

Van je familie moet je het hebben? Intergenerationele familie­zorg in het privaatrecht

Femke de Kievit*

Inleiding

“Everyone cares. Everybody is cared for.” Dit citaat staat als een huis, zeker binnen familierelaties. Ouders zorgen voor kinderen, grootouders zorgen voor kleinkinderen en partners zorgen voor elkaar. Ook wordt op grote schaal voor zorgbehoevende ouders gezorgd door (volwassen) kinderen. Naar schatting zorgen in Nederland ongeveer 1,9 miljoen kinderen vanaf 16 jaar voor een (schoon)ouder.²

Voor zorgbehoevende ouders is ‘van je familie moet je het hebben’ niet alleen een spreekwoordelijke uitdrukking, maar in toenemende mate de realiteit. De verwachting is dat de behoefte aan zorgverlening vanuit de familie (of andere naasten) in de toekomst ook groter zal worden.³ De Nederlandse verzorgingsstaat staat namelijk onder druk.⁴ Daarbij spelen verschillende factoren een rol zoals vergrijzing en de stijgende zorgkosten.⁵ Vanwege de toenemende druk op de verzorgingsstaat bedelt de Nederlandse overheid in het zorgbeleid de familie (en tevens andere naasten zoals bure­n en kennissen) een uitdrukkelijker rol toe in de verantwoordelijkheid voor de

* Mr. F.M. (Femke) de Kievit is als promovenda verbonden aan UCERF en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht (Universiteit Utrecht). In haar proefschrift onderzoekt zij de vraag wat er verbeterd zou kunnen worden aan de Nederlandse wetgeving over familie­zorgverlening, mede gelet op de doelen uit het Nederlandse zorgbeleid en de praktijk van familie­zorgverlening.

1 J. Herring, *Caring and the Law*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 1.

2 Dit cijfer ziet op de situatie in 2016. A. de Boer & M. de Klerk, ‘Mantelzorgers en de hulp die zij geven’, in: M. de Klerk e.a., *Voor elkaar? De stand van de informele hulp in 2016*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2017, p. 76; M. de Klerk & A. de Boer, ‘Informe­le hulp in 2016’, in: M. de Klerk e.a., *Voor elkaar? De stand van de informele hulp in 2016*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2017, p. 29.

3 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Kiezen voor houdbare zorg. Mensen, middelen en maatschappelijk draagvlak. WRR-rapport 104*, Den Haag: WRR 2021, p. 29.

4 WRR 2021, p. 10.

5 H. Pettersson & M. Katzin, ‘Legal approaches to private and public responsibilities for elder care’, in: A. Numhauser-Henning, *Elder Law: Evolving European Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2017, p. 287-308.

zorg voor ouderen.⁶ Die verantwoordelijkheid van de familie ligt niet op het gebied van medische zorg. Het gaat eerder om hulp bij persoonlijke verzorging, hulp bij het huishouden, het regelen van voorzieningen, administratieve hulp, begeleiding, het helpen bij vervoer of het bieden van emotionele ondersteuning.⁷ Wanneer het in deze bijdrage gaat over zorg, worden deze voornoemde vormen van zorg bedoeld.

Gelet op het toenemende belang van zorg van kinderen aan hun ouders en de complexe juridische vragen die daarbij spelen, is de intergenerationele FAMILIEZORG het onderwerp van deze bijdrage aan het UCERF symposium. De centrale vraag is op welke wijze het privaatrecht familiezorg regelt? Dat is voor de Nederlandse context een vernieuwde vraag, nu de (beperkte) juridische literatuur over familiezorg voornamelijk het publiekrecht bestrijkt.⁸ Er wordt op verkennende wijze in kaart gebracht waar in het privaatrecht regels bestaan die van belang zijn voor familiezorg en wat de functie van die regels is. Daarbij wordt gereflecteerd op de vraag of het nodig is om het privaatrecht op dit vlak verder te ontwikkelen en wat daarvoor nodig is?

Hierna wordt aan de hand van de positie die familiezorg inneemt in onze verzorgingsstaat uitgelegd waarom we de blik meer moeten richten op het privaatrecht. Daarna komt aan bod welke instrumenten het privaatrecht kent op het gebied van familiezorg. Niet het gehele privaatrecht kan aan bod komen. De bijdrage spitst zich toe op onderdelen van het personen- en familierecht, het erfrecht en het overeenkomstenrecht. De bijdrage sluit af met de conclusie en een blik op de toekomst.

Het toenemend belang van het privaatrecht

Een van de grootste uitdagingen in de 21e eeuw is het organiseren van de zorg voor het rap toenemende aantal ouderen. Het is algemene kennis dat Nederland sterk vergrijst: het aantal (zeer) oude mensen neemt toe in verhouding tot het aantal mensen dat tot de beroepsbevolking behoort.⁹ Daarnaast neemt het aantal ouderen toe met chronische aandoeningen zoals dementie en nemen sociale problemen bij ouderen

- 6 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2013/14*, 33891, nr. 3, p. 4-5; *Kamerstukken II 2013/14*, 33841, nr. 3, p. 3.
- 7 M. de Klerk e.a., *Informeel hulp: wie doet wat? Kerncijfers. Omvang, aard, en kenmerken van mantelzorg en vrijwilligerswerk in de zorg en ondersteuning in 2014*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2015, p. 8.
- 8 Deze publiekrechtelijke kant van familiezorgverlening wordt in het promotieonderzoek van de auteur uitgebreider onder de loep genomen.
- 9 WRR 2021, p. 44.

zoals eenzaamheid toe.¹⁰ Opgeteld betekent dit dat een groeiend aantal ouderen (langduriger) afhankelijk zal zijn van hulp, ondersteuning en zorg.

De zorg voor ouderen is een gedeelde verantwoordelijkheid tussen de staat, de familie (en andere naasten) en de commerciële markt.¹¹ De staat biedt op basis van diverse zorgwetten publiek gefinancierde zorgvoorzieningen aan ouderen, zowel thuis als (in steeds beperktere mate) in zorginstellingen.¹² Wie niet in aanmerking komt voor hulp vanuit de staat, of die hulp liever anders vormgeeft, kan zelf zorgvoorzieningen ‘kopen’ bij private aanbieders op de commerciële markt. De meeste zorg wordt geleverd in de vorm van **INFORMELE ZORG**.¹³ Informele zorg wordt vaak gedefinieerd als de niet-beroepsmatige hulp geboden door familie, buren, vrienden en vrijwilligers.¹⁴ De familiezorg die kinderen aan hun ouders bieden is een vorm van informele zorgverlening.

De verdeling van de verantwoordelijkheid voor de ouderenzorg tussen de staat, markt en de informele zorgverleners verschuift. Het is geen verrassing dat de financiële houdbaarheid van de verzorgingsstaat door ontwikkelingen zoals vergrijzing onder druk staat.¹⁵ Het overheidsbeleid richt zich daarom op het beteugelen van de zorguitgaven. Eén van de manieren waarop de overheid paal en perk stelt aan de zorguitgaven, is door het vergroten van de rol van de familie in de zorg voor ouderen.¹⁶ Het zorgbeleid legt de primaire zorgverantwoordelijkheid bij de familie en andere naasten. De overheid biedt pas hulp en ondersteuning aan ouderen wanneer familiezorg (of hulp van buren, vrienden of vrijwilligers) onvoldoende beschikbaar of passend is.¹⁷

- 10 Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu, *Volksgezondheid Toekomst Verkenning 2018. Een gezond vooruitzicht. Synthese*, Bilthoven: RIVM 2018, p. 13.
- 11 F. Swennen & L. Verhaert, ‘Intergenerational solidarity and elder care in the low countries’, *Child and Family Law Quarterly* 2015/27, p. 285; E. Alofs, F. Swennen & A. Vandenbosch, ‘Eldercare in Belgian Public and Private Law: Who Cares?’, in: C. Rogerson e.a. (red.), *16th ISFL World Conference Book*, Den Haag: Eleven International Publishing 2019, p. 529.
- 12 Het gaat om zorg die aan ouderen geleverd wordt op basis van de Wmo 2015 (ondersteuning aan huis), de Wet langdurige zorg (instellingszorg of 24-uurs zorg aan huis) en de Zorgverzekeringswet (medische hulp).
- 13 Dat was zo in 2016. Zie: L. Putman, D. Verbeek-Oudijk & M. de Klerk, *Zorg en ondersteuning in Nederland: kerncijfers 2016*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2017, p. 8-9.
- 14 Zie bijvoorbeeld: Putman, Verbeek-Oudijk & de Klerk 2017, p. 6.
- 15 WRR 2021, p. 10. Zie ook: *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 3-4.
- 16 E. Tonkens, ‘The embrace of responsibility. Citizenship and governance of social care in the Netherlands’, in: J. Newman & E. Tonkens (red.), *Participation, responsibility and choice: summoning the active citizen in Western European welfare states*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011, p. 56; M.I. Broese van Groenou & A. de Boer, ‘Providing informal care in a changing society’, *European Journal of Ageing* 2016/13, p. 271 & 276. Zie eveneens: *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 3; *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 52.
- 17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 25. Zie ook: art. 2.3.2. lid 4 sub b en c Wmo 2015.

De presumptie achter het vergroten van de zorgverantwoordelijkheid van de familie is dat hoe meer zorg door de familie wordt verleend, hoe minder publiek gefinancierde zorg vanuit de overheid geboden hoeft te worden.¹⁸ De Nederlandse overheid stelt familiezorgverlening of andere vormen van informele zorg niet verplicht. Het uitgangspunt in beleid en wetgeving is dat het verlenen van familiezorg gestoeld is op vrijwilligheid.¹⁹ Wanneer familieleden wél zorg zouden kunnen bieden, maar dit niet willen doen, is de overheid verantwoordelijk voor het bieden van passende zorg aan hulpbehoevenden.²⁰

Het gegeven dat al veel volwassen kinderen voor hun ouders zorgen, en die zorg in de toekomst aan belang zal winnen, roept vragen op ten aanzien van de rol van het privaatrecht voor de familiezorg. Wanneer voor elkaar zorgen steeds meer een private/familiaire aangelegenheid wordt, zal de rol van het privaatrecht dan ook groter (moeten) worden? Gelden er bijvoorbeeld rechten en plichten over en weer in een zorgrelatie, en zo ja welke? Kun je als familieleden contracteren over zorgverlening? En zijn er specifieke regels over het beslechten van conflicten in intergenerationele zorgrelaties? In de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur is voor dit soort vragen nog nauwelijks aandacht, terwijl over de grens (met name in *common law* landen) meer onderzoek beschikbaar is naar de rol van het privaatrecht bij familiezorgverlening.²¹ Met het oog daarop wordt in deze bijdrage ten aanzien van de Nederlandse context bezien welke rol het privaatrecht thans vervult voor familiezorg in het personen- en familierecht, het erfrecht en het overeenkomstenrecht.

- 18 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p. 52; *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 48.
- 19 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2000/01, 27401, nr. 65, p. 5; *Kamerstukken II* 2004/05, 30169, nr. 1, p. 6; *Kamerstukken II* 2005/06, 30169, nr. 3, p. 2; *Kamerstukken II* 2015/16, 30169, nr. 56, p. 3. Uitzondering hierop zijn de regels over de 'gebruikelijke hulp', hetgeen in het zorgbeleid niet het label mantelzorg krijgt. Van echtgenoten, ouders, inwonende kinderen en andere huisgenoten wordt verwacht dat zij aan een zorgbehoevende de 'gebruikelijke hulp' leveren. Kort gezegd komt dit meestal neer op het overnemen van huishoudelijk taken die de zorgbehoevende niet langer op zich kan nemen. Zie: art. 1.1.1. Wmo 2015 jo. art. 1.2.1. Wmo 2015 jo. art. 2.3.2. lid 4 sub b Wmo 2015. Zie bijvoorbeeld recent: Rb. Limburg 5 oktober 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:7506.
- 20 Zie hierover bijvoorbeeld: CRvB 25 november 2015, ECLI:NLCRVB:2015:4317; CRvB 11 januari 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:17; CRvB 3 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3108.
- 21 Zie bijvoorbeeld het werk van dr. Brian Sloan (Cambridge University), prof. Jonathan Herring (Oxford University) of het onderzoek verricht door het onderzoeksnetwerk RETHINKIN_. Zie ook: E. Alofs & W.M. Schrama, *Elderly care and upwards solidarity. Historical, sociological, and legal perspectives*, Antwerpen: Intersentia 2020.

Familiezorg in het personen- en familierecht

Algemene opmerkingen

De intergenerationale zorg van volwassen kinderen aan hun hulpbehoevende ouders krijgt geen expliciete aandacht in het personen- en familierecht. In Boek 1 BW ligt de nadruk sterk op het regelen van de relatie tussen echtgenoten en geregistreerde partners en de relatie tussen ouders en hun minderjarige kinderen.²² Dat betekent niet dat intergenerationale familiezorg tussen volwassenen geen enkele plek heeft in het personen- en familierecht. Twee specifieke vormen van zorg worden namelijk wél geregeld in boek één BW. Het gaat om zorg in de vorm van vertegenwoordiging via de regels over meerderjarigenbescherming en financiële zorg via het alimentatierecht.

Familiezorg via meerderjarigenbescherming

De zorg van kinderen aan hun ouders omvat in veel gevallen de overname van organisatorische taken en hulp bij de administratie.²³ Denk bijvoorbeeld aan het doen van belastingaangifte, het betalen van rekeningen, het inkopen van benodigdheden, contact met artsen of de zorgverzekeraar of het aanvragen van hulpmiddelen zoals een rollator of huishoudelijke hulp bij instanties. Oudere ouders zullen niet altijd in staat zijn dit soort handelingen zelf te verrichten, omdat hun wilsbekwaamheid ten aanzien van dit soort zaken kan afnemen. Wilsbekwaamheid is het vermogen om zaken te begrijpen, een weloverwogen keuze te maken en de gevolgen van die keuze te overzien.²⁴ Deze wilsbekwaamheid is geen vaste toestand: het is afhankelijk van het moment en van de aard van de beslissing of handeling.²⁵

Bij (verminderd) wilsbekwame ouderen kan er een zorgbehoefte ontstaan die bestaat uit het nodig hebben van hulp bij allerlei regeltaken en het nemen van beslissingen. De hulp die kinderen op dit vlak aan ouders bieden zal in bepaalde gevallen een juridische basis moeten krijgen. Dat geldt bijvoorbeeld ten aanzien van het doen van bankzaken of het maken van beslissingen over hulpverlening. Het personen- en familierecht biedt via de zogeheten cbm-maatregelen (curatele, bewind en mentorschap)

- 22 W.M. Schrama, J. Tigchelaar & Y. Yildiz, 'De rol van de staat in het relatiericht', in: W.M. Schrama & S. Burri (red.), *Verantwoordelijkheden in het familierecht: de rol van de staat, familie en individu*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 11.
- 23 A. de Boer, M. de Klerk & A. Merens, *Vrouwen, mannen en de hulp aan (schoon)ouders*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2015, p. 15.
- 24 Er is geen vaste definitie van wilsbekwaamheid en er zijn verschillende definities in verschillende contexten in omloop. Zie hierover: E. Pans, 'Toetsing van wilsbekwaamheid bij dementerende ouderen', in: W.M. Schrama & C.G. Jeppesen de Boer (red.), *Actuele ontwikkelingen in het familierecht. Elfde UCERF symposium*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 23-26.
- 25 C. G. C. Engelbertink, 'Het levenstestament', in: M. P. C. Scheepmaker (red.), *Justitiële verkenningen: ouderennishandeling*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers/WODC 2015, p. 65.

die juridische basis. Buiten boek één BW kennen we ook nog de reguliere volmacht, het levenstestament en de onbenoemde vertegenwoordiging.²⁶ De volmacht en onbenoemde vertegenwoordiging blijven in deze bijdrage verder buiten beschouwing.²⁷

De cbm-maatregelen worden opgelegd door de rechter, op verzoek van bijvoorbeeld familieleden, wanneer er is voldaan aan de wettelijke voorwaarden.²⁸ Curatele is de meest verstrekkende maatregel en heeft tot gevolg dat de onder curatele gestelde handelingsonbekwaam wordt om rechtshandelingen te verrichten, tenzij de wet anders bepaalt.²⁹ Het beschermingsbewind is beperkter en leidt uitsluitend tot een onbevoegdheid om vermogensrechtelijke handelingen te verrichten.³⁰ Bij het mentorschap wordt de betrokkene alleen vertegenwoordigd in het doen van rechtshandelingen op het gebied van verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding.³¹ Het gevolg van de cbm-maatregelen is dat er een persoon (of soms meerdere personen) wordt benoemd door de rechter die op de bovengenoemde terreinen zal optreden als wettelijke vertegenwoordiger. Bij die benoeming wordt rekening te houden met de voorkeur van de betrokkene.³² Als er geen voorkeur is, of daar geen rekening mee gehouden kan worden, bepaalt het BW dat benoeming van een familielid de voorkeur verdient.³³ De wetgever preferereert dus familiezorgverlening in het geval van vertegenwoordiging en dat strookt met de nadruk op familiezorg in het zorgbeleid. Onenigheid in de familie kan er overigens toe leiden dat van dit uitgangspunt wordt afgeweken.³⁴

De cbm-maatregelen beperken de autonomie van ouderen flink en bieden daarnaast weinig ruimte voor maatwerk. De automatische en (in het geval van de curatele) vrijwel allesomvattende inperking van de juridische beweegruimte van ouderen krijgt in de juridische literatuur kritiek. Om die reden wordt in de literatuur gewezen op het levenstestament, als alternatief voor de cbm-maatregelen.³⁵ Het levenstestament

26 K. Blankman, 'Oratie Kees Blankman', *FJR* 2020/3, afl. 1, p. 5.

27 Omwille van de omvang van deze bijdrage.

28 Zie voor dezoekers: art. 1:379 lid 1 BW (curatele), art. 1:432 lid 1 BW (bewind) en art. 1:451 lid 1 BW (mentorschap). Zie voor de voorwaarden: art. 1:378 BW (curatele), art. 1:431 BW (bewind) en art. 1:450 BW (mentorschap).

29 Art. 1:381 lid 2 BW. Zie ook: H.N. Stelma-Roorda, C. Blankman & M.V. Antokolskaia, 'A changing paradigm of protection of vulnerable adults and its implications for the Netherlands', *F&L* februari 2019, p. 8.

30 Art. 1:431 lid 1 BW en art. 1:438 lid 1 en 2 BW.

31 Art. 1:453 lid 1 BW.

32 Tenzij er gegronde redenen zich verzetten tegen deze benoeming. Art. 1:383 lid 1 en 2 BW (curatele), art. 1:435 lid 1 en 3 BW (bewind) en art. 1:452 lid 1 en 3 BW (mentorschap).

33 Art. 1:383 lid 3 BW (curatele), art. 1:435 lid 4 BW (bewind) en art. 1:452 lid 4 BW (mentorschap).

34 Zie recent: Hof 's Hertogenbosch 4 november 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:3319, r.o. 3.10.4.

35 M.V. Antokolskaia, 'Empowerment en bescherming van ouderen', *FJR* 2021/11, afl. 3, p. 47. Zie ook: Blankman, *FJR* 2020/3, p. 6-7; Stelma-Roorda, Blankman & Antokolskaia, *F&L* 2019, p. 9-10.

is een (vaak notariële) akte waarin de nog wilsbekwame persoon allerlei aangelegenheden kan regelen voor een toekomstige situatie van wilsonbekwaamheid.³⁶ In het levenstestament kunnen wensen en instructies worden opgenomen voor de situatie waarin de betrokkene wilsonbekwaam raakt.³⁷ In het levenstestament wordt een vertrouwenspersoon (of meerdere) aangewezen die moet toezien op de naleving van de wensen en opdrachten. Het levenstestament kan bijvoorbeeld instructies of wensen met betrekking tot familie zorgverlening omvatten. Zo kan het levenstestament het verzoek aan de vertrouwenspersoon bevatten om hulp te bieden bij vervoer zodat sociale activiteiten nog steeds ondernomen kunnen worden.³⁸ Het levenstestament kan verder een aantal volmachten bevatten, waardoor de vertrouwenspersoon ook bijvoorbeeld vermogensrechtelijke handelingen mag verrichten of beslissingen mag nemen over zorg.³⁹ In het levenstestament kan ook een beloning voor de vertrouwenspersoon worden bepaald.⁴⁰ De Vereniging van Estate Planners in het Notariaat geeft als voorbeeld een clauseule in het levenstestament waarin bepaald wordt dat de familiezorgverlener c.q. vertrouwenspersoon het huis mag verkopen wanneer de maker van het levenstestament hier niet meer kan wonen. In die clauseule kan dan worden opgenomen dat de familiezorgverlener zichzelf uit de verkoopopbrengst een bedrag mag schenken.⁴¹ Het levenstestament is niet wettelijk geregeld, maar wordt veelvuldig gebruikt in de notariële rechtspraak.⁴²

Via de regels over meerderjarigenbescherming wordt dus voorzien in een juridische basis om ouders te vertegenwoordigen bij beslissingen en rechtshandelingen, indien de zorgbehoefte aan de zijde van de ouders hier om vraagt. Gelet op ontwikkelingen zoals vergrijzing – en bijvoorbeeld ook de toenemende digitalisering – van de samenleving is mijn verwachting dat hulp bij regelzaken en vertegenwoordiging van toenemend belang zal worden binnen familie zorgverlening. Aandacht voor een passende juridische basis voor deze vertegenwoordiging wordt daarmee ook steeds belangrijker.

36 Stelma-Roorda, Blankman & Antokolskaia, *F&L* 2019, p. 10. De vorm van het levenstestament is vormvrij. Een notariële akte is niet verplicht.

37 Stelma-Roorda, Blankman & Antokolskaia, *F&L* 2019, p. 10. Zie ook Blankman, *FJR* 2020/3, p. 5.

38 Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, *Checklist levenstestament. Welke keuzes kunt u nu maken voor straks?*, 2018, p. 4, zie: <https://www.notaris.nl/files/Brochures/checklist-levenstestament.pdf?0a266ff70a> (laatstelijk geraadpleegd op 8 februari 2022).

39 Engelbertink 2015, p. 67.

40 Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2018, p. 5.

41 Zie Vereniging van Estate Planners in het Notariaat, *Mantelzorg: waarom is een levenstestament nodig?*, 2021, zie: <https://epn-notaris.nl/blog/mantelzorg-levenstestament/> (laatstelijk geraadpleegd op 8 februari 2022).

42 In het laatste half jaar van 2020 en eerste half jaar van 2021 samen werden er 163.273 levenstestamenten gepasseerd (Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie, *Factsheet Akten*, oktober 2021).

Financiële zorgverantwoordelijkheden in het alimentatierecht

In de tweede plaats regelt het personen- en familierecht een financiële zorgverantwoordelijkheid van kinderen jegens hun ouders. Familiezorg zal meestal in natura, door fysiek te zorgen, worden verleend. Toch is het ook relevant om te kijken naar de financiële zorg die familieleden aan elkaar kunnen bieden. Financiële zorg is in de inleiding van deze bijdrage niet is genoemd als vorm van familiezorg. Toch wil ik hier toch de vraag opwerpen of financiële zorg (in de toekomst) als vorm van intergenerationele familiezorg moet worden beschouwd. De financiële onhoudbaarheid van de publieke overheidszorg kan er namelijk toe leiden dat ouderen in de toekomst genoodzaakt zullen zijn om meer voor zorg te betalen.⁴³ Die eventuele stijging van de zorgkosten moet in samenhang worden gezien met een andere ontwikkeling: het SCP voorspelt dat het aantal beschikbare familieverzorgers per zorgbehoevende in de toekomst zal afnemen.⁴⁴ Volwassen kinderen zullen daarnaast niet altijd de tijd of fysieke nabijheid hebben om zorg aan ouders te kunnen te kunnen leveren. Die afnemende beschikbaarheid van de familiezorger en de oplopende kosten van professionele zorg roepen belangrijke vragen op in het kader van het alimentatierecht. Zouden behoeftige ouders die onvoldoende financiële middelen hebben om te voorzien in hun levensonderhoud (bijvoorbeeld vanwege de verhoogde uitgaven aan zorg omdat zij niet kunnen rekenen op fysieke familieverzorging) een financieel beroep kunnen doen op hun kinderen wanneer de kinderen niet op vrijwillige basis willen bijspringen? Of zou de overheid de zorgkosten ten behoeve van ouderen, deels kunnen verhalen op de kinderen?

Het alimentatierecht bevat een financiële onderhoudsplicht voor kinderen jegens hun behoeftige ouders.⁴⁵ Heeger-Hertter en Jonker hebben de rol van deze onderhoudsverplichting onderzocht en zij concluderen dat de onderhoudsverplichting van volwassen kinderen jegens hun ouders in de huidige rechtspraktijk nauwelijks een rol speelt.⁴⁶ Ouders procederen niet over deze verplichting.⁴⁷ Dat kan meerdere redenen

43 P. van Teeffelen, 'Wie zorgt er voor mij?', *FJR* 2013/40, afl. 4, p. 111-115. Zie ook: WRR 2021, p. 11.

44 S. Kooiker e.a., *Toekomstverkenning mantelzorg aan ouderen in 2040. Een verkenning van de regionale ontwikkelingen voor de komende 20 jaar*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2019, p. 33. Het SCP heeft overigens naar mantelzorg gekeken, niet expliciet naar familieverzorging. Mantelzorg is alle informele hulp die geboden wordt door iemand uit het sociale netwerk, dus bijvoorbeeld hulp van burens. Familiezorg is onderdeel hiervan. De conclusie van het SCP is dus dat de beschikbare mantelzorg zal afnemen, waaronder begrepen de beschikbare familiezorg.

45 Art. 1:392 lid 1 sub b jo lid 2 BW en S. Heeger-Hertter & M. Jonker, 'Zorgbehoevende ouders in slecht weer: een zorg voor de overheid en/of hun kinderen', in: W.M. Schrama & S. Burri (red.), *Verantwoordelijkheden in het familierecht: de rol van de staat, familie en individu*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 229.

46 Heeger-Hertter & Jonker 2020, p. 228.

47 Heeger-Hertter & Jonker 2020, p. 233-234.

hebben. In de eerste plaats wijzen meerdere auteurs op het feit dat veel ouders helemaal geen financieel beroep op hun kinderen willen doen.⁴⁸ In de tweede plaats draagt de overheid via het publiekrecht de primaire verantwoordelijkheid voor ouders in financiële nood waardoor het niet nodig is om de eigen kinderen aan te spreken. De staat verstrekt namelijk aan ouderen een AOW-uitkering en daarnaast is de staat gehouden om een bijstandsuitkering te verstrekken aan personen die niet in staat zijn in het eigen levensonderhoud te voorzien. Momenteel is het niet mogelijk voor de staat om af te dwingen dat volwassen kinderen in het levensonderhoud van hun ouders voorzien.⁴⁹ Volwassen kinderen kunnen wel vrijwillig hun ouders financieel onderhouden, in hoeverre dat gebeurt is onduidelijk.⁵⁰

Gelet op de uitdagingen waar de Nederlandse verzorgingsstaat voor staat, is het de vraag of onderhoudsplicht van kinderen jegens hun ouders nieuw leven ingeblazen zal (moeten) worden.⁵¹ Kan een financiële onderhoudsplicht een van de oplossingen vormen om de stijgende kosten voor publieke voorzieningen als gevolg van de vergrijzing het hoofd te bieden en zo ja, in welke vorm? Een theoretische optie is om zorgbehoevende ouders zelf tegen hun kinderen te laten procederen, maar hiervoor is al aangegeven dat veel ouders niet hiertoe geneigd zullen zijn. Een tweede mogelijkheid is om de staat de optie te bieden om (zorg)kosten op families te verhalen, zoals dat thans bijvoorbeeld mogelijk is voor de kosten met betrekking tot de lijkbezorging.⁵² Hoewel meer (financiële) verantwoordelijkheid bij de familie plaatsen past bij het huidige overheidsbeleid en in potentie kostenbesparend kan zijn, bestaan er meerdere – mijns inziens gegronde – redenen om niet tot handhaving van de onderhoudsplicht van kinderen jegens hun ouders over te gaan. Ribot benoemt dat de gedwongen onderhoudsplicht conflicten in familierelaties in de hand kan werken.⁵³ Ten tweede wordt aangegeven dat de financiële onafhankelijkheid van volwassen kinderen in het geding komt wanneer zij gehouden zijn om de financiële zorg voor hun ouders

48 Heeger-Hertter & Jonker 2020, p. 234, 239 & 246; Swennen & Verhaert *Child and Family Law Quarterly* 2015/27, p. 291; A.M. Soden, 'Family matters: some emerging legal issues in intergenerational and generational relations', in: I. Doren & A.M. Soden, *Beyond elder law: new directions in law and aging* (red.), Londen: Springer 2012, p. 120; Alofs, Swennen & Vandenbosch 2019, p. 542.

49 Uitzonderingen daargelaten. Zie bijvoorbeeld voetnoot 52 over de Wet op de lijkbezorging.

50 Heeger-Hertter & Jonker 2020, p. 239.

51 J. Ribot, 'Maintenance law and elderly care in western societies', in: E. Alofs & W.M. Schrama, *Elderly care and upwards solidarity. Historical, sociological, and legal perspectives*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 67-81.

52 Art. 22 Wet op de lijkbezorging. In dit artikel wordt verwezen naar de artikelen uit het BW over de onderhoudsplicht van kinderen jegens hun ouders. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak: Rb. Zeeland-West-Brabant 10 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9354; Heeger-Hertter & Jonker 2020, p. 234. Zie verder: Soden 2012, p. 120.

53 Ribot 2020, p. 72.

te dragen, naast bijvoorbeeld de zorg voor eigen kinderen.⁵⁴ Ribot wijst ook op het feit dat de onderhoudsplicht niet meer past bij de hedendaagse familie die vaak klein is en waarin jongere familieleden niet over de financiële middelen zullen beschikken om oudere familieleden te onderhouden.⁵⁵ Verder wordt door Heeger-Hertter en Jonker gewezen op praktische bezwaren zoals de complexiteit van de berekening van de onderhoudsbijdrage die kinderen zouden moeten betalen en de extra (financiële) druk die dit legt op de rechterlijke macht en rechtsbijstand.⁵⁶ Kortom, hoewel het personen- en familierecht een financiële zorgverantwoordelijkheid bij kinderen neerlegt, lijkt deze onderhoudsplicht in de praktijk nauwelijks een rol te spelen. Daarnaast ligt het, gelet op de genoemde bezwaren, niet in de lijn der verwachting dat dit in de nabije toekomst anders wordt. Mochten er in de toekomst op het gebied van sociale voorzieningen grotere en ernstige financiële tekorten ontstaan, dan wordt die verwachting mogelijk anders.

Familiezorg in het erfrecht

Algemene opmerkingen

Vanaf dit punt in de bijdrage staan privaatrechtelijke regels centraal die het mogelijk maken om familiezorgers een financiële tegemoetkoming te bieden in ruil voor de zorgverlening. In tegenstelling tot het hiervoor besproken alimentatierecht, veronderstelt die blik dat de zorgbehoevende ouders nu over voldoende financiële middelen beschikken om hun kinderen te belonen voor zorgverlening. In dat kader wordt allereerst het erfrecht besproken.

Alvorens de mogelijkheden te bespreken die het erfrecht biedt om kinderen financieel te belonen voor geleverde familiezorg uit de nalatenschap van hun ouders, moet eerst het volgende worden besproken. De financiële beloning van familiezorg ligt gevoelig. Dat geldt niet alleen voor een beloning via het erfrecht, maar net zo goed voor de betaling van familiezorg op basis van een zorgovereenkomst. Er wordt namelijk verschillend gedacht over de mate waarin zorgverlening tussen familieleden een op geld waardeerbare activiteit zou moeten zijn die tevens binnen de familiesfeer beloond mag worden.⁵⁷ Omwille van de omvang van deze bijdrage, wordt de discussie over de wenselijkheid van beloningen voor familiezorg buiten beschouwing gelaten. Er wordt

54 Ribot 2020, p. 77.

55 Ribot 2020, p. 78.

56 Heeger-Hertter & Jonker 2020, p. 235.

57 Zie hierover: S. Burri & F.M. de Kievit, 'Wie betaalt de rekening van mantelzorg? Over financiële gevolgen bij langdurige mantelzorg en de compensatie daarvan binnen het erf- en successierecht', in: W.M. Schrama & S. Burri (red.), *Verantwoordelijkheden in het familierecht: de rol van de staat, familie en individu*, Den Haag: Boom Juridisch 2020, p. 169.

aangesloten bij de visie dat het aan zorgbehoevende ouders zelf overgelaten kan worden om te besluiten of zij hun kinderen voor zorgverlening willen belonen, maar dat de wet hier wel passende mogelijkheden voor zou moeten bieden. Dat is omdat een beloning familie­zorg­ver­lening kan faciliteren, bijvoorbeeld nu het kinderen in staat stelt tijdelijk hun betaalde baan in te ruilen voor familie­zorg­ver­lening zonder veel in­kom­en te derven. Gelet op het reeds genoemde punt dat kinderen door hun baan en eigen gezin niet altijd de tijd zullen hebben om voor hun ouders te zorgen, is dit een belangrijk voordeel van het financieel belonen van familie­zorg. Het erfrecht biedt een aantal mogelijkheden om in een financiële beloning te voorzien. In deze bijdrage wordt het testament en de som ineens uit art. 4:36 BW besproken.

Testament

De nog wilsbekwame ouder kan in de eerste plaats een testament opmaken en (een deel van) de nalatenschap aan het volwassen kind doen toekomen als compensatie voor verleende zorg.⁵⁸ Er zitten wel grenzen aan de mate waarin de ouder een kind via een testament kan compenseren. Bepaalde erfgenamen zoals de langstlevende echtgenoot en andere kinderen hebben namelijk een aantal dwingendrechtelijke aanspraken zoals het voortgezette woonrecht (art. 4:28 BW), het verzorgingsvruchtgebruik (art. 4:29 BW) en de legitieme portie (art. 4:63 e.v. BW).⁵⁹ Het is niet bekend in welke omvang het testament door zorgbehoevende ouderen wordt gebruikt als instrument om familie­zorg mee te compenseren.

Soms ineens uit art. 4:36 BW

Niet alle ouders zullen een testament (willen) opmaken waarin zij hun kinderen compenseren voor de geleverde familie­zorg. Na de dood van de ouder(s) kunnen kinderen die zorg hebben geleverd en daarvoor geen compensatie hebben ontvangen, een billijke vergoeding voor die zorg vorderen uit de nalatenschap van de ouder (art. 4:36 BW). Wanneer kinderen in de huishouding van de ouder arbeid hebben verricht zonder voor die arbeid een passende beloning te hebben ontvangen, kunnen zij een dergelijke vergoeding opeisen.⁶⁰ Familie­zorg­ver­lening kan worden gezien als arbeid in de huishouding van de ouder en de familie­zorger kan daarom in aanmerking komen voor een dergelijke vergoeding.⁶¹ Uit eerder verricht eigen jurisprudentieonderzoek

58 Art. 4:42 e.v. BW.

59 Zie hierover meer: Burri & de Kievit 2020, p. 183-184.

60 Zie art. 4:37 BW lid 1 voor de vervaltermijn van een beroep op art. 4:36 BW.

61 G. van der Burcht, E.W.J. Ebben & M.R. Kremer (red.), *Vaststellingswet Erfrecht (Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 654; S. Perrick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 388. Verder bijvoorbeeld: Hof 's Hertogenbosch 22 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2008:DB8647.

blijkt dat de rechtspraak vrij terughoudend is in het toewijzen van een verzoek op grond van art. 4:36 BW. Vereist lijkt langdurige en intensieve familiezorgverlening die geresulteerd heeft in nadeel bij het zorgverlenende kind ten opzichte van de andere erfgenamen. Een voorbeeld van een dergelijk nadeel is inkomstenderving omdat het kind minder is gaan werken om de zorg te kunnen verlenen. Daarnaast komt niet alle zorg voor compensatie in aanmerking en moet het gaan om zorg met een economische waarde, bijvoorbeeld omdat het om zorg gaat die ook door professionals kan worden verleend.⁶² Ook het vaststellen van wat een billijke vergoeding is, is niet eenvoudig door gebrek aan een heldere richtlijn hiervoor. De compensatie via 4:36 BW bedraagt ten hoogste de helft van de nalatenschap.⁶³ De wet biedt verder geen aanknopingspunten voor de vaststelling van de billijke vergoeding. In een uitspraak uit 2007 over de soms ineens komt het bedrag van € 5,00 per uur naar voren.⁶⁴ Andere mogelijkheden zouden zijn om aan te sluiten bij het minimumloon, de salarisschalen van thuiszorgmedewerkers of de bedragen die de Letselschade richtlijn huishoudelijke hulp aan familiale zorg koppelt.⁶⁵

Kortom, via het erfrecht kan familiezorg beloond worden. Dat kan op initiatief van een ouder zelf via het testament en bij afwezigheid daarvan kunnen familiezorgende kinderen proberen de weg van artikel 4:36 BW te bewandelen. Uit deze regelingen blijkt dat, ondanks de controverse over de compensatie van familiezorg, de wetgever compensatie aan familiezorgers in bepaalde situaties op zijn plek acht. Gelet op het belang van familiezorg en de positieve bijdrage die compensatie via het erfrecht potentieel zou kunnen bieden aan het bevorderen van familiezorg, is meer aandacht voor deze instrumenten op zijn plek, zowel binnen de juridische literatuur als binnen de informatievoorziening aan familiezorgers en ouderen.⁶⁶

Familiezorg in het overeenkomstenrecht

Algemene opmerkingen

Het laatste rechtsgebied dat in deze bijdrage aan bod komt is het overeenkomstenrecht. In theorie is het mogelijk voor ouders en kinderen om zorgcontracten te sluiten op basis van het overeenkomstenrecht, maar onbekend is op welke schaal kinderen met hun ouders overeenkomsten aangaan over zorg. In een dergelijke overeenkomst zouden ouders en kinderen bijvoorbeeld kunnen afspreken dat het kind zorg verleent in ruil voor een maandelijks vergoeding of bijvoorbeeld het ouderlijk huis na het

62 Zie Burri & de Kievit 2020, p. 180-181 & 194.

63 Art. 4:37 lid 4 BW.

64 Hof Den Haag 1 augustus 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB0962, r.o. 12.

65 Burri & de Kievit 2020, p. 181.

66 Burri & de Kievit 2020, p. 195.

overlijden van de ouder. Vermoedelijk wordt van deze optie thans weinig gebruik gemaakt.⁶⁷ Deze (theoretische) overeenkomsten worden verderop nader besproken.

De zorgovereenkomst kennen we wél in een andere hoedanigheid: wanneer het gaat om zorgverlening die via een persoonsgebonden budget wordt gefinancierd. Publieke zorgvoorzieningen worden niet altijd in natura verstrekt. Onder voorwaarden is het voor zorgbehoevenden mogelijk om in de plaats van een naturavoorziening, een persoonsgebonden budget te ontvangen. Met dit budget kunnen zorgbehoevenden zorg inkopen bij zelfgekozen zorgverleners en met die zorgverleners moet dan een zorgovereenkomst worden gesloten. Het is mogelijk om niet een professionele zorgverlener, maar een familielid via deze weg in te huren.⁶⁸ Ouders die in aanmerking komen voor een pgb, kunnen daarmee dus hun kinderen betalen voor zorgverlening. De familiezorg wordt dan niet uit de eigen portemonnee betaald, maar uit de publieke middelen. De pgb-zorgovereenkomsten bevinden zich op het snijvlak van het publiekrecht en het privaatrecht. Het publiekrecht speelt een rol, omdat het pgb een vorm van publiek gefinancierde overheidszorg is. Het publiekrecht regelt bijvoorbeeld de voorwaarden waaronder zorgbehoevenden in aanmerking komen voor een pgb. Het publiekrecht blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing. Het privaatrecht bepaalt de juridische kwalificatie van de overeenkomst en de arbeidsrechtelijke gevolgen ervan. Dit wordt hieronder besproken.

Familiezorgovereenkomsten en het persoonsgebonden budget

Wegens het risico op fraude en misbruik wordt het pgb niet op de rekening van de zorgbehoevende in kwestie gestort.⁶⁹ De sociale verzekeringsbank (hierna: SVB) zal namens de zorgbehoevende ouder de betalingen aan de zorgverlener verrichten. Dat werkt ook zo bij zorgbehoevende ouders die hun kind uit het pgb willen betalen. Ouder en kind vullen een speciale door de SVB opgestelde zorgovereenkomst in. De modelzorgovereenkomst van de SVB vraagt hen om diverse afspraken te maken, zoals het aantal te werken uren, de hoogte van het salaris, de reiskostenvergoeding en de werktijden.⁷⁰ Nadat de SVB de zorgovereenkomst heeft gecontroleerd kan de betaling plaatsvinden.⁷¹

67 Voor zover bij de auteur bekend is naar de prevalentie van dit soort overeenkomsten in Nederland geen onderzoek gedaan.

68 M. Kremer, 'Consumers in charge of care: the Dutch personal budget and its impact on the market, professionals and the family, *European Societies* 2006, vol. 8, afl. 3, p. 386.

69 S. van Cleef & K.W. Bruggeman, *PS-special: Wmo 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 44.

70 De modelovereenkomsten zijn te vinden op de website van de SVB.

71 Zie art. 2a lid 2, lid 3 en lid 4 van de Uitvoeringsregeling Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 en art. 5.16 lid 3 van de Regeling langdurige zorg.

Door het sluiten van een zorgovereenkomst ontstaat er tussen partijen een contractuele relatie die bepaalde rechten en plichten met zich mee brengt. Welke rechten en plichten dat zijn hangt af van de juridische kwalificatie van de overeenkomst. Partijen sluiten of een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW) of een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW).⁷² Kortgezegd voorziet de arbeidsovereenkomst in een ruimer pakket aan rechten (maar ook verplichtingen) voor de zorgverlener dan de overeenkomst van opdracht. Voorbeelden zijn het recht op loondoorbetaling bij ziekte, het recht op diverse soorten verlof, betaalde vakantiedagen en recht op een werkloosheidsuitkering na beëindiging van de zorgovereenkomst.⁷³ Deze rechten zijn wel verbonden aan een arbeidsovereenkomst en niet aan de overeenkomst van opdracht.

Partijen kiezen in beginsel zelf of zij een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht aangaan. Een arbeidsovereenkomst kan echter alleen gesloten worden wanneer er tussen de partijen een gezagsverhouding bestaat.⁷⁴ Omdat familiezorgrelaties zich meestal kenmerken door kwetsbaarheid en afhankelijkheid bij de ouder, is het de vraag of de ouder in staat is om dit vereiste gezag uit te oefenen.⁷⁵ Om die reden adviseert de SVB familieleden in de eerste en de tweede graad om een overeenkomst van opdracht te sluiten, omdat er dan geen sprake hoeft te zijn van een gezagsverhouding.⁷⁶

Op een later moment kan het belangrijk worden hoe de overeenkomst tussen partijen juridisch gekwalificeerd moet worden. Dit speelt bijvoorbeeld op het moment dat een ouder overlijdt, de zorgverlening stopt, het zorgverlenende kind werkloos raakt

- 72 Voor de arbeidsovereenkomst geldt het volgende: wanneer de zorg wordt geleverd door een natuurlijk persoon in de huishouding van de zorgbehoevende en het dienstverband minder dan vier dagen per week omvat, dan is de Regeling dienstverlening aan huis van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Die regeling beperkt enkele arbeidsrechtelijke aanspraken. Een voorbeeld daarvan is dat een reguliere arbeidsovereenkomst voorziet in een recht op loondoorbetaling bij ziekte van 104 weken ter hoogte van 70% van het salaris (art. 7:629 lid 1 BW). Wanneer de Regeling dienstverlening aan huis van toepassing is omvat heeft de zieke werknemer recht op 6 weken loondoorbetaling ter hoogte van 70% van het salaris (zie art. 7:629 lid 2 sub a BW).
- 73 Zie de artikelen 7:629 BW (en art. 7:629 lid 2 sub a BW voor overeenkomsten waarop de Regeling dienstverlening aan huis van toepassing is), art. 1:1 Wazo, art. 7:634 BW en art. 3 Werkloosheidswet. Eind 2021 oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat ook pgb-zorgverleners die vallen onder de Regeling dienstverlening aan huis recht behoren te hebben op een WW-uitkering. Zie: Rb. Rotterdam 16 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12432.
- 74 S. Klosse & G.J. Vonk, *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 73. De andere eisen voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst is de verplichting van de werknemer tot persoonlijke arbeidsverrichting en de verplichting van de werkgever tot het betalen van loon.
- 75 R.L. van Eerde, 'De persoonsgebonden budgethouder als gedwongen werkgever', *Sociaal Recht* 2005/60, afl. 9, p. 2.
- 76 Eigen gehouden interview met een arbeidsrechtjurist van de SVB op 9 november 2018.

en een WW-uitkering aanvraagt. Het UWV zal dan beoordelen hoe de zorgovereenkomst juridisch gekwalificeerd moet worden en of er aanspraak bestaat op een WW-uitkering (hetgeen niet het geval zal zijn wanneer de verhouding wordt gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht). Bepalend voor de juridische kwalificatie van de overeenkomst is niet alleen de keuze die partijen bij aanvang van de overeenkomst maken, maar juist ook de wijze waarop de partijen uitvoering hebben gegeven aan de overeenkomst.⁷⁷ Meer dan eens worden geschillen tussen familieleden over de kwalificatie en rechtsgevolgen van hun overeenkomst aan de rechter voorgelegd, doorgaans om dus bepaalde sociaalzekerheidsrechtelijke aanspraken geldend te maken.⁷⁸ De maatstaf is dan of degene die de arbeid verricht is onderworpen aan het gezag van de wederpartij en de wederpartij bevoegd is om opdracht en instructies te geven en controle uit te oefenen op de voortgang en resultaten van het werk.⁷⁹

Ouders en kinderen kunnen met elkaar contracteren over zorg binnen de kaders van het pgb. De juridische kwalificatie van deze contracten kan in de praktijk een heikel punt vormen. Omdat het pgb bekostigd wordt uit publieke middelen, ligt het niet voor de hand dat deze zorgovereenkomsten een oplossing kunnen bieden voor de uitdagingen waar de Nederlandse verzorgingsstaat voor staat. De verwachting is niet dat in de toekomst familieleden elkaar op grote schaal kunnen betalen voor zorg uit de publieke middelen, aangezien de financieringsbron van het pgb ook onder druk staat. Om die reden moet binnen het contractenrecht verder gekeken worden: zouden ouders en kinderen met elkaar kunnen contracteren over zorg, los van het pgb. En zo ja, hoe moeten deze overeenkomsten dan gekwalificeerd worden?

Andere denkbare zorgovereenkomsten

Binnen de Nederlandse context is niet bekend in hoeverre ouders en kinderen met elkaar overeenkomsten aangaan over familiezorgverlening. Over de grens is er meer aandacht voor de zogeheten *private care agreements*.⁸⁰ Een voorbeeld uit Canada is de (vaak mondelinge) overeenkomst waarin de ouder aan het kind de ouderlijke woning in eigendom overdraagt in ruil voor zorgverlening. Meestal wordt afgesproken dat de zorgverlening aan de ouder in de ouderlijke woning plaats moet vinden tot aan de

77 CRvB 14 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3634, r.o. 4.1.

78 Zie bijvoorbeeld: CRvB 14 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3634; CRvB 5 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1305; Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3418.

79 Zie CRvB 14 oktober 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3634, r.o. 4.3. In deze zaak werd tevens de gezagsverhouding tussen zoon en moeder aangenomen waardoor de zoon aanspraak kon maken op een uitkering via de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.

80 Swennen & Verhaert *Child and Family Law Quarterly* 2015/27, p. 297; M.I. Hall, 'Care for life: private care agreements between older adults and friends or family members', *Elder Law Review* 2003, vol. 2, afl. 24. Zie ook: S.J. Knox, 'Eldercare for the Baby-Boom Generation: Are Caregiver Agreements Valid?', *Suffolk University Law Review* 2012, afl. 45, p. 1271-1295.

dood van de zorgbehoevende.⁸¹ Kortom, zorg in ruil voor vermogen. In de literatuur wordt ten aanzien van dit voorbeeld uit Canada gewaarschuwd voor enkele gevaren bij dit soort overeenkomsten, zoals het gebrek aan juridisch advies bij het sluiten van de overeenkomst, het risico op financieel misbruik bij ouderen, conflicten tussen ouder en kind over de uitvoering van de overeenkomst, overbelasting bij het kind door de zorg en problemen die ontstaan door onvoorziene omstandigheden waardoor de gemaakte afspraak niet langer na te komen is.⁸²

Aangezien ook in Nederland de publieke voorzieningen onder druk staan, moet de vraag gesteld worden of zorgovereenkomsten tussen familieleden in Nederland ook aan belang zullen (moeten) winnen. Zouden we professionele publieke zorg in de toekomst – waar mogelijk – kunnen aanvullen met betaalde familiezorg? Zoals eerder aangegeven zou een dergelijke betaling kinderen in staat kunnen stellen om tijdelijk hun betaalde baan in te ruilen voor betaalde familiezorgverlening en zo hun ouders de noodzakelijke zorg te bieden. Een belangrijke denkrichting voor juridisch vervolgonderzoek is daarom het constructief doordenken van het gebruik van private zorgovereenkomsten in Nederland.

Synthese: van je familie moet je het hebben?

Terug naar de centrale vraag: in hoeverre regelt het privaatrecht familiezorg en moet de rol van het privaatrecht op het gebied van familiezorg worden vergroot? Het privaatrecht vervult momenteel op het gebied van familiezorg een drietal rollen. In de eerste plaats beschermt het privaatrecht de verminderd wilsbekwame ouder door kinderen waar nodig de bevoegdheid te geven hen te ondersteunen en te vertegenwoordigen bij bijvoorbeeld vermogensrechtelijke handelingen of de organisatie en besluitvorming op het gebied van zorg. In de tweede plaats stelt het privaatrecht een financiële zorgverantwoordelijkheid van kinderen jegens hun ouders vast. Op papier dienen kinderen financieel zorg te dragen voor financieel behoeftige ouders, al speelt in de praktijk deze verplichting nauwelijks een rol. In de derde plaats voorziet het privaatrecht in de optie om zorg te belonen met een financiële tegemoetkoming via het erfrecht en via het overeenkomstenrecht. Een dergelijke tegemoetkoming kan gezien worden als een bescherming van het zorgverlenende kind dat bijvoorbeeld langdurig en intensief voor de ouder heeft gezorgd en daardoor zelf in een ongunstige (financiële) positie is beland.

81 Hall 2003, p. 1.

82 Hall 2003, p. 2. Zie ook: Soden 2012, p. 121.

Hoewel het privaatrecht verschillende regels met betrekking tot familiezorg bevat, lijkt de invloed ervan in de Nederlandse rechtspraak nog tamelijk beperkt (onderhoudsplicht) of is de invloed onbekend (erfrecht en overeenkomstenrecht). Voor de cbm-maatregelen en het levenstestament geldt dat hier meer aandacht voor is, maar niet specifiek ten aanzien van familiezorgsituaties. Gelet op het belang van familiezorg nu en in de toekomst, is het mogelijk dat deze juridische instrumenten in de toekomst aan belang gaan winnen. Om die reden is vervolgonderzoek naar een eventueel grotere rol van het privaatrecht in familiezorgsituaties essentieel. Een denkrichting voor de toekomst zou de rol zorgovereenkomsten kunnen zijn. In hoeverre bestaat er in Nederland bijvoorbeeld de behoefte aan de mogelijkheid om over zorg te contracteren binnen families en moet hiervoor een speciaal juridisch instrument in het leven worden geroepen om zo kind en ouder te beschermen? Kortom, op het gebied van privaatrecht en familiezorg valt nog veel te ontdekken.