niet de mogelijkheid biedt aan degene die stelt de

biologische vader te zijn, om (uitsluitend) het biologische ouderschap in rechte te doen vaststellen. Onderdeel 3 voegt hieraan toe dat de overweging van het hof dat de juridische ouders onvoldoende concreet hebben onderbouwd dat de gevolgen voor hen en voor de minderjarige zo ernstig zullen zijn dat deze opwegen tegen het belang van de minderjarige en de mogelijke biologische vader om te weten of zij verwant zijn, een onjuiste toetsingsmaatstaf is. Het gaat ook hier immers primair om de vraag of het belang van de minderjarige gediend is met omgang met de mogelijke biologische vader, aannemende dat deze de biologische vader is, waarbij het hof het risico van verstoring van het gezinsleven van de minderjarige met zijn wettelijke ouders in zijn beoordeling had moeten betrekken, aldus het onderdeel.

Een (beweerde) biologische vader die omgang met zijn kind wenst, kan een beroep doen op artikel 8 EVRM ter bescherming van zijn privéleven en ter bescherming van zijn (beoogde) familieleden, en kan, indien sprake is van een nauwe persoonlijke betrekking met het kind, aanspraak maken op een omgangsregeling met het kind (art. 1:377a lid 2 BW), tenzij zwaarwegende belangen van het kind zich tegen omgang verzetten (art. 1:377a lid 3 BW). Een kind heeft recht op omgang met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat (art. 1:377a lid 1 BW). Het recht van een kind en dat van zijn juridische ouders op een ongestoord gezinsleven worden eveneens beschermd door artikel 8 EVRM. Voorts is ook het recht van een kind op informatie over de eigen (biologische) afstamming een fundamenteel recht, dat wordt beschermd door – onder meer – artikel 8 EVRM, als onderdeel van het recht op bescherming van het privéleven. Bij beoordeling van een verzoek van de beweerde biologische vader tot medewerking aan een DNA-onderzoek ter verkrijging van zekerheid over de vraag of hij de biologische vader is van het kind, alsmede bij beoordeling van zijn verzoek om omgang met het kind, moet de rechter de verschillende, door deze fundamentele rechten beschermde belangen in het licht van de omstandigheden van het concrete geval tegen elkaar afwegen. Daarbij moet de rechter volgens vaste rechtspraak van het EHRM het belang van het kind vooropstellen.

Indien een beweerde biologische vader zowel medewerking verzoekt aan een onderzoek naar het biologische vaderschap als, bij een bevestigende uitkomst van dat onderzoek, vaststelling van een omgangsregeling, ligt het doorgaans voor de hand dat de rechter eerst vaststelt, met inachtneming van de belangen van alle betrokkenen en de omstandigheden van het concrete geval, of – aannemend dat de verzoeker de biologische vader is – hij aanspraak heeft op omgang (art. 1:377a lid 2 en 3 BW) en dat slechts als dat het geval is vaststelling van het biologische vaderschap aan de orde komt. Anders dan uit HR 10 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1851 zou kunnen worden afgeleid, behoeft de rechter evenwel niet steeds eerst te onderzoeken of het verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling toewijsbaar zou zijn alvorens een onderzoek naar het biologische vaderschap te kunnen bevelen. Ook bij

beantwoording van de vraag of – ongeacht of de verzoeker daadwerkelijk aanspraak heeft op omgang – voorafgaand aan beoordeling van dat verzoek een onderzoek naar het biologische vaderschap moet plaatsvinden, moet de rechter een belangenafweging maken. Het belang van het kind moet daarbij vooropstaan, in welk verband in het bijzonder gewicht toekomt aan het antwoord op de vraag of het kind in het concrete geval belang erbij heeft dat (op dat moment) wordt vastgesteld van wie het biologisch afstamt.

