

# Ontbinding van het huwelijk en scheiding van tafel en bed

## 5.1 Inleidende opmerkingen

Titel 9 van Boek 1 BW behandelt de ontbinding van het huwelijk, in het bijzonder door echtscheiding, zoals geregeld in de tweede afdeling.<sup>1</sup> Daaraan vooraf gaat in afdeling 1 een algemene bepaling over de ontbinding van het huwelijk, art. 1:149 BW, waarin een limitatieve opsomming wordt gegeven van de wijzen waarop een huwelijk eindigt. Het betreft dwingend recht waarvan partijen in onderling overleg niet kunnen afwijken.

In veruit de meeste gevallen waarin een huwelijk eindigt, is dat een ontbinding door de dood, zoals art. 1:149 sub a BW dat verwoordt. In een gering aantal gevallen wordt het huwelijk beëindigd doordat na vermissing van een der echtgenoten en de daarop verkregen verklaring van vermoedelijk overlijden, de andere echtgenoot een nieuw huwelijk – of geregistreerd partnerschap – aangaat (art. 1:149 sub b BW). Mocht later blijken dat de vermiste echtgenoot toch nog in leven was op het moment dat de achtergebleven echtgenoot een nieuw huwelijk of een geregistreerd partnerschap sloot, dan is het eerste huwelijk op dat moment van rechtswege geëindigd.<sup>2</sup>

Een derde, veelvoorkomende, manier waarop een huwelijk eindigt is door echtscheiding. Echtscheiding is geregeld in de bepalingen van de tweede afdeling van Titel 9 van Boek 1 BW (art. 1:150-1:166 BW). Naast echtscheiding bestaat de zogehe- ten 'scheiding van tafel en bed', geregeld in de eerste afdeling van Titel 10 van Boek 1 BW (art. 1:169-1:176 BW), maar deze doet het huwelijk niet eindigen. Daartoe is de ontbinding van het huwelijk op de voet van de bepalingen van de tweede afdeling van Titel 10 voorgeschreven (art. 1:179-1:183 BW).

Tot 1 maart 2009 bestond de mogelijkheid om een huwelijk om te zetten in een geregistreerd partnerschap; dat was daarmee ook een beëindigingswijze van het huwelijk. Vervolgens kon dit geregistreerd partnerschap buiten de rechter om worden beëindigd en dit werd dan ook wel aangeduid met de 'flitsscheiding'. Deze po-

1 Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 290 (Wet-Polak; *Kamerstukken*, 10 213).

2 Zie art. 1:413, 1:414 en 1:424 BW, alsmede hoofdstuk 14.

pulaire omzettingmogelijkheid is per 1 maart 2009 vervallen en daarmee is de flitsscheiding niet langer mogelijk.<sup>3</sup>

De procesrechtelijke regeling van de echtscheiding, scheiding van tafel en bed en ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed is opgenomen in Titel 6 van Boek 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering luidende: Rechtspleging in zaken betreffende het personen- en familierecht. De eerste afdeling regelt de rechtspleging in andere zaken dan scheidingszaken (art. 798-813 Rv).<sup>4</sup> De tweede afdeling regelt de rechtspleging in scheidingszaken (art. 815-828 Rv).<sup>5</sup>

De competentie (dus de bevoegdheid van de rechter) in echtscheidingszaken is geregeld in art. 4 Rv, dat de bevoegdheidsregeling uit de Europese Brussel IIbis-Verordening van toepassing verklaart.<sup>6</sup>

Op het terrein van het familieprocesrecht gelden diverse procesreglementen, die via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) te raadplegen zijn. Deze reglementen beogen bij te dragen aan een behoorlijke en doelmatige voortgang van de rekestprocedures in familie zaken. In het kader van echtscheiding zijn op rechtbankniveau de procesreglementen voor scheiding, alimentatie, gezag en omgang, bijstandsverhaal van belang. Bij de hoven geldt het procesreglement verzoekschriftprocedures familie zaken. De reglementen worden regelmatig aangepast.

Los van de echtscheiding zelf, moeten er meestal twee probleemcomplexen geregeld worden: de vermogensrechtelijke gevolgen van de echtscheiding en de alimentatie enerzijds en de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken over de kinderen anderzijds. De vermogensrechtelijke gevolgen van de echtscheiding vallen, met uitzondering van de alimentatie (5.5), buiten het bestek van dit boek.<sup>7</sup> In dit hoofdstuk worden achtereenvolgens besproken de echtscheiding (5.2-5.8), de scheiding van tafel en bed (5.9) en de ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed (5.10). Daarna wordt ingegaan op het onderwerp 'kind en scheiding' (5.11), nu de te bespreken kwesties niet specifiek zijn voor echtscheiding, maar ook (kunnen) spelen bij een scheiding van tafel en bed en bij de eventueel daaropvolgende ontbinding van het huwelijk, bij de ontbinding van een geregistreerd partnerschap en bij de verbreking van een samenleving. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met enkele beschouwingen over (alternatieve) scheidingsprocedures en scheidingsbemiddeling (5.12).

3 Wet van 27 november 2008, *Stb.* 2008, 500.

4 Dit familieprocesrecht is herzien bij de Wet van 7 juli 1994 tot herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht, *Stb.* 1994, 570, in werking getreden op 1 april 1995. Het primaire doel van deze herziening was een vereenvoudiging en uniformering van het familieprocesrecht. Alle familierechtelijke procedures zijn nu verzoekschriftprocedures, waarop art. 261-291 Rv in beginsel van toepassing zijn.

5 Zie over de scheidingsprocedure ook 5.12.1.

6 Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003, die de Brussel II-verordening nr. 1347/2000 per 1 maart 2005 vervangt.

7 Zie hiervoor M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Handboek voor het Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, Deventer: Kluwer 2014.



## 5.2 Echtscheidingsverzoek en -grond

Ingevolge art. 1:150 BW wordt echtscheiding tussen echtgenoten die niet van tafel en bed gescheiden zijn, op verzoek van één der echtgenoten of op hun gemeenschappelijk verzoek uitgesproken door de rechter. Het verzoek moet bij de rechtbank worden ingediend door een advocaat.<sup>8</sup>

De bevoegdheid om echtscheiding te verzoeken kan niet door enkel tijdsverloop verloren gaan.<sup>9</sup> Anders dan het recht om te huwen en een gezin te stichten (art. 12 EVRM) vloeit uit het EVRM geen recht op echtscheiding voort.<sup>10</sup>

Het enkele feit dat iemand wegens geestelijke stoornis<sup>11</sup> onder curatele staat, brengt niet mee dat hij onbekwaam is om een verzoek tot echtscheiding in te dienen. Hij is immers ook niet onbekwaam om een huwelijk aan te gaan. Beslissend voor de vraag of iemand die wegens geestelijke stoornis onder curatele staat, bekwaam is een verzoek tot echtscheiding in te dienen, is of betrokkene in staat is zijn of haar wil daaromtrent te bepalen en de draagwijdte van een zodanig verzoek te begrijpen (vergelijk art. 1:32 BW).<sup>12</sup> Is de betrokkene daartoe niet in staat dan is het verzoek niet-ontvankelijk. Voor vertegenwoordiging door een curator is vanwege het hoogstpersoonlijke karakter geen plaats. Er is geen reden om hier eenzelfde toestemmingsvereiste te stellen als in art. 1:38 BW ten aanzien van het aangaan van een huwelijk. De vraag van de bekwaamheid kan immers in de procedure zelf aan de orde komen.<sup>13</sup>

Over de gronden voor echtscheiding is in het verleden veel te doen geweest.<sup>14</sup> De term 'de grote leugen' speelt in dat verband een rol. Dat betrof de situatie vóór de liberalisering van het echtscheidingsrecht, waar echtscheiding slechts op een beperkt aantal gronden mogelijk was; wederzijdse overeenstemming van de echtgenoten over de echtscheiding was expliciet uitgesloten als grond voor

8 In het verleden leefde het idee om ook de notaris de bevoegdheid te geven een verzoek tot echtscheiding in te dienen, maar het betreffende wetsvoorstel is door de Eerste Kamer verworpen (Wetsvoorstel 31 714, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met verlening aan de notaris van bevoegdheden in verband met gemeenschappelijke verzoeken tot echtscheiding en ontbinding van een geregistreerd partnerschap).

9 Hoge Raad 15 september 1995, *NJ* 1996, 37; in deze zaak hadden de echtgenoten langer dan 35 jaar niet meer samengewoond.

10 Aldus EHRM 18 december 1986, 52-57, *NJ* 1989, 97 (*Johnston*). Vergelijk ook EHRM 18 december 1987, 38, *NJ* 1989, 99 (*F. t. Zwitserland*).

11 De Hoge Raad heeft dit beslist onder het tot 1 januari 2014 geldende recht met betrekking tot de ondercuratelestelling, maar aangenomen mag worden dat dit ook geldt voor het nieuwe recht (art. 1:394 BW).

12 Deze criteria gelden ook als verzoeker niet onder curatele is gesteld, maar er twijfel bestaat omtrent diens geestelijke vermogens. Zie Hoge Raad 23 januari 1998, *NJ* 1998, 331.

13 Hoge Raad 28 maart 1980, *NJ* 1980, 378.

14 Vóór 1971 noemde art. 1:264 (oud) BW als gronden voor echtscheiding: overspel, kwaadwillige verlaten (mits deze vijf jaar had geduurd), veroordeling wegens misdrijf tot een vrijheidsstraf van vier jaar of langer en door de ene echtgenoot jegens de andere gepleegde zware verwondingen of levensgevaarlijke mishandelingen. Zie hierover Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/595. Zie ook Pel 1999 over de (on)zin van handhaving van deze scheidingsgrond.



echtscheiding. Daarom ontwikkelde zich, nadat de Hoge Raad zich hierover had uitgesproken,<sup>15</sup> de praktijk dat de ene echtgenoot 'overspel' stelde (als dat helemaal niet het geval was), hetgeen door de andere echtgenoot niet betwist werd, waardoor echtscheiding toch mogelijk was. Vervolgens duurde het na de uitspraak van de Hoge Raad nog 80 jaar voordat het echtscheidingsrecht fundamenteel werd aangepast.

Sinds 1971 kan echtscheiding slechts op één grond worden uitgesproken, namelijk de duurzame ontwrichting van het huwelijk. Deze grond moet altijd aan het verzoek ten grondslag worden gelegd, zowel voor het eenzijdig (zie hierna onder 5.2.1) als het gemeenschappelijk verzoek (zie hierna onder 5.2.2). Het huwelijk is duurzaam ontwricht als de samenleving ondraaglijk is geworden en er geen uitzicht op herstel van behoorlijke echtelijke verhoudingen bestaat.<sup>16</sup>

Een echtscheidingsverzoek kan niet meer, zoals tot 1993 het geval was, worden afgewezen op de grond dat de duurzame ontwrichting in overwegende mate is te wijten aan de verzoekende partij (art. 1:152 (oud) BW).<sup>17</sup> Het schuldbegrip speelt alleen nog een kleine rol in het kader van het pensioenverweer (5.4.1) en – indirect – in het alimentatierecht, omdat bij de beoordeling of en, zo ja, tot welk bedrag alimentatie betaald moet worden op grond van art. 1:157 BW ook met niet-financiële factoren (zoals wangedrag) rekening kan worden gehouden (5.5).

### 5.2.1 *Het eenzijdig verzoek*

Bij een eenzijdig verzoek wordt het echtscheidingsverzoek namens één echtgenoot ingediend. De echtgenoot zal daartoe in het verzoekschrift moeten stellen dat het huwelijk duurzaam ontwricht is (art. 1:151 BW).

De verzoekende partij moet de duurzame ontwrichting stellen en bij ontkenning door de wederpartij bewijzen. De rechter stelt zelfstandig de toestand van duurzame ontwrichting vast.<sup>18</sup> Het verzoek tot echtscheiding van één der echtgenoten dient te worden afgewezen, indien de duurzame ontwrichting van het huwelijk door de andere echtgenoot wordt bestreden en niet is komen vast te staan dat het huwelijk duurzaam is ontwricht. Voert de andere echtgenoot aan dat het huwelijk niet is ontwricht of althans niet duurzaam dan zal de verzoekende echtgenoot tot het bewijs van de duurzame ontwrichting moeten worden toegelaten. Slaagt deze niet in dit bewijs dan zal het verzoek tot echtscheiding moeten worden afgewezen. Stelt de verzoekende echtgenoot echter onder aanvoering van gronden en blijft hij stellen dat hij met de andere echtgenoot niet kan samenleven, dan moet dit door de rechter worden opgevat als een zeer ernstige aanwijzing dat de toestand van duur-

15 Hoge Raad 22 juni 1883, W 4924.

16 MvT, Wet herziening echtscheidingsrecht van 6 mei 1971, Stb. 290.

17 Bij de Wet van 1 juli 1992, Stb. 373.

18 Hoge Raad 22 maart 1974, NJ 1974, 354.



zame ontwrichting inderdaad bestaat.<sup>19</sup> Erkent de andere echtgenoot de duurzame ontwrichting of refereert hij zich aan het oordeel van de rechter, dan dient het verzoek te worden toegewezen. Dit laatste is ook het geval als niet binnen de daartoe gestelde termijn verweer is gevoerd. In de praktijk komt het weinig voor dat er in de procedure verschil van inzicht tussen de echtgenoten bestaat over de vraag of van duurzame ontwrichting sprake is. Nog minder komt het voor dat een verzoek tot echtscheiding niet wordt toegewezen, omdat van duurzame ontwrichting geen sprake is.<sup>20</sup>

Het is ook mogelijk om in reactie op een verzoek tot echtscheiding in het verweerschrift zelfstandig om scheiding van tafel en bed te verzoeken of, andersom, indien de verzoekende echtgenoot scheiding van tafel en bed vraagt in het verweerschrift een verzoek tot echtscheiding te doen (art. 816 Rv). De rechter wijst in de regel het meerdere toe.<sup>21</sup>

Ook de partner van een geestelijk gestoorde kan een echtscheidingsverzoek indienen tot echtscheiding. Is de gestoorde echtgenoot opgenomen in een ziekenhuis of inrichting en verzoekt diens huwelijkspartner echtscheiding, dan wordt er voor gezorgd dat hij een advocaat krijgt toegewezen (art. 817 Rv).

Als partijen minderjarige kinderen hebben (gemeenschappelijke kinderen over wie de echtgenoten al dan niet gezamenlijk ouderlijk gezag hebben, of kinderen waarover de echtgenoten krachtens art. 1:253sa of 1:253t BW gezamenlijk gezag uitoefenen) zal bij het echtscheidingsverzoekschrift een ouderschapsplan moeten worden overgelegd. Dit geldt zowel bij een eenzijdig als een gemeenschappelijk verzoek (art. 815 lid 2 Rv). In het ouderschapsplan moeten afspraken tussen de ouders worden opgenomen over de zorg- en opvoedingstaken, het recht op informatie en raadpleging over de kinderen en de kinderalimentatie (art. 815 lid 3 Rv).<sup>22</sup> Het idee dat aan deze verplichting ten grondslag ligt is het bevorderen dat ouders over deze onderwerpen samen afspraken maken, waardoor het aantal problemen en conflicten tussen ouders beperkt wordt en dat ouders beiden na scheiding contact met de kinderen houden. Of die opzet geslaagd is, is nog niet duidelijk.<sup>23</sup> Het verzoekschrift dient te vermelden over welke van de gevraagde voorzieningen overeenstemming is bereikt en op welke wijze de kinderen betrokken zijn bij het opstellen van het ouderschapsplan (art. 815 lid 4 Rv). De wet kent nog een uit-

19 Hoge Raad 22 maart 1974, NJ 1974, 354 en Hoge Raad 6 december 1996, NJ 1997, 189.

20 Toewijzing echtscheiding: Rechtbank Zutphen 16 september 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BJ7706.

21 Echtscheiding en scheiding van tafel en bed kunnen in één beschikking worden uitgesproken, aldus Hoge Raad 9 juni 2000, NJ 2000, 459. Door het in kracht van gewijsde gaan van de beschikking zijn partijen van tafel en bed gescheiden (zie thans echter art. 1:173 BW; 5.9.2). Pas door inschrijving van de beschikking overeenkomstig art. 1:163 BW komt de echtscheiding tot stand en eindigt het huwelijk, waardoor de scheiding van tafel en bed geen betekenis meer heeft. Zie voor een procedure waarin een scheiding van tafel en bed was verzocht Hof Den Haag 3 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2013:BL7183.

22 Coenraad, *FJR* 2010, 19; De Bruijn-Lückers 2010.

23 Voor voorlopige resultaten of deze doelstelling behaald zijn: Ter Voert en Geurts 2014 ([www.wodc.nl/publicaties](http://www.wodc.nl/publicaties)) en Van der Valk en Spruijt 2013.



zondering voor het geval een ouderschapsplan redelijkerwijs niet overgelegd kan worden. Het is aan de rechter om op basis van de omstandigheden van het geval te beoordelen of daarvan sprake is of dat een nieuwe poging gedaan moet worden een plan op te stellen.<sup>24</sup>

### 5.2.2 *Het gemeenschappelijk verzoek*

De tweede procedurele route, die in een ruime meerderheid van de gevallen wordt gebruikt, is een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek van beide echtgenoten. Ook hiervoor dient als grond de duurzame ontwrichting van hun huwelijk gesteld te worden (art. 1:154 lid 1 BW). Partijen kunnen geen hoger beroep instellen van een op hun gemeenschappelijk verzoek uitgesproken echtscheiding.<sup>25</sup> Wel is ieder der echtgenoten tot op het tijdstip der uitspraak bevoegd het verzoek in te trekken (art. 1:154 lid 2 BW).

De rechter moet zich conformeren aan het oordeel van partijen dat hun huwelijk duurzaam is ontwricht. Als partijen zijn gekomen tot de opstelling van een echtscheidingsconvenant, kan de rechter dit, op verzoek van partijen, geheel of gedeeltelijk in zijn beschikking opnemen (art. 819 Rv). Dat heeft het voordeel dat er op deze punten al een executoriale titel is (de grosse van de beschikking levert een executoriale titel op volgens art. 430 Rv). Ook bij een eenzijdig verzoek of op verzoek van een der partijen kunnen de onderling getroffen regelingen sinds de inwerkingtreding van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding in 2009 in de beschikking worden opgenomen. Het echtscheidingsconvenant is in beginsel vormvrij, al zal men doorgaans voor een schriftelijke variant kiezen.<sup>26</sup> Hetgeen eerder vermeld is over het ouderschapsplan geldt ook voor een gemeenschappelijk verzoek.

### 5.3 *Voorlopige voorzieningen*

Als de echtgenoten niet tot overeenstemming komen over hoe de zaken tot aan de echtscheiding geregeld moeten worden, kunnen zij ieder verzoeken om voorlopige voorzieningen (art. 821 Rv). Daarbij gaat het om ordemaatregelen met een voorlopig karakter, bestemd om in een periode rondom de indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding tot aan de echtscheiding, te voorzien in een oplossing voor de moeilijkheden die rijzen doordat een scheidingsprocedure aanhangig is of zal worden gemaakt.<sup>27</sup>

24 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 18 januari 2011, ECLI:GHAMS:2011:BP1465; Rechtbank Haarlem 6 juli 2010, ECLI:RBHAA:2010:BP9401.

25 Hoge Raad 4 juni 1999, NJ 1999, 535.

26 Hoge Raad 26 januari 1979, NJ 1980, 19. In Hoge Raad 11 oktober 1996, nr. 8758, *PFR-Actuele Informatie* 1996, 10, p. 2-3 wordt uitvoerig ingegaan op de uitleg en toepassing van scheidingsconvenanten.

27 Hoge Raad 27 april 1984, NJ 1985, 103.



Ingevolge art. 822 Rv<sup>28</sup> kan de rechter voor de duur van het scheidingsgeding:

- bepalen dat één der echtgenoten bij uitsluiting gerechtigd zal zijn tot het gebruik van de echtelijke woning met bevel dat de andere echtgenoot die woning dient te verlaten en deze verder niet mag betreden;<sup>29</sup>
- bevelen dat ieder der echtgenoten aan de andere echtgenoot beschikbaar zal stellen de goederen tot diens dagelijks gebruik strekkend, alsmede de goederen strekkend tot het dagelijks gebruik van de kinderen; en
- het bedrag bepalen dat de ene echtgenoot moet betalen voor het levensonderhoud van de andere echtgenoot.

Art. 1:157 BW (zie 5.5) is niet van toepassing op deze voorlopige partneralimentatie. Voor de vaststelling van het bedrag daarvan zijn slechts de draagkracht van de alimentatieplichtige en de behoefte van de alimentatiegerechtigde beslissend en – anders dan bij toepassing van art. 1:157 BW – niet omstandigheden, die daarvan in beginsel losstaan, zoals de korte duur van het huwelijk.<sup>30</sup> Om redenen gelegen in die draagkracht of behoefte staat het de rechter echter wel vrij de voorlopige partneralimentatie te limiteren.<sup>31</sup>

Indien bij de scheiding minderjarige kinderen zijn betrokken kunnen er tevens voorlopige voorzieningen worden gevraagd met betrekking tot de toevertrouwing van de kinderen aan een der ouders<sup>32</sup> en de afgifte van de kinderen en kan bovendien het bedrag worden bepaald dat de andere echtgenoot voor de verzorging en opvoeding van ieder der kinderen moet betalen. Ook kan een regeling worden vastgesteld inzake de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken of de omgang tussen het kind en de andere ouder, die niet het gezag uitoefent alsmede inzake het verschaffen van informatie dan wel het raadplegen van de echtgenoten over de minderjarige kinderen. Ingevolge art. 823 Rv kan bij wijze van voorlopige voorziening ook een ondertoezichtstelling worden uitgesproken.<sup>33</sup>

28 Met de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is art. 822 Rv enigszins aangepast.

29 Soms wordt het gebruik slechts toegekend tegen betaling van een bijdrage in de kosten (Hoge Raad 16 juni 1978, *NJ* 1979, 165). Dit strookt met de regeling van art. 1:165 BW, die voor de periode na de echtscheiding geldt en waarvan de toepassing in het verlengde ligt van die van de regeling betreffende de echtelijke woning gedurende het geding, aldus Hoge Raad 15 oktober 1993, *NJ* 1994, 63.

30 Hoge Raad 15 juli 1987, *NJ* 1988, 297 en Hoge Raad 31 december 1993, *NJ* 1994, 315.

31 Hoge Raad 14 mei 1993, *NJ* 1993, 434. Vergelijk Hoge Raad 27 april 1984, *NJ* 1985, 103.

32 Hof Den Haag 28 maart 2001, *FJR* 2001, 57, p. 256, achtte een voorlopige toevertrouwing mogelijk krachtens art. 1:253a BW. Naar het oordeel van het hof kan art. 822 lid 1 sub c Rv ook worden toegepast in andere gevallen waarin partijen gezamenlijk het gezag hebben en strijden over beëindiging daarvan, zeker als er – zoals i.c. – een bodemprocedure loopt over de toekenning van het gezag.

33 Zie voor deze kindbeschermingsmaatregel hoofdstuk 10. Zie voor een uitvoerige bespreking van de voorlopige voorzieningen m.b.t. de kinderen: Koens en Van Wamelen 2001, hoofdstuk 2.



Op grond van art. 824 Rv kan van een voorlopige voorziening geen hoger beroep worden ingesteld,<sup>34</sup> noch van de wijziging of intrekking ervan. Wijziging of intrekking is, onder bepaalde voorwaarden, wel mogelijk.<sup>35</sup>

De voorlopige voorzieningen verliezen in beginsel hun kracht zodra een beschikking waarbij de echtscheiding is uitgesproken, wordt ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand<sup>36</sup> of de mogelijkheid daartoe vervalt, dan wel zodra een beschikking waarbij de scheiding van tafel en bed is uitgesproken, wordt ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in art. 1:116 BW, of de mogelijkheid daartoe vervalt. De voorlopige voorzieningen verliezen eveneens hun kracht zodra een verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed wordt ingetrokken, alsmede zodra een beschikking waarbij een verzoek tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed wordt afgewezen, in kracht van gewijsde gaat.

## 5.4 Pensioenverweer en verevening van pensioenrechten

### 5.4.1 Pensioenverweer

Tegen een eenzijdig verzoek tot echtscheiding kan het zogenaamde pensioenverweer worden gevoerd. Dit is geregeld in art. 1:153 BW. Indien als gevolg van de verzochte echtscheiding een bestaand vooruitzicht op uitkeringen aan de andere echtgenoot na vooroverlijden van de echtgenoot die het verzoek heeft gedaan zou teloorgaan of in ernstige mate zou verminderen, en de andere echtgenoot deswege tegen dat verzoek verweer voert, kan het echtscheidingsverzoek niet worden toegewezen voordat daaromtrent een voorziening is getroffen die, gelet op de omstandigheden van het geval, ten opzichte van beide echtgenoten billijk is te achten. De rechter kan daartoe een termijn stellen (art. 1:153 lid 1 BW).

Bij de vraag of een voorziening is getroffen die ten opzichte van beide echtgenoten billijk is te achten, dient te worden gelet op alle omstandigheden van het geval, zoals de leeftijd van de echtgenoot, de mogelijkheid om zelf bevredigende voorzieningen te treffen, het pensioenbedrag dat verloren zou gaan en het (te verwachten) inkomen van partijen.

Deze uit billijkheidsoverwegingen getroffen regeling strekt ter bescherming van vooral de gescheiden vrouw, die het risico loopt bij vooroverlijden van haar ex-man in financieel opzicht onverzorgd achter te blijven (na het overlijden is er immers ook geen alimentatieplicht meer). De regeling is beperkt in die zin, dat zij slechts betrekking heeft op een vooruitzicht op uitkeringen uit hoofde van een nabestaandenpensioen en daarmee vergelijkbare uitkeringen, zoals die krachtens een levens-

34 Hoge Raad 30 juni 2000, NJ 2000, 674.

35 Hoge Raad 3 juli 1995, NJ 1996, 555 concludeerde dat een voorlopige alimentatie mogelijk met terugwerkende kracht kan worden herzien.

36 Hoge Raad 8 juli 1996, NJ 1997, 120.



verzekering.<sup>37</sup> Bovendien staat dit verweer slechts open voor de niet-verzoekende partij en heeft het slechts betrekking op een op het moment van echtscheiding bestaand vooruitzicht.

Art. 1:153 lid 1 BW is niet van toepassing als:

- redelijkerwijs te verwachten is, dat de andere echtgenoot zelf voor dat geval voldoende voorzieningen kan treffen;<sup>38</sup> of
- de duurzame ontwrichting van het huwelijk in overwegende mate te wijten is aan de andere echtgenoot (art. 1:153 lid 2 BW).

Het pensioenverweer wordt niet vaak gevoerd en nog minder vaak toegewezen. Een voorbeeld van dat laatste betreft een zaak van het Hof Amsterdam dat een verzoek tot echtscheiding afwees, omdat de echtscheiding het vooruitzicht van de vrouw op partnerpensioen in ernstige mate zou verminderen of teloor zou gaan, waarvoor geen billijke voorziening was getroffen.<sup>39</sup> Bij scheiding van tafel en bed geldt het pensioenverweer niet (art. 1:169 lid 2 BW). In de praktijk wordt niet vaak een beroep gedaan op het pensioenverweer en als dat wel gebeurt, wordt op basis van de omstandigheden van het geval beoordeeld of dit beroep terecht is.

#### 5.4.2 Pensioenverevening

Pensioen vormt een belangrijk onderdeel van het vermogen. Als werk en zorg tijdens het huwelijk scheef verdeeld zijn, betekent dat slechts een van de twee echtgenoten (volledig) pensioen opbouwt. De Wet Verevening Pensioenrechten bij Scheiding die in 1995 is ingevoerd kent om die reden aan echtgenoten een vereveningsrecht toe met betrekking tot het door de andere echtgenoot opgebouwde pensioen.<sup>40</sup> Art. 1:155 BW en de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding zijn hierop van toepassing.<sup>41</sup> Het gaat alleen om ouderdomspensioen, dus niet om nabestaandenpensioen of andere voorzieningen, en uitsluitend om pensioen dat tijdens het huwelijk is opgebouwd. De contractsvrijheid is groot: echtgenoten mogen de wettelijke regeling uitsluiten op de wijze voorzien in deze wet. Ook mogen ze opteren voor een andere verdeling. Dit moet gebeuren bij huwelijkse voorwaarden of schriftelijk in een scheidingsconvenant.

37 Hoge Raad 15 september 1995, *NJ* 1996, 37; Hoge Raad 20 oktober 1995, *NJ* 1997, 215 (art. 1:153 BW heeft geen betrekking op ouderdomspensioen echtgenoot) en Hoge Raad 5 maart 2004, *NJ* 2005, 494.

38 Hoge Raad 20 mei 1977, *NJ* 1978, 253 en Hoge Raad 14 mei 1993, *NJ* 1994, 271 (als 'voorziening' komt mede in aanmerking een uit de wet voortvloeiend weduwepensioen). Zie ook Hoge Raad 19 december 1997, *NJ* 1999, 399, m.nt. H.J. Snijders.

39 Hof Amsterdam 3 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1707.

40 Zie over pensioen dat in eigen beheer wordt opgebouwd: Leene-Hoedemaeker 2016 en Van den Barselaar 2015.

41 Deze bepaling is ingevoerd bij de Wet van 28 april 1994, *Stb.* 342, bij echtscheiding of scheiding van tafel en bed, *Kamerstukken*, 21 893 en krachtens Besluit van 9 augustus 1994, *Stb.* 615, op 1 mei 1995 in werking getreden. Laatste wijziging *Stb.* 2001, 12. Zie het speciale nummer Pensioenverevening van het *EchtscheidingBulletin*; *EB* 1995, nr. 6. Zie over pensioenverevening ook Soons, *FJR* 1995, p. 122-124 en Lutjens, *NJB* 1997, p. 711-717 en Hoge Raad 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 528, m.nt. S.F.M. Wortmann.



Indien de Wvps van toepassing is, moet de echtscheiding (via een speciaal formulier) gemeld worden bij de pensioenuitvoerder.<sup>42</sup> Bij tijdige melding, dit wil zeggen binnen twee jaar na scheiding, aan het pensioenfonds, betaalt dit aan elk der echtgenoten de helft van het opgebouwde ouderdomspensioen naar rato van het aantal huwelijksjaren. Er is een rechtstreeks recht jegens het pensioenuitvoeringsorgaan. Voorhuwelijks jaren tellen niet mee en het nabestaandenpensioen blijft buiten de verevening. Voor zover dit ten tijde van de scheiding was opgebouwd, komt het toe aan de betrokken ex-echtgenoot.

Echtgenoten kunnen bij huwelijks voorwaarden of bij echtscheidingsconvenant een zogenaamde conversie overeenkomen, mits het uitvoeringsorgaan daarmee akkoord gaat.<sup>43</sup>

De conversie houdt in dat de vereveningsgerechtigde jegens het uitvoeringsorgaan een eigen recht op ouderdomspensioen verkrijgt (art. 5 Wvps). Het bijzonder nabestaandenpensioen van de gescheiden vereveningsgerechtigde wordt dan geheel en het te verevenen ouderdomspensioen van de vereveningsplichtige wordt gedeeltelijk afgekocht en voor de afkoopsom wordt een ouderdomspensioen op het leven van de gerechtigde ingekocht. Dit eigen recht is dus niet afhankelijk van het in leven zijn en de pensioenleeftijd van de vereveningsplichtige.<sup>44</sup>

### 5.5 Alimentatie

De verplichting om na de ontbinding van het huwelijk de echtgenoot, die niet voldoende inkomsten tot zijn levensonderhoud heeft noch zich in redelijkheid kan verwerven, te blijven steunen, berust evenzeer als de in art. 1:81 en 1:84 BW omschreven verplichting, op de levensverhouding zoals die door het huwelijk is geschapen en die haar werking, zij het in beperktere omvang, behoudt ook al wordt de huwelijksband geheel of ten dele geslaakt, aldus ons hoogste rechtscollege in diverse uitspraken.<sup>45</sup>

De alimentatieplicht van de gewezen echtgenoot vindt dus haar rechtsgrond in de levensgemeenschap, zoals die door het huwelijk is geschapen; de onderhoudsverplichting tussen echtgenoten werkt na de ontbinding van hun huwelijk door.<sup>46</sup> Aan de draagkrachtige echtgenoot kan een alimentatieplicht ten behoeve van de behoeftige echtgenoot worden opgelegd. Daarbij speelt, anders dan onder het recht

42 Dit modelformulier is voor het eerst vastgesteld in 1995. In verband met de invoering van het geregistreerd partnerschap is dit formulier bij Regeling van 14 juli 2000, *Stcrt.* 2000, 136, p. 15 geactualiseerd.

43 Baetens, *FJR* 2006, 63.

44 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/630.

45 Zie over de grondslag van de partneralimentatie reeds Hoge Raad 27 maart 1930, *NJ* 1930, 1250, m.nt. P. Scholten. Zie ook Hoge Raad 23 mei 1975, *NJ* 1976, 412, m.nt. E.A.A. Luijten; Hoge Raad 28 september 1977, *NJ* 1978, 432, m.nt. E.A.A. Luijten; Hoge Raad 12 september 1997, *NJ* 1997, 733; Hoge Raad 14 november 1997, *NJ* 1998, 112 en Hoge Raad 9 februari 2001, *NJ* 2001, 216.

46 Spalter 2013.



van vóór 1971, de processuele positie en dus de vermeende schuld aan de scheiding geen rol meer.<sup>47</sup>

Opmerking verdient dat in de politiek het idee leeft dat partneralimentatie in duur beperkt moet worden en dat een andere grondslag voor partneralimentatie ingevoerd moet worden. Een eerste initiatiefwetsvoorstel dat de alimentatieduur beperkte tot vijf jaar is in de Tweede Kamer verworpen,<sup>48</sup> het tweede plan is ingediend bij de Tweede Kamer en van een kritisch advies door de Raad van State voorzien.<sup>49</sup>

### 5.5.1 Alimentatiebeschikking

De rechter kan bij de echtscheidingsbeschikking of bij latere uitspraak aan de echtgenoot die niet voldoende inkomsten tot zijn levensonderhoud heeft, noch zich in redelijkheid kan verwerven, op diens verzoek ten laste van de andere echtgenoot een uitkering tot levensonderhoud toekennen (art. 1:157 lid 1 BW). De alimentatieplicht gaat in beginsel in op de dag van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:163 BW; 5.6).<sup>50</sup>

De rechter 'kan' een uitkering toekennen. Hij is daartoe bevoegd, maar niet verplicht<sup>51</sup> en heeft dus ter zake een grote discretionaire bevoegdheid.<sup>52</sup> De rechter kan zich dus in hoge mate laten leiden door de billijkheid, maar is ook weer niet geheel vrij in zijn beslissing. Voor de toekenning van alimentatie zijn namelijk twee beginselen van groot belang: het behoeftigheidsbeginsel enerzijds en het draagkrachtbeginsel anderzijds. Maar ook niet-financiële factoren kunnen een rol spelen, zoals het gedrag van de alimentatiegerechtigde. Ex-echtgenoten kunnen ook zelf afspraken maken; daarover handelt 5.5.5. Hierna wordt eerst ingegaan op de vaststelling van de alimentatie door de rechter.

### 5.5.2 Behoeftigheid

Om aanspraak te kunnen maken op partneralimentatie is vereist dat de verzoeker behoeftig is.<sup>53</sup> Daarvan is sprake indien de verzoeker niet met eigen financiële middelen in zijn behoeften kan voorzien. Het gaat er dus om dat hij niet voldoende

47 Zie reeds Hoge Raad 4 juni 1965, *NJ* 1965, 277.

48 Initiatiefwetsvoorstel Bontes, *Kamerstukken II*, 33 311, verworpen op 22 april 2014.

49 *Kamerstukken II* 2014/2015, 34 231, nr.1-6 (Voorstel van wet van de leden Van Oosten, Recourt en Berndsen-Jansen tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de herziening van het stelsel van partneralimentatie (Wet herziening partneralimentatie)). Zie daarover Pieters, *FJR* 2015, 55; Nuytinck 2015, p. 873-876.

50 Hoge Raad 8 juli 1996, *NJ* 1997, 120. De rechter kan echter een latere ingangsdatum bepalen; Hoge Raad 10 september 1999, *NJ* 1999, 795.

51 Zie reeds Hoge Raad 21 november 1913, *NJ* 1913, 1320.

52 Deze vrijheid gaat gepaard met een strenge motiveringsplicht. Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 29 juni 2001, *NJ* 2001, 495. Bovendien moet de rechter binnen de grenzen van de rechtsstrijd blijven; Hoge Raad 30 oktober 1998, *NJ* 1999, 102.

53 Over de effecten van tijdsverloop op de behoeftigheid: Van Yperen-Groenleer 2014 en Baeten 2006.



inkomsten heeft (hetzij uit arbeid, hetzij uit vermogen) om in zijn levensonderhoud te voorzien en zich deze in redelijkheid niet kan verwerven. Voor afwijzing van een alimentatieverzoek moet – volgens vaste rechtspraak – aan de verzoekende partij ter zake van diens behoefte een relevant verwijt kunnen worden gemaakt.<sup>54</sup>

De Commissie Alimentatienormen (1978) noemde als omstandigheden die in redelijkheid aan het verwerven van inkomsten in de weg kunnen staan: de noodzaak tot verzorging van de kinderen, de leeftijd en gezondheidstoestand van de vrouw, de situatie op de arbeidsmarkt, de achterstand in scholing en vakopleiding en de passendheid van de door de vrouw te verrichten arbeid. Opvallend is, dat de commissie destijds bij de behoeftige echtgenoot vooral de vrouw op het oog had. De behoefte kan verminderen of verdwijnen bij samenwoning en eventueel herleven bij de beëindiging daarvan.<sup>55</sup>

Als voldaan is aan het vereiste van behoefte komt het aan op de vraag naar de omvang van de behoeften. Het gaat hierbij om het verschil tussen de financiële middelen die de alimentatiegerechtigde zou moeten hebben en wat hij heeft (en redelijkerwijs kan verwerven); dat verschil vormt de behoefte(n). Ook bij het vaststellen van de omvang van de behoefte heeft de rechter veel ruimte en dienen de omstandigheden van het geval te worden beoordeeld. In de praktijk zijn er richtlijnen ontwikkeld (zie hieronder). De behoefte kan toenemen door een inkomensvermindering van de alimentatiegerechtigde. Daarvoor moet de onderhoudsgerechtigde wel een verklaring geven en de rechter, die met de vermindering rekening houdt, moet dit motiveren.<sup>56</sup> De vermindering mag slechts dan buiten beschouwing blijven, indien de onderhoudsgerechtigde jegens de onderhoudsplichtige verwijtbaar heeft gehandeld doordat hij zich had behoren te onthouden van de gedragingen die tot die inkomensvermindering hebben geleid.<sup>57</sup> Ook wangedrag van de behoeftige echtgenoot kan, als een niet-financiële factor, van invloed zijn op de toekenning van alimentatie.<sup>58</sup> Daarbij geldt als criterium of er feiten en omstandigheden zijn, in verband waarmee van een gewezen echtgenoot in redelijkheid niet kan worden verlangd bij te dragen in het levensonderhoud van de ander. Daarnaast kan met andere omstandigheden rekening worden gehouden, zoals de welstand van partijen gedurende het huwelijk.<sup>59</sup> Ook een eigen bijdrage op grond van de AWBZ maakt deel uit van de behoeften.<sup>60</sup> Bij de bepaling van die behoefte moet een huursubsidie

54 Hoge Raad 11 juni 1982, *NJ* 1983, 595-596, m.nt. E.A.A. Luijten; Hoge Raad 28 februari 1992, *NJ* 1992, 442; Hoge Raad 4 februari 1994, *NJ* 1994, 367; Hoge Raad 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 61 en Hoge Raad 25 november 1994, *NJ* 1995, 300, m.nt. J. de Boer.

55 Hoge Raad 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 61.

56 Hoge Raad 17 maart 2000, *NJ* 2000, 313.

57 Hoge Raad 24 april 1998, *NJ* 1998, 603. Vergelijk Hoge Raad 23 januari 1998, *NJ* 1998, 707.

58 Hof Arnhem 16 januari 1990, *FJR* 1990, p. 165 e.v. Rechtbank Zutphen 20 augustus 2006, *RFR* 2006, 130; Rechtbank Haarlem 19 september 2006, *EB* 2007, nr. 62; Hof Den Haag 29 juli 2009, *EB* 2009, nr. 80; Hof Arnhem 31 augustus 2010, *EB* 2011, nr. 7 en Rechtbank Groningen 8 februari 2011, *LJN* BP7071. Afgewezen in: Hoge Raad 7 mei 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BL7047*. Zie ook Spalter, *NJB* 2015, 2109.

59 Hoge Raad 25 juni 1965, *NJ* 1965, 385; Hoge Raad 12 februari 1988, *NJ* 1988, 945; Hoge Raad 19 december 2003, *NJ* 2004, 140 en Zonnenberg, *EB* 2004, nr. 2.

60 Hoge Raad 28 februari 1992, *NJ* 1993, 187.



daarentegen buiten beschouwing blijven.<sup>61</sup> In beide laatste situaties zou een ander oordeel immers impliceren, dat de alimentatieplichtige een deel van zijn onderhoudsverplichting op de gemeenschap zou afwentelen. Een AOW-uitkering is in het algemeen niet een voldoende bron van inkomsten.<sup>62</sup>

### 5.5.3 Draagkracht

De rechter heeft een zelfstandige taak bij het vaststellen van de draagkracht van de alimentatieplichtige.<sup>63</sup> Diens draagkracht wordt niet alleen bepaald door zijn inkomen, maar ook door zijn vermogen.<sup>64</sup> En daarbij telt niet alleen wat hem rechtens en feitelijk ter beschikking staat, maar ook wat hij zich redelijkerwijze kan verwerven.<sup>65</sup> Indien de alimentatieplichtige vrijwillig een bron van inkomsten opgeeft en daardoor zijn draagkracht vermindert, kan de rechter deze vermindering buiten beschouwing laten, tenzij hij van oordeel is dat deze handelwijze door de omstandigheden gerechtvaardigd was.<sup>66</sup>

De draagkracht wordt ook beïnvloed door verplichtingen die de alimentatieplichtige is aangegaan en de rechter kan daarmee rekening houden. Zo behoort in beginsel met alle schulden rekening te worden gehouden, maar is de rechter vrij in de mate, waarin hij eventuele schulden bij de draagkrachtberekening laat meewegen.<sup>67</sup> Een wettelijke onderhoudsplicht jegens derden (nieuwe huwelijkspartner,<sup>68</sup> geregistreerde partner, stiefkinderen) vermindert in het algemeen zijn draagkracht. Hetzelfde geldt voor een samenloop van alimentatieverplichtingen jegens meer ex-echtgenoten<sup>69</sup> en/of kinderen uit diverse relaties.<sup>70</sup> De rechter kan ook rekening houden met de omstandigheid dat de man ongehuwd samenwoont.<sup>71</sup> De financiële positie van de nieuwe partner van de alimentatieplichtige kan diens draagkracht verminderen,<sup>72</sup> maar ook verhogen.<sup>73</sup> Ook het openvallen van een nalatenschap, waarin de alimentatieplichtige deelgenoot is, kan zijn draagkracht

61 Hoge Raad 27 januari 1995, *NJ* 1995, 291.

62 Hoge Raad 29 juni 1979, *NJ* 1980, 289; Hoge Raad 7 december 1979, *NJ* 1980, 215 en Hoge Raad 16 mei 1980, *NJ* 1981, 99.

63 Hoge Raad 23 september 1994, *NJ* 1995, 25.

64 Hoge Raad 20 mei 1949, *NJ* 1950, 50; Hoge Raad 3 februari 1956, *NJ* 1956, 75 en Hoge Raad 25 mei 1962, *NJ* 1962, 266.

65 Hoge Raad 2 november 1962, *NJ* 1962, 472 en Hoge Raad 23 november 2001, *NJ* 2002, 280, m.nt. J. de Boer.

66 Hoge Raad 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 5; Hoge Raad 12 januari 1996, *NJ* 1996, 335; Hoge Raad 23 januari 1998, *NJ* 1998, 707, m.nt. J. de Boer en Hoge Raad 20 november 1998, *NJ* 1999, 86.

67 Hoge Raad 29 september 1978, *NJ* 1979, 143, waarin de Hoge Raad enkele criteria ontwikkelde met betrekking tot de invloed van schulden op de draagkracht. Zie ook Hoge Raad 20 november 1998, *FJR* 1999, 2, p. 22-23 en Hoge Raad 10 december 1999, *NJ* 2000, 4.

68 Hoge Raad 10 december 1976, *NJ* 1977, 587; Hoge Raad 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 854.

69 Hoge Raad 11 september 1992, *NJ* 1992, 745.

70 Hoge Raad 13 december 1991, *NJ* 1992, 178. In de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding art. 1:400 lid 1 BW is prioriteit voor de kinderalimentatie opgenomen per 1 maart 2009.

71 Hoge Raad 3 juli 1995, *NJ* 1996, 86.

72 Hoge Raad 30 oktober 1998, *NJ* 1999, 102.

73 Hoge Raad 8 juli 1996, *NJ* 1997, 120.



doen toenemen.<sup>74</sup> Ook de vraag of met de verwerping door de alimentatieplichtige van een nalatenschap van diens vader rekening moet worden gehouden heeft in de rechtspraak een rol gespeeld.<sup>75</sup> De draagkracht kan voorts beïnvloed worden door met een redelijke mate van zekerheid te verwachten toekomstige financiële verplichtingen van of meevallers voor de alimentatieplichtige<sup>76</sup> of een dringende morele verplichting.<sup>77</sup>

Door de werkgroep Alimentatie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak is in 2001 een herzien rapport gepubliceerd met aanbevelingen voor de berekening van alimentatie. Het rapport wordt jaarlijks tweemaal aangepast.<sup>78</sup> Deze zogenaamde Alimentatienormen zijn voor de praktijk van groot belang, hoewel de rechter er niet aan gebonden is. Zij zijn immers geen 'recht' in de zin van art. 79 RO.<sup>79</sup> De rechter is trouwens niet gehouden alle berekeningen in zijn beschikking op te nemen, mits uit de beschikking voldoende blijkt van welke gegevens hij gebruik heeft gemaakt.<sup>80</sup>

De rechter mag in het algemeen niet afzien van het vaststellen van een onderhoudsbijdrage 'vanwege geringe hoogte'. Indien daartoe voldoende draagkracht aanwezig is, moet hij ook in dat geval een bijdrage opleggen, aangezien de alimentatiege-rechtigde in de regel ook met een geringe bijdrage zal zijn gebaat.<sup>81</sup>

Omdat de verplichting tot uitkering van levensonderhoud eindigt door de dood, kan de rechter bij de vaststelling van de uitkering rekening houden met de behoefte aan een voorziening in het levensonderhoud voor het geval van overlijden van degene die tot de uitkering is gehouden (art. 1:157 lid 2 BW). Dit betekent dat bij de bepaling van de hoogte van de alimentatie rekening kan worden gehouden met een bedrag dat de alimentatieplichtige of -gerechtigde moet besteden voor de premie van een nabestaandenpensioen voor laatstgenoemde. Art. 1:157 lid 2 BW ondervangt derhalve de gebreken, die aan de regeling van het pensioenverweer kleven, nu dit verweer niet openstaat voor de partij die zelf de scheiding verzoekt en uitsluitend betrekking heeft op een op het moment van de echtscheiding bestaand vooruit-zicht.<sup>82</sup>

74 Hoge Raad 25 april 1997, *FJR* 1997, p. 216.

75 Hoge Raad 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF8928.

76 Hoge Raad 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 91 en Hoge Raad 12 maart 1999, *NJ* 1999, 47.

77 Hoge Raad 15 juli 1985, *NJ* 1986, 566. De dringende morele verplichting betrof hier een toelage aan een moeder in het buitenland.

78 *Trema* 2001, nr. 1a. Zie over deze normen Fernhout, *FJR* 1994, p. 50-53; Ten Hoeve, *NJB* 1996, p. 793-796; Dorhout, *FJR* 2001, p. 42-45 en Fernhout 2001, p. 1-5; Zonnenberg 2006 en Fernhout 2007.

79 Hoge Raad 1 november 1991, *NJ* 1992, 30; Hoge Raad 1 december 1995, *NJ* 1996, 272 en Hoge Raad 22 maart 1996, *NJ* 1996, 640. Zie echter Hoge Raad 18 november 2011, *LJN* BU4937 over richtlijnen in strijd met de wet.

80 Hoge Raad 17 maart 2000, *NJ* 2000, 313.

81 Hoge Raad 18 november 1994, *NJ* 1995, 117.

82 Zie over de verhouding tussen art. 1:153 en 1:157 lid 2 BW: Asser/De Boer 1\* 2010, p. 509-510.



#### 5.5.4 *Limitering alimentatie*

De rechter kan op verzoek van één van de echtgenoten de uitkering toekennen onder vaststelling van voorwaarden en van een termijn. Deze vaststelling kan niet ten gevolge hebben dat de uitkering later eindigt dan twaalf jaar na de datum van inschrijving van de beschikking in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:157 lid 3 BW). De alimentatieplicht wordt dus gelimiteerd tot, in beginsel, twaalf jaar. Voor 1994 gold geen beperking qua duur, maar met de Wet Limitering Alimentatie (WLA)<sup>83</sup> kwam een einde aan 'levenslange' alimentatieverplichtingen. Indien de rechter geen termijn heeft vastgesteld,<sup>84</sup> eindigt de verplichting tot levensonderhoud van rechtswege na het verstrijken van een termijn van twaalf jaar, die aanvangt op de datum van inschrijving van de beschikking in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:157 lid 4 BW). Dit betekent ook, dat een eerste verzoek tot vaststelling van partneralimentatie binnen twaalf jaar na die inschrijving moet worden ingediend. Nadien is men daarin niet meer ontvankelijk.<sup>85</sup> De termijn van twaalf jaar is derhalve een vervaltermijn, waarvan geen afstand gedaan kan worden. Indien de rechter (conform art. 1:157 lid 3 BW) wél een termijn heeft vastgesteld, mag hij daarbij niet bepalen dat deze niet voor verlenging vatbaar is.<sup>86</sup> De rechter is wel bevoegd de alimentatieverplichting gefaseerd te verminderen gedurende de termijn dat deze nog voortduurt.<sup>87</sup>

Als vóór 1 juli 1994 alimentatie is overeengekomen of door de rechter is vastgesteld, eindigt deze verplichting dus in beginsel na een termijn van twaalf jaar.<sup>88</sup> Het is niet van belang of partijen zelf in een convenant een alimentatie overeengekomen zijn of dat de rechter de alimentatie heeft toegekend. De termijn van twaalf jaar is echter geen absoluut maximum. Zo zijn partijen vrij om in een convenant een langere termijn overeen te komen; indien zij geen termijn opnemen, geldt de termijn van twaalf jaar. Daarnaast bevat art. 1:157 lid 5 BW ter zake van de beëindiging van de alimentatie een hardheidsclausule. Indien de beëindiging van de uitkering ten gevolge van het verstrijken van de twaalf jaar van zo ingrijpende aard is dat ongewijzigde handhaving van die termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van alimentatiegerechtigde niet kan worden gevegd, kan de rechter op diens verzoek alsnog een termijn vaststellen (art. 1:157 lid 5 BW). De alimentatiegerechtigde kan de rechter dus om verlenging van de termijn verzoeken als beëindiging in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.<sup>89</sup> Een dergelijk verzoek

83 Bij de Wetten van 28 april 1994, *Stb.* 324-325; *Kamerstukken*, 19 295 en 22 170. Hoge Raad 17 januari 1997, *NJ* 1997, 434 besliste dat de WLA niet in strijd met het EVRM kan worden geacht, noch met de discriminatieverboden van het BuPo-verdrag. Zie over de limitering: Roijackers, *NJB* 2001, p. 620-624 (en een reactie op p. 1040-1041).

84 Vergelijk Hoge Raad 28 maart 1997, *NJ* 1997, 382. Zie ook Hoge Raad 19 april 1996, *NJ* 1997, 57.

85 Hoge Raad 8 mei 1998, *NJ* 1998, 889, m.nt. S.F.M. Wortmann. Anders Hoge Raad 4 februari 1994, *NJ* 1994, 366; deze uitspraak dateert echter van vóór de inwerkingtreding van de WLA. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 12 september 2013, *ECLI:NL:GHSHE:2013:4257*.

86 Hoge Raad 30 januari 1998, *NJ* 1998, 458 en Hoge Raad 4 juni 2004, *NJ* 2006, 18.

87 Hoge Raad 3 december 1999, *NJ* 2000, 118.

88 *Mens* 2004; *Mens* 2006; *Zon* 2006 en *Rechtbank Assen* 7 februari 2007, *EB* 2007, nr. 46.

89 Vergelijk Hoge Raad 19 april 1996, *NJ* 1997, 57, m.nt. J. de Boer.



dient te worden ingediend vóórdat drie maanden sinds de beëindiging zijn verstreken. Als de alimentatieplichtige nog doorbetaalt na de beëindiging van de termijn om te voorkomen dat de alimentatiegerechtigde binnen drie maanden een verlengingsverzoek doet, zal ervan worden uitgegaan dat aan die betalingen een stilzwijgende overeenkomst tot het laten voortduren van de alimentatieplicht ten grondslag ligt.<sup>90</sup> Het is dan mogelijk om alsnog een verzoek in te dienen. Verlenging van de twaalf-jaartermijn is een uitzondering en is slechts mogelijk in geval van bijzondere omstandigheden.<sup>91</sup> Het is aan de alimentatiegerechtigde om deze te stellen en indien nodig te bewijzen.<sup>92</sup> De financiële omstandigheden van de alimentatiegerechtigde zijn daarbij van belang. De alimentatietermijn van twaalf jaar kan bijvoorbeeld worden verlengd op grond van een arbeidsongeschiktheid die pas na de scheiding is ontstaan.<sup>93</sup> Er gelden geen bijzondere motiveringseisen voor de toe- of afwijzing van het verzoek.<sup>94</sup>

De rechter bepaalt – zonedig ambtshalve – bij de uitspraak of verlenging van de termijn na ommekomst daarvan andermaal mogelijk is (art. 1:157 lid 5 BW).

Art. 1:157 lid 6 BW bevat ten slotte een regeling, die korte metten maakt met het levenslang genot van alimentatie na een kort, kinderloos huwelijk. Indien de duur van het huwelijk niet meer bedraagt dan vijf jaar en uit dit huwelijk geen kinderen zijn geboren, eindigt de verplichting tot levensonderhoud van rechtswege na het verstrijken van een termijn die gelijk is aan de duur van het huwelijk en die aanvangt op de datum van inschrijving van de beschikking in de registers van de burgerlijke stand. Indien de rechter een termijn vaststelt, kan deze vaststelling niet ten gevolge hebben dat de uitkering op een later tijdstip eindigt dan ingevolge de vorige zin het geval zou zijn. Verlenging door vaststelling van een nieuwe termijn overeenkomstig art. 1:157 lid 5 BW is wel mogelijk.<sup>95</sup>

Onder omstandigheden is dus een verlenging mogelijk. Maar is ook een kortere termijn denkbaar? Als de alimentatieplichtige een verzoek daartoe doet, is het aan de rechter te beslissen. Rechterlijke limitering heeft in beginsel een definitief en dus ingrijpend karakter. De alimentatieplicht eindigt definitief. Daarom worden hoge eisen gesteld aan de motivering van een dergelijke uitspraak,<sup>96</sup> en aan de stelplicht van de alimentatieplichtige. Deze dient nauwkeurige gegevens te stellen, waaruit blijkt dat beëindiging gerechtvaardigd is en bij een gemotiveerde betwisting van

90 Hoge Raad 21 mei 2010, NJ 2010, 396, m.nt. S.F.M. Wortmann.

91 Hof Amsterdam 23 april 2013, ECLI: GHAMS:2013:CA3928, waarvan cassatie: Hoge Raad 14 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:631.

92 Hoge Raad 19 december 2008, NJ 2009, 136.

93 Hoge Raad 6 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7004.

94 Hoge Raad 19 december 2008, NJ 2009, 136.

95 Zie over korte huwelijksduur: Hoge Raad 18 april 1997, NJ 1997, 439 en Hoge Raad 14 november 1997, NJ 1998, 112; zie ook Hoge Raad 4 mei 2007, EB 2007, nr. 61 voor twee huwelijken na elkaar.

96 Hoge Raad 26 maart 1999, NJ 1999, 653-655, m.nt. S.F.M. Wortmann. Zie ook Hoge Raad 28 februari 1992, NJ 1992, 442; Hoge Raad 25 november 1994, NJ 1995, 300; Hoge Raad 23 januari 1998, NJ 1998, 333; Hoge Raad 30 januari 1998, NJ 1998, 458; Hoge Raad 29 oktober 1999, NJ 2000, 62; Hoge Raad 28 januari 2000, NJ 2000, 391 en Hoge Raad 22 september 2001, NJ 2003, 618.



deze gegevens dient hij de juistheid ervan te bewijzen.<sup>97</sup> Een beslissing, waarbij het verzoek van een alimentatieplichtige tot limitering van zijn verplichting tot het betalen van alimentatie is afgewezen, is daarentegen niet een beslissing die een zo ingrijpend karakter heeft dat daaraan de hoge motiveringseisen moeten worden gesteld, die de Hoge Raad heeft aangenomen met betrekking tot beslissingen waarbij het recht op een bijdrage voor levensonderhoud wordt beëindigd.<sup>98</sup> Deze is daarom minder ingrijpend, omdat ingevolge art. 1:401 BW een rechterlijke uitspraak (of een overeenkomst) betreffende levensonderhoud in beginsel bij latere uitspraak kan worden gewijzigd of ingetrokken.<sup>99</sup> Evenals aan een limiteringsbeslissing worden aan een beslissing tot wijziging of intrekking zodanige motiveringseisen gesteld, dat zij voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.<sup>100</sup> Van limitering van de termijn moet worden onderscheiden een verzoek tot nihilstelling van de alimentatie. Daarbij wordt het bedrag op nul gesteld, maar dat kan als er wijzigingen in de behoefte of draagkracht zijn, op verzoek gewijzigd worden.

### 5.5.5 Alimentatieovereenkomst

Partijen kunnen zelf afspraken maken over de partneralimentatie met betrekking tot de hoogte, de voorwaarden en de duur (art. 1:158 BW).<sup>101</sup> De contractsvrijheid is groot, maar niet onbeperkt. Echtgenoten worden beschermd tegen al te rigoureuze stappen. Een voorbeeld van een beschermende bepaling is de voorwaarde dat een dergelijke overeenkomst niet reeds voor het huwelijk aangegaan kan worden.<sup>102</sup> Art. 1:158 BW bepaalt namelijk dat de echtgenoten vóór of na de beschikking tot echtscheiding bij overeenkomst kunnen bepalen of, en zo ja tot welk bedrag, na de echtscheiding de één tegenover de ander tot een uitkering tot diens levensonderhoud zal zijn gehouden. Is in de overeenkomst geen termijn opgenomen, dan is art. 1:157 lid 4-6 BW van overeenkomstige toepassing (art. 1:158 BW). Zoals gezegd is de contractsvrijheid groot. Partijen kunnen onder meer overeenkomen, dat van alimentatie wordt afgezien, een zogenaamd nihilbeding. Partijen kunnen ook afspreken dat er in plaats van een periodieke uitkering een som ineens, een zogenaamde lumpsum, wordt betaald. En partijen kunnen in hun overeenkomst bewust afwijken van de wettelijke maatstaven van behoefte en draagkracht. Als veiligheidsklep

97 Hoge Raad 11 juni 1982, *NJ* 1983, 595 en 596; Hoge Raad 22 januari 1993, *NJ* 1993, 233; Hoge Raad 4 februari 1994, *NJ* 1994, 367; Hoge Raad 17 januari 1997, *NJ* 1997, 472; Hoge Raad 18 april 1997, *NJ* 1997, 571; Hoge Raad 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 33; Hoge Raad 30 januari 1998, *NJ* 1998, 458 en Hoge Raad 19 januari 2001, *NJ* 2001, 274.

98 Hoge Raad 29 oktober 1999, *NJ* 2000, 62; Hoge Raad 28 januari 2000, *NJ* 2000, 392 en Hoge Raad 22 september 2000, *NJ* 2001, 228, m.nt. S.F.M. Wortmann.

99 Hoge Raad 28 mei 1971, *NJ* 1971, 371. Zie over wijziging voorts Pel, *FJR* 1997, p. 196-205 en hoofdstuk 12.

100 Hoge Raad 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7 en Hoge Raad 29 juni 2001, *NJ* 2001, 495.

101 Zie in dit verband ook art. 1:401 lid 2-3 BW.

102 Deze overeenkomst moet tijdens (en mag dus niet vóór) het huwelijk zijn aangegaan. Hoge Raad 7 maart 1980, *NJ* 1980, 363 en Hoge Raad 12 januari 1996, *NJ* 1996, 352, al wordt daar door een enkeling anders over gedacht. In het Wetsvoorstel Herziening partneralimentatie is opgenomen dat voorhuwelijks alimentatiecontracten zijn toegestaan.



geldt wel dat wijziging van de afspraken op verzoek door de rechter onder bepaalde strenge voorwaarden mogelijk is.<sup>103</sup> De overeenkomst kan door de rechter worden gewijzigd of ingetrokken als zij door wijziging van omstandigheden ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen (art. 1:401 lid 1 BW)<sup>104</sup> of als zij is aangegaan met grove miskennen van de wettelijke maatstaven (art. 1:401 lid 5 BW).<sup>105</sup>

De alimentatieovereenkomst kan wegens wilsgebreken vernietigbaar zijn. De regeling van art. 3:44 jo. art. 3:59 BW is van toepassing.<sup>106</sup> Bij de uitleg van een alimentatieovereenkomst kan het Haviltexcriterium (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) een rol spelen: niet alleen de taalkundige uitleg van het contract is bepalend, maar ook de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten.<sup>107</sup>

Partijen kunnen de toepasselijkheid van art. 1:401 lid 1 BW uitsluiten door in hun alimentatieovereenkomst een zogenoemd niet-wijzigingsbeding op te nemen. Zij bedingen in dat geval dat hun overeenkomst niet bij rechterlijke uitspraak zal kunnen worden gewijzigd op grond van een wijziging van omstandigheden. Ook hier zijn weer veiligheidskleppen ingebouwd. Zo kan een dergelijk beding slechts schriftelijk worden gemaakt (art. 1:159 lid 1 BW).<sup>108</sup> Het beding vervalt, indien de overeenkomst is aangegaan vóór de indiening van het verzoek tot echtscheiding, tenzij dit verzoek binnen drie maanden na de overeenkomst is ingediend (art. 1:159 lid 2 BW).<sup>109</sup>

Het verdient opmerking, dat een niet-wijzigingsbeding alleen vrijwaart tegen een wijziging of intrekking van de alimentatieovereenkomst op grond van art. 1:401 lid 1 BW, dus op de grond dat de overeenkomst door een wijziging van omstandigheden niet meer aan de wettelijke maatstaven voldoet. Het beding is niet bestand tegen een verzoek tot wijziging of intrekking op grond van art. 1:401 lid 5 BW, dus op de grond dat de overeenkomst is aangegaan met grove miskennen van de wettelijke maatstaven.<sup>110</sup>

Het niet-wijzigingsbeding vrijwaart trouwens ook bij een wijziging van omstandigheden niet altijd tegen een wijziging van de overeenkomst door de rechter. Ondanks een zodanig beding kan op verzoek van een der partijen de overeenkomst

103 Van zo'n overeenkomst is echter zeer beperkt wijziging op grond van art. 1:401 BW mogelijk, aldus Hoge Raad 23 oktober 1987, NJ 1988, 438, m.nt. E.A.A. Luijten. Anders Hof 's-Hertogenbosch 23 oktober 1998, NJ 1999, 490, dat i.c. wijzigde op grond van art. 1:405 lid 5 BW.

104 Hoge Raad 27 januari 1989, NJ 1989, 717; Hoge Raad 17 maart 1989, NJ 1989, 855; Hoge Raad 7 december 1990, NJ 1991, 201; Hoge Raad 1 juli 1994, NJ 1994, 597; Hoge Raad 12 september 1997, NJ 1997, 733; Hoge Raad 27 maart 1998, NJ 1998, 551 en Hoge Raad 4 februari 2000, NJ 2000, 213.

105 Zie verder hoofdstuk 12.

106 Hof Amsterdam 8 april 1999, FJR 2001, 7, p. 53-54.

107 Heida 2006a, p. 149-153.

108 Hoge Raad 29 maart 1996, NJ 1997, 101, m.nt. J. de Boer.

109 Hoge Raad 13 oktober 1978, NJ 1979, 242, m.nt. E.A.A. Luijten.

110 Hof 's-Hertogenbosch 23 oktober 1998, NJ 1999, 490.



door de rechter bij de echtscheidingsbeschikking of daarna worden gewijzigd op grond van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden, dat de verzoeker naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het beding mag worden gehouden (art. 1:159 lid 3 BW).<sup>111</sup> Het doorbreken van het beding van niet-wijziging zal alleen onder uitzonderlijke omstandigheden plaatsvinden. Evenals bij limitering of beëindiging van de alimentatie op grond van art. 1:157 jo. art. 1:401 BW worden zware eisen gesteld aan de stelplicht van degene die wijziging verzoekt én aan de motivering door de feitenrechter, die ondanks het beding de overeenkomst wijzigt.<sup>112</sup>

Is een beding van niet-wijziging overeengekomen, dan geldt dus niet art. 1:401 lid 1 BW ('wanneer door wijziging van omstandigheden'), maar art. 1:159 lid 3 BW, met zijn strengere criterium ten aanzien van de gewijzigde omstandigheden. Bij 'een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden' kan gedacht worden aan een grote inkomens- of vermogensvermeerdering, zoals bijvoorbeeld het winnen van een groot geldbedrag in een loterij of het krijgen van een erfenis door de alimentatiegerechtigde of de alimentatieplichtige. Ook kan het voorkomen dat een regeling is getroffen waarbij slechts een korte tijd alimentatie zal worden betaald in de veronderstelling dat de vrouw weer zal gaan werken. Als de vrouw plotseling invalide wordt, is er sprake van een zeer ingrijpende wijziging van omstandigheden.<sup>113</sup>

In art. 1:159a BW is uitdrukkelijk neergelegd dat een alimentatieovereenkomst tussen (ex-)echtgenoten niet in de weg staat aan verhaal op grond van de Participatiewet.<sup>114</sup> De bedoeling is te kunnen tegengaan dat degenen die op grond van hun inkomen in staat moeten worden geacht een bepaald bedrag aan alimentatie te betalen op eenvoudige wijze op kosten van de gemeenschap onder deze verplichting kunnen uitkomen. Het is echter geenszins de bedoeling van de wetgever geweest nihilbedingen onmogelijk te maken.

### 5.5.6 Einde alimentatieverplichting op grond van art. 1:160 BW

Een verplichting van een gewezen echtgenoot<sup>115</sup> om uit hoofde van echtscheiding levensonderhoud te verschaffen aan de ex-echtgenoot eindigt wanneer deze opnieuw in het huwelijk treedt, een geregistreerd partnerschap aangaat dan wel is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd of als hadden zij hun partner-

111 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons *I-II* 2016/669-770.

112 Hoge Raad 15 juli 1985, *NJ* 1986, 489, m.nt. E.A.A. Luijten; Hoge Raad 23 december 1988, *NJ* 1989, 263; Hoge Raad 12 september 1997, *NJ* 1997, 733; Hoge Raad 23 januari 1998, *NJ* 1998, 707, m.nt. J. de Boer; Hoge Raad 30 januari 1998, *NJ* 1998, 349 en Hoge Raad 8 mei 1998, *NJ* 1998, 667.

113 Rechtbank Leeuwarden 9 december 1982, *NJ* 1983, 274.

114 Ingevolge de Wet van 15 april 1992, *Stb.* 193 (*Kamerstukken*, 20 598) zijn gemeenten sinds 1992 in beginsel tot verhaal verplicht.

115 I.c. is sprake van 'gewezen' echtgenoten. Derhalve is aan een samenleving met een ander, die alweer verbroken is voor de inschrijving van de echtscheiding, niet het rechtsgevolg van art. 1:160 BW verbonden. Zie Hoge Raad 12 april 1996, *NJ* 1997, 56, m.nt. J. de Boer. Vergelijk Hoge Raad 7 oktober 1977, *NJ* 1978, 312.



schap laten registreren, aldus art. 1:160 BW.<sup>116</sup> Art. 1:160 BW doet de alimentatieplicht van rechtswege vervallen,<sup>117</sup> maar de vraag of het verval heeft plaatsgehad kan natuurlijk aan de rechter worden voorgelegd.

De rechtvaardiging voor de beëindiging van de alimentatieverplichting van een gewezen echtgenoot ingeval de alimentatiegerechtigde opnieuw huwt of een geregistreerd partnerschap aangaat, ligt in de verplichting van de nieuwe echtgenoot/partner om de ander het nodige te verschaffen (art. 1:81 en 1:80b BW).

Het samenleven als waren zij gehuwd heeft in het verleden in de praktijk in de context van alimentatie tot tal van problemen aanleiding gegeven. Het ging daarbij om de vraag wanneer er sprake is van een samenleven 'als waren zij gehuwd', en of art. 1:160 BW ook van toepassing is op een homoseksueel concubinaat. Art. 1:160 BW moet volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad restrictief worden uitgelegd.<sup>118</sup> Uitgangspunt is, dat de samenleving de kenmerken van een huwelijksverhouding moet dragen.<sup>119</sup> Vereist is dat een affectieve relatie bestaat van duurzame aard die meebrengt dat de partners elkaar wederzijds verzorgen, met elkaar samenwonen en een gemeenschappelijke huishouding voeren. Het uitzonderlijke en onherroepelijke karakter van de in art. 1:160 BW besloten liggende sanctie vergt dat deze bepaling restrictief wordt uitgelegd, hetgeen meebrengt dat niet snel mag worden aangenomen dat is voldaan aan de door deze bepaling gestelde eisen voor de beëindiging van de verplichting levensonderhoud te verschaffen.<sup>120</sup>

Onder art. 1:160 BW valt niet de situatie waarin sprake is van een (samenwoon) relatie met een nieuwe partner, die nog gehuwd is/een geregistreerd partnerschap heeft met een ander,<sup>121</sup> zelfs niet indien die nieuwe partner het huwelijk om redenen van het veiligstellen van de partneralimentatie in stand houdt.<sup>122</sup>

De reden voor de restrictieve uitleg van de Hoge Raad van het begrip samenleven als waren zij gehuwd is dat tussen ongehuwd samenlevende partners, geen wettelijke verplichting bestaat om elkaar het nodige te verschaffen.<sup>123</sup> Bij echtgenoten (en geregistreerde partners) is dat wel het geval. De wetgever heeft destijds niettemin ook in geval van 'samenleven als waren zij gehuwd' voor een definitief einde van de alimentatieverplichting van de gewezen echtgenoot gekozen. Dit om te voorkomen

116 De wijziging betreft de toevoeging van de passages over het op die datum ingevoerde geregistreerd partnerschap. Zie 4.2.

117 Hoge Raad 22 juli 1981, NJ 1982, 12.

118 Deze bepaling is dan ook niet van toepassing bij een (tijdelijke) samenleving met een gehuwde man, aldus Hoge Raad 13 juli 2001, NJ 2001, 586, m.nt. S.F.M. Wortmann en Hoge Raad 3 juni 2005, NJ 2005, 381, m.nt. S.F.M. Wortmann.

119 Hoge Raad 25 november 1977, NJ 1978, 291; Hoge Raad 2 april 1982, NJ 1982, 374; Hoge Raad 22 februari 1985, NJ 1986, 82; Hoge Raad 14 januari 1994, NJ 1994, 333; Hoge Raad 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7826 en Hoge Raad 25 november 1994, NJ 1995, 299.

120 Hoge Raad 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1246.

121 Hoge Raad 13 juli december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3603, NJ 2001, 586, m.nt. S.F.M. Wortmann.

122 Hoge Raad 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2058.

123 Hoge Raad 9 januari 1987, NJ 1987, 927, m.nt. E.A.A. Luijten.



dat betrokkenen, om de partneralimentatie veilig te stellen, het concubinaat zouden verkiezen boven een nieuw huwelijk.<sup>124</sup>

Een beëindiging van de alimentatieplicht op grond van art. 1:160 BW is definitief, dus een beëindiging van de samenwoning doet een oude alimentatieverplichting niet herleven.<sup>125</sup> Als sprake is van alimentatievermindering of nihilstelling op grond van verminderde behoefte door een samenleving die niet kan worden aangemerkt als een relatie als bedoeld in art. 1:160 BW (denk aan kostgangers of – tijdelijke – inwoning van een familielid), dan vervalt de aanspraak van de alimentatiegerechtigde niet definitief. Op grond van wijziging van omstandigheden kan deze later proberen herleving of vermeerdering van de onderhoudsuitkering te verkrijgen (art. 1:401 BW).<sup>126</sup>

Partijen mogen in een alimentatieovereenkomst afwijken van het bepaalde in art. 1:160 BW door te bepalen dat de alimentatieplicht niet zal eindigen bij samenleven door de gerechtigde met een ander als waren zij gehuwd.<sup>127</sup>

Wat betreft de toepasselijkheid van art. 1:160 BW op een homoseksueel concubinaat besliste de Hoge Raad in 1994 dat de alimentatieplicht in dat geval niet van rechtswege en definitief eindigt. De Hoge Raad oordeelde dat er geen grond bestond om de regel van art. 1:160 BW mede van toepassing te verklaren op homofiele concubinaatsverhoudingen.<sup>128</sup>

Door de invoering van het geregistreerd partnerschap per 1 januari 1998 en de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht per 1 april 2001 is deze onderbouwing van de niet-toepasselijkheid van art. 1:160 BW bij een homofiel concubinaat van de alimentatiegerechtigde niet langer houdbaar. Sinds 1 april 2001 impliceert art. 1:160 BW het einde van een alimentatieverplichting indien de alimentatiegerechtigde in het huwelijk treedt of een geregistreerd partnerschap aangaat, ongeacht het geslacht van diens (huwelijks) partner. In beide gevallen ontstaat er immers tussen de partners een onderhoudsplicht (art. 1:81 en 1:80b BW). Maar ook een samenleven 'als waren zij gehuwd of als hadden zij hun partnerschap laten registreren' doet – ongeacht het geslacht van de levensgezel – de alimentatieplicht eindigen. Het is te verwachten dat dit jurisprudentie zal opleveren, nu ook het ongehuwd en ongeregistreerd samenleven van homoseksuele partners kan worden beschouwd als een poging het recht op alimentatie – dat bij huwelijk of partnerschapsregistratie verloren gaat – niet te verspelen.<sup>129</sup>

124 Hoge Raad 29 april 1994, *NJ* 1994, 625.

125 Ook hier gelden dus hoge motiveringseisen; Hoge Raad 17 december 1999, *NJ* 2000, 122.

126 Hoge Raad 2 mei 1986, *NJ* 1987, 377, m.nt. E.A.A. Luijten.

127 Hoge Raad 31 oktober 1975, *NJ* 1976, 497 en Hoge Raad 22 juli 1981, *NJ* 1982, 12. Art. 1:160 BW is trouwens niet van toepassing op een eigensoortige regeling in echtscheidingsconvenant, aldus Hoge Raad 7 februari 1997, *NJ* 1997, 369.

128 Hoge Raad 29 april 1994, *NJ* 1994, 625. Kritisch hierover Wortmann, *NJB* 1994, p. 985-988. Zie ook reeds Hoge Raad 3 november 1978, *NJ* 1979, 121 en als vervolg hierop Hoge Raad 19 december 1980, *NJ* 1982, 65, m.nt. E.A.A. Luijten.

129 Hof Arnhem 5 september 2000, *FJR* 2001, 3, p. 25.



Ten aanzien van een latrelatie heeft de Hoge Raad bepaald dat art. 1:160 BW eist dat de gescheiden echtgenoot met de nieuwe partner samenwoont en een gemeenschappelijke huishouding voert.<sup>130</sup> Een latrelatie kan derhalve voor de toepassing van art. 1:160 BW niet gelijkgesteld worden met het samenwonen als waren zij gehuwd of geregistreerd, zoals bedoeld in dit wetsartikel. Wel kan een dergelijke relatie de behoefte van de alimentatiegerechtigde aan een onderhoudsbijdrage beïnvloeden.<sup>131</sup>

### 5.6 Totstandkoming echtscheiding

De echtscheiding komt tot stand door de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand (art. 1:163 lid 1 BW).<sup>132</sup> Het huwelijk wordt dus pas ontbonden op het moment van inschrijving van de uitspraak van de rechter in het register van de burgerlijke stand. Alleen de in kracht van gewijsde gegane uitspraak wordt ingeschreven. De ambtenaar van de burgerlijke stand schrijft de beschikking pas in na overlegging van het door de griffier getekende afschrift van de beschikking en diens verklaring dat tegen deze beschikking geen hoger beroep meer kan worden ingesteld. De inschrijving geschiedt op verzoek van partijen of één van hen (art. 1:163 lid 2 BW). Het verzoek kan schriftelijk maar ook door een gevolmachtigde worden gedaan. Het verzoek tot inschrijving moet worden gedaan uiterlijk zes maanden na de dag waarop de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan. Zo niet, dan verliest de beschikking haar kracht (art. 1:163 lid 3 BW).

### 5.7 Echtelijke woning

Art. 1:165 BW geeft een tijdelijke voorziening met het oog op de problemen, die een echtscheiding kan meebrengen in verband met de huisvesting van de echtgenooten.<sup>133</sup> Op verzoek van een echtgenoot kan de rechter bij de echtscheidingsbeschikking (art. 827 lid 1 sub d Rv) of bij latere uitspraak bepalen dat, als die echtgenoot ten tijde van de inschrijving van de beschikking een woning bewoont, die aan de andere echtgenoot uitsluitend of mede toebehoort of ten gebruike toekomt, hij jegen de andere echtgenoot bevoegd is de bewoning en het gebruik van de bij de woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken gedurende zes maanden na de inschrijving van de beschikking tegen een redelijke vergoeding voort te zetten (art. 1:165 lid 1 BW).<sup>134</sup>

Tegen deze echtgenoot kan een in dat tijdvak zonder zijn toestemming door de andere echtgenoot verrichte rechtshandeling niet worden tegengeworpen ten nadele

130 Hoge Raad 7 oktober 1994, NJ 1995, 61 en Hoge Raad 25 november 1994, NJ 1995, 299. Heida 2003, p. 171-174.

131 Zie over alimentatie verder: Dorn 2005 en De Bruijn-Lückers 2014.

132 Dorhout, FJR 2003, p. 222-224.

133 Hoge Raad 11 maart 1977, NJ 1978, 98. Zie ook Hoge Raad 2 april 1999, NJ 1999, 656 en Hoge Raad 9 april 1999, NJ 1999, 657, m.nt. S.F.M. Wortmann, over de band tussen verzoek echtscheiding en nevenvoorzieningen.

134 Hoge Raad 31 december 1993, NJ 1994, 316. Heida 2010, p. 57-61 en Dunnewijk 2015.



van zijn in het eerste lid omschreven bevoegdheid (art. 1:165 lid 2 BW). Weigert hij zijn toestemming of is hij niet in staat zijn wil te verklaren, dan kan de rechtbank die in eerste aanleg over het echtscheidingsverzoek heeft beslist, op verzoek van de andere gewezen echtgenoot bepalen dat lid 2 buiten toepassing blijft (art. 1:165 lid 3 BW).

### 5.8 **Reparatiehuwelijk of -registratie**

Indien de gescheiden echtgenoten met elkaar hertrouwen of een geregistreerd partnerschap aangaan, herleven alle gevolgen van het huwelijk van rechtswege, alsof er geen echtscheiding had plaatsgehad.<sup>135</sup> Nochtans wordt de geldigheid van rechtshandelingen die tussen de ontbinding van het huwelijk en het nieuwe huwelijk of het geregistreerd partnerschap zijn verricht, beoordeeld naar het tijdstip der handeling. Op het maken of wijzigen van de voorwaarden, bedoeld in Titel 8 van Boek 1 BW, voor het aangaan van het nieuwe huwelijk of de registratie vindt art. 1:119 BW overeenkomstige toepassing (art. 1:166 BW).

Deze bepaling strekt ertoe te voorkomen dat echtgenoten door echtscheiding en het aangaan van een nieuw huwelijk of een registratie de regeling van art. 1:119 BW kunnen ontduiken. Op het maken of wijzigen van huwelijkse voorwaarden of registratiëvoorwaarden, vóór het aangaan van het nieuwe huwelijk of de partnerschapsregistratie, vindt deze bepaling overeenkomstig toepassing.

Voor de alimentatietermijn na een reparatiehuwelijk geldt dat de duur van het eerste en het tweede huwelijk bij elkaar moeten worden opgeteld. Is die termijn langer dan vijf jaar, dan is de alimentatietermijn in beginsel twaalf jaar.<sup>136</sup>

### 5.9 **Scheiding van tafel en bed**

Anders dan een echtscheiding overeenkomstig art. 1:150-1:166 BW, heeft een scheiding van tafel en bed geen ontbinding van het huwelijk tot gevolg, het huwelijk blijft in stand. Een scheiding van tafel en bed is dan ook (vanouds) vooral een optie voor echtgenoten die op religieuze gronden geen huwelijksontbinding willen. Het aantal keren dat per jaar een scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken ligt beneden de 200.

#### 5.9.1 **Van toepassing zijnde echtscheidingsbepalingen**

Ingevolge art. 1:169 BW zijn veel echtscheidingsbepalingen van overeenkomstige toepassing op de scheiding van tafel en bed. Zo moet deze worden verzocht op dezelfde grond en op dezelfde wijze als echtscheiding (art. 1:169 lid 1 BW).

<sup>135</sup> Zie voor een beslissing inzake reparatiehuwelijk en recht op pensioenverevening Hoge Raad 11 april 2003, *NJ* 2003, 492.

<sup>136</sup> Hoge Raad 4 mei 2007, nr. R05/058HR, ECLI:NL:HR:2007:BA0038.



De rechtsgrond is dus ook hier de duurzame ontwrichting van het huwelijk en het verzoek kan zowel gemeenschappelijk als eenzijdig worden ingediend. Art. 1:169 lid 2 BW verklaart immers behalve art. 1:151 BW ook art. 1:154-1:159a BW van overeenkomstige toepassing. Het pensioenverweer van art. 1:153 BW kan niet gevoerd worden tegen een verzoek tot scheiding van tafel en bed. Indien dit verweer tegen een echtscheidingsverzoek wordt gevoerd, is een verzoek tot scheiding van tafel en bed – al dan niet subsidiair – dus in theorie een optie, maar in de praktijk speelt dit geen rol.

Art. 1:157-1:159a BW inzake alimentatie zijn van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat de termijnen, bedoeld in art. 1:157 lid 3-6 BW, aanvangen op de dag waarop de beschikking tot scheiding van tafel en bed is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in art. 1:116 BW, en dat de duur van het huwelijk wordt berekend tot die dag (art. 1:169 lid 2 BW).<sup>137</sup> Een verplichting van een echtgenoot om uit hoofde van scheiding van tafel en bed levensonderhoud te verschaffen aan de andere echtgenoot, eindigt bij ontbinding van het huwelijk (art. 1:169 lid 3 BW).<sup>138</sup>

Art. 1:160 BW is bij scheiding van tafel en bed niet van toepassing. De alimentatiegerechtigde echtgenoot die in concubinaat leeft, houdt dus recht op alimentatie, al is het de vraag of ongehuwd samenleven een optie is voor degenen die om religieuze redenen geen echtscheiding wensen. Wordt de scheiding van tafel en bed gevolgd door een ontbinding van het huwelijk, dan zal een nieuwe beslissing over het verstrekken van onderhoud moeten worden genomen (art. 1:169 lid 3 jo. art. 1:182 BW). De rechter is daarbij niet gebonden aan de alimentatiebeschikking gegeven uit hoofde van de scheiding van tafel en bed.

### 5.9.2 Totstandkoming scheiding van tafel en bed

De scheiding van tafel en bed komt tot stand door de inschrijving van de beschikking in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in art. 1:116 BW. De inschrijving vindt dus niet plaats in de registers van de burgerlijke stand, zoals een echtscheidingsbeschikking. De inschrijving geschiedt op verzoek van de echtgenoten of van één van hen. Indien het verzoek niet is gedaan uiterlijk zes maanden na de dag waarop de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan, verliest de beschikking haar kracht, aldus het huidige art. 1:173 BW.<sup>139</sup> Daarmee is een einde gekomen aan de vroeger bestaande rechtsonzekerheid over het al dan niet bestaan van een scheiding van tafel en bed (c.q. een verzoening; zie hierna). Toen was inschrijving in het

137 Deze bepaling is gewijzigd bij de Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2001, 11. Dit in verband met de wijziging van art. 1:173 BW bij diezelfde wet. Zie Hoge Raad 29 oktober 1999, *NJ* 1999, 822 over de WLA-periode van vijftien jaar in geval van een scheiding van tafel en bed.

138 Bedoeld is hier de ontbinding overeenkomstig art. 1:179-1:183 BW; zie 5.10.

139 Zoals gewijzigd bij de Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2001, 11, *Kamerstukken*, 26 862, in werking getreden op 1 juni 2001, ingevolge het Besluit van 23 april 2001, *Stb.* 2001, 197, houdende wijziging van het Besluit Huwelijksgoederenregister 1969 alsmede tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van een aantal bepalingen van de Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2001, 11.



huwelijksgoederenregister slechts facultatief, en niet voor eenieder kenbaar.<sup>140</sup> Dat inschrijving in het huwelijksgoederenregister nu een constitutief vereiste is voor de scheiding van tafel en bed (art. 1:173 lid 1 BW), is in het belang van de rechtszekerheid.

### 5.9.3 Verzoening

Een scheiding van tafel en bed eindigt door de verzoening van de echtgenoten, op het tijdstip dat zij op hun eensluidend verzoek in het huwelijksgoederenregister, aangewezen in art. 1:116 BW, hebben doen inschrijven dat de scheiding heeft opgehouden te bestaan (art. 1:176 lid 1 BW). De inschrijving doet alle gevolgen van het huwelijk van rechtswege herleven, alsof er geen scheiding van tafel en bed had plaatsgehad. Nochtans wordt de geldigheid van rechtshandelingen die tussen de scheiding van tafel en bed en de verzoening zijn verricht, beoordeeld naar het tijdstip van de handeling (art. 1:176 lid 2 BW).<sup>141</sup> Ook de verzoening en herleving van het huwelijk zijn thans dus aan vormvoorschriften verbonden.<sup>142</sup> Het tot stand komen van de verzoening behoeft niet langer uit de omstandigheden te worden afgeleid, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt. Na verzoening kan geen ontbinding van het huwelijk op de voet van art. 1:179-1:183 BW meer plaatsvinden. Het 'herleefde' huwelijk kan slechts door een echtscheidingsprocedure worden ontbonden.

## 5.10 Ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed

Scheiding van tafel en bed kan steeds tot ontbinding van het huwelijk leiden. Daartoe staat de procedure van afdeling 2 van Titel 10 van Boek 1 BW open: de ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed (art. 1:179-1:183 BW). Indien van tafel en bed gescheiden echtgenoten een verzoek tot echtscheiding indienen, zal dit niet-ontvankelijk worden verklaard.<sup>143</sup> De ontbinding van het huwelijk kan zowel op eenzijdig (art. 1:179 BW) als op gemeenschappelijk verzoek (art. 1:181 BW) worden uitgesproken. Bij het verzoek hoeft niet meer gesteld te worden dat het huwelijk duurzaam is ontworcht, omdat de scheiding van tafel en bed destijds reeds op de duurzame ontworchtiging was gegrond (art. 1:169 lid 1 BW).

Voor een eenzijdig verzoek tot ontbinding van het huwelijk stelt de wet een minimumtermijn aan de scheiding van tafel en bed. Ontbinding van het huwelijk van echtgenoten die van tafel en bed gescheiden zijn, wordt op verzoek van een der

140 Ingevolge overgangsbepalingen in de Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2001, 11 en in het inwerkingtredingsbesluit, kunnen scheidingen van tafel en bed die voor 1 juni 2001 tot stand zijn gekomen alsnog ingeschreven worden, teneinde de scheiding tegenover derden te laten werken. Hetzelfde geldt voor de verzoening (5.9.3).

141 Bij de Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2001, 11 is ook art. 1:176 BW gewijzigd en is art. 1:177 BW vervallen. Zie Hoge Raad 16 februari 2001, *NJ* 2001, 181 over art. 1:177 (oud) BW.

142 Zie voor kritiek op de oude regeling Asser/De Boer 1 1998, p. 475-476, vervallen in Asser/De Boer 1 2002.

143 Zie ook hun expliciete uitsluiting ter zake in art. 1:150 BW. Vergelijkbaar hiermee is de niet-ontvankelijkheid in een verzoek tot echtscheiding na omzetting van het huwelijk in een geregistreerd partnerschap.



echtgenoten uitgesproken, indien de scheiding ten minste drie jaren heeft geduurd (art. 1:179 lid 1 BW). Deze termijn kan op verzoek van een echtgenoot worden bekort tot ten minste één jaar, indien de andere echtgenoot zich gedurig schuldig maakt aan wangedrag in zodanige mate dat van de andere echtgenoot, die het verzoek heeft gedaan, niet kan worden gevergd het huwelijk te doen voortbestaan (art. 1:179 lid 2 BW). De termijn van drie jaar begint te lopen vanaf de dag dat de uitspraak tot scheiding van tafel en bed in het huwelijksgoederenregister is ingeschreven.

Ontbinding van het huwelijk van echtgenoten die van tafel en bed gescheiden zijn, kan ook op hun gemeenschappelijk verzoek worden uitgesproken (art. 1:181 BW). Hiervoor geldt geen wachttijd. Indien de echtgenoten het over de ontbinding van hun huwelijk eens zijn, lijkt dit nog slechts een formaliteit. Ieder der echtgenoten blijft echter tot op het tijdstip der uitspraak bevoegd het verzoek in te trekken (art. 1:182 jo. art. 1:154 lid 2 BW).

De alimentatiebepalingen van art. 1:157-1:160 BW zijn ingevolge art. 1:182 BW van overeenkomstige toepassing bij de ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed. Is er gedurende de scheiding van tafel en bed een onderhoudsverplichting geweest voor de partner dan telt deze mee voor de berekening van de in art. 1:157 lid 3-6 BW bedoelde termijnen.<sup>144</sup> De duur van het huwelijk wordt berekend tot de dag waarop de beschikking tot scheiding van tafel en bed is ingeschreven in het huwelijksgoederenregister.

Anders dan bij scheiding van tafel en bed kan bij ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed een regeling voor het pensioenverweer (zoals in art. 1:153 BW) wel nodig zijn en deze is dan ook gegeven in art. 1:180 BW.<sup>145</sup> De ontbinding van het huwelijk komt tot stand door de inschrijving van de beschikking in de registers van de burgerlijke stand overeenkomstig art. 1:163 lid 2-3 BW. Ook art. 1:166 BW inzake een reparatiehuwelijk of -registratie is van overeenkomstige toepassing (art. 1:183 BW).

## 5.11 Kind en scheiding

Het scheidingsrecht dat in dit hoofdstuk aan de orde is – de Titels 9 en 10 van Boek 1 BW – bevat geen bepalingen inzake de regelingen die scheidende ouders ten aanzien van hun kinderen moeten of kunnen treffen. De betreffende bepalingen – over de regeling van het gezag, de omgang en de kinderalimentatie – zijn te vinden in de Titels 14, 15 en 17 van Boek 1 BW en worden derhalve elders in dit boek besproken.<sup>146</sup> Op deze onderwerpen wordt hier dan ook slechts beknopt en in hoofdlijnen ingegaan.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> Hoge Raad 29 oktober 1999, NJ 1999, 822.

<sup>145</sup> Hoge Raad 5 oktober 1990, NJ 1991, 395, m.nt. E.A.A. Luijten.

<sup>146</sup> Zie hoofdstuk 9, 11 en 12 en Bakker, *FJR* 2006, 21.

<sup>147</sup> Zie voor een uitvoerige behandeling van het onderwerp 'kind en scheiding': Koens en Van der Linden 2010.



Met de invoering van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding, mede opgesteld om de positie van kinderen bij echtscheiding te verbeteren, zijn ouders, die willen scheiden, verplicht om een ouderschapsplan op te stellen en hierbij ook hun minderjarige kinderen te betrekken (art. 815 lid 2-4 Rv). Ook ouders met minderjarige kinderen die hun geregistreerde partnerschap wensen te ontbinden moeten een ouderschapsplan opstellen. Deze verplichting geldt bovendien voor samenwoners met het gezamenlijk gezag van art. 1:252 BW, die uit elkaar gaan (art. 1:247a BW). Gelet op het feit dat er bij hen echter geen formele scheidingsprocedure is, kan dit ouderschapsplan niet worden overgelegd aan de rechter. Als partijen geen plan maken, staat daar geen directe sanctie op. De indirecte sanctie is opgenomen in art. 1:253a lid 3 BW en houdt in dat als partijen op enig moment een geschil over gezag, omgang of informatie aan de rechter voorleggen, de rechter zijn beslissing kan aanhouden tot er een ouderschapsplan overgelegd is.

### 5.11.1 Gezagsvoorziening na scheiding

Op het terrein van gezag na (echt-)scheiding hebben zich mede onder invloed van art. 8 EVRM grote ontwikkelingen voorgedaan.<sup>148</sup> Vóór 1996 was gezamenlijk ouderlijk gezag voorbehouden aan gehuwde ouders en beperkt tot de periode gedurende hun huwelijk. Na echtscheiding werd de ouderlijke macht over de minderjarige kinderen vervangen door voogdij. De rechter belastte één van de ouders met de voogdij en de andere ouder werd meestal tot toezienend voogd benoemd. Vanaf november 1995 gold op basis van art. 1:251 lid 2 e.v. (oud) BW<sup>149</sup> dat ouders op hun eensluidend verzoek beiden na hun scheiding gezamenlijk belast blijven met de uitoefening van het gezag. In 1998 werd de bepaling aangepast,<sup>150</sup> na een daartoe strekkend advies van de Commissie Herziening Scheidingsprocedure.<sup>151</sup> Deze wijziging komt erop neer, dat ouders het gezamenlijk ouderlijk gezag bij scheiding in beginsel behouden en dat, indien zij dit niet willen, een gezagsvoorziening verzocht moet worden.<sup>152</sup> Voor de continuering van het gezamenlijk ouderlijk gezag na scheiding is dus geen rechterlijke beslissing meer nodig; het gezamenlijk gezag loopt van rechtswege door.<sup>153</sup> Met deze principiële wijziging van de gezagsregeling na schei-

148 Hoge Raad 4 mei 1984, *NJ* 1985, 510. Zie hierover Rood-De Boer, *NJB* 1984, p. 1277-1283; Doek, *NJB* 1985, p. 213-218 en Hoge Raad 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-588, m.nt. E.A. Alkema en E.A.A. Luijten onder nr. 588.

149 Bij de Wet van 6 april 1995 tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen, *Stb.* 1995, 240, in werking getreden op 2 november 1995. Bij deze wet zijn alle regels over gezag en voogdij samengebracht in Titel 1:14 BW.

150 Bij de Wet van 30 oktober 1997 tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het BW in verband met de invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, *Stb.* 1997, 506, in werking getreden op 1 januari 1998. Zie hierover Van Wamelen, *FJR* 1997, p. 264-274 en Schols 1998.

151 Ofwel de Commissie De Ruiter, 'Anders Scheiden', 1996, p. 53-56. Zie ook 5.13.

152 Kritisch hierover Nicolai, *NJB* 1998, p. 695-699. Zie ook De Bruijn-Lückers 1997, p. 1-5.

153 Deze bepaling is onmiddellijk in werking getreden en gold ook voor lopende procedures; Hoge Raad 10 september 1999, *NJ* 2000, 20; zie voor doorlopend ouderlijk gezag in de praktijk Beenen en Vlaardingerbroek, *FJR* 2004, 10, p. 36-40.



ding wordt de overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven (art. 8 EVRM) bij scheiding zo beperkt mogelijk gehouden.<sup>154</sup>

Op verzoek van de gescheiden ouders of een van hen kan de rechtbank het gezamenlijk ouderlijk gezag later alsnog beëindigen, indien de omstandigheden inmiddels zijn gewijzigd (art. 1:253n lid 1 BW). Daarbij moet het om een substantiële wijziging van omstandigheden gaan. Een verschil van mening over een opvoedingskwestie valt daar in het algemeen niet onder. Zo'n geschil kan op grond van art. 1:253a lid 1 BW aan de rechter worden voorgelegd. De rechter kan bijvoorbeeld de verblijfplaats van het kind vaststellen, zonder genoodzaakt te zijn het gezamenlijk ouderlijk gezag te beëindigen.<sup>155</sup> En bij een geschil tussen de ouders over de verblijfplaats van het kind regelen art. 1:253a lid 2 sub b BW en art. 827 lid 1 sub c Rv dat de rechter de bevoegdheid toekomt bij wijze van nevenvoorziening op verzoek van (een van) de ouders een beslissing te nemen omtrent de gewone verblijfplaats van het kind.<sup>156</sup> Van een relevante wijziging kan sprake zijn bij een verslechtering in de verhouding tussen de ouders of in een ouder-kindrelatie.

Een verzoek bij de scheiding of later tot het verkrijgen van eenhoofdig gezag kan slechts worden toegewezen als aan een van de criteria van art. 1:251a lid 1 BW is voldaan: 1. er is een onaanvaardbaar risico dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen<sup>157</sup> of, 2. wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

De ouder die alleen met het gezag belast wil worden, moet stellen en bij betwisting bewijzen waarom het belang van het kind beter gediend is met toedeling van het gezag aan deze ouder alleen.<sup>158</sup> Het enkele feit dat een ouder eenhoofdig gezag wenst is onvoldoende grond voor toewijzing van diens daartoe strekkend verzoek.

Het kind van wie de ouders gezamenlijk ouderlijk gezag hebben, heeft het recht op gelijkwaardig ouderschap op grond van art. 1:247 lid 4 BW. In verschillende verhuizingszaken, waarin de ouder bij wie het kind hoofdverblijf had, wilde verhuizen en daarvoor toestemming van de rechter vroeg, is het gelijkwaardig ouderschap door

154 *Kamerstukken II 1995/1996*, 23 714, nr. 7, p. 7. Zie over de nieuwe regeling Kweens, *FJR* 1998, p. 278-284; De Groot, *FJR* 1999, p. 90-96 en Van Teeffelen, *FJR* 2000, p. 26-29.

155 Hoge Raad 2 februari 1990, *NJ* 1990, 363 en Hoge Raad 10 december 1999, *NJ* 2000, 2.

156 Hoge Raad 15 december 2000, *NJ* 2001, 133. Zie art. 827 Rv, waarin bij de Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2001, 11 en het Besluit van 16 februari 2001, *Stb.* 2001, 103 aan het eerste lid sub f is toegevoegd, dat ook andere voorzieningen dan de nevenvoorzieningen genoemd onder a-e verzocht kunnen worden, mits een dergelijke voorziening voldoende samenhang vertoont met het scheidingsverzoek en niet te verwachten is dat de behandeling ervan tot onnodige vertraging van het geding zal leiden. Zie ook Hoge Raad 29 juni 2001, *NJ* 2002, 6. Met de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding is art. 827 Rv verder aangepast. Er zijn tal van verhuisverzoeken na scheiding op grond van art. 1:253a lid 1 BW aan de rechter voorgelegd, zie o.a. Hoge Raad 25 april 2008, *NJ* 2008, 414.

157 Dit is een codificatie van Hoge Raad 10 september 1999, *NJ* 2000, 20, ingevoerd bij de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding.

158 *Kamerstukken II 1996/1997*, 23 714, nr. 11, p. 12.



de Hoge Raad nader ingekleurd.<sup>159</sup> Daaruit volgt niet dat het kind gelijke tijd bij beide ouders moet doorbrengen. Wel dient er op basis van een gelijkwaardige positie van de ouders overleg over de zorg en omgang gevoerd te worden. Daarnaast kan op het uitgangspunt van gelijkwaardig ouderschap een uitzondering worden gemaakt – ook buiten het in art. 1:247 lid 5 BW voorziene geval van 'praktische belemmeringen' – indien de rechter zulks in het belang van de minderjarige acht. Het uitgangspunt van gelijkwaardigheid van de beide ouders en de wenselijkheid van een in beginsel gelijke verdeling van zorg- en opvoedingstaken verzet zich dan ook niet tegen een door de rechter, op de voet van art. 1:253a BW, in het belang van de minderjarige te geven vervangende toestemming voor een verhuizing van de minderjarige naar het buitenland met de ouder bij wie de minderjarige zijn hoofdverblijfplaats heeft.<sup>160</sup>

Ook het feit dat er geen omgang meer is tussen het kind en de niet-verzorgende ouder<sup>161</sup> of dat de ouders op grote afstand van elkaar wonen<sup>162</sup> behoeft geen belemmering te zijn voor de voortzetting van het gezamenlijk ouderlijk gezag. Hetzelfde geldt voor het ontbreken van een goede communicatie tussen de ouders, in het bijzonder in de (veelal hectische) scheidingsperiode. Ook dit brengt volgens de Hoge Raad niet zonder meer mee, dat eenhoofdig gezag in het belang van het kind is. Dit is echter anders, indien de communicatieproblemen tussen de ouders zo ernstig zijn, dat er een onaanvaardbaar risico is dat de kinderen klem of verloren zullen raken tussen de ouders en niet te verwachten is, dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zal komen.<sup>163</sup>

Als beide ouders zich voor het eenhoofdig gezag opwerpen, zal de rechter moeten bepalen welke beslissing het meest in het belang van het kind is. Daarbij spelen onder meer een rol de opvoedingskwaliteiten van ieder der ouders, hun feitelijke mogelijkheden tot verzorging en opvoeding (dus feitelijke woon-, werk- en gezins-situatie), de relatie van het kind tot ieder der ouders, de veranderingen die elk van de verzoeken om eenhoofdig gezag meebrengt voor de leef- en woonsituatie van het kind,<sup>164</sup> de mening van het kind zelf en – als iedere ouder slechts over bepaalde kinderen het gezag wenst – het belang van de kinderen om gezamenlijk binnen dezelfde gezinssituatie te worden opgevoed en niet van elkaar te worden gescheiden.<sup>165</sup> De rechter moet dus de mogelijkheden die ieder van de ouders aan de kinde-

159 Hoge Raad 21 mei 2010, *NJ* 2010, 398; Hoge Raad 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2363 en Hoge Raad 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:847.

160 Zie Vonk 2013.

161 Hof Amsterdam 7 januari 1999, *FJR* 1999, 98, p. 259.

162 Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 1999, *FJR* 1999, 97, p. 259.

163 Hoge Raad 10 september 1999, *NJ* 2000, 20. Hierover Van Wamelen 2000, p. 58-63 en Heida 2000, p. 1-6. Zie ook Hoge Raad 21 september 2001, *JOL* 2001, 477: de detentie van de vader – maar vooral moeders gebrek aan vertrouwen in hem door de confrontatie met de feiten waarvoor hij is veroordeeld – staat in de weg aan voortzetting gezamenlijk ouderlijk gezag (en vaststelling omgangsregeling).

164 Hoge Raad 12 februari 1981, *NJ* 1981, 237; Hoge Raad 8 januari 1988, *NJ* 1988, 857; Hoge Raad 25 mei 1990, *NJ* 1991, 267 en Hoge Raad 30 oktober 1998, *FJR* 1999, 57, p. 140.

165 Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 10 december 1999, *NJ* 2000, 2.



ren biedt of kan bieden tegen elkaar afwegen.<sup>166</sup> De toewijzing van het eenhoofdig gezag aan een der ouders mag geen discriminatie inhouden naar godsdienst<sup>167</sup> of seksuele oriëntatie van een ouder.<sup>168</sup>

Teneinde tot een afgewogen oordeel te kunnen komen, zal de rechter vaak een onderzoek door de raad voor de kindbescherming gelasten of een deskundige inschakelen. Deze onderzoeken vergen geruime tijd en daarom wordt in een dergelijk geval bij latere beschikking de gezagsuitoefening bepaald. Overigens is deze adviserende taak van de raad voor de kindbescherming niet onomstreden.<sup>169</sup> Advocaten en ouders worden geconfronteerd met een rapport en advies van de raad, die vrijwel altijd door de rechter worden gevolgd. Sinds 1 april 1995 hebben ouders daarom – vanuit een oogpunt van equality of arms – het recht op contra- expertise (art. 810a Rv).<sup>170</sup> Op verzoek van een ouder kan een onafhankelijke deskundige een tegenonderzoek verrichten en advies uitbrengen.

Indien niet over alle kinderen een gezagsbeslissing is gegeven, vult de rechtbank dit later aan op verzoek van een der ouders, van de raad voor de kindbescherming of ambtshalve (art. 1:251 lid 3 BW). Op een verzoek tot wijziging van het eenhoofdig gezag na scheiding is art. 1:253o BW van toepassing. Zo'n verzoek kan alleen worden ingewilligd, indien de verzoekende ouder kan aantonen dat hij betere opvoedings- en verzorgingsmogelijkheden aan het kind kan bieden dan de gezagsouder.<sup>171</sup> Bij de beoordeling daarvan wordt tevens rekening gehouden met de nadelen die voor het kind verbonden kunnen zijn aan de met een gezagswijziging gepaard gaande verandering van zijn leef- en woonsituatie.<sup>172</sup>

Een beschikking inzake het (eenhoofdig) gezag over een minderjarige geeft degene aan wie het kind ingevolge deze beschikking tijdelijk of blijvend is toevertrouwd, van rechtswege het recht tot het aan hem doen afgeven van deze minderjarige, zondig met behulp van de sterke arm (art. 812 en 813 Rv). Aan art. 8 EVRM kan een ouder het recht ontlenen op gepaste maatregelen van de overheid om met zijn of haar kind te worden herenigd. Zo rust op de overheid de verplichting voldoende

166 Hoge Raad 25 mei 1990, *NJ* 1991, 267. Zie ook Dijkers, *NJB* 1991, p. 281-286. Zie voor een zorgvuldige motivering van een dergelijke afweging de beschikking van Hof Den Haag van 21 maart 1997, kenbaar uit Hoge Raad 21 november 1997, *NJ* 1998, 164.

167 EHRM 23 juni 1993, *NJ* 1995, 510 (*Hoffmann t. Oostenrijk*). I.c. oordeelde het Hof dat de beslissing om aan een gescheiden moeder de voogdij te ontnemen louter vanwege het feit dat zij een Jehova's getuige is, een schending inhoudt van art. 8 jo. art. 14 EVRM. Zie ook Forder, *NJCM-Bulletin* 2000, p. 880-890.

168 EHRM 21 december 1999, *NJ* 2001, 271 (*Salgueiro da Silva Mouta t. Portugal*). Naar de mening van het Hof blijkt dat het Portugese gerechtshof bij de toewijzing van het ouderlijk gezag aan de moeder beslissende betekenis heeft toegekend aan de homoseksuele geaardheid van de vader. Het maken van een dergelijk onderscheid is onverenigbaar met het EVRM, want het is een schending van art. 8 in combinatie met art. 14 EVRM.

169 Zie Hoefnagels 2000, p. 13 e.v. en Combrink-Kuiters e.a., *FJR* 2000, p. 97-102.

170 Zie hierover Von Brücken Fock, *FJR* 1995, p. 67-71.

171 Hoge Raad 25 mei 1990, *NJ* 1991, 267.

172 Hoge Raad 12 februari 1981, *NJ* 1981, 237; Hoge Raad 8 januari 1988, *NJ* 1988, 857; Hoge Raad 25 mei 1990, *NJ* 1991, 267, m.nt. E.A.A. Luijten en Hoge Raad 30 oktober 1998, *FJR* 1999, 57, p. 140.



maatregelen te treffen ter uitvoering van rechterlijke beslissingen waarbij een kind aan een ouder is toegewezen.<sup>173</sup>

Het kind heeft ook een eigen informele rechtsingang op dit terrein in art. 1:251a lid 4 BW: de rechter kan, indien hem blijkt dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder hierop prijs stelt, ambtshalve een gezagsbeslissing geven. Hetzelfde geldt indien de minderjarige de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Van deze informele bevoegdheid kan ook nog enkele jaren na de scheiding gebruik worden gemaakt, maar dan mag de rechter niet eerder een gezagsbeslissing hebben gegeven.<sup>174</sup>

### 5.11.2 Omgang, informatie en consultatie

In 1971, bij de invoering van het nieuwe echtscheidingsrecht, is de mogelijkheid in de wet opgenomen dat de rechter, op verzoek van de ouder-niet-voogd, een regeling treft inzake de omgang tussen deze ouder en het kind (art. 1:161 lid 5 (oud) BW). Deze wettelijke regeling was bedoeld als een voorlopige regeling en had een sterk gunstkarakter. De rechter kon een regeling treffen, maar kon daarvan – in het belang van het kind – ook afzien. Van een recht op omgang was (nog) geen sprake.

De tweede wettelijke regeling van de omgang na scheiding is in werking getreden op 1 december 1990.<sup>175</sup> Daarbij is expliciet in de wet vastgelegd dat het kind en de ouder die na echtscheiding niet met het gezag is belast, recht hebben op omgang met elkaar. Per 1 maart 2009 is art. 1:377a lid 1 BW op dit punt gewijzigd en geldt deze bepaling nu voor alle omgangsgerechtigden. Slechts op een viertal limitatieve wettelijke gronden, thans opgenomen in art. 1:377a lid 3 BW, kan de rechter dit recht op omgang ontzeggen. Al vanaf 1990 heeft de minderjarige van twaalf jaar of ouder een informele toegang tot de rechter om een omgangsregeling te laten vaststellen of wijzigen in art. 1:377g BW.<sup>176</sup>

Vanaf 2 november 1995 is de omgang geregeld in Titel 15 van Boek 1 BW.<sup>177</sup> Die regeling is niet langer beperkt tot het omgangsrecht na scheiding. Thans komt het recht op omgang immers toe aan iedere ouder en diens kind. Titel 15 bevat daarnaast regels inzake de omgang tussen kind en derden (in art. 1:377a lid 1 BW) en inzake het informatie- en consultatierecht van de ouder zonder gezag.<sup>178</sup> (Zie hiervoor hoofdstuk 11.) Art. 1:377a BW is per 1 maart 2009 (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding) in zoverre gewijzigd dat daarin nu vermeld

173 EHRM 25 januari 2000, *FJR* 2000, 46, p. 150-151.

174 Hoge Raad 4 april 2008, *NJ* 2008, 494.

175 Bij Besluit van 9 oktober 1990, *Stb.* 1990, 524 tot inwerkingtreding van de Wet van 13 september 1990, *Stb.* 1990, 482 (*Kamerstukken*, 18 964). Art. 1:161 lid 5 (oud) BW is daarbij vervangen door art. 1:161a BW, thans art. 1:377a BW.

176 Art. 1:162a (oud) BW, thans art. 1:377g BW. Zie 11.3.

177 Bij de Wet van 6 april 1995, *Stb.* 1995, 240.

178 Zie hoofdstuk 11.



staat dat het kind recht heeft op omgang met zijn ouders en met degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot hem staat. De laatste categorie stond vermeld in art. 1:377f BW, dat per 1 maart 2009 is vervallen. Ook is in art. 1:377a lid 1 BW opgenomen dat de niet met het gezag belaste ouder recht heeft op en de verplichting tot omgang met zijn kind.

De wetgever heeft met de Wet bevordering voortgezet ouderschap beoogd om de term omgang te reserveren voor ouders zonder gezag (art. 1:377a BW) en de toedeling van zorg- en opvoedtaken voor ouders met gezag (art. 1:253a lid 2 BW). In de praktijk wordt vaak in beide gevallen van omgang gesproken.

De ontzeggingsgronden voor omgang van art. 1:377a lid 3 BW zijn van toepassing op alle 'omgangsgerechtigden', ook voor de ouders met gezag (art. 1:253a lid 2 BW).<sup>179</sup>

Ook derden, die beroepshalve over informatie over het kind beschikken, kunnen verplicht zijn die informatie aan de ouder zonder gezag te verschaffen (art. 1:377c BW).

Na een (echt)scheiding kunnen ouders in een zogenaamde 'vechtscheiding' terecht komen. Er is geen algemeen aanvaarde omschrijving voor dit begrip, maar het komt er in grote lijnen op neer dat de ouders op grote en langdurige schaal conflicten hebben, waar de kinderen problemen van ondervinden en waar de ouders het belang van de kinderen niet meer voorop (kunnen) zetten. Niet precies bekend is hoe groot het aandeel vechtscheidingen is; geschat wordt dat dit tussen de 10 en 15% van het totale aantal scheidingen met kinderen ligt. Recent is er ook in de media, politiek, rechtspraak en wetenschap aandacht voor.<sup>180</sup> De Kinderombudsman heeft er een rapport over gepresenteerd.<sup>181</sup> De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en die van Volksgezondheid, Welzijn en Sport hebben een uitvoeringsplan opgesteld, maar constateren ook dat het een ingewikkelde problematiek betreft, die zich deels buiten de invloedssfeer van de overheid afspeelt.<sup>182</sup> In een in 2016 georganiseerde 'Divorce Challenge' heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie het maatschappelijk en professionele veld geprikkeld mee te denken over oplossingen voor hoog conflictueuze scheidingen.<sup>183</sup>

### 5.11.3 *Kinderalimentatie*

Ingevolge Titel 17 van Boek 1 BW zijn ouders onderhoudsplichtig jegens hun minderjarige kinderen.<sup>184</sup> Bovendien hebben zij een verlengde onderhoudsplicht jegens

179 Hoge Raad 14 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91.

180 Kluwer 2013; Spruijt, *FJR* 2013, 86; Chin-A-Fat, *FJR* 2014, 53; Geurts en Sportel 2015.

181 De Kinderombudsman 2014.

182 Brief van 31 maart 2014 aan Eerste Kamer, kenmerk 500685, De positie van kinderen in een vechtscheiding verbeteren en reactie op motie Strik c.s.

183 Van der Hoeven, *FJR* 2017, 16.

184 Zie art. 1:392 en 1:404 lid 1 BW. Zie in het bijzonder art. 1:404-1:408 BW.



hun kinderen, die de leeftijd van 21 jaar nog niet hebben bereikt.<sup>185</sup> Deze verplichtingen staan los van de burgerlijke staat van de ouders en blijven dus ook na een scheiding van de ouders bestaan. Anders dan de partneralimentatie is de kinderalimentatie dan ook niet opgenomen in de scheidingstitels 9 en 10, maar in Titel 17 van Boek 1 BW.<sup>186</sup> (Zie hiervoor hoofdstuk 12.) Per 1 maart 2009 is in de wet voorrang voor de kinderalimentatie opgenomen in art. 1:400 lid 1 BW: de onderhoudsplicht jegens (stief)kinderen tot de leeftijd van 21 jaar heeft voorrang boven alle andere onderhoudsgerechtigden.

#### 5.11.4 De minderjarige als rechtssubject

Indien hem blijkt dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder hierop prijs stelt, kan de rechter ambtshalve een beslissing geven op de voet van art. 1:251a lid 4 BW inzake het ouderlijk gezag. Hetzelfde geldt ten aanzien van jongere kinderen, mits zij in staat kunnen worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake (art. 1:251a lid 4 BW).<sup>187</sup> Deze bepaling vormt een equivalent van art. 1:377g BW, op grond waarvan minderjarigen al een informele rechtsingang hadden voor omgangskwesties.

Minderjarigen die het niet eens zijn met het voornemen van hun ouders om het gezamenlijk gezag te laten doorlopen kunnen hierover dus de rechter benaderen.<sup>188</sup> Met het van rechtswege doorlopen van het gezamenlijk ouderlijk gezag van gescheiden ouders is de verplichte tussenkomst van de rechter met betrekking tot de gezagsvoorziening verleden tijd. Hoewel de minderjarige door de rechter wel wordt uitgenodigd om zijn mening te geven (art. 809 lid 1 Rv) is zijn positie op dit punt danig uitgehold.<sup>189</sup> De informele rechtsingang van art. 1:251a lid 4 BW werpt daartoe een hogere drempel op.<sup>190</sup> Het is mogelijk om nog enkele jaren na de scheiding een beroep op dit artikel te doen, maar dan mag de rechter niet al eerder een gezagsbeslissing hebben gegeven.<sup>191</sup>

### 5.12 Scheidingsprocedure en scheidingsbemiddeling

Op veel terreinen wordt nagedacht over de verhouding tussen de eigen verantwoordelijkheid van mensen en de verantwoordelijkheid die de overheid draagt. Met betrekking tot de rechtshandhaving gaf de Wetenschappelijke Raad voor het

185 Ingevolge art. 1:395a lid 1 en art. 1:395b BW. Hierover Hammerstein-Schoonderwoerd, *NJB* 1988, p. 455-457.

186 Zie hoofdstuk 12. Bij de Tweede Kamer was op 18 maart 2004 Wetsvoorstel 29 480 ingediend. Dit wetsvoorstel is wegens onhaalbaarheid ingetrokken en de prioriteit van kinderalimentatie is opgenomen in de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding.

187 Ingevoegd bij de Wet van 30 oktober 1997, *Stb.* 1997, 506.

188 *Kamerstukken II* 1995/1996, 23 714, nr. 7, p. 7.

189 Zie over dit hoorrecht van minderjarigen Van Wamelen 1987, p. 471-511 en Van Wamelen 1992, p. 357-365.

190 Rechtbank Assen 19 januari 1999, *FJR* 1999, 59, p. 140 verklaarde een veertienjarige ontvankelijk hoewel de echtscheidingsbeschikking reeds was gegeven.

191 Hoge Raad 4 april 2008, *NJ* 2008, 494.



Regeringsbeleid al in 1988 aan dat de primair belanghebbende burgers een grotere rol moeten krijgen bij de lasten en verantwoordelijkheden voor een behoorlijke toepassing en naleving van het recht.<sup>192</sup> Maatschappelijke ontwikkelingen gaan steeds meer in de richting van het leggen van de primaire verantwoordelijkheid voor de consequenties van hun handelen bij mensen zelf.<sup>193</sup> Ook voor scheiding(sconflicten) tracht de overheid bij deze ontwikkeling aan te sluiten.<sup>194</sup> Ter illustratie daarvan wordt hierna ingegaan op het zoeken naar alternatieven voor de huidige scheidingsprocedure en op de scheidingsbemiddeling.

### 5.12.1 Alternatieven voor de scheidingsprocedure

In de loop der jaren zijn uiteenlopende initiatieven ontplooid tot verbetering, vereenvoudiging en kostenverlaging van de scheidingsprocedure. Overwogen is in het verleden om de verplichte procesvertegenwoordiging te schrappen en te vervangen door een scheidingsbemiddelaar, maar dit stuitte in die tijd op kritiek vanuit verschillende beroepsgroepen.<sup>195</sup> De Commissie Herziening Scheidingsprocedure, onder voorzitterschap van prof. J. de Ruiter (Commissie-De Ruiter II) heeft in dit kader voorstellen gedaan over scheiden zonder tussenkomst van de rechter,<sup>196</sup> alsmede inzake omgangsbemiddeling en omgangsbegeleiding.<sup>197</sup> De standaardprocedure dient volgens het advies gehandhaafd te blijven voor conflictueuze scheidingen, maar het zou mogelijk moeten worden om buiten de rechter om te scheiden voor echtgenoten, die bij overeenkomst onderling overeenstemming hebben bereikt over hun scheiding en de gevolgen daarvan. Om bij een scheiding zonder rechter de belangen van een mogelijk zwakkere partij en de kinderen veilig te stellen, deed de commissie een aantal aanbevelingen waaronder verplichte juridische bijstand van de partijen door ten minste één advocaat of notaris, opleidingseisen voor de beroepsgroepen en waarborgen in verband met de positie van het kind. Daarnaast kunnen omgangsbemiddeling en -begeleiding een bijdrage leveren aan het voorkomen beperken van conflicten.

In reactie hierop is een aantal experimenten gehouden, begeleid door onderzoek, met scheidings- en omgangsbemiddeling, zodat in de praktijk getoetst kon worden op welke wijze aan de nodige waarborgen voor een scheiding zonder tussenkomst van de rechter invulling gegeven kan worden.<sup>198</sup>

192 In: Rechtshandhaving, Rapporten aan de regering, nr. 15, 1988.

193 Commissie Herziening Scheidingsprocedure 1996, p. 7.

194 Zie Brief van Justitie over proefprojecten scheidingsbemiddeling, april 2004.

195 *Stct.* 1993, 124. De variatie betreft de verdeling van de kosten van scheiding tussen de burger en de overheid, waarbij de meest vergaande variant betreft het volledig kostendekkend maken van de uitgaven van de overheid bij echtscheidingsprocedures. Wetsvoorstel van 14 februari 1994 tot wijziging van enige bepalingen betreffende scheidingsprocesrecht en daarmee samenhangende regelingen; *Kamerstukken II* 1993/1994, 23 616.

196 Ook reeds bepleit door Lenters 1993 en Lenters, *FJR* 2000, p. 3-4. Zie ook Nuytinck, *FJR* 2000, p. 25.

197 Zie over dit rapport De Bruijn-Lückers, *FJR* 1996, p. 193 en Von Brücken Fock, *FJR* 1996b, p. 229-239.

198 De resultaten van de experimenten inzake de omgangsbemiddeling en -begeleiding worden besproken in 11.8.



### 5.12.2 *Scheidingsbemiddeling*

In ons land bestaat ruime ervaring met verschillende vormen van geschillenbeslechting. Veel conflicten kunnen langs deze wegen tot een oplossing komen zonder dat de rechter behoeft te worden ingeschakeld. Ook de advocatuur, die – ondanks haar primaat van de procesvertegenwoordiging – het tot haar taak rekent te proberen gerezen conflicten primair buiten rechte op te lossen, draagt hieraan bij. Bemiddeling in het algemeen en scheidingsbemiddeling in het bijzonder zijn relatief nieuwe vormen van conflictbeslechting.<sup>199</sup>

Kenmerkend voor bemiddeling is dat partijen zelf verantwoordelijk zijn voor de oplossing van hun geschillen. De bemiddelaar begeleidt het proces van overleg en onderhandeling tussen partijen. Hij verschaft informatie, maar draagt niet de oplossing aan. Succesvolle bemiddeling verlangt een neutrale opstelling van de bemiddelaar.<sup>200</sup> Advocaten die zich met familiezaken plegen bezig te houden, treden tegenwoordig, na een gedegen training, niet zelden op als advocaat-scheidingsbemiddelaar.<sup>201</sup> Hoewel ook voor hen de nadruk blijft liggen op het zoeken naar oplossingen op zakelijk-juridisch gebied, zijn zij ook in staat tot het hanteren van de psychologische en sociale problematiek die speelt rond een scheiding.<sup>202</sup>

We zagen reeds dat de Staatssecretaris van Justitie in haar reactie op het rapport 'Anders Scheiden', het groene licht gaf voor experimenten met scheidings- en omgangsbemiddeling. In juli 1998 stelde zij de Begeleidingscommissie Scheidingsbemiddeling in,<sup>203</sup> die werd belast met de begeleiding van de experimenten scheidingsbemiddeling. De experimenten startten in het voorjaar van 1999 in de ressorts Amsterdam, Leeuwarden, 's-Hertogenbosch en Den Haag. Het ging daarbij om een gratis bemiddelingsaanbod van de rechter voorafgaand aan of tijdens een procedure (zogenaamde court-annexed-experiment). Na tussentijdse verlenging<sup>204</sup> eindigden de experimenten op 1 juli 2001. In opdracht van Justitie zijn de resultaten ervan in kaart gebracht in het onderzoeksrapport 'Bemiddeling in uitvoering' van de Vrije Universiteit Amsterdam en het Verwey-Jonker Instituut te Utrecht.<sup>205</sup> Bemiddeling in plaats van een gerechtelijke procedure blijkt succesvol te zijn; de resultaten van de scheidingsbemiddeling zijn heel positief. Het merendeel van de deelnemers is (zeer) tevreden. Bemiddeling wordt niet als een gemakkelijke oplossing ervaren, maar als het lukt geeft dat wel voldoening. Partijen hebben het gevoel de afspraken zelf gemaakt te hebben en vinden het belangrijk dat het gelukt is om samen zonder ruzie de scheiding te regelen. Ruim driekwart van de bemiddelingen

199 In ons land waren Hoefnagels en Mac Gillavry de pioniers op het terrein van scheidingsbemiddeling. Zie Hoefnagels 1993, 1996, 1997, p. 54-59 en 2000, 2001; Mac Gillavry 1997; Gijbels, *FJR* 1996, p. 31-33; Stille 1997; Zonnenberg 2002 en Doek en Chin-A-Fat, *FJR* 2003, p. 79-84.

200 Commissie Herziening Scheidingsprocedure 1996, p. 8.

201 En zijn (meestal) lid van de vFAS.

202 Deze advocaten hebben zich verenigd in de vFAS, de Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsbemiddelaars, vroeger VAS geheten.

203 Instellingsbesluit van 23 juli 1998, *Stcrt.* 1998, 152, p. 15.

204 *Stcrt.* 1999, 238.

205 Chin-A-Fat en Steketee 2001.



is afgesloten met een overeenkomst over alle relevante onderwerpen. Een jaar na de totstandkoming van de afspraken blijkt 60% van de afspraken nog precies zo te worden uitgevoerd als destijds overeengekomen.<sup>206</sup>

Uit een Brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 13 april 2004 blijken de volgende beleidsvoornemens bij Justitie op scheidingsgebied: om te stimuleren dat mensen die gaan scheiden vooraf goede afspraken maken zullen er eisen worden gesteld aan het inleidend verzoekschrift tot echtscheiding. Afspraken over de wijze van uitoefening van het ouderlijk gezag worden een verplicht onderdeel van het verzoekschrift.<sup>207</sup> Uit het verzoekschrift moet voorts blijken over welke onderdelen van het verzoek overeenstemming is bereikt tussen de echtgenoten en waarover nog verschil van mening bestaat. De rechter kan partijen naar een mediator verwijzen voor de onderwerpen waarover nog geen overeenstemming is bereikt.<sup>208</sup>

### 5.12.3 Overlegscheiding of collaborative divorce

De overlegscheiding is afkomstig uit Amerika.<sup>209</sup> De belangrijkste kenmerken ervan zijn dat beide partijen door een eigen advocaat worden bijgestaan en dat de advocaten en hun cliënten een overeenkomst tekenen waarin is opgenomen dat de advocaten zich zullen terugtrekken op het moment dat een partij een gerechtelijke procedure over de scheiding start. Deze afspraak wordt vastgelegd in een zogenaamde deelnemingsovereenkomst (vergelijkbaar met de mediationovereenkomst). De clausule waarin is opgenomen dat de advocaten hun cliënt niet in een gerechtelijke procedure zullen bijstaan, wordt de zogenaamde *disqualification agreement* genoemd.

In de overlegscheiding wordt gewerkt op basis van de principes die ook ten grondslag liggen aan mediation. Alle partijen zitten bij elkaar aan tafel om tot een oplossing te komen, wisselen open alle informatie uit die nodig is om een oplossing te bereiken, spreken vertrouwelijkheid af voor hetgeen zich in de overlegscheiding afspeelt. Op basis van onderliggende belangen wordt naar een oplossing gezocht die voor beide partijen en hun eventuele kinderen maatwerk biedt.

Naast de advocaten kan een coach met een psychologische achtergrond worden ingeschakeld om cliënten te ondersteunen, een financieel deskundige (accountant, fiscalist, pensioendeskundige, financieel planner) en voor de kinderen een kinderpsycholoog/pedagoog. De kern is dat partijen gezamenlijk tot het inschakelen besluiten en gezamenlijk een persoon aanwijzen. Ook de deskundigen mogen in een eventuele gerechtelijke procedure niet worden opgeroepen om te getuigen.

206 Chin-A-Fat en Steketeer 2001, p. 12-15 en 69-138; zie over de meerwaarde van scheidingsbemiddeling ook het proefschrift van Chin-A-Fat 2004.

207 Kamerstukken II 2003/2004, 29 520, nr. 1.

208 Zie over forensische mediation Hoefnagels en Van Leuven 2003, p. 17-20.

209 Zie Chin-A-Fat 2010, p. 119-130; Gunter en De Boorder 2009 en Kamminga en Vlaardingerbroek, *FJR* 2012, 24.



Het belangrijkste verschil met mediation is dat er niet één mediator werkt met twee partijen, maar twee advocaten ieder voor en met de eigen cliënt. Er wordt gewerkt op basis van respect om een regeling te treffen waarin rekening is gehouden met alle belangen, zowel emotioneel, zakelijk als juridisch.

#### 5.12.4 Scheiden zonder rechter?

In het verleden is de optie om zonder rechter te scheiden meermaals aan de orde gekomen. De Commissie De Ruiters deed deze suggestie reeds in 1996, maar het duurde tot 200 voordat het initiatiefwetsvoorstel van Luchtenveld werd ingediend in de Tweede Kamer.<sup>210</sup> Dat wetsvoorstel introduceerde een administratieve scheiding en een verplicht ouderschapsplan, maar werd uiteindelijk in 2006 door de Eerste Kamer verworpen. Het concurrerende regeringswetsvoorstel 30 145, Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding werd wel aanvaard. Daarmee werd de zogenaamde 'flitsscheiding' afgeschaft en de plicht ingevoerd een ouderschapsplan te maken. Daarnaast werden enkele voorzieningen getroffen in verband met gelijkwaardig ouderschap. Deze wet is per 1 maart 2009 in werking getreden.<sup>211</sup> Hierin heeft de rechter in art. 818 lid 2 Rv de bevoegdheid gekregen om partijen naar een mediator te verwijzen als het verzoekschrift of de behandeling ter terechtzitting daartoe aanleiding geeft. In de literatuur lopen de ideeën over de administratieve scheiding uiteen.<sup>212</sup> In het regeerakkoord is in 2012 het voornemen opgenomen om een administratieve echtscheiding in te voeren.<sup>213</sup> Het wetsvoorstel is na consultatie ingediend, maar is sinds maart 2015 niet meer behandeld door de Tweede Kamer.<sup>214</sup> Het plan is om echtscheiding zonder rechter mogelijk te maken voor echtparen op wie niet de verplichting rust een ouderschapsplan op te stellen. Kort gezegd gaat het dan om echtparen die geen minderjarige kinderen (meer) hebben. Naar schatting zijn dat 14.000 echtscheidingen per jaar. De echtscheiding kan volgens het conceptvoorstel op gemeenschappelijk verzoek van partijen worden uitgesproken door de ambtenaar van de burgerlijk stand. Eigen verantwoordelijkheid is het sleutelwoord: verondersteld wordt dat de echtgenoten samen afspraken maken over de vermogensrechtelijke gevolgen. Het maken van een overeenkomst is niet verplicht en bijstand door een juridisch expert, zoals een advocaat, evenmin. Dat betekent ook dat de beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden aangepast wordt; ook daar wordt die eis losgelaten.

210 Kamerstukken II 2003/2004, 29 676.

211 Wet van 27 november 2008, *Stb.* 2008, 500.

212 Antokolskaia (red.) 2006; Chin-A-Fat 2004; Coenraad, *FJR* 2014, nr. 6; Luijten en Meijer, *NJB* 2008, 12; Pel 2009; Zonnenberg 2014.

213 Heida 2014; Punselie, *FJR* 2014, 11.

214 Kamerstukken II 2014/2015, 34 118, nr. 1-5.