Het recht van een kind om te weten van wie het biologisch afstamt, brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat het in een concreet geval in het belang van het kind is dat (op dat moment) wordt vastgesteld of een ander dan de juridische vader de biologische vader is. Onder omstandigheden kunnen de nadelige gevolgen voor het kind van vaststelling van biologisch ouderschap afwijzing rechtvaardigen van een verzoek van de beweerde biologische vader tot het bevelen van een dergelijk onderzoek. Daarbij is van belang dat vaststelling van biologisch ouderschap veelal ook kan plaatsvinden wanneer het kind op een leeftijd is waarop het zelf kan bepalen of het wil weten van wie het afstamt. Overigens is de wil van het kind niet per se beslissend voor de beantwoording van de vraag wat in de gegeven omstandigheden in diens belang is.

De rechter moet dus, alvorens een onderzoek naar het biologische vaderschap te bevelen, aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordelen of het kind (op dat moment) belang heeft bij vaststelling van het biologische ouderschap, en dit belang afwegen tegen eventuele andere, mogelijk in tegengestelde richting wijzende belangen van het kind, zoals het belang bij een stabiele en ongestoorde leef- en opvoedsituatie bij de juridische ouders. Verder moet de rechter ook de door artikel 8 EVRM beschermde belangen van anderen in die afweging betrekken, zoals het belang van de beweerde biologische vader bij zekerheid over zijn biologische vaderschap met het oog op de door hem verzochte omgangsregeling en het belang van de juridische ouders bij een ongestoord gezinsleven. Daarbij moet de rechter de belangen van het kind vooropstellen.

Het hof heeft zijn beslissing gebaseerd op een afweging van enerzijds het belang van de minderjarige en het belang van de mogelijke biologische vader om te weten of zij verwant zijn en anderzijds het belang van de juridische ouders en de minderjarige bij het voorkomen van een ernstige verstoring van de familieverhoudingen. Het heeft onder meer geoordeeld dat biologische verwantschap een onderdeel is van een nauwe persoonlijke betrekking, dat sprake is van zodanige bijkomende omstandigheden dat voor een onderzoek naar de eventuele gerechtvaardigdheid van een omgangsregeling plaats is, dat een DNA-onderzoek niet op een later moment (bijvoorbeeld als de minderjarige ouder is) kan plaatsvinden omdat het risico bestaat dat de juridische ouders naar het buitenland verdwijnen en dat onvoldoende is gebleken dat de gevolgen van vaststelling van het biologische vaderschap voor de juridische

ouders en de minderjarige zo ernstig zullen zijn dat zij opwegen tegen het belang van de minderjarige en verzoeker om te weten of zij verwant zijn aan elkaar. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, kon het hof bij die stand van zaken overgaan tot het bevelen van een onderzoek naar het biologische vaderschap door middel van een DNA-onderzoek zonder eerst te beoordelen of – veronderstellenderwijs dat de mogelijke biologische vader de biologische vader is – omgang met de mogelijke biologische vader in de gegeven omstandigheden in het belang van de minderjarige is. De onderdelen falen derhalve.

De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad motiveert niet waarom hij tot dit oordeel is gekomen op grond van artikel 81 lid 1 RO.

Het hof heeft bepaald dat de juridische ouders binnen drie maanden na het wijzen van de beschikking medewerking moeten verlenen aan vaststelling van het biologische vaderschap van de mogelijke biologische vader door middel van een DNA-onderzoek. Het hof heeft zijn beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, omdat de belangen van de juridische ouders bij behoud van de bestaande toestand tot op een eventueel rechtsmiddel is beslist zwaarder wegen dan het belang van de mogelijke biologische vader bij de uitvoerbaarheid bij voorraad van de beschikking. Daarbij heeft het hof meegewogen dat een eenmaal verricht DNA-onderzoek niet meer ongedaan kan worden gemaakt en het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van de beschikking in feite betekent dat het recht van de juridische ouders om cassatie in te stellen illusoir wordt. De Hoge Raad zal, gelet op het voorgaande, de door het hof bepaalde termijn wijzigen in drie maanden na de datum van de uitspraak in cassatie.

Conclusie

De Hoge Raad verwerpt het beroep en bepaalt dat de door het hof bepaalde termijn van drie maanden ingaat op de datum van deze uitspraak.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 31-03-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:520

Zaaknummer: 22/00668

Wetsartikelen: