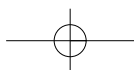
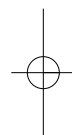
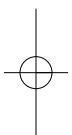
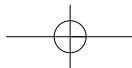
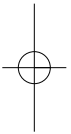


**Rechtspraak Personen- en familierecht,  
huwelijksvermogensrecht en erfrecht**





# **Rechtspraak Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht Vierde gewijzigde druk**

*Onder redactie van:*

prof.mr. W.G. Huijgen  
prof.mr. A.J.M. Nuytinck  
prof.mr. L.C.A. Verstappen  
prof.mr. S.F.M. Wortmann

Sdu Uitgevers  
Den Haag 2009

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice  
Postbus 20014  
2500 EA Den Haag  
tel.: 070 - 378 9880  
fax: 070 - 378 9783

© 2009 Sdu Uitgevers bv, Den Haag

Ontwerp omslag: Villa Y, Den Haag  
Vormgeving: Arts grafische vormgeving, Wijhe  
Opmaak binnenwerk: TypeFace, Lelystad

ISBN: 978 90 12 38183 3  
NUR: 822

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp ([www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro))). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

## Ten geleide

Deze uitgave maakt deel uit van de sinds 1992 bestaande Rechtspraakreeks (eerder Rechtspraak Handelsrecht en Rechtspraak Privaatrecht genoemd). Voor deze reeks uitgaven, die alle een deelgebied van het privaatrecht behandelen, is gekozen omdat voorheen (en ten aanzien van de nog te verschijnen uitgaven in de reeks ook tot nu toe) geen toereikende compilatie in boekvorm voorhanden was (respectievelijk is) van de relevante rechtspraak op de volgende deelgebieden (in alfabetische volgorde) arbeidsrecht, burgerlijk procesrecht, insolventierecht, intellectuele eigendom, personen- en familierecht incl. huwelijksvermogensrecht en erfrecht, vermogensrecht en verzekeringsrecht.

Rechtspraakbundels die het gehele privaatrecht of grote delen daarvan willen omvatten, zijn uit hun aard onvolledig omdat zij (moeten) volstaan met vermelding van de rechtspraak van de hoogste rechters en voorbij (moeten) gaan aan de – in voorkomende gevallen eveneens relevante – rechtspraak van lagere rechters. De gebruiker van een dergelijke bundel wordt daardoor onvolledig geïnformeerd. Bovendien schiet zo'n bundel zijn doel voorbij ingeval hij wordt geraadpleegd met het oog op slechts één van de deelgebieden. Het merendeel van de bundel laat de gebruiker dan links liggen.

Het voordeel van de gekozen opzet bij de Rechtspraakreeks is dat sprake is van (a) *deelbundels*, die zich alle richten op één deelgebied van het privaatrecht, zodat de gebruiker alleen de bundel van 'zijn' rechtsgebied hoeft te raadplegen en (b) *volledigheid*, d.w.z. dat, in voorkomende gevallen, ook relevante uitspraken van lagere rechters alsmede beslissingen van anderen dan de burgerlijke rechter zijn opgenomen. Deze volledigheid wordt nog bevorderd doordat vrijwel iedere uitspraak is voorzien van een bondig commentaar met veelal verwijzingen naar andere rechtspraak alsmede literatuur.

Alle deelbundels zijn onderwerpsgewijs (en, in voorkomende gevallen, tevens hoofdstuksgewijs) in rubrieken ingedeeld. De rubrieken worden door middel van sprekende kopregels aan de bovenzijde van iedere pagina aangeduid. De bundels zijn voorzien van een onderwerpsgewijze inhoudsopgave, een chronologisch, op (rechterlijke) instantie ingedeeld uitsprakenregister en een roepnamenregister. De opgenomen uitspraken zijn veelal niet integraal afgedrukt; meestal zijn slechts de van belang zijnde passages uit de beslissing(en), het cassatiemiddel, het verzoekschrift en/of de conclusie van de advocaat-generaal weergegeven.

---

### Ten geleide

---

De deelbundels zijn met name bestemd, en bij uitstek geschikt, voor het universitaire onderwijs: voor de docent én voor de gevorderde student die zich toelegt op de bestudering van het desbetreffende deelgebied van het privaatrecht. Zij zijn bovendien prima bruikbaar in het hoger beroepsonderwijs dat zich richt op de meer toegesneden juridische opleiding. Daarnaast bieden zij advocaten, bank- en bedrijfsjuristen, notarissen en anderen een compleet overzicht van rechtspraak en literatuur over onderwerpen, waarmee zij in de praktijk mogelijk vaak van doen hebben.

De samenstellers van de deelbundels zijn afkomstig uit verschillende disciplines: universiteiten, bedrijfsleven, overheid, advocatuur en notariaat. Zij hebben, elk vanuit de eigen achtergrond, inzicht en ervaring in het desbetreffende deelgebied. Door hun kennis te bundelen, kunnen deelbundels ontstaan die de deelgebieden in al hun facetten belichten. Niettemin geldt dat de samenstellers mensen zijn en dus niet volmaakt. Voor opmerkingen en/of suggesties met betrekking tot de opzet en/of inhoud van de deelbundels houden zij zich dan ook graag aanbevolen.

#### *kernredactie*

M.Ph. van Sint Truiden  
E.J. Arkenbout  
A.A.J. Wissink

## Woord vooraf

Deze bundel bevat jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht in ruime zin. Opgenomen is zowel de voornaamste jurisprudentie op het gebied van het eigenlijke personen- en familierecht als die op de nauw daarmee samenhangende vermogensrechtelijke deelgebieden, te weten het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht.

Wat de wetgeving betreft zoals die is neergelegd in Boek 1 BW (personen- en familierecht) en Boek 4 BW (erfrecht) valt op een belangrijk verschil te wijzen. Hoewel een nieuw Boek 1 BW in 1970 is ingevoerd, is deze wetgeving – mede door de invloed van de jurisprudentie van het EHRM – de laatste jaren sterk gewijzigd. Voor deze bundel heeft dat ertoe geleid dat vooral recente jurisprudentie op het gebied van het personen- en familierecht, inclusief het huwelijksvermogensrecht, is opgenomen, omdat rechtspraak van eerdere datum veelal achterhaald is.

Voor het erfrecht geldt eerder het omgekeerde. Hier is nog steeds het oude wettelijke erfrecht van toepassing, zodat relatief veel uitspraken van oudere datum zijn opgenomen. Aangezien inmiddels schot lijkt te zijn gekomen in een nieuw Boek 4 (erfrecht), wordt de gebruiker bij sommige belangrijke uitspraken in het commentaar erop gewezen hoe deze zich verhouden tot het nieuwe erfrecht.

In deze eerste druk is het commentaar – conform de redactionele formule van deze jurisprudentiebundel – in beginsel beperkt tot verwijzingen naar de voornaamste annotaties bij de desbetreffende uitspraak en eventueel relevante passages uit de handboeken op dat gebied.

Zowel wat rechtspraak als wat literatuur betreft moet erop worden gewezen dat deze in beginsel tot 1 januari 1999 is verwerkt.

Leiden/Rotterdam-Nijmegen/Groningen, maart 1999

*Redactie*

W.G. Huijgen  
A.J.M. Nuytinck  
L.C.A. Verstappen  
S.F.M. Wortmann

### Woord vooraf bij de tweede druk

De bundel rechtspraak inzake Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht blijkt in een aanzienlijke behoefte te voorzien. Mede daarom is de bundel geactualiseerd en zijn belangrijke recente beslissingen van de Hoge

### Woord vooraf

Raad respectievelijk van het Europees Hof voor de rechten van de mens op de diverse deelgebieden toegevoegd, terwijl enige door de rechtsontwikkeling achterhaalde beslissingen werden geschrapt. Hier en daar is het commentaar op de uitspraken iets uitgebreid.

Opmerking verdient dat ondanks de invoering van het nieuwe erfrecht per 1 januari 2003 de meeste bestaande jurisprudentie inzake het oude erfrecht relevant blijft. In dit onderdeel kon dan ook slechts een enkel ouder arrest uit de bundel verdwijnen.

De redactie hoopt dat de bundel zowel in onderwijs als praktijk zijn diensten zal bewijzen.

Leiden/Rotterdam-Nijmegen/Groningen, oktober 2002

*Redactie*

W.G. Huijgen  
A.J.M. Nuytinck  
L.C.A. Verstappen  
S.E.M. Wortmann

### Woord vooraf bij de derde druk

Deze bundel is wederom geheel geactualiseerd. Ten opzichte van de tweede druk is het aantal in de bundel opgenomen uitspraken gestegen van 158 naar 179, dus er zijn per saldo 21 uitspraken toegevoegd. Deze uitbreiding is helaas niet te vermijden, gelet op het aantal belangwekkende recente uitspraken op de diverse deelgebieden, maar de redactie doet er alles aan om de bundel niet al te zeer te laten uitdijen.

Ook nu spreekt de redactie weer de hoop uit dat de bundel zowel in het onderwijs als in de praktijk zijn diensten zal bewijzen.

Rechtspraak en literatuur zijn in beginsel tot 1 december 2005 verwerkt.

Leiden/Rotterdam-Nijmegen/Groningen, februari 2006

*Redactie*

W.G. Huijgen  
A.J.M. Nuytinck  
L.C.A. Verstappen  
S.E.M. Wortmann

### Woord vooraf bij de vierde druk

Nog steeds voorziet de rechtspraakbundel personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht in een aanzienlijke behoefte. Het was nodig de inhoud van deze bundel opnieuw te actualiseren. Dit heeft ertoe geleid dat 24 uitspraken van de Hoge Raad respectievelijk het Europese Hof voor de rech-



---

**Woord vooraf**

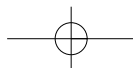
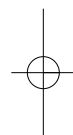
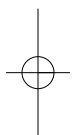
ten van de mens zijn toegevoegd, terwijl 19 andere uitspraken niet langer werden opgenomen, omdat zij niet meer relevant waren. Alle uitspraken zijn van enig commentaar voorzien.

De redactie spreekt opnieuw de hoop uit dat de bundel zowel in het onderwijs als in de praktijk van dienst zal kunnen zijn. De rechtspraak en de literatuur zijn in beginsel tot 1 april 2009 verwerkt.

Leiden/Rotterdam–Nijmegen/Groningen, april 2009

*Redactie*

W.G. Huijgen  
A.J.M. Nuytinck  
L.C.A. Verstappen  
S.F.M. Wortmann



## Inhoudsopgave

### Personen- en familierecht

#### *Woonplaats*

1. Hoge Raad, 14 januari 1977, *NJ* 1977, 613 (Begrip 'woonstede') / 1

#### *Burgerlijke stand*

2. Hoge Raad, 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 174 (Betekenis registers burgerlijke stand) / 3
3. Hoge Raad, 30 maart 2007, *NJ* 2007, 609 (Geboorteakte interseksuele of 'niet-geseksueerde' persoon) / 5

#### *Huwelijk*

4. Hoge Raad, 1 juli 1993, *NJ* 1994, 105 (Bigamie) / 11
5. Hoge Raad, 11 februari 2000, *NJ* 2000, 259 (Nietigverklaring huwelijk) / 12
6. Hoge Raad, 13 april 2007, *RvdW* 2007, 394 (Aruba en homohuwelijk) / 13

#### *Ontbinding van het huwelijk*

7. Hoge Raad, 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 395 (Pensioenverweer I) / 18
8. Hoge Raad, 20 oktober 1995, *NJ* 1997, 215 (Pensioenverweer II) / 20
9. Hoge Raad, 12 januari 1996, *NJ* 1996, 352 (Afstand van alimentatie) / 21
10. Hoge Raad, 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 395 (Pensioenverevening) / 23
11. Hoge Raad, 26 maart 1999, *NJ* 1999, 654 (Limitering alimentatie) / 25
12. Hoge Raad, 9 februari 2001, *NJ* 2001, 216 (Grondslag alimentatieverplichting) / 28
13. Hoge Raad, 3 juni 2005, *NJ* 2005, 381 (Samenleven met een ander als waren zij gehuwd I) / 31
14. Hoge Raad, 8 september 2006, *NJ* 2006, 491 (Beding van niet-wijziging) / 34
15. Hoge Raad, 4 mei 2007, *NJ* 2007, 405 (Kortdurend huwelijk) / 38
16. Hoge Raad, 28 maart 2008, *NJ* 2008, 190 (Samenleven met een ander als waren zij gehuwd II) / 40

#### *Afstamming*

17. Hoge Raad, 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 (Valkenhorst) / 42
18. Hoge Raad, 17 januari 1997, *NJ* 1997, 483 (Erfrechtelijke positie onwettig niet-erkend kind) / 45
19. Hoge Raad, 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 96 (Termijnoverschrijding) / 48
20. Hoge Raad, 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571 (Vervangende toestemming tot erkenning) / 51
21. Hoge Raad, 31 oktober 2003, *NJ* 2004, 315 (Ontkenning vaderschap door bijzondere curator namens minderjarige) / 53

### Inhoudsopgave

---

22. Hoge Raad 12 november 2004, *NJ* 2005, 248 (Vernietiging door verwekker van erkenning door niet-verwekker) / 56
23. Hoge Raad, 15 februari 2008, *NJ* 2008, 106 (Ontkenning vaderschap door vader) / 59

#### *Adoptie*

24. Hoge Raad, 30 juni 2000, *NJ* 2001, 103 (Leeftijdsverschil bij (stief-ouder)adoptie) / 62
25. Hoge Raad, 27 oktober 2000, *NJ* 2001, 104 (Misbruik van bevoegdheid ten aanzien van vetorecht bij stiefouderadoptie) / 63
26. Hoge Raad, 24 september 2004, *NJ* 2005, 16 (Verbod van grootouder-adoptie) / 66
27. Hoge Raad, 21 april 2006, *NJ* 2006, 584 (Afwijzing adoptie) / 68

#### *Minderjarigheid*

28. Hoge Raad, 13 maart 1987, *NJ* 1988, 190 (Onredelijk geachte weigering bij handlichting) / 72
29. Hoge Raad, 29 juni 2001, *NJ* 2001, 598 (Taak raad voor de kindbescherming) / 73
30. Hoge Raad, 4 februari 2005, *NJ* 2005, 422 (Benoeming bijzondere curator) / 75

#### *Het gezag over minderjarige kinderen*

31. Hoge Raad, 8 januari 1988, *NJ* 1988, 857 (Gezag vader of moeder?) / 78
32. Hoge Raad, 9 februari 1990, *NJ* 1990, 767 (Gezag opdragen aan derde na echtscheiding?) / 81
33. Hoge Raad, 3 november 2000, *NJ* 2001, 418 (Beroep pleegouders tegen beëindiging uithuisplaatsing) / 83
34. Hoge Raad, 13 april 2001, *NJ* 2002, 4 (Omgangsonderzoekstelling) / 86
35. Hoge Raad, 6 februari 2004, *NJ* 2004, 250 (Meer machtigingen tot uithuisplaatsing tegelijkertijd) / 88
36. Hoge Raad, 4 april 2008, *NJ* 2008, 494 (Ambtshalve wijziging gezamenlijk gezag op informeel verzoek kind) / 90
37. Hoge Raad, 4 april 2008, *NJ* 2008, 506 (Gedwongen ontheffing, ondanks duurzame bereidheid om kind elders te laten opvoeden) / 92

#### *Omgang en informatie*

38. Hoge Raad, 11 juni 1993, *NJ* 1993, 560 (Eisen te stellen aan verbreking 'family life') / 94
39. Hoge Raad, 22 december 1995, *NJ* 1996, 419 (Jeroen) / 96
40. Hoge Raad, 30 november 2007, *NJ* 2008, 310 (Family life: ook bij potentiële relatie tussen biologische vader en kind) / 99

#### *Curatele*

41. Hoge Raad, 28 maart 1980, *NJ* 1980, 378 (Curatele en echtscheiding) / 103
42. Hoge Raad, 28 januari 1994, *NJ* 1994, 687 (Conflict curandus/curator) / 106
43. Hoge Raad, 1 december 2000, *NJ* 2001, 390 (Twee curatoren) / 111

## Inhoudsopgave

### *Levensonderhoud*

44. Hoge Raad, 9 september 1983, *NJ* 1984, 535 (Alimentatie studerend kind) / 114
45. Hoge Raad, 22 april 1988, *NJ* 1989, 386 (Alimentatie vader/stiefvader) / 115
46. Hoge Raad, 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 324 (Psychische overmacht) / 116
47. Hoge Raad, 10 november 1989, *NJ* 1990, 523 (Alimentatie in natura) / 118
48. Hoge Raad, 1 december 1989, *NJ* 1990, 189 (Nihilbeding kinder-alimentatie) / 119
49. Hoge Raad, 26 april 1996, *NJ* 1997, 119 (Doorbreking gesloten stelsel alimentatieplichten) / 121
50. Hoge Raad, 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278 (Alimentatie ex-vriendin) / 123
51. Hoge Raad, 30 januari 2004, *NJ* 2004, 294 (Nihilstelling, geen beëindiging) / 127
52. Hoge Raad, 14 november 2008, *NJ* 2009, 52 (Alimentatie en schuldsanering) / 129
53. Hoge Raad, 19 december 2008, *NJ* 2009, 136 (Limitering alimentatie) / 130

### *Onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen*

54. Hoge Raad, 1 juli 1983, *NJ* 1984, 181 (Beschermingsbewind) / 134
55. Hoge Raad, 7 november 1986, *NJ* 1987, 526 (Bewind of curatele?) / 136

### *Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen*

56. Hoge Raad, 8 november 1996, *NJ* 1997, 471 (Benoeming mentor niet nodig) / 138

### *Internationaal familierecht*

57. Europees Hof voor de rechten van de mens, 13 juni 1979, A 31 (Marckx-arrest) / 140
58. Europees Hof voor de rechten van de mens, 28 november 1984, A 87 (Rasmussen) / 149
59. Europees Hof voor de rechten van de mens, 28 mei 1985, A 94 (Abdulaziz, Cabales en Balkandali) / 152
60. Europees Hof voor de rechten van de mens, 17 oktober 1986, A 106 (Rees) / 155
61. Europees Hof voor de rechten van de mens, 18 december 1986, A 112 (Johnston) / 158
62. Europees Hof voor de rechten van de mens, 8 juli 1987, A 121 (W. tegen V.K.) / 164
63. Europees Hof voor de rechten van de mens, 24 maart 1988, A 130 (Olsson I) / 169
64. Europees Hof voor de rechten van de mens, 21 juni 1988, A 138 (Berrehab) / 176
65. Europees Hof voor de rechten van de mens, 28 november 1988, A 144 (Nielsen) / 180
66. Europees Hof voor de rechten van de mens, 22 juni 1989, A 156 (Eriksson) / 183
67. Europees Hof voor de rechten van de mens, 7 juli 1989, A 160 (Gaskin) / 188
68. Europees Hof voor de rechten van de mens, 22 februari 1994, A 280-B (Burghartz) / 191

### Inhoudsopgave

---

69. Europees Hof voor de rechten van de mens, 26 mei 1994, A 290 (Keegan) / 195
70. Europees Hof voor de rechten van de mens, 27 oktober 1994, A 297-C (Kroon) / 198
71. Europees Hof voor de rechten van de mens, 24 februari 1995, A 307-B (McMichael) / 204
72. Europees Hof voor de rechten van de mens, 22 april 1997, NJ 1998, 235 (X, Y en Z tegen Verenigd Koninkrijk) / 210
73. Europees Hof voor de rechten van de mens, 25 januari 2000, NJ 2002, 239 (Ignaccolo-Zenide) / 218
74. Europees Hof voor de rechten van de mens, 17 december 2002, NJ 2004, 632 (Venema) / 225
75. Europees Hof voor de rechten van de mens, 13 februari 2003, NJ 2003, 587 (Odièvre) / 231
76. Europees Hof voor de rechten van de mens, 22 januari 2008, NJ 2008, 456 (E.B. tegen Frankrijk, Weigering toestemming tot eenpersoonsadoptie aan lesbische vrouw is discriminerend) / 236

### Huwelijksvermogensrecht

#### *Rechten en verplichtingen van echtgenoten*

77. Hoge Raad, 28 november 1975, NJ 1976, 466 (Maastrichtse woning I) / 242
78. Hoge Raad, 15 december 1978, NJ 1979, 427 (Maastrichtse woning II) / 243
79. Hoge Raad, 25 februari 1983, NJ 1983, 696 (Schaaphok/Schilder) / 245
80. Hoge Raad, 20 mei 1987, NJ 1988, 231 (Rechtsverwerking) / 246
81. Hoge Raad, 29 april 1994, NJ 1995, 561 (Ter Kuile/Kofman) / 248
82. Hoge Raad, 14 april 2000, NJ 2000, 689 (Soetelieve/Stienstra) / 250
83. Hoge Raad, 11 juli 2003, NJ 2004, 173 (Kelders/Fortis) / 252

#### *De wettelijke gemeenschap van goederen*

84. Hoge Raad (Derde Kamer), 17 maart 1971, NJ 1971, 136 (Boedelmenging is geen gift) / 254
85. Hoge Raad, 11 maart 1977, NJ 1978, 98 (Leegwaarde) / 256
86. Hoge Raad, 27 november 1981, NJ 1982, 503 (Boon/Van Loon) / 258
87. Hoge Raad, 27 mei 1983, NJ 1984, 146 (Bijstandsschuld) / 262
88. Hoge Raad, 12 juni 1987, NJ 1988, 39 (Holland/Beek) / 263
89. Hoge Raad, 23 december 1988, NJ 1989, 700 (Geen verrekening van invaliditeitspensioen) / 264
90. Hoge Raad, 7 december 1990, NJ 1991, 593 (Moordhuwelijk) / 266
91. Hoge Raad, 18 oktober 1991, NJ 1992, 421 (Schuld wegens verduisterde gelden) / 268
92. Hoge Raad, 25 juni 1993, NJ 1994, 31 (Draagplicht belastingschulden) / 269
93. Hoge Raad, 18 maart 1994, NJ 1995, 410 (Van Tholen/Nationale-Nederlanden) / 271
94. Hoge Raad, 24 oktober 1997, FJR 1997/295 (Vergoeding letselschade verknocht) / 273
95. Hoge Raad, 27 juni 2003, NJ 2003, 524 (Zweedse vrouw) / 275

## Inhoudsopgave

### *Huwelijksvoorwaarden*

96. Hoge Raad, 21 januari 1944, *NJ* 1944/45, 120 (Van de Water/  
Van Hemme) / 277
97. Hoge Raad, 2 april 1976, *NJ* 1976, 450 (Modehuis 'Nolly') / 279
98. Hoge Raad, 21 november 1980, *NJ* 1981, 193 (De uitsluitingsclausule  
dwingt) / 280
99. Hoge Raad, 11 april 1986, *NJ* 1986, 622 (Baartman/Huijbers) / 282
100. Hoge Raad, 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150 (Kriek/Smit) / 283
101. Hoge Raad, 4 december 1987, *NJ* 1988, 610 (De Helmondse  
Kledingbokser) / 286
102. Hoge Raad, 4 december 1987, *NJ* 1988, 678 (Bloemendaalse horeca) / 288
103. Hoge Raad, 25 november 1988, *NJ* 1989, 529 (Hilversumse horeca) / 289
104. Hoge Raad, 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Informatieplicht van  
notaris) / 290
105. Hoge Raad (Derde Kamer), 30 januari 1991, *NJ* 1992, 191 (Honorering  
huishoudelijke arbeid) / 292
106. Hoge Raad, 10 januari 1992, *NJ* 1992, 651 (Kriek/Smit à l'inverse) / 294
107. Hoge Raad, 15 mei 1992, *NJ* 1993, 486 (Reparatiehuwelijk) / 295
108. Hoge Raad, 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463 (Sonnevanck) / 297
109. Hoge Raad, 29 september 1995, *NJ* 1996, 88 (Melkquotum) / 299
110. Hoge Raad, 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 (Afrekening belegde  
besparingen I) / 300
111. Hoge Raad, 21 februari 1997, *NJ* 1998, 205 (Dozy-clausule) / 303
112. Hoge Raad, 28 maart 1997, *NJ* 1997, 581 (Afrekening belegde  
besparingen II) / 305
113. Hoge Raad, 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 383 (Afrekening belegde  
besparingen III) / 307
114. Hoge Raad, 23 juni 2000, *NJ* 2001, 347 (Redelijkheid van vervalbeding) / 309
115. Hoge Raad, 2 maart 2001, *NJ* 2001, 583 (Aannemersbedrijf) / 311
116. Hoge Raad, 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584 (Visserijbedrijf) / 314
117. Hoge Raad, 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 93 (Peildatum) / 315
118. Hoge Raad, 18 juni 2004, *NJ* 2004, 399 (Gedrag der echtgenoten) / 318
119. Hoge Raad, 1 oktober 2004, *NJ* 2005, 1 (Natuurlijke verbintenis) / 320
120. Hoge Raad, 9 september 2005, *AA* 2006, p. 46-51 (Vernietiging  
huwelijkse voorwaarden) / 322
121. Hoge Raad, 27 januari 2006, *NJ* 2008, 564 (Schwanen/Hundscheid II) / 324
122. Hoge Raad, 6 oktober 2006, *NJ* 2008, 565 (Inkomsten uit arbeid) / 326
123. Hoge Raad, 1 februari 2008, *NJ* 2008, 556 (Pseudo-gemeenschap) / 328
124. Hoge Raad, 25 april 2008, *NJ* 2008, 394 (Man vrouw maatschap) / 330

### *Echtscheiding*

125. Hoge Raad, 16 januari 1981, *NJ* 1981, 312 (Katwijkse boedelscheiding) / 333
126. Hoge Raad, 1 december 1989, *NJ* 1990, 189 (Nihilbeding kinder-  
alimentatie) / 334
127. Hoge Raad, 12 januari 1996, *NJ* 1996, 352 (Afstand van alimentatie) / 334
128. Hoge Raad, 19 januari 2007, *NJ* 2007, 62 (Samenloop met onrechtmatige  
daad) / 335

## Inhoudsopgave

---

### *Samenleving buiten huwelijk*

129. Hoge Raad, 8 juli 1985, NJ 1986, 358 (Samenleving schept géén maatschap) / 337
130. Hoge Raad, 9 januari 1987, NJ 1987, 927 (Samenwoning schept geen alimentatieplicht) / 338
131. Hoge Raad, 16 januari 1987, NJ 1987, 912 (Bruinsma/Smit) / 339

### **Erfrecht**

#### *Erfrechtelijke positie bij biologische afstamming*

132. Hoge Raad, 17 januari 1997, NJ 1997, 483 (Onwettig, niet erkend kind) / 341

#### *Rechtspositie erfgenaam*

133. Hoge Raad, 8 december 1972, NJ 1973, 496 (Erven Hoitsma) / 342
134. Hoge Raad, 16 april 1982, NJ 1982, 580 (Erven Sanders) / 345
135. Hoge Raad, 8 april 1983, NJ 1984, 159 (Van de Brandhof-Erven Mulder-I) / 347
136. Hoge Raad, 23 juni 1989, NJ 1989, 732 (Erven Gaasbeek) / 350
137. Hoge Raad, 2 december 1994, NJ 1995, 548 (Rekening en verantwoording over gevoerd beheer) / 354
138. Hoge Raad, 13 mei 2005, LJN: AS4167 (Rekening en verantwoording door gevolmachtigde?) / 358

#### *Natuurlijke verbintenis/andere wettelijke rechten*

139. Hoge Raad, 6 oktober 1995, NJ 1996, 105 (Omzetting natuurlijke verbintenis) / 362
140. Hoge Raad, 8 juni 2007, LJN: BA2507, NJ 2008, 220 (Verzorgingsvruchtgebruik) / 366

#### *Materiële kenmerken uiterste wil*

141. Hoge Raad, 3 april 1914, NJ 1914, 721 (Dubbele villa) / 369
142. Hoge Raad, 25 april 1929, NJ 1929, 1319 (Van Doveren) / 370
143. Hoge Raad, 25 oktober 1985, NJ 1986, 308 (Grafrecht) / 372

#### *Testamentaire voorwaarde en tweetrapsmakingen*

144. Hoge Raad, 21 juni 1929, NJ 1929, 1325 (Elisabeth) / 375
145. Hoge Raad, 16 januari 2004, LJN: AN8282, NJ 2004, 487 (Boerenplaatsje) / 377
146. Hoge Raad, 5 oktober 2007, LJN: BA6756, NJ 2008, 296 (Zaaksvervanging fidei commissaire goederen) / 384

#### *Uitleg testamenten*

147. Hoge Raad, 22 januari 1965, NJ 1966, 177 (Admiraal) / 389
148. Hoge Raad, 9 april 1965, NJ 1966, 178 (Van Es-Ponjee) / 392
149. Hoge Raad, 11 januari 1974, NJ 1974, 187 (Van Duin-Maria Leek) / 395
150. Hoge Raad, 16 december 1977, NJ 1978, 616, NJ 1992, 649 (Van der Wilt-Van Laar) / 398



### Inhoudsopgave

- 151. Hoge Raad (belastingkamer), 19 september 1990, *NJ* 1992, 649 (Legaat saldo bankrekening) / 401
- 152. Hoge Raad, 31 januari 1997, *NJ* 1998, 327 ('Mijn echtgenote ... alsmede haar twee zonen') / 404
- 153. Hoge Raad, 17 november 2000, *NJ* 2001, 349 (Uitsluitingsclausule) / 406
- 154. Hoge Raad, 3 december 2004, LJN: AR0196 (Uitleg erfstelling) / 408
- 155. Gerechtshof Den Bosch, 9 september 2002, LJN: AF0059 (Ik herroep ...) / 412

#### *Rechtskarakter legaat*

- 156. Hoge Raad, 17 januari 1964, *NJ* 1965, 126 (Schellens-Schellens-II) / 418
- 157. Hoge Raad, 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374 (Verhoeven-Peters) / 422
- 158. Hoge Raad, 4 maart 1987, *NJ* 1989, 223 (Legaat of uitvoering koop?) / 424

#### *Legaat en huwelijksgemeenschap*

- 159. Hoge Raad (belastingkamer), 23 april 1980, *NJ* 1980, 587 (Legaat vruchtgebruik) / 426
- 160. Hoge Raad, 26 november 1993, *NJ* 1994, 260 (Ortgies-Kaat) / 429

#### *Geclausuleerde making*

- 161. Hoge Raad, 11 mei 1984, *NJ* 1985, 527 (Vier huizen) / 432

#### *Legitieme portie*

- 162. Hoge Raad, 30 november 1945, *NJ* 1946, 62 (De Visser-Harms) / 434
- 163. Hoge Raad, 10 januari 1969, *NJ* 1970, 176 (Prof. Geyl) / 438
- 164. Hoge Raad, 12 mei 1972, *NJ* 1973, 53 (Meerzicht) / 440
- 165. Hoge Raad, 21 december 1973, *NJ* 1974, 308 (Prof. Mulder) / 447
- 166. Hoge Raad, 19 maart 1982, *NJ* 1983, 250 (Erven Bal) / 450
- 167. Hoge Raad, 4 november 1994, *NJ* 1996, 485 (Erven Oerlemans) / 453

#### *Gemeenschap en verdeling*

- 168. Hoge Raad, 9 mei 1980, *NJ* 1981, 283 (Van Bakel-Roymans) / 458
- 169. Hoge Raad, 10 januari 1986, *NJ* 1986, 342 (Waardering woning en bijstandswet) / 460
- 170. Hoge Raad, 4 maart 1987, *NJ* 1989, 224 (Verdeling of uitvoering koop?) / 462
- 171. Hoge Raad, 7 december 1990, *NJ* 1991, 593 (Moordhuwelijk) / 463
- 172. Hoge Raad, 18 maart 1994, *NJ* 1995, 410 (Van Tholen-Nationale-Nederlanden) / 464
- 173. Hoge Raad, 11 april 2003, LJN: AF3410 (Inbreng) / 464

#### *Executele*

- 174. Hoge Raad, 21 november 2008, LJN: BD5985, *NJ* 2009, 116 (Bevoegdheid executeur) / 472

#### *Schenking*

- 175. Hoge Raad, 26 maart 1965, *NJ* 1966, 328 (De Rooy-De Rooy) / 479
- 176. Hoge Raad, 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257 (Ontvanger-Pellicaan) / 482

---

**Inhoudsopgave**

---

177. Hoge Raad, 7 februari 1997, *NJ* 1997, 595 (Verblijfsbeding en legitieme) / 485  
178. Hoge Raad, 13 februari 2004, LJN: AN8172 (Meerwaardebeding) / 487

*Ouderlijke boedelverdeling*

179. Hoge Raad, 19 september 1969, *NJ* 1969, 402 (Makkumse obv) / 503  
180. Hoge Raad, 25 juli 1978, *NJ* 1979, 352 (Lijntje en Tanna) / 505  
181. Hoge Raad (belastingkamer), 5 juli 1982, *NJ* 1983, 685 (Overeenkomst erfgenamen en obv) / 508  
182. Hoge Raad, 9 september 1988, *NJ* 1989, 239 (Erven Van der Kammen) / 510  
183. Hoge Raad, 1 februari 1991, *NJ* 1992, 259 (Obv en bijstandswet) / 517  
184. Hoge Raad (belastingkamer), 17 januari 1996, VN 1996, 689 (Voorwaardelijke obv) / 521  
185. Hoge Raad, 10 mei 1996, *NJ* 1996, 692 (Obv tussen alle afstammelingen) / 523  
186. Hoge Raad, 30 juni 2000, *NJ* 2001, 389 (Bewijskracht verklaring van erfrecht) / 527

**Chronologisch register** / 531

**Roepnamenregister** / 535

## Personen- en familierecht – Woonplaats

<b>1</b>	<p><b>HOGE RAAD</b> 14 januari 1977</p> <p><b>Begrip ‘woonstede’</b></p>
----------	--

X, verzoeker tot cassatie.

Partij

Een ongehuwde zoon, geboren op 12 januari 1946, van X, welke laatste woont en ook heeft gewoond in een bepaald arrondissement, is sedert juni 1965, dus toen hij volgens het oude recht nog minderjarig was, opgenomen in een psychiatrisch centrum in een ander arrondissement dan dat waarin zijn vader woont, alwaar hij sindsdien onafgebroken is en wordt verpleegd. X heeft zich gewend tot de Rechtbank van zijn woonplaats met een verzoek tot ondercuratelestelling van zijn zoon. De Rechtbank heeft zich echter onbevoegd verklaard, omdat de inmiddels meerderjarige zoon een eigen woonplaats heeft in het arrondissement van het psychiatrisch centrum. In appel heeft het Hof deze beschikking bekrachtigd.

Feiten en verloop  
van de procedure

Overwegende omtrent het middel:

Hoge Raad

dat het middel blijkbaar uitgaat van de opvatting dat, wanneer een minderjarige meerderjarig wordt hij geacht moet worden de in art. 12, lid 1 van Boek I BW bedoelde woonplaats te behouden, tenzij sprake is van daden waaruit blijkt van de wil om die woonplaats prijs te geven;

dat deze opvatting niet als juist kan worden aanvaard;

dat, wanneer een minderjarige meerderjarig wordt, de afgeleide woonplaats een einde neemt en zijn woonplaats moet worden bepaald aan de hand van art. 10, lid 1;

dat het Hof, ervan uitgaande dat de zoon van verzoeker in juni 1965 in het Psychiatrische Centrum, (...) te A. is opgenomen en ‘aldaar sedertdien onafgebroken is en wordt verpleegd’, en sedert zijn meerderjarigheid niet heeft doen blijken van de wil zijn woonstede elders dan in de (...) te hebben, zonder miskenning van de in art. 10 lid 1 bedoelde maatstaven heeft kunnen oordelen dat hij hetzij geacht moet worden sedert zijn meerderjarigheid zijn woonstede aldaar te hebben gehad, hetzij – zo de rechtens relevante wil tot het hebben van een woonplaats (welke term het Hof kennelijk bezigt in de zin van ‘woonstede’ als bedoeld in art. 10 lid 1) bij hem sedert zijn meerderjarigheid bij voortdoring heeft ontbroken – ‘zonder woonplaats’ (lees: woonstede) is, doch alsdan zijn werkelijk verblijf in genoemde inrichting heeft;

dat het middel dus tevergeefs is voorgesteld;

Verwerpt het beroep.

## 1 Personen- en familierecht – Woonplaats

---

**Commentaar** De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1977, 613, m.nt. EAAL.  
Zij is vooral van belang voor de uitleg van het begrip 'woonstede' als bedoeld in art. 1:10 lid 1 BW.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 60; Pitlo-Van der Burght-Doek, *Personen- en familierecht*, nr. 41, alsmede Minkenhof, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, Familierecht', *WPNR* 5578 (1981), p. 694.

## Personen- en familierecht – Burgerlijke stand

2

**HOGE RAAD**

20 oktober 1995

**Betekenis registers burgerlijke stand**

W (de vrouw) en A (de man), verzoekers tot cassatie.

**Partijen**

In het onderhavige geval gaat het om de geboorteakte van een kind dat is geboren binnen 307 dagen na de ontbinding van het huwelijk van de vrouw. De vroegere echtgenoot van de vrouw is in deze geboorteakte als de wettige vader van het kind vermeld. Dit is in overeenstemming met art. 1:197, tweede zin (oud), welke bepaling inhield dat het kind dat vóór de 307de dag na de ontbinding van het huwelijk is geboren, de vroegere echtgenoot tot vader heeft, tenzij de moeder was hertrouwd. De vrouw heeft ontkend dat dit kind het kind van haar vroegere echtgenoot is, en een andere man heeft het kind als zijn kind erkend, dit alles overeenkomstig art. 1:198 lid 1 (oud). Thans verzoeken de vrouw en haar nieuwe partner de ambtenaar van de burgerlijke stand primair de geboorteakte van het kind te verwijderen en te vervangen door een akte waarin de nieuwe partner als vader wordt vermeld. Subsidiair verzoeken zij de ambtenaar van de burgerlijke stand een afschrift zo in te richten dat daaruit niet blijkt of valt af te leiden dat in de geboorteakte een ander dan de nieuwe partner als vader van het kind is vermeld. Ter ondersteuning van hun verzoeken beroepen de vrouw en haar nieuwe partner zich op art. 8 EVRM. De ambtenaar van de burgerlijke stand weigert gehoor te geven aan beide verzoeken, waarop belanghebbende partijen zich tot de rechter wenden.

**Feiten**

3.2. Het inrichten van openbare registers van de burgerlijke stand die dienen tot verzamelen en bewaren van akten waarin alle feiten die de persoonlijke staat rechtstreeks betreffen of daarin wijzigingen brengen, zodanig nauwkeurig en onpartijdig worden vastgelegd dat daaraan tegenover een ieder dwingend bewijs kan worden ontleend, dient ongetwijfeld één of meer van de doeleinden omschreven in het tweede lid van art. 8 EVRM. Evenmin valt te betwijfelen dat het daarbij gaat om gegevens die altijd van persoonlijke en soms bovendien van delicate aard zijn. Dit brengt, in verband met het eerste lid van evengenoemde verdragsbepaling, mee dat afweging nodig is tussen het belang van betrokkenen op bescherming van hun privé-leven – en, in het verlengde daarvan, van hun familie- of gezinsleven – en het belang verbonden aan de met het inrichten van de burgerlijke stand gediende doeleinden. Het maken van deze afweging is in beginsel voorbehouden aan de wetgever.

**Hoge Raad**

## 2 Personen- en familierecht – Burgerlijke stand

De wetgever is zich daarvan bewust geweest en heeft bij de Wet van 13 mei 1987, Stb. 246, juist ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen de openbaarheid van de registers van de burgerlijke stand op het stuk van geboorteakten aanzienlijk beperkt. In geboorteakten worden, zo werd toen ter toelichting aangetekend, 'de meest persoonlijke gegevens' opgenomen, waarbij de toelichting uitdrukkelijk het oog had op gegevens als 'onwettige geboorte, erkenning en wettiging'. De toen ter bescherming van het privé leven getroffen regeling komt erop neer dat van geboorteakten in beginsel slechts een zgn. beredeneerd *uittreksel* wordt afgegeven (toen: art. 1:28, tweede en derde lid, (oud) BW; thans: art. 1:23b BW) bij het opmaken waarvan eventuele kantmeldingen op de geboorteakte zoals die in het register zijn opgenomen (in de huidige terminologie: latere vermeldingen) wel in acht zijn genomen, maar niet als zodanig in het uittreksel worden vermeld. De via die kantmeldingen uit het register blijkende historische gang van zaken blijft aldus verborgen; slechts de actuele stand van zaken wordt geopenbaard. De historische gang van zaken blijkt wel uit een '*volledig afschrift*' (in de huidige terminologie: een afschrift) van de akte. Een dergelijk afschrift wordt echter slechts verstrekt aan wie heeft aangetoond dat hij behoort tot de eng te trekken kring van hen die daarbij een gerechtvaardigd belang hebben (toen: art. 1:28, tweede en vierde lid, (oud) BW; thans: art. 1:23b BW).

Bij het tot stand komen van de Wet van 14 oktober 1993, Stb. 555, heeft de wetgever deze afweging bevestigd en de regeling uitgebreid tot (na 1 januari 1995 opgemaakte) huwelijksakten en akten van overheden.

3.3. Er is geen grond welke afwijking van de aldus door de wetgever weloverwogen gemaakte en recentelijk bevestigde belangenafweging kan rechtvaardigen. Aangenomen moet dan ook worden dat de door verzoekers ingeroepen belangen door de wettelijke regeling zoveel als mogelijk worden beschermd, alsmede dat die belangen afwijking van die regeling niet kunnen wettigen. De wettelijke regeling laat tegemoetkoming aan hun wensen niet toe. Hun primaire verzoek strekt ertoe dat de geboorteakte van K. uit het register wordt verwijderd en door een nieuwe vervangen: dat is onverenigbaar met het stelsel van de wet dat beoogt vastlegging van de historische gang van zaken. Hun subsidiaire verzoek strekt ertoe die historische gang van zaken mede verborgen te houden voor hen die bij openbaring daarvan een gerechtvaardigd belang hebben, en ook dat is in strijd met het stelsel van de wet.

3.4. De slotsom kan geen andere zijn dan dat het middel moet falen omdat het Hof een juiste beslissing heeft gegeven.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwierpt het beroep.

### Commentaar

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1996, 174, m.nt. JdB.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 84, 700 en 722, alsmede Von Brucken Fock, '*Jurisprudentie*', *FJR* 1995, p. 253-254.

3

**HOGE RAAD**

30 maart 2007

(concl. A-G Wesseling-van Gent)

**Geboorteakte interseksuele of ‘niet-geseksueerde’ persoon**

Verzoeker, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
 de gemeente Enschede, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Verzoeker is in 1947 geboren. In de op 27 maart 1947 opgemaakte akte van geboorte is vermeld dat verzoeker een kind van het mannelijke geslacht is. Verzoeker is tot de overtuiging gekomen niet tot het mannelijk geslacht te behoren en heeft op latere leeftijd (in 1973) een geslachtsaanpassende operatie ondergaan. Verzoeker heeft vervolgens, tot de overtuiging gekomen evenmin tot het vrouwelijke geslacht te behoren, in 1989 andermaal een geslachtsaanpassende operatie ondergaan. Verzoeker is thans op grond van langdurige en consistente gevoelens en ervaringen tot de overtuiging gekomen ‘niet-geseksueerd’ te zijn. In 1978 en in 1989 is op verzoek van verzoeker door de rechter gelast de voornamen in de akte van geboorte te wijzigen.

**Feiten en verloop van de procedure**

Aan het verzoek te bepalen dat de geslachtsaanduiding in de geboorteakte wordt doorgehaald zonder dat in die akte een nieuwe geslachtsaanduiding wordt vermeld, heeft verzoeker primair ten grondslag gelegd dat sprake is van een mislag die op de voet van art. 1:24 BW voor verbetering in aanmerking komt. Indien dit verzoek onverenigbaar zou worden geacht met de systematiek van het BW, heeft verzoeker zich subsidiair beroepen op het met name door art. 8 EVRM gewaarborgde recht op respect voor het privéleven. De rechtbank en het hof hebben het verzoek van verzoeker niet toewijsbaar geacht.

3.3. Wat de primaire grondslag van het verzoek betreft, overwoog het hof in rov. 4.3 en 4.4 het volgende.

**Hoge Raad**

‘4.3. (...) Het eerste lid van artikel 1:24 Burgerlijk Wetboek voorziet in verbetering van een in de registers van de burgerlijke stand voorkomende akte die een mislag bevat. De omstandigheid dat verzoeker na een jarenlang proces van ervaring en bewustwording de overtuiging heeft gekregen noch tot het mannelijk noch tot het vrouwelijk geslacht te behoren, is geen grond om de vermelding in de geboorteakte als een mislag te beschouwen. De wetgever heeft voor gevallen van transseksualiteit in artikelen 1:28-28c Burgerlijk Wetboek een bijzondere voorziening getroffen, die de mogelijkheid van wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte niet verbindt aan een ten tijde van het opmaken van de geboorteakte begane mislag, doch aan een bij de betrokken persoon bestaande overtuiging en enige nadere voorwaarden. Voor het zich hier voordoende geval van ‘interseksualiteit’ in de zin van een seksuele identiteit die noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht behoort, kent de wet een dergelijke voorziening niet.

### 3 Personen- en familierecht – Burgerlijke stand

4.4. De (enkele) doorhaling van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte van verzoeker zou voorts leiden tot een uitkomst waarin het Burgerlijk Wetboek en het daarop gebaseerde Besluit Burgerlijke Stand 1994 niet voorzien en die ook met de aan die regelingen ten grondslag liggende systematiek in strijd is. Artikel 1:19d Burgerlijk Wetboek voorziet wel in de mogelijkheid dat in de geboorteakte wordt vermeld dat het geslacht van het kind niet is kunnen worden vastgesteld – welke vermelding in beginsel als een tijdelijke voorziening is bedoeld, zoals volgt uit het tweede en derde lid van genoemd artikel – maar niet in de mogelijkheid dat met betrekking tot het geslacht in het geheel niets wordt vermeld.

3.4.1. Onderdeel 2.1 van het middel – onderdeel 1 bevat slechts een inleiding – keert zich hiertegen met de klacht, kort samengevat, dat het hof heeft blijk gegeven van een te beperkte opvatting omtrent het begrip misslag in art. 1:24 BW. In onderdeel 2.2 wordt betoogd dat in het licht van art. 1:19d BW, anders dan het hof oordeelde, wel de mogelijkheid bestaat in een geval als het onderhavige met betrekking tot het geslacht in de geboorteakte niets te vermelden. Deze klachten, waaraan nog motiveringsklachten zijn verbonden, worden tevergeefs voorgesteld omdat het oordeel van het hof juist is.

3.4.2. Uit de gegevens vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.8 tot en met 2.27 blijkt het volgende.

De wettelijke regeling inzake de, verplichte, vermelding van het geslacht in de geboorteakte, gaat ervan uit dat bij de geboorte aan de hand van de uiterlijke geslachtskenmerken kan worden vastgesteld of het kind hetzij tot het mannelijke hetzij tot het vrouwelijke geslacht behoort, waarbij de ambtenaar van de burgerlijke stand zich kan baseren op de bij de aangifte van de geboorte over te leggen verklaring van een arts of een verloskundige. Het uitgangspunt van de wettelijke regeling dat in het eenmaal vastgestelde geslacht geen verandering komt, blijkt niet steeds met de werkelijkheid overeen te stemmen. In verband daarmee zijn enige wettelijke voorzieningen getroffen.

Voor gevallen van transseksualiteit, waarvoor blijkens de in de conclusie onder 2.18 en 2.19 vermelde rechtspraak de wettelijke regeling inzake misslagen in de geboorteakte geen oplossing biedt, is in art. 1:28 e.v. BW een bijzondere regeling opgenomen. Deze regeling is niet gebaseerd op toepassing van art. 1:24 BW, maar op de gedachte dat een wijziging van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte gerechtvaardigd is indien aan de bij deze regeling voorziene voorwaarden is voldaan. Daarbij is de overtuiging van de betrokkene tot het andere geslacht te behoren alléén niet voldoende geacht. Voor wijziging van de geslachtsaanduiding is immers tevens vereist dat de betrokkene, voor zover dit uit medisch en psychologisch oogpunt mogelijk en verantwoord is, lichamelijk aan het verlangde geslacht is aangepast.

Bij het ontwerpen van deze regeling heeft de wetgever tevens gevallen van interseksualiteit onder ogen gezien, waarbij de betrokkene geslachtelijke kenmerken van beide seksen bezit. Wanneer in dergelijke gevallen te eniger tijd blijkt dat de betrokkene tot een ander geslacht behoort dan het geslacht dat bij de geboorte in de geboorteakte is vermeld en waarvan de betrokkene toentertijd (naast die van het andere geslacht) de somatische geslachtskenmerken bezat, of wanneer de betrokkene voor een ander geslacht kiest, bestaat de mogelijkheid langs de weg van (thans) art. 1:24 BW om aanpassing van de registratie van het geslacht te



verzoeken op de grond dat sprake is van een mislag (Kamerstukken II, 1982-1983, 17 297, nr. 6, p. 1, 2).

Ten slotte is in art. 1:19d BW een regeling getroffen voor gevallen waarin bij de geboorte het geslacht van het kind niet met zekerheid is vast te stellen. Deze regeling voorziet erin dat, indien ook binnen drie maanden na de geboorte niet aan de hand van een medische verklaring het geslacht kan worden vastgesteld, het geslacht onvermeld blijft, met dien verstande dat in plaats van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte staat vermeld dat het geslacht niet is kunnen worden vastgesteld. Hierbij is overwogen dat in voorkomende gevallen in een later stadium de verbeteringsprocedure van art. 1:24 BW kan worden gevolgd teneinde alsnog het geslacht in de geboorteakte te doen opnemen.

3.4.3. De hiervoor vermelde regelingen strekken ertoe in gevallen waarin niet kan worden gezegd dat, beoordeeld naar de uiterlijke geslachtskenmerken ten tijde van de geboorte, in de geboorteakte een mislag is begaan, de registratie van het geslacht in de geboorteakte onder nadere voorwaarden te wijzigen in het geslacht waartoe de betrokkene volgens zijn overtuiging werkelijk behoort of is gaan behoren. Ook de in art. 1:19d BW geregelde procedure (en de hiervoor vermelde mogelijkheid van latere verbetering van de geboorteakte) strekt ertoe, zodra dit mogelijk is, in de geboorteakte het geslacht op te nemen waartoe de betrokkene medisch gezien of volgens zijn overtuiging behoort. Hiermee wordt beoogd de betrokkene in staat te stellen zich in de maatschappij zo goed mogelijk te ontplooiën, overeenkomstig de wijze waarop hij zich daarin, wat zijn geslacht betreft, presenteert. In zoverre wordt op het punt van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte, zij het onder zekere beperkingen die verband houden met de fysieke kenmerken van de betrokkene, tegemoetgekomen aan de overtuiging van de betrokkene omtrent zijn geslachtelijke identiteit. Steeds is daarbij evenwel het uitgangspunt dat de betrokkene zich, zoals in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is, hetzij als man hetzij als vrouw wil presenteren.

De mogelijkheid van het achterwege laten van een vermelding in de geboorteakte van hetzij het mannelijke hetzij het vrouwelijke geslacht (en het bieden van een keuzemogelijkheid aan de betrokkene) is bij de voorbereiding van de wettelijke regeling inzake transseksualiteit blijkens onderdeel 2.29 van de conclusie van de Advocaat-Generaal wel onder ogen gezien, maar op de daar vermelde gronden verworpen.

Uit het voorgaande moet worden afgeleid dat het begrip mislag in art. 1:24 BW een zekere ruimte laat voor een aanpassing van de geslachtsaanduiding in de geboorteakte overeenkomstig de overtuiging van de betrokkene omtrent diens geslachtelijke identiteit. Die ruimte is evenwel niet onbeperkt. In gevallen die niet worden voorzien in de hiervoor vermelde bijzondere wettelijke regelingen, ontbreekt die ruimte met name als de bij de betrokkene gegroeide overtuiging niet overeenstemt met diens fysieke geslachtskenmerken en als die overtuiging inhoudt dat de betrokkene noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht behoort.

3.4.4. Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat bij de huidige stand van de wetgeving het verzoek van verzoeker, dat berust op de na een jarenlang proces van ervaring en bewustwording verkregen overtuiging noch tot het mannelijke noch tot het vrouwelijke geslacht te behoren, niet kan worden toegewe-

### 3 Personen- en familierecht – Burgerlijke stand

zen. Dat volgens verzoeker in de geboorteakte het geslacht onjuist is vermeld, berust enkel op deze overtuiging en niet op een misslag zoals hiervoor bedoeld. De met bijzondere waarborgen omklede regeling inzake transseksualiteit komt, naar in cassatie niet wordt bestreden, bij het onderhavige verzoek niet aan de orde. De regeling van art. 1:19d BW, die is gebaseerd op onzekerheid in medische zin omtrent het belang van bij de betrokkene aanwezige geslachtskenmerken van beide seksen, leent zich niet voor overeenkomstige toepassing. Het verzoek van verzoeker is immers niet gegrond op het bestaan van onzekerheid in medische zin. Het voorgaande betekent niet dat die in een langdurig proces met grote persoonlijke offers verkregen overtuiging niet behoort te worden gerespecteerd, maar wel dat die overtuiging bij de huidige stand van de wetgeving niet kan leiden tot toewijzing van het verzoek tot het geheel achterwege laten in de geboorteakte van de vermelding van hetzij het mannelijke hetzij het vrouwelijke geslacht.

3.5.1. Wat de subsidiaire grondslag van het verzoek betreft, overwoog het hof het volgende.

‘4.6. Vervolgens is de vraag aan de orde of de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en in het bijzonder de erkenning in dat verdrag van het recht op privéleven meebrengt dat het verzoek niettemin moet worden toegewezen. Verzoeker heeft zich in dit verband beroepen op de beslissing van het Europees Hof van de Rechten van de Mens van 11 juli 2002 (appl. nr. 28957/95), inzake Christine Goodwin tegen het Verenigd Koninkrijk.

4.7. Verzoeker voert op zichzelf terecht aan dat reeds de enkele omstandigheid dat de vermelding in de geboorteakte niet in overeenstemming is met de bij verzoeker bestaande overtuiging noch tot het mannelijk noch tot het vrouwelijk geslacht te behoren, zodat die vermelding niet in overeenstemming is met die identiteit, mee kan brengen dat sprake is van een schending van het door artikel 8 van genoemd verdrag gewaarborgde recht. Voor zover de rechtbank met het slot van rechtsoverweging 14 van de bestreden beschikking bedoeld heeft dat dit anders is, is die overweging onjuist en komt verzoeker daartegen met recht op.

4.8. De genoemde beslissing van het Europees Hof van de Rechten van de Mens had betrekking op een geval van transseksualiteit. Uit de uitspraak blijkt dat voor de beslissing van het Europees Hof in de desbetreffende zaak dat inderdaad sprake was van een schending van genoemd artikel 8, met name bepalend zijn geweest (1) de omstandigheid ‘that transsexualism has wide international recognition as a medical condition for which treatment is provided in order to afford relief’ (rechtsoverweging 81) en (2) de zichtbaarheid van ‘a continuing international trend towards legal recognition’ van transseksualiteit (rechtsoverweging 84). Waar het in deze zaak om gaat is of ook voor gevallen van interseksualiteit in de onder 4.3 bedoelde zin geldt dat sprake is van kort gezegd brede internationale medische erkenning en een bestendige internationale trend van juridische erkenning. Wat betreft het eerste beroept verzoeker zich op diverse publicaties en op een rapportage van prof. dr. D.F. Swaab. Wat betreft het tweede beroept verzoeker zich met name op een rapport van de Human Rights Commission San Francisco en een uitspraak van het Constitutionele Hof van Colombia.

4.9. Het rapport van de Human Rights Commission San Francisco en de uitspraak van het Constitutionele Hof van Colombia hebben beide betrekking op de vraag op welke wijze ouders en medici behoren om te gaan met kinderen van

wie het geslacht onduidelijk is of van wie een of meer geslachtskenmerken niet overeenstemmen met wat bij het mannelijke respectievelijk het vrouwelijke geslacht gebruikelijk is. Aldus kunnen bedoeld rapport en bedoelde uitspraak niet bijdragen tot het oordeel dat sprake is van een 'a continuation international trend towards legal recognition' van interseksualiteit in de onder 4.3 bedoelde zin. Een dergelijke trend kan ook niet uit andere het hof bekende gegevens worden afgeleid. Uit een en ander volgt reeds dat geen grond bestaat om een schending van artikel 8 van de Europese Conventie te kunnen aannemen, zodat ook de subsidiaire grondslag van het verzoek niet tot toewijzing van dat verzoek kan leiden.'

3.5.2. De hiertegen gerichte klachten van de onderdelen 3 en 4 komen erop neer dat het hof heeft miskend dat de rechtspraak van het EHRM (met name het vermelde arrest inzake Christine Goodwin) meebrengt dat ook in deze zaak de weigering het verzoek van verzoeker in te willigen inbreuk maakt op het recht op juridische erkenning van de identiteit van verzoeker en derhalve een schending van art. 8 EVRM oplevert. Mede gelet op de brede medische erkenning van transseksualiteit en interseksualiteit en een bestendige internationale trend van juridische erkenning daarvan, rust op de Nederlandse overheden een positieve verplichting om te bewerkstelligen dat de vermelding in de geboorteakte in overeenstemming wordt gebracht met verzoekers identiteit. Gevallen van interseksualiteit zoals bij verzoeker moeten worden beoordeeld zoals gevallen van transseksualiteit. Voor zover het hof op grond van zijn uitleg van de aan het slot van rov. 4.8 bedoelde gedingstukken heeft geoordeeld dat gevallen van interseksualiteit anders kunnen worden beoordeeld dan gevallen van transseksualiteit, berust dat oordeel op een onbegrijpelijke uitleg van die stukken, aldus nog steeds de onderdelen.

3.5.3. Bij de beoordeling van deze klachten wordt vooropgesteld dat uit art. 8 EVRM een positieve verplichting kan voortvloeien de geslachtsaanduiding in de geboorteakte aan te passen aan het geslacht waartoe de betrokkene volgens diens vaste overtuiging behoort. Waar het gaat om gevallen van postoperatieve transseksuelen is in de in de conclusie van de Advocaat-Generaal vermelde, inmiddels vaste rechtspraak van het EHRM beslist dat een door art. 8 beschermde aanspraak bestaat op juridische erkenning van de geslachtswijziging, dat wil zeggen de wijziging van vrouwelijk in mannelijk en andersom, waardoor kan worden tegemoetgekomen aan het probleem dat het geregistreerde geslacht niet overeenstemt met het geslacht waaronder een persoon aan het maatschappelijk verkeer deelneemt. Wat verzoeker verlangt, is echter wezenlijk iets anders, namelijk het achterwege laten van enige geslachtsaanduiding op de grond dat alleen daardoor recht kan worden gedaan aan verzoekers werkelijke geslachtelijke identiteit, te weten die van 'niet-geseksueerdheid', het niet behoren tot het mannelijke en evenmin tot het vrouwelijke geslacht.

Tegen de achtergrond van de in onderdeel 2.49 van de conclusie van de Advocaat-Generaal vermelde rechtspraak van het EHRM (waaraan inmiddels kan worden toegevoegd het arrest van 28 november 2006, appl. nr. 42971/05, Wena en Anita Parry tegen het Verenigd Koninkrijk, LJN: AZ7797) moet worden aangenomen dat het binnen de aan de nationale staten gelaten 'margin of appreciation' ligt te beslissen of, en zo ja, op welke wijze de wettelijke regeling inzake de geslachtsaanduiding in de geboorteakte moet voorzien in de mogelijkheid de geslachtsaanduiding geheel achterwege te laten in gevallen van 'niet-geseksueerd-

### 3 Personen- en familierecht – Burgerlijke stand

heid'. Bij de beantwoording van de vraag of uit art. 8 EVRM een positieve verplichting voortvloeit tot het treffen van een dergelijke regeling of tot het toewijzen van het onderhavige verzoek, dient rekening te worden gehouden met een juist evenwicht tussen het algemeen belang en de belangen van het individu. In het onderhavige geval weegt het algemeen belang bij handhaving van de hiervoor in 3.4.2 en 3.4.3 beschreven wettelijke regeling inzake de geslachtsaanduiding in de geboorteakte, welke regeling is gebaseerd op de ook in de andere bij de Raad van Europa aangesloten staten algemeen aanvaarde opvatting dat personen hetzij tot het mannelijke hetzij tot het vrouwelijke geslacht behoren, zwaarder dan het belang van verzoeker bij juridische erkenning – door het achterwege laten van een geslachtsaanduiding in de geboorteakte – van de overtuiging noch tot het ene noch tot het andere geslacht te behoren. Hierbij is nog in aanmerking te nemen dat uit de door verzoeker overgelegde stukken weliswaar kan worden afgeleid dat geleidelijk meer aandacht wordt gegeven aan interseksualiteit, met name in gevallen waarin een persoon geslachtelijke kenmerken van beide seksen heeft, en daarmee samenhangende problemen van verschillende aard, maar niet dat sprake is van een (trend naar) juridische erkenning van een neutrale geslachtelijke identiteit in gevallen waarin personen ervan overtuigd zijn geraakt dat zij, ongeacht de bij hen aanwezige fysieke geslachtskenmerken, noch tot het vrouwelijke noch tot het mannelijke geslacht behoren.

Op het voorgaande stuiten de onderdelen 3 en 4 in hun geheel af.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

#### Commentaar

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2007, 609, m.nt. JdB, alsmede in *AA* 2007, p. 685-690, m.nt. AJMN.  
Zie Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 43.

## Personen- en familierecht – Huwelijk

<b>4</b>	<b>HOGE RAAD</b> 1 juli 1993
	<b>Bigamie</b>

B (de man) en F (de vrouw), eisers tot cassatie,

*tegen*

de Officier van Justitie bij de ArrondissementsRechtbank te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie.

**Partijen**

De man en de vrouw zijn op 1 oktober 1975 te 's-Gravenhage met elkaar in het huwelijk getreden. Op dat tijdstip was de man nog gehuwd met een andere vrouw; het betrokken huwelijk was op 20 april 1974 gesloten en is op 15 mei 1991 ontbonden door inschrijving van een desbetreffend echtscheidingsvonnis in de registers van de burgerlijke stand.

**Feiten en verloop van de procedure**

Voor zover in cassatie van belang, hebben de man en de vrouw, ten verweer tegen de door de officier van justitie op de voet van art. 1:69 lid 1 aanhef en onder d in verbinding met art. 1:33 BW tegen hen ingestelde vordering tot nietigverklaring van het tussen hen gesloten huwelijk, in hoger beroep aangevoerd, samengevat weergegeven, dat de officier van justitie geen reëel belang meer bij deze vordering heeft, nu als gevolg van de ontbinding, hangende het hoger beroep, van het vorenbedoelde huwelijk van de man met een andere vrouw, het huwelijksbeletsel op grond waarvan de Rechtbank de vordering had toegewezen, is weggenomen, zodat de grondslag aan de vordering is komen te ontvallen. Het Hof heeft dit betoog verworpen en het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd.

3.2. De middelen, die alle tegen dat oordeel opkomen, herhalen het hiervoor samengevatte betoog.

**Hoge Raad**

Dat betoog faalt echter. Het miskent de strekking van de voormelde wetsbepalingen, in onderlinge samenhang beschouwd, welke strekking het volgende inhoudt. De in art. 1:33 neergelegde regel volgens welke de man tegelijkertijd slechts met één vrouw, en de vrouw slechts met één man door het huwelijk verbonden kan zijn, is van openbare orde. Dit brengt mee dat een met veronachtzaming van deze regel gesloten huwelijk als zodanig in strijd is met de openbare orde en dat derhalve een huwelijk ten aanzien waarvan de rechter zodanige strijdigheid heeft vastgesteld, dient te worden nietigverklaard, ongeacht of het ten tijde van de huwelijksluiting bestaande eerdere huwelijk van een der echtelieden na die sluiting wordt ontbonden. Teneinde de officier van justitie, tot wiens taak de hand-

**5**                      **Personen- en familierecht – Huwelijk**

having van de openbare orde behoort, in staat te stellen op het onderhavige gebied deze taak te vervullen, kent art. 1:69 lid 1 aanhef en onder d hem de bevoegdheid toe de nietigverklaring te vorderen van met de openbare orde strijdige huwelijken als hier bedoeld.

Uit een en ander volgt dat ontbinding van het als huwelijksbeetsel fungerende eerdere huwelijk aan de door de officier van justitie op de voet van laatstgenoemde wetsbepaling ingestelde vordering grondslag noch belang doet ontval-  
len.

Voor zover het eerste middel het Hof verwijt niet gemotiveerd te hebben aangegeven waarom de na het vonnis van de Rechtbank tot stand gekomen ontbinding van het eerdere huwelijk van de man geen grond oplevert om anders te beslissen dan de Rechtbank had gedaan, mist het feitelijke grondslag, aangezien het Hof zodanige motivering niet achterwege heeft gelaten.

De middelen worden dus tevergeefs voorgesteld.

**4. Beslissing**

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de man en de vrouw in de kosten van het geding in cassatie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de officier van justitie begroot op f 407,20 aan verschotten en f 2.500,- voor salaris.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1994, 105, m.nt. WH-S.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 120 en 167.

<b>5</b>	<b>HOGE RAAD</b> 11 februari 2000
<b>Nietigverklaring huwelijk</b>	

**Partijen**

J.D., te Z., verzoeker tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerder,  
*tegen*  
S., te A., verweerster in cassatie, voorwaardelijk incidenteel verzoekster.

**Feiten**

1. J.P.W. D. (hierna: D.) is op 26 maart 1992, na ontbinding van zijn eerste huwelijk door het overlijden van zijn eerste echtgenote, op 98-jarige leeftijd gehuwd met S., die is geboren in 1944. Beide huwelijken zijn kinderloos gebleven.
2. D. en S. waren gehuwd onder huwelijkse voorwaarden. Op 26 of 27 maart 1992 heeft D. bij testament al zijn bestaande wilsbeschikkingen herroepen. Hij is overleden in 1994. S. is zijn enig erfgenaam.
3. D. had drie broers, die allen zijn overleden. Via twee van die broers had D. drie neven: P.D. te Woerden (die inmiddels is overleden), P.D. te 's-Gravenhage en verzoeker tot cassatie J.D.

In de onderhavige procedure verzoekt J.D. het tussen D. en S. gesloten huwelijk op grond van art. 1:69 lid 1 onder c BW te vernietigen, althans nietig te verklaren. De Rechtbank heeft hem in dit verzoek ontvankelijk verklaard. Het Hof heeft in hoger beroep die beschikking vernietigd en J.D. alsnog niet-ontvankelijk in zijn verzoek verklaard.

**Verloop van de procedure**

4.2. Het middel (in het incidentele beroep; toevoeging van mij, AJMN) stelt de vraag aan de orde of een (louter) erfrechtelijk belang een onmiddellijk rechtsbelang is in de zin van art. 1:69 lid 1, aanhef en sub c, BW. Die vraag moet bevestigend worden beantwoord. Art. 1:69 lid 1, aanhef en sub c, is ontleend aan art. 148 (oud) BW. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de eerstgemelde bepaling blijkt dat het de bedoeling is geweest dat met de term “een onmiddellijk rechtsbelang” tot uitdrukking wordt gebracht hetgeen met “een reeds verkregen en dadelijk belang” is bedoeld in art. 148 (oud) BW (Parl. Gesch. Boek 1, p. 213). De ontstaansgeschiedenis van deze laatste bepaling laat zien dat ook een erfrechtelijk belang onder dat belang begrepen wordt. Het middel faalt dus.

**Hoge Raad**

5. Beslissing

De Hoge Raad:

*In het principale beroep:*

vernietigt de beschikking van het Hof te Amsterdam van 26 november 1998; bekrachtigt de beschikking van de Rechtbank te Amsterdam van 28 januari 1998; (...);

*In het incidentele beroep:*

verwerpt het beroep;

(...).

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2000, 259.

Zie Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 66.

**Commentaar**

6

**HOGE RAAD**

13 april 2007

(concl. A-G Strikwerda)

**Aruba en homohuwelijk**

1. De ambtenaar van de burgerlijke stand van Aruba, en
2. het land Aruba, verzoekers tot cassatie,  
*tegen*
1. verweerster 1, en
2. verweerster 2, verweersters in cassatie.

**Partijen**

Verweersters, beiden vrouw, zijn in 1999 in Nederland op de voet van art. 1:80a BW een geregistreerd partnerschap aangegaan dat in 2001 met toepassing van

**Feiten**

**6**                      **Personen- en familierecht – Huwelijk**

art. 1:80g BW is omgezet in een huwelijk. Verweersters hebben, na vestiging in Aruba, onder meer verzocht om inschrijving in het bevolkingsregister als gehuwden. De ambtenaar van de burgerlijke stand en het bevolkingsregister hebben dit bij besluit van 19 juli 2004 geweigerd. Het door verweersters op de voet van de Landsverordening administratieve rechtspraak tegen die beslissing ingediende bezwaarschrift is niet-ontvankelijk verklaard. Daartegen is door verweersters geen beroep ingesteld.

**Verloop van de procedure**

Verweersters hebben zich vervolgens op de voet van art. 1:26 BWA gewend tot het gerecht in eerste aanleg van Aruba met het verzoek (onder meer) voor recht te verklaren dat de in Nederland met betrekking tot hun huwelijk opgemaakte huwelijksakte naar zijn aard vatbaar is voor opneming in een register van de burgerlijke stand.

Het gerecht heeft het verzoek van verweersters bij beschikking van 9 december 2004 toegewezen. In het daartegen door de ambtenaar van de burgerlijke stand en het Land ingestelde hoger beroep heeft het gemeenschappelijk hof van justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba die beschikking bevestigd. Daartoe heeft het hof, voor zover thans van belang en kort samengevat, het volgende overwogen.

Het gaat verweersters met hun op art. 1:26 BWA gebaseerde verzoek erom als gehuwd te worden ingeschreven in het bevolkingsregister van Aruba. Hun wens daartoe levert een 'gerechtvaardigd belang' op als bedoeld in art. 1:26 BWA (r.o. 6.1 en 6.2).

Dat, wegens het ontbreken van een met art. 1:25 BW overeenkomende bepaling in het BWA, een buitenlandse huwelijksakte niet kan worden ingeschreven in de Arubaanse registers van de burgerlijke stand, staat aan een declaratoir als bedoeld in art. 1:26 BWA niet in de weg, omdat dit kan worden gegeven met betrekking tot een in een buitenlandse akte geregistreerd rechtsfeit dat de persoonlijke staat betreft en daarom naar zijn aard in aanmerking komt voor opneming in een register van de burgerlijke stand.

Op grond van het bepaalde in art. 1:31 lid 1 BWA ('Een huwelijk wordt alleen aangegaan tussen een man en een vrouw ...') is het (absoluut) onmogelijk dat een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht wordt ingeschreven in een Arubaans register van de burgerlijke stand. Niettemin is de onderhavige Nederlandse huwelijksakte naar zijn aard vatbaar voor opneming in een register van de burgerlijke stand. De woorden in art. 1:26 lid 1 BWA 'naar zijn aard vatbaar voor opneming in een register van de burgerlijke stand' brengen namelijk niet mee dat een zgn. conflictenrechtelijke toets mag worden verricht. Er zijn verschillende gevallen waarin feiten betreffende de burgerlijke staat die in het buitenland hebben plaatsgevonden maar die het Arubaanse recht niet kent – zoals echtscheiding op een grond die het BWA niet kent, adoptie van een meerderjarige en de buitenlandse gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een in Aruba geboren kind – tot een toevoeging van een latere vermelding aan in de registers van de Arubaanse burgerlijke stand opgenomen akten leiden (r.o. 6.7, 6.9 en 6.10). Anders dan in internationale gevallen is er in interregionale gevallen binnen het Koninkrijk der Nederlanden ingevolge art. 40 van het Statuut evenmin ruimte voor een openbare orde-toets (r.o. 6.11).



3.3.1. De Hoge Raad vindt aanleiding eerst de onderdelen 2 en 3 van het middel te behandelen. Zij zijn namelijk van de verste strekking doordat zij de oordelen van het hof dat bij het geven van de in art. 1:26 BWA bedoelde verklaring voor recht ten aanzien van de Nederlandse huwelijksakte van verweersters noch een conflictenrechtelijke noch een openbare orde-toets mag worden uitgevoerd, als onjuist bestrijden.

Hoge Raad

3.3.2. Dienaangaande wordt het volgende vooropgesteld. Art. 40 van het Statuut voor het Koninkrijk geeft een voor alle delen van het Koninkrijk geldende regel van interregionaal privaatrecht ten aanzien van onder meer de vraag of en, zo ja, in hoeverre rechtskracht toekomt aan een binnen het Koninkrijk opgemaakte authentieke akte. Het artikel berust, voor zover in deze zaak van belang, op de gedachte dat het Koninkrijk wat betreft de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging van binnen het Koninkrijk verleden authentieke akten, als één rechtsgebied moet worden beschouwd. Het artikel brengt dan ook naar zijn strekking mee dat de rechtskracht van authentieke akten die in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba zijn verleden, in alle delen van het Koninkrijk gelijk is (vgl. HR 14 januari 1994, nr. 8220, NJ 1994, 403). Dit geldt niet alleen ten aanzien van de vatbaarheid voor tenuitvoerlegging en de bewijskracht, maar ook ten aanzien van de vatbaarheid voor inschrijving of vermelding van dergelijke akten en van de daarin neergelegde constatering en rechtsfeiten in de openbare registers, behoudens uitzonderingen bij de wet.

Een dergelijke uitzondering bevat art. 1:26 BWA evenwel niet. Dit betekent dat de rechter, geplaatst voor de vraag of en in hoeverre hij een op de voet van die bepaling verzochte verklaring voor recht dient te geven met betrekking tot een in een ander deel van het Koninkrijk tot stand gekomen authentieke akte, dient uit te gaan van de rechtskracht van de akte zonder dat daarbij plaats is voor voorafgaande erkenning. Daarom dient de rechter zich te onthouden van de aan een erkenning voorafgaande, in het internationaal privaatrecht gebruikelijke toetsing. Uiteraard geldt onverminderd zijn bevoegdheid om, indien daartoe aanleiding bestaat, een onderzoek te verrichten naar het authentieke karakter van de akte, nu art. 1:26 BWA (en BW) voor de verklaring voor recht als eis stelt dat de akte overeenkomstig de plaatselijke voorschriften door een bevoegde instantie is opgemaakt.

3.3.3. Het voorgaande brengt mee dat het hof terecht heeft geoordeeld dat ten aanzien van de huwelijksakte van verweersters noch een conflictenrechtelijke toets mag worden aangelegd noch toetsing aan de openbare orde mag worden verricht.

3.3.4. Aan het voorgaande kan niet afdoen dat, naar de Ambtenaar van de burgerlijke stand en het Land hebben beklemdoond, het huwelijk tussen personen van gelijk geslacht in de cultuur van Aruba en van de landen in de regio als strijdig met de goede zeden wordt verworpen. Het Statuut laat de afzonderlijke delen van Koninkrijk toe hun burgerlijk recht zelf vast te stellen. Het concordantiebeginsel dat in art. 39 van het Statuut uitdrukking heeft gevonden, brengt wel mee dat het burgerlijk recht zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze wordt geregeld, maar waar in een of meer delen van het Koninkrijk fundamenteel verschillende maatschappelijke opvattingen heersen aangaande een bepaald onderdeel van dat recht, zoals ten aanzien van de vraag of personen van hetzelfde geslacht met elkaar kunnen huwen, blijven de verschillende delen van het Konink-

## 6 Personen- en familierecht – Huwelijk

rijk bevoegd dat onderdeel van het recht in verschillende zin in hun wetgeving te regelen. In zoverre bestaat er ruimte voor, mede door de verschillende culturen in de Koninkrijksdelen ingegeven, verscheidenheid. Echter, het verband van het Koninkrijk, zoals dat in het Statuut vorm heeft gekregen, brengt óók mee dat alle delen van het Koninkrijk de gevolgen van die verscheidenheid dienen te aanvaarden, hetgeen, toegespitst op het onderhavige geval, betekent dat zij binnen hun eigen rechtsorde de rechtskracht en daarmee de rechtsgevolgen van elkaars rechterlijke uitspraken en authentieke akten moeten aanvaarden, ook indien die rechtsgevolgen niet aansluiten bij de plaatselijke opvattingen. Op dit punt laat het Statuut met art. 40 geen ruimte.

3.3.5. Op grond van het voorgaande falen de onderdelen 2 en 3.

3.4.1. Onderdeel 1 bevat klachten in de onderdelen 1.5-1.6 en 1.9-1.12. Daar wordt, kort en zakelijk samengevat, het volgende betoogd. Het hof heeft miskend dat, omdat, anders dan in Nederland, in Aruba een huwelijk tussen personen van gelijk geslacht niet kan worden gesloten (art. 1:31 lid 1 BWA) en Aruba en Nederland dus een verschillende inhoud aan het begrip huwelijk toekennen en er op dit punt geen concordantie meer bestaat tussen beide landen, een akte van een dergelijk huwelijk niet vatbaar is voor opneming in het Arubaanse register van huwelijken (onderdelen 1.5-1.6). Voorts heeft het hof miskend dat de Nederlandse huwelijksakte niet vatbaar is voor opneming in een Arubaans register van de burgerlijke stand omdat deze niet kan worden ingeschreven in de Arubaanse registers van de burgerlijke stand, nu voor de inschrijving van buiten Aruba tot stand gekomen authentieke akten een met art. 1:25 e.v. BW overeenkomende regeling in het BWA ontbreekt. Art. 1:26 BWA is daarom een dode letter voor Nederlandse akten. Bovendien is de huwelijksakte van verweersters al ingeschreven, namelijk in het huwelijksregister in Den Haag. Het verzochte declaratoir is reeds daarom niet toewijsbaar (onderdelen 1.9-1.10 en 1.12). Anders dan het hof oordeelt, betreft het declaratoir op de voet van art. 1:26 BWA niet het constateren van rechtsfeiten die leiden tot vermelding daarvan in de registers van de burgerlijke stand, maar de opneming van een buitenlandse akte of rechterlijke uitspraak in de registers van de burgerlijke stand. Het hof onderscheidt bovendien niet deze registers van het bevolkingsregister, welke registraties van volstrekt verschillende aard zijn, ieder met eigen procedures. Het hof heeft in rov. 6.2 miskend dat de procedure van art. 1:26 BWA niet is bestemd om verweersters in staat te stellen met het declaratoir in de hand aantekening van het feit van haar huwelijk in het bevolkingsregister te verlangen (onderdeel 1.11).

3.4.2. De klachten van het onderdeel falen alle op grond van het volgende.

Uit de door het hof in rov. 5.4 geciteerde memorie van toelichting op art. 1:26 BWA alsmede uit de memorie van toelichting (Kamerstukken II, 1990/91, 21 847, nr. 3, onder 11) op het corresponderende en gelijklopende art. 1:26 BW, blijkt dat de regeling waartoe die bepaling behoort ertoe strekt dat jegens iedereen de geldigheid kan worden vastgesteld van feiten betreffende de burgerlijke staat die in buitenlandse akten of rechterlijke uitspraken zijn neergelegd. Dit wordt in art. 1:26 BWA aldus tot uitdrukking gebracht dat de in die bepaling bedoelde verklaring voor recht ertoe strekt vast te stellen dat een buitenlandse akte of uitspraak naar zijn aard vatbaar is voor opneming in een register van de burgerlijke stand. Anders dan het onderdeel betoogt, spreekt art. 1:26 BWA niet

van een Arubaans register van de burgerlijke stand. Daarmee neemt de bepaling weliswaar als uitgangspunt, dat de in de verklaring voor recht besloten liggende vaststelling van de geldigheid van het in de desbetreffende akte of uitspraak neergelegde rechtsfeit ertoe leidt dat dit rechtsfeit op de door de wet voorgeschreven wijze – bijvoorbeeld door de toevoeging van een latere vermelding of door inschrijving van de akte – in het desbetreffende register van de burgerlijke stand wordt opgenomen. Echter tevens blijkt uit de bepaling zelf dat die opneming geen noodzakelijke voorwaarde is voor de rechtskracht van de verklaring voor recht. Art. 1:26 BWA laat immers de verklaring voor recht toe ten aanzien van buitenlandse akten en dus van akten die, bij gebreke van een met art. 1:25 e.v. BW overeenkomende regeling in het BWA, niet in een Arubaans register van de burgerlijke stand kunnen worden ingeschreven. In dit verband kan ook worden gewezen op art. 1:26a BWA (en BW) dat de mogelijkheid openlaat dat de rechter op verzoek of ambtshalve bij de verklaring voor recht tevens de toevoeging van een latere vermelding op grond van art. 1:24 lid 1 BWA (en BW) aan een in de registers van de burgerlijke stand voorkomende akte gelast. Dit onderstreept eveneens dat de verklaring voor recht op zichzelf staat ten opzichte van de daadwerkelijke vermelding in een register van de burgerlijke stand van het feit waarop de verklaring betrekking heeft. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat aan toewijzing van het verzoek tot de bedoelde verklaring voor recht niet in de weg staat dat in het onderhavige geval de Nederlandse huwelijksakte van verweersters, bij gebreke van een daartoe strekkende regeling in het BWA, niet kan worden ingeschreven in het Arubaanse register van huwelijken.

Dat die huwelijksakte is ingeschreven in het register van huwelijken te 's-Gravenhage is evenmin een belemmering voor toewijsbaarheid van de verklaring voor recht, omdat, zoals hiervoor is gebleken, de strekking van de regeling van art. 1:26 BWA niet is de daadwerkelijke opneming van het desbetreffende feit in een register van de burgerlijke stand te bewerkstelligen, maar de vaststelling te verkrijgen van de geldigheid van dat rechtsfeit jegens een ieder.

Daarom ook, ten slotte, heeft het hof in rov. 6.2 de strekking van de procedure op grond van art. 1:26 BWA niet miskend door te oordelen dat de wens van verweersters om als gehuwd te worden ingeschreven in het bevolkingsregister van Aruba een 'gerechtvaardigd belang' oplevert als bedoeld in die bepaling. Op grond van de verklaring voor recht die jegens een ieder werkt, kunnen zij immers alsnog verlangen dat in het bevolkingsregister van Aruba vermelding plaatsvindt van het feit waarop die verklaring betrekking heeft, te weten dat zij gehuwd zijn.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Ambtenaar van de burgerlijke stand en het Land in de kosten van het geding in cassatie.

De uitspraak is gepubliceerd in *RvdW* 2007, 394, alsmede in *AA* 2007, p. 696-701, m.nt. MVP.

Zie Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 46.

Commentaar

## Personen- en familierecht – Ontbinding van het huwelijk

**7** HOGE RAAD  
5 oktober 1990  
**Pensioenverweer I**

**Partijen** V (de vrouw), eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
R (de man), verweerder in cassatie.

**Feiten** Tussen partijen staan de volgende feiten vast:

- in 1948 zijn partijen te Djakarta (Indonesië) met elkaar gehuwd;
- in 1978 heeft de man de echtelijke woning verlaten;
- bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis van Rechtbank 's-Gravenhage 21 februari 1980 zijn partijen gescheiden van tafel en bed;
- bij inleidende dagvaarding van 2 juni 1983 heeft de man onder meer gevorderd ontbinding van het huwelijk en scheiding en deling van de door de scheiding van tafel en bed ontbonden huwelijksgoederengemeenschap;
- de vrouw heeft zich tegen de gevorderde ontbinding van het huwelijk verweerd met het zogenaamde pensioenverweer van art. 1:180 en in reconventie voorwaardelijk een alimentatie gevorderd van de man;
- bij vooroverlijden van de man zal de vrouw aanspraak kunnen maken op een ABP (Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds)-pensioen van netto *f* 1579,47 (bruto *f* 1796,97) per maand inclusief AWW/AOW en op een SAIP (Stichting Administratie Indonesische Pensioenen)-pensioen van netto *f* 1300,01 per maand;
- de man heeft een bruto ABP-pensioen inclusief AOW van *f* 28.411,08 per jaar en een bruto SAIP-pensioen van *f* 22.436,88 per jaar;
- de vrouw heeft geen eigen inkomsten buiten de alimentatie van de man.

**Hoge Raad** *3. Beoordeling van het middel*

3.1. Tegen de door de man ingestelde vordering tot ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, heeft de vrouw zich verweerd met het 'pensioenverweer' van art. 1:180 BW en voorts heeft zij in reconventie voorwaardelijk alimentatie van de man gevorderd. Deze beide kwesties zijn in hoger beroep door haar grieven opnieuw aan de orde gesteld.

Het Hof is uitgegaan van zijn vaststelling dat geen appel is ingesteld tegen de bij het eindvonnis van de Rechtbank bevolen scheiding en deling van de gemeenschap van goederen die door de scheiding van tafel en bed is ontbonden, en dat in die gemeenschap in ieder geval vallen de door de vrouw bewoonde woning, de

inboedel van die woning en de juwelen van de vrouw (r.o. 7 en 8 van het tussenarrest).

Vervolgens heeft het Hof vastgesteld dat de man als voorziening voor het bij de ontbinding van het huwelijk voor de vrouw verloren gaan van het SAIP (Stichting Administratie Indonesische Pensioenen) pensioen, een 'bindend aanbod' heeft gedaan om bij de te effectueren (gedeeltelijke) scheiding en deling van de gemeenschap van goederen aan de vrouw eerdergenoemde goederen toe te delen onder afstanddoening van zijn aanspraken wegens overbedeling ter zake, aan welk aanbod blijkt het eindarrest van het hof, nog is toegevoegd dat voor zover er nog gemeenschapsschulden zouden blijken te bestaan van voor 27 januari 1978 (het tijdstip waarop de man de echtelijke woning verliet), de man die voor zijn rekening zou nemen, met vrijwaring van de vrouw ter zake.

Op grond van zijn oordeel dat deze voorziening gelet op de omstandigheden van het geval ten opzichte van beide partijen billijk is, heeft het Hof daarop het verweer van de vrouw ex art. 180 verworpen (r.o. 7 van het eindarrest).

Wat de alimentatie betreft, heeft het Hof geoordeeld dat de vrouw uit hoofde van de alimentatiebeslissing van de Rechtbank, die door de man wordt nagekomen, te zamen met haar AOW pensioen als alleenstaande genoegzame inkomsten heeft om in haar levensonderhoud te voorzien en op die grond haar grief tegen de alimentatiebeslissing verworpen en die beslissing bekrachtigd, zij het dat het Hof de door de man blijvend te betalen lasten opnieuw heeft gepreciseerd (r.o. 11 en 12 van het eindarrest).

3.2. De klachten van het middel betreffen alle de overweging van het Hof in zijn eindarrest (r.o. 14) dat de (in hoger beroep alsnog door de vrouw opgeworpen) vraag in hoeverre de vrouw nog recht heeft op andere dan de eerdergenoemde aktiva van de gemeenschap of op een pensioenverrekening als bedoeld in HR 27 november 1981, *NJ* 1982, 503, in deze procedure verder onbesproken kan blijven, 'als zijnde een kwestie die de boedelscheiding betreft'.

Het middel strekt ten betoge dat het Hof noch over de door de man aangeboden voorziening noch over de door de man te betalen alimentatie had mogen oordelen zonder daarbij de pensioenverrekening te betrekken. Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Het is aan het beleid van de rechter overgelaten of en in hoeverre deze bij de beslissingen die hij neemt in het kader van een procedure tot echtscheiding of ontbinding van het huwelijk of tot scheiding van tafel en bed met betrekking tot de toekomstige alimentatie of voorzieningen ten aanzien van de kinderen, alsmede bij de beoordeling van een aangeboden voorziening als bedoeld in art. 180 lid 1, reeds rekening houdt met financiële consequenties van de scheiding en deling van een huwelijksgoederengemeenschap. Het verzorgingsaspect van het pensioen doet daar niet aan af; wel is in dat verband van belang dat indien tengevolge van de scheiding en deling (en een eventuele pensioenverrekening) de draagkracht van de een of de behoefte van de ander zich wijzigt, zulks reden kan zijn om alsnog een eerder vastgestelde alimentatie te wijzigen.

Het middel faalt derhalve.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

compenseert de kosten van het geding in cassatie in dier voege dat iedere partij de eigen kosten draagt.

**8** Personen- en familierecht – Ontbinding van het huwelijk

**Commentaar** De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1991, 395, m.nt. EAAL.  
 Naar aanleiding van r.o. 3.2 van het arrest van de Hoge Raad verdient nog opmerking dat sinds 1 mei 1995, toen de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (Wet van 28 april 1994, *Stb.* 342) in werking trad, in beginsel pensioenverevening plaatsvindt ongeacht het huwelijksvermogensregime en uitsluitend over de huwelijkse periode (art. 1:155 BW jis. art. 2 en 3 Wvps). Dit geldt niet alleen voor (ex-)echtgenoten, maar sinds 1 januari 1998 ook voor ex-partners (art. 1:80d lid 2 en 80e lid 1 jo. art. 1:155 BW). Voorts is van belang dat de (echt)scheidingsprocedure met ingang van 1 januari 1993, toen de Wet van 1 juli 1992, *Stb.* 373, tot herziening van het scheidingsprocesrecht in werking trad, een verzoekschriftprocedure is geworden.  
 Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 200, 308, 611, 612 en 636.

<b>8</b>	<b>HOGE RAAD</b> 20 oktober 1995
<b>Pensioenverweer II</b>	

**Partijen** S., te G., verzoekster tot cassatie (de vrouw),  
*tegen*  
 D., te W., verweerder in cassatie (de man).

**Feiten en verloop van de procedure** Bij beschikking van 13 juli 1994 heeft de Rechtbank de echtscheiding tussen partijen uitgesproken. Nadat de vrouw zich aanvankelijk ten aanzien van het verzoek van de man de echtscheiding uit te spreken aan het oordeel van de Rechtbank had gerefereerd, heeft zij zich nadien tegen dat verzoek verweerd op de grond dat door de echtscheiding haar vooruitzicht op pensioen verloren zou gaan, zodat de echtscheiding niet zou moeten worden uitgesproken voordat daaromtrent een voorziening is getroffen. De Rechtbank heeft dit verweer verworpen, op de grond dat de bestaande vooruitzichten van de vrouw als gevolg van de echtscheiding geen wijziging ondergaan, en er geen aanleiding bestaat te anticiperen op de Wet verevening pensioenrechten, welke wet uitdrukkelijk niet van toepassing is verklaard op echtscheidingen die zijn tot stand gekomen vóór de inwerkingtreding van die wet. Ook het Hof heeft het verweer verworpen. Hiertegen richt zich het middel.

**Hoge Raad** 4.2. Het middel berust in zijn onderscheiden onderdelen op de opvatting dat art. 1:153 mede betrekking heeft op uitkeringen uit het ouderdomspensioen van de man. Deze opvatting vindt evenwel geen steun in het recht. Met art. 1:153 heeft de wetgever, zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot de Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 290, een voorziening willen treffen omdat “met name de vrouw het ernstige risico loopt bij vooroverlijden van de man slecht verzorgd achter te blijven. De alimentatie houdt dan op, en een pensioen-voorziening of levensverzekering is veelal zo geregeld dat weduweuitkeringen

slechts ten goede komen aan de vrouw met wie de man op het ogenblik van overlijden was gehuwd” (Kamerstukken II 1968/69, 10 213, nr. 3, p. 18). Dienovereenkomstig spreekt art. 1:153 (in de tekst, zoals gewijzigd bij de Wet van 1 juli 1992, *Stb.* 373) van een “vooruitzicht op uitkeringen aan de andere echtgenoot na vooroverlijden van de echtgenoot die het verzoek heeft gedaan”. Deze bepaling heeft derhalve slechts betrekking op uitkeringen uit hoofde van een weduwenpensioen en daarmee vergelijkbare uitkeringen, zoals die krachtens een levensverzekering (vgl. HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 37).

Anders dan het middel wil, levert de totstandkoming van de Wet verevening pensioenrechten geen grond op het toepassingsgebied van deze bepaling uit te breiden tot uitkeringen uit hoofde van een ouderdomspensioen. Toepasselijkheid van art. 1:153 op dergelijke uitkeringen zou meebrengen dat de echtscheiding slechts zou kunnen worden uitgesproken, indien daaromtrent een ten opzichte van beide echtgenoten billijke voorziening is getroffen, zodat dan in een geval als het onderhavige een praktisch resultaat zou worden bereikt dat niet strookt met de uitdrukkelijke keuze van de wetgever in art. 12 lid 1 van de Wet verevening pensioenrechten, volgens welke bepaling geen aanspraak op verevening van pensioenrechten krachtens die wet bestaat, indien de echtscheiding is tot stand gekomen vóór de inwerkingtreding van de wet.

Het middel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

#### 5. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1997, 215, m.nt. WMK.

Zie Van Mourik-Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, nr. 13.6.3 en 18.3.1.

Commentaar

9

HOGE RAAD

12 januari 1996

Afstand van alimentatie

B (de man), verzoeker tot cassatie,

tegen

L (de vrouw), verweerster in cassatie.

Partijen

Tussen partijen staan de volgende feiten vast:

- zij zijn op 28 april 1983 met elkaar gehuwd, beiden in tweede echt;
- zij zijn bij notariële akte van 27 april 1983 huwelijkse voorwaarden overeengekomen, waarbij iedere vermogensrechtelijke gemeenschap is uitgesloten;

Feiten

## 9 Personen- en familierecht – Ontbinding van het huwelijk

- de akte houdende huwelijkse voorwaarden behelst voorts de volgende passage: ‘De komparanten verklaarden tenslotte nog tot uitdrukking te willen brengen bij gebreke aan de mogelijkheid gezien het bepaalde in art. 158 Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek om daarover rechtsgeldig te contracteren, dat zij, ingeval hun voorgenomen huwelijk door echtscheiding of door ontbinding na scheiding van tafel en bed mocht worden ontbonden, elkaar niet wensen te houden aan een eventuele aanspraak op uitkering van levensonderhoud.’;
- de vrouw is tot 1990 parttime als administratief medewerkster werkzaam geweest en eind 1990 in verband met reorganisatie ontslagen; zij stond sedertdien als werkzoekende bij het arbeidsbureau ingeschreven en heeft een uitkering genoten tot eind 1992.

### Verloop van de procedure

In dit geding heeft de Rechtbank tussen partijen echtscheiding uitgesproken. In het kader van de vordering tot levensonderhoud heeft de man voor de Rechtbank en voor het Hof betoogd dat de vrouw ingevolge verklaring in de akte van huwelijkse voorwaarden geen aanspraak heeft op een uitkering tot levensonderhoud. Het Hof heeft, evenals de Rechtbank, het beroep van de man op die verklaring verworpen en de man veroordeeld om in de kosten van levensonderhoud van de vrouw bij te dragen.

### Hoge Raad

3.3. Middel I komt tevergeefs op tegen 's hofs oordeel (r.o. 4.1) dat de vraag of het bepaalde in art. 1:158 BW zich ook uitstrekt tot vóór het huwelijk tussen aanstaande echtgenoten gesloten overeenkomsten inzake levensonderhoud na echtscheiding, ontkenkend moet worden beantwoord.

Het Hof heeft terecht verwezen naar HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 363. Er is geen reden om van het in dat arrest gegeven oordeel terug te komen. Evenzeer met juistheid heeft het Hof geoordeeld dat de door de Hoge Raad bij genoemd arrest aan art. 1:158 gegeven uitleg en de huidige tekst van dit artikel geenszins in strijd zijn met het bepaalde in art. 8 lid 1 EVRM.

3.4. Middel II klaagt dat het Hof in zijn r.o. 4.3.1 ten onrechte overweegt dat het verzoek tot echtscheiding is ingediend op 11 januari 1992, nu de datum van indiening daarvan is: 11 januari 1994. Het gevolg daarvan zou volgens het middel zijn dat het Hof de mogelijkheid voor de vrouw om zelf in haar levensonderhoud te voorzien niet heeft beoordeeld naar de situatie op 11 januari 1994.

Ook dit middel faalt, aangezien het hier gaat om een kennelijke vergissing, die 's hofs beslissing niet heeft beïnvloed.

### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

### Commentaar

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1996, 352.

Een soortgelijke beslissing met betrekking tot art. 1:158 BW, dat is te beschouwen als een uitzondering op art. 1:400 lid 2 BW, is gegeven door HR 7 maart 1980, *NJ* 1980, 363, m.nt. EAAL.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 639, Pitlo-Van der Burgh-Doek, *Personen- en familierecht*, nr. 487 en Van Mourik-Verstappen, *Handboek*



*Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, nr. 14.4.4, alsmede Von Brucken Fock, 'Jurisprudentie', *FJR* 1996, p. 67.

10

**HOGE RAAD**  
24 oktober 1997

**Pensioenverevening**

S., te B., verzoeker tot cassatie (de man),  
*tegen*  
D., te B., verweerster in cassatie (de vrouw).

**Partijen**

Partijen zijn op 28 april 1972 gehuwd. Bij akte van 27 april 1972 zijn zij huwelijksvoorwaarden overeengekomen, waarin elke gemeenschap van goederen werd uitgesloten (zgn. "koude uitsluiting"). De man is geboren in 1930. Sinds 1 november 1988 ontvangt hij een pensioen van ten minste rond f 160.000,- per jaar. Sinds november 1995 ontvangt hij een AOW-pensioen. De vrouw is geboren in 1945 en is nog werkzaam in twee betrekkingen.

**Feiten**

De Rechtbank heeft in de onderhavige procedure de echtscheiding tussen partijen uitgesproken, een voorziening getroffen betreffende de echtelijke woning en bepaald "dat partijen zullen overgaan tot verevening van de pensioenen overeenkomstig de Wet Verevening Pensioenrechten". Het door de man ingestelde hoger beroep had slechts betrekking op laatstgenoemde bepaling betreffende de pensioenverevening en op een door de man voor het eerst in hoger beroep gedaan beroep op het zogenaamde pensioenverweer als bedoeld in art. 1:153 lid 1 BW. Het Hof heeft de beschikking van de Rechtbank bekrachtigd en het pensioenverweer afgewezen. Tegen deze afwijzing is in cassatie niet opgekomen. Het cassatieberoep heeft slechts betrekking op de verwerping door het Hof van de grieven betreffende de pensioenverevening.

**Verloop van de procedure**

3.2. (...)

**Hoge Raad**

In het licht van het systeem van de wet moet de door de vrouw verzochte en door de Rechtbank uitgesproken, kennelijk op art. 1:155 BW gegronde, bepaling "dat partijen zullen overgaan tot verevening van de pensioenen overeenkomstig de Wet Verevening Pensioenrechten" worden verstaan als een verklaring voor recht dat overeenkomstig het bepaalde in art. 1:155 BW recht op pensioenverevening bestaat en dat beide partijen verplicht zijn daaraan mee te werken, onder meer door elkaar over en weer de daartoe nodige gegevens te (doen) verschaffen. De verwezenlijking van de pensioenverevening dient dan vervolgens plaats te vinden overeenkomstig het bepaalde in art. 2 van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding ("WVP"); geschillen die in dat kader mochten rijzen, zullen zo nodig aan de te dier zake bevoegde rechter dienen te worden voorgelegd en

kunnen niet in het kader van (een hoger beroep in) de echtscheidingsprocedure worden beslist.

(...)

3.3. (...)

Blijkens de ontstaansgeschiedenis van art. 11 WVP, weergegeven in punt 6 van de conclusie van het Openbaar Ministerie, is deze bepaling in het bijzonder bedoeld om de wet vanaf haar inwerkingtreding van toepassing te doen zijn op uit het verleden stammende gevallen van “koude uitsluiting”. In aansluiting bij art. 1:155 BW bepaalt art. 11 dat slechts dan geen verevening van pensioenrechten plaatsvindt, indien de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden of bij een bij geschrift gesloten overeenkomst met het oog op de scheiding “uitdrukkelijk” anders hebben bepaald. De ontstaansgeschiedenis van de wet laat er geen twijfel over bestaan dat hiermee bedoeld wordt op een bepaling die expliciet op de verevening van pensioenrechten betrekking heeft; zie o.m. Kamerstukken II 1991-1992, 21 893, nr. 5, p. 33, de Toelichting op het amendement waarbij de huidige tekst van art. 11 werd voorgesteld (Kamerstukken II 1992-1993, 21 893, nr. 25) en Hand. II 1992-1993, p. 73-5268.

Het Hof heeft derhalve met juistheid zowel het betoog van de man dat partijen met de uitsluiting van gemeenschap van goederen hebben beoogd om tevens verevening van pensioenrechten uit te sluiten, als zijn beroep op het feit dat tussen de inwerkingtreding van de WVP en de aanvang van de onderhavige echtscheidingsprocedure zo weinig tijd lag dat partijen, althans de man, niet in staat zijn gesteld om zich te richten naar regeling van pensioenverevening in het licht van de WVP, terzijdegesteld. Deze oordelen zijn niet onbegrijpelijk en behoeven geen nadere motivering. De onderdelen I.A en I.B kunnen derhalve niet slagen.

3.4.1. Onderdeel II.A betoogt dat het Hof heeft miskend dat met de daarin opgesomde omstandigheden is gegeven dat aan art. 11 geen uitvoering kan worden gegeven omdat de gevolgen van toepassing van de WVP in de gegeven omstandigheden zodanig onaanvaardbaar zijn dat dit in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Het onderdeel faalt, omdat uit de ontstaansgeschiedenis van art. 11 blijkt – naar hiervoor in 3.3 ook reeds aan de orde kwam – dat naar de bedoeling van de wetgever de in het onderdeel opgesomde omstandigheden juist niet aan pensioenverevening in de weg kunnen worden gesteld.

(...)

3.5. Ook onderdeel III, dat met rechts- en motiveringsklachten opkomt tegen de verwerping door het Hof van het beroep van de man op art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, kan niet slagen.

De onderhavige wettelijke regeling is aan te merken als een regeling in de zin van lid 2 van art. 1, d.w.z. een regeling die ertoe dient om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang.

In de toelichting op het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de onderhavige wettelijke regeling, heeft de regering als rechtsgrond daarvoor aangewezen “dat de opbouw van pensioenrechten tijdens het huwelijk een gezamenlijke inspanning is van beide echtgenoten teneinde na het 65<sup>e</sup> levensjaar te kunnen beschikken over een aanvullend ouderdomspensioen” (zie de conclusie van het Openbaar Ministerie, punt 5). Aldus beoogt deze wettelijke regeling recht te doen aan de hedendaagse maatschappelijke opvattingen volgens welke de sociale rechtvaard-

digheid vergt dat de gescheiden vrouw mede de vruchten ervan plukt wanneer de gezamenlijke inspanningen der echtgenoten tijdens het huwelijk hebben geresulteerd in een aanvullend ouderdomspensioen, ook in die gevallen waarin tot dat pensioen enkel de man formeel de gerechtigde is. Een dergelijk rechtdoen strekt ertoe het algemeen belang te dienen.

Ook de bepaling van art. 11 WVP berust op de wens om deze doelstelling te verwezenlijken, waarbij in het debat tussen parlement en regering uitvoerig aandacht is besteed aan de vraag of met deze bepaling niet op onaanvaardbare wijze inbreuk zou worden gemaakt op de rechten van de oorspronkelijke pensioengerechtigden. Op grond van een afweging van de betrokken belangen achtte de wetgever de regeling van art. 11 de meest juiste. Niet gezegd kan worden dat de wetgever bij deze afweging van belangen een onevenredige last op de oorspronkelijke pensioengerechtigden heeft gelegd.

De in het onderdeel vervatte rechtsklachten zijn derhalve tevergeefs voorgesteld. De motiveringsklachten kunnen evenmin tot cassatie leiden, nu een rechtsoordeel in cassatie niet met een motiveringsklacht kan worden bestreden.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1999, 395, m.nt. JdB.

Zie Van Mourik-Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, nr. 18.6.1.

Commentaar

11

HOGE RAAD

26 maart 1999

Limitering alimentatie

N.M.M., te W., verzoekster tot cassatie (de vrouw),  
tegen

J.M.M., te K., verweerder in cassatie (de man).

Partijen

1. Partijen zijn op 23 december 1970 met elkaar gehuwd. Bij vonnis van 29 juli 1980 is tussen hen echtscheiding uitgesproken, welk vonnis op 27 augustus 1980 is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Partijen zijn derhalve ruim negen jaren met elkaar gehuwd geweest.

2. Bij het echtscheidingsvonnis is de man veroordeeld tot betaling van een alimentatie van f 1400,- per maand aan de vrouw. Als gevolg van indexering bedroeg de alimentatie ten tijde van de indiening van het inleidende verzoek in de onderhavige zaak ongeveer f 2042,- per maand.

3. De vrouw is geboren op 18 november 1947. Uit het huwelijk van partijen zijn twee thans meerderjarige kinderen geboren. Na de echtscheiding was de vrouw met de voogdij over de kinderen belast. Het jongste kind woont bij haar moeder.

Feiten

4. De vrouw heeft tot aan de geboorte van het eerste kind gedurende enkele jaren in de computerbranche gewerkt. Daarna heeft zij zich – met instemming van de man – uitsluitend gewijd aan de verzorging en opvoeding van de kinderen en aan de huishouding.

5. In 1992 heeft de vrouw een deeltijdbaan als schoonmaakster aanvaard. Zij heeft deze betrekking kort geleden opgezegd omdat zij de werkzaamheden wegens nek- en rugklachten niet meer aankon. Zij ontving een aanvullende bijstandsuitkering van f 1136,21 netto per maand naar de norm van een alleenstaande. Zij kan geen aanspraak maken op (een deel van) het door de man opgebouwde ouderdomspensioen.

6. De man is sedert de beëindiging van zijn tweede huwelijk alleenstaand. Zijn onderhoudsverplichting jegens zijn tweede echtgenote heeft hij afgekocht voor een bedrag van f 160.000,-. Aan zijn jongste dochter heeft hij eveneens een bedrag ineens betaald, naar aanleiding van een door haar begonnen procedure tot vaststelling van een bijdrage in de kosten van levensonderhoud en studie. Zijn draagkracht laat betaling van de hiervoor onder 2 vermelde bijdrage toe.

**Verloop van de procedure**

De man heeft zich gewend tot de Rechtbank met het verzoek de alimentatie te beëindigen op grond van het bepaalde in art. II lid 2 van de Wet van 28 april 1994, Stb. 324 (hierna: de Wet limitering na scheiding), zoals gewijzigd bij de Wet van 28 april 1994, Stb. 325 (beide wetten zijn in werking getreden op 1 juli 1994). Laatstgenoemde bepaling luidt als volgt:

“Op verzoek van degene die op grond van een vóór de inwerkingtreding van deze wet gewezen rechterlijke uitspraak verplicht is een uitkering tot levensonderhoud te verstrekken, beëindigt de rechter de verplichting, indien deze op of na dat tijdstip vijftien of meer jaren heeft geduurd, tenzij hij van oordeel is dat de beëindiging van de uitkering van zo ingrijpende aard is dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van degene die tot de uitkering gerechtigd is, kan worden gevergd. In dat geval stelt de rechter op verzoek van de tot uitkering gerechtigde alsnog een termijn vast. Bij de beoordeling hiervan houdt de rechter in ieder geval rekening met:

- a. de leeftijd van degene die tot de uitkering gerechtigd is;
- b. de omstandigheid dat uit het huwelijk kinderen zijn geboren;
- c. de datum en de duur van het huwelijk en de mate waarin zulks de verdien-capaciteit van de betrokkenen heeft beïnvloed;
- d. de omstandigheid dat de tot de uitkering gerechtigde geen recht heeft op uitbetaling van een deel van het ouderdomspensioen van degene die tot de uitkering is gehouden.

De rechter bepaalt bij de uitspraak of verlenging van de vastgestelde termijn na ommekomst daarvan al dan niet mogelijk is. Het bepaalde in de eerste volzin kan niet tot gevolg hebben dat de uitkering eindigt binnen drie jaren na inwerking-treding van deze wet”.

De Rechtbank heeft het verzoek van de man toegewezen en de alimentatie beëin-digd met ingang van 1 juli 1997.

Het Hof heeft de beschikking van de Rechtbank bekrachtigd op de grond dat de beëindiging van de bijdrage in de kosten van levensonderhoud van de vrouw in de gegeven omstandigheden niet ingrijpend is.

## 3.3. (...)

Hoge Raad

In de van vóór de Wet limitering na scheiding daterende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad is de regel aanvaard dat aan beslissingen die het recht op een bijdrage voor levensonderhoud van de ene gewezen echtgenoot jegens de andere praktisch definitief doen eindigen, in verband met hun ingrijpend karakter hoge motiveringseisen moeten worden gesteld. Een niet minder ingrijpend karakter is eigen aan beslissingen waarbij onder vigeur van art. II, tweede lid, van genoemde wet het beroep van de alimentatiegerechtigde op de daarin vervatte uitzondering aanstonds wordt verworpen, dan wel slechts voor een beperkte termijn en met uitsluiting van de mogelijkheid van verlenging van die termijn wordt gehonoreerd. Aan dergelijke beslissingen moeten daarom eveneens hoge motiveringseisen worden gesteld. Daaraan doet niet af dat de Wet limitering na scheiding tot uitgangspunt heeft dat de alimentatieverplichting niet onbeperkt behoort voort te duren. Ter beantwoording van de voor het beroep op voormelde uitzondering beslissende vraag of de beëindiging van de uitkering van zo ingrijpende aard is dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van degene die tot de uitkering is gerechtigd, kan worden gevergd, dienen – teneinde te beoordelen of toepassing van de hoofdregel in dit individuele geval hoogst onrechtvaardig zou zijn – alle relevante omstandigheden van het geval, zowel die aan de zijde van de tot alimentatie gerechtigde als die aan de zijde van de alimentatieplichtige, in aanmerking genomen te worden en in onderling verband te worden gewogen. Dat volgt uit de tekst van de bepaling, is in overeenstemming met wat elders in het burgerlijk recht met betrekking tot op de eisen van redelijkheid en billijkheid steunende uitzonderingen geldt, en vindt steun in de wetsgeschiedenis.

De hoge motiveringseisen brengen daarom in beginsel mee dat de rechter, indien de alimentatiegerechtigde voldoende gemotiveerd stelt dat voor toepassing van de uitzondering grond is en de feiten waarop deze stelling steunt bij betwisting, althans voor zover het gaat om omstandigheden aan de zijde van de alimentatiegerechtigde, aannemelijk maakt, bij het nemen van een beslissing als hiervoor bedoeld moet doen uitkomen welke omstandigheden hij in aanmerking heeft genomen en hoe hij deze in zijn afweging heeft betrokken. Ter wille van de hanterbaarheid van het systeem dient daarbij evenwel als vuistregel te worden aanvaard dat ingeval de beëindiging van de uitkering voor de alimentatiegerechtigde geen of slechts een relatief onbetekenende terugval in inkomen ten gevolge heeft, de rechter in beginsel zonder meer, en met name zonder in zijn motivering de verdere omstandigheden van het geval te hoeven betrekken, mag aannemen dat het beroep op de uitzondering faalt. In uitzonderlijke gevallen zal voor toepassing van deze vuistregel echter geen plaats zijn. Dat zal zo zijn indien de verdere omstandigheden van het geval onmiskenbaar zó zwaarwegende billijkheidsargumenten tegen afwijzing van het beroep op de uitzondering opleveren, dat de rechter daaraan in zijn motivering niet voorbij kán gaan en moet laten uitkomen dat en hoe hij ook die verdere omstandigheden in zijn afweging heeft betrokken.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1999, 654, m.nt. SFMW onder *NJ* 1999, 655. Zie ook HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 653 en 655, m.nt. SFMW onder *NJ* 1999, 655, HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 391 en 392, m.nt. SFMW onder *NJ* 2000, 392,

Commentaar

**12**      **Personen- en familierecht – Ontbinding van het huwelijk**

alsmede HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 228, m.nt. SFMW.  
 Zie Van Mourik-Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij schei-  
 ding*, nr. 19.8.2.

**12**      **HOGE RAAD**  
 9 februari 2001  
**Grondslag alimentatieverplichting**

**Partijen**      L., te H., verzoeker tot cassatie, (voorwaardelijk) incidenteel verweerder (de man),  
*tegen*  
 B., te G., verweerster in cassatie, (voorwaardelijk) incidenteel verzoekster (de  
 vrouw).

**Feiten en verloop  
 van de procedure**      De man en de vrouw hebben een relatie gehad vanaf 1994 en zijn in 1997  
 gehuwd. In 1997 is hun zoon M. geboren, die door de man is erkend en door het  
 huwelijk is gewettigd. Het huwelijk van partijen is ontbonden op 24 maart 1999  
 door de inschrijving van de beschikking van de Rechtbank van 13 januari 1999,  
 waarbij tussen hen echtscheiding is uitgesproken. In die beschikking is bepaald  
 dat de man aan de vrouw een uitkering voor haar levensonderhoud dient te  
 betalen van f 2800,- per maand en dat de man met f 850,- dient bij te dragen in  
 de kosten van verzorging en opvoeding van M. De man heeft met betrekking tot  
 deze uitkering en bijdrage hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de  
 Rechtbank. Het Hof heeft deze beschikking bekrachtigd.

**Hoge Raad**      3.2.1. Onderdeel A keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen r.o. 3.4  
 van de bestreden beschikking, waarin het Hof oordeelt dat, gelet op hetgeen in  
 zijn r.o. 3.2 en 3.3 is overwogen, de vrouw behoefte heeft aan een door de man te  
 betalen uitkering tot haar levensonderhoud en dat deze behoefte gerelateerd is  
 aan het ontbonden huwelijk van partijen. Het Hof had daartoe, verkort weerge-  
 geven, overwogen dat voldoende aannemelijk is geworden dat partijen met hun  
 huwelijk lotsverbondenheid hebben beoogd, waarbij het Hof in aanmerking  
 heeft genomen dat uit de relatie van partijen een gewenst kind is geboren en dat  
 de huwelijkssluiting alleen om praktische redenen na de geboorte van M. heeft  
 plaatsgevonden, alsmede dat voldoende aannemelijk is dat de vrouw door de  
 zorg voor M. in haar mogelijkheid om op korte termijn af te studeren en volledig  
 in haar onderhoud te voorzien, is beperkt.  
 3.2.2. Het onderdeel neemt – terecht – tot uitgangspunt dat de onderhoudsver-  
 plichting tussen (gewezen) echtgenoten haar rechtsgrond vindt in de levens-  
 gemeenschap zoals die door het huwelijk is geschapen, welke gemeenschap in de  
 onderhoudsplicht haar werking behoudt ook al wordt de huwelijksband geslaakt  
 (HR 2 april 1982, *NJ* 1982, 374). Het hangt vervolgens van de concrete omstan-  
 digheden waarin de echtelieden na de ontbinding van het huwelijk zijn komen te  
 verkeren, af of ten laste van de ene echtgenoot aan de andere daadwerkelijk een  
 onderhoudsbijdrage moet worden toegekend. Daarbij dienen behoefte en draag-

kracht, mede gerelateerd aan de omstandigheden tijdens het huwelijk, tot maatstaf. Het Hof heeft dit een en ander niet miskend. De in het onderdeel verdedigde opvatting dat een onderhoudsplicht slechts dan gerechtvaardigd is, wanneer door (de feitelijke inrichting van) het huwelijk de verdiencapaciteit van de onderhoudsgerechtigde is verminderd, vindt geen steun in het recht. Evenmin kan als juist worden aanvaard, zoals het onderdeel betoogt, dat slechts een onderhoudsverplichting bestaat, indien sprake is geweest van wederzijdse verzorging, van samenwonen of van het voeren van een gemeenschappelijke huishouding. Het Hof heeft in zijn overwegingen tot uitdrukking gebracht dat de behoefte van de vrouw aan een onderhoudsbijdrage verband houdt met het huwelijk van partijen en de zorg voor hun beider kind en dat de omstandigheden dat partijen niet hebben samengewoond en hun kind reeds vóór het huwelijk is geboren, daaraan niet kunnen afdoen. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en kan voor het overige, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid worden getoetst.

Onderdeel A faalt.

3.3.1. Onderdeel B bestrijdt het oordeel van het Hof, in zijn r.o. 3.17, dat er geen aanleiding bestaat de onderhoudsverplichting van de man jegens de vrouw in duur te beperken, omdat er onvoldoende bijzondere omstandigheden zijn gesteld die een dergelijke ingrijpende beslissing zouden kunnen rechtvaardigen. Het Hof heeft daaraan toegevoegd dat de vrouw na afloop van haar studie in overwegende mate of zelfs geheel geacht kan worden in haar eigen levensonderhoud te voorzien.

3.3.2. Het onderdeel klaagt allereerst dat het oordeel van het Hof innerlijk tegenstrijdig is, omdat het Hof enerzijds in r.o. 2.3 heeft vastgesteld dat de vrouw nog twee of drie jaren zal moeten studeren voordat zij haar studie kan afronden en anderzijds heeft geoordeeld dat er voor limitering geen aanleiding is. Deze klacht faalt. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat thans geen grond bestaat tot limitering en het heeft daaraan als overweging ten overvloede toegevoegd dat het afstuderen van de vrouw reden kan zijn om opnieuw over de behoefte van de vrouw te oordelen, doch het Hof heeft op die mogelijke omstandigheid niet vooruit willen lopen.

3.3.3. Voorts acht het onderdeel het oordeel van het Hof in strijd met zowel de letterlijke tekst van art. 1:157 lid 6 BW als met de ratio van die bepaling. Daartoe voert het aan dat het huwelijk van partijen één jaar en vijf maanden heeft geduurd en dat uit hun huwelijk geen kinderen zijn geboren. Het onderdeel neemt echter ten onrechte aan dat het huwelijk van partijen kinderloos is gebleven. Door de wettiging bij huwelijk geldt M. immers ook in de zin van voormelde bepaling als uit het huwelijk van partijen geboren. Voormelde bepaling is dus niet van toepassing.

3.3.4. Het onderdeel strekt verder ten betoge dat het Hof in een aantal bijzondere omstandigheden aanleiding had moeten vinden de onderhoudsverplichting te limiteren. Tot dergelijke omstandigheden behoren volgens de man de wijze waarop partijen hun huwelijk hebben ingericht, de korte duur van het huwelijk, de jeugdige leeftijd van de vrouw, het beperkte kindertal, het feit dat M. al vóór het huwelijk is geboren, en de mogelijkheid van de vrouw om binnen afzienbare tijd in staat geacht te zijn in haar eigen onderhoud te voorzien. Dit betoog ziet eraan voorbij dat het Hof klaarblijkelijk alle relevante omstandigheden van par-

## 12 Personen- en familierecht – Ontbinding van het huwelijk

tijen in aanmerking heeft genomen en de omstandigheid dat de vrouw de zorg heeft voor M., zwaar heeft laten meewegen. Het oordeel van het Hof getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd.

(...)

4.2. Dit onderdeel (bedoeld is het eerste onderdeel van het middel in het incidentele beroep; toevoeging van mij, AJMN) keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen r.o. 3.11 van de beschikking van het Hof waarin wordt overwogen dat de proceskosten tussen partijen steeds zijn (en worden) gecompenseerd in dier voege dat ieder van partijen de eigen kosten zal dragen, en dat het daarmee in strijd zou zijn om bij de vaststelling van de behoefte van de vrouw of bij de bepaling van de draagkracht van de man wel rekening te houden met de door partijen te betalen proceskosten.

Overwegende als hiervoor weergegeven heeft het Hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Voor zover het Hof heeft geoordeeld dat de bedoelde compensatie van proceskosten eraan in de weg staat dat rekening wordt gehouden met de kosten van juridische bijstand van de vrouw, heeft het Hof een onjuiste maatstaf aangelegd. Ook indien wordt geoordeeld dat er reden is te beslissen dat ieder van partijen de eigen kosten draagt, kan ermee rekening worden gehouden dat deze kosten in de vorm van een schuld de behoefte van de vrouw (kunnen) beïnvloeden. Voor zover het Hof heeft geoordeeld dat deze schuld bij de vaststelling van de hoogte van de onderhoudsbijdrage niet in aanmerking wordt genomen, valt zonder nadere redengeving, die echter ontbreekt, niet in te zien op grond waarvan het Hof tot dat oordeel is gekomen. De door het Hof gebruikte motivering dat het rekening houden met deze kosten in strijd zou zijn met de proceskostenveroordeling, schiet blijkens het hiervoor overwogene tekort.

(...)

5. Beslissing

De Hoge Raad:

*in het principale beroep en in het incidentele beroep:*

vernietigt de beschikking van het Hof te Amsterdam van 28 oktober 1999; verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof te 's-Gravenhage.

### Commentaar

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2001, 216, m.nt. SFMW. Zie wat de grondslag van de alimentatieverplichting betreft ook HR 28 september 1977, *NJ* 1978, 432, m.nt. EAAL, HR 2 april 1982, *NJ* 1982, 374, m.nt. EAAL (waarnaar de Hoge Raad zelf ook verwijst in r.o. 3.2.2), HR 4 december 1987, *NJ* 1988, 678, m.nt. EAAL, HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 112 en HR 1 februari 2002, *NJ* 2002, 171 (alimentatie en 'schijnhuwelijk').

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 617, 622 en 633b, Van Mourik-Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, nr. 19.2 en Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 148.



**13** **HOGE RAAD**  
3 juni 2005  
(concl. A-G Langemeijer)

**Samenleven met een ander als waren zij gehuwd I**

De man, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
de vrouw, verweerster in cassatie.

**Partijen**

De man en de vrouw zijn op 18 april 1986 met elkaar gehuwd. Bij beschikking van de rechtbank te Zwolle van 15 maart 2000 is echtscheiding tussen hen uitgesproken. De echtscheidingsbeschikking is op 19 april 2000 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Uit het huwelijk van partijen zijn twee kinderen geboren in 1987 en 1988. Bij voormelde echtscheidingsbeschikking is bepaald dat de man voor het levensonderhoud van de vrouw met ingang van 9 december 1999 aan haar een bedrag van f 1.550,- (€ 703,36) per maand zal voldoen.

**Feiten**

In dit geding heeft de man, stellende dat de vrouw met een andere man (hierna: betrokkene), is gaan samenleven als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW, verzocht te bepalen dat hij niet langer verplicht is bij te dragen in het levensonderhoud van de vrouw. De vrouw heeft verweer gevoerd. Zij erkende dat zij een affectieve relatie heeft met betrokkene, maar bestreed dat zij met hem is gaan samenleven in de zin van art. 1:160 BW.

**Verloop van de procedure**

De rechtbank heeft het verzoek afgewezen. Zij overwoog dat weliswaar tussen de vrouw en betrokkene een affectieve relatie bestaat, maar dat het verzoek afstuit op het feit dat de vrouw en betrokkene ieder over eigen woonruimte beschikken. De man is in hoger beroep gegaan tegen deze beschikking. Hij vulde zijn verzoek aan met het subsidiaire verzoek de vastgestelde uitkering tot levensonderhoud nader te bepalen op nihil, althans op een bedrag dat overeenstemt met de wettelijke maatstaven. Het hof heeft in zijn tussenbeschikking overwogen dat de door de man gestelde feiten en omstandigheden, indien bewezen, meebrengen dat de vrouw inderdaad met een ander is gaan samenleven als waren zij gehuwd, en liet de man derhalve toe tot bewijs. In zijn eindbeschikking heeft het hof overwogen dat de man niet erin is geslaagd het hem opgedragen bewijs te leveren en heeft het de bestreden beschikking daarom bekrachtigd. Het overwoog daartoe, kort gezegd, dat weliswaar aannemelijk is dat sprake is van een affectieve relatie van duurzame aard tussen de vrouw en betrokkene, maar dat onvoldoende is aangetoond dat tevens kan worden gesproken van wederzijdse verzorging en het voeren van een gemeenschappelijke huishouding. Wat betreft de voorwaarde van wederzijdse verzorging geldt dat de vrouw huishoudelijke kosten voor betrokkene voldoet en huishoudelijke taken voor hem verricht, maar niet dat betrokkene haar hiervoor een financiële bijdrage betaalt. Het feit dat betrokkene af en toe kleine reparaties verricht en dat de vrouw gebruik kan maken van zijn auto,

maakt dat niet anders. Ook wordt geen gemeenschappelijke huishouding gevoerd. De vrouw heeft van januari tot september 2000 bij betrokkene gewoond, maar zij was toen in afwachting van een eigen huurwoning. Voor deze samenwoning heeft de vrouw geen vergoeding betaald. Sinds september 2000 hebben de vrouw en betrokkene beiden een eigen huis. Ieder voldoet zelf de lasten van zijn eigen huis. Betrokkene verblijft door de week ook regelmatig in zijn eigen huis (rov. 2.3). Nu niet is bewezen dat de vrouw de kosten van de huishouding op enige wijze met betrokkene deelt, kan niet worden aangenomen dat haar behoefte aan levensonderhoud positief wordt beïnvloed door de relatie die zij met betrokkene heeft. Evenmin kan worden gezegd dat haar behoefte lager is geworden, nu zij blijkbaar geld heeft om enige huishoudelijke kosten te voldoen voor betrokkene. Het staat de vrouw immers vrij haar inkomen naar eigen inzicht aan te wenden. Overigens is geen inzicht verschaft in de wijze waarop de behoefte van de vrouw bij het uiteengaan van partijen is vastgesteld, noch ook in haar huidige financiële situatie (rov. 2.4).

**Hoge Raad**

3.3. Onderdeel 1 van het door de man tegen de eindbeschikking van het hof gerichte middel bevat, kort samengevat, de volgende klacht. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat geen sprake is van samenleven in de zin van art. 1:160 BW, is dat onjuist, althans onbegrijpelijk, met name gelet op het feit dat betrokkene de dagen en nachten in de woning van de vrouw verblijft, betrokkene en de vrouw gezamenlijk de maaltijd gebruiken en zij gezamenlijk met vakantie gaan. Het oordeel van het hof is bovendien onjuist, althans onbegrijpelijk, in het licht van de uit de getuigenverhoren naar voren gekomen en onbetwiste omstandigheden van het geval. Het feit dat de vrouw en betrokkene ieder een eigen woning hebben staat niet eraan in de weg dat sprake is van een gemeenschappelijke huishouding en samenwoning in de zin van art. 1:160 BW.

3.4. Bij de beoordeling van het onderdeel staat voorop dat voor een bevestigende beantwoording van de vraag of sprake is van een samenleving met een ander als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW, is vereist dat tussen de samenlevenden een affectieve relatie bestaat van duurzame aard die meebrengt dat de gescheiden echtgenoot en die ander elkaar wederzijds verzorgen, met elkaar samenwonen en een gemeenschappelijke huishouding voeren. Daarbij is voorts uitgangspunt dat art. 1:160 BW restrictief moet worden uitgelegd (HR 13 juli 2001, nr. R 00/120, NJ 2001, 586).

Dit uitgangspunt, dat wordt gerechtvaardigd door het uitzonderlijke en onherroepelijke karakter van de in art. 1:160 BW besloten sanctie, brengt mee 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. Voor de uitleg van art. 1:160 BW dient aansluiting te worden gezocht bij de kenmerken van een als 'normaal' te beschouwen huwelijk. Een van die kenmerken is dat de echtgenoten met elkaar samenwonen. Dat de eis dat echtgenoten jegens elkander tot samenwoning verplicht zijn bij de Wet van 31 mei 2001, Stb. 275, is geschrapt heeft daarom niet tot gevolg dat de rechter thans ook in een geval waarin niet aan het samenwoningsvereiste wordt voldaan tot het oordeel zou kunnen komen dat sprake is van samenleven als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW.

Het oordeel van het hof dat, gelet op de omstandigheden dat de vrouw en betrokkene sinds september 2000 beiden een eigen huis hebben, dat ieder zelf de lasten van het eigen huis draagt en dat betrokkene door de week regelmatig in zijn eigen huis verblijft, tussen de vrouw en betrokkene niet een zodanige mate van samenwoning bestaat en hun huishoudens niet zozeer gemeenschappelijk zijn, dat de vrouw is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW, geeft dan ook geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk. Het kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie verder niet op juistheid worden getoetst.

Het onderdeel faalt dus.

3.5. Dit brengt mee dat onderdeel 2, dat is gericht tegen de beslissing van het hof dat geen sprake is van wederzijdse verzorging tussen de vrouw en betrokkene als vereist voor een beroep op art. 1:160 BW, bij gebrek aan belang geen behandeling behoeft. Onderdeel 3, dat is gericht tegen de conclusie van het hof dat niet is voldaan aan de eisen van art. 1:160 BW, kan op diezelfde grond evenmin doel treffen.

3.6. Onderdeel 4 is gericht tegen de beslissing van het hof in rov. 2.4, kort gezegd luidende dat het hof in de relatie van de vrouw met betrokkene geen aanleiding ziet de door de man te betalen alimentatie te wijzigen en dat overigens geen inzicht is verschaft in de wijze waarop de behoefte van de vrouw bij het uiteengaan van partijen is vastgesteld, noch in de huidige financiële situatie van de vrouw. Voor zover het onderdeel niet is gebaseerd op de veronderstelling dat reeds de eerste drie onderdelen tot vernietiging van de bestreden beschikking moeten leiden, betoogt het dat het hof heeft miskend dat het aangaan van een duurzame affectieve relatie als de onderhavige, ook als die relatie niet in alle opzichten voldoet aan de eisen van art. 1:160 BW, een gewijzigde omstandigheid oplevert die in beginsel dient te leiden tot een neerwaartse bijstelling van de alimentatie.

3.7. Het uitgangspunt van het onderdeel is in zoverre juist dat de omstandigheid dat iemand die jegens zijn of haar gewezen echtgeno(o)t(e) uit hoofde van echtscheiding aanspraak heeft op verschaffen van levensonderhoud, een nieuwe relatie aangaat die (nog) niet is aan te merken als een samenleving met een ander als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW, wél aanleiding kan geven tot verlaging van de alimentatie, in het bijzonder indien en voor zover door die nieuwe relatie zijn of haar behoefte aan levensonderhoud vermindert. De door het onderdeel verdedigde stelling dat het ontstaan van een nieuwe affectieve relatie van duurzame aard in beginsel dient te leiden tot een verlaging van de alimentatie, vindt echter in haar algemeenheid geen steun in het recht.

Voor zover het onderdeel mede ertoe strekt dat het hof heeft miskend dat het op de weg van de vrouw lag inzicht te geven in de opgetreden kostenbesparingen, kan het evenmin tot cassatie leiden. Uitgangspunt van de klacht is immers dat van kostenbesparing sprake is. Dit uitgangspunt mist feitelijke grondslag aangezien het hof niet heeft vastgesteld dat van een betekenisvolle kostenbesparing sprake is. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk gezien de door het hof vastgestelde, en naar zijn kennelijk oordeel verwaarloosbare, bijdrage van betrokkene aan de huishouding van de vrouw.

Voor zover het onderdeel stelt dat de aard van de relatie tussen de vrouw en betrokkene in het licht van de huidige, gewijzigde, maatschappelijke opvattingen meebrengt dat 'de financiële verantwoordelijkheid verschuift van de voormalige

**14**      **Personen- en familierecht – Ontbinding van het huwelijk**

echtgenoot naar de nieuwe levenspartner' (cassatierekest nr. 2.28) en daarmee wil betogen dat 'de financiële steun primair bij een nieuwe levenspartner gezocht moet worden, voor zover deze daartoe in staat is', kan het evenmin doel treffen. Niet alleen is deze stelling in de feitelijke instanties niet verdedigd, maar ook is de enkele, op morele of fatsoensoverwegingen gebaseerde, verantwoordelijkheid die de personen die een nieuwe affectieve relatie zijn aangegaan als waarvan hier sprake is volgens het onderdeel geacht moeten worden voor elkaar te voelen, onvoldoende grond om iemand die uit hoofde van echtscheiding aanspraak heeft op het verschaffen van levensonderhoud tegenover de gewezen echtgenoot, deze aanspraak geheel of gedeeltelijk te ontnemen.

Voor zover het onderdeel ten slotte wil betogen dat het in de gegeven omstandigheden op de weg van de vrouw lag aan betrokkene een bijdrage te vragen voor de verzorging die zij hem biedt en dat haar keuze daarvan af te zien niet voor rekening van de man mag komen, stuit het erop af dat een zodanige stelling niet op voor de wederpartij voldoende kenbare wijze in de feitelijke instanties is verdedigd en niet voor het eerst in cassatie naar voren kan worden gebracht.

**4. Beslissing**

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2005, 381, m.nt. SFMW.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 645-649, Van Mourik-Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, nr. 19.8.5 en Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 155, alsmede HR 22 juli 1981, *NJ* 1982, 12, m.nt. EAAL, HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 82, m.nt. EAAL, HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 299, m.nt. JdB, HR 17 december 1999, *NJ* 2000, 122, HR 13 juli 2001, *NJ* 2001, 586, m.nt. SFMW en HR 28 maart 2008, *NJ* 2008, 190 (hieronder nr. 16).

**14**

**HOGE RAAD**

8 september 2006

(concl. A-G Huydecoper)

**Beding van niet-wijziging**

**Partijen**

De vrouw, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
de man, verweerder in cassatie.

**Feiten**

Partijen zijn in 1968 gehuwd. Het huwelijk is op 28 mei 1993 ontbonden door echtscheiding. Bij in maart 1993 ondertekend echtscheidingsconvenant zijn partijen, voor zover hier van belang, het volgende overeengekomen.

'Artikel 2:

Bijdrage van de man in het levensonderhoud van de vrouw:

2.1. De man heeft een bruto jaarinkomen van ca. f 120.000,-, excl. overhevelingstoeslag en inclusief vakantietoeslag.

Uitgaande van dit inkomen zijn partijen de volgende alimentatie ten behoeve van de vrouw en ten laste van de man overeengekomen:

(...)

d. wanneer de man geen bijdrage meer voor één van beide kinderen, als genoemd onder artikel 1, hoeft te voldoen zal de man aan de vrouw als bijdrage voldoen een bedrag van f 4.500,- per maand.

(...)

2.5. De genoemde alimentatiebedragen kunnen niet bij rechterlijke uitspraken gewijzigd worden, behoudens een ingrijpende wijziging van omstandigheden als genoemd in art. 1:159 lid 3 B.W. (...).<sup>2</sup>

In het echtscheidingsvonnis van de rechtbank te Zutphen van 8 april 1993 is de uitkering tot levensonderhoud van de vrouw overeenkomstig dit convenant vastgesteld. Ten tijde van de indiening van het inleidend verzoekschrift in deze zaak bedroeg deze uitkering na verhoging op grond van de wettelijke indexeringsindexering € 2.649,- per maand.

De man, geboren in 1945, was ten tijde van de echtscheidingsprocedure 23 jaar in dienst bij uitgeverij Terra. Op grond van een overeenkomst met die werkgever is hij met ingang van 1 augustus 2003 met 'vroegpensioen' gegaan. Hij ontvangt aldus van zijn 58e tot zijn 65e jaar een vroegpensioenuitkering van € 34.034,- bruto per jaar. Hij exploiteert daarnaast sinds 1 september 2003 een uitgeverij in de vorm van een eenmanszaak.

De man heeft de hem voorheen toekomende woning verkocht voor € 229.000,-. De hypothecaire lening op die woning bedroeg in hoofdsom € 221.000,-. De netto-opbrengst heeft de man geheel aan de vrouw betaald in mindering op achterstallige alimentatie.

Aan zijn verzoek tot wijziging van het bedrag van de door hem verschuldigde alimentatie heeft de man de stelling ten grondslag gelegd dat sprake is van een zo ingrijpende wijziging in de omstandigheden dat hij, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, niet langer aan het in het convenant opgenomen beding van niet-wijziging mag worden gehouden. Die wijziging van omstandigheden bestaat volgens de man, kort gezegd, hierin dat hij zich, als gevolg van een verslechtering van de werkrelatie met de directeur van Terra, genoodzaakt heeft gezien zijn werkzaamheden bij dat bedrijf te beëindigen en ermee in te stemmen dat zijn vroegpensioen twee jaar eerder zou ingaan dan zijn 60e levensjaar, zoals oorspronkelijk voorzien. Als gevolg daarvan is hij in inkomen achteruitgegaan van (omgerekend) € 54.454,- ten tijde van het convenant naar € 34.034,- per jaar, welke situatie partijen bij het sluiten van het convenant niet voor ogen hadden.

De rechtbank heeft de man in zijn verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Het hof heeft het verzoek alsnog in zoverre toegewezen dat het de uitkering tot levensonderhoud van de vrouw met ingang van 1 oktober 2003 heeft bepaald op € 1.200,- per maand.

Het heeft vooropgesteld dat van een ingrijpende wijziging van omstandigheden als bedoeld in art. 1:159 lid 3 BW sprake is, wanneer een volkomen wanverhou-

Verloop van de procedure

ding is ontstaan tussen hetgeen partijen bij het sluiten van overeenkomst voor ogen stond en wat zich in werkelijkheid heeft voorgedaan (rov. 4.1). Het is tot het oordeel gekomen dat daarvan in dit geval sprake is. Het overwoog daartoe (in rov. 4.4):

‘Het hof acht op grond van de stellingen van de man en de dienaangaande door hem overgelegde stukken voldoende aannemelijk geworden dat zijn arbeidsomstandigheden na het aantreden van de nieuwe directeur zijn gewijzigd en zodanig onprettig waren geworden dat er een situatie is ontstaan die afweek van de situatie die partijen ten tijde van het sluiten van hun echtscheidingsconvenant – de man werkte toen al 23 jaar voor zijn voormalig werkgever – voor ogen stond. De man heeft tengevolge van deze verslechterde arbeidsverhouding, omdat hij uiteindelijk geen andere uitweg meer zag, besloten akkoord te gaan met het voorstel van zijn werkgever om met ingang van 1 augustus 2003 met ‘vroegpensioen’ te gaan.

De feitelijke situatie is thans zodanig dat onverkorte handhaving van het tussen partijen overeengekomen echtscheidingsconvenant met zich zou brengen dat de man meer alimentatie zou moeten betalen dan hij aan inkomsten genereert. Zulks terwijl hij geen vermogen heeft. Hij heeft immers zijn woning verkocht en de overwaarde aan achterstallige alimentatie besteed. Een en ander brengt met zich dat er naar het oordeel van het hof sprake is van een zodanige wanverhouding tussen hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond en wat zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, dat de man naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het beding van niet-wijziging mag worden gehouden en dat van hem niet langer kan worden verwacht dat hij de daarin overeengekomen uitkering tot levensonderhoud van de vrouw betaalt.’

**Hoge Raad**

3.3.1. De onderdelen 2.1-2.4 klagen dat het hof aldus onvoldoende zware eisen heeft gesteld aan de stelplicht van de man en voorts zijn beslissing, in het licht van het ingrijpende karakter daarvan, ontoereikend heeft gemotiveerd, door zich (goeddeels) te beperken tot een summier onderzoek naar de feitelijke financiële omstandigheden van het moment, zonder (voldoende) aandacht te geven aan andere relevante omstandigheden, zoals de vraag of de vrouw bij het tot stand komen van het convenant heeft begrepen en mogen begrijpen dat de man de mogelijkheid dat hij werkloos zou worden al dan niet voor zijn risico nam, zeker nu het gaat om niet meer dan vervroeging van zijn pensionering met enkele jaren, de stelling van de vrouw dat de man in het kader van de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst niet genoeg had moeten nemen met ‘vervroegde pensionering’ en verder niets, de vraag voor wiens risico moet komen dat de man geen aanspraak op een ontbindingsvergoeding volgens de ‘kantonrechttersformule’ heeft gemaakt en het standpunt van de vrouw dat de man gedurende vijf jaar aanspraak had kunnen maken op een loongerelateerde WW-uitkering als hij niet akkoord was gegaan met zijn ontslag, respectievelijk vervroegde pensionering en de vraag voor wiens risico moet komen dat de man zich tegen dat ontslag niet heeft verzet.

3.3.2. Bij het onderzoek of zich een wijziging van de aard als bedoeld in art. 1:159 lid 3 BW heeft voorgedaan, kan weliswaar van belang zijn of ten tijde van de uitspraak op het verzoek een ‘wanverhouding’ bestaat als door het hof aanwezig

geacht, doch daarbij zal het erop aankomen of zulks een gevolg is van een voor de toepassing van art. 159 lid 3 voldoende ingrijpende wijziging ten opzichte van de omstandigheden die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bestonden, terwijl voorts in aanmerking zal moeten worden genomen wat partijen toen aan mogelijke toekomstige omstandigheden voor ogen hebben gehad (vgl. HR 12 oktober 1984, nr. 6717, *NJ* 1985, 114). In een procedure waarin in weerwil van een beding als bedoeld in art. 1:159 lid 3 wijziging van de overeengekomen bijdrage wordt verzocht, moeten zware eisen worden gesteld zowel aan de stelplicht van de partij die de wijziging verzoekt als aan de motivering door de rechter die de ingrijpende beslissing neemt dat deze partij niet langer kan worden gehouden aan een overeenkomst waarvan zij nu juist in een uitdrukkelijk beding had aanvaard dat deze niet voor wijziging vatbaar was, met als mogelijk bijkomend gevolg dat door deze beslissing eventuele bij diezelfde overeenkomst getroffen regelingen betreffende andere financiële gevolgen van de echtscheiding eveneens op losse schroeven komen te staan (HR 30 januari 1998, nr. 9032, *NJ* 1998, 349). In het licht van hetgeen de vrouw te dien aanzien heeft aangevoerd heeft het hof daarom hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang door:

- (a) zich niet te begeven in de vraag of de vrouw bij het tot stand komen van de echtscheidingsovereenkomst heeft begrepen en heeft mogen begrijpen dat de man de mogelijkheid dat hij werkloos zou worden, dan wel vervroegd zou worden gepensioneerd, voor zijn risico nam;
- (b) zich niet te begeven in de vraag in hoeverre de wijze waarop de financiële afwikkeling van de arbeidsovereenkomst van de man geheel of ten dele aan zijn eigen gedragingen is te wijten of anderszins voor zijn risico moet komen;
- (c) evenmin te onderzoeken welke samenhang bestond tussen de overeengekomen alimentatie en de overige voorzieningen in de echtscheidingsovereenkomst met betrekking tot de financiële gevolgen van de echtscheiding en wat van die samenhang de consequenties zijn;
- (d) geen blijk te geven acht te hebben geslagen op de omstandigheid dat de man na zijn ontslag heeft verkozen zelfstandig ondernemer te worden met de gevolgen die daarvan konden worden verwacht met betrekking tot de onzekerheid van zijn inkomen.

De op het voorgaande gerichte klachten treffen dus doel. De overige onderdelen behoeven geen behandeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof te Amsterdam van 16 juni 2005; verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2006, 491.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 641, Van Mourik-Verstappen, *Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, nr. 19.5.5 en Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 51, alsmede HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 489, m.nt. EAAL en HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 349.

Commentaar

**15**      **Personen- en familierecht – Ontbinding van het huwelijk**

**15**      **HOGE RAAD**  
 4 mei 2007  
 (concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense)  
  
**Kortdurend huwelijk**

- Partijen**      De vrouw, verzoekster tot cassatie, incidenteel verweerster in cassatie,  
*tegen*  
 de man, verweerder in cassatie, incidenteel verzoeker tot cassatie.
- Feiten**      Partijen zijn op 18 juni 1995 zonder huwelijkse voorwaarden te hebben gemaakt met elkaar gehuwd. Het huwelijk is op 12 februari 1996 door inschrijving van een echtscheidingsbeschikking ontbonden. Op 12 augustus 1995 hebben partijen een echtscheidingsconvenant gesloten, waarin zij regelingen hebben getroffen met betrekking tot de kosten van het levensonderhoud, de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap en het pensioen. Partijen zijn op 18 juni 1999 opnieuw met elkaar gehuwd, deze keer op huwelijkse voorwaarden. Dit huwelijk is op 16 september 2004 ontbonden door inschrijving in de registers van de burgerlijke stand van de echtscheidingsbeschikking van 14 januari 2004 van de rechtbank te Amsterdam, welke beschikking door het gerechtshof te Amsterdam bij beschikking van 3 juni 2004 is bekrachtigd. Beide huwelijken zijn kinderloos gebleven.
- Verloop van de procedure**      Het hof heeft de door de man aan de vrouw te betalen uitkering tot haar levensonderhoud in zijn eindbeschikking van 3 februari 2005 bepaald op € 13.000,- per maand en tevens bepaald dat de alimentatieverplichting van de man eindigt op 16 juli 2009. Het hof ging ervan uit (rov. 4.6) dat voor de duur van de onderhoudsverplichting het eerste huwelijk – anders dan de vrouw met een beroep op art. 1:166 BW had betoogd – niet relevant is, nu partijen bij het hiervoor bedoelde echtscheidingsconvenant alle vermogensrechtelijke gevolgen daarvan volledig hebben afgewikkeld, waarbij zij zijn overeengekomen dat zij jegens elkaar niet zijn gehouden tot betaling van enige uitkering tot levensonderhoud. Voorts oordeelde het hof dat de vrouw haar bevoegdheid tot appelleren tegen de bij de bestreden beschikking uitgesproken echtscheiding heeft misbruikt in de zin van art. 3:13 BW, nu de echtscheiding in eerste aanleg door haar zelf is verzocht en er geen sprake is van omstandigheden waardoor de vrouw van dit verzoek kon terugkomen. Voor de vaststelling van de duur van de alimentatie dient ervan te worden uitgegaan dat het tweede huwelijk tussen partijen uiterlijk op 14 april 2004 ontbonden zou zijn geweest, te weten drie maanden na het uitspreken van de echtscheidingsbeschikking, indien de vrouw geen misbruik had gemaakt van haar bevoegdheid, aldus het hof.
- Hoge Raad**      4. Beoordeling van het principale beroep  
 4.1. Onderdeel 1 klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 4.6 van zijn eindbe-



schikking dat alle gevolgen van het eerste huwelijk van partijen volledig zijn afgewikkeld en dat reeds daarom de duur van het eerste huwelijk niet ingevolgt art. 1:166 BW kan meetellen bij de beantwoording van de vraag of het huwelijk op de voet van art. 1:157 lid 6 BW niet langer dan vijf jaar heeft geduurd, onjuist althans onbegrijpelijk is.

4.2. Het onderdeel stelt de vraag aan de orde of art. 1:166 meebrengt dat in een geval als het onderhavige de duur van het eerste huwelijk dient te worden meegeteld bij de bepaling van de duur van het huwelijk als bedoeld in art. 1:157 lid 6. De bepaling van art. 1:166 vindt zijn oorsprong in art. 287a BW (oud) als ingevoerd bij Wet van 18 februari 1922, Stb. 69, dat ten doel had te voorkomen dat echtgenoten door echtscheiding en het aangaan van een nieuw huwelijk het destijds geldende beginsel van de onveranderlijkheid van het huwelijksgoederenregime ontduiken. Zoals is overwogen in HR 11 april 2003, nr. R01/105, NJ 2003, 492 betekent dat niet dat het toepassingsgebied van art. 1:166 beperkt is tot het huwelijksgoederenrecht, maar brengt deze bepaling in meer algemene zin mee dat indien gescheiden echtgenoten met elkaar hertrouwen, alle gevolgen van het huwelijk van rechtswege herleven, alsof er geen echtscheiding had plaatsgehad. Art. 1:157 lid 6 is blijkens de parlementaire geschiedenis (MvT, TK 1985-1986, 19295, nr. 3, p. 19-20) gebaseerd op de gedachte dat bij een huwelijk dat kinderloos is gebleven en slechts kort heeft geduurd de achterstand van de vrouw op de arbeidsmarkt ten gevolge van het huwelijk niet bestaat of op betrekkelijk korte termijn kan worden ingelopen. Gezien deze ratio ligt het voor de hand twee op elkaar volgende huwelijken, zoals in het onderhavige geval, gelijk te stellen met een huwelijk dat even lang heeft geduurd als beide huwelijken tezamen. Art. 1:157 lid 6 BW verzet zich dus niet tegen de toepassing van art. 1:166.

4.3. De door het onderdeel aan de orde gestelde vraag moet dus bevestigend worden beantwoord, zodat het onderdeel slaagt. Opmerking verdient nog dat de periode tussen de eerste echtscheiding en het tweede huwelijk bij de bepaling van de duur van het huwelijk als bedoeld in art. 1:157 lid 6 niet moet worden meegeteld.

4.4. Onderdeel 2 strekt ten betoge dat het oordeel van het hof dat de vrouw haar bevoegdheid tot appelleren tegen de beschikking van de rechtbank waarin deze de echtscheiding heeft uitgesproken, heeft misbruikt, onjuist is, althans dat het hof dit oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd.

4.5. De vrouw beoogt met dit onderdeel klaarblijkelijk de beslissing van het hof dat voor de alimentatieplicht moet worden gerekend met een duur van het tweede huwelijk van vier jaren en tien maanden aan te tasten. Nu de beide huwelijken van partijen, ook wanneer men van het tweede huwelijk slechts vier jaren en tien maanden in aanmerking neemt, tezamen langer dan vijf jaar hebben geduurd, brengt het bij de behandeling van onderdeel 1 overwogene reeds mee dat art. 1:157 lid 6 niet van toepassing is zodat het onderdeel wegens gemis aan belang faalt.

5. Beoordeling van het incidentele beroep

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

**16** Personen- en familierecht – Ontbinding van het huwelijk

6. Beslissing  
 De Hoge Raad:  
 in het principale beroep:  
 vernietigt de beschikking van het gerechtshof te Amsterdam van 3 februari 2005;  
 verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling  
 en beslissing;  
 in het incidentele beroep:  
 verwerpt het beroep.

**Commentaar** De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2007, 405, m.nt. SFMW.  
 Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 633b, Van Mourik-Verstappen,  
*Handboek Nederlands vermogensrecht bij scheiding*, nr. 19.8.2 en Van Mourik-  
 Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Stu-  
 diereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 153.

**16** HOGE RAAD  
 28 maart 2008  
 (concl. A-G Verkade)

**Samenleven met een ander als waren zij gehuwd II**

**Partijen** De vrouw, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
 de man, verweerder in cassatie, niet verschenen.

**Feiten en verloop van de procedure** Het op 21 juli 2001 gesloten huwelijk van partijen is op 30 september 2003 ont-  
 bonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van 3 september  
 2003 in de registers van de burgerlijke stand. De rechtbank heeft bij beschikking  
 van 17 november 2003 de door de man aan de vrouw te betalen uitkering tot  
 levensonderhoud op € 166,- per maand bepaald. De man heeft de rechtbank  
 verzocht deze laatste beschikking te vernietigen, omdat de vrouw de rechtbank  
 valselijk heeft voorgelicht ten aanzien van haar status als alleenstaande, en met  
 ingang van 30 september 2003 de uitkering tot levensonderhoud voor de vrouw  
 op nihil te bepalen. De rechtbank heeft het verzoek van de man afgewezen.  
 Het hof heeft de onderhoudsverplichting van de man jegens de vrouw met  
 ingang van 1 februari 2004 beëindigd en de vrouw veroordeeld tot terugbetaling  
 van al hetgeen zij van de man heeft ontvangen met betrekking tot de periode na  
 1 februari 2004. Het heeft daartoe geoordeeld:  
 a. dat de vrouw vanaf 1 februari 2004 tot december 2005 met X, die tot februari  
 2004 met een ander was gehuwd, heeft samengeleefd als waren zij gehuwd en  
 b. dat die terugbetaling van de vrouw kan worden gevergd, nu zij gedurende ver-  
 scheidene jaren heeft nagelaten de man op de hoogte te stellen van de wijzigin-  
 gen in haar leefsituatie, hoewel zij had moeten begrijpen dat die haar aanspraak  
 op een onderhoudsbijdrage zouden beïnvloeden.

3.4. De klachten van middel I zijn gericht tegen het hiervoor onder a vermelde oordeel. Die klachten falen omdat dit oordeel niet blijkt geeft van een onjuiste opvatting omtrent het begrip samenleven als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW en voor het overige als berustende op waarderingen van feitelijke aard in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. Onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is dat oordeel niet.

Hoge Raad

3.5. De klachten van middel II, die het oordeel onder b betreffen, falen op grond van het volgende. Indien de rechter tot het oordeel komt dat de in art. 1:160 bedoelde wederpartij vanaf een bepaalde datum – in dit geval 1 februari 2004 – samenleeft met een ander als waren zij gehuwd, eindigt de verplichting van de gewezen echtgenoot om uit hoofde van echtscheiding levensonderhoud te verschaffen met ingang van die datum en heeft de rechter niet de vrijheid een andere datum dan deze vast te stellen als datum vanaf welke geen levensonderhoud meer verschuldigd is. In een dergelijk geval behoeft, anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, de beslissing tot terugbetaling ook niet te voldoen aan de motiveringseisen van HR 20 september 2002, R01/090, NJ 2003, 47.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in NJ 2008, 190.

Commentaar

Zie voorts het commentaar bij HR 3 juni 2005, NJ 2005, 381, m.nt. SFMW (hierboven nr. 13).

## Personen- en familierecht – Afstamming

**17** HOGE RAAD  
15 april 1994

**Valkenhorst**

**Partijen** De R (de dochter), eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Stichting Valkenhorst, verweerster in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure** De R. is, als buitenechtelijk kind, in 1935 geboren in 'Moederheil', een toen door rooms-katholieke religieuze gedreven inrichting met als doelstelling het verlenen van zorg en begeleiding aan ongehuwde moeders en hun kinderen. De inrichting wordt thans geëxploiteerd door Valkenhorst.

Inzet van dit geding is de vraag of Valkenhorst jegens De R. gehouden is haar op haar verzoek bekend te maken met de indertijd door haar moeder aan de leiding van 'Moederheil' verstrekte gegevens omtrent haar vader. Valkenhorst weigert te voldoen aan het verzoek van De R. haar de bedoelde, zich onder Valkenhorst bevindende gegevens (in feite: de personalia van de vermoedelijke verwekker) te verstrekken. Zij doet daartoe beroep op een geheimhoudingsverplichting voortvloeiende uit de vertrouwelijke aard van deze gegevens die haar in haar hoedanigheid van hulpverlener door de moeder van De R. als cliënte zijn toevertrouwd. Valkenhorst heeft, nadat zij met verscheidene verzoeken van deze aard was geconfronteerd en ter zake een procedure had gevoerd (die is geëindigd met het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 18 september 1991, *NJ* 1991, 796) – in afwachting van een wettelijke regeling – op dit stuk een beleid ontwikkeld. Dit beleid houdt, voor zover hier van belang, in dat wanneer de moeder nog in leven is, de gegevens omtrent de (vermoedelijke) vader alleen worden verstrekt met haar toestemming; toestemming van de (vermoedelijke) vader wordt door Valkenhorst niet vereist. Valkenhorst is bereid de moeder aan te schrijven ten einde te onderzoeken 'of de vereiste toestemming al dan niet gegeven wordt'. Weigert de moeder toestemming dan respecteert Valkenhorst haar besluit, ongeacht de daaraan ten grondslag liggende motieven. Vaststaat dat de moeder van De R. nog in leven is en Valkenhorst geen toestemming heeft gegeven De R. de gevraagde gegevens te verstrekken. Kern van het geschil is, in de visie van het Hof, de vraag of Valkenhorst aldus verstrekking van de gevraagde gegevens afhankelijk mag maken van de toestemming van de moeder. Deze vraag heeft het Hof bevestigend beantwoord. Daartegen kant zich het middel.

3.2. Uitgangspunt voor de beoordeling van het middel is dat het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt. Dit recht heeft ook internationaal erkenning gevonden in art. 7 van het – door Nederland nog niet geratificeerde – Verdrag inzake de rechten van het kind van 20 november 1989.

Dit recht geeft een persoon in de omstandigheden als die van De R. jegens een stichting als Valkenhorst aanspraak om op haar verzoek bekend te worden gemaakt met de aan die stichting bekende gegevens omtrent haar ouders (vgl. EHRM 7 juli 1989, Serie A, nr. 160; NJ 1991, 659; § 49).

Van dit een en ander is ook het Hof, zij het ten dele veronderstellenderwijs uitgegaan. Deze uitgangspunten zijn in cassatie – terecht – niet bestreden.

3.3. Het recht om te weten van welke ouders men afstamt is niet absoluut: zoals het Hof in r.o. 4.6 terecht heeft aangegeven, moet het wijken voor de rechten en vrijheden van anderen wanneer deze in het gegeven geval zwaarder wegen. Het Hof heeft dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de aanspraak van De R. af te wegen tegen het door Valkenhorst ingeroepen geheimhoudingsrecht ten einde na te gaan welk van deze beide rechten in het gegeven geval prevaleert. Voor zover het middel van een andere opvatting uitgaat faalt het.

3.4.1. Het middel treft daarentegen doel voor zover het aan het Hof verwijt dat het bij zijn voormelde afweging de wederzijdse rechten en belangen rechtens onjuist heeft gewaardeerd. Dat geldt zowel – aan de zijde van De R. – voor wat betreft de onderlinge rangorde tussen het recht van een meerderjarig natuurlijk kind als De R. om te weten door wie het is verwekt en het in het recht op respect voor haar privé-leven besloten recht van de moeder om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden, als – aan de zijde van Valkenhorst – voor wat betreft de aard en het gewicht van het aan Valkenhorst toekomende geheimhoudingsrecht.

3.4.2. Dat Valkenhorst jegens de moeder van De R. is gehouden de gegevens omtrent de verwekker welke de moeder van De R. indertijd vertrouwelijk aan ‘Moederheil’ heeft medegedeeld, niet te openbaren, alsmede dat ter zake aan Valkenhorst, nu het daarbij ging om door een hulpzoekende toevertrouwen van gegevens aan een als hulpverlener aan te merken instelling, een geheimhoudingsrecht toekomt, is in cassatie – terecht – niet bestreden. Anders dan het Hof in zijn r.o. 4.13 en 4.14 heeft geoordeeld kan in de gegeven omstandigheden evenwel niet worden aanvaard dat bij dit geheimhoudingsrecht, behalve bescherming van het recht op respect voor het privé-leven van de moeder van De R., andere, zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn betrokken. Zoals het Hof in zijn onder 3.1 genoemde arrest van 18 september 1991 zelf al heeft aangegeven, valt – gezien de hedendaagse opvattingen omtrent de ongehuwde moeder – niet aan te nemen dat de wetenschap dat een instelling als Valkenhorst gegevens omtrent de verwekker op verzoek van het meerderjarig geworden kind aan dit kind bekend maakt, anders dan een verwaarloosbaar klein aantal vrouwen ervan zal weerhouden zich om hulp bij haar bevalling en de verzorging van haar kind tot een dergelijke instelling te wenden en zich daarbij tegenover die instelling vrij-

Hoge Raad

elijk te uiten ook omtrent de verwekker van haar kind. Daarom is ook onvoldoende begrijpelijk waarop het Hof het oog heeft wanneer het in dit verband mede zwaar tilt aan de kans dat 'aan het (geboren of nog ongeborn) kind schade wordt toegebracht of zorg wordt onthouden' (r.o. 4.14 slot).

3.4.3. Wat betreft de onderlinge rangorde tussen enerzijds het recht van een meerderjarig natuurlijk kind als De R. om te weten door wie het is verwekt, en anderzijds het (in het recht op respect voor haar privé-leven besloten) recht van de moeder om zulks ook tegenover haar kind verborgen te houden, moet – anders dan het Hof klaarblijkelijk tot uitgangspunt heeft genomen – worden geoordeeld dat het recht van het kind prevaleert. Behalve door het vitaal belang van dit recht voor het kind wordt deze voorrang daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind. Opmerking verdient in dit verband nog dat het te dezen niet gaat om kunstmatige donorinseminatie.

3.5. Uit het voorgaande volgt zowel dat 's hofs uitspraak moet worden vernietigd als dat de Hoge Raad zelf de zaak kan afdoen.

Uit hetgeen hiervoor onder 3.2 en 3.3 is overwogen volgt immers dat De R. jegens Valkenhorst aanspraak erop heeft op haar verzoek bekend te worden gemaakt met de aan Valkenhorst bekende gegevens omtrent haar (vermoedelijke) vader en dat haar daartoe strekkende vordering moet worden toegewezen tenzij het daartegen door Valkenhorst ingeroepen geheimhoudingsrecht prevaleert. Dat is evenwel niet het geval. Haar beroep op geheimhouding heeft Valkenhorst niet mede gebaseerd op de belangen van de (vermoedelijke) vader, ten aanzien van wiens belang trouwens hetzelfde zou gelden als hiervoor onder 3.4.3 ten aanzien van dat van de moeder is overwogen. De maatschappelijke belangen waarop Valkenhorst haar beroep op geheimhouding wél mede heeft gebaseerd, kunnen dat beroep, naar uit het hiervoor onder 3.4.2 overwogene volgt, niet schragen. Resteert derhalve de in dit verband door Valkenhorst eveneens ingeroepen gehou- denheid van Valkenhorst tot bescherming van het recht op respect voor het privé-leven van de moeder van De R., maar dienaangaande geldt dat dit recht van de moeder van De R. moet wijken voor het recht van De R. om, als meerder- jarig geworden natuurlijk kind, te weten door wie zij is verwekt.

Het voorgaande brengt mee dat de vierde door De R. tegen het vonnis van de Rechtbank aangevoerde appelgrief slaagt.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 25 november 1992 voor zover gewezen tussen De R. en Valkenhorst;

vernietigt het vonnis van de Rechtbank te Breda van 5 maart 1991 voor zover gewezen tussen De R. en Valkenhorst;

veroordeelt Valkenhorst om binnen vijf dagen na betekening van dit arrest aan De R. inzage te verlenen in en afschrift te verschaffen van de bij Valkenhorst berustende gegevens met betrekking tot de afstamming van De R., daaronder begrepen alle gegevens die betrekking hebben op de door de moeder als verwekker aangewezen;

wijst het meer of anders gevorderde af;

veroordeelt Valkenhorst in de kosten van het geding en begroot deze aan de zijde van De R.:

in eerste aanleg op in totaal f 1925,-;  
 in appel op in totaal f 4625,-;  
 in cassatie, tot op deze uitspraak, op in totaal f 4024,24, een en ander telkens op de voet van art. 57b Rv te voldoen aan de desbevoegde Griffier.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1994, 608, m.nt. WH-S.  
 Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 692 en Forder, 'Het recht op afstammingsgegevens: Wild speculations', *AA* 1998, p. 87-90. Zie ook HR 3 januari 1997, *NJ* 1997, 451, m.nt. JdB (dochter op zoek naar identiteit biologische vader).

Commentaar

18

HOGE RAAD  
 17 januari 1997

Erfrechtelijke positie onwettig niet-erkend kind

H, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
 K en F (echtelingen), verweerders in cassatie.

Partijen

xOp 19 augustus 1992 is overleden P (de erflater), die nimmer gehuwd is geweest en geen wettige (in de terminologie van het oude afstammingsrecht) kinderen heeft achtergelaten. Hij had niet bij testament over zijn nalatenschap beschikt. Zijn neef K is als zijn wettelijke erfgenaam in het bezit van de nalatenschap gekomen. Rond 1963 had de erflater een affectieve relatie met de moeder van H. H is op 2 juni 1964 geboren en is niet door de erflater als zijn kind erkend. Noch vóór de geboorte van H, noch daarna heeft de erflater ooit samengewoond of een gemeenschappelijke huishouding gevoerd met de moeder van H. Wel heeft hij vanaf kort na de geboorte tot aan de meerderjarigheid van H ter zake van de kosten van diens verzorging en opvoeding periodiek betalingen aan de moeder van H gedaan. H beroept zich op het feit dat tussen hem en de erflater een als 'family life' in de zin van art. 8 EVRM te kwalificeren rechtsbetrekking heeft bestaan, en dat hij – mede in verband met art. 14 EVRM – op grond daarvan met betrekking tot de nalatenschap van de erflater erfrechtelijke aanspraken kan doen gelden. Daartoe heeft H zich beroepen op een groot aantal omstandigheden betreffende aard en frequentie van de relatie(s) tussen zijn moeder, de erflater en hemzelf, welke omstandigheden evenwel door K geheel of grotendeels zijn betwist.

Partijen

4.4. Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat de betekenis van de art. 8 en 14 EVRM voor het erfrecht van onwettige kinderen in het licht van de arresten van het EHRM in de zaak Marckx van 13 juni 1979, serie A nr 31, *NJ* 1980, 462, par. 53-56 en 59, en in de zaak Vermeire, 29 november 1991, serie A nr 214-C, par. 25-28, zich als volgt kort laat samenvatten. Art. 8 laat, op zichzelf, aan de verdragsstaten bij het regelen van erfrechtelijke aanspraken van kinderen een zekere beoordelingsvrijheid, en laat aldus in beginsel ook ruimte

Hoge Raad

voor beperkingen in de mate waarin buiten huwelijk geboren kinderen hetzij abintestato hetzij krachtens wilsbeschikking van hun ouders kunnen erven. Een uitsluiting van intestaat erfgenaamschap op de enkele grond van het onwettig karakter van de afstamming is evenwel discriminatoir en levert op deze grond een schending op van art. 8 in verbinding met art. 14. Dat sluit niet uit dat voor andersoortige beperkingen van het ab intestaat erfrecht van onwettige kinderen wel objectieve en redelijke rechtvaardigingsgronden kunnen bestaan. Ook dienangaande komt aan de nationale wetgever een zekere mate van beoordelingsvrijheid toe.

Tegen die achtergrond is van belang dat in de onderhavige zaak het geval aan de orde is van een onwettig, niet erkend kind, dat een beroep op de voormelde verdragsbepalingen doet ten betoge dat hij recht heeft op de nalatenschap van degene door wie hij stelt te zijn verwekt. Aandacht verdient dat het hier om een ander geval gaat dan in voormelde arresten en in het bijzonder ook om een ander geval dan (a) dat van een onwettig, al dan niet door de vader erkend, kind dat naar Nederlands recht erfgenaam is van zijn moeder, en (b) dat van een onwettig erkend kind dat naar Nederlands recht ook van de man die het heeft erkend, erfgenaam is. Met de Wet van 27 oktober 1982, Stb. 608, waarbij de onder (a) en (b) weergegeven regels in hun huidige vorm in de Nederlandse wetgeving zijn opgenomen, is onder meer beoogd de Nederlandse wetgeving voor wat betreft het natuurlijke kind in overeenstemming te brengen met hetgeen op dit stuk volgens het toen recente arrest van het EHRM in de zaak Marckx uit art. 8 en 14 EVRM voortvloeide. Bij de mondelinge behandeling van dit wetsontwerp in de Eerste Kamer is ook de positie van het onwettige niet erkende kind ten opzichte van zijn verwekker in het licht van het EVRM aan de orde gesteld. De Minister van Justitie heeft naar aanleiding daarvan opgemerkt dat de vraag volkomen ter zake is, maar thuishoort 'in ons veel breder project tot herziening van het afstammingsrecht vanuit het gezichtspunt van de gelijkstelling van het wettige en het onwettige kind' (Handelingen I 1982/83, p. 82).

Thans is bij de Tweede Kamer aanhangig het op 20 maart 1996 ingediende wetsvoorstel tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van de adoptie, zulks nadat, in de bewoordingen van de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel (Kamerstukken II 1995/96, 24 649, nr 3, p. 1), al in eerdere wetsvoorstellen pogingen waren ondernomen het afstammingsrecht aan de eisen van de tijd aan te passen. Het daarin voorgestelde art. 1:207 BW, zoals gewijzigd bij nota van wijziging (Kamerstukken II 1996/97, 24 649, nr 7), voorziet in bepaalde gevallen in een rechterlijke vaststelling van het vaderschap op verzoek van de moeder of het kind, welke vaststelling onder meer erfgenaamschap van het kind meebrengt. Niet zeker is voorsnog of deze wetgeving in de nu voorgestelde vorm inderdaad tot stand zal komen.

Uit deze gang van zaken komt naar voren dat de wetgever zich op het standpunt heeft gesteld dat een herziening van het afstammingsrecht, in het kader waarvan ook de erfrechtelijke positie van het onwettige niet erkende kind ten opzichte van zijn verwekker zal moeten worden geregeld, niet mogelijk is zonder belangrijke keuzen van rechtspolietieke aard te maken en dat het daarvoor noodzakelijke wetgevende proces nog niet is geëindigd. In de eerste plaats moet hieruit worden afgeleid dat het voorsnog ontbreken in het Nederlandse recht van een regel dat



het onwettige niet erkende kind erfgenaam van zijn verwekker is, niet gezegd kan worden uitsluitend te berusten op het onwettig karakter van zijn afstamming, maar op de moeilijkheid in het kader van de ondernomen wetgeving tot een verantwoorde afweging van alle bij het afstammingsrecht betrokken belangen te komen. In de tweede plaats volgt hieruit dat het hier gaat om keuzen die naar hun aard de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. Zulks brengt mee dat evenmin mogelijk is om geheel of ten dele op de voormelde wetgeving vooruit te lopen. Daarbij valt nog in het bijzonder te wijzen op de volgende vragen, die dan terstond of in latere gevallen beantwoording zouden behoeven.

4.5. In de eerste plaats rijst de vraag of, ook indien de verwekking door een bepaalde man komt vast te staan, gevallen moeten worden aangewezen waarin het kind nochtans geen erfgenaam van die man kan zijn. Aandacht verdient hier in het bijzonder het geval dat het kind het wettig of erkend kind is van een andere man. Dit geval doet zich in het onderhavige geding overigens niet voor.

Voorts zou een thans reeds op art. 14 in verbinding met art. 8 EVRM gestoelde rechtspraak de vraag oproepen welke banden tussen de verwekker en het kind precies moeten worden geeïst, wil een voldoende grondslag voor erfgenaamschap ontstaan. Een beroep op die artikelen sluit in dat tussen hen sprake moet zijn van familie- of gezinsleven in de zin van de tweede van die bepalingen. Volgens de rechtspraak van het EHRM komt het daarbij in de eerste plaats aan op de aard van de relatie tussen de vader en de moeder, waaruit het kind is geboren. Bestaat tussen hen een wettig huwelijk, dan is met de enkele geboorte van het kind uit die relatie reeds familie- en gezinsleven met de vader gegeven. Hetzelfde geldt in geval van een relatie tussen de vader en de moeder die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen om haar als familie- of gezinsleven aan te merken (EHRM 26 mei 1994, serie A nr. 290, NJ 1995, 247). Daarnaast kan het zich voordoen dat ondanks het ontbreken van een relatie tussen de ouders als hiervoor bedoeld, toch tussen de verwekker en het kind familie- of gezinsleven moet worden aangenomen op grond van bijkomende omstandigheden, zoals deze zich in een concreet geval hebben voorgedaan. Het verbinden van erfrechtelijke gevolgen aan dergelijke omstandigheden – waarvan de bewijsbaarheid van toevallige gebeurtenissen kan afhangen en waarvan de weging gemakkelijk tot uiteenlopende oordelen aanleiding zal kunnen geven – is niet goed mogelijk, zonder de juist in het erfrecht noodzakelijke rechtszekerheid op een moeilijk te aanvaarden wijze in gevaar te brengen, terwijl een strakkere regel die zowel aan voormelde verdragsbepalingen voldoet als de rechtszekerheid dient, slechts door de wetgever kan worden gegeven.

In het onderhavige geval doet zich nu juist de situatie voor dat een erfrechtelijke aanspraak wordt gegrond op de bijzondere omstandigheden van het geval, die hier zouden meebrengen dat tussen H. en de erflater familie- en gezinsleven zou hebben bestaan, zonder dat zulks zonder meer voortvloeide uit de aard van de relatie tussen de erflater en de moeder van H.

Tenslotte dienen nog in verband met het voorgaande kwesties van overgangsrecht onder ogen te worden gezien in verband met de vraag in hoeverre uit een beslissing als door H. verlangd mede een regel zou mogen worden afgeleid die toepassing kan vinden op gevallen waarin het kind is geboren of de verwekker is overleden, voordat die regel in het Nederlandse recht aanvaarding zou hebben

**19** Personen- en familierecht – Afstamming

gevonden. Daarbij kunnen ook vragen rijzen van bescherming van derden of van bepaalde groepen van derden, die ter wille van de rechtszekerheid beantwoording verdienen eer een zodanige regel voor toepassing in aanmerking komt. Ook in het onderhavige geval zouden dergelijke vragen kunnen rijzen.

4.6. Het voorgaande brengt mee dat de Hoge Raad geen aanleiding ziet en ook geen mogelijkheid aanwezig acht terug te komen van hetgeen is beslist in zijn arrest van 24 februari 1995, *NJ* 1995, 468, ook niet in het licht van de door het middel genoemde uitspraak van het EHRM van 27 oktober 1994, serie A nr. 297-C, *NJ* 1995, 248. Het middel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

**5. Beslissing**

De Hoge Raad:

verklaart H. niet-ontvankelijk in zijn beroep tegen E;

verwerpt het beroep tegen K.;

veroordeelt H. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van K. en F. begroot op f 577,20 aan verschotten en f 3000,- voor salaris.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1997, 483, m.nt. JdB.

Weliswaar is het arrest onder vigeur van het oude afstammingsrecht geweest, maar de beslissing blijft ook van belang voor het sinds 1 april 1998 ingevolge de Wet van 24 december 1997, Stb. 772, geldende afstammingsrecht. Nog steeds moet in geval van geboorte uit een niet-huwelijkse relatie tussen een man en een vrouw onderscheid worden gemaakt tussen kinderen die wel en kinderen die niet door de man zijn erkend, ook al zijn termen als 'wettig', 'onwettig', 'natuurlijk' en '(brieven van) wettiging' uit het afstammingsrecht verdwenen. Een niet door de man erkend kind erft derhalve ook thans niet bij versterf van deze man, omdat tussen hen geen familierechtelijke betrekking bestaat (art. 4:10 lid 3 BW). Wel bestaat onder omstandigheden de mogelijkheid van gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de man, ook nadat deze is overleden (art. 1:207 BW).

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 748 en Von Brucken Fock, 'Jurisprudentie', *FJR* 1997, p. 69-71.

Zie in dezelfde zaak ook EHRM 13 januari 2004, *NJ* 2005, 113, m.nt. JdB (Haas-Nederland).

**19** HOGE RAAD  
24 oktober 1997

**Termijnoverschrijding**

**Partijen**

C (de man), eiser tot cassatie,  
*tegen*

G (bijzonder curator) en K (de vrouw), verweerders in cassatie.

De man en de vrouw zijn op 23 juli 1987 met elkaar gehuwd. Gedurende het huwelijk is op 16 november 1988 een kind geboren. De man heeft van deze geboorte aangifte gedaan op 18 november 1988. De man en de vrouw hebben in het conceptietijdvak voorafgaand aan de geboorte van het kind wegens de in hun huwelijk gerezen problemen geen gemeenschap gehad. De vrouw heeft de man evenwel ervan weten te overtuigen dat hij niettemin de verwekker van het kind is geweest. De man heeft dit, toen de huwelijksproblemen ten tijde van de geboorte van het kind waren opgelost, in zijn naïviteit aangenomen. In december 1991, toen er weer echtelijke problemen ontstonden, heeft de vrouw aan de man meegedeeld dat een ander, te weten S, de biologische vader van het kind was. Nadat op 8 april 1992 de bijzondere curator over het kind was benoemd, heeft de man op 15 mei 1992 de onderhavige vordering tot ontkenning van het vaderschap ingesteld. Op 10 juli 1992 is het huwelijk van de man en de vrouw ontbonden door inschrijving van het op 26 februari 1992 uitgesproken echtscheidingsvonnis. Op 11 januari 1993 is de vrouw benoemd tot voogdes over het kind en S tot toeziend voogd (de toeziende voogdij is ingevolge de Wet van 6 april 1995, Stb. 240, met ingang van 2 november 1995 afgeschaft; de voogdij van de vrouw werd toen van rechtswege omgezet in ouderlijk gezag). S is voornemens het kind te erkennen, wanneer de onderhavige vordering tot ontkenning gegrond zal zijn verklaard. In hoger beroep hebben de vrouw, de man en de bijzondere curator zich allen op het standpunt gesteld dat de vordering dient te worden toegewezen. Rechtbank en Hof hebben de man niet-ontvankelijk in zijn vordering geacht, nu deze niet is ingesteld binnen de door art. 1:203 lid 1 (oud) – zoals dit luidde vóór de op 1 april 1995 in werking getreden Wet van 7 juli 1994, Stb. 570, waarbij het familieprocesrecht is herzien en o.a. de ontkenningsprocedure een verzoekschriftprocedure is geworden – voorgeschreven termijn van zes maanden nadat de geboorte van het kind te zijner kennis was gekomen.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

3.3. Voorop moet worden gesteld dat naar huidig Nederlands recht het kind dat staande huwelijk wordt geboren de echtgenoot tot vader heeft (art. 1:197 BW) en dat ontkenning van het vaderschap slechts mogelijk is binnen de grenzen van art. 1:199-204 BW. Zo toepassing van deze bepalingen ertoe leidt dat het vaderschap van de echtgenoot, ook als deze niet de biologische vader is, niet kan worden ontkend met als gevolg dat geen familierechtelijke betrekkingen kunnen ontstaan tussen het kind en de biologische vader, omdat deze het kind dan niet kan erkennen, komt de vraag aan de orde of dit resultaat een – ontoelaatbare – inmenging oplevert in het door art. 8 EVRM beschermde familie- en gezinsleven. Ingevolge de uitspraak van het EHRM van 27 oktober 1994, serie A nr. 297, NJ 1995, 248 (Kroon), par. 40, dient bij de beoordeling van deze vraag uitgangspunt te zijn dat het recht op respect voor familie- en gezinsleven, bedoeld in dat artikel, eist dat de biologische en maatschappelijke werkelijkheid gaat boven een wettelijk vermoeden als ten aanzien van het vaderschap van de echtgenoot uit de Nederlandse wetgeving voortvloeit, wanneer dat vermoeden in flagrante botsing komt zowel met de vastgestelde feiten als met de wensen van de betrokkenen en niemand daarmee is gebaat.

3.4. De hiervoor in 3.1 weergegeven feiten brengen in het licht van dit uitgangspunt mee dat in het onderhavige geval van een inmenging in de zin van dat arti-

**Hoge Raad**

kel sprake is en dat daarvoor geen rechtvaardiging als bedoeld in het tweede lid van dat artikel kan worden gevonden. Doordat de man pas in december 1991 heeft vernomen dat hij niet de biologische vader van het kind is, heeft hij niet binnen de termijn van art. 1:203 lid 1 een vordering tot ontkenning van het vaderschap kunnen instellen. Het resultaat daarvan is dat zijn op de wet berustende, doch in feite fictieve vaderschap blijft voortduren, hoewel hij kort na december 1991 alsnog een dergelijke vordering heeft ingesteld, het huwelijk van de man en de vrouw kort daarop is ontbonden en daarna de vrouw tot voogdes en de biologische vader tot toeziend voogd over het kind zijn benoemd, terwijl de biologische vader voorts voornemens is om het kind te erkennen, wanneer de vordering tot ontkenning gegrond zal zijn verklaard. Alle betrokken partijen, onder wie ook de over het kind benoemde bijzondere curator, verlangen toewijzing van die vordering. In deze omstandigheden zou niet-ontvankelijkheid van deze vordering wegens overschrijding van voormelde termijn en daarmee het voortduren van het fictieve vaderschap van de man inderdaad in flagrante botsing komen zowel met de feiten als met de wensen van de betrokkenen in deze zaak en niemand – in het bijzonder ook het kind niet – daarmee zijn gebaat. Ook zijn hier geen rechtszekerheidsaspecten aan de orde, zoals in HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 372, waar het ging om een overschrijding van die termijn met enkele dagen, waarvoor geen rechtvaardiging van de hiervoor weergegeven aard bestond.

3.5. Anders dan in HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 475, en 4 november 1994, *NJ* 1995, 249, voor de daar berechte gevallen is overwogen, kan in het onderhavige geval niet worden gezegd dat het vinden van een oplossing voor de gevolgen van de ongeoorloofdheid van de onderhavige inmenging de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat. Voldoende is immers te aanvaarden dat de termijn van art. 1:203 in omstandigheden als hier aan de orde zijn gesteld, niet gaat lopen voordat de betrokken echtgenoot kennis heeft gekregen van het feit dat hij van het tijdens het huwelijk geboren kind vermoedelijk niet de biologische vader is. Deze oplossing doorkruist ook niet de regeling, voorgesteld in het Wetsvoorstel tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie (zie Kamerstukken 1995-1996-24 649, nr 8, art. 200), waar voor de ontkenning van het vaderschap door de man een termijn van een jaar geldt 'nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind'.

3.6. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat 's hofs arrest moet worden vernietigd en dat de zaak na verwijzing geheel opnieuw zal moeten worden bezien.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Amsterdam van 23 mei 1996;  
verwijst de zaak naar dat Hof ter verdere behandeling en beslissing;  
compenseert de kosten van het geding in cassatie aldus dat elke partij de hare draagt.

#### Commentaar

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1999, 96, m.nt. JdB.  
Weliswaar is het arrest onder vigeur van het oude afstammingsrecht geweest, maar de beslissing kan ook in verband met de in het huidige afstammingsrecht

gestelde termijnen nog betekenis hebben (Wet van 24 december 1997, Stb. 772, die op 1 april 1998 in werking is getreden; zie bijvoorbeeld art. 1:200 lid 5 BW). Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 711 en Von Brucken Fock, 'Jurisprudentie', *FJR* 1997, p. 293-294.

20

**HOGE RAAD**

16 februari 2001

(concl. A-G Moltmaker)

**Vervangende toestemming tot erkenning**

De moeder, te E., verzoekster tot cassatie,

*tegen*

1. De vader, te A., verweerder in cassatie,
2. Mr. J.M. Spronk, in de hoedanigheid van bijzondere curator van de minderjarige J., te Utrecht, verweerder in cassatie.

**Partijen**

1. Partijen hebben een affectieve relatie gehad. In 1997 is J. geboren. Verweerder in cassatie sub 1 (de vader) is de verwekker van J.

**Feiten**

2. Verzoekster tot cassatie (de moeder) was zestien jaren oud toen zij in verwachting raakte van J., de vader was zeventien jaren oud. De relatie die partijen hadden, is enige maanden voor de geboorte van J. verbroken. J. is na zijn geboorte opgenomen in het gezin van de ouders van de moeder.

3. De moeder is meerderjarig verklaard bij beschikking van de Rechtbank te Utrecht van 25 maart 1998. Zij heeft daardoor van rechtswege alleen het ouderlijk gezag over J. verkregen.

4. Bij beschikking van de Rechtbank te Utrecht van 12 september 1998 is een bijzondere curator over J. benoemd. Deze curator is bij beschikking van dezelfde Rechtbank van 9 maart 2000 opgevolgd door verweerder in cassatie sub 2.

5. Kort na de geboorte van J. heeft de moeder haar huidige echtgenoot, B., leren kennen. Zij vormt thans met hem en J. een gezin. De moeder was ten tijde dat het Hof zijn beschikking gaf, in verwachting van een kind van haar echtgenoot. Tot aan haar huwelijk heeft zij met J. bij haar ouders gewoond. De moeder is onder behandeling bij een psycholoog.

De Rechtbank heeft het verzoek van de vader tot het verlenen van vervangende toestemming voor de erkenning van het kind toegewezen. In het door de moeder ingestelde hoger beroep heeft het Hof de beschikking van de Rechtbank bekrachtigd.

**Verloop van de procedure**

3.3. De klachten van middel I keren zich tegen het oordeel van het Hof dat in deze procedure uitgangspunt moet zijn dat zowel het kind als de verwekker aanspraak erop heeft dat hun relatie rechtens wordt erkend als een familierechtelijke rechtsbetrekking. Zij berusten alle op de opvatting dat art. 1:204 lid 3 BW de eis stelt dat – en die aanspraak derhalve slechts bestaat indien – tussen de verwekker die wil erkennen en het kind “family life” als bedoeld in art. 8 EVRM bestaat.

**Hoge Raad**

3.4. Deze opvatting is onjuist. Onder het tot 1 april 1998 geldende recht bestond de in de rechtspraak ontwikkelde mogelijkheid om de in de wet vastgelegde bevoegdheid van de moeder om voor de erkenning van haar kind al dan niet toestemming te verlenen te doen vervangen door een rechterlijke beslissing, uitsluitend voor de man die met het kind in een als “family life” aan te merken relatie stond. Met de inwerkingtreding op 1 april 1998 van art. 1:204 lid 3 BW kreeg de mogelijkheid van vervangende toestemming een wettelijke basis. Zoals blijkt uit hetgeen in de conclusie van de Advocaat-Generaal Moltmaker onder 2.1.2 is vermeld omtrent de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling, heeft de wetgever toentertijd onder ogen gezien of de mogelijkheid van vervangende toestemming beperkt zou moeten blijven tot de gevallen waarin tussen de man die een kind wil erkennen en het kind “family life” bestaat. Van deze beperking heeft hij echter welbewust afgezien. Middel I faalt derhalve.

3.5. Middel II komt erop neer dat het Hof de in art. 1:204 lid 3 voorgeschreven belangenafweging onjuist heeft toegepast, omdat het heeft miskend dat bij de beantwoording van de vraag of het verzoek moet worden toegewezen het belang van de verwekker bij vervangende toestemming slechts een rol kan spelen indien, en derhalve nadat is vastgesteld dat, de erkenning als zodanig de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden.

Het middel faalt. Op grond van zijn, in de conclusie van de Advocaat-Generaal Moltmaker onder 2.2.3 weergegeven, ontstaansgeschiedenis moet art. 1:204 lid 3 aldus worden uitgelegd dat het in de procedure tot verkrijging van vervangende toestemming aankomt op een afweging van de belangen van de betrokkenen, waarbij tot uitgangspunt dient te worden genomen dat zowel het kind als de verwekker aanspraak erop heeft dat hun relatie rechtens wordt erkend als een familie-rechtelijke rechtsbetrekking. Door de rechter zullen het belang en de aanspraak van de man op erkenning moeten worden afgewogen tegen de belangen van de moeder en het kind bij niet-erkenning. Het belang van de moeder is daarbij in art. 1:204 lid 3 nader omschreven als het belang bij een ongestoorde verhouding met het kind. Het Hof heeft bij de beoordeling van het verzoek van de vader deze belangenafweging terecht tot uitgangspunt genomen.

3.6. (...)

3.7. Middel IV ten slotte bevat de klacht dat het Hof, door te oordelen dat van schade aan de belangen van het kind als bedoeld in art. 1:204 lid 3 slechts sprake is indien er ten gevolge van de erkenning door de man voor het kind reële risico's zijn dat het wordt belemmerd in een evenwichtige sociaal-psychologische en emotionele ontwikkeling, een te beperkte maatstaf heeft aangelegd bij de beantwoording van de vraag of erkenning de belangen van het kind niet zou schaden. Het middel faalt omdat 's hofs oordeel juist is. Anders dan het middel betoogt kan, nu de wetgever met het scheppen van de wettelijke mogelijkheid van vervangende toestemming juist heeft beoogd bij afstamming meer aansluiting te zoeken bij de biologische werkelijkheid, met name niet worden aanvaard dat reeds het enkele feit dat het kind (enige) weerslag ondervindt van de inbreuk die de erkenning maakt op het tussen hem en de echtgenoot van zijn moeder bestaande “family life”, schade aan zijn belangen als bedoeld in art. 1:204 lid 3 oplevert.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2001, 571, m.nt. JdB. Zie over vervangende toestemming tot erkenning ook HR 16 februari 2001, JOL 2001, 127 (gelijklopend aan bovenstaande beslissing), HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 464, HR 31 mei 2002, *NJ* 2002, 470, m.nt. JdB, HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, m.nt. JdB en HR 16 juni 2006, *NJ* 2006, 339.

Commentaar

De door de Hoge Raad in r.o. 3.4 bedoelde jurisprudentie onder het oude afstamingsrecht betreffende weigering door de moeder van haar toestemming tot erkenning is vermeld in Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 185, voetnoot 45.

21

HOGE RAAD  
31 oktober 2003

**Ontkenning vaderschap door bijzondere curator namens minderjarige**

Mr. A.M. van Leuven, in haar hoedanigheid van bijzondere curator over de minderjarige, te Amsterdam, verzoekster tot cassatie,

Partijen

tegen

1. de moeder,
  2. C., de (juridische) vader,
- verweerders in cassatie, niet verschenen.

Op 6 augustus 1998 is uit de moeder een zoon L. geboren. Op de dag van de geboorte was de moeder gehuwd met C., die ingevolge art. 1:199, aanhef en onder a, BW als vader wordt aangemerkt. Het huwelijk tussen de moeder en C. is enkele dagen na de geboorte, op 11 augustus 1998, ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van 1 juli 1998 in de registers van de burgerlijke stand. De moeder en C. zijn feitelijk uiteengegaan in september 1997. De moeder heeft sinds september 1997 een affectieve relatie met P. en voert met hem een gemeenschappelijke huishouding. Zij en P. stellen dat P. de biologische vader van de zoon is. Op 4 december 1999 is uit de relatie van de moeder en P. nog een dochter geboren. Bij beschikking van 29 december 1999 heeft de Rechtbank te Amsterdam op verzoek van de moeder, die stelde dat door omstandigheden noch door haar noch door C. tijdig stappen zijn ondernomen om het vaderschap van C. te ontkennen, mr. A.M. van Leuven tot bijzondere curator over de zoon benoemd. De bijzondere curator heeft in deze hoedanigheid bij op 2 mei 2001 ter griffie van de Rechtbank ingekomen verzoekschrift het vaderschap van C. ontkend en aan de Rechtbank verzocht de ontkenning gegrond te verklaren. De moeder heeft onder overlegging van een verklaring van P., waaruit blijkt dat deze zich als biologische vader beschouwt en bereid is de zoon te erkennen, de Rechtbank verzocht het verzoek in te willigen. C. heeft niet betwist dat P. de biologische vader is en heeft zich uitdrukkelijk aan het oordeel van de Rechtbank gerefereerd. De

Feiten en verloop  
van de procedure

**21**                      **Personen- en familierecht – Afstamming**

Rechtbank heeft bij beschikking van 29 mei 2002 de bijzondere curator in haar verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Het Hof heeft die beschikking op 23 januari 2003 bekrachtigd.

**Hoge Raad**

3.4. Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte middel wordt vooropgesteld dat, naar ook het Hof kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen, de tekst van art. 1:200 BW zich niet ertegen verzet dat het kind gedurende zijn minderjarigheid, vertegenwoordigd door een daartoe benoemde bijzondere curator, het vaderschap ontkent en een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning bij de Rechtbank indient en dat de wettekst evenmin aanknopingspunten biedt voor het stellen van de eis dat het kind in staat is tot een redelijke waardering van de belangen die bij een dergelijk verzoek van hemzelf een rol spelen. Voor het in cassatie bestreden oordeel dat vertegenwoordiging door een bijzondere curator in dit geval niet mogelijk is wegens het ontbreken van de nodige rijpheid van het kind, heeft het Hof steun gezocht in de hiervóór in 3.3 onder a vermelde passage uit de wetsgeschiedenis. Deze passage betreft echter, naar uit de weergave van de parlementaire behandeling in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4 en 2.5 blijkt, de vraag of de in art. 1:200 lid 5 BW gestelde termijn van één jaar na de geboorte voor de indiening van het verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning door de moeder niet zou moeten worden aangevuld met een hardheidsclausule en niet de vraag in welke gevallen vertegenwoordiging van een nog zeer jeugdig kind door een bijzondere curator mogelijk is. Dat bedoeld zou zijn de bevoegdheid van de bijzondere curator tot vertegenwoordiging in het kader van een procedure tot ontkenning van vaderschap te binden aan de eis van een zekere rijpheid van het kind, is niet aannemelijk. Daarbij is mede in aanmerking te nemen dat de bijzondere curator bevoegd is het kind te vertegenwoordigen in een door de moeder of door de wettige vader ingeleide procedure tot ontkenning van vaderschap, welke procedure ingevolge art. 1:200 lid 5 BW moet worden ingeleid binnen een jaar na de geboorte van het kind, onderscheidenlijk een jaar nadat de wettige vader bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind. De wetgever heeft derhalve in het ingrijpende karakter van de hier aan de orde zijnde kwesties op zichzelf geen beletsel gezien voor de vertegenwoordiging te dier zake van een nog zeer jeugdig kind door een bijzondere curator. Weliswaar gaat het bij de zo-even genoemde procedures om gevallen waarin het kind, anders dan in het onderhavige geval, niet zelf het initiatief tot de ontkenning neemt, maar ook in die gevallen zal de bijzondere curator bij de bepaling van het in rechte naar voren te brengen standpunt van het kind moeten betrekken niet alleen of de ontkenning van het vaderschap gegrond moet worden verklaard, maar ook of het belang van het kind niet vergt dat een beslissing over het vaderschap pas wordt genomen wanneer het kind zelf zich daarover een weloverwogen oordeel kan vormen.

3.5. Ook overigens biedt de wetsgeschiedenis onvoldoende steun voor de opvatting dat in afwijking van de wettekst een verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning dat door de bijzondere curator namens een nog zeer jeugdig kind is ingediend niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard of in het algemeen niet voor toewijzing in aanmerking zou komen. Daarbij is te bedenken dat de wettelijke regeling erin voorziet dat door de bijzondere curator zelfstandig wordt



getoetst of het belang van het kind is gediend met het al dan niet ontkennen van het vaderschap van de wettige vader en met de mogelijkheid dat het vervolgens door de biologische vader kan worden erkend, terwijl voor de gegrondverklaring van de ontkenning een beslissing van de rechter is vereist, die eveneens het belang van het kind centraal dient te stellen.

3.6. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin het belang van een zeer jeugdig kind meebrengt dat over de ontkenning van het vaderschap niet wordt beslist voordat het kind zelf zich daarover een weloverwogen oordeel kan vormen. Daarvan is evenwel geen sprake in een geval als het onderhavige, waarin het kind wordt opgevoed in het gezin van zijn moeder en zijn biologische vader, die bereid is het kind te erkennen, terwijl de wettige vader heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen inwilliging van het verzoek en waarin naar het oordeel van de bijzondere curator het belang van het kind zich ertegen verzet dat de juridische band met de voormalige echtgenoot van de moeder blijft voortduren totdat het kind zelf zich daarover een weloverwogen oordeel kan vormen, terwijl naar het oordeel van de bijzondere curator het belang van het kind ermee is gediend dat het kan worden erkend door zijn biologische vader, opdat de juridische status van het kind niet langer zal afwijken van zijn fysieke, sociale (emotioneel-psychologische) en maatschappelijke werkelijkheid. In een dergelijk geval moet worden aangenomen dat het belang van het kind bij het behouden van de mogelijkheid zelf op een later tijdstip ervoor te kiezen een met de biologische werkelijkheid strijdige juridische situatie te laten voortbestaan, nog maar zo weinig gewicht in de schaal legt dat het niet opweegt tegen het belang van het kind en de overige betrokkenen dat de juridische status van het kind in overeenstemming wordt gebracht met de biologische werkelijkheid, zoals deze volgens alle betrokkenen is. Zulks is slechts anders indien concrete aanwijzingen bestaan dat het eerstgenoemde belang nog wel van voldoende gewicht is.

3.7. Op grond van het hiervóór overwogene moet worden geoordeeld dat de door het Hof bekrachtigde beschikking van de Rechtbank tot niet-ontvankelijkverklaring van de bijzondere curator in haar verzoek blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De op het vorenstaande gerichte klachten van het middel zijn derhalve gegrond. De overige klachten behoeven geen behandeling. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. De stukken van het geding bieden geen aanknopingspunt voor het bestaan van enige concrete aanwijzing als aan het slot van 3.6 bedoeld. Zulks brengt mee dat de grieven 1, 2, 4 en 5 gegrond zijn en dat met vernietiging van de beschikkingen van het Hof en de Rechtbank het inleidend verzoek alsnog moet worden toegewezen.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het Hof te Amsterdam van 23 januari 2003;  
vernietigt de beschikking van de Rechtbank te Amsterdam van 29 mei 2002;  
wijst toe het inleidend verzoek tot gegrondverklaring van de ontkenning van het vaderschap.

**22** Personen- en familierecht – Afstamming

**Commentaar** De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2004, 315, m.nt. JdB, alsmede in *AA* 2004, p. 276-281, m.nt. AJMN.  
In de onderhavige beschikking gaat het om de 'afstammingscurator' van art. 1:212 BW, niet te verwarren met de gezagscurator van art. 1:250 BW. Zie ook art. 1:385 lid 1, aanhef, jo. art. 1:250 BW.

**22** HOGE RAAD  
12 november 2004

**Vernietiging door verwekker van erkenning door niet-verwekker**

**Partijen** De man (verwekker), te Groot-Brittannië, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
de moeder, verweerster in cassatie.

**Feiten** De moeder en de man hebben gedurende een jaar, tot medio 1996, een affectieve relatie gehad, uit welke relatie in 1996 M. is geboren. De man is de verwekker van M. Hij heeft M. niet erkend. De moeder is van rechtswege belast met het gezag over M. M. verblijft bij de moeder. Bij akte van 17 april 2001 is M. met toestemming van de moeder erkend door W., waarbij tevens is gekozen voor de naam W. als geslachtsnaam voor M.

**Verloop van de procedure** Met een op 3 januari 2002 ter griffie van de Rechtbank te Middelburg ingekomen verzoekschrift heeft de man zich gewend tot die Rechtbank en verzocht:  
a. de door W. gedane erkenning van de minderjarige M. aan te merken als nietig, althans deze te vernietigen;  
b. de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente H. te gelasten de akte van die erkenning van M. door W. door te halen;  
c. aan hem vervangende toestemming te verlenen M. te erkennen;  
d. de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente H. te gelasten een erkenningsakte op te maken, waarin M. wordt erkend door de man en waarbij zij de achternaam S. zal dragen.  
De moeder heeft het verzoek bestreden. De Rechtbank heeft bij beschikking van 29 mei 2002 de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek om de door W. gedane erkenning van de minderjarige M. aan te merken als nietig, althans deze te vernietigen, en voorts hetgeen meer of anders is verzocht afgewezen. Tegen deze beschikking heeft de man hoger beroep ingesteld bij het Hof te 's-Gravenhage. Bij beschikking van 28 mei 2003 heeft het Hof de bestreden beschikking, voor zover aan het oordeel van het Hof onderworpen, bekrachtigd en het in hoger beroep meer of anders verzochte afgewezen.  
De man heeft aan zijn hierboven onder a tot en met d vermelde verzoeken ten grondslag gelegd dat de moeder meermalen heeft geweigerd hem toestemming te geven tot erkenning en dat de erkenning door W. niet rechtsgeldig is, nu volgens de man de moeder uitsluitend om de door hem gewenste erkenning te doorkruisen aan W. toestemming tot erkenning heeft gegeven, zodat sprake was van mis-

bruik van recht en derhalve de vereiste toestemming ontbrak; hij heeft in dat verband betoogd dat hij met M. 'family life' heeft. Hij heeft zijn verzoek tot het verlenen van vervangende toestemming gegrond op art. 1:204 lid 3. De moeder heeft zich primair beroepen op niet-ontvankelijkheid van de man in zijn verzoek de erkenning door W. aan te merken als nietig, althans deze te vernietigen. Subsidiair heeft zij verzocht dit verzoek ongegrond te verklaren en de overige verzoeken van de man af te wijzen. Zij heeft daartoe aangevoerd dat de man jarenlang geen enkele poging heeft ondernomen M. te erkennen en dat zij geen misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid W. toestemming tot erkenning te verlenen, nu zij daarbij een rechtens te respecteren belang had, te weten de bevestiging van de hechte band die is ontstaan tussen W. en M., die thans in een hechte gezinssituatie door W. en de moeder wordt verzorgd en opgevoed.

3.5.1. (...) Bij de toepassing van deze bepaling (de Hoge Raad bedoelt art. 1:204 lid 3; toevoeging van mij, AJMN) komt het aan op een afweging van de belangen van de betrokkenen, waarbij tot uitgangspunt dient te worden genomen dat zowel het kind als de verwekker aanspraak erop heeft dat hun relatie rechtens wordt erkend als een familierechtelijke rechtsbetrekking. Door de rechter zullen het belang en de aanspraak van de man op erkenning moeten worden afgewogen tegen de belangen van de moeder en het kind bij niet-erkenning (...).

Hoge Raad

3.5.3. Uit dit een en ander (de Hoge Raad bedoelt de wetsgeschiedenis van art. 1:204 lid 3 jo. art. 1:205 lid 1, die hij uitvoerig heeft geciteerd in r.o. 3.5.2; toevoeging van mij, AJMN) moet worden afgeleid dat de wetgever het onder het nieuwe recht mogelijk heeft geacht dat de verwekker in een situatie waarin hij vervangende toestemming tot de erkenning heeft kunnen vragen maar zulks heeft nagelaten, met een beroep op misbruik van bevoegdheid de met toestemming van de moeder gedane erkenning van het kind aantast indien door de moeder toestemming tot erkenning door de niet-verwekker is gegeven met slechts het oogmerk de belangen van de verwekker te schaden. Gelet op het standpunt van de wetgever dat er geen reden is de verwekker die heeft nagelaten gebruik te maken van de bevoegdheid het kind met vervangende toestemming van de Rechtbank te erkennen, achteraf de mogelijkheid te bieden de door een andere man gedane erkenning te laten vernietigen, alsmede op de verstrekkende gevolgen die de vernietiging van een erkenning heeft, kan niet worden aangenomen dat bij de beantwoording van de vraag of bij het geven van toestemming aan een ander dan de verwekker sprake is geweest van misbruik van bevoegdheid een ruimere maatstaf moet worden gehanteerd dan zojuist is weergegeven. Indien in de hier bedoelde situatie niet kan worden gezegd dat de moeder bij het geven van toestemming aan een ander dan de verwekker slechts het oogmerk had de belangen van de verwekker te schaden, en waarin derhalve evenmin sprake is van het gebruiken van een bevoegdheid met een ander doel dan waarvoor zij is verleend noch van het ontbreken van een rechtens te respecteren belang bij het geven van die toestemming, heeft de wetgever blijkbaar aanvaard dat dan alleen het kind de erkenning moet kunnen vernietigen.

3.5.4. Daarmee heeft de wetgever het belang van de verwekker dat zijn relatie met het kind rechtens wordt erkend als een familierechtelijke relatie niet uit het oog

verloren en is hij (de wetgever) evenmin eraan voorbijgegaan dat in het nieuwe afstammingsrecht is beoogd meer aansluiting te zoeken bij de biologische werkelijkheid. De wetgever heeft immers, kennelijk mede met het oog op het belang van het kind, een regeling willen geven die voorkomt dat een eenmaal met toestemming van de moeder totstandgekomen erkenning en daarmee de juridische status van het kind worden aangevochten, en daarop – afgezien van het geval dat het kind zelf de erkenning wil aantasten – slechts een beperkte uitzondering willen maken.

3.5.5. Opmerking verdient dat het met de hiervóór aangehaalde parlementaire geschiedenis strookt in gevallen waarin de verwekker niet of niet tijdig om vervangende toestemming heeft kunnen vragen, bijvoorbeeld omdat hem niet bekend was dat hij de verwekker van het betrokken kind is, een minder strikte maatstaf te hanteren, te weten: of de moeder, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen de belangen van de verwekker bij erkenning en de daartegenover staande belangen van de moeder – telkens in verband met de belangen van het kind –, in redelijkheid tot het verlenen van toestemming aan de andere man heeft kunnen komen.

(...)

3.7.2. Met zijn oordeel dat de moeder een in rechte te respecteren belang heeft bij haar weigering toestemming te verlenen tot de erkenning van M. door de man, waarin gelet op het zojuist overwogene besloten ligt dat zij ook een in rechte te respecteren belang had bij het geven van haar toestemming aan W., heeft het Hof niet blijk gegeven van miskennis van de juiste, hiervóór in 3.5.3 weergegeven maatstaf. Deze maatstaf is hier terecht toegepast, omdat naar het kennelijke oordeel van het Hof zich hier de situatie voordoet dat de man tijdig voordat M. met toestemming van de moeder op 17 april 2001 door W. werd erkend, een verzoek om vervangende toestemming bij de Rechtbank heeft kunnen indienen: de man heeft immers gesteld dat hij regelmatig vanaf de geboorte van M. in 1996 tevergeefs aan de moeder toestemming heeft gevraagd en (...) het Hof (is) ervan uitgegaan dat de man ook geen verzoek om vervangende toestemming heeft gedaan nadat de moeder aan de advocaat van de man had medegedeeld dat zij en W. erover dachten om M. door W. te laten erkennen.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2005, 248, m.nt. JdB, alsmede in *AA* 2005, p. 733-738, m.nt. AJMN.

De Hoge Raad herhaalt in de hierboven opgenomen passage uit r.o. 3.5.1 zijn eerdere beslissing over de betekenis van art. 1:204 lid 3 BW (zie HR 16 februari 2001, *NJ* 2001, 571, hierboven nr. 20).

23

**HOGE RAAD**

15 februari 2008

(concl. A-G Langemeijer)

**Ontkenning vaderschap door vader**

De man, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*

de vrouw, verweerster in cassatie, en  
mr. A.B. Baumgarten, in zijn hoedanigheid van bijzonder curator over het in  
2003 geboren minderjarige kind, belanghebbende in cassatie, niet verschenen.

**Partijen**

De man en de moeder zijn op 15 september 2001 met elkaar gehuwd. Tijdens het  
huwelijk, in 2003, is de moeder bevallen van een zoon. Op grond van art. 1:199,  
aanhef en onder a, BW geldt de man als de vader van het kind.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

De man heeft in dit geding het vaderschap van het kind ontkend. Hij verzocht  
primair deze ontkenning gegrond te verklaren en subsidiair dat een deskundigen-  
onderzoek als bedoeld in art. 194 Rv zal worden uitgevoerd.

De ingevolge art. 1:212 BW door de rechtbank benoemde bijzondere curator  
heeft zich op het standpunt gesteld dat een DNA-onderzoek naar het biologische  
vaderschap van de man in het belang van het kind is.

De moeder heeft zich aanvankelijk tegen beide onderdelen van het verzoek ver-  
zet. Vervolgens heeft zij evenwel door tussenkomst van haar raadsman schriftelijk  
erkend dat de man niet de vader van het kind is. Tijdens de behandeling van de  
zaak ter terechtzitting in eerste aanleg heeft de moeder onder meer verklaard: 'Als  
de man zich niet als vader opstelt, dan verdient hij het niet om vader te zijn. (...)  
Ik heb geen overspel gepleegd en er is geen derde in het spel. Ik vind een DNA-  
onderzoek vernederend. Er is geen reden om aan het vaderschap van de man te  
twijfelen, ik ben ervan overtuigd dat hij de vader is'. Daarop heeft de rechtbank  
de verzoeken afgewezen, kort gezegd omdat de man onvoldoende heeft onder-  
bouwd dat hij niet de biologische vader van het kind is, nu uit zijn eigen stelling-  
gen voortvloeit dat hij dit wel *kán* zijn.

Tijdens de mondelinge behandeling van het door de man tegen deze beschikking  
ingestelde hoger beroep heeft de Advocaat-Generaal het standpunt ingenomen  
dat het in het belang van het kind wenselijk is dat een DNA-onderzoek wordt  
gelast. De bijzondere curator heeft zich hierbij aangesloten. Het hof heeft in zijn  
tussenbeschikking bepaald dat een DNA-onderzoek moet plaatsvinden waaraan  
de man en de moeder hun medewerking zullen verlenen. Het hof oordeelde  
daartoe, kort gezegd, dat de erkenning door de vrouw dat de man niet de biolo-  
gische vader van het kind is, niet overtuigt, nu deze erkenning volgens haar eigen  
verklaring uitsluitend is gedaan ter voorkoming van onnodig en vernederend  
DNA-onderzoek. Het hof voegde daaraan toe dat de bezwaren van de moeder  
niet opwegen tegen datgene wat het belang van het kind vergt (rov. 8-9).

De moeder heeft vervolgens geweigerd haar medewerking te verlenen aan het

DNA-onderzoek. Daarop heeft het hof in zijn eindbeschikking de bestreden beschikking bekrachtigd, daartoe met name overwegend:

‘De moeder heeft naar het oordeel van het hof met haar houding, door niet te willen meewerken aan DNA-onderzoek, niet in het belang van het kind gehandeld. Het is juist in het belang van het kind dat er duidelijkheid bestaat met betrekking tot de vraag of de man zijn biologische vader is. Het hof is evenwel van oordeel dat de uitlatingen en gedragingen van de moeder niet de conclusie kunnen rechtvaardigen dat de man niet de biologische vader van het kind is. De moeder heeft weliswaar tegenstrijdige verklaringen afgelegd. Zij heeft eerst erkend dat de man niet de biologische vader is van het kind en later verklaard dat hij dat wél is. Echter, daar staat tegenover dat de man zijn vermoeden dat hij niet de biologische vader van het kind is niet met concrete feiten of omstandigheden heeft gestaafd. De moeder betwist met klem dat zij omgang met een andere man heeft gehad. Zij stelt dat zij, wanneer zij niet op haar werk was, altijd thuis was en dat de sociale controle groot was; de ouders van de man wisten altijd waar zij was. Het hof overweegt voorts dat het kind staande huwelijk is geboren, terwijl ook tussen partijen vaststaat dat zij gemeenschap met elkaar hebben gehad. Het hof zal onder deze omstandigheden de bestreden beschikking dan ook bekrachtigen.’ (rov. 5).

**Hoge Raad**

3.3. Onderdeel 2.2.1 houdt, kort gezegd, in dat het hof in zijn tussenbeschikking weliswaar in het belang van het kind een DNA-onderzoek heeft gelast, maar dat onduidelijk is gebleven wat het hof heeft gedaan met het verzoek van de man om in zijn belang dit onderzoek te gelasten. Het hof heeft miskend dat het een beslissing had moeten nemen op de grondslag die de man in het verzoekschrift had aangevoerd, dan wel nagelaten inzicht te geven in zijn gedachtegang. Voor zover de tussenbeschikking berust op een belangenafweging, heeft het hof miskend dat er geen plaats was voor een belangenafweging omdat het hier gaat om de vaststelling van de staat van een persoon. Dit gebrek werkt door in de eindbeschikking, aldus nog steeds het onderdeel.

3.4. In het midden kan blijven of het bevel dat het hof in zijn tussenbeschikking heeft gegeven, mede berustte op het subsidiaire verzoek van de man. Na te zijn geconfronteerd met de (herhaalde) weigering van de vrouw haar medewerking te verlenen aan een DNA-onderzoek, behoefde het hof in elk geval niet uitdrukkelijk nog een beslissing te geven over het subsidiaire verzoek van de man. Aangezien het verlenen van medewerking aan zo'n onderzoek niet rechtens afdwingbaar is, had het immers onder de gegeven omstandigheden geen zin ditzelfde bevel nogmaals te geven. In de eindbeschikking ligt besloten dat het subsidiair door de man verlangde onderzoek op deze grond door het hof is geweigerd. Van belangenafweging in dit verband is geen sprake. Het onderdeel kan dus niet tot cassatie leiden.

3.5. Onderdeel 2.2.2 bevat twee klachten. De eerste klacht houdt in dat het hof had moeten oordelen dat de man aan zijn stelplicht heeft voldaan en dus kan worden toegelaten tot (tegen)bewijs tegen het wettelijk vermoeden dat hij de biologische vader is van het kind. De tweede klacht betoogt dat het hof, gelet op de weigering van de moeder, had moeten oordelen dat de man is geslaagd in het leveren van tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden van zijn vaderschap.

3.6. Voor zover de eerste klacht van het onderdeel het leveren van bewijs door een DNA-onderzoek betreft, stuit zij af op hetgeen bij de beoordeling van onder-

deel 2.2.1 is overwogen. Voor zover de klacht mede is gericht op het leveren van bewijs langs andere weg, kan zij geen doel treffen omdat de man in de beide feitelijke instanties zijn stellingen uitsluitend heeft toegespitst op het verrichten van een DNA-onderzoek (zie inleidend verzoekschrift nummers 9 en 18; pleitnotitie in eerste aanleg; hoger beroepschrift grief 1). In zoverre is dus sprake van een nieuwe stelling van feitelijke aard die niet voor het eerst in cassatie naar voren kan worden gebracht.

De tweede klacht van het onderdeel miskent dat het hier gaat om een rechtsgevolg dat niet ter vrije beschikking van partijen staat, namelijk het ontstaan van een familierechtelijke rechtsbetrekking tussen het kind en de man met wie de moeder op het tijdstip van de geboorte is gehuwd. Daarom komt aan de procesuele opstelling van de moeder in een geding waarin de man het van rechtswege ontstane vaderschap ontkent, niet de betekenis toe die het onderdeel daaraan hecht.

3.7. De onderdelen 2.2.3 en 2.2.4 houden achtereenvolgens in dat het hof heeft miskend dat de moeder in en buiten rechte heeft erkend dat de man niet de biologische vader van het kind is, en dat van een gerechtelijke erkentenis slechts onder bepaalde voorwaarden mag worden teruggekomen, die in dit geval niet zijn vervuld.

De onderdelen kunnen bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Zoals hiervoor in 3.6 is overwogen, gaat het hier immers om een rechtsgevolg dat niet ter vrije beschikking van partijen staat.

3.8. Ook de overige in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien artikel 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechts-eenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2008, 106.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 708-710 en Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 179.

Commentaar

## Personen- en familierecht – Adoptie

24

**HOGE RAAD**

30 juni 2000

(concl. A-G Moltmaker)

**Leeftijdsverschil bij (stiefouder)adoptie**

**Partijen** V., te H., verzoeker tot cassatie (de stiefvader),  
*tegen*  
1. E., te H. (de moeder),  
2. B., te T. (de vader),  
verweerders in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure** De stiefvader verzoekt in deze procedure de adoptie uit te spreken van G. en A. De Rechtbank heeft hem in dat verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Het Hof heeft in hoger beroep het verzoek afgewezen op de grond dat niet is voldaan aan de voorwaarde voor adoptie vermeld in art. 1:228 lid 1, aanhef en onder c, BW, omdat het leeftijdsverschil tussen de stiefvader en de beide minderjarigen minder dan achttien jaren bedraagt.

**Hoge Raad** 3.2. Onderdeel 1 van het middel keert zich tegen de overweging van het Hof dat de afwijzing van het verzoek niet in strijd is met art. 8 EVRM. Volgens het onderdeel moet ieder verzoek tot adoptie getoetst worden aan die bepaling en/of aan art. 12 EVRM.  
Het onderdeel faalt. Aan die bepalingen kan wel het recht op bescherming van het tussen ouders en een door hen geadopteerd kind bestaande gezinsleven worden ontleend, doch niet het recht om een kind te adopteren zonder dat wordt voldaan aan de door de wet voor adoptie gestelde eisen. Dat adoptie niet mogelijk is omdat niet is voldaan aan de in 3.1 vermelde wettelijke voorwaarde (bedoeld is de voorwaarde voor adoptie vermeld in art. 1:228 lid 1, aanhef en onder c, BW; toevoeging van mij, AJMN), kan voorts niet worden aangemerkt als een inmeniging als bedoeld in art. 8 (EVRM; toevoeging van mij, AJMN).  
3.3. Onderdeel 2 betoogt dat de omstandigheden van het geval aanleiding dienen te zijn af te wijken van de regel dat er een minimaal leeftijdsverschil dient te zijn. Ook dit onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Uit hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal Moltmaker onder 2.2.1-2.2.4 blijkt dat de wetgever in het belang van het kind te dezer zake een duidelijke keuze heeft gemaakt om te voorkomen dat er een te klein (of te groot) verschil in leeftijd tussen de verzoeker tot adoptie en het kind bestaat. Aan de rechter komt niet de vrijheid



toe daarvan af te wijken op grond van de omstandigheden van het geval. De beslissing van het Hof is dus juist.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2001, 103, m.nt. JdB.

Zie Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 193.

Commentaar

25

**HOGE RAAD**

27 oktober 2000

(concl. A-G Moltmaker)

**Misbruik van bevoegdheid ten aanzien van vetorecht bij stiefouder-adoptie**

T., wonende te R., verzoeker tot cassatie (de vader),

*tegen*

1. L. (de stiefvader),

2. L.-G. (de moeder),

beiden wonende te A., verweerders in cassatie.

Partijen

1. Verzoeker tot cassatie (de vader) en verweerster in cassatie sub 2 (de moeder) hebben van 1988 tot 1993 een relatie gehad. Onderscheidenlijk in 1986, 1989 en 1991 zijn uit de moeder geboren S., I. en Y. De vader heeft deze kinderen erkend. Hij is de biologische vader van I. en Y.

2. In mei 1993 heeft de moeder de relatie verbroken en heeft onderdak gezocht in een Blijf van mijn lijf-huis. Sinds 1 maart 1994 vormt moeder met verweerder in cassatie sub 1 (de stiefvader) en haar kinderen een gezin. Zij zijn op 31 mei 1995 met elkaar gehuwd. Zij hebben samen een zoon.

3. Bij beschikking van 26 april 1995 heeft de Rechtbank te Rotterdam een omgangsregeling vastgesteld tussen I. en Y. en de vader. De omgangsregeling betrof ook S., maar was voor hem niet dwingend. S. heeft geen contact meer gehad met zijn vader sinds mei 1993. I. en Y. hebben hun vader voor het laatst op 9 februari 1997 gezien. Tot die tijd heeft de omgang steeds in aanwezigheid van de stiefvader plaatsgehad.

4. Bij arrest van het Hof te Arnhem van 20 januari 1998 is de vader ter zake van overtreding van art. 250ter Sr (mensenhandel) onherroepelijk veroordeeld tot (onder meer) een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van veertien maanden.

Feiten

De moeder en de stiefvader hebben een verzoekschrift ingediend strekkende tot adoptie van S., I. en Y. De vader heeft tegen het verzoek gemotiveerd bezwaar gemaakt. De Rechtbank te Zutphen heeft bij beschikking van 22 januari 1999 het verzoek afgewezen.

Verloop van de procedure

25 **Personen- en familierecht – Adoptie**

De moeder en de stiefvader zijn van deze beschikking in hoger beroep gekomen bij het Hof te Arnhem. De vader is op de mondelinge behandeling verschenen, maar heeft geen verweerschrift ingediend. S. is door het Hof gehoord. Het Hof heeft de beschikking van de Rechtbank vernietigd en heeft het verzoek alsnog toegewezen.

Het Hof gaat voorbij aan het door de vader uitgesproken vetorecht. Naar het oordeel van het Hof maakt de vader misbruik van zijn bevoegdheid daartoe en wel omdat hij, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het door hem gestelde belang bij de uitoefening van zijn bevoegdheid en het belang van de kinderen bij adoptie door de stiefvader en de moeder, dat door uitoefening van die bevoegdheid wordt geschaad, in redelijkheid niet tot de uitoefening had kunnen komen. Bij de beoordeling van het belang van de kinderen neemt het Hof ook hier in het bijzonder in aanmerking dat de kinderen al lange tijd, zeker gezien hun nog jeugdige leeftijd, door de stiefvader en de moeder tezamen zijn verzorgd en opgevoed.

**Conclusie A-G**

2.1.1. Omdat in deze procedure het inleidend verzoekschrift is ingediend vóór het tijdstip van inwerkingtreding van het nieuwe afstammings- en adoptierecht op 1 april 1998, heeft het Hof terecht de art. 1:227 e.v. BW, zoals deze luiden vóór 1 april 1998, toegepast (art. III lid 1 Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772).

2.2.1. In dit verband is van belang de beschikking HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 455, waarin de Hoge Raad in r.o. 3.5 overwoog:

“Ofschoon het vetorecht aan de andere ouder is toegekend omdat adoptie het voor hem ingrijpende gevolg heeft dat zij de tussen hem en zijn kind bestaande familierechtelijke betrekkingen beëindigt, behoort de andere ouder bij het uitoefenen van deze bevoegdheid het belang van het kind zwaar te laten wegen. Voorts zal in de regel het belang van het kind om door de adoptanten te worden geadopteerd toenemen naarmate het door hen langer is verzorgd en opgevoed (HR 20 mei 1994, *NJ* 1994, 626).”

2.2.2. Het middel bevat slechts motiveringsklachten, die voornamelijk de waardering door het Hof van het belang van de vader bij uitoefening van diens vetorecht betreffen. De vader betoogt in de eerste plaats dat de beslissing van het Hof onbegrijpelijk is omdat die ertoe zal leiden dat het contact tussen de vader en de kinderen niet meer hersteld zal worden. Deze klacht faalt. Ingevolge art. 1:229 lid 3 BW (oud) staat adoptie niet in de weg aan omgang met de niet-adopterende ouder. De vader had de Rechtbank kunnen verzoeken te bepalen dat de kinderen en hij gerechtigd blijven tot omgang met elkaar. Op grond van art. 1:377f BW kan hij alsnog verzoeken een omgangsregeling vast te stellen. Zie ook r.o. 4.9, tweede volzin, van de beschikking van het Hof.

2.2.3. De tweede klacht is gericht tegen r.o. 4.10, waarin het Hof tot zijn oordeel komt dat de vader misbruik maakt van zijn bevoegdheid de adoptie te blokkeren. De vader klaagt dat het Hof met de door het Hof gebruikte “toverformule” geen inzicht in zijn redenering heeft gegeven.

De klacht wordt tevergeefs voorgesteld. Het Hof heeft – overeenkomstig HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 455 – een afweging gemaakt van de belangen van de vader bij uitoefening van zijn vetorecht enerzijds (r.o. 4.8 en 4.9) en het belang van de kinderen bij adoptie anderzijds (r.o. 4.5 en 4.6). Aan de conclusie in r.o. 4.10 gaat der-

halve een uitvoerig gemotiveerde en niet onbegrijpelijke afweging van belangen vooraf.

2.2.4. Voorts klaagt de vader dat het onbegrijpelijk is dat het Hof (in r.o. 4.6) belang heeft gehecht aan de rapportages van het Blijf van mijn lijf-huis, gezien zijn betwisting van de inhoud daarvan.

Ook deze klacht faalt. 's Hofs oordelen berusten op een aan het Hof voorbehouden waardering van de overgelegde stukken en de verklaringen van de moeder en S. enerzijds en de betwisting daarvan door de vader anderzijds. Het Hof is kennelijk van oordeel geweest dat de betwisting van die verklaringen door de vader onvoldoende gemotiveerd was. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk. De conclusie die het Hof heeft getrokken uit die stukken en verklaringen, namelijk dat de kinderen niets meer hebben te verwachten van de vader als verzorger en opvoeder, acht de Advocaat-Generaal evenmin onbegrijpelijk.

2.2.5. Onbegrijpelijk acht de vader voorts dat het Hof geen onderscheid heeft gemaakt tussen S. enerzijds, van wie de vader niet de biologische vader is, en I. en Y. anderzijds, van wie hij dat wel is.

De klacht faalt. Hetgeen het Hof heeft overwogen met betrekking tot het belang van de kinderen bij adoptie door hun moeder en stiefvader geldt immers voor alle drie de kinderen: alle drie de kinderen hebben het door de vader gebruikte geweld meegemaakt en zij zijn allen gedurende een relatief lange periode verzorgd en opgevoed door de moeder en de stiefvader.

2.2.6. De laatste klacht betreft het feit dat het Hof in zijn overwegingen heeft betrokken dat de vader strafrechtelijk veroordeeld is. Het strafbare feit heeft niets te maken met de waarde van de vader als verzorger en opvoeder, aldus de vader. De desbetreffende overweging van het Hof is gemaakt in het kader van 's hofs oordeel dat gelet op de in r.o. 4.5 en 4.6 vermelde omstandigheden, adoptie in het belang van de kinderen is en met name dat zij van de vader als verzorger en opvoeder niets meer hebben te verwachten. Dit oordeel is feitelijk en niet onbegrijpelijk, zodat ook deze klacht niet tot cassatie kan leiden.

De Advocaat-Generaal bevindt het middel in al zijn onderdelen ongegrond en concludeert tot verwerping van het beroep.

### 3. *Beoordeling van het middel*

Het middel faalt op de gronden uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal Moltmaker.

### 4. *Beslissing*

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

**Hoge Raad**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2001, 104, m.nt. JdB.

Weliswaar is de beschikking onder vigeur van het oude adoptierecht geweest, maar de beslissing blijft ook van belang voor het sinds 1 april 1998 ingevolge de Wet van 24 december 1997, Stb. 772, geldende adoptierecht (art. 1:228 lid 1, aanhef en onder d, en lid 2 BW; zie ook art. 3:15 jo. art. 3:13 BW). De Wet van 21 december 2000, Stb. 2001, 10, in werking getreden op 1 april 2001, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (adoptie door personen van het-

**Commentaar**

**26** Personen- en familierecht – Adoptie

zelfde geslacht) heeft geen wijzigingen meer aangebracht in de regels betreffende stiefouderadoptie zelf, afgezien van toevoeging van een nieuwe algemene – voor alle adopties geldende – voorwaarde, die inhoudt dat op het tijdstip van het verzoek tot adoptie moet vaststaan en voor de toekomst redelijkerwijs moet zijn te voorzien dat het kind niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder heeft te verwachten. Laatstgenoemde wet heeft uiteraard wel ten gevolge dat de adopterende stiefouder thans van hetzelfde geslacht als de eigen ouder kan zijn.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 766a en 774, alsmede Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 193.

Zie over misbruik van bevoegdheid ten aanzien van vetorecht bij stiefouderadoptie ook HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 437, HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438, m.nt. WH-S, HR 20 mei 1994, *NJ* 1994, 626, m.nt. WH-S en HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 455.

**26** HOGE RAAD  
24 september 2004

**Verbod van grootouderadoptie**

**Partij** De grootmoeder, verzoekster tot cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure** De grootmoeder is moeder van D. (de moeder), uit wie is geboren M. (het kind). Het kind is verwekt bij een aanranding; van de aanranding is geen aangifte gedaan. De verwekker weet niet dat hij de vader van het kind is. De moeder heeft het gezag over het kind. Het kind wordt vanaf de geboorte verzorgd en opgevoed door de grootmoeder. De moeder heeft de eerste negen levensjaren van het kind bij de grootmoeder en het kind in huis gewoond. Het kind is verstandelijk gehandicapt en is niet op de hoogte van het feit dat de grootmoeder niet haar moeder is.

In dit geding heeft de grootmoeder de Rechtbank verzocht de adoptie van het kind door haar uit te spreken. In het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval beriep zij zich daartoe met name op art. 8 EVRM.

De Rechtbank heeft het verzoek afgewezen, daartoe overwegend dat adoptie niet een door het EVRM beschermd recht is en dat het verzoek niet voldoet aan de door de wet voor adoptie gestelde voorwaarden.

Het Hof heeft deze beschikking bekrachtigd. Het hanteerde daartoe in de kern dezelfde gronden als de Rechtbank.

**Hoge Raad** 3.3. Het tegen deze beslissing gerichte middel kan geen doel treffen. Terecht heeft het Hof overwogen dat art. 1:228 lid 1, aanhef en onder b, BW, dat als voorwaarde voor adoptie stelt dat het kind niet is een kleinkind van een adoptant, zich tegen toewijzing van het verzoek verzet. Deze bepaling is, nadat aanvankelijk

schrapping daarvan was overwogen, uiteindelijk welbewust door de wetgever gehandhaafd, zulks blijkens de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van enige bepalingen betreffende de adoptie in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering:

“Voorwaarde voor adoptie is blijkens art. 228, onder b, Boek 1 BW, dat het kind niet is een wettig of natuurlijk kind van een van hen. De adoptie (...) door de grootouders van hun kleinkind is hiermee uitgesloten.

Het voorontwerp voorzag erin dit adoptieverbod in zijn geheel te doen vervallen. Gelet op de omstandigheid dat het College van Advies voor de Kinderbescherming de kleinkinderadoptie met de grootst mogelijke meerderheid heeft afgewezen – het college vreest identiteitsproblemen in de (groot)ouder-kindrelatie en acht het gevaar van grootouder-usurpatie niet denkbeeldig – heb ik gemeend de mogelijkheid van adoptie van kleinkinderen niet in het thans ingediende ontwerp te moeten opnemen.” (*Kamerstukken II 1977/78*, 14 824, nrs. 1-3, p. 5-6).

Nadat de leden van de fractie van de Partij van de Arbeid erop hadden gewezen dat grootouders in een groot aantal gevallen aan het leeftijdvereiste van art. 1:228, aanhef en onder c, BW zullen voldoen, in het licht waarvan hun niet duidelijk was waarom de mogelijkheid van adoptie door grootouders niet was voorgesteld, handhaafde de minister bij memorie van antwoord zijn standpunt:

“Ik ben van mening dat adoptie door de grootouders van hun kleinkind niet mogelijk behoort te worden gemaakt. Hieraan doet niet af dat veel grootouders aan de voorwaarde van art. 228, onder c, zouden voldoen. De – ook voor mij doorslaggevende – reden om adoptie door grootouders niet mogelijk te maken is een andere: de door het College van Advies voor de Kinderbescherming voorziene identiteitsproblemen in de (groot)ouder-kindrelatie en het gevaar van grootouder-usurpatie.” (*Kamerstukken II 1978/79*, 14 824, nr. 6, p. 4).

Terecht heeft het Hof zich niet vrij geacht deze uitdrukkelijke en weloverwogen in de wet gehandhaafde bepaling opzij te zetten op grond van de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval.

3.4. Eveneens terecht heeft het Hof overwogen dat de zojuist aangehaalde wettelijke bepaling niet in strijd is met art. 8 EVRM. Aan deze bepaling (en aan art. 12 EVRM) kan wel het recht op de bescherming van het tussen ouders en een door hen geadopteerd kind bestaand gezinsleven worden ontleend, doch niet het recht om een kind te adopteren zonder dat wordt voldaan aan de door de wet voor adoptie gestelde eisen (HR 30 juni 2000, nr. R99/181, *NJ* 2001, 103). De Europese Conventie garandeert immers niet een recht op adoptie (EHRM 26 februari 2002, *EHRM* 2002, 30, § 32).

3.5. Voor zover het middel over vorenstaande beslissingen klaagt, faalt het op de bovengenoemde gronden.

Ook de overige in het onderdeel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu deze klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

**27**      **Personen- en familierecht – Adoptie**

**Commentaar**      De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2005, 16, alsmede in *AA* 2005, p. 28-31, m.nt. AJMN.  
De beschikking HR 30 juni 2000, *NJ* 2001, 103, waarnaar de Hoge Raad in r.o. 3.4 verwijst, is hierboven opgenomen in nr. 24.

**27**      **HOGE RAAD**  
21 april 2006  
(concl. A-G Wesseling-van Gent)

**Afwijzing adoptie**

**Partijen**      1. Verzoekster, en  
2. de moeder, verzoeksters tot cassatie,  
*tegen*  
de man, verweerder in cassatie.

**Feiten**      De moeder is zwanger geworden door kunstmatige inseminatie met het zaad van de man. Uit deze zwangerschap is in 2000 de dochter geboren.  
De moeder en verzoekster hebben een affectieve relatie. Zij voeren sinds 1993 een gemeenschappelijke huishouding en zijn op 20 maart 2002 met elkaar gehuwd. De dochter verblijft sinds haar geboorte bij de moeder en verzoekster. De moeder en verzoekster oefenen gezamenlijk het ouderlijk gezag uit over de dochter.  
Sinds mei 2001 heeft de man volgens een door partijen overeengekomen regeling eenmaal per drie weken gedurende enkele uren omgang met de dochter bij de moeder en verzoekster thuis.

**Verloop van de procedure**      De man heeft de rechtbank te Utrecht in november 2000 verzocht hem vervangende toestemming in de zin van art. 1:204 lid 3 BW te verlenen om de dochter te erkennen, welke vervangende toestemming door de rechtbank bij beschikking van 14 maart 2001 is verleend. Verzoekster is van deze beschikking in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Amsterdam. Het hof heeft bij beschikking van 22 november 2001 de beschikking van de rechtbank Utrecht vernietigd en de man niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek. Het hiertegen ingestelde cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen bij beschikking van 24 januari 2003, nr. R02/007, *NJ* 2003, 386.  
In dit geding hebben de moeder en verzoekster verzocht de (stiefouder)adoptie door verzoekster van de dochter uit te spreken. De man heeft te kennen gegeven niet met het verzoek in te stemmen. De rechtbank heeft in haar tussenbeschikking geoordeeld dat de man in dit geding niet als belanghebbende in de zin van art. 798 Rv kan worden aangemerkt, omdat zijn contacten met de dochter dermate summier zijn dat niet kan worden gezegd dat tussen de man en de dochter ‘family life’ bestaat als bedoeld in art. 8 EVRM. In haar eindbeschikking heeft de

rechtbank geoordeeld dat de verzochte adoptie in het kennelijk belang van de dochter is en dat aan de wettelijke voorwaarden en formaliteiten is voldaan. Daarom heeft zij de gevraagde adoptie uitgesproken.

Anders dan de rechtbank heeft het hof geoordeeld dat tussen de man en de dochter wél 'family life' bestaat in de zin van art. 8 EVRM. Dat gevoegd bij het feit van het donorschap heeft het hof geleid tot het oordeel dat de man ouder is in de zin van art. 1:227 BW en dat hij derhalve het door art. 798 Rv vereiste rechtstreeks belang heeft bij zijn verzet tegen de adoptie (rov. 5.3-5.4).

Door adoptie wordt juridisch ouderschap gecreëerd en worden alle juridische banden met de oorspronkelijke ouder verbroken. Dit maakt dat adoptie met veel waarborgen moet zijn omgeven. De man stelt dat hij een rol wil en kan spelen in het leven van de dochter, maar hij krijgt daarvoor vooralsnog weinig ruimte van de moeder en verzoekster. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat het kind niets meer van de man in zijn hoedanigheid van ouder heeft te verwachten (rov. 5.5-5.8).

Op deze gronden heeft het hof de beide beschikkingen van de rechtbank vernietigd en het verzoek van de moeder en verzoekster alsnog afgewezen.

3.3. Onderdeel 4 van het tegen de beschikking van het hof aangevoerde middel – de onderdelen 1-3 bevatten slechts een inleiding – is gericht tegen hetgeen het hof in de rov. 5.3 en 5.4 heeft overwogen. Het onderdeel strekt ertoe dat de door het hof aangenomen contacten tussen de man en de dochter dermate summier zijn dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven, althans zijn oordeel onbegrijpelijk heeft gemotiveerd, door deze contacten aan te merken als family life in de zin van art. 8 EVRM en mede op grond daarvan de man aan te merken als ouder in de zin van art. 1:227 lid 3 BW.

Hoge Raad

In de door het onderdeel bestreden overwegingen heeft het hof beoordeeld of de man in deze adoptieprocedure als belanghebbende in de zin van art. 798 Rv kan worden aangemerkt. In aanmerking genomen dat de man wel de biologische vader van de dochter is, maar – als zaaddonor – niet haar verwekker, heeft het hof in dit verband terecht mede de eis gesteld dat tussen de man en de dochter sprake is van family life in de zin van art. 8 EVRM (vgl. HR 29 september 2000, nr. R99/171, NJ 2000, 654). Nadat het hof tot het oordeel was gekomen dat ook aan laatstbedoelde eis was voldaan heeft het, mede geleet op de wetsgeschiedenis als aangehaald in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.16-2.19, terecht geoordeeld dat deze beide omstandigheden tezamen – biologisch vaderschap en family life van de man met de dochter – meebrengen dat de man ouder is in de zin van art. 1:227 lid 3 BW en derhalve het door art. 798 Rv vereiste rechtstreekse belang heeft bij zijn verzet tegen de adoptie. De rechtsklachten van het onderdeel falen dus.

Voor zover het onderdeel ook een motiveringsklacht bevat, kan deze evenmin doel treffen. Het oordeel van het hof dat tussen de man en de dochter family life bestaat – welk oordeel het hof heeft gegrond op het donorschap, de voor de conceptie gemaakte afspraken over het contact tussen de man en het kind na de geboorte en de reeds geruime tijd plaatsvindende omgang tussen hen beiden – is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering dan het hof heeft gegeven.

Het onderdeel voert verder aan dat het de man niet is toegestaan de dochter te erkennen (waarmee het blijkbaar doelt op de beslissing in het hiervoor (...) aangehaalde geding) en dat, mede op die grond, de man geen blokkerende positie mag innemen ten aanzien van het gerechtvaardigde verlangen van de moeder en verzoekster samen het juridisch ouderschap over de dochter te verkrijgen. Ook deze klacht gaat niet op omdat de vragen of de moeder misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid om toestemming tot erkenning van de dochter door de man te weigeren, en of verzoekster de dochter mag adopteren, onafhankelijk van elkaar moeten worden beantwoord.

3.4. Onderdeel 5 is gericht tegen hetgeen het hof in rov. 5.5-5.8 heeft overwogen. Het onderdeel voert in de eerste plaats aan dat een donor zich niet kan opdringen en zich een rol toe-eigenen die hem niet is toegedacht en die hij in feite niet heeft.

Voor zover deze klacht een herhaling is van de laatste klacht van onderdeel 4, faalt zij op dezelfde grond als hiervoor in 3.3 (laatste alinea) uiteengezet. Voor zover deze klacht daarnaast zelfstandige betekenis heeft, stuit zij erop af dat het hof in het kader van art. 1:227 lid 3 BW diende te onderzoeken, zoals het heeft gedaan, of op het tijdstip van het verzoek tot adoptie vaststaat, en voor de toekomst redelijkerwijs is te voorzien, dat de dochter niets meer van de man in zijn hoedanigheid van ouder heeft te verwachten. Het antwoord op de vraag of de man, door zich tegen de adoptie te verzetten, een rol vervult die hem door partijen niet is toegedacht voordat tot donorinseminatie werd overgegaan, doet in dit verband niet terzake; hetzelfde geldt voor de klacht (voor zover begrijpelijk) dat de man, door zich tegen de adoptie te verzetten, zich een rol toe-eigent die hem niet is toegedacht.

Voor het geval het onderdeel, met de stelling dat de man zich een rol toe-eigent die hij in feite niet heeft, ook nog een motiveringsklacht bevat, faalt deze eveneens omdat alleszins begrijpelijk is dat het hof van oordeel was dat aan de door art. 1:227 lid 3 BW gestelde eis niet is voldaan, gezien de gebleken inzet van de man bij het opbouwen van family life met de dochter, mede bezien in het licht van de houding die door de moeder en verzoekster is ingenomen tegenover de wens van de man een rol te spelen in het leven van de dochter.

3.5. Onderdeel 5 bevat in de tweede plaats de klacht dat het door het hof toegepaste criterium van art. 1:227 lid 3 BW ter beantwoording van de vraag of een verzoek tot adoptie kan worden toegewezen, slechts van toepassing is op diegenen die als ouder zijn te kwalificeren, en dus niet op een zaaddonor. Deze klacht faalt omdat zij, naar hiervoor in 3.3 reeds is vastgesteld, op een onjuiste rechtsopvatting berust.

3.6. Onderdeel 6 bouwt voort op de onderdelen 4 en 5, en kan dus evenmin tot cassatie leiden.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.



De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2006, 584, m.nt. JdB. Zij is een vervolg op HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, m.nt. JdB. Zie voor de afloop van deze gehele procedure HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 555, m.nt. JdB.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 731a en 766a, alsmede Van Mourik-Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, nr. 185, 193 en 196a.

Commentaar

## Personen- en familierecht – Minderjarigheid

28

HOGE RAAD

13 maart 1987

**Onredelijk geachte weigering bij handlichting**

- Partijen** X en X -Y (de ouders), verzoekers tot cassatie,  
*tegen*  
Z (de dochter), verweerster in cassatie.
- Feiten en verloop van de procedure** Z heeft aan de kantonrechter verzocht haar handlichting te verlenen, in dier voege dat zij zelfstandig het beheer mag voeren over inkomsten en uitgaven en daartoe overeenkomsten mag aangaan. Handlichting wordt ingevolge art. 1:235 lid 2 niet verleend tegen de wil van de ouders, voorzover deze het gezag over de minderjarige uitoefenen.  
In het gegeven geval verzetten de ouders zich tegen de handlichting. De kantonrechter heeft de handlichting geweigerd, de Rechtbank heeft haar verleend. Opmerking verdient dat de procedure speelde voordat per 1 januari 1988 de meerderjarigheidsleeftijd werd verlaagd van 21 naar 18 jaar. Handlichting was toen alleen mogelijk voor degenen die de leeftijd van 18 jaar of ouder hadden bereikt.
- Rechtsvraag** De Hoge Raad heeft te beslissen over de vraag of art. 1:235 lid 2 eraan in de weg staat dat de rechter handlichting toestaat, terwijl de ouders zich daartegen verzetten.
- Hoge Raad** (...) Het gaat in deze zaak om de vraag of deze bepaling de rechter de mogelijkheid onthoudt om een handlichting te verlenen wanneer de ouders daartegen bezwaar maken. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord.  
De in de wet vervatte regeling van de handlichting is met zodanige waarborgen omringd – zij kan slechts worden verleend aan minderjarigen die de volle ouderdom van achttien jaren hebben bereikt, en dan nog slechts voor bepaalde, in art. 235 lid 3 tweede zin, omschreven bevoegdheden; de kantonrechter bepaalt uitdrukkelijk welke bevoegdheden worden toegekend; een verleende handlichting kan op verzoek van, kort gezegd, de ouders worden ingetrokken, indien de minderjarige daarvan misbruik maakt of er gegronde vrees bestaat dat hij dit zal doen – dat, mede gelet op de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent de positie van minderjarigen die achttien jaar of ouder zijn, niet kan worden aan-

genomen dat een door de rechter – zoals in het onderhavige geval – onredelijk geachte weigering van de ouders, hem zou beletten van zijn in art. 235, lid 1 genoemde bevoegdheid gebruik te maken.

De onderdelen 3.1 en 3.2 van het middel zijn derhalve tevergeefs voorgesteld.

3.2. Onderdeel 3.3 strekt klaarblijkelijk ten betoge dat de weigering van X. c.s. niet onredelijk is aangezien Z. door de gevraagde handlichting niet de door haar nagestreefde ‘volledige zelfstandigheid in alle opzichten’ zou kunnen bereiken. Dit betoog faalt reeds omdat uit de bestreden beschikking en de stukken van het geding niet blijkt dat Z. bij een beperkte handlichting als door haar verzocht geen belang heeft.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1988, 190, m.nt. EAAL.

Ook al luidt art. 1:235 lid 2 nogal stellig, dit neemt niet weg dat de rechter de bezwaren van de ouders tegen de handlichting op redelijkheid dient te toetsen. De Hoge Raad baseert zijn beslissing op de waarborgen die aan de handlichting verbonden zijn en op de huidige maatschappelijke opvattingen omtrent de positie van minderjarigen die achttien jaar of ouder zijn. Hoe het oordeel zou luiden nu de handlichting aan zestien- en zeventienjarigen kan worden verleend, is onzeker.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 793 en Pitlo-Van der Burght-Rood-De Boer, p. 487 en Luijten, deel 1, p. 101.

Commentaar

29

HOGE RAAD

29 juni 2001

Taak raad voor de kindbescherming

De raad voor de kindbescherming Directie Noord te Leeuwarden, verzoeker tot cassatie,

*tegen*

D. en H., verweerders in cassatie.

Partijen

D. (de vader) en H. (de moeder) zijn met elkaar gehuwd geweest. Uit dat huwelijk zijn twee kinderen geboren, C. (in 1991) en M (in 1993). Het huwelijk is ontbonden door echtscheiding in 1995. Het gezag over de kinderen is aan de moeder toegewezen. Een omgangsregeling tussen de vader en de kinderen is na het uiteengaan van de ouders nimmer (goed) van de grond gekomen. Zelfs na een omgangsondertoezichtstelling, die in 1999 werd beëindigd, waren moeder en vader niet in staat om zelf invulling te geven aan een omgangsregeling. In oktober 1999 verzoekt de vader om vaststelling van een omgangsregeling en subsidiair om het gezag te wijzigen. De Rechtbank stelt een voorlopige omgangsregeling vast die in duur toeneemt. Daarbij draagt de Rechtbank aan de raad voor de kindbescherming op alles te doen wat in zijn vermogen ligt ter bevordering van de uitvoering van de omgangsregeling. De raad voor de kindbescherming gaat van deze beschikking in hoger beroep. De raad voert aan dat deze opdracht

Feiten en verloop van de procedure

**29** **Personen- en familierecht – Minderjarigheid**

tot begeleiding van de omgang niet passend is, gezien de taak van de raad, zijn plaats en zijn functie. Verder is de raad feitelijk in de onmogelijkheid om de beschikking uit te voeren. Het Hof heeft de beschikking ten aanzien van de omgang vernietigd en een andere omgangsregeling vastgesteld en bepaald dat de raad de omgang actief diende te begeleiden. Daaraan is toegevoegd dat de raad deze opdracht onder zijn verantwoordelijkheid kan delegeren aan andere daartoe geëigende maatschappelijke instellingen.

**Rechtsvraag** Aan de orde is de vraag of de rechter aan de raad kan opdragen een door de rechter vastgestelde omgangsregeling te begeleiden.

**Hoge Raad** (...)

3.3. Bij beoordeling van het middel moet tot uitgangspunt worden genomen dat volgens art. 1:238 lid 2 BW, de taken en bevoegdheden van de raad voor de kindbescherming bij de wet worden bepaald. De wet houdt geen bepaling in volgens welke de raad voor de kindbescherming de taak heeft een door de rechter vastgestelde omgangsregeling te begeleiden. De wet kent ook de rechter niet de bevoegdheid toe de raad voor de kindbescherming de taak op te leggen een door de rechter vastgestelde omgangsregeling te begeleiden.

Dat de raad voor de kindbescherming een taak zou hebben als hier bedoeld vloeit ook niet voort uit andere wettelijke regels en met name uit art. 16 Internationaal verdrag inzake de rechten van het kind en art. 8 EVRM kan het bestaan van een dergelijke taak niet worden afgeleid. Weliswaar dient de Staat, naar voortvloeit uit genoemde bepalingen, al het mogelijke te doen wat in de gegeven omstandigheden van hem kan worden verwacht om het recht van de vader op omgang met zijn kinderen te effectueren, maar dit brengt niet mee dat de raad voor de kindbescherming de taak heeft een door de rechter vastgestelde omgangsregeling te begeleiden.

Uit hetgeen zo-even is overwogen vloeit voort dat onderdeel 1 van het middel, dat strekt ten betoge dat het Hof heeft miskend dat het niet de bevoegdheid had de raad voor de kindbescherming te belasten met de taak de door het Hof vastgestelde omgangsregeling te begeleiden, gegrond is.

3.4. Gegrondbevinding van onderdeel 1 brengt mee dat de onderdelen 2 en 3 geen behandeling behoeven.

4. Beslissing

De Hoge Raad:  
vernietigt de beschikking van het Hof te Leeuwarden van 28 juni 2000; verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar dat Hof.

**Commentaar** De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2001, 598, m.nt. SW. Zie Asser-De Boer, Personen- en familierecht, nr. 797.

30

**HOGE RAAD**

4 februari 2005

**Benoeming bijzondere curator**

W. en B. (de ouders) alsmede W. (oom), verzoekers tot cassatie,  
*tegen*

De William Schrikker Stichting (WSS), in haar hoedanigheid van voogdes over X. en Y. (de kinderen), verweerder in cassatie

**Partijen**

De kinderen X. en Y., geboren in 1990 resp. 1992, verbleven sinds 1993 in een pleeggezin. Bij beschikking van 6 maart 1996 is de moeder ontheven van het ouderlijk gezag over de kinderen. De voogdij was aanvankelijk aan een andere stichting opgedragen. Nadien is deze vervangen door WSS.

**Feiten en verloop van de procedure**

De ouders en de oom hebben de rechtbank, sector kanton, verzocht om op de voet van art. 1:250 BW de oom of een andere onzijdig persoon tot bijzondere curator te benoemen. Reden voor dit verzoek is onder andere dat binnen het pleeggezin waarin de kinderen zijn geplaatst sprake is van mishandeling en lichamelijke en geestelijke verwaarlozing, waarbij beide kinderen lijken te worden geïntimideerd, althans met verder geweld bedreigd, en dat, nu dit heeft plaatsgevonden onder verantwoordelijkheid van WSS, het niet opportuun is dat WSS zelf onderzoek zal gaan verrichten naar eigen falen.

De kantonrechter heeft de oom tot bijzondere curator benoemd. Het Hof heeft de beschikking van de kantonrechter vernietigd en het inleidende verzoek afgevoerd. Het Hof oordeelde dat de benoeming niet was verzocht met het oog op een of meer specifieke (rechts)handelingen, terwijl evenmin een benoeming voor een bepaalde tijd was verzocht. De naaste familieleden van de kinderen stonden in feite volstrekt afwijzend tegenover de algehele wijze van opvoeden van de kinderen. In wezen wensten zij vervanging van het gezag.

Wat is de reikwijdte van art. 1:250 BW?

**Rechtsvraag**

(...)

**Hoge Raad**

3.4.2. Uit dit een en ander (sc. de parlementaire geschiedenis over de herziening van art. 1:250 BW bij de Wet van 6 april 1995, Stb. 240) moet worden afgeleid dat het weliswaar niet de bedoeling is geweest algemene opvoedingsproblemen met behulp van een bijzondere curator tot een oplossing te brengen, maar dat wel is beoogd te voorzien in de mogelijkheid van benoeming van een bijzondere curator wanneer met betrekking tot de verzorging en opvoeding een wezenlijk conflict is ontstaan tussen de minderjarige en degene die als wettelijke vertegenwoordiger met zijn verzorging en opvoeding is belast. De wetgever heeft daarbij gedacht aan concrete problemen, die, indien de bijzondere curator niet buiten rechte een oplossing weet te bereiken, zo nodig in een door deze aanhangig te maken procedure zullen moeten worden beslist. Gelet op de bemiddelende rol die mede aan de bijzondere curator is toegedacht, behoeft voor de toewijsbaar-

heid van een verzoek om benoeming van een bijzondere curator niet aannemelijk te zijn dat het wezenlijke conflict met de wettelijke vertegenwoordiger slechts in een bepaalde procedure tot een oplossing kan worden gebracht. Anderzijds staat aan een benoeming niet in de weg dat reeds vaststaat dat een bepaalde procedure zal moeten worden ingesteld (en dat daarvoor reeds een advocaat is aangezocht), omdat het nu juist mede de taak van de bijzondere curator is de minderjarige in (en buiten) rechte te vertegenwoordigen in de plaats van diens wettelijke vertegenwoordiger(s).

3.4.3. Voorts is van belang dat de regeling ook voor de minderjarige zelf de mogelijkheid biedt om de benoeming van een bijzondere curator te verzoeken (en dat de rechter ook na een informeel verzoek van het kind ambtshalve tot benoeming kan overgaan), en dat de kantonrechter bij zijn oordeelsvorming de aard en ernst van het bestaande conflict en het belang van het kind bij vertegenwoordiging door een bijzondere curator zal moeten betrekken (vgl. Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1992/93, 23 012, nr. 3, blz. 11-12). Van een minderjarige kan evenwel niet steeds worden verwacht dat hij door hem als ernstig ondervonden conflicten met zijn ouders of voogd op zodanige wijze onder woorden brengt dat daaruit blijkt van een concreet geschil dat zo nodig in een bepaalde procedure zal kunnen worden beslist. Uit de (...) moet daarom tevens worden afgeleid dat de rechter, zonder formele ontvankelijkheidsvereisten te stellen, zo nodig zelf dient na te gaan of de door de minderjarige (of andere belanghebbenden) aan de orde gestelde problemen zich voor concretisering lenen, zodat hij, indien hij benoeming van een bijzondere curator in het belang van de minderjarige noodzakelijk acht, een aan de omstandigheden van het geval aangepaste omschrijving van de taak van de bijzondere curator kan geven.

3.5. In het licht van hetgeen in 3.4 is overwogen, heeft het hof met zijn hiérvóór in 3.3 aangehaalde rechtsoverwegingen hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd.

3.5.1. Van een onjuiste rechtsopvatting is sprake indien het hof heeft geoordeeld dat aan het inleidend verzoekschrift de eis moet worden gesteld dat het een of meer specifieke (rechts)handelingen vermeldt met het oog waarop de benoeming van een bijzondere curator wordt verzocht of dat het een tijdslimiet vermeldt waarvoor de benoeming zal gelden. Eveneens onjuist zou zijn, indien het hof het niet tot zijn taak heeft gerekend na te gaan of het in het inleidend verzoekschrift aan de orde gestelde probleem – dat binnen het pleeggezin waarin de kinderen zijn geplaatst sprake is van mishandeling en lichamelijke en geestelijke verwaarlozing – zich voor nadere concretisering leende en of aan de hand daarvan een aan de omstandigheden van het geval aangepaste omschrijving van de taak van de bijzondere curator zou kunnen worden gegeven, al dan niet met een door het hof zelf te bepalen tijdslimiet.

3.5.2. Indien het hof van oordeel was dat het in het inleidend verzoekschrift aan de orde gestelde probleem slechts inhield dat “de naaste familieleden volstrekt afwijzend staan tegenover de algehele wijze van opvoeden van de kinderen en in wezen een vervanging van het gezag wensen”, en dat dit probleem zich niet voor concretisering als hiérvóór bedoeld leende, behoefde dat oordeel nadere motivering. Het inleidend verzoekschrift komt immers naar de kern genomen hierop neer dat de kinderen door de mishandeling en lichamelijke en geestelijke ver-

waarlozing in het pleeggezin waarin zij onder verantwoordelijkheid van WSS waren geplaatst, in een onhoudbare situatie zijn komen te verkeren die door een onafhankelijke derde behoorde te worden onderzocht met het oog op eventueel te treffen maatregelen. Een voor de hand liggende maatregel in een dergelijk geval, aangenomen dat de in het inleidend verzoekschrift vermelde problemen inderdaad zouden bestaan, zou zijn de kinderen in een ander pleeggezin te plaatsen, of, indien WSS daartoe niet in staat of bereid zou zijn, een wijziging van het gezag.

3.5.3. Voorzover het hof uit de wijze waarop de door de kantonrechter benoemde bijzondere curator na zijn benoeming heeft geopereerd, heeft afgeleid dat deze zijn bevoegdheden te buiten is gegaan, had dat aanleiding kunnen geven tot een precisering van de taken van de bijzondere curator of tot benoeming van een ander persoon tot bijzondere curator, zoals een advocaat van wie meer distantie en kennis van de procedurele mogelijkheden mag worden verwacht met het oog op het bereiken van een oplossing. Dat de bijzondere curator evenals de naaste familieleden mogelijk “in wezen een vervanging van het gezag” wenste, vormt overigens, zonder nadere motivering, die ontbreekt, geen aanwijzing dat hij zijn bevoegdheden te buiten is gegaan, en kan niet zonder meer het oordeel rechtvaardigen dat geen sprake is van een situatie waarin benoeming van een bijzondere curator in het belang van de kinderen noodzakelijk is.

3.5.4. In het middel liggen op het voorgaande gerichte klachten besloten. Deze klachten zijn derhalve gegrond.

3.5.5. Met betrekking tot de klacht dat in hoger beroep ten onrechte geen rekening is gehouden met het feit dat de minderjarige [de zoon] een van de verzoekers in eerste aanleg was, en dus ook partij in het namens WSS ingestelde hoger beroep, wordt nog het volgende overwogen. Zoals hiervóór in 3.4 is overwogen, biedt art. 1:250 BW de betrokken minderjarige de mogelijkheid zelf een verzoek te doen tot benoeming van een bijzondere curator, maar kan de kantonrechter daartoe ook ambtshalve overgaan. Ook andere belanghebbenden dan de minderjarige kunnen om benoeming van een bijzondere curator verzoeken. Het is dan ook voor de beoordeling van de toewijsbaarheid van een verzoek op de voet van dit artikel op zichzelf niet van belang of de minderjarige al dan niet als procespartij optreedt, hetgeen hier overigens slechts ten aanzien van één van beide kinderen het geval was. In zoverre faalt deze klacht. Voor het overige behoeft deze na het hiervóór overwogene geen behandeling meer.

(...)

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2005, 422, m.nt. JdB.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 819b.

Commentaar

## Personen- en familierecht – Het gezag over minderjarige kinderen

**31** HOGE RAAD  
8 januari 1988

**Gezag vader of moeder?**

**Partijen** X (de vader), verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
Y (de moeder), verweerder in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure** De vader (X) heeft een verzoekschrift bij de kantonrechter ingediend om hem te benoemen tot voogd over zijn zoon Z, geboren in 1982. Z is geboren uit de relatie van de vader en Y. De moeder is van rechtswege belast met het gezag over Z. De vader heeft het kind erkend. Vanaf de geboorte tot ongeveer februari 1986 hebben de ouders de feitelijke zorg over Z gedeeld door hem ieder enkele dagen per week te verzorgen en op te voeden. In februari 1986 is de moeder verhuisd uit Amsterdam, waar zowel de vader als de moeder woonden. Een maand later heeft zij het contact tussen de vader en Z teruggebracht tot één weekeinde in de veertien dagen.  
De kantonrechter heeft het verzoek van de vader afgewezen. De Rechtbank heeft deze beslissing bekrachtigd.

**Rechtbank** 3.1. (...)  
3.2. In de eerste grief wordt gesteld dat het in het belang van Z is dat de vader de voogdij krijgt opgedragen.  
De vader heeft een echte band met Z en nu de moeder niet langer de feitelijke zorg voor het kind met de vader wenst te delen en het contact tussen Z en de vader drastisch heeft verminderd, is de vader van mening dat hij het kind meer ontwikkelingskansen en een meer stabiel milieu heeft te bieden dan de moeder.  
3.3. In het onderhavige geval, waarin de moeder voogdes is, dient niet te worden afgewogen wie van de ouders het best de voogdij kan uitoefenen, maar dient te worden bezien of inwilliging van het verzoek van de vader in het belang van het kind wenselijk is.  
3.4. Uit het onderzoek van de Raad voor de Kinderbescherming is gebleken dat de moeder ook een sterke band heeft met Z, dat het met het kind goed gaat in het gezin van de moeder en dat de moeder bereid is mee te werken aan geregeld contact tussen de vader en het kind.  
3.5. Er is dan ook geen aanleiding wijziging te brengen in de huidige situatie zodat inwilliging van het verzoek van de vader niet in het belang van het kind is en dit verzoek terecht door de kantonrechter is afgewezen.



3.6. In de tweede grief wordt gesteld dat de kantonrechter ten onrechte heeft overwogen dat verzoeker er niet in is geslaagd gronden aan te voeren die de kantonrechter tot het oordeel zouden kunnen brengen dat benoeming van verzoeker tot voogd over Z in het belang van het kind is.

3.7. De Rechtbank is van oordeel dat de vader zowel in eerste als in tweede instantie motieven voor zijn benoeming tot voogd duidelijk naar voren heeft gebracht. Hij heeft voldoende gronden aangevoerd, maar deze hebben niet tot het door hem beoogde resultaat geleid.

3.8. De vader is van mening dat – na enkele jaren de feitelijke zorg voor Z met de moeder te hebben gedeeld – moet worden uitgegaan van de gelijkwaardigheid van de ouders om voor het gezag in aanmerking te komen en hij beroept zich in appel op schending van de art. 8 en 14 EVRM.

3.9. De Rechtbank wijst dit beroep af omdat zij van oordeel is dat bij de gehanteerde criteria – met name sub 3.4. en 3.5 – geen inbreuk wordt gemaakt op de door het Verdrag beschermde rechten. De Rechtbank is van mening dat de vader aan het Verdrag geen ‘recht op gezag’ kan ontlene n in een situatie als de onderhavige waarin de moeder niet meer bereid is de feitelijke zorg voor het kind met hem te delen. (...)

(...)

Hoge Raad

3.2. De onderdelen A en B van het middel te zamen en in onderling verband beschouwd strekken in hoofdzaak ten betoge dat de Rechtbank ten onrechte de in r.o. 3.8 weergegeven stelling van de vader heeft verworpen. Die stelling hield in ‘dat – na enkele jaren de feitelijke zorg voor Z met de moeder te hebben gedeeld – moet worden uitgegaan van de gelijkwaardigheid van de ouders om voor het gezag in aanmerking te komen’. Door geen betekenis toe te kennen aan die omstandigheid, maar in die situatie uit te gaan van de – aan de moeder een ‘voorsprong’ gevende – voogdij van de moeder heeft de Rechtbank volgens deze onderdelen ten onrechte en bovendien op onjuiste wijze het ‘toetsingscriterium’ van art. 288 lid 3 gehanteerd ten gevolge waarvan een, schending van de art. 8 en 14 EVRM opleverend, verschil in behandeling ontstaat met voogdijzaken van al die, ook niet gehuwde, ouders die zijn bekleed met ouderlijke macht.

Met betrekking tot de voormelde stelling van de vader heeft de Rechtbank in r.o. 3.9 geoordeeld:

i. ‘dat bij de gehanteerde criteria – met name sub 3.4 en 3.5 – geen inbreuk wordt gemaakt op de door het Verdrag beschermde rechten’

en

ii. “dat de vader aan het Verdrag geen ‘recht op gezag’ kan ontlene n in een situatie als de onderhavige waarin de moeder met meer bereid is de feitelijke zorg voor het kind met hem te delen”.

3.3. Het onder ii vermelde oordeel van de Rechtbank moet aldus worden verstaan dat zij daarin tevens tot uitdrukking heeft gebracht dat de omstandigheid dat de vader samen met de moeder de feitelijke zorg voor het kind heeft uitgeoefend, niet tot gevolg kan hebben dat de ouderlijke macht van rechtswege aan de vader toekomt. Dat oordeel is juist en levert geen schending op van de art. 8 en 14 EVRM. Indien de ouders niet met elkaar zijn gehuwd, vergt het in het leven roepen, resp. doen voortduren van de ouderlijke macht een ingevolge een daar-

toe strekkend verzoek te geven uitspraak van de rechter (HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585).

In de onderhavige situatie, waarin de vader het verzoek heeft gedaan om hem in plaats van de moeder tot voogd over het kind te benoemen, heeft de Rechtbank dan ook, anders dan onderdeel A aanvoert, terecht toepassing gegeven aan art. 288, lid 3.

3.4. Wat betreft het onder i vermelde oordeel van de Rechtbank moet het volgende worden vooropgesteld. Anders dan eveneens in onderdeel A wordt aangevoerd, heeft de Rechtbank niet miskend dat het in art. 288 lid 3 gaat om gevallen waarin bij de beslissing ter zake van de voogdij een keuze moet worden gemaakt tussen de moeder en de – voor wat de familierechtelijke betrekking aangaat met de moeder op één lijn staande – vader en dat bij die keuze ten aanzien van een door de vader erkend natuurlijk kind geen andere criteria behoren te worden aangelegd dan bij een wettig kind, zodat aan de hand van de mogelijkheden die ieder van de ouders aan het kind biedt of kan bieden, moet worden beoordeeld of de verzochte voogdijwijziging in het belang van het kind is. In beide gevallen zal de rechter bij de beoordeling van het belang van het kind echter tevens rekening moeten houden met mogelijke nadelen die voor het kind verbonden kunnen zijn aan een in zijn feitelijke leefsituatie optredende verandering die van een wijziging in het gezag het gevolg zal zijn. In de r.o. 3.3 t/m 3.5 ligt besloten dat de Rechtbank een en ander als uitgangspunt heeft genomen. Uit deze overwegingen, gelezen in verband met de r.o. 3.2 en 3.7, waartegen geen klacht is gericht, blijkt dat de Rechtbank met name oog heeft gehad voor de door de vader aangevoerde gronden om hem met de voogdij te belasten. De Rechtbank is evenwel op grond van waardering van de gegeven omstandigheden tot de slotsom gekomen dat een verandering in de voogdij niet in het belang van het kind is.

De Rechtbank is in het licht van dit een en ander terecht mede tot het hiervoor onder i vermelde oordeel gekomen dat ook een toepassing als door haar aan art. 288 lid 3 is gegeven, niet met de art. 8 en 14 EVRM in strijd komt.

3.5. Uit het voorgaande volgt dat het middel in al zijn onderdelen faalt.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1988, 857.

Opmerking verdient dat de uitspraak is gewezen onder oud recht, waarin gold dat een ouder die alleen ouderlijk gezag heeft, voogd is en waarin van ouderlijke macht werd gesproken in plaats van gezamenlijk ouderlijk gezag. Onder oud recht ging het om de toepasselijkheid van art. 1:288 lid 3. Thans is dit art. 1:253c lid 2. Er moet in deze gevallen een keuze worden gemaakt tussen gezagsuitoefening door de moeder of door de vader. Aan de hand van de mogelijkheden die ieder van de ouders aan het kind biedt of kan bieden, moet dan worden beoordeeld of de gezagswijziging in het belang van het kind is. Daarbij zal rekening moeten worden gehouden met mogelijke nadelen die voor het kind verbonden kunnen zijn aan verandering van de feitelijke leefsituatie tengevolge van een gezagswijziging.

Zie Asser-de Boer, nrs. 820d en 822a.

**32** HOGE RAAD  
9 februari 1990

**Gezag opdragen aan derde na echtscheiding?**

De raad voor de kindbescherming, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
S (de moeder) en,  
B (de vader), verweerders in cassatie.

**Partijen**

Na echtscheiding heeft de Rechtbank de moeder tot voogdes benoemd en de vader tot toezienend voogd (art. 1:161; thans art. 1:251). Enige jaren nadien verzoekt de moeder op grond van art. 1:162 (thans: art. 1:253n) om haar zuster tot voogdes over de beide kinderen te benoemen en diens echtgenoot tot toezienend voogd. De kinderen verblijven al geruime tijd in het gezin van de zuster en zwager.

**Feiten en verloop van de procedure**

De Rechtbank heeft de moeder niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek. Het Hof heeft het verzoek wel ontvankelijk geoordeeld. Het heeft het verzoek van de moeder toegewezen en haar zuster tot voogdes benoemd. Tot toezienend voogd is niet benoemd de pleegvader, maar de Stichting jeugd en gezin.

In cassatie is de vraag aan de orde of art. 1:162 (thans art. 1:253n) zoveel ruimte biedt dat het gezag bij wijziging van omstandigheden ook kan overgaan naar een derde in plaats van naar de andere ouder.

**Rechtsvraag**

3.1. Het gaat in deze zaak om een op art. 1:162 BW gebaseerd verzoek van de moeder tot wijziging van de voorziening in de na echtscheiding aan haarzelf opgedragen voogdij en aan de vader opgedragen toezienende voogdij over de kinderen in diens voege dat haar zuster en zwager – pleegouders – worden benoemd tot voogdes, resp. toezienend voogd.

**Hoge Raad**

Het Hof heeft, anders dan de Rechtbank, dit verzoek ontvankelijk geoordeeld en het toegewezen, zij het met benoeming niet van de pleegvader maar van de Stichting Jeugd en Gezin tot toezienend voogd.

Het middel richt zich tegen 's hofs oordeel dat het onderhavige verzoek kan worden ontvangen.

3.2. 's Hofs oordeel is als volgt opgebouwd.

Het Hof heeft onder ogen gezien dat beslissend is het antwoord op de vraag of het onderhavige verzoek wat betreft de voogdij afstuit op het bepaalde in art. 1:161, 'nu uit de tekst van die bepaling immers duidelijk volgt dat na echtscheiding een van de ouders tot voogd benoemd moet worden'. Die vraag heeft het Hof ontkennend beantwoord. Daartoe heeft het Hof overwogen:

a. dat aan de moeder in de Nederlandse wet niet de bevoegdheid is gegeven ont-heffing uit de voogdij te verzoeken indien zij zich tot uitoefening van die voogdij niet in staat acht;

- b. dat zij daarvoor afhankelijk is van een verzoek van de raad voor de kinderbescherming of een vordering van het openbaar ministerie;
- c. dat de moeder zulks in strijd acht met onder meer de art. 6 en 8 EVRM;
- d. dat ook na echtscheiding, gelet op art. 8, de rechten van de ouders niet verder behoren te worden beperkt dan uit de aard van de ontbinding van het huwelijk voortvloeit;
- e. dat de ouders aan wie de (toeziende) voogdij is opgedragen en die nog ten nauwste bij de kinderen zijn betrokken bij een gewichtige beslissing als de onderhavige niet afhankelijk behoren te zijn van het – al dan niet – ingrijpen van derden.

Aldus komt het Hof tot zijn oordeel dat 'art. 1:162 BW in het licht van art. 6 jo. art. 13 en art. 8 EVRM zo opgevat (dient) te worden dat de na echtscheiding tot voogd(es) benoemde ouder aan die bepaling de bevoegdheid kan ontnemen in geval van wijziging van omstandigheden wijziging van de voogdij te verzoeken, ook indien het verzoek inhoudt dat een derde (een ander dan de beide ouders) tot (toeziend) voogd(es) zal worden benoemd'.

3.3 Dit oordeel wordt door het middel terecht als onjuist bestreden.

De bepalingen in de Nederlandse wet betreffende ouderlijke macht en voogdij zijn gebaseerd op het beginsel dat, zowel tijdens het huwelijk als na ontbinding daarvan, ten aanzien van de uitoefening van het gezag over de minderjarige kinderen aan de ouders de voorkeur moet worden gegeven boven een derde. Met dit beginsel strookt dat bij een voogdijvoorziening na echtscheiding een van de ouders tot voogd moet worden benoemd (art. 1:161), dat een met het gezag belaste ouder zich niet uit de voogdij kan doen ontslaan (art. 323), en dat hem ook niet de bevoegdheid toekomt zichzelf uit de ouderlijke macht of voogdij te doen ontheffen (art. 267 en 330), waarbij blijkens de wetsgeschiedenis heeft voorgezeten dat men de ouders niet de mogelijkheid wilde geven zich van de plicht tot opvoeding te ontdoen (de Vries van Tricht I, p. 37 en 44). Daarnaast bevat de wet een aantal maatregelen die in het belang van minderjarigen kunnen worden getroffen in het geval dat de ouder, of ouders, niet tot behoorlijke uitoefening van hun taak in staat zijn, maatregelen waarbij zoveel mogelijk het gezin in stand wordt gelaten, maar die wanneer dat noodzakelijk blijkt, kunnen leiden tot ontheffing (of ontzetting) van de ouder uit het gezag. Een ouder die zichzelf niet tot behoorlijke uitoefening van het gezag in staat acht, heeft aldus de mogelijkheid om ondertoezichtstelling te verzoeken en in dat kader plaatsing van de kinderen in een pleeggezin, hetgeen op den duur kan leiden tot een ontheffing van de ouderlijke macht of voogdij.

Niet valt in te zien dat door onverkorte toepassing van dit samenstel van bepalingen, dat juist op de instandhouding van het gezin gericht is, inbreuk zou worden gemaakt op het door art. 8 EVRM gewaarborgde recht op gezinsleven. Voor zover die toepassing inbreuk zou maken op het door art. 8 eveneens gewaarborgde recht op privé-leven van de ouder, moet worden aangenomen dat is voldaan aan het vereiste van het tweede lid van art. 8, nu die toepassing nodig is voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, te weten de minderjarigen. Van inbreuk op het bepaalde in art. 6 of art. 13 EVRM is onder die omstandigheden evenmin sprake.

De door het Hof aan art. 1:162 gegeven uitleg, die gebaseerd is op de opvatting dat dat artikel in samenhang met art. 1:161 niet met de art. 6, 8 en 13 EVRM valt te rijmen, is derhalve onjuist. (...).

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1990, 767, m.nt. EAAL.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 820d, 864 en 890. Zie ook HR 25 mei 1990, *NJ* 1991, 267. Opmerking verdient dat sinds 2 november 1995 de toeziende voogdij niet meer bestaat. Verder worden ouders na echtscheiding geen voogd meer. Na echtscheiding blijven zij hetzij samen het gezag uitoefenen hetzij een van beiden wordt met het gezag over de kinderen belast.

Commentaar

33

HOGE RAAD  
3 november 2000

**Beroep pleegouders tegen beëindiging uithuisplaatsing**

De Stichting Bureau Jeugdzorg Utrecht, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
P.B. en I.B., verweerders in cassatie.

Partijen

Bij beschikking van 15 januari 1998 van de kinderrechter in Utrecht is M., geboren in 1997, voor de duur van een jaar onder toezicht gesteld met ingang van 23 januari 1998. Bureau Jeugdzorg Utrecht (BJU) is benoemd tot gezinsvoogdij-instelling. Met ingang van 23 januari 1998 is tevens voor de duur van een jaar een machtiging tot uithuisplaatsing verleend. M. is op 23 oktober 1998 overgeplaatst naar de pleegouders P.B. en I.B. In april 1999 heeft BJU een "terugkeertraject" uitgestippeld, waarbij als doel werd gesteld M. per 5 juli 1999 bij zijn ouders terug te plaatsen. Op 30 juni 1999 hebben de pleegouders zich telefonisch tot de kinderrechter gewend met het verzoek de voorgenomen terugplaatsing van M. te beoordelen, omdat zij zich zorgen maakten over de pedagogische opvoedingskwaliteiten van de ouders. De kinderrechter heeft de door de griffie gemaakte aantekeningen van het telefoongesprek aangemerkt als een verzoekschrift in de zin van art. 1:265 BW en geoordeeld dat het belang van M. het meest gediend is met gefaseerde terugplaatsing naar zijn ouders, en de duur van de machtiging bekort tot 21 september 1999. Van deze beslissing zijn zowel de pleegouders als BJU in beroep gekomen bij het Hof.

Feiten en verloop  
van de procedure

Het Hof heeft de grief van BJU verworpen dat de pleegouders niet-ontvankelijk verklaard hadden moeten worden in hun verzoek tot beoordeling van de terugplaatsing, omdat aan hen niet het recht toekomt een beslissing tot bekorting van de uithuisplaatsing ter toetsing aan de kinderrechter voor te leggen. Het Hof heeft het telefonische verzoek aangemerkt als een schriftelijk verzoek. Verder heeft het Hof geoordeeld dat het besluit tot beëindiging van de uithuisplaatsing van M. een besluit is in de zin van art. 1:3 Awb, waartegen de mogelijkheid van

**33**      **Personen- en familierecht – Het gezag over minderjarige kinderen**

beroep en hoger beroep openstaat bij de kinderrechter onderscheidenlijk het Hof, beide in zoverre optredend als administratieve rechter.

- Rechtsvraag**
- a. Mag een telefonisch verzoek aangemerkt worden als een schriftelijk verzoek (art. 1: 265 BW)?
  - b. Hebben pleegouders de bevoegdheid op te komen tegen een beslissing tot terugplaatsing van het pleegkind (art. 1:263 BW)?
  - c. Oordeelt de rechter over een besluit tot terugplaatsing, een beschikking in de zin van art. 1:3 Awb, als administratieve rechter?

**Hoge Raad**      (...)

Zoals onder 3.2 vermeld, heeft de Kinderrechter geoordeeld dat de door de griffie van de Rechtbank gemaakte notities naar aanleiding van het telefonisch verzoek van de pleegouders zijn aan te merken als een verzoekschrift als bedoeld in art. 1:265. In hoger beroep heeft het BJU geen grief gericht tegen dit oordeel. Nu, gelet ook op het door de wetgever beoogde informele karakter van de onderhavige rechtsgang, het voorschrift van art. 1:265 dat de daar genoemde verzoeken schriftelijk moeten worden gedaan niet van openbare orde is, was het Hof ook niet verplicht zelfstandig, buiten de grieven om vast te stellen of aan dat voorschrift was voldaan. De vraag of dit laatste het geval was lag derhalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep, zodat het desalniettemin – en in overeenstemming met het desbetreffende oordeel van de Kinderrechter – door het Hof op deze vraag gegeven bevestigende antwoord, dat overigens niet van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot het bepaalde in art. 1:265 blijkt geeft, niet met vrucht in cassatie door het BJU kan worden bestreden. Onderdeel 3 faalt.

3.6. Onderdeel 1 keert zich onder meer met een aantal klachten tegen het door het Hof in r.o. 3.3 van zijn tussenbeschikking gegeven oordeel met betrekking tot de ontvankelijkheid van de pleegouders in hun inleidend verzoek.

Deze onder 1 (i) en (iii) naar voren gebrachte klachten komen erop neer, dat (i) de voorgenomen terugplaatsing van het kind naar zijn ouders is aan te merken als een beëindiging van de uithuisplaatsing in de zin van art. 1:263 lid 1 waartegen ingevolge art. 1:254 lid 4 slechts de Raad voor de kindbescherming kan opkomen door de kinderrechter te verzoeken een andere gezinsvoogdij-instelling te benoemen, althans dat art. 1:263 lid 2, aanhef en onder c, naar welke bepaling het Hof verwijst, slechts de mogelijkheid biedt de gezinsvoogdij-instelling een verzoek te doen, zonder dat daarmee de gang naar de kinderrechter openstaat, onderscheidenlijk dat (iii) art. 1:263 lid 4 niet het oog heeft op een verzoek af te zien van een wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige zoals bedoeld in art. 1:263 lid 2, aanhef en onder c, maar slechts op verzoeken tot het (gedeeltelijk) intrekken, of bekorten van de duur van een machtiging tot uithuisplaatsing.

3.7. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 26 april 1995 tot herziening van de maatregel van ondertoezichtstelling van minderjarigen (art. 254 en volgende van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek), Stb. 255, is bij herhaling ingegaan op de positie van de pleegouders in het zich hier voordoende geval dat een gezinsvoogdij-instelling een minderjarige wil doen terugkeren naar de met het gezag belaste ouder.

In de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1992/93, 23 003, nr. 3) stelt de Staatssecretaris van Justitie met betrekking tot de positie van pleegouders voorop dat tussen een pleegouder en een in zijn gezin geplaatst kind gezinsleven kan ontstaan als bedoeld in art. 8 EVRM, ter bescherming van welk gezinsleven de pleegouder recht heeft op een effectieve toegang tot de rechter zoals dat gegarandeerd wordt door art. 6 EVRM. Na vervolgens onder meer uiteengezet te hebben waarom hij ervan heeft afgezien aan de pleegouder de bevoegdheid te geven een blokkaderecht in te roepen tegenover de gezinsvoogdij-instelling die een minderjarige wil doen terugkeren naar de met het gezag belaste ouder, merkt de staatssecretaris dan het volgende op (p. 28):

“Om de pleegouder op een andere wijze in de gelegenheid te stellen zijn bezwaren tegen een beslissing van de gezinsvoogdij-instelling om de minderjarige weer naar de ouder te doen terugkeren aan de rechter voor te leggen, is aan art. 263, tweede lid, onder c, toegevoegd, dat onder een krachtens de machtiging toegestane wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige mede moet worden verstaan plaatsing van de minderjarige bij de met het gezag belaste ouder.”

Hierop sluit aan hetgeen vervolgens in het kader van de artikelsgewijze toelichting wordt opgemerkt (p. 44):

“Op dezelfde wijze als waarop een verzoek tot het intrekken van een aanwijzing ingevolge art. 259 wordt gedaan, zal aan de gezinsvoogdij-instelling kunnen worden verzocht de bevoegdheden die zij op grond van de machtiging heeft, niet, of anders te gebruiken. Ook hier kunnen een ouder, de pleeg- of stiefouder en de minderjarige van twaalf jaren of ouder zich tot de rechter wenden.(...) De rechter kan de beslissing van de gezinsvoogdij-instelling vernietigen en kan de machtiging geheel of gedeeltelijk intrekken of de termijn ervan verkorten.”

De memorie van antwoord (Kamerstukken II 1993/94, 23 003, nr. 5, p. 45) houdt op dit punt voorts – zults in reactie op de in het voorlopig verslag (p. 41) voorkomende opmerking dat de procedures van art. 1:263 en art. 1:260 beide (interne) voorprocedures zijn die voorafgaan aan een eventuele gang naar de kinderrechter die de beslissing van de gezinsvoogdij-instelling in dat geval beoordeelt, maar dat in tegenstelling tot de voor-procedure van art. 1:260 waarin art. 1:259 met zoveel woorden van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, niet uit de wet zelf duidelijk kon worden afgelezen dat ook na de voorprocedure van art. 1:263 de gang naar de rechter openstaat – nog het volgende in:

“Dat de weg naar de rechter openstaat volgt uit het vierde lid van artikel. 263 dat artikel 259 van overeenkomstige toepassing verklaart op de procedure met betrekking tot verzoeken betreffende uithuisplaatsing. In plaats van het vervallen verklaren van een aanwijzing, kan de kinderrechter ingevolge de tweede volzin van artikel 263 de machtiging geheel of gedeeltelijk intrekken of de duur ervan bekorten.”

3.8. Anders dan in onderdeel 1 (i) in de eerste plaats wordt betoogd, heeft het Hof terecht geoordeeld dat de beslissing van het BJU tot beëindiging van de uithuisplaatsing van het kind teneinde hem terug te plaatsen bij zijn ouders in de verhouding tussen de gezinsvoogdij-instelling en de pleegouders moet worden aangemerkt als een beslissing tot wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige in de zin van art. 1:263.

In het licht van de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis, waaruit onmiskenbaar de bedoeling van de wetgever spreekt dat pleegouders in verband met het bepaalde in art. 8 EVRM de bevoegdheid zullen hebben tegen een dergelijke beslissing tot terugplaatsing op te komen bij de kinderrechter, moet het bepaalde in art. 1:263 lid 2 in verbinding met lid 3 en lid 4 aldus worden uitgelegd dat de in lid 4 genoemde verzoeken mede zien op het geval dat door de gezinsvoogdij-instelling afwijzend is beslist op verzoeken als bedoeld in lid 2, aanhef en onder a, onderscheidenlijk b, en dat pleegouders, indien door de gezinsvoogdij-instelling afwijzend is beslist op het verzoek af te zien van terugplaatsing van de minderjarige bij de ouder die het gezag heeft, de bevoegdheid hebben zich tot de kinderrechter te wenden met het verzoek deze beslissing te vernietigen.

Op dit verzoek is het bepaalde in de slotzin van lid 4 van toepassing. Een en ander brengt mee dat ook de overige klachten van onderdeel 1 (i) en (iii) falen.

(...)

3.10. De klacht van onderdeel 1 (ii) welke erop neerkomt dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de beslissing tot terugplaatsing van het kind een besluit is in de zin van art. 1:3 Awb, en dat tegen een dergelijk besluit de mogelijkheid van beroep bij de kinderrechter en hoger beroep bij het Hof openstaat, die in zoverre optreden als administratieve rechter zoals bedoeld in art. 1:4 lid 2 en art. 8:6 Awb is wat dit laatste betreft gegrond. De door het BJU genomen beslissing is weliswaar een beschikking in de zin van art. 1:3 Awb, maar uit art. 8:5 Awb in verbinding met de Bijlage bij de Awb onder A3 volgt dat hoofdstuk 8 van de Awb op het geschil tussen de pleegouders en het BJU niet van toepassing is, zodat noch de Kinderrechter noch het Hof in dit geschil als administratieve rechter heeft geoordeeld. Dit kan evenwel niet tot cassatie leiden omdat het andersluidende oordeel van het Hof niet van invloed is op het eindoordeel van het Hof.

(...)

4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

**Commentaar** De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2001, 418, m.nt. JdB.

34

**HOGE RAAD**

13 april 2001

**Omgangsondertoezichtstelling**

**Partijen**

R., verzoekster tot cassatie,  
*tegen*

De raad voor de kindbescherming, de Stichting Jeugdbescherming en Mr. X, raadvrouw van de biologische vader M, belanghebbenden in cassatie, niet verschenen.



M., de biologische vader, heeft de Rechtbank verzocht een omgangsregeling vast te stellen tussen zijn in 1995 geboren dochter P. en hem. De Rechtbank heeft bij beschikking van 3 mei 1999 de raad voor de kindbescherming verzocht vijf proefcontacten te begeleiden. De raad voor de kindbescherming heeft bij verzoek van 11 november 1999 verzocht P. onder toezicht te stellen voor een periode van één jaar. Doel van de ondertoezichtstelling is te komen tot een omgangsregeling, waarbij wordt verondersteld dat een omgangsregeling in het kader van een ondertoezichtstelling de belangen van de minderjarige optimaal behartigt en beveiligt en een positieve uitwerking zal hebben met betrekking tot haar ontwikkeling. De raad voor de kindbescherming heeft daarbij als zijn standpunt te kennen gegeven dat de communicatie tussen de ouders is verstoord en dat een omgangsregeling niet op vrijwillige basis tot stand komt. In hoger beroep heeft de raad ter zitting daaraan toegevoegd dat de reden van het verzoek is gelegen in de omstandigheid dat de minderjarige wordt bedreigd in haar ontwikkeling, nu haar het contact met haar vader wordt onthouden.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

De kinderrechter heeft het verzoek tot ondertoezichtstelling toegewezen. Het Hof heeft deze beschikking bekrachtigd. Daartegen keert zich het middel.

(...)

**Hoge Raad**

3.2. Nu de ondertoezichtstelling op 28 december 2000 is afgelopen, heeft de moeder geen belang meer bij haar cassatieberoep, zodat zij daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. De Hoge Raad ziet echter aanleiding in verband met het belang van de hier aan de orde zijnde rechtsvraag het navolgende te overwegen.

3.3. Het toepassen van de maatregel van ondertoezichtstelling betekent een inmening in het gezinsleven van ouder(s) en kind. Deze maatregel is slechts gerechtvaardigd indien zij berust op de in de wet aangegeven gronden en dient ter bescherming van het belang van het kind. De rechter die de ondertoezichtstelling uitspreekt, zal in zijn beschikking niet alleen moeten vermelden dat deze beide gronden aanwezig zijn, doch ook moeten aangeven op grond van welke gegevens hij tot zijn oordeel is gekomen dat de minderjarige zodanig opgroeit dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd, en andere middelen ter afwending van die bedreiging hebben gefaald of waarschijnlijk zullen falen.

3.4. Niet uitgesloten is dat het opleggen van de maatregel van ondertoezichtstelling gerechtvaardigd kan zijn wanneer het ontbreken van een omgangsregeling of juist het bestaan ervan, dan wel de conflicten of problemen bij het tot stand brengen of het uitvoeren van een omgangsregeling zodanige belastende conflicten of problemen opleveren voor het kind dat deze, op zichzelf of in combinatie met andere omstandigheden, een ernstige bedreiging opleveren voor zijn zedelijke of geestelijke belangen, en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald of, naar te voorzien is, zullen falen. In een dergelijk geval moeten aan de motivering van de toewijzing hoge eisen gesteld worden. Dat uit de raadsreportage en het verhandelde ter terechtzitting het Hof is gebleken dat een omgangsregeling niet op vrijwillige basis tot stand komt en dat de Raad voor de Kinderbescherming ter zitting heeft gesteld dat de minderjarige ernstig wordt bedreigd in haar ontwikkeling als ze geen contact heeft met haar biologische

**35**      **Personen- en familierecht – Het gezag over minderjarige kinderen**

vader, levert geen toereikende motivering op voor het opleggen van een maatregel als de onderhavige.

4. Beslissing

De Hoge Raad verklaart de moeder niet-ontvankelijk in haar beroep.

**Commentaar**      De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2002, 4. Een tweede beschikking met identieke overwegingen is gepubliceerd in *NJ* 2002, 5, m.nt. JdB die betrekking heeft op beide beschikkingen.

**35**

**HOGE RAAD**  
6 februari 2004

**Meer machtigingen tot uithuisplaatsing tegelijkertijd**

**Partijen**      Stichting Bureaus Jeugdzorg Haaglanden/Zuid-Holland, verzoekster tot cassatie *tegen* L., verweerster in cassatie

**Feiten en verloop van de procedure**      De kinderrechter heeft bij beschikking van 21 mei 2002 een tweeling voor de duur van een half jaar onder toezicht gesteld van de Stichting Jeugdzorg en bij een beschikking van dezelfde datum de Stichting gemachtigd de kinderen voor de periode van 22 mei 2002 tot 22 februari 2003 uit huis te plaatsen in een voorziening voor pleegzorg dan wel in een tehuis voor opvoeding en verzorging. Bij beschikking van 25 juni 2002 heeft de kinderrechter de Stichting gemachtigd de kinderen uit huis te plaatsen in een andere verblijfplaats, te weten bij de grootmoeder van moederszijde van 25 juni 2002 tot 22 februari 2003.

**Rechtsvraag**      Het Hof oordeelt dat het bestaan tegelijkertijd van twee machtigingen tot uithuisplaatsing met een verschillend doel in strijd is met de wet, in het bijzonder met art. 1:261 BW. Het cassatiemiddel stelt de vraag aan de orde of dit oordeel van het Hof juist is.

**Hoge Raad**      (...)  
3.2. Nu de machtiging tot uithuisplaatsing op 22 februari 2003 is afgelopen heeft de stichting geen belang meer bij haar cassatieberoep, zodat zij daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. De Hoge Raad ziet echter aanleiding in verband met het belang van de hier aan de orde zijnde rechtsvraag het navolgende te overwegen.

3.3. Het hof heeft in zijn bestreden beschikking geoordeeld dat het bestaan van twee machtigingen tot uithuisplaatsing met een verschillend doel in strijd is met de wet en het heeft daartoe overwogen dat dit uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest, zoals blijkt uit art. 1:262 lid 3 BW. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt immers, aldus het hof, dat de ratio van deze bepaling is oneigenlijk gebruik van de machtiging tot uithuisplaatsing te voorkomen.

De art. 1:261 en 262 BW, zoals deze thans luiden, zijn voor zover hier van belang vastgesteld bij de op 1 november 1995 in werking getreden Wet van 26 april 1995, Stb. 255, tot herziening van de maatregel van ondertoezichtstelling van minderjarigen. Bij deze wet werd het voorheen geldende stelsel, waarin de kinderrechter zelf het kind uit huis plaatste, in die zin gewijzigd dat het openbaar ministerie, de raad voor de kindbescherming of de gezinsvoogdij-instelling het initiatief tot uithuisplaatsing neemt, maar dat de controle daarop berust bij de kinderrechter, die de gezinsvoogdij-instelling een machtiging moet geven, wil deze tot uithuisplaatsing kunnen overgaan.

Met het oog op de belangen van de ouders en het kind is onder meer bepaald dat bij het verzoek van de gezinsvoogdij-instelling moet worden vermeld voor welke voorziening, soort voorziening of andere verblijfplaats de machtiging wordt gevraagd (art. 1:261 lid 1, laatste zin, BW) en dat een machtiging vervalt indien deze gedurende drie maanden niet ten uitvoer is gelegd (art. 1:262 lid 3 BW). Uit eerstgenoemde bepaling volgt echter, anders dan de tekst lijkt in te houden, niet dat een machtiging slechts op één voorziening betrekking kan hebben. In dit verband is van belang dat in bepaalde gevallen, zoals indien onzekerheid bestaat over de vraag wanneer een bepaalde plaatsingsmogelijkheid beschikbaar komt, een gezinsvoogdij-instelling belang erbij kan hebben over ruimere bevoegdheden te beschikken, in die zin dat een machtiging bijvoorbeeld betrekking heeft op verschillende voorzieningen binnen dezelfde soort of op voorzieningen van verschillende soort. Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de wet van 26 april 1995, is dit onderkend en is de mogelijkheid van een meer algemene machtiging ook uitdrukkelijk onder ogen gezien (zie Kamerstukken II, 1992-1993, 23 003, nr. 3, p. 40 e.v., en nr. 5, p. 42 e.v.). Daarbij is onder meer opgemerkt dat het gaat om een evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen, dat een waarborg tegen een te ruim gebruik van deze bevoegdheid ligt in de omstandigheid dat de rechter, na verhoor van ouder en kind, beslist of een dergelijke ruime machtiging noodzakelijk is met het oog op het doel van de uithuisplaatsing, en dat de machtiging tot uithuisplaatsing zodanig concreet moet zijn dat niet iedere vorm van uithuisplaatsing aan de gezinsvoogdij-instelling wordt overgelaten. Voorts is erop gewezen dat de mogelijkheid een ruimere machtiging te geven een doelmatige rechtspleging kan bevorderen, doordat niet voor iedere wijziging, bijvoorbeeld de overplaatsing van het kind naar een ander tehuis, opnieuw een machtiging behoeft te worden verzocht.

3.4. Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat ook het naast elkaar bestaan van twee achtereenvolgende machtigingen tot uithuisplaatsing niet in strijd is met de wet. Niet valt immers in te zien dat hetgeen aanstonds zou kunnen zijn bepaald bij één (ruime) machtiging, niet, indien zulks in verband met na een eerdere machtiging gebleken omstandigheden in het belang van het kind is, in achtereenvolgende, elkaar op onderdelen aanvullende, machtigingen zou kunnen worden bepaald. Om het belang van de ouders en het kind te waarborgen en om onduidelijkheid te voorkomen, dient de rechter dan wel bij de mondelinge behandeling van het verzoek van de gezinsvoogdij-instelling tot het geven van de volgende machtiging de verhouding tot de bestaande machtiging aan de orde te stellen en in zijn beschikking tot het geven van de volgende machtiging van deze verhouding rekenschap te geven. De rechter dient dan uitdrukkelijk te vermelden

**36**      **Personen- en familierecht – Het gezag over minderjarige kinderen**

of deze machtiging de eerdere machtiging aanvult, wijzigt dan wel geheel vervangt.

Voorts staat het de rechter om dezelfde redenen vrij weliswaar aanstonds een ruime machtiging te geven in die zin dat de gezinsvoogdij-instelling aanvankelijk – al naar gelang de omstandigheden – een zekere keuzevrijheid tot plaatsing van het kind heeft, maar die keuzevrijheid tevens te beperken bijvoorbeeld in die zin dat, als de aanvankelijke keuze om welke reden ook niet kan worden gerealiseerd of niet tot succes leidt, de gezinsvoogdij-instelling zich opnieuw tot de kinderrechter dient te wenden, dan wel in haar mogelijkheden tot verdere plaatsing van het kind is beperkt tot de in de aanvankelijke beschikking al aanstonds opgesomde mogelijkheden.

De Hoge Raad verklaart de stichting niet-ontvankelijk in haar beroep.

**Commentaar**      De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2004, 250, m.nt. SW.

**36**      **HOGE RAAD**  
4 april 2008

**Ambtshalve wijziging gezamenlijk gezag op informeel verzoek kind**

**Partijen**      X, in hoedanigheid van bijzonder curator over het minderjarige kind, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
De vader, verweerder in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure**      De ouders van het minderjarige kind zijn in 2000 gescheiden. In 2006 heeft de bijzonder curator van de minderjarige verzocht uitsluitend de moeder met het gezag over haar te belasten.  
De rechtbank heeft het verzoek toegewezen. Het hof heeft de bijzonder curator niet ontvankelijk verklaard in haar verzoek. Het hof was van oordeel dat een wettelijke grondslag voor het verzoek ontbreekt. Het verzoek is gegrond op art. 1:251a BW (thans: artikel 1:251a, vierde lid, BW), maar dat artikel is slechts van toepassing tijdens de echtscheidingsprocedure en niet nadien. Hiertegen komt de bijzonder curator in cassatie op.

**Hoge Raad**      3.4.2 Het opnemen van art. 1:251a (thans art. 1:251a, vierde lid, BW) houdt verband met het sinds 1 januari 1998 geldende wettelijk uitgangspunt dat na echtscheiding het gezamenlijk ouderlijk gezag blijft voortduren, waartoe de ouders niet langer een gezagsvoorziening aan de rechter behoeven te vragen. Dit nieuwe uitgangspunt brengt mee dat niet langer in het kader van de echtscheidingsprocedure door de rechter wordt onderzocht of voortduren van het gezamenlijk ouderlijk gezag in het belang van de betrokken minderjarigen is. Omdat dit kennelijk als een bezwaar werd gezien, is voorgesteld een voorziening in de wet op te

nemen (nieuw art. 251a), opdat in deze zaken het kind zelf de mogelijkheid heeft de rechter te benaderen, omdat hij of zij het met het voornemen van de ouders het gezamenlijk gezag te laten doorlopen, niet eens is (*Kamerstukken II* 1995-1996, 23 714, nr. 7, blz. 7).

3.4.3 Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever bij de invoering van art. 1:251a in het bijzonder voor ogen heeft gestaan dat de minderjarige in het kader van de echtscheidingsprocedure de mogelijkheid dient te hebben zelfstandig en op informele wijze aan de rechter blijf te geven van zijn mening met betrekking tot het voortduren van het gezamenlijk gezag na echtscheiding, maar niet dat de wetgever heeft willen uitsluiten dat deze informele rechtsingang nog zou kunnen worden gebruikt na de beëindiging van de echtscheidingsprocedure. Voor de betrokken minderjarige kan het juist van groot belang zijn dat hij aan de hand van de ervaringen na het uiteengaan van zijn ouders kan beoordelen of het naar zijn mening noodzakelijk is dat alsnog een beslissing omtrent het gezag wordt genomen, en die mening aan de rechter kenbaar kan maken met het oog op een ambtshalve te nemen beslissing. Op deze wijze kan voorts worden voorkomen dat het gezag na echtscheiding zonder rechterlijke beoordeling en beslissing voortduurt, hoewel zich een uitzonderingsgeval voordoet waarin moet worden aangenomen dat het belang van het kind vereist dat een van de ouders met het gezag wordt belast (vgl. onder meer HR 15 februari 2008, nr. R07/047, *NJ* 2008, 107). Daarom moet art. 1:251a aldus worden uitgelegd dat het tevens aanleiding kan geven tot een na afloop van de scheidingsprocedure te geven beschikking tot toekenning van eenhoofdig gezag.

3.4.4 De onderdelen I en II zijn in zoverre gegrond en behoeven voor het overige geen behandeling, evenmin als onderdeel III.

3.4.5 Aantekening verdient nog dat de informele rechtsingang na de beëindiging van de scheidingsprocedure niet meer kan worden gebruikt indien de rechter in die procedure naar aanleiding van een verzoek tot toekenning van eenhoofdig gezag een beslissing heeft gegeven. In een dergelijk geval, dat zich hier niet voordoet, heeft de rechter zich omtrent het voortduren van het gezamenlijk gezag een oordeel gevormd en een beslissing gegeven, die slechts op de voet van art. 1:253n of art. 253o BW kan worden gewijzigd. In een dergelijk geval staat het de rechter niet vrij ambtshalve de eerdere rechterlijke beslissing te wijzigen.

(..)

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof te Amsterdam van 22 maart 2007; verwijst het geding naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2008, 494, m.nt. J. de Boer.

Commentaar

**37** Personen- en familierecht – Het gezag over minderjarige kinderen

**37** HOGE RAAD  
4 april 2008

**Gedwongen ontheffing, ondanks duurzame bereidheid om kind elders te laten opvoeden**

**Partijen** De vader, verblijvende in de penitentiaire inrichting Haaglanden, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
De raad voor de kindbescherming, verweerder in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure** De vader is veroordeeld wegens doodslag op zijn echtgenote, de moeder van hun beider zoon, geboren in 1998. Het kind is onder toezicht gesteld en uithuisgeplaatst. Het wordt opgevoed in het gezin van een zuster van zijn moeder. Het is zeer gehecht aan de pleegouders. De raad voor de kindbescherming heeft verzocht de vader te ontheffen van het ouderlijk gezag. De vader heeft zich tegen dit verzoek verzet, maar heeft wel aangegeven dat hij instemt met het verdere verblijf van zijn zoon bij de pleegouders en dat het niet de bedoeling is dat zijn zoon op termijn bij hem terugkeert.

De rechtbank heeft het verzoek op grond van art. 1:268, tweede lid, onder a BW toegewezen. Het hof heeft deze beslissing bekrachtigd. In cassatie stelt de vader dat deze bepaling geen grondslag biedt voor gedwongen ontheffing nu aan zijn kant sprake is van duurzame bereidheid het kind in het pleeggezin te laten opgroeien.

**Hoge Raad** 3.4 Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld. In cassatie is niet bestreden dat een in art. 1:266 BW bedoelde grond om verzoeker te ontheffen van zijn gezag over het kind aanwezig is en dat deze ontheffing in het belang van het kind is. Verzoeker heeft zich erop beroepen dat ingevolge het bepaalde in art. 1:268 lid 1 ontheffing niet tegen zijn zin kan worden uitgesproken en hij bestrijdt dat zich een uitzondering voordoet als bedoeld in het tweede lid van deze bepaling, meer in het bijzonder die onder a. Voorzover hier van belang komt deze uitzondering erop neer dat gegronde vrees bestaat dat de maatregel van uithuisplaatsing die meer dan een jaar en zes maanden heeft geduurd, niet voldoende is om de dreiging als bedoeld in art. 1:254 BW af te wenden. Of deze dreiging van geestelijke of lichamelijke ondergang van het kind bestaat, zal de rechter moeten beoordelen op grond van alle omstandigheden van het geval.

In het verleden heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aan de voor een gedwongen ontheffing van het ouderlijke gezag in art. 1:268 lid 2, aanhef en onder a, BW gestelde voorwaarden in beginsel niet is voldaan indien de met het gezag belaste ouder blijkt heeft gegeven van duurzame bereidheid het kind in het pleeggezin waarin het geplaatst is te laten opgroeien. Deze rechtspraak behoeft in verband met het belang van het kind bij stabiliteit en continuïteit in zijn opvoedingssitu-

atie heroverweging, in zoverre dat het blijkt geven van die duurzame bereidheid weliswaar in de beoordeling moet worden betrokken, maar niet (zonder meer) in de weg staat aan gedwongen ontheffing.

3.5 Dit laatste in aanmerking genomen geeft het oordeel van het hof dat er grond bestaat verzoeker te ontheffen van zijn gezag over het kind niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. Nadere motivering behoefde dat oordeel niet. De daartegen aangevoerde klachten falen dan ook.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2008, 506, m.nt. J. de Boer. De Hoge Raad heeft in deze zaak zijn tot dan toe vaste rechtspraak verlaten dat bij duurzame bereidheid van de ouder om zijn kind in het pleeggezin te laten, geen ontheffing kan plaatsvinden. Zoals in de noot wordt opgemerkt, is het omgaan van de Hoge Raad geen al te grote stap, aangezien in de praktijk vaak vraagtekens bestonden bij de duurzaamheid van de bereidheid om het kind in het pleeggezin te laten.

**Commentaar**

## Personen- en familierecht – Omgang en informatie

38

HOGE RAAD

11 juni 1993

Eisen te stellen aan verbreking 'family life'

**Partijen** E.M.A.R. (de moeder), verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
N.G. (de verwekker), verweerder in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure** De moeder en de verwekker, die niet met elkaar gehuwd zijn of gehuwd geweest zijn, hebben van ongeveer juni 1979 tot ongeveer juni 1982 samengewoond. Uit deze relatie is in februari 1981 geboren de minderjarige N., die door de verwekker niet is erkend. De moeder heeft het gezag over N. Ten tijde van de procedure bestond de toeziende voogdij nog. Deze werd door een zuster van de moeder uitgeoefend.

Nadat de relatie tussen partijen was verbroken heeft de verwekker herhaaldelijk geprobeerd om, in onderling overleg met de moeder, een omgangsregeling tussen hem en de minderjarige tot stand te brengen; deze pogingen hebben niet tot enig resultaat geleid.

De kinderrechter heeft de verwekker in een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling bij een beschikking van 18 maart 1985 niet-ontvankelijk verklaard, omdat de ouders niet gehuwd waren en N. door de verwekker niet is erkend.

De verwekker heeft op 4 maart 1991 opnieuw een verzoek bij de kinderrechter ingediend tot vaststelling van een omgangsregeling met N. De moeder heeft daartegen verweer gevoerd en primair verzocht de verwekker niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek. De kinderrechter heeft de verwekker ontvankelijk verklaard in zijn verzoek en verder iedere beslissing aangehouden ten einde de raad voor de kindbescherming gelegenheid te geven onderzoek te verrichten naar de vraag of een omgangsregeling gerechtvaardigd is c.q. in het belang van de minderjarige is.

De moeder is van deze beschikking in hoger beroep gekomen. Het Hof heeft de beschikking van de kinderrechter bekrachtigd.

**Hoge Raad** 3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. Partijen, die niet met elkaar gehuwd zijn of zijn geweest, hebben van omstreeks juni 1979 tot omstreeks juni 1982 samengewoond. Uit deze relatie is (in) februari 1981 geboren de hier-



voor onder I genoemde minderjarige, die door de vader niet is erkend. Voogdes over de minderjarige is de moeder, terwijl een zuster van de moeder toezien-  
voogdes is.

Nadat de relatie tussen partijen omstreeks juni 1982 was verbroken, heeft de vader herhaaldelijk gepoogd om, in onderling overleg met de moeder, een omgangsregeling tussen hem en de minderjarige tot stand te brengen; deze pogingen hebben echter niet tot enig resultaat geleid.

In een verzoek tot het vaststellen van zulk een omgangsregeling heeft de kinderrecht-  
rechter bij beschikking van 18 maart 1985 de vader niet ontvankelijk verklaard op grond van de overweging dat de ouders niet gehuwd waren en de minderjarige niet door de vader is erkend.

3.2. Het huidige verzoek van de vader tot het vaststellen van een omgangsrege-  
ling is door de moeder primair bestreden met het betoog dat de vader in dat ver-  
zoek niet kan worden ontvangen omdat van 'vie familiale/family life' in de zin van art. 8, lid 1 EVRM tussen hem en de minderjarige geen sprake is. Dat betoog is door de kinderrecht-  
rechter evenwel verworpen op grond van haar overweging dat, nu de vader gedurende één jaar en vier maanden met de minderjarige heeft samengewoond en daarna nog gedurende vier maanden éénmaal per maand omgang met hem heeft gehad, tussen beiden een band bestaat die als 'vie familiale/family life' kan worden aangemerkt.

Het Hof is, in cassatie niet bestreden, ervan uitgegaan (r.o. 4.3) dat de leef- en woonomstandigheden van de vader, de moeder en de minderjarige tot het tijdstip waarop de relatie tussen partijen omstreeks juni 1982 een einde nam, de kenmerken vertoonden van 'vie familiale/family life'.

Geplaatst voor de vraag of, gezien het tijdsverloop tussen het verbreken van die relatie en de door het Hof te geven beslissing (ongeveer tien jaar), nog van 'vie familiale/family life' tussen de vader en de minderjarige sprake is, heeft het Hof overwogen dat het enkele feit dat de vader na het verbreken van de samenwoning geen contacten meer met de minderjarige heeft gehad, althans heeft kunnen hebben, niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat van 'vie familiale/family life' geen sprake meer is, mede in aanmerking genomen dat de moeder sedert het verbreken van die samenwoning ieder contact tussen de vader en de minderjarige heeft verhinderd (r.o. 4.3.1 en 4.3.2).

Op grond van dit oordeel heeft het Hof, evenals de kinderrecht-  
rechter, de vader ontvankelijk geoordeeld in diens verzoek tot het vaststellen van een omgangsrege-  
ling.

3.3. Het middel, dat tegen dit oordeel en de daartoe gegeven motivering opkomt, stelt in onderdeel I de vraag aan de orde wat voor een als 'vie familiale/family life' te kwalificeren betrekking tussen twee personen rechtens de gevolgen zijn van de omstandigheid dat die personen gedurende geruime tijd geen contact met elkaar hebben.

Uitgangspunt van het onderdeel is dat in een geval als het onderhavige, dat zich daardoor kenmerkt dat tussen de vader en de minderjarige aanvankelijk een als 'vie familiale/family life' aan te merken band heeft bestaan, maar gedurende ongeveer 9 à 10 jaar geen contact tussen hen heeft plaatsgehad, terwijl de minderjarige zich in deze periode bevond in de leeftijdsfase tussen ongeveer 1 1/2 en ongeveer 11 jaar, slechts zeer zwaarwichtige omstandigheden in de weg kunnen

staan aan de conclusie dat die betrekking is verbroken. Als zodanige zwaarwichtige omstandigheid kan, aldus het onderdeel, niet worden aangemerkt de door het Hof relevant geoordeelde omstandigheid dat de moeder sedert het verbreken van de samenwoning tussen partijen ieder contact tussen de vader en het kind heeft verhinderd.

Dat uitgangspunt is echter niet juist. Weliswaar is niet uitgesloten dat een als 'vie familiale/family life' te kwalificeren betrekking tussen twee personen als gevolg van latere gebeurtenissen wordt verbroken; maar een met de strekking van art. 8 EVRM overeenstemmende toepassing van deze verdragsbepaling staat eraan in de weg de enkele omstandigheid dat contact tussen die personen gedurende een zeker tijdsverloop achterwege is gebleven, als een dergelijke gebeurtenis aan te merken. Slechts beschouwd in samenhang met andere, zwaarwegende, feiten en omstandigheden kan zodanig tijdsverloop een factor vormen bij het beantwoorden van de vraag of eenmaal bestaand 'vie familiale/family life' nadien is verbroken.

Dit brengt mee dat het Hof, door te oordelen gelijk het heeft gedaan, geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het behoefde dat oordeel ook niet nader te motiveren en was anders dan het middel in onderdeel 2 aanvoert, niet gehouden te onderzoeken om welke redenen de moeder sedert de beëindiging van de samenwoning van partijen ieder contact tussen de vader en de minderjarige heeft verhinderd. Zodanige redenen kunnen overigens wel een rol spelen bij het nog te verrichten onderzoek omtrent de vraag of het verzoek van de vader voor toewijzing vatbaar is.

Het middel wordt dus tevergeefs voorgesteld.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1993, 560.

Zie over de verbreking van 'family life' ook HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 153, m.nt. WH-S, HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438, m.nt. WH-S, HR 25 april 1997, *NJ* 1997, 560, HR 26 november 1999, *NJ* 2000, 85, en de hieronder opgenomen uitspraak HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 310, m.nt. J. de Boer.

39

**HOGE RAAD**

22 december 1995

**Jeroen**

**Partijen**

W. (de man), verzoeker tot cassatie,  
*tegen*

R. (de moeder), mede optredende als wettelijk vertegenwoordigster van J. (de zoon), verweerster in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure**

Verzoeker tot cassatie, de man, en de moeder hebben in de periode juli 1984 tot en met oktober 1984 een seksuele relatie met elkaar gehad. Zij hebben niet samengewoond. De man heeft de relatie met de moeder verbroken, nadat hij op de hoogte was geraakt van haar zwangerschap. Op 21 juni 1985 werd J. geboren.

J. is niet erkend. De moeder heeft geen onderhoudsactie tegen de man ingesteld. De man heeft vanaf de geboorte nooit contact met J. gehad en wil ook in de toekomst geen enkel contact. Tussen de broer van de man en J. bestaan wel contacten. De man is nadien gehuwd. Uit dit huwelijk is een kind geboren. Hij erkent dat hij in het conceptietijdvak met de moeder gemeenschap heeft gehad, maar hij ontkent dat hij de verwekker is van J.

J. heeft te kennen gegeven dat hij behoefte heeft zijn vader te ontmoeten. De man is niet bereid vrijwillig mee te werken aan enige vorm van omgang met J., aanvoerende dat hij een dergelijke omgang emotioneel niet aankan en dat deze zijn huwelijk onder druk zou zetten. De moeder heeft de Rechtbank verzocht een omgangsregeling vast te stellen tussen J. en de man. De Rechtbank heeft de moeder niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek, nu niet is komen vast te staan dat de man de verwekker is van J. en er ook geen sprake is geweest van “family life” tussen de man enerzijds en de moeder en J. anderzijds.

In hoger beroep heeft het Hof de beschikking van de Rechtbank vernietigd en, voor zover van belang, de raad voor de kindbescherming verzocht een onderzoek in te stellen naar de wenselijkheid van enig contact tussen J. en de man en naar de mogelijkheden van zulk contact, bezien vanuit het belang van J.

### 3. Beoordeling van het middel

#### 3.1. (...)

3.2. De moeder heeft in deze procedure verzocht een omgangsregeling tussen J. en de man vast te stellen. In hoger beroep is gebleken dat zij dit verzoek mede heeft gedaan als wettelijk vertegenwoordigster van J.

De Rechtbank heeft de moeder niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek op de gronden dat niet is komen vast te staan dat de man de verwekker is van J., en dat ook geen sprake is geweest van ‘family life’ tussen de man enerzijds en de moeder en/of J. anderzijds voor of na de geboorte van J.

Het Hof heeft in zijn bestreden beschikking anders geoordeeld. Het heeft vooreerst geoordeeld dat de man moet worden aangemerkt als de biologische vader van J. Vervolgens heeft het geoordeeld, verkort weergegeven: dat in de context van een verzoek van de zijde van J. om vaststelling van een omgangsregeling met zijn biologische vader een als ‘family life’ aan te merken betrekking bestaat, dat, indien het in verband met de ontwikkeling van J. wenselijk is dat hij enig contact heeft met zijn vader, het de man naar maatstaven van maatschappelijke betamelijkheid niet vrijstaat zich aan elke verantwoordelijkheid in dit verband te onttrekken, dat het Hof voor zijn oordeel steun vindt in art. 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind; dat niet aannemelijk is dat het realiseren van enig contact tussen kind en biologische vader buiten de rechtsvormende taak van de rechter valt; dat het in voormelde context gedane beroep op art. 8 EVRM gegrond is; dat J. in beginsel recht heeft op enige vorm van omgang c.q. contact met de man, doch dat dit recht moet wijken voor de rechten en vrijheden van de man indien deze zwaarder zouden wegen; dat een onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming noodzakelijk is alvorens het Hof tot enige belangenafweging komt.

Tegen deze oordelen richt zich het middel van cassatie.

Hoge Raad

3.3. De Hoge Raad zal eerst onderdeel 2 van het middel behandelen.

Het onderdeel strekt ten betoge dat het Hof in zijn r.o. 3.2 – 3.9 blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting omtrent hetgeen moet worden verstaan onder ‘family life’ in de zin van art. 8 EVRM.

Bij de beoordeling van het onderdeel moet worden vooropgesteld dat het Hof ter inleiding van zijn bestreden oordeel met juistheid heeft geoordeeld dat de eisen die aan het bestaan van ‘family life’ gesteld moeten worden, afhankelijk zijn van de context waarin op art. 8 EVRM een beroep wordt gedaan, dat daarbij mede van belang is wie het beroep doet, en dat, indien een kind de bescherming van art. 8 inroept teneinde enige vorm van contact met zijn biologische vader te realiseren, niet dezelfde voorwaarden behoeven te worden gesteld als wanneer de biologische vader op enige vorm van contact met een door hem verwekt maar niet erkend kind aanspraak maakt. Het Hof heeft voorts terecht gewezen op de mede-verantwoordelijkheid die de biologische vader draagt voor het bestaan van het kind.

Mede in het licht van de rechtspraak van het EHRM – in het bijzonder de arresten van 21 juni 1988, Serie A nr. 138, *NJ* 1988, 746 (Berrehab), 26 mei 1994, Serie A nr. 290, *NJ* 1995, 247 (Keegan) en 27 oktober 1994, Serie A nr. 297, *NJ* 1995, 248 (Kroon) – moet echter worden aangenomen dat óók in de context van een verzoek van de zijde van een kind om vaststelling van een omgangsregeling met zijn biologische vader, niet kan worden gesproken van een als ‘family life’ in de zin van art. 8 aan te merken betrekking op de enkele grond dat het kind door de biologische vader is verwekt. De aard en bestendigheid van de aan de geboorte van het kind voorafgaande relatie tussen de moeder en de verwekker mogen niet buiten beschouwing worden gelaten. Dit heeft het Hof miskend. ’s Hofs oordeel dat de in zijn beschikking vermelde omstandigheden voldoende zijn om te dezen ‘family life’ aan te nemen, komt immers in feite erop neer dat reeds door het enkele feit van de door het Hof aangenomen verwekking van J. door de man ‘family life’ tussen hen is ontstaan.

Het onderdeel treft derhalve doel.

3.4. Het Hof heeft de in van zijn beschikking gegeven oordelen mede doen steunen op het bepaalde in art. 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind (Trb. 1990, 46 en 170). Dit op 20 november 1989 te New York tot stand gekomen Verdrag is door het Koninkrijk goedgekeurd bij Rijkswet van 24 november 1994, Stb. 862, en op 8 maart 1995 voor Nederland in werking getreden (zie Trb. 1995, 92).

Art. 7 lid 1 van het Verdrag bepaalt, voor zover hier van belang, dat het kind, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (de authentieke teksten spreken van ‘the right to know and be cared for by his or her parents’ respectievelijk ‘le droit de connaître ses parents et d’être élevé par eux’). Het Hof heeft geoordeeld: ‘Het recht van het kind om voor zover mogelijk zijn of haar ouders te kennen, omvat méér dan slechts het recht om hun namen te vernemen’.

Onderdeel 5 keert zich tegen laatstvermeld oordeel. Het onderdeel moet klaarblijkelijk aldus worden begrepen dat het dit oordeel als onjuist bestrijdt. Het onderdeel faalt voor zover het aanvoert dat het bedoelde recht van het kind om zijn ouders te kennen, niet meer omvat dan het enkele recht om de namen van zijn ouders te vernemen: de bewoordingen en de mede op het psychisch welzijn

van het kind gerichte strekking van de bepaling verzetten zich tegen een zo beperkte uitleg ervan. Het onderdeel treft echter doel voor zover het strekt ten betoge dat het Hof ten onrechte uit art. 7 heeft afgeleid dat in een situatie als hier door het Hof is aangenomen waarin het gaat om een door de biologische vader niet erkend kind waarmee hij geen persoonlijk contact wil hebben, het kind het recht heeft dit geweigerde persoonlijke contact tegen de wil van die vader af te dwingen. Niet aannemelijk is dat de verdragsluitende staten een zo vergaand recht op het oog hebben gehad. Het Hof heeft dan ook ten onrechte gemeend steun voor zijn in de r.o. 3.4 en 3.5 van zijn beschikking gegeven oordelen te kunnen vinden in art. 7 van het Verdrag.

3.5. Uit het voorgaande blijkt dat 's hofs beschikking niet in stand kan blijven. De onderdelen 1, 3 en 4 kunnen derhalve bij gebrek aan belang onbesproken blijven. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Hetgeen door de moeder ten grondslag is gelegd aan haar verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling tussen J. en de man, is onvoldoende om haar verzoek te kunnen ontvangen. De beschikking van de Rechtbank dient derhalve te worden bekrachtigd, wat er zij van de door de Rechtbank bezigde gronden.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1996, 419.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 13a, 14, 692, 1019, 1021a en Von Brucken Fock, *FJR* 1996, nr. 3, p. 62-65. Een andere mogelijkheid voor het kind om in rechte om vaststelling van een omgangsregeling te verzoeken, loopt via de bijzondere curator (art. 1:250 BW).

Commentaar

40

HOGE RAAD

30 november 2007

**Family life: ook bij potentiële relatie tussen biologische vader en kind**

De moeder, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*

De biologische vader (de man), verweerder in cassatie.

Partijen

Tussen verzoekster tot cassatie, de lesbische moeder, en verweerder in cassatie, de homoseksuele man, bestaat sinds 1994 een vriendschap. Destijds en in 1999 is gesproken over spermadonorschap van de man. Partijen spraken af dat de man een rol in het leven van het kind zou worden toebedeeld. De moeder heeft zichzelf geïnsemineerd met het sperma van de man en raakte zwanger. Tijdens de zwangerschap bleken partijen verschillend te denken over de rol van de man. In 2000 is het kind, een meisje, geboren. De moeder heeft het gezag over het kind. De biologische vader heeft het kind niet erkend en slechts incidenteel ontmoet. De man verzocht de rechtbank een omgangsregeling vast te stellen in de zin van art. 1:377f (thans: art. 1:377a) BW. De rechtbank heeft de man niet ontvankelijk

Feiten en verloop  
van de procedure

verklaard in zijn verzoek, omdat tussen de man en het kind geen nauwe persoonlijke betrekking is ontstaan in de zin van thans art. 1:377a BW dan wel art. 8 EVRM. Het hof heeft de man wel ontvankelijk geacht in zijn verzoek. Hiertegen komt de moeder in cassatie op.

**Hoge Raad**

3.4.1 Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte onderdeel 1 van het middel wordt het volgende vooropgesteld. Terecht wordt niet geklaagd over de door het hof tot uitgangspunt genomen maatstaf, die meebrengt dat de man als biologische vader van de dochter bijkomende omstandigheden aannemelijk dient te maken, waaruit kan worden afgeleid dat de voor ontvankelijkheid van zijn verzoek vereiste nauwe persoonlijke band tussen hem en de dochter bestaat. Het gaat hier blijkens de door het hof vastgestelde omstandigheden om een bekende donor, die met de (lesbische) moeder niet een bestendige affectieve relatie onderhield, maar die met haar ten tijde van de bevruchting een hecht vriendschappelijk contact had, waarin zij elkaar vaak zagen en het voornemen hadden na de door hen beiden gewenste geboorte dit contact voort te zetten en waarin zij beiden een functie van de man in het leven van het kind voorzagen. In een dergelijk geval is, anders dan in het onderdeel wordt bepleit, voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking niet vereist dat het kind geboren wordt uit een tussen de moeder en de biologische vader bestaande relatie die in voldoende mate op één lijn valt te stellen met een huwelijk. Anders dan in onderdeel 1.6 wordt gesteld, is er ook geen grond (vrij) strikte eisen te stellen aan de voor het aannemen van een nauwe persoonlijke betrekking vereiste bijkomende omstandigheden. Het stellen van striktere eisen zou immers ertoe leiden dat een verzoek van de biologische vader tot het treffen van een omgangs- of informatieregeling die volgens hem recht doet aan de intenties van de betrokkenen eerder niet-ontvankelijk zal zijn, met het gevolg dat niet meer wordt toegekomen aan een rechterlijke beoordeling van de vraag of het verzoek toewijsbaar is, waarbij niet alleen de voor het bestaan van een nauwe persoonlijke betrekking relevante gegevens, maar ook andere ten tijde van het verzoek bestaande omstandigheden van belang zijn. Het stellen van bijkomende eisen geschiedt in het belang van de moeder en het kind, maar behoort niet ertoe te leiden dat in een geval waarin naderhand over de rol die de biologische vader volgens de intenties van de moeder en de man in het leven van het door hen gewenste kind zal vervullen geschillen ontstaan, die geschillen aan een beoordeling door een rechter worden onttrokken.

3.4.2 Tegen deze achtergrond heeft het hof door onder de in rov. 4.2 en 4.4 van zijn beslissing bedoelde omstandigheden te oordelen dat tussen de man en de dochter reeds voor haar geboorte een nauwe persoonlijke betrekking is ontstaan, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij heeft het hof kennelijk het oog gehad op de potentiële relatie tussen de biologische vader en zijn kind, die onder omstandigheden onder de bescherming krachtens art. 8 EVRM valt, zoals onder meer is geoordeeld in EHRM 1 juni 2004, nr. 45582/99, NJ 2004, 667, punt 36: 'Although, as a rule, cohabitation may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto 'family ties' (see Kroon and Others v. the Netherlands, judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C,

p. 55, § 30). The existence or non-existence of ‘family life’ for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties (see *K. and T. v. Finland*, cited above, § 150). Where it concerns a potential relationship which could develop between a child born out of wedlock and its natural father, relevant factors include the nature of the relationship between the natural parents and the demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after its birth (see *Nylund v. Finland* (dec.), no. 27110/95, *ECHR* 1999-VI).’ Naar het kennelijke oordeel van het hof zijn in dit geval als dergelijke relevante factoren te beschouwen de hechte en duurzame vriendschapsrelatie van de (lesbische) moeder en de (homoseksuele) man en hun voornemens met betrekking tot de toekomstige rol van de man in het leven van het door hen beiden gewenste kind, dat naar de bedoeling van partijen door de man zou worden erkend, in samenhang met de op blijvende betrokkenheid bij het kind duidende door de jaren heen telkens door de man geuite wens tot omgang met de dochter. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid worden onderzocht.

3.4.3 Vervolgens heeft het hof, ervan uitgaande dat ten tijde van de geboorte een nauwe persoonlijke betrekking met de dochter was ontstaan, geoordeeld dat de omstandigheid dat het contact tussen de moeder en de man reeds voor de geboorte van de dochter is verbroken en dat nadien nauwelijks contact tussen de man en de dochter heeft plaatsgevonden, niet voldoende is om te concluderen dat die nauwe persoonlijke betrekking met de dochter is verbroken. Ook dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is verder van feitelijke aard, zodat het in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Daarbij is in aanmerking te nemen dat het achterwege blijven van contact slechts in samenhang met andere, zwaarwegende feiten en omstandigheden een factor kan vormen bij de beantwoording van de vraag of een eenmaal bestaande nauwe persoonlijke betrekking nadien is verbroken (vgl. onder meer HR 26 november 1999, nr. R99/026, *NJ* 2000, 85). Het hof heeft kunnen oordelen dat van dergelijke zwaarwegende feiten en omstandigheden geen sprake was.

3.5.1 Op het voorgaande stuiten de rechtsklachten van het onderdeel af. Ook de daarin naar voren gebrachte motiveringsklachten zijn tevergeefs voorgesteld, omdat de hiervoor besproken oordelen in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk zijn, noch onvoldoende zijn gemotiveerd. Met betrekking tot de afzonderlijke klachten wordt nog het volgende overwogen.

3.5.2 Anders dan in onderdeel 1.12 wordt aangevoerd, is in het licht van de stellingen van de moeder niet onbegrijpelijk dat het hof heeft overwogen dat de moeder de man bewust heeft uitgekozen als de vader van het kind. Het hof heeft uit de stellingen van de moeder kunnen afleiden dat zij de man niet louter heeft benaderd als donor, maar als de biologische vader van het kind die een nader te bespreken functie in het leven van het kind zou vervullen. Evenmin is onbegrijpelijk dat het hof bij de beantwoording van de vraag of de aard van de relatie van de moeder en de man ten tijde van de bevruchting de conclusie van een nauwe persoonlijke betrekking als bedoeld in art. 1:377f BW kan rechtvaardigen, van belang heeft geacht dat het aanvankelijk de bedoeling was dat de man het kind zou erkennen. Deze omstandigheid bleef in de niet onbegrijpelijke gedachtegang

van het hof voor de beoordeling van belang, ook al is in een later stadium het contact (door de man) verbroken doordat verschillen van mening ontstonden over de mate waarin de man een functie in het leven van zijn kind zou vervullen, zoals het hof in rov. 4.2 heeft uiteengezet.

3.5.3 In de onderdelen 1.13 en 1.14 worden verder nog omstandigheden aangevoerd die bevestigen dat, zoals het hof in rov. 4.4 onder ogen heeft gezien, het contact tussen de moeder en de man voor de geboorte van de dochter is verbroken en dat nadien nauwelijks contact tussen de man en de dochter heeft plaatsgevonden. Niet onbegrijpelijk is echter dat het hof, dat aannemelijk achtte dat de man is blijven vasthouden aan zijn wens om omgang met de dochter te hebben, in die omstandigheden onvoldoende grond heeft gezien de man in zijn verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling niet-ontvankelijk te verklaren wegens het niet langer bestaan van de vereiste nauwe persoonlijke betrekking.

3.6 Het hof heeft in afwachting van het door de Raad voor de Kinderbescherming in te stellen onderzoek nog geen oordeel gegeven over de toewijsbaarheid van het verzoek. Het heeft in rov. 4.6 overwogen dat het de stelling van de moeder dat contact tussen de dochter en de man niet in het belang van de dochter is, onvoldoende concreet achtte om op voorhand te veronderstellen dat het belang van de dochter zich tegen het vaststellen van een omgangsregeling met de man verzet. Aldus heeft het hof slechts tot uitdrukking gebracht dat het in te stellen onderzoek niet bij voorbaat zinloos is. De voorwaarde waaronder onderdeel 2 is voorgesteld, te weten dat het hof zou hebben geoordeeld dat een omgangsregeling in het belang van de dochter is, is derhalve niet vervuld, zodat het geen behandeling behoeft.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

#### Commentaar

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2008, 310, m.nt. J. de Boer. Zie over de potentiële relatie die onder omstandigheden onder de bescherming van art. 8 EVRM valt, EHRM 1 juni 2004, Lebbink tegen Nederland, *NJ* 2004, 667, m.nt. JdB.



## Personen- en familierecht – Curatele

**41** HOGE RAAD  
28 maart 1980

**Curatele en echtscheiding**

X (de vrouw), verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
Y (de man), verweerder in cassatie.

**Partijen**

Verzoekster tot cassatie, de vrouw, is wegens zwakheid van vermogens onder curatele gesteld. Zij heeft echtscheiding gevorderd en tevens verzocht, bij wege van voorlopige voorziening, haar voor de duur van het geding te ontslaan van de verplichting tot samenwoning. De Rechtbank heeft de vrouw in haar verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening niet ontvankelijk verklaard, omdat de vrouw onbekwaam is – ook in familierechtelijke aangelegenheden – rechtshandelingen te verrichten. Het Hof heeft deze beschikking bekrachtigd.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

1. Blijkens 's hofs arrest is de vrouw bij vonnis van de Rechtbank te Zutphen van 3 oktober 1929 wegens zwakheid van vermogens onder curatele gesteld.

**Hoge Raad**

Het gaat hier dus om een curatele die is uitgesproken met toepassing van het recht dat gold vóór het tijdstip waarop Boek 1 BW in werking is getreden (1 januari 1970). Onder dat recht – ook aan te duiden als 'het oude recht' – kon zij zelf een vordering tot echtscheiding instellen. Het middel stelt de vraag aan de orde of zij dit nog kan sedert Boek 1 in werking is getreden.

Het Hof is er terecht van uitgegaan dat deze vraag ingevolge art. 20 lid 1 Overgangswet voor het nieuwe BW moet worden beantwoord aan de hand van de bepalingen van het BW omtrent de handelingsonbekwaamheid van onder curatele gestelden, zoals deze bepalingen op het tijdstip van in werking treden van Boek 1 zijn komen te luiden (ook aan te duiden als 'het nieuwe recht'). Voorts moet ervan worden uitgegaan dat een curatele wegens zwakheid van vermogens, uitgesproken onder het oude recht, voor de toepassing van het nieuwe recht heeft te gelden als een curatele wegens een geestelijke stoornis, als bedoeld in art. 378 onder a Boek 1 BW.

Volgens art. 381 lid 2 is de onder curatele gestelde onbekwaam rechtshandelingen te verrichten 'voor zover de wet niet anders bepaalt'.

De wet bepaalt, voor zover hier van belang, 'anders' in art. 38, in welk artikel ligt besloten dat het enkele feit dat iemand wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, niet meebrengt dat hij of zij onbekwaam is om een huwelijk aan te

41 **Personen- en familierecht – Curatele**

gaan. Zodanige onbekwaamheid mag, afgezien van het in art. 38 vervatte toestemmingsvereiste, slechts worden aangenomen indien het in art. 32 omschreven geval zich voordoet, dus betrokkene heeft te gelden als een partij wier geestvermogens zodanig zijn gestoord, dat deze niet in staat is haar wil te bepalen of de betekenis van haar verklaring te begrijpen. De volgende argumenten pleiten ervoor om de vraag of iemand die wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, bekwaam is om een echtscheidingsvordering in te stellen, aan de hand van een soortgelijke maatstaf te beantwoorden.

2. Volgens art. 506-oud derde lid mocht de wegens verkwisting, gewoonte van drankmisbruik of zwakheid van vermogens onder curatele gestelde, met inachtneming van het in die bepaling vervatte toestemmingsvereiste, een huwelijk aangaan. Voorts waren onder het oude recht al deze curandi bekwaam om echtscheiding te vorderen. Met de regel dat deze curandi in beginsel een huwelijk mochten aangaan, correspondeerde derhalve de regel dat zij zelf een vordering tot echtscheiding mochten instellen.

Voor wat betreft het recht sedert 1 januari 1970: uit art. 382 volgt dat zij die uit hoofde van verkwisting of gewoonte van drankmisbruik onder curatele zijn gesteld, zowel mogen huwen als zelf een vordering tot echtscheiding mogen instellen. Het zou echter onjuist zijn voor de andere gevallen van curatele uit deze bepaling de gevolgtrekking te maken dat de wetgever de in het oude recht bestaande parallellie – daarop neerkomende dat de curandus die mag huwen ook bekwaam is om een echtscheidingsvordering in te stellen – heeft willen verbreken. Deze parallellie ligt op zich zelf zozeer voor de hand, dat zij ook richtsnoer dient te zijn bij de beantwoording van de thans aan de orde zijnde vraag.

3. Voorts is het volgende van belang. De onder het oude recht bestaande onderscheiding tussen – kort gezegd – curatele wegens krankzinnigheid en curatele wegens zwakheid van vermogens is in het nieuwe recht niet overgenomen; thans wordt gesproken van een curatele ‘wegens een geestelijke stoornis’ als bedoeld in art. 378 onder a. Onder het oude recht gold dat degeen die wegens zwakheid van vermogens onder curatele stond, wèl, degeen die wegens krankzinnigheid onder curatele stond niet een vordering tot echtscheiding kon instellen: voor deze laatste gold bovendien dat vertegenwoordiging in een geding, strekkende tot echtscheiding op vordering van de curandus, wegens het hoogst persoonlijk karakter van de desbetreffende beslissing niet mogelijk was, en tenslotte dat niet werd gedifferentieerd al naar gelang de betrokkene wel of niet in staat was zijn wil te bepalen. De opheffing van bedoelde onderscheiding vergt in zoverre een aanpassing dat gemelde differentiatie, voor wat betreft de vraag of hij die wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat bekwaam is een vordering tot echtscheiding in te stellen, thans voor de hand ligt, waarmee tevens aansluiting wordt verkregen met het systeem dat geldt voor de bekwaamheid van een zodanige curandus om een huwelijk aan te gaan, zoals hierboven onder 1 geschetst.

4. De conclusies, uit het bovenstaande te trekken, kunnen als volgt worden samengevat.

a. Nu blijkt art. 38 het enkele feit dat iemand wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, niet meebrengt dat hij of zij onbekwaam is om een huwelijk aan te gaan, dient eveneens te worden aangenomen dat dit feit, op zich zelf, niet meebrengt dat hij of zij onbekwaam is om een vordering tot echtscheiding in te

stellen. Dit kan, als voortvloeiende uit art. 38, worden aangemerkt als een uitzondering als bedoeld in het slot van art. 381 lid 2.

b. Het antwoord op de vraag of iemand die wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, bekwaam is een vordering tot echtscheiding in te stellen, is daarvan afhankelijk of betrokkene in staat is zijn of haar wil daaromtrent te bepalen en de betekenis van een zodanige vordering te begrijpen. Wanneer dit het geval is, is er geen reden de 'bijstand' ten processe van een curator of een toeziende curator te verlangen, reeds daarom niet omdat dit een figuur is die de wet niet kent. Wanneer betrokkene niet in staat is zijn of haar wil als voormeld te bepalen, dient de eisende partij in haar vordering niet-ontvankelijk te worden verklaard; voor vertegenwoordiging door een curator of een toeziend curator is wegens het hoogst persoonlijke karakter van de desbetreffende beslissing geen plaats. Tenslotte is er geen reden om het vereiste van toestemming van de kantonrechter op het voetspoor van art. 38 ook hier te stellen: de vraag of de eisende partij bekwaam is de vordering in te stellen, kan in de procedure zelf aan de orde komen.

5. Uit het bovenstaande volgt dat onderdeel 1 van het middel gegrond is, voor zover het zich keert tegen 's hofs opvatting dat iemand die wegens een geestelijke stoornis onder curatele staat, uit dien hoofde onbekwaam is 'zelf en zonder meer' een vordering tot echtscheiding in te stellen.

In onderdeel 1 wordt subsidiair gesteld dat personen, die onder het vóór 1 januari 1970 geldende recht wegens zwakheid van vermogens onder curatele zijn gesteld, ook na die datum geacht moeten worden bekwaam te zijn om een echtscheidingsvordering in te stellen. Deze stelling, die erop neerkomt dat hun bekwaamheid op dit punt nog door het oude recht wordt beheerst, stuit af op art. 20 van de hierboven onder 1 genoemde Overgangswet. Wel staat het de rechter vrij aan de omstandigheid dat het gaat om een curatele die indertijd is uitgesproken wegens zwakheid van vermogens, een – voor tegenbewijs vatbaar – vermoeden te ontlenen dat betrokkene, kort gezegd, in staat is zijn of haar wil te bepalen. In dit verband zij nog opgemerkt dat in het kader van een beslissing op een verzoek om een voorlopige voorziening, zoals in het onderhavige geval, op dit punt uiteraard met een summier onderzoek kan worden volstaan. (...)

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1980, nr. 378, m.nt. EAAL.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 605 en 1113, Pitlo-Van der Burght-Rood-De Boer, p. 571 en Luijten, deel 1, p. 178.

**Commentaar**

42 Personen- en familierecht – Curatele

42 HOGE RAAD  
28 januari 1994

**Conflict curandus/curator**

- Partijen** Ro.B. (onder curatele gestelde), eiser tot cassatie,  
*tegen*  
S.B., in zijn hoedanigheid van curator over Ro.B., verweerder in cassatie.
- Feiten en verloop van het geding** Zie hiervoor punt 3 van het arrest van de Hoge Raad. In kort geding heeft Ro., daarbij zelf als partij optredend, gevorderd om hem in de gelegenheid te stellen onvoorwaardelijke en ongestoorde contacten met zijn advocaat te hebben en te houden. De president heeft de vordering afgewezen. Het Hof heeft – op andere gronden – de vordering evenmin toewijsbaar geoordeeld.
- Hoge Raad** (...)  
3. *Uitgangspunten voor de beoordeling van de middelen in het principale en in het incidentele beroep.*  
In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan:  
a. Ro., die is geboren op 14 december 1956 en aan het syndroom van Down lijdt, is bij beschikking van de Rechtbank te Arnhem onder curatele gesteld op de grond dat hij wegens een geestelijke stoornis niet in staat is zijn belangen behoorlijk waar te nemen. Aanvankelijk is zijn moeder tot curatrice benoemd. Na haar overlijden op 5 maart 1989 is zijn vader tot curator benoemd en één van zijn zusters, M., tot toezien curatrice. Ook thans vervullen zij nog deze functie.  
b. Ro. verblijft sinds 7 mei 1990 in het gezinsvervangend tehuis ‘De Beukenhof’ te A.  
c. Tussen de oudste zuster van Ro. – Ru. (en haar partner) – enerzijds en de vader-curator van Ro. en zijn toezien curatrice anderzijds bestaat een diepgaande controverse over de vraag op welke wijze Ro. het beste verzorgd kan worden en wie de verantwoordelijkheid voor die zorg dient te dragen.  
d. In verband met deze controverse zijn vanaf medio 1989 een reeks procedures gevoerd, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep. Onder meer is door de officier van justitie een vordering tot ontslag van de curator en de toezien curator aan de Rechtbank voorgelegd, welke vordering na uitvoerig verhoor van onder meer Ru. en haar partner en nadat de officier van justitie had geconcludeerd tot afwijzing van de vordering, tenslotte is afgewezen.  
e. In het onderhavige kort geding heeft Ro., daarbij zelf als partij optredend, jegens zijn vader een bevel gevorderd om hem in de gelegenheid te stellen om onvoorwaardelijke en ongestoorde contacten met zijn advocaat, mr. T. Nauman-van Dijk, te hebben en te houden.  
f. Blijkens de dagvaarding in eerste aanleg heeft Ro. aan deze vordering ten grondslag gelegd, voor zover thans van belang:  
i. dat hij op 5 september 1991 een gesprek met voormelde advocaat heeft gehad en daarbij aan deze te kennen heeft gegeven ‘rechtshulp van haar te willen heb-

ben inzake enige geschilpunten met zijn curator', waaronder het door hem 'niet gewenste verblijf' in voormeld tehuis;

ii. dat de advocaat een afspraak heeft willen maken met de leiding van De Beukenhof of de directeur van de stichting waaronder dit tehuis valt, om haar cliënt te bezoeken;

iii. dat de directeur van de stichting echter aan de advocaat heeft medegedeeld dat de curator aan De Beukenhof verboden had haar bij Ro. toe te laten;

iv. dat de advocaat vervolgens de curator heeft gesommeerd het aan De Beukenhof opgelegde verbod om haar toegang te verlenen op te heffen, doch deze aan die sommatie niet heeft voldaan.

g. Van het hiervoor onder f sub (i) bedoelde gesprek van Ro. met de advocaat is een video-opname gemaakt, die bij de President niet, maar in hoger beroep voor het Hof wel is vertoond.

h. De afwijzing van de vordering door de president berust op de overwegingen, kort samengevat, dat Ro. geen opdracht aan mr. Nauman-van Dijk heeft kunnen geven, omdat hij geacht moet worden zijn wil niet te hebben kunnen verklaren, nu hij onder curatele was gesteld en geen bijzondere feiten en omstandigheden zijn gebleken, waaruit valt af te leiden dat hij zijn wil wél kan verklaren. Daarbij is de president ervan uitgegaan: dat aan de enkele mededeling van mr. Nauman-van Dijk dat Ro. haar opdracht heeft gegeven als zijn advocaat op te treden, geen beslissende betekenis kan worden toegekend; dat er geen andere aanwijzingen voor de juistheid van de gestelde opdracht zijn: en dat er voor een onderzoek daarnaar in dit kort geding geen plaats is.

i. Het Hof heeft de vordering van Ro. evenmin toewijsbaar geoordeeld. Anders dan de president, heeft het Hof daarbij evenwel tot uitgangspunt genomen: dat Ro. in dit kort geding in beginsel zelfstandige procesbevoegdheid toekomt; dat zijn advocaat hem in dit geding ook daadwerkelijk vertegenwoordigt, gelet op hetgeen zij daarover heeft verklaard; en dat Ro. derhalve in dit geding zelf daadwerkelijk als partij optreedt. Dit uitgangspunt impliceert dat het Hof Ro. – zij het in beperkte mate – tot een redelijke waardering van zijn bij dit geding betrokken belangen in staat heeft geacht. De overwegingen die het Hof tot zijn oordeel omtrent de niet-toewijsbaarheid van de vordering hebben gebracht, komen, naar de Hoge Raad deze overwegingen begrijpt, hierop neer dat het Hof het belang van Ro. bij de rechtshulp waarop de vordering in dit kort geding betrekking heeft, heeft afgewogen tegen andere belangen van Ro., waaronder in het bijzonder zijn door het Hof 'zwaarwegend' geachte belang 'bij enig herstel van zijn naar het zich laat aanzien sterk verstoorde gemoedsrust'. Daarbij heeft het Hof kennelijk het oog op de onrust die 'de tot dusver gevoerde procedures gezien hun aard en frequentie al bij hem teweeggebracht hebben'. Het is dit belang dat het Hof doorslaggevend heeft geacht.

j. Voor wat betreft het hiervoor onder f. sub (i) en onder g. bedoelde gesprek, waarbij het verzoek om rechtshulp is gedaan, dat aan de onderhavige vordering ten grondslag is gelegd, heeft het Hof in het kader van voormelde belangenafweging vastgesteld dat uit de ten bewijze van dit gesprek vertoonde video-opname is gebleken dat Ro. weliswaar stelde gaarne – anders dan zijn curator en toezieende curatrice wenselijk achten – van verblijf te willen veranderen, maar daarbij niet te kennen gaf 'het hoogst noodzakelijk te vinden op stel en sprong te verhuizen' of 'dadelijk rechtshulp noodzakelijk te achten'.

*4. Beoordeling van het eerste middel in het incidentele beroep*

Het middel faalt. Het Hof heeft de vordering zoals deze in eerste aanleg is ingesteld, blijkens zijn r.o. 8 zo opgevat dat zij tegen de vader gericht was zowel in persoon als in zijn hoedanigheid van curator. Met dit feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel is het Hof niet buiten de grieven getreden, doch heeft het integendeel de grief van de curator behandeld. Het Hof heeft ook geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu het niet heeft geoordeeld dat de eiswijziging waarop het middel ziet een wijziging in of van een procespartij meebracht, maar het deze eiswijziging kennelijk heeft opgevat als een verduidelijking van wat tevoren reeds in die eis besloten lag.

*5. Beoordeling van de middelen in het principale beroep en van het tweede middel in het incidentele beroep*

5.1. Bij de beoordeling van deze middelen moet worden vooropgesteld dat, in verband met de art. 6 lid 1 EVRM, 14 lid 1 IVBP en 17 en 18 Grondwet, de bepalingen betreffende curatele zo dienen te worden uitgelegd dat niet wordt te kort gedaan aan het recht van onder curatele gestelden op een effectieve toegang tot de rechter, ook voor het geval die toegang nodig is in verband met een geschil tussen de curandus en zijn curator, waarbij in het bijzonder van belang is het geval dat ook de toezienende curator niet in aanmerking komt om zijn belangen te dier zake te behartigen.

In het licht hiervan moet worden aangenomen dat de curandus, ingeval een onmiddellijke voorziening in kort geding nodig is in verband met een conflict met zijn curator betreffende zijn verzorging of verpleging – daaronder begrepen een conflict over zijn verblijfplaats – op de voet van art. 886 Rv zelfstandig in rechte kan optreden en aan zijn advocaat een desbetreffende opdracht kan geven, tenzij hij, ook met behulp van zijn advocaat, niet tot een redelijke waardering van zijn bij dit conflict betrokken belangen in staat is. Dit strookt ook met de gedachte dat de curandus, voor zover hij tot een dergelijke waardering in staat is, in beginsel zeggenschap over zijn verzorging en verpleging dient te hebben, zoals deze gedachte ten grondslag is gelegd aan art. 1653u BW, als voorgesteld in wetsvoorstel 21561 betreffende de geneeskundige behandelingsovereenkomst, art. 1:454 lid 1 BW, als voorgesteld in wetsvoorstel 22474 betreffende mentor-schap ten behoeve van meerderjarigen, en art. 38 lid 5 Wet BOPZ, als gewijzigd bij laatstgenoemd wetsvoorstel. Nu een bodemprocedure in gevallen van de onderhavige aard in de praktijk nauwelijks in aanmerking zal komen en een zodanige procedure hier dan ook niet aan de orde is, kan in het midden blijven of hiervoor hetzelfde geldt dan wel de weg van benoeming van een bijzondere curator op de voet van art. 1:385 in verbinding met art. 1:313 lid 2 BW moet worden gevolgd.

De voormelde bevoegdheid om zelfstandig in rechte op te treden brengt tevens mee dat in beginsel ook recht bestaat op de daartoe noodzakelijke rechtshulp, in het bijzonder op onverwijlde, ongestoorde en voldoende contacten met de betrokken advocaat, waaraan des te meer behoefte zal bestaan naar gelang met beperkingen van het inzicht van de curandus in zijn belangen meer rekening moet worden gehouden. Dergelijke contacten, en meer in het algemeen vrij verkeer tussen de advocaat en de curandus, zal de curator dan ook in beginsel niet mogen verbieden of belemmeren. In aanmerking genomen dat de wettelijke taak

van de curator mede de zorg en de verantwoordelijkheid voor de persoon van de curandus omvat, brengt een redelijke uitleg van het grondrecht op rechtshulp echter mee dat de curator tot zodanig verbod wél bevoegd is ingeval, gelet op de geestelijke en lichamelijke gezondheidstoestand van zijn curandus, eventueel in samenhang met de wijze van optreden van de advocaat, van vrij verkeer tussen raadsman en curandus een zo ongunstige uitwerking op die gezondheidstoestand is te vrezen, dat dit verkeer met het oog op die uitwerking onverantwoord moet worden geacht.

Opmerking verdient bij dit alles nog dat in deze zaak niet aan de orde is het geval van een onder curatele gestelde, die juist hulp behoeft, omdat hij zelf geen enkel inzicht in zijn belangen heeft, en die dus, voor wat betreft zijn bescherming in rechte, geheel van derden afhankelijk is.

5.2. In het voorgaande ligt besloten dat het Hof – ongeacht zijn mede op zaakwaarneming gegronde redengeving – terecht ervan is uitgegaan: dat Ro. in het onderhavige kort geding zelfstandige procesbevoegdheid toekomt; dat hij door zijn advocaat daadwerkelijk vertegenwoordigd wordt; en dat hij derhalve in dit geding ook daadwerkelijk partij is; alles onverminderd de bevoegdheid van de rechter tot toetsing, die hierna onder 5.6 aan de orde zal komen. Het tweede middel in het incidentele beroep stuit hierop af. Daarbij verdient aantekening dat ook het verwijt dat het Hof met deze oordelen buiten de grieven is getreden, doel mist, nu de procesbevoegdheid van een partij een kwestie van openbare orde is, die de appelrechter ambtshalve dient te beoordelen.

5.3. Het voorgaande brengt voorts mee dat het Hof bij de beantwoording van de vraag of de curator de contacten van Ro. met mr. Nauman-van Dijk kon verbieden, een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Welke maatstaf het Hof hier precies voor ogen heeft gestaan, komt uit 's hofs arrest niet naar voren, doch zij valt in elk geval niet samen met die welke hiervoor onder 5.1 als juist is aanvaard.

Het eerste en tweede middel in het principale beroep zijn in zoverre terecht voorgesteld.

5.4. De klachten kunnen evenwel niet tot cassatie leiden. In de onderhavige zaak is immers aan de vordering, voor wat betreft de behoefte aan rechtshulp in de vorm van ongestoorde en onvoorwaardelijke contacten met de advocaat, slechts ten grondslag gelegd het verzoek om rechtshulp, dat is gedaan bij het hiervoor in rubriek 3 onder f. sub (i) en onder g. bedoelde gesprek. Nadat de president had geweigerd de video-opname van dat gesprek te doen vertonen, is – naar het kennelijke en in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk oordeel van het Hof – van de zijde van Ro., die, naar zijn advocaat blijkens 's hofs r.o. 7 bij pleidooi in hoger beroep te kennen gaf, niet lijfelijk voor het Hof kon verschijnen om zijn standpunt in persoon toe te lichten, nog slechts betoogd dat ten bewijze van dit gesprek deze video-opname alsnog voor het Hof behoorde te worden vertoond. Dit is ook gebeurd. Het Hof heeft daarop vastgesteld dat uit die video-opname is gebleken dat Ro. weliswaar stelde gaarne van verblijf te willen veranderen, maar dat hij daarbij niet te kennen gaf 'het hoogst noodzakelijk te vinden op stel en sprong te verhuizen' of 'dadelijk rechtshulp noodzakelijk te achten'.

Deze vaststelling is in cassatie niet bestreden. Evenmin zijn in hoger beroep of in cassatie uitingen van Ro. jegens anderen dan zijn advocaat ingeroepen, die de namens hem gestelde behoefte aan rechtshulp zouden kunnen schragen. Wel

heeft het Hof nog geconstateerd dat Ro. op de vertoonde video-opname niet de indruk maakte dat het hem slecht ging en dat hij er ook geenszins slecht of verwaarloosd uitzag, zulks anders dan blijktens r.o. 4 van het vonnis van de president in een eerdere procedure door Ru. en haar partner was aangevoerd, maar in het onderhavige geding niet is herhaald.

Bij dit vaststaande feitelijke uitgangspunt valt niet in te zien hoe een vordering in kort geding als hier is ingesteld, zou kunnen slagen, nu in dit uitgangspunt besloten ligt dat de feiten waarop in deze zaak de behoefte aan onmiddellijke rechtshulp is gegrond, zich hetzij niet hebben voorgedaan, hetzij de conclusie dat deze behoefte inderdaad bestaat, niet kunnen dragen. Dit brengt mee dat het Hof, ongeacht zijn motivering, tot een juiste beslissing is gekomen.

5.5. Het voorgaande brengt mee dat het eerste, tweede, derde en vierde middel in het principale beroep niet tot cassatie kunnen leiden. Daarbij verdient nog slechts het volgende opmerking.

Het tweede middel mist in twee opzichten feitelijke grondslag. Voor zover het ervan uitgaat dat in de zienswijze van het Hof bij Ro. wilsbekwaamheid ontbrak, miskent het dat het Hof moet worden begrepen overeenkomstig hetgeen hiervoor onder 3 sub i en onder 5.2 werd overwogen. Voor zover het ervan uitgaat dat Ro. in hoger beroep zijn verlangen ter zake van rechtshulp op andere wijze wilde aantonen dan met behulp van de video-opname, miskent het dat het Hof moet worden begrepen overeenkomstig hetgeen hiervoor onder 5.4 is overwogen.

Het in het vierde middel vervatte beroep op de stelling dat de afwezigheid van Ro. ter terechtzitting van het Hof een gevolg was van een verbod van de curator, miskent dat noch uit 's hofs arrest, noch uit de stukken van het geding blijkt dat in hoger beroep een dergelijke stelling is aangevoerd. Dat een beroep zou zijn gedaan op een dergelijke stelling – die wegens haar feitelijk karakter niet voor het eerst in cassatie aan de orde kan worden gesteld –, is ook weinig aannemelijk, nu het aan het Hof ter beoordeling stond of de aanwezigheid van Ro. op de terechtzitting geboden was, eventueel in weerwil van de wens van de curator.

5.6. Ook het vijfde middel in het principale beroep faalt. Het voorlopige oordeel van het Hof dat in dit kort geding aannemelijk moet worden geacht – voor een uitvoeriger onderzoek was naar 's hofs oordeel in dit geding geen plaats – dat het voor Ro. uitgesloten is voldoende onafhankelijk van derden te beslissen of hij rechtshulp of een andere woonplaats wil, is door het Hof klaarblijkelijk slechts gebezigd om tot de conclusie te komen dat in een zaak als de onderhavige het woord van de advocaat niet zonder meer beslissend is, maar door de rechter zelf zal moeten worden beoordeeld of dit woord overeenstemt met wat de curandus op grond van een redelijke waardering van zijn belangen zelf verlangt. Deze conclusie geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het voorlopige oordeel waarop zij berust, is feitelijk van aard en behoefde in dit kort geding geen nadere motivering.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1994, 687, m.nt. JdB.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 791 en 1105 en Pitlo-Van der Burght-Rood-De Boer, p. 571.



**43** **HOGE RAAD**  
1 december 2000  
(concl. A-G Moltmaker)

**Twee curatoren**

G. en V., verzoekers tot cassatie.

**Partijen**

Uit de beschikking van de Hoge Raad wordt het volgende geciteerd:  
(...)

**Feiten en verloop  
van de procedure**

3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

i. Uit het huwelijk van de ouders is op (...) 1980 de zoon geboren. Hij woont bij zijn ouders.

ii. Bij de zoon is sprake van een geestelijke stoornis, waardoor hij al dan niet met tussenpozen niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen behoorlijk waar te nemen. Hij lijdt aan de ziekte van Crouzon.

iii. De ouders geven tezamen inhoud aan hun zorg en verantwoordelijkheid voor hun zoon. Zijn meerderjarigheid maakt daarbij geen verschil ten gevolge van de beperkingen waarmee hij kampt. Ieder van de ouders heeft zich daarbij specifieke, elkaar aanvullende taken aangetrokken.

iv. De ouders hebben met een beroep op art. 8 EVRM de Rechtbank verzocht hen beiden tot curator te benoemen. Zij beschouwen de curatele als een soort voortzetting van het ouderlijk gezag en als een middel om de uitoefening van het gezinsleven vorm te kunnen blijven geven. Indien slechts één van beide ouders tot curator wordt benoemd, brengt dit volgens hen mee dat ten aanzien van de andere ouder een ongerechtvaardigde inbreuk op het gezinsleven wordt gemaakt.

v. De Rechtbank heeft de zoon onder curatele gesteld en de vader tot curator benoemd. Uit de tekst van de wet en de desbetreffende wetsgeschiedenis valt af te leiden, aldus de Rechtbank, dat de mogelijkheid van het benoemen van meer dan één curator door de wetgever niet is beoogd. De Rechtbank is voorts van oordeel dat zulks niet een ontoelaatbare inbreuk vormt op het door art. 8 EVRM beschermde recht op een gezinsleven.

vi. Ook het Hof heeft op de in zijn r.o. 4.5-4.11 vermelde gronden in r.o. 4.12 geoordeeld dat het verzoek van de ouders om hen beiden tot curator te benoemen, niet voor toewijzing in aanmerking komt, en heeft de beschikking van de Rechtbank bekrachtigd.

vii. Het middel keert zich tegen het onder (vi) vermelde oordeel van het Hof en de gronden waarop dit oordeel berust.

3.2. De overwegingen die het Hof aan zijn hiervoor in 3.1 onder (vi) vermelde oordeel ten grondslag heeft gelegd, kunnen als volgt worden samengevat. Uit de regeling van art. 1:383 BW volgt dat de wetgever is uitgegaan van benoeming van één persoon tot curator en dat hij geen ruimte wilde bieden om meer dan één persoon tot curator te benoemen. Bovendien is niet voorzien in een regeling van

**Hoge Raad**

de gevolgen van bevoegdheidsuitoefening door meer curatoren, terwijl regeling daarvan voor de hand ligt gelet op de complicaties die zich kunnen voordoen (r.o. 4.6). In het onderhavige geval is sprake van gezinsleven als bedoeld in art. 8 lid 1 EVRM (r.o. 4.8). Benoeming van één ouder tot curator maakt inbreuk op het gezinsleven van de ouders en de zoon (r.o. 4.9). Deze inbreuk is echter gerechtvaardigd als bedoeld in lid 2 van art. 8 EVRM (r.o. 4.10). Ook als dit niet het geval zou zijn, dan gaat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten hier keuzes te doen (r.o. 4.11).

3.3. Het middel strekt ten betoge dat de in art. 1:383 BW besloten liggende regel dat slechts één curator benoemd kan worden in een geval als het onderhavige, een ontoelaatbare inmenging als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM oplevert in het door lid 1 van die bepaling beschermde gezinsleven van de ouders en de zoon. Voorts betoogt het middel dat het vinden van een oplossing voor de gevolgen van de ongeoorloofdheid van de onderhavige inmenging de rechtsvormende taak van de rechter niet te buiten gaat.

3.4. Met betrekking tot de situatie van de ouders en de zoon heeft het Hof – in cassatie onbestreden – als volgt geoordeeld in zijn r.o. 4.8:

“De situatie waarop de ouders zich beroepen wordt erdoor gekenmerkt dat de ouders in gezinsverband blijven samenwonen met hun zoon en zich de zorg voor hun zoon in de directe zin van het woord blijven aantrekken in verband met zijn geestelijke beperkingen ondanks zijn meerderjarigheid. De relatie tussen de ouders en de zoon laat zich omschrijven als een voortgezette zorgrelatie. De ouders continueren zodoende op bijzondere wijze hun ouderlijke verantwoordelijkheid. Dat doen zij gezamenlijk, maar ook heeft elk van hen een specifieke betrokkenheid. Een dergelijk samenlevingsverband onderscheidt zich van de gebruikelijke situatie die intreedt als een kind meerderjarig wordt. Die specifieke situatie verdient de bescherming van art. 8 EVRM.”

Op grond van dit één en ander is het Hof tot de juiste slotsom gekomen dat de onmogelijkheid om twee curatoren te benoemen in het onderhavige geval een inmenging in de zin van lid 2 van art. 8 EVRM vormt.

3.5.1. Vervolgens komt aan de orde de door het Hof bevestigend beantwoorde vraag of voor deze inmenging een rechtvaardiging als bedoeld in voormeld lid 2 kan worden gevonden. Deze vraag wordt door de Hoge Raad evenwel ontkennend beantwoord.

3.5.2. Op de gronden vermeld in de punten 2.3.1–2.3.4 van de conclusie van de Advocaat-Generaal Moltmaker moet worden aangenomen dat het – in het belang van de curandus – voorkomen van onenigheid tussen de curatoren het oogmerk van de wetgever is geweest bij de regeling dat slechts één curator kan worden benoemd.

3.5.3. Het onderhavige geval wordt daardoor gekenmerkt dat het meerderjarige kind wegens zijn geestelijke handicap de ouderlijke zorg nodig blijft houden en dat de ouders die zorg op dezelfde wijze als voorheen (willen) voortzetten. Voorts zijn bij het benoemen van beide ouders tot curator alleen de belangen van de ouders zelf en de zoon betrokken, terwijl tevens vaststaat dat zowel de ouders als de zoon wensen dat de ouders gezamenlijk tot curator worden benoemd.

3.5.4. Tegen de achtergrond van de rechtspraak van het EHRM waarin aan het recht op erfbiediging van het familie- en gezinsleven, neergelegd in art. 8 EVRM,

ver strekkende betekenis is toegekend, en in aanmerking genomen het in 3.5.3 overwogene en de omstandigheid dat thans voorzien is in een wettelijke regeling van de continuering van het gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding (art. 1:251 lid 2 BW), de gezamenlijke voogdij (art. 1:282 BW) en de benoeming van twee of meer bewindvoerders bij de onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen (art. 1:437 BW), moet worden aangenomen dat in voormeld oogmerk van de wetgever in een geval als hiervoor in 3.5.3 omschreven niet meer een rechtvaardiging als bedoeld in lid 2 van art. 8 EVRM kan worden gevonden voor evenvermelde inmenging in het door lid 1 van die bepaling beschermde gezinsleven van de ouders en de zoon.

3.6. In het onderhavige geval kan voorts niet worden gezegd dat het vinden van een oplossing voor de gevolgen van de ongeoorloofdheid van evenvermelde inmenging de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat. Immers, het ligt voor de hand om bij benoeming van beide ouders tot curator in een geval als het onderhavige de artikelen van Afdeling 6 van Titel 14 van Boek 1 BW die betrekking hebben op gezamenlijke voogdij, van overeenkomstige toepassing te achten. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het Hof te Amsterdam van 13 april 2000 in de zaak met rekestnummer 593/99;

vernietigt de beschikking van de Rechtbank te Haarlem van 25 mei 1999, doch uitsluitend voor zover daarbij alleen de vader tot curator is benoemd en het meer of anders verzochte is afgewezen;

benoemt tot curator G. en V. gezamenlijk, beiden wonende (...);

bepaalt dat deze beschikking binnen tien dagen na de uitspraak van de Hoge Raad vanwege G. en V. voornoemd zal worden bekend gemaakt in: de Nederlandse Staatscourant, Haarlems Dagblad en Het Parool.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2001, 390, m.nt. JdB.

Commentaar

## Personen- en familierecht – Levensonderhoud

**44** HOGE RAAD  
9 september 1983  
**Alimentatie studerend kind**

**Partijen** X (de vader), verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
Y (de dochter), verweerder in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure** In juli 1981, toen de oudste, meerderjarige, dochter een middelbare beroepsopleiding volgde, verliet de vader de echtelijke woning. De meerderjarige dochter woonde tezamen met de twee andere, minderjarige, kinderen thuis. De vader betaalde vrijwillig voor alle drie kinderen een bedrag van f 225,- per kind per maand. Bij voorlopige voorzieningen bepaalde de Rechtbank het door de vader te betalen bedrag voor de minderjarige kinderen op f 225,- per maand. De vader heeft onmiddellijk na deze beslissing de betalingen voor de meerderjarige dochter gestaakt.  
De dochter verzocht vervolgens de Rechtbank de vader te veroordelen tot doorbetaling van f 225,- per maand. De Rechtbank heeft dit verzoek toegewezen. Het Hof heeft deze beslissing bekrachtigd.

**Hoge Raad** 3.1. (...)  
3.2. Onderdeel a van het tweede middel keert zich terecht tegen 's hofs oordeel dat er sprake kan zijn van behoefte in de zin van art. 1:392 lid 2 BW bij een meerderjarig kind dat, hoewel het in staat moet worden geacht door arbeid in zijn eigen levensonderhoud te voorzien, een bijdrage van zijn ouder behoeft om een met goedgevonden en met financiële steun van die ouder aangevangen opleiding te kunnen voltooien.  
Uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 392 (...) blijkt immers dat het niet de strekking van die bepaling is ouders te verplichten hun meerderjarige kinderen, die overigens in staat zijn door arbeid in hun eigen levensonderhoud te voorzien, door het verstrekken van een uitkering in staat te stellen tot het volgen of voltooien van een opleiding. Dit brengt mee dat de bestreden beslissing en de daarbij bekrachtigde beschikking van de Rechtbank niet in stand kunnen blijven, dat het op art. 392 gegronde verzoek van de dochter alsnog moet worden afgewezen en dat onderdeel b van het tweede middel geen bespreking behoeft.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1984, 535, m.nt. EAAL.  
 Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 1082, Pitlo-Van der Burght-Rood-De Boer, p. 131, Lijten, deel 1, p. 94.  
 Opmerking verdient dat ten tijde van deze uitspraak de meerderjarigheidsleeftijd nog 21 jaar was.

Commentaar

**45** HOGE RAAD  
 22 april 1988

**Alimentatie vader/stiefvader**

X (de moeder), verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
 Y (de vader), verweerder in cassatie.

Partijen

Tussen X en Y is op 23 juli 1969 echtscheiding uitgesproken. X werd belast met het gezag over de twee uit het huwelijk geboren kinderen, die ten tijde van de echtscheiding nog erg jong waren (bijna 2 respectievelijk bijna 1 jaar). Y diende voor de kinderen onderhoudsbijdragen te betalen (per 1 maart 1984 bedroeg deze bijdrage f 100,- per maand per kind; deze bijdrage wordt op grond van de wet geïndexeerd). X en Y zijn beiden hertrouwd. Y, de vader, heeft gedurende veertien jaar geen contact meer gehad met de kinderen. In 1985 verkregen de kinderen door naamswijziging de geslachtsnaam van de stiefvader (V). De vader vroeg vaststelling van de alimentatie op nihil. Hij baseerde zijn verzoek op a. de financiële omstandigheden van de kinderen, b. zijn eigen financiële omstandigheden en c. het feit dat hij gedurende veertien jaar geen contact meer met de kinderen had gehad en dat de kinderen intussen de geslachtsnaam van hun stiefvader hadden.

Feiten en verloop  
 van de procedure

De Rechtbank wijst het verzoek van de vader toe. De omstandigheden onder c genoemd achtte de Rechtbank voldoende om tot nihilstelling te beslissen. Het Hof bekrachtigt de beslissing van de Rechtbank.

*3. Beoordeling van het middel*

Hoge Raad

3.1. Het Hof heeft geoordeeld dat de grieven van de vrouw zijn gericht tegen een 'juiste en terecht genomen beslissing van de Rechtbank', waaraan het Hof de gevolgtrekking heeft verbonden dat de beschikking van de Rechtbank dient te worden bekrachtigd. In een en ander ligt besloten dat het Hof zich verenigt met de door de Rechtbank gegeven motivering.

Deze motivering komt neer op het volgende:

De Rechtbank gaat uit van hetgeen zij vaststelt omtrent de draagkracht van de man en van de vrouw en haar huidige echtgenoot (de stiefvader van de kinderen), alsmede omtrent de behoefte van de beide minderjarige kinderen. Vervolgens oordeelt zij dat in een geval als het onderhavige waarin meerdere personen tot het verstrekken van een bijdrage in de kosten van levensonderhoud gehouden zijn, een verdeling dient te worden toegepast waarin rekening wordt gehouden

met ieders draagkracht en de verhouding waarin ieder tot de gerechtigden staat. Nu de kinderen reeds veertien jaar geen contact meer met de man hebben en reeds 10 jaar in gezinsverband met de stiefvader en de vrouw leven en bovendien de geslachtsnaam van de kinderen in die van de stiefvader is gewijzigd, is naar het oordeel van de Rechtbank – bij welk oordeel de Rechtbank klaarblijkelijk ook de draagkracht van de man en de stiefvader, alsmede de behoefte van de kinderen in aanmerking heeft genomen – de verplichting tot onderhoud geheel bij de stiefvader komen te liggen, zodat de bijdrage van de man op nihil gesteld dient te worden.

3.2. In een geval als het onderhavige waarin meer personen – hier zowel een ouder als een stiefouder – op grond van bloed- en aanverwantschap tot het verstrekken van levensonderhoud zijn gehouden, hangt de omvang van ieders verplichting af van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van ieders draagkracht en de bijzondere verhouding waarin ieder staat tot degene die onderhoud behoeft. 's Hof's van de Rechtbank overgenomen oordeel hieromtrent is derhalve juist.

Voorts heeft het Hof door zich te verenigen met het oordeel van de Rechtbank dat de bijdrage van de man op nihil dient te worden gesteld, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Verder kan dit oordeel in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. De oordelen van het Hof zijn naar de eis der wet met redenen omkleed.

Voor zover het middel feitelijke grondslag heeft – het gaat er goeddeels van uit dat de Rechtbank bij haar oordeelsvorming de draagkracht van de man en de stiefvader niet in aanmerking zou hebben genomen – stuit het af op het vorenstaande.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

#### Commentaar

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1989, 386, m.nt. EAAL.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 1032 en 1092 en HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 129.

46

HOGE RAAD  
27 oktober 1989

Psychische overmacht

#### Partijen

X (de vader), verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
1. De raad voor de kinderbescherming en  
2 Y (de moeder), verweerders in cassatie.

X en Y zijn met elkaar gehuwd geweest. Uit dit huwelijk zijn drie, ten tijde van de procedure nog minderjarige kinderen geboren. Op 12 juni 1984 is de echtscheiding tussen X en Y uitgesproken. De Rechtbank heeft nadien bepaald dat de vader aan de raad voor de kindbescherming f 100,- per maand per kind moet betalen. In april 1986 verzoekt de vader de Rechtbank de bijdrage voor de kinderen op nihil te stellen. De vader heeft voldoende draagkracht om de bijdrage te blijven betalen. Hij baseert zijn verzoek echter op de grond dat hij psychisch niet opgewassen is tegen betaling van een bijdrage voor zijn minderjarige kinderen. De Rechtbank en het Hof wijzen het verzoek af.

**Feiten en verloop van de procedure**

*3. Beoordeling van de middelen*

3.1. De middelen hebben betrekking op de verwerping door het Hof van het verweer van de vader dat hij psychisch niet is opgewassen tegen betaling van een bijdrage voor zijn minderjarige kinderen. Het door het Hof aan het slot van zijn rechtsoverwegingen neergelegde oordeel dat de psychische problemen van de vader niet behoren tot de relevante factoren voor de vaststelling van zijn onderhoudsverplichtingen jegens zijn kinderen, is een grond die de verwerping van het verweer zelfstandig draagt. Daaruit volgt dat indien het tweede middel, dat voormeld oordeel bestrijdt, faalt, de vader geen belang heeft bij het eerste middel, dat een andere door het Hof voor de verwerping van het verweer gebezigde grond betreft.

**Hoge Raad**

3.2. Het door het tweede middel bestreden oordeel van het Hof is juist, immers bij het zich te dezen voordoende geval van bepaling van het volgens de wet door een bloedverwant verschuldigde bedrag voor levensonderhoud zijn – afgezien van de in art. 1:399 BW voorziene, niet met betrekking tot het onderhoud van minderjarige kinderen en stiefkinderen geldende matigingsmogelijkheid – de behoeften van de tot onderhoud gerechtigde en de draagkracht van de tot uitkering verplichte persoon de enige factoren waarmede rekening mag worden gehouden. Dit volgt uit het eerste lid van art. 1:397 BW gelezen in samenhang met het tweede lid, waarin aan het slot van de tweede zin alleen voor het zich in dat lid bedoelde geval nog een derde factor wordt genoemd waarop moet worden gelet. Het vindt bevestiging in de wetsgeschiedenis, vermeld in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 2.1-2.5.

Het tweede middel faalt derhalve. Uit het in 3.1 overwogene volgt dat het eerste middel geen behandeling behoeft.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep: (...).

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1990, 324, m.nt. EAAL.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 1034 en Hammerstein-Schoonderwoerd, *FJR* 1990, nr. 7, p. 164-165.

**Commentaar**

**47**      **Personen- en familierecht – Levensonderhoud**

**47**      **HOGE RAAD**  
 10 november 1989  
**Alimentatie in natura**

**Partijen**      X (de moeder), verzoekster tot cassatie,  
                       *tegen*  
                       Y (de vader), verweerder in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure**      X en Y zijn met elkaar gehuwd geweest. Uit het huwelijk zijn drie kinderen geboren. Door echtscheiding is het huwelijk ontbonden. Nadien is de vader door de Rechtbank veroordeeld bij te dragen in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen. In deze procedure verzoekt de vader om de bijdrage voor de kinderen over de periode tot en met oktober 1986 te verminderen met ongeveer f 9000,-, dat is de achterstand in betalingen die was ontstaan. De vader motiveert dit deels door te wijzen op het ontbreken van draagkracht en deels door de omstandigheid dat hij in de jaren 1984 tot en met 1986 een hoeveelheid geld en goederen (rechtstreeks) aan de kinderen ten goede heeft doen komen. De Rechtbank heeft de bijdrage voor de kinderen voor de toekomst vastgesteld op nihil en het meer of anders verzochte (dus de vermindering voor het verleden) afgewezen. Het Hof heeft de beschikking van de Rechtbank, voorzover aan zijn oordeel onderworpen, vernietigd en de door de vader te betalen alimentatie over de periode tot en met oktober 1986 bepaald op hetgeen in feite was betaald. (...)

**Hoge Raad**      *3. Beoordeling van het middel*  
 3.1. Bij beschikking van 22 november 1971 heeft de Rechtbank in verband met de echtscheiding van partijen de moeder benoemd tot voogdes over hun minderjarige kinderen en een door de vader aan de Raad voor de Kinderbescherming te betalen bijdrage in de kosten van hun verzorging en opvoeding bepaald. Bij beschikking van 24 maart 1975 heeft de Rechtbank het bedrag der bijdrage gewijzigd. Het Hof is in zijn bestreden uitspraak, gegeven op het verzoek van de vader tot wijziging van de beschikking van 24 maart 1975, uitgegaan van een achterstand in de desbetreffende betalingen aan de Raad over de periode tot en met oktober 1986 ten bedrage van f 9008,50. Het Hof heeft vervolgens vastgesteld dat de vader in de jaren 1984 tot en met 1986 een hoeveelheid geld en goederen (rechtstreeks) aan de kinderen ten goede heeft doen komen tot een geschatte waarde van f 4500,- en heeft geoordeeld dat zijn draagkracht in genoemde periode niet toeliet om naast genoemde f 4500,- nog eens f 4508,50 bij te dragen in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen. Op grond daarvan heeft het Hof de door de vader te betalen alimentatie voor de kinderen over de periode tot en met oktober 1986 bepaald op hetgeen in feite over genoemde periode door de vader is betaald.



3.2. Het Hof was kennelijk van oordeel dat het rechtstreeks ten goede doen komen van geld of goederen door een alimentatieplichtige vader aan zijn minderjarige kinderen kan worden beschouwd als voldoening aan zijn door de rechter vastgestelde alimentatieverplichting met betrekking tot de kinderen, althans als een behoefte of draagkracht verminderende omstandigheid in aanmerking mag worden genomen.

Deze opvatting kan niet als juist worden aanvaard.

Ingevolge art. 1:406 in verbinding met art. 1:408 BW bepaalt de rechter het bedrag dat de ouder die het gezag niet uitoefent als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding aan de Raad voor de Kinderbescherming moet betalen. Ingevolge art. 1:240 draagt de Raad zorg dat die gelden aan de daarop rechthabenden worden uitbetaald en ziet de Raad toe dat zij overeenkomstig hun bestemming worden besteed. Aan de ouder die met de voogdij is belast en ingevolge de art. 1:336 jo. 245 verplicht is het minderjarige kind te verzorgen en op te voeden, komt in verband hiermee in de eerste plaats de zeggenschap toe over de aanwending van het voor de verzorging en opvoeding vastgestelde bedrag.

Met deze opzet van het wettelijk systeem verdraagt zich niet dat de alimentatieplichtige ouder zich door rechtstreekse verstrekkingen als voormeld kan kwijten van zijn door de rechter vastgestelde alimentatieverplichting of dat zulke verstrekkingen grond kunnen opleveren tot beperking daarvan. Uitzonderlijke omstandigheden kunnen tot een ander oordeel leiden, doch daaromtrent heeft het Hof niets vastgesteld.

Onderdeel I van het middel is dan ook terecht voorgedragen.

Onderdeel II behoeft geen bespreking. Na verwijzing kan het daarin behandelde onderwerp nog aan de orde komen.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het Hof te Arnhem van 12 januari 1988;

(...)

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1990, 523, m.nt. EAAL.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, 2002, nr. 1037 en Hammerstein-Schoonderwoerd, *FJR* 1990, nr. 7, p. 166-167.

Commentaar

48

HOGE RAAD

1 december 1989

Nihilbeding kinderalimentatie

X (de man), verzoeker tot cassatie,

tegen

Y (de vrouw), verweerster in cassatie.

Partijen

Tussen X en Y is op 15 december 1983 de echtscheiding uitgesproken. Toen is Y belast met het gezag over de beide uit het huwelijk geboren kinderen. Y heeft op

Feiten en verloop  
van de procedure

22 januari 1988 een verzoek bij de Rechtbank ingediend ertoe strekkende dat X, de man, zal bijdragen in de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen. De Rechtbank heeft de man veroordeeld tot betaling van bijdragen. Het Hof heeft deze beschikking bekrachtigd. De man heeft zich onder andere beroepen op het feit dat in het echtscheidingsconvenant was afgesproken dat hij de lasten van de voormalige echtelijke woning zou voldoen, waartegenover partijen hebben afgesproken dat geen kinderalimentatie zou worden betaald. Rechtbank en Hof oordelen, voor zover relevant, dat het echtscheidingsconvenant nietig is, voor zover daarin is overeengekomen dat de man geen bijdrage zal betalen in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen van partijen.

**Hoge Raad**

*3. Beoordeling van de middelen*

3.1. De eerste appelgrief van de man tegen de beschikking van de Rechtbank luidt:

‘Ten onrechte heeft de Rechtbank het primaire verweer van de man – inhoudende dat het verzoek van de vrouw tot het vaststellen van alimentatie in strijd komt met de goede trouw – verworpen.’

De toelichting op die grief vermeldt, samengevat, dat bij echtscheidingsconvenant als essentiële bepaling is overeengekomen dat de man geen bijdragen zal betalen in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen, dat dienovereenkomstig jarenlang in die kosten is voorzien zonder financiële bijdrage van de man, en dat de vrouw in strijd met de goede trouw handelt door nu alsnog bijdragen te vorderen zonder dat er sprake is van ‘een relevante financiële omstandigheid’: de vrouw is inmiddels gehuwd en verkeert in aanzienlijk betere financiële omstandigheden dan destijds.

Het Hof heeft deze grief verworpen op grond van de overweging dat het echtscheidingsconvenant voor zover genoemd beding betreft nietig is ingevolge art. 1:400, tweede lid BW en nakoming van een dergelijke nietige bepaling niet met vrucht met een beroep op de goede trouw kan worden gevorderd.

3.2. Middel I, onderdeel 1, faalt voor zover het evenvermelde overweging bestrijdt, immers ’s hofs oordeel is juist.

4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1990, 189.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 1041 en Luijten, deel 1, p. 87.

**49** HOGE RAAD  
26 april 1996

**Doorbreking gesloten stelsel alimentatieplichten**

C. (de moeder), verzoekster tot cassatie,  
*tegen*

J. (de biologische vader), verweerder in cassatie.

**Partijen**

De moeder en J. zijn op 3 mei 1988 met elkaar gehuwd. Dit huwelijk is ontbonden door echtscheiding. Het echtscheidingsvonnis is op 14 september 1989 in de registers van de burgerlijke stand ingeschreven. De relatie tussen de moeder en J. is blijven bestaan tot in 1992.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

Op 18 oktober 1989 is de moeder, die toen al zwanger was van het kind K., een schijnhuwelijk aangegaan met M. De moeder en M. hebben nimmer met elkaar samengewoond. Na dit huwelijk heeft M een verblijfsvergunning gekregen.

Op 29 januari 1990 is K. geboren. De geboorteaangifte is gedaan door J., de biologische vader van K. In de geboorteakte staat vermeld dat K. het kind is van de echtelieden C. en M.

Op 7 mei 1991 is de echtscheiding uitgesproken tussen C., de moeder, en M. De moeder is belast met het gezag over K. Bij afzonderlijke beschikking van de Rechtbank is J., de biologische vader, benoemd tot toeziend voogd. De moeder heeft de Rechtbank verzocht dat J. met ingang van 1 september 1994 een alimentatie voor de minderjarige K. van f 300,- per maand dient te betalen. De Rechtbank heeft het verzoek als niet op de wet gegrond afgewezen. De minderjarige heeft immers nog steeds M. als juridische vader en J. is niet aan te merken als de stiefvader. Het Hof heeft de beschikking van de Rechtbank bekrachtigd.

(...)

**Hoge Raad**

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. (...)

3.2. Bij verzoekschrift van 30 september 1994 heeft de moeder de Rechtbank verzocht te bepalen dat J. met ingang van 1 september 1994 jegens K., onderhoudsplichtig is tot een bedrag van f 300,- per maand.

De Rechtbank heeft dit verzoek als niet op de wet gegrond afgewezen. Daartoe heeft zij, kort samengevat, overwogen dat de vrouw als grond voor de onderhoudsplicht van J. stelt dat deze de biologische vader is, maar dat J. naar het oordeel van de Rechtbank niet onderhoudsplichtig is, omdat het kind is geboren uit het inmiddels ontbonden huwelijk tussen de vrouw en M. en het vaderschap van deze laatste niet is ontkend. Voorts heeft de Rechtbank geoordeeld dat het enkele bestaan van ‘family life’ (in de zin van art. 8 EVRM) onder deze omstandigheden geen onderhoudsplicht met zich brengt.

Het Hof heeft de beschikking van de Rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het Hof het volgende overwogen:

“De Rechtbank heeft het verzoek van de moeder terecht als niet op de wet gegrond afgewezen. De minderjarige heeft nog steeds M. als wettige vader, en J. is met aan te merken als zijn stiefvader. Uit HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 439, volgt dat een ‘familie- en gezinsleven’ als bedoeld in art. 8 EVRM geen onderhoudsplicht in het leven kan roepen, die niet op een wetsbepaling te baseren is.”

Hiertegen richt zich het middel.

3.3. Het middel strekt, naar de Hoge Raad begrijpt, ten betoge dat – mede gelet op het bepaalde in art. 8 EVRM en de daaruit in gevallen als het onderhavige voor de lidstaten voortvloeiende positieve verdragsverplichtingen – moet worden aangenomen dat het kind een in rechte te erkennen aanspraak op onderhoud heeft jegens zijn biologische vader J. en dat daaraan niet in de weg mag staan de enkele omstandigheid dat het kind, nu het staande het huwelijk tussen zijn moeder en M. is geboren, naar huidig Nederlands burgerlijk recht laatstgenoemde als wettige vader heeft, nu een zodanige aanspraak in overeenstemming is met de biologische en maatschappelijke realiteit en deze realiteit dient te prevaleren boven de juridische fictie van het vaderschap van de wettige vader.

3.4. Voorop moet worden gesteld dat ingevolge het wettelijk stelsel van Afdeling I van Titel 17 van Boek 1 BW een wettig kind – afgezien van mogelijke aanspraken jegens een stiefouder – slechts jegens zijn wettige ouders aanspraak heeft op voorziening in de kosten van zijn verzorging en opvoeding. Aan art. 1:394 lid 1 BW kan het kind derhalve geen aanspraak jegens de biologische vader ontlenen, zolang het een ander tot wettige vader heeft. Ook het Hof is – terecht – daarvan uitgegaan. Het Hof heeft echter miskend, dat – indien tussen het kind en zijn biologische vader een als familie- en gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking bestaat – voormelde regel wordt doorbroken, voor zover art. 8 zulks eist omdat het in zoverre een positieve verplichting oplegt om het kind een aanspraak op levensonderhoud jegens zijn biologische vader toe te kennen. Uit de beschikking van de HR van 8 april 1994, *NJ* 1994, 439, valt, anders dan het Hof heeft overwogen, niet af te leiden dat dit uitgesloten is. Een zodanige doorbreking van het in de wet neergelegde stelsel moet met name worden aangenomen voor het geval dat blijkt dat de wettige vader niet in staat is om in het levensonderhoud van het kind te voorzien of dat zulks op andere grond niet in rechte kan worden afgedwongen dan wel dat van de moeder redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij hem ter zake aanspreekt.

3.5. ’s Hof’s beschikking kan derhalve niet in stand blijven. Na verwijzing zal het geding op grondslag van het bestaande hoger beroep geheel opnieuw moeten worden behandeld, waarbij partijen de gelegenheid moet worden geboden hun stellingen voor zover nodig aan te passen aan de in deze beschikking neergelegde regel.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het Hof te ’s-Gravenhage van 10 november 1995. (...).

#### Commentaar

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1997, 119, m.nt. JdB.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 1072. Opmerking verdient dat per 2 november 1995 de toeziende voogdij is afgeschaft.

50

**HOGE RAAD**  
10 augustus 2001

**Alimentatie ex-vriendin**

B., verzoekster tot cassatie,

*tegen*

H., verweerster in cassatie.

**Partijen**

Uit de beschikking van de Hoge Raad wordt het volgende geciteerd:

3.1. (...)

i. B. en H. hebben ruim tien jaar een affectieve relatie gehad en samengewoond. Deze relatie is in februari 1998 verbroken.

ii. Binnen deze relatie/samenwoning is op 16 januari 1993 geboren J.F. B. (hierna: J.)

iii. B. is de biologische moeder van J. B. heeft de geboorte van J. aangegeven.

iv. H. is op 5 maart 1993 benoemd tot toezienende voogd. Deze toezienende voogdij is van rechtswege vervallen op 2 november 1995, de datum van inwerkingtreding van de Wet van 6 april 1995, Stb. 240, tot nadere regeling van het gezag over en de omgang met minderjarige kinderen.

v. Tot het verbreken van hun relatie en samenwoning hebben partijen J. samen verzorgd en opgevoed.

vi. Tussen H. en J. is een omgangsregeling vastgesteld waarbij J. om de week een heel weekend alsmede een aanzienlijk deel van de vakanties bij H. verblijft.

vii. Van een gezamenlijke uitoefening van het gezag over J. als bedoeld in het op 1 januari 1998 in werking getreden art. 1:253t BW door partijen is geen sprake (geweest).

3.2. B. heeft de Rechtbank verzocht te bepalen dat H. vanaf de datum van indiening van het verzoekschrift een bijdrage van f 300,- per maand zal betalen ten behoeve van de verzorging en opvoeding van J.

3.3. De Rechtbank heeft geoordeeld dat B. ontvankelijk is in haar verzoek en heeft vervolgens het verzoek toegewezen. Wat betreft de ontvankelijkheid van B. in haar verzoek heeft de Rechtbank, na te hebben overwogen dat H. als levensgezel van B. heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, geoordeeld dat H. dient te worden gelijk gesteld met de in art. 1:394 BW genoemde "levensgezel". Het in dit artikel gebezigde woord "man" dient als niet meer passend in deze tijd te worden gezien, ook al is dit artikel eerst op 1 april 1998 in werking getreden, aldus de Rechtbank. Redengevend voor dit oordeel acht de Rechtbank dat op grond van voortschrijdend inzicht in de juridische literatuur, in wet- en regelgeving en in de jurisprudentie, duidelijk wordt dat thans zoveel mogelijk duurzame relatievormen gelijk dienen te worden gesteld met het huwelijk, met inbegrip van de juridische gevolgen daarvan en dat dit ook moge blijken uit het regeringsvoornemen het huwelijk open te (gaan) stellen voor partners van gelijk geslacht.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

3.4. Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat B. ten onrechte in haar verzoek is ontvangen en heeft het inleidend verzoek alsnog afgewezen. Kort gezegd en voor zover in cassatie van belang heeft het Hof daartoe als volgt overwogen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij de totstandkoming van art. 1:394 BW is onderkend dat de persoon die als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, niet alleen een man maar ook een vrouw kan zijn. Niettemin heeft de wetgever er uitdrukkelijk voor gekozen de verwijzing in dit artikel naar de man als levensgezel te handhaven. Mede in het licht van dit één en ander gaat het naar het oordeel van het Hof, indien er al van moet worden uitgegaan dat duurzame relatievormen zoveel mogelijk gelijk dienen te worden gesteld met het huwelijk en de rechtsgevolgen daarvan, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten op de grondslag daarvan in de onderhavige zaak een voorziening te geven.

3.5. Het middel betoogt dat het Hof door te oordelen als weergegeven in 3.4 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien de zienswijze van het Hof in strijd is met de art. 8 en 14 EVRM. Althans is volgens het middel de beslissing van het Hof in het licht van deze verdragsbepalingen zonder nadere motivering niet begrijpelijk.

**Hoge Raad**

3.6. Art. 1:394 BW is in zijn huidige redactie ingevoerd bij de op 1 april 1998 in werking getreden Wet van 24 december 1997, Stb. 1997, 772, tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie. Bij de behandeling van het desbetreffende wetsvoorstel (Kamerstukken 24 649) is naar aanleiding van het advies van de Raad van State en vragen uit de Tweede Kamer uitdrukkelijk aan de orde gesteld of de in art. 1:394 BW voorziene onderhoudsplicht van de levensgezel van de moeder die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, beperkt is tot de mannelijke levensgezel. Zowel in het nader rapport (onder 5) als in de memorie van toelichting is die vraag bevestigend beantwoord. In de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II 1996/97, 24 649, nr. 6, p. 43) is naar aanleiding van vragen van de leden van de D66-fractie verwezen naar het nader rapport. In de memorie van toelichting (stuk nr. 3, p. 24 – 25) wordt, nadat is vooropgesteld dat “[d]e wijziging van artikel 394 (de zogenoemde vaderschapsactie) (...) betekent dat duidelijker dan thans tot uitdrukking wordt gebracht dat het hier gaat om een tegen de verwekker van het kind te richten verzoek tot bepaling van een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind”, het volgende opgemerkt:

“De partner van de moeder die niet een man maar een vrouw is, kan evenals de mannelijke partner van de moeder hebben ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, maar zij kan daarmee nog niet worden gelijkgesteld met de verwekker. Om de verwekker en de met deze gelijk te stellen persoon gaat het in deze bepaling. Daarenboven zijn de onderhoudsrechten en -plichten in Titel 17 van het Burgerlijk Wetboek gebaseerd op bloedverwantschap of wat bloedverwantschap zou kunnen zijn. Deze bestaat niet, indien het gaat om de vrouwelijke partner van de moeder. Overigens zal deze partner wel een onderhoudsplicht hebben, indien en zodra zij ingevolge het wetsvoorstel inzake de medevoogdij en de gezamenlijke voogdij de medevoogdij

(die zal worden omgedoopt tot gezamenlijk gezag) met de moeder uitoefent.”

Het in de in de laatste zin van deze passage bedoelde wetsvoorstel is wetsvoorstel 23 714 dat inmiddels kracht van wet heeft: de Wet van 30 oktober 1997, Stb. 1997, 506, tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij, in werking getreden op 1 januari 1998. De onderhoudsplicht uit hoofde van gezamenlijk gezag vloeit thans voort uit het bij deze wet ingevoerde art. 1:253w BW.

3.7.1. Tegen de achtergrond van het in 3.6 overwogene stelt het middel uitsluitend de vraag aan de orde of de beperking van de onderhoudsplicht in art. 1:394 BW tot de mannelijke levensgezel die heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad, in strijd moet worden geoordeeld met de art. 8 en 14 EVRM.

3.7.2. In het onderhavige geval heeft B. de onderhoudsplicht van H., die niet de moeder is van het kind, in cassatie erop gegrond dat “family life” bestaat tussen H. en J. Bij de beoordeling van deze grondslag moet worden vooropgesteld: 1) dat het EHRM in par. 37 van zijn uitspraak van 22 april 1997 in de zaak X, Y en Z/Het Verenigd Koninkrijk (Reports 1997-II/35, p. 619, NJ 1998, 235) in een geval van een vrouw, een bij haar door k.i.d. verwekt kind, en een transsexuele man die langdurig met haar samenleeft, weliswaar heeft geoordeeld dat “the Court considers that de facto family ties link the three applicants”, zodat art. 8 toepasselijk is, maar dat uit die uitspraak niet kan worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige sprake is van “family life” als bedoeld in art. 8 tussen de vrouwelijke partner van de moeder en het kind; 2) dat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens steeds het standpunt heeft ingenomen dat “despite the evolution of attitudes towards homosexuality, a stable homosexual relationship between two women does not fall within the scope of the right to respect for family life ensured by Article 8 of the Convention” (zie o.m. ECRM 19 mei 1992, zaak 15666/89, Nemesi Rechtspraak 1992, nr. 6, p. 21, welke uitspraak de Commissie op 15 mei 1996, D.R. 85, in dezelfde bewoordingen nog eens heeft herhaald voor “a stable homosexual relationship between two men”); 3) dat de ECRM in voormelde beslissing van 19 mei 1992 tevens heeft geoordeeld “that the (...) positive obligations of a State under Article 8 do not go so far as to require that a woman (...) living together with the mother of a child and the child itself, should be entitled to get parental rights over the child.”; 4) dat het EHRM tot nu toe zich niet heeft uitgelaten over de vraag of in geval van een homoseksuele relatie sprake is van “family life” en ook niet over de vraag of in een geval als hier aan de orde sprake is van “family life” van de moeder, haar vrouwelijke partner en het kind.

3.7.3. De slotsom van het in 3.7.2 overwogene moet zijn dat uit de rechtspraak van de EHRM en de beslissingen van de ECRM tot nu toe niet kan worden afgeleid dat in een geval als het onderhavige sprake is van “family life” tussen een kind en de (voormalige) vrouwelijke partner van zijn moeder. Nu voorts over de vraag of in geval van een homoseksuele relatie sprake is van “family life” als bedoeld in art. 8 EVRM tussen de lidstaten van de Raad van Europa geen eensgezindheid bestaat, moet worden aangenomen dat te dien aanzien aan de lidstaten een “wide margin of appreciation” toekomt (vgl. o.m. par. 44 van de hiervóór in

3.7.2 onder 1) genoemde uitspraak van het EHRM). Dit een en ander brengt mee dat, anders dan in het in de beschikking van de Hoge Raad van 26 april 1996, nr. 8788, *NJ* 1997, 119, veronderstellenderwijs aangenomen geval, uit art. 8 EVRM niet kan worden afgeleid dat deze bepaling in een geval als het onderhavige een positieve verplichting oplegt om een kind een aanspraak op levensonderhoud toe te kennen jegens de (voormalige) vrouwelijke partner van zijn moeder.

Aangenomen zal derhalve moeten worden dat de beperking in art. 1:394 BW van het begrip levensgezel tot mannelijke levensgezel niet een schending oplevert van art. 8 EVRM.

3.8. Voorts heeft B. in cassatie betoogd dat de beperking in art. 1:394 BW van het begrip levensgezel tot mannelijke levensgezel in strijd is met art. 14 EVRM.

Bij de beoordeling van dit betoog moet het volgende worden vooropgesteld. Art. 14 EVRM geeft geen zelfstandig recht op vrijwaring van discriminatie. Deze bepaling voorziet slechts in een verbod van discriminatie in verband met het genot van rechten en vrijheden die gewaarborgd zijn door de (andere) bepalingen van het EVRM en de daarbij behorende protocollen. Voor de toepasselijkheid van art. 14 EVRM is schending van deze bepalingen niet vereist. Het moet echter wel gaan om feiten die vallen binnen het bereik van één of meer van deze bepalingen (zie o.m. EHRM 3 oktober 2000, zaak Camp en Bourimi/Nederland, *NJ* 2001, 258, par. 34).

“Family life” omvat ook materiële belangen zoals onderhoudsplichten (EHRM 13 juni 1979, zaak Marckx, Serie A nr. 31, *NJ* 1980, 462). Onderhoudsplichten kunnen derhalve vallen binnen het bereik van art. 8. Nu echter in het onderhavige geval, naar volgt uit het in 3.7.3 overwogene, niet gezegd kan worden dat het gaat om feiten die vallen binnen het bereik van art. 8, is ook art. 14 in verbinding met art. 8 niet van toepassing op het onderhavige geval.

3.9. Aan het in 3.7 en 3.8 overwogene doet niet af dat in Nederland inmiddels zijn totstandgekomen de wetten van 21 december 2000, Stb. 2001, 9 en 10, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, resp. in verband met adoptie door personen van hetzelfde geslacht. Art. 53 EVRM laat de nationale wetgever de vrijheid om een verdergaande bescherming te bieden dan de bepalingen van het EVRM geven. De Nederlandse rechter is evenwel gebonden aan art. 94 Gr.w, ingevolge welke bepaling binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Een zodanige onverenigbaarheid kan niet worden aangenomen uitsluitend op basis van een uitleg door de nationale – Nederlandse – rechter van het begrip “family life” in het licht van recent tot stand gekomen wetgeving, die leidt tot een verdergaande bescherming dan op grond van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot art. 8 EVRM mag worden aangenomen.

(...)

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2002, 278, m.nt. JdB.

Zie ook *Personen- en familierecht* (losbl.), titel 17 (Wortmann), art. 1:394, aant. 2.



**51** HOGE RAAD  
30 januari 2004  
**Nihilstelling, geen beëindiging**

W., verzoekster tot cassatie  
*tegen*  
V., verweerder in cassatie

**Partijen**

3.1. Partijen zijn op 25 juni 1985 met elkaar gehuwd. Dat huwelijk is ontbonden door inschrijving op of omstreeks 6 mei 2002 in de registers van de burgerlijke stand van de op 5 november 2001 door de Rechtbank tussen partijen gegeven echtscheidingsbeschikking.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

3.2. Tegen het verzoek van de vrouw tot vaststelling van een uitkering tot levensonderhoud aan haar van f 4.000,- per maand heeft de man in eerste aanleg aangevoerd dat de vrouw in staat moet worden geacht in haar eigen levensonderhoud te voorzien en verzocht het verzoek van de vrouw af te wijzen.

3.3. De Rechtbank heeft de man veroordeeld aan de vrouw voor haar levensonderhoud uit te keren een bedrag van f 3.320,- per maand vóór uitkoop van de vrouw en een bedrag van f 2.490,- per maand na uitkoop van de vrouw uit de echtelijke woning.

3.4. De man heeft in hoger beroep onder meer aangevoerd dat de vrouw heeft aangetoond, althans voor een deel, in eigen levensonderhoud te kunnen voorzien en dat nog wel op betrekkelijk korte termijn. Het ligt daarom in de rede, aldus de man, de alimentatie mede in duur te beperken tot bijvoorbeeld zes tot twaalf maanden, te rekenen vanaf de datum echtscheiding. Voorts heeft hij (subsidiar) de hoogte van de door de rechtbank aan de vrouw toegekende alimentatie bestreden. Hij heeft het Hof verzocht zodanige alimentatie vast te stellen als het Hof in goede justitie redelijk acht.

3.5. Het Hof heeft geoordeeld dat de vrouw thans nog behoefte heeft aan een aanvullende bijdrage van de man. "Zulks neemt niet weg", aldus het Hof, "dat het hof van oordeel is dat van de vrouw mag worden verwacht dat zij (in ieder geval) met ingang van 1 mei 2006 middels inkomsten uit arbeid geheel in eigen levensonderhoud moet kunnen voorzien. Het Hof weegt mee dat de vrouw reeds in begin 2001 heeft medegedeeld dat zij met het oog op een toekomstige deelname aan het arbeidsproces een opleiding volgde, doch de vrouw heeft niet aannemelijk gemaakt – ook niet door middel van het overleggen van sollicitatiebrieven – dat zij sindsdien alle mogelijke inspanningen heeft verricht om daadwerkelijk in het arbeidsproces te geraken. Evenmin heeft de vrouw aannemelijk gemaakt dat zij medische beperkingen heeft om te werken." Het hof heeft de beschikking van de rechtbank voor zover het de alimentatie van de vrouw betreft, vernietigd en de alimentatie van de vrouw bepaald op € 1.255,- per maand tot de datum van uitkoop van de vrouw uit de echtelijke woning en daarna tot 1 mei 2006 op € 905,-

**51**                      **Personen- en familierecht – Levensonderhoud**

per maand, en met ingang van 1 mei 2006 de alimentatie van de vrouw ten laste van de man bepaald op nihil.

**Hoge Raad**

3.6.1. Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Indien de rechter bij vaststelling of wijziging van een uitkering tot levensonderhoud een redelijke mate van zekerheid heeft dat zich in de toekomst een omstandigheid zal voordoen die voor die uitkering van belang is, staat het hem vrij daarmee reeds op voorhand rekening te houden, door de uitkering met inachtneming van die omstandigheid vast te stellen of te wijzigen. Indien achteraf blijkt dat, anders dan de rechter ten tijde van zijn beslissing verwachtte, die omstandigheid zich niet heeft voorgedaan, kan op de voet van art. 1:401 lid 1, eerste volzin, of lid 4 BW wijziging of intrekking van de uitspraak worden verzocht (HR 29 maart 1985, nr. 12453, *NJ* 1985, 889 en HR 12 maart 1999, nr. R98/080, *NJ* 1999, 384). De rechter kan van deze mogelijkheid ook gebruik maken indien hij van oordeel is dat de bedoelde omstandigheid ertoe zal leiden dat de uitkering op een toekomstig tijdstip op nihil moet worden vastgesteld. In dat geval is van limitering van de uitkering als bedoeld in art. 1:157 lid 3 BW, waardoor, behoudens de wijzigingsmogelijkheden van art. 1:401 leden 2 en 4, een definitief einde wordt gemaakt aan het recht op levensonderhoud van de alimentatiegerechtigde, geen sprake. Bij een zodanige, slechts op uitdrukkelijk verzoek van de alimentatieplichtige te geven beslissing moeten wegens de ingrijpende aard daarvan hoge eisen worden gesteld aan de stelplicht van de alimentatieplichtige en aan de motivering van de rechter (vgl. onder meer HR 18 april 1997, nr. 16262, *NJ* 1997, 571).

3.6.2. Het Hof heeft door te overwegen en te beslissen als weergegeven in 3.5 het voorgaande niet miskend. Het Hof heeft kennelijk en terecht – nu de man dat ook niet had verzocht – het verzoek niet opgevat als een verzoek tot limitering op de voet van art. 1:157 lid 3 BW. 's Hof's in 3.5 weergegeven overwegingen en beslissing moeten aldus worden begrepen dat het Hof, oordelende dat van de vrouw verwacht mag worden dat zij (in ieder geval) met ingang van 1 mei 2006 door inkomsten uit arbeid geheel in eigen levensonderhoud moet kunnen voorzien, gebruik gemaakt heeft van de in 3.6.1 bedoelde mogelijkheid om de alimentatie met ingang van die datum op nihil te stellen, zodat de vrouw de mogelijkheid heeft om tegen die tijd wijziging van de beschikking te verzoeken op de voet van het bepaalde in art. 1:401 lid 1, eerste volzin, of lid 4. Anders dan waarvan het middel uitgaat, heeft het Hof dus niet art. 1:157 lid 3 BW ambtshalve toegepast. Het middel berust derhalve in zoverre op een verkeerde lezing van de beschikking van het hof en kan in zoverre bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.7. 's Hof's oordeel dat de vrouw met ingang van 1 mei 2006 door inkomsten uit arbeid geheel in eigen levensonderhoud moet kunnen voorzien, is anders dan het middel voorts nog betoogt, tegen de achtergrond van het debat van partijen in de feitelijke instanties, toereikend gemotiveerd.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2004, 294, m.nt. SW.  
Zie ook Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 630.

52

**HOGE RAAD**

14 november 2008

**Alimentatie en schuldsanering**

De man, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*

De vrouw, verweerster in cassatie.

**Partijen**

De man en de vrouw zijn in 2001 gescheiden. In de echtscheidingsbeschikking is bepaald dat de man zowel kinder- als partneralimentatie verschuldigd is. Op 18 oktober 2004 is ten aanzien van de man de definitieve toepassing van de schuldsaneringsregeling uitgesproken.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

De man heeft nihilstelling van zijn alimentatieverplichtingen verzocht per 1 juli 2003 op grond van gewijzigde omstandigheden. Hij is per die datum werkloos geworden en aangewezen op een WW-uitkering. Voorts is op hem de schuldsaneringsregeling van toepassing geworden.

In eerste aanleg is geen verweer gevoerd. De rechtbank heeft het verzoek van de man als onweersproken toegewezen.

Het hof heeft het verzoek afgewezen, behoudens voor het tijdvak tot 1 maart 2007. Per die datum had de man weer werk gevonden. Naar het oordeel van het hof week zijn verdien capaciteit niet meer af van die ten tijde van de echtscheidingsbeschikking. Wat het tijdvak na 1 maart 2007 betreft overwoog het hof dat het feit dat ten aanzien van de man de schuldsaneringsregeling van toepassing is, aan 's hofs oordeel niet afdoet.

In cassatie is, voor zover van belang, de samenloop van alimentatie en een schuldsanering aan de orde.

3.3.1 Middel II klaagt, kort gezegd, dat onjuist, althans onbegrijpelijk is 's hofs oordeel dat het niet heeft aangenomen dat de schuldsaneringsregeling voortduurde tot drie jaar na 18 oktober 2004 en dat het gedurende die periode na 1 maart 2007 draagkracht bij de man aanwezig heeft geacht, nu daarvoor bepaald is niet zijn verdien capaciteit, maar het op de voet van art. 295 lid 2 F. vrij te laten bedrag.

**Hoge Raad**

3.3.2 Uitgangspunt bij de beoordeling van deze klacht is dat de rechter bij de beoordeling van een verzoek van een alimentatieplichtige een vastgestelde uitkering tot levensonderhoud op grond van een wijziging van de omstandigheden op een lager bedrag of nihil vast te stellen, in aanmerking zal kunnen nemen dat ten aanzien van de alimentatieplichtige de schuldsaneringsregeling van toepassing is en veelal de in dat verband vastgestelde feiten tot uitgangspunt zal kunnen nemen (HR 25 januari 2002, nr. R01/061, NJ 2002, 314). In aanmerking genomen voorts dat de saniet gedurende de tijd waarin de schuldsaneringsregeling op hem van toepassing is, slechts kan beschikken over het op de voet van art. 295 lid 2 F. door de rechter-commissaris vastgestelde vrij te laten bedrag en dit bedrag,

gelet op het daarbij van toepassing verklaarde art. 475d Rv., onder het bijstandsniveau is gelegen, tenzij de rechter-commissaris op de voet van art. 295 lid 3 anders heeft bepaald, moet worden aangenomen dat een saniet, behoudens bijzondere omstandigheden, niet over draagkracht beschikt om onderhoudsbijdragen te betalen. Dit kan anders zijn, indien het vrij te laten bedrag door de rechter-commissaris op een hoger bedrag is bepaald. Indien in een procedure tot wijziging van alimentatie een verweer daartoe aanleiding geeft, dan wel de rechter informatie daaromtrent wenst, zal de saniet kenbaar moeten maken of de rechter-commissaris het vrij te laten bedrag op een hoger bedrag heeft bepaald en, zo niet, of hij deze daarom heeft verzocht. Is dit laatste niet het geval, dan kan de rechter de beslissing aanhouden teneinde de saniet in de gelegenheid te stellen alsnog dat verzoek te doen.

3.3.3 Nu het hof niet heeft vastgesteld dat een dergelijke afwijkende vaststelling van het vrij te laten bedrag heeft plaatsgevonden, is, zonder nadere motivering, onbegrijpelijk dat het hof voor de periode na 1 maart 2007 draagkracht bij de man aanwezig heeft geacht. In zoverre slaagt het middel. Middel I behoeft geen behandeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof te Amsterdam van 12 april 2007; verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof te 's-Gravenhage.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2009, 52, m.nt. S.F.M. Wortmann. De Hoge Raad oordeelt in afwijking van HR 25 januari 2002, *NJ* 2002, 314 dat een saniet die slechts kan beschikken over het door de rechter-commissaris in het kader van de schuldsanering vastgestelde vrij te laten bedrag, behoudens bijzondere omstandigheden, geen draagkracht heeft om onderhoudsbijdragen te betalen.

53

HOGE RAAD

19 december 2008

**Limitering alimentatie**

**Partijen**

De vrouw, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
De man, verweerder in cassatie.

**Feiten en procesverloop**

De vrouw verzoekt op grond van art. 1:157, vijfde lid, BW de termijn te verlengen gedurende welke de man gehouden is bij te dragen in haar levensonderhoud. Zowel de rechtbank als het hof hebben dit verzoek afgewezen. Het hof overweegt daartoe dat de onderhoudsverplichting van de man is neergelegd in een convenant van 30 oktober 1994. Ingevolge art. 1:157, vierde lid, BW is in dit geval het

uitgangspunt dat de alimentatieverplichting na twaalf jaar in beginsel definitief eindigt en dat hierop een uitzondering kan worden gemaakt indien de alimentatiegerechtigde in het kader van een op art. 1:157, vijfde lid, gegrond verlengingsverzoek aantoont dat het een uitzonderlijke situatie betreft. Naar het oordeel van het hof is die uitzonderlijke situatie er niet. De vrouw heeft door de verkoop van huizen vermogen kunnen opbouwen. Voorts heeft zij niet alles aan gedaan wat van haar mocht worden verwacht om tot financiële zelfstandigheid te geraken; aan een beoordeling van de financiële draagkracht van de man is het hof bij gebreke van bijzondere omstandigheden niet toegekomen. Tegen deze overwegingen keert het cassatiemiddel zich.

3.3.1 Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. De met ingang van 1 juli 1994 als gevolg van het in werking treden van de Wet *limitering alimentatie* na scheiding (Stb. 1994, 324 en 325; hierna: WLA) in het Burgerlijk Wetboek opgenomen limiteringsregeling bepaalt in art. 1:157 lid 4 BW dat de verplichting tot levensonderhoud na echtscheiding van rechtswege eindigt na het verstrijken van een termijn van twaalf jaren, die aanvangt op de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand. Dit eindigen van de alimentatieplicht na ommekomst van voormelde termijn heeft een in beginsel definitief karakter, en vindt plaats ongeacht de financiële draagkracht van de alimentatieplichtige. Indien de beëindiging van de uitkering ten gevolge van het verstrijken van deze termijn van zo ingrijpende aard is dat ongewijzigde handhaving van die termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van degene die tot de uitkering gerechtigd is niet kan worden gevegd, kan de rechter evenwel ingevolge lid 5 van art. 1:157 op verzoek van de tot de uitkering gerechtigde een nieuwe termijn vaststellen. Voor deze verlenging zijn bijzondere omstandigheden aan de zijde van de alimentatiegerechtigde nodig, en deze draagt ook de stelplicht en bewijslast terzake. In de parlementaire geschiedenis is het uitzonderingskarakter van deze verlengingsmogelijkheid benadrukt. Zie onder meer de passages uit de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel, weergegeven in punt 3.3 van de conclusie van de Advocaat-Generaal. 'De grondgedachte van het ontwerp', aldus de staatssecretaris van Justitie bij de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel, 'is dat, wanneer tussen twee personen de band van het huwelijk wordt geslaakt, ook aan de financiële banden op termijn een eind moet kunnen komen' (Handelingen II, 1986-1987, blz. TK 101-5207). Het uitzonderingskarakter van de regeling is ook benadrukt in de memorie van antwoord, Kamerstukken II, 1986-1987, 19 295, nr. 6, blz. 5, waar werd opgemerkt:

'Indien men op ondersteuning blijft aangewezen door omstandigheden buiten het huwelijk, rechtvaardigt dat niet dat gewezen echtgenoten door *alimentatie* levenslang aan elkaar gebonden blijven. Men mag naar onze mening niet via de burgerrechtelijke onderhoudsverplichting een gewezen echtgenoot eendeloos verantwoordelijk houden voor een bepaalde maatschappelijke situatie.'

De wetgever is voorts ervan uitgegaan dat de alimentatiegerechtigde in de periode van twaalf jaren in beginsel voldoende gelegenheid heeft om zich voor te bereiden op het voorzien in eigen levensonderhoud, ook wanneer dit moet gebeuren naast de zorg voor minderjarige kinderen uit het huwelijk, en dat dit ook in redelijkheid van de alimentatiegerechtigde gevegd kan worden.

Hoge Raad

3.3.2 Of er grond bestaat voor verlenging zal moeten worden beoordeeld in het licht van de strekking van de regeling. Het gaat in de eerste plaats erom of aan de zijde van de alimentatiegerechtigde bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die, gelet op de ingrijpende aard van de beëindiging, in beginsel meebrengen dat ongewijzigde handhaving van de termijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de alimentatiegerechtigde kan worden gevergd. Daarbij zal, naast de financiële situatie waarin de alimentatiegerechtigde verkeert, onder meer van belang kunnen zijn in hoeverre zijn of haar behoefte aan voortduring van een uitkering tot levensonderhoud nog verband houdt met het huwelijk, en of hij of zij alles heeft gedaan wat redelijkerwijze mag worden verwacht om tot financiële zelfstandigheid te geraken.

Indien de rechter de bijzondere omstandigheden aan de zijde van de alimentatiegerechtigde in beginsel zwaarwegend genoeg acht, zal hij vervolgens ook omstandigheden aan de zijde van de alimentatieplichtige, waaronder zijn of haar draagkracht, in zijn beoordeling moeten betrekken.

3.4 Gelet op het vorenstaande geeft het oordeel van het hof dat het verlengingsverzoek niet kan worden toegewezen, nu de vrouw vermogen door de verkoop van huizen heeft kunnen opbouwen en zij niet alles heeft gedaan wat van haar mocht worden verwacht om tot financiële zelfstandigheid te geraken, en dat hetgeen de vrouw heeft gesteld omtrent de draagkracht van de man – ook indien op zichzelf juist – niet tot een ander oordeel zou kunnen leiden, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.5 Het middel betoogt met een beroep op de in punt 3.7 van de conclusie van de Advocaat-Generaal weergegeven beschikkingen van de Hoge Raad, dat voor het afwijzen van een verlengingsverzoek even hoge motiveringseisen gelden als voor de in die beschikkingen aan de orde zijnde beëindigingsverzoeken. Dit is echter niet het geval.

De op grond van de WLA in het Burgerlijk Wetboek opgenomen limiteringsregeling, waarvan ook het bepaalde in art. 1:401 lid 2 BW deel uitmaakt, is ingevolge art. II lid 1 WLA alleen van toepassing op alimentaties die na 1 juli 1994 door de rechter zijn toegekend of tussen partijen zijn overeengekomen. De leden 2-4 van art. II WLA voorzien in een eigen materiële regeling voor 'oude gevallen', dat wil zeggen: alimentaties die vóór de inwerkingtreding van de WLA door de rechter zijn toegekend of tussen partijen zijn overeengekomen. Daarmee beoogde de wetgever recht te doen aan het feit dat oudere vrouwen zich veelal in hun leven en in het bijzonder tijdens het huwelijk in verband met de lange tijd gegolden hebbende maatschappelijke opvattingen en tradities en daaraan gerelateerde rolpatronen onvoldoende hebben kunnen instellen op het nieuwe, in het wetsvoorstel 19 295 vervatte, limiteringsregime (Kamerstukken II, 1990-1991, 22 170, nr. 3, blz. 2).

Voor deze gevallen geldt niet dat de alimentatieplicht na twaalf jaar van rechtswege eindigt. Op verzoek van de alimentatieplichtige beëindigt de rechter de verplichting, indien deze vijftien of meer jaren heeft geduurd, tenzij hij van oordeel is dat de beëindiging van de uitkering van zo ingrijpende aard is dat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van degene die tot de uitkering gerechtigd is, kan worden gevergd. In dat geval stelt de rechter op verzoek van de tot uitkering gerechtigde een nieuwe termijn vast. In het licht van de strekking

van deze regeling, zoals deze mede uit de parlementaire geschiedenis van de WLA blijkt, heeft de Hoge Raad in de bedoelde beschikkingen hoge motiverings-eisen gesteld aan beslissingen waarbij op grond van art. II lid 2 WLA het beroep van de alimentatiegerechtigde op de daarin vervatte uitzondering aanstonds wordt verworpen, dan wel slechts voor een beperkte termijn en met uitsluiting van de mogelijkheid van verlenging van die termijn wordt gehonoreerd; zie in het bijzonder HR 26 maart 1999, nr. R98/014, *NJ* 1999, 653.

De overwegingen die hieraan ten grondslag liggen, gelden niet voor 'nieuwe gevallen'. Er is geen grond om aan een afwijzing van een op art. 1:157 lid 5 BW gebaseerd verlengingsverzoek andere dan de gewone motiveringseisen te stellen.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2009, 136, m.nt. S.F.M. Wortmann. In deze uitspraak biedt de Hoge Raad duidelijkheid over de vraag hoe een verzoek om verlenging van de alimentatieduur te beoordelen in die gevallen dat de Wet limitering alimentatie 1994 onverkort van toepassing is. Het gaat dan om de gevallen waarin partneralimentatie is overeengekomen of toegekend na 1 juli 1994. De Hoge Raad sluit aan bij de tekst en strekking van de wettelijke regeling.

**Commentaar**

## Personen- en familierecht – Onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen

**54** HOGE RAAD  
1 juli 1983  
**Beschermingsbewind**

**Cassatie in het belang der wet** Ingesteld door de Procureur-Generaal bij de HR, tegen een beschikking van de kantonrechter te Beetsterzwaag in de zaak van

**Partijen** Mina Aleida Gustin,  
*tegen*  
Johannes Henderikus Hermannus Bernsen.

**Feiten en verloop van de procedure** Gustin heeft op 28 september 1982 aan de kantonrechter verzocht een bewind als bedoeld in art. 1:431 in te stellen over goederen die toebehoren of zullen toebehoren aan Bernsen.

De kantonrechter heeft dit verzoek afgewezen, omdat voor het instellen van een bewind geen plaats is, indien de rechthebbende als gevolg van zijn lichamelijke of geestelijke gebreken in het geheel niet in staat is zijn vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen. Een zodanig bewind zou slechts kunnen worden ingesteld in die gevallen waarin de rechthebbende tot behoorlijke waarneming van zijn belangen nog wel, zij het niet *ten volle*, in staat is.

De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad stelt een eis tot cassatie in het belang der wet in, omdat een bewind op een daartoe strekkend verzoek ook kan worden ingesteld over goederen van een meerderjarige die hem als rechthebbende toebehoren of zullen toebehoren, indien de meerderjarige ten gevolge van een geestelijke stoornis in het geheel niet (meer) in staat is zijn vermogensrechtelijke belangen zelf waar te nemen. De Procureur-Generaal vordert vernietiging van de beschikking. De voorgeschiedenis en de wetsgeschiedenis maken duidelijk dat steeds vooropgestaan heeft een regeling tot stand te brengen voor bescherming van vermogensrechtelijke belangen van aanvankelijk bejaarden doch ten slotte van alle meerderjarigen, die zelf niet meer in staat waren die belangen te behartigen. Daarbij valt duidelijk op dat nimmer de gedachte is opgekomen om met name aan de geestelijke toestand van de betrokken meerderjarige een grens te stellen, waaronder de voorbereide beschermingsregeling geen toepassing meer zou kunnen vinden; dat met andere woorden voor een groep zo ernstig gestoorde, dat zij in het geheel niet meer in staat zouden zijn hun wil te bepalen, uitsluitend de curatele zou zijn aangewezen (lastgeving is alsdan uitgesloten en zaakwaarneming uiterst dubieus).



(...)

Hoge Raad

3. *Beoordeling van het middel*

(...)

3.3. De parlementaire geschiedenis van de Wet van 15 mei 1981, Stb. 1981, 283, waarbij Titel 19 aan Boek 1 BW is toegevoegd, geeft geen aanknopingspunten voor de veronderstelling dat met de woorden 'ten volle' voorkomend in de eerste volzin van art. 1:431 lid 1 BW meer of anders is beoogd dan aan te geven dat een bewind niet kan worden ingesteld zolang de rechthebbende nog ten volle in staat is zijn vermogensrechtelijke belangen zelf behoorlijk waar te nemen, maar dat instelling van een bewind steeds kan geschieden indien zich de situatie voordoet dat bij de rechthebbende, als gevolg van zijn lichamelijke of geestelijke toestand, niet de volle capaciteit voor zodanige behoorlijke waarneming aanwezig is, ongeacht de mate waarin hij in die waarneming is belemmerd.

3.4. Veeleer valt uit bedoelde geschiedenis – in het bijzonder uit de passages uit de parlementaire stukken, weergegeven in de toelichting op het middel – af te leiden dat met de onderhavige regeling is beoogd te voorzien in een leemte welke zich doet gevoelen in die gevallen waarin een meerderjarige, omdat hij als gevolg van zijn lichamelijke of geestelijke toestand tot behoorlijke waarneming van zijn vermogensrechtelijke belangen hetzij niet ten volle, hetzij in het geheel niet, in staat is, bescherming in die belangen behoeft, terwijl enerzijds de bestaande mogelijkheden om in zodanige bescherming te voorzien – zoals volmacht of zaakwaarneming – niet toereikend zijn, en anderzijds het verstreckende middel van ondercuratelestelling onnodig ingrijpend is.

3.5. Hieruit vloeit voort dat in die gevallen waarin de betrokkene als gevolg van zijn geestelijke toestand tot behoorlijke waarneming van zijn vermogensrechtelijke belangen buiten staat is, bepalend voor de keuze tussen de in aanmerking komende beschermingsregimes niet is de mate waarin hij als gevolg van die toestand in de waarneming van bedoelde belangen is belemmerd, maar het antwoord op de vraag of, gezien de omstandigheden van het geval, met instelling van een bewind over een of meer van de goederen van de betrokkene kan worden volstaan, dan wel aan het meer ingrijpende middel van ondercuratelestelling behoefte bestaat.

3.6. Het vorenoverwogene brengt mee dat het cassatiemiddel terecht is voorgesteld.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden beschikking;

verstaat dat deze uitspraak geen nadeel toebrengt aan de rechten door partijen verkregen.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1984, 181, m.nt. EAAL.

Commentaar

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 1132, Pitlo-Van der Burght-Rood-De Boer, p. 607, Luijten, deel 1, p. 181 en Jansen, *FJR* 1984, nr. 1, p. 26 e.v.

**55** Personen- en familierecht – Onderbewindstelling ter bescherming meerderjarigen

**55** HOGE RAAD  
7 november 1986  
**Bewind of curatele?**

**Partijen** D. (broer van B.), verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
B., verweerster in cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure** B. heeft op 1 februari 1984 een verzoekschrift ingediend bij de Rechtbank, ertoe strekkende dat de over haar in 1952 uitgesproken curatele zou worden opgeheven onder gelijktijdige instelling van bewind over haar goederen met benoeming van een rechtspersoon tot bewindvoerder. B. beschikt over een aanzienlijk vermogen.

De Rechtbank heeft, na verhoren en een deskundigenbericht, geoordeeld dat de oorzaken die destijds tot de curatele aanleiding gaven niet meer aanwezig zijn en voorts bewind ingesteld over alle goederen die B. als rechthebbende toekomen of zullen toekomen. Voorts heeft de Rechtbank een natuurlijk persoon tot bewindvoerder benoemd. Het Hof heeft de beschikking van de Rechtbank vernietigd, voorzover het betreft de benoeming van de bewindvoerder. Het heeft vervolgens twee bewindvoerders benoemd, een natuurlijk persoon en een rechtspersoon.

Het eerste cassatiemiddel komt op tegen de verwerping door het Hof van de grief dat de omvang van het vermogen, en/of persoonlijk/familiale omstandigheden en/of het belang van het bedrijf B. redenen geven tot de conclusie dat niet met een beschermingsbewind kan worden volstaan. Het Hof overweegt dat deze stelling, voor zover zij bescherming van belangen van anderen dan geïntimeerde zelf betreft, geen steun in de wet vindt.

Het middel betoogt dat daarmee de belangen van anderen uitdrukkelijk en volledig buiten de afweging worden gesloten of al dan niet met een beschermingsbewind kan worden volstaan, dan wel curatele dient te worden uitgesproken c.q. dient te worden gehandhaafd.

**Hoge Raad** 3. *Beoordeling van de middelen*

3.1. (...)

3.2. Middel I betoogt terecht dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of met instelling van een bewind als bedoeld in titel 19 van Boek 1 BW kan worden volstaan dan wel aan de ingrijpende ondercuratelestelling behoefte bestaat, mede in aanmerking neemt de belangen van anderen dan de betrokkene, met name van diens bloedverwanten. Het Hof is dus inderdaad in zijn in onderdeel 1.1 van het middel geciteerde overweging van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan.

Het middel kan echter niet tot cassatie leiden omdat, gezien het hierna volgende, D. daarbij geen belang heeft. In de bestreden overweging behandelt het Hof de stelling van D. dat op een aantal gronden 'niet met een beschermingsbewind kan

worden volstaan, daarbij uitgaande van de veronderstelling dat de voorwaarden voor curatele van B. nog vervuld waren. Die veronderstelling mist echter grond. Ingevolge het eerste lid van art. 1:389 BW eindigt de curatele wanneer bij in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak is vastgesteld dat de oorzaken die tot de curatele aanleiding hebben gegeven, niet meer aanwezig zijn. Tot zodanige vaststelling is het Hof in een voorafgaande overweging – alinea 3 van punt 3 – gekomen; het enige die vaststelling rakende middel van cassatie is (...) ongegrond bevonden. Voor het op deze grond eindigen van de curatele is de bestreden overweging zonder betekenis. Opmerking verdient nog dat evenmin van belang is de overweging van het Hof (...) dat de instelling van bewind tot gevolg zal hebben dat de bestaande curatele eindigt. Het derde lid van art. 389 dat het Hof hier op het oog heeft is geschreven voor het geval de oorzaken die tot de curatele aanleiding hebben gegeven nog bestaan maar de rechter tot het oordeel komt dat in plaats van curatele met een beschermingsbewind kan worden volstaan en zodanig bewind instelt, welk geval zich hier niet voordoet.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1987, 526, m.nt. EAAL.

Opmerking verdient dat de Hoge Raad weliswaar verzoeker in cassatie gelijk heeft gegeven in die zin dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat ook de belangen van anderen in aanmerking worden genomen bij de vraag naar de keuze tussen beschermingsbewind en curatele. Dit mocht verzoeker tot cassatie echter niet baten, aangezien de curatele niet op grond van art. 1:389 lid 3 werd beëindigd, maar op grond van art. 1:389, lid 1 (de oorzaken die tot de curatele aanleiding gaven, zijn niet meer aanwezig).

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 1132, Pitlo-Van der Burght-Rood-De Boer p. 607, Luijten, deel 1, p. 182 en Blankman, *FJR* 1987, nr. 7, p. 220 e.v.

Commentaar

## Personen- en familierecht – Mentorschap ten behoeve van meerderjarigen

56

HOGE RAAD

8 november 1996

**Benoeming mentor niet nodig**

**Partijen**  
1. G. (zuster) en,  
2. S. (broer), verzoekers tot cassatie.

**Feiten en verloop van de procedure**  
Verzoekers tot cassatie hebben de kantonrechter op 21 februari 1995 verzocht om een mentorschap in te stellen over S. S. verblijft al vele jaren in een gezinsvervangend tehuis L. De stichting waaronder dit gezinsvervangend tehuis ressorteert heeft een zogenaamde visor aangesteld die S. kan begeleiden in zaken van immateriële aard. Bij beschikking van 23 januari 1995 heeft de Rechtbank een bewind ingesteld over alle goederen die S. als rechthebbende toebehoren of zullen toebehoren.

De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen, omdat hij gezien de omstandigheden een mentorschap niet noodzakelijk achtte. De Rechtbank heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd, omdat het niet in het belang van S. is om, nu zowel zijn belangen van vermogensrechtelijke als die van niet-vermogensrechtelijke aard volledig worden behartigd, daarnaast nog afzonderlijk een mentor te benoemen.

**Hoge Raad**  
*3. Beoordeling van het middel*  
3.1. De kantonrechter heeft het (...) verzoek afgewezen omdat hij gezien de omstandigheden een mentorschap niet noodzakelijk achtte. De Rechtbank heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd, oordelend dat het niet in het belang van S. is om, nu zowel zijn belangen van vermogensrechtelijke aard als die van niet-vermogensrechtelijke aard volledig worden behartigd, daarnaast nog afzonderlijk een mentor te benoemen. Daarbij is de Rechtbank ervan uitgegaan dat S. al vele jaren in het Gezinsvervangend Tehuis L. verblijft en zich daar thuisvoelt, dat de stichting waaronder dit tehuis ressorteert ruime ervaring heeft met het op professionele wijze begeleiden van verstandelijk gehandicapten en een visor heeft aangesteld, die S. kan begeleiden in zaken van immateriële aard. In de overweging dat zijn belangen van vermogensrechtelijke aard volledig worden behartigd, heeft de Rechtbank kennelijk het oog op het uit de stukken blijkende feit dat de Rechtbank bij beschikking van 23 januari 1995 alle goederen van S. onder bewind heeft gesteld met benoeming van een bewindvoerder.

3.2. Het middel klaagt in beide onderdelen over onvoldoende motivering van dit oordeel van de Rechtbank, daar deze kennelijk aanneemt dat het instellen van een mentorschap niet nodig is, omdat er een visor door de instelling is aangesteld, althans omdat er begeleiding is van de bewindvoerder en de visor, hetgeen volgens het middel onbegrijpelijk is, nu de wet in art. 1:452 lid 6 BW bepaalt dat personen die behoren tot het personeel van de instelling waar de betrokkene verblijft, niet mentor kunnen worden.

3.3. Voor zover het middel ervan uitgaat dat de Rechtbank een mentorschap niet nodig heeft geacht uitsluitend omdat er een visor is, mist het feitelijke grondslag. De Rechtbank is tot haar oordeel gekomen na een afweging van alle ter zake dienende omstandigheden van het geval, waaronder de aanwezigheid van een bewindvoerder en een visor. Dat de door de instelling benoemde visor niet mentor zou mogen zijn, behoefde de Rechtbank niet te weerhouden van haar oordeel dat het niet in het belang van S. is om naast een bewindvoerder en een visor nog een mentor te benoemen. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en voldoende met redenen omkleed, zodat het middel faalt.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 1997, 471, m.nt. JdB.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 1183g. Zie voor een kritische benadering van deze beschikking: Berendsen en Blankman, *NJB* 1997, nr. 17, p. 769 en 770.

Commentaar

## Personen- en familierecht – Internationaal familierecht

57

EHRM

13 juni 1979

Marckx-arrest

Betekenis 'recht op eerbiediging van familie- en gezinsleven' in  
art. 8 EVRM

**Partijen**

Paula (de moeder) en Alexandra (de dochter) Marckx,  
*tegen*  
België.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

Alexandra Marckx, op 16 oktober 1973 in Wilrijk geboren, is de dochter van Paula Marckx. Paula Marckx is ongehuwd. Alexandra is op 29 oktober 1973 overeenkomstig art. 334 Belgisch BW door haar moeder erkend om haar afstamming te vestigen. Vervolgens heeft haar moeder haar op 30 oktober 1974 geadopteerd overeenkomstig art. 349 Belgisch BW.

Naar het toen geldende Belgische recht kan een ongehuwde moeder de afstamming van haar kind slechts vestigen door erkenning, terwijl die van het 'wettig' kind wordt gevestigd van rechtswege op het tijdstip van zijn geboorte. Het 'natuurlijk' kind dat door de moeder erkend of zelfs geadopteerd is, blijft in beginsel vreemd aan de familie van de moeder. Bovendien is het recht van het 'natuurlijk' kind en zijn ongehuwde moeder tot het doen van makingen in verschillende opzichten beperkter dan dat van het 'wettig' kind en zijn moeder.

Beide klagsters stelden voor de Europese Commissie voor de rechten van de mens dat de gewraakte bepalingen inbreuk maken op hun recht op eerbiediging van hun gezinsleven (art. 8 EVRM) en verder inhouden een discriminatie, in strijd met art. 14 EVRM, tussen 'natuurlijke' en 'wettige' kinderen en tussen ongehuwde en gehuwde moeders. Tevens voerden zij aan slachtoffer te zijn van een vernederende behandeling, in strijd met art. 3 EVRM. Ten slotte stelden zij dat art. 1 Eerste Protocol is geschonden door het feit dat de ongehuwde moeder niet vrijelijk kan beschikken over haar bezittingen ten gunste van haar kind.

**Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens**

29. Article 8 of Convention provides:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democra-

tic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights en freedoms of others.”

30. The court is led in the present case to clarify the meaning and purport of the words ‘respect for ... private and family life’, which it has scarcely had the occasion to do until now (judgment of 23 July 1968 in the ‘Belgian Linguistic’ case, Series A no. 6, pp. 32 – 33, § 7; Klass and others judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, p. 21, § 41).

31. The first question for decision is whether the natural tie between Paula and Alexandra Marckx gave rise to a family life protected by Article 8.

By guaranteeing the right to respect for family life, Article 8 presupposes the existence of a family. The Court concurs entirely with the Commission’s established case-law on a crucial point, namely that Article 8 makes no distinction between the ‘legitimate’ and the ‘illegitimate’ family. Such a distinction would not be consonant with the word ‘everyone’, and this is confirmed by Article 14 with its prohibition, in the enjoyment of the rights and freedoms enshrined in the Convention, of discrimination grounded on ‘birth’. In addition, the Court notes that the Committee of Ministers of the Council of Europe regards the single woman and her child as one form of family no less than others (Resolution (70) 15 of 15 May 1970 on the social protection of unmarried mothers and their children, § I-10, § II-5, etc.)

Article 8 thus applies to the ‘family life’ of the ‘illegitimate’ family as it does to that of the ‘legitimate’ family. Besides, it is not disputed that Paula Marckx assumed responsibility for her daughter Alexandra from the moment of her birth and has continuously cared for her, with the result that a real family life existed and still exists between them.

It remains to be ascertained what the ‘respect’ for this family life required of the Belgian legislature in each of the areas covered by the application.

By proclaiming to paragraph 1 the right to respect for family life, Article 8 signifies firstly that the State cannot interfere with the exercise of that right otherwise than in accordance with the strict conditions set out in paragraph 2. As the Court stated in the ‘Belgian Linguistic’ case, the object of the Article is ‘essentially’ that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities (judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, p. 33, § 7). Nevertheless, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life.

This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the régime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8, respect for family life implies in particular, in the Court’s view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child’s integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of

Article 8 without there being any call to examine it under paragraph 2. Article 8 being therefore relevant to the present case, the Court has to review in detail each of the applicants' complaints in the light of this provision. 32. Article 14 provides:

“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

The Court's case-law shows that, although Article 14 has no independent existence, it may play an important autonomous role by complementing the other normative provisions of the Convention and the Protocols: Article 14 safeguards individuals, placed in similar situations, from any discrimination in the enjoyment of the rights and freedoms set forth in those other provisions. A measure which, although in itself in conformity with the requirements of the Article of the Convention or the Protocols enshrining a given right or freedom, is of a discriminatory nature incompatible with Article 14 therefore violates those two Articles taken in conjunction. It is as though Article 14 formed an integral part of each of the provisions laying down rights and freedoms (judgment of 23 July 1968 in the 'Belgian Linguistic' case, Series A no. 6, pp. 33-34, § 9; National Union of Belgian Police judgment of 27 October 1975, Series A no. 19, p. 19, § 44). Accordingly, and since Article 8 is relevant to the present case (see paragraph I above), it is necessary also to take into account Article 14 in conjunction with Article 8.

33. According to the Court's established case-law, a distinction is discriminatory if it 'has no objective and reasonable justification', that is, if it does not pursue a 'legitimate aim' or if there is not a 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised' (see, inter alia, the above-cited judgment of 23 July 1968, p. 34, § 10).

34. In acting in a manner calculated to allow the family life of an unmarried mother and her child to develop normally (see paragraph 31 above), the State must avoid any discrimination grounded on birth: this is dictated by Article 14 taken in conjunction with Article 8.

*A. On the manner of establishing Alexandra Marckx's maternal affiliation*  
(...)

*I. On the alleged violation of Article 8 of the Convention, taken alone*

36. Paula Marckx was able to establish Alexandra's affiliation only by the means afforded by Article 334 of the Civil Code, namely recognition. (...) Nevertheless, the necessity to have recourse to such an expedient derived from a refusal to acknowledge fully Paula Marckx's maternity from the moment of the birth. Moreover, in Belgium an unmarried mother is faced with an alternative: if she recognises her child (assuming she wishes to do so), she will at the same time prejudice him since her capacity to give or bequeath her property to him will be restricted; if she desires to retain the possibility of making such dispositions as



she chooses in her child's favour, she will be obliged to renounce establishing a family tie with him in law (see paragraph 18 above). Admittedly, that possibility, which is now open to her in the absence of recognition, would disappear entirely under the current Civil Code (Article 908) if, as is the applicants' wish, the mere mention of the mother's name on the birth certificate were to constitute proof of any 'illegitimate' child's maternal affiliation. However, the dilemma which exists at present is not consonant with 'respect' for family life; it thwarts and impedes the normal development of such life (see paragraph 31 above). Furthermore, it appears from paragraphs 60 to 65 below that the unfavourable consequences of recognition in the area of patrimonial rights are of themselves contrary to Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8 and with Article I of Protocol No. 1.

The Court thus concludes that there has been a violation of Article 8, taken alone, with respect to the first applicant.

37. As regards Alexandra Marckx, only one method of establishing her maternal affiliation was available to her under Belgian law, namely to take legal proceedings for the purpose (*recherche de maternité*; Articles 341a-341c of the Civil Code). Although a judgment declaring the affiliation of an 'illegitimate' child has the same effects as a voluntary recognition, the procedure applicable is, in the nature of things, far more complex. Quite apart from the conditions of proof that have to be satisfied, the legal representative of an infant needs the consent of the family council before he can bring, assuming he wishes to do so, an action for a declaration as to status; it is only after attaining majority that the child can bring such an action himself (...). There is thus a risk that the establishment of affiliation will be time-consuming and that, in the interim, the child will remain separated in law from his mother. This system resulted in a lack of respect for the family life of Alexandra Marckx who, in the eyes of the law, was motherless from 16 to 29 October 1973. Despite the brevity of this period, there was thus also a violation of Article 8 with respect to the second applicant.

*2. On the alleged violation of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8*

38. The Court also has to determine whether, as regards the manner of establishing Alexandra's maternal affiliation, one or both of the applicants have been victims of discrimination contrary to Article 14 taken in conjunction with Article 8.

39. The Government, relying on the difference between the situations of the unmarried mother and the married mother, advance the following arguments: whilst the married mother and her husband 'mutually undertake... the obligation to feed, keep and educate their children' (Article 203 of the Civil Code), there is no certainty that the unmarried mother will be willing to bear on her own the responsibilities of motherhood: by leaving the unmarried mother the choice between recognising her child or dissociating herself from him, the law is prompted by a concern for protection of the child, for it would be dangerous to entrust him to the custody and authority of someone who has shown no inclination to care for him; many unmarried mothers do not recognise their child (...). In the Court's judgment, the fact that some unmarried mothers, unlike Paula Marckx, do not wish to take care of their child cannot justify the rule of Belgian

law whereby the establishment of their maternity is conditional on voluntary recognition or a court declaration. In fact, such an attitude is not a general feature of the relationship between unmarried mothers and their children; besides, this is neither claimed by the Government nor proved by the figures which they advance. As the Commission points out, it may happen that also a married mother might not wish to bring up her child, and yet, as far as she is concerned, the birth alone will have created the legal bond of affiliation.

Again the interest of an 'illegitimate' child in having such a bond established is no less than that of a 'legitimate' child. However, the 'illegitimate' child is likely to remain motherless in the eyes of Belgian law. If an 'illegitimate' child is not recognised voluntarily, he has only one expedient, namely an action to establish maternal affiliation (Articles 341a-341c of the Civil Code; see paragraph 14 above). A married woman's child also is entitled to institute such an action (Articles 326-330), but in the vast majority of cases the entries on the birth certificate (Article 319) or, failing that, the constant and factual enjoyment of the status of a legitimate child (*une possession d'état constante*; Article 320) render this unnecessary.

40. The Government do not deny that the present law favours the traditional family but they maintain that the law aims at ensuring that family's full development and is thereby founded on objective and reasonable grounds relating to morals and public order (*ordre public*).

The Court recognises that support and encouragement of the traditional family is in itself legitimate or even praiseworthy. However, in the achievement of this end recourse must not be had to measures whose object or result is, as in the present case, to prejudice the 'illegitimate' family; the members of the 'illegitimate' family enjoy the guarantees of Article 8 on an equal footing with the members of the traditional family.

41. The Government concede that the law at issue may appear open to criticism but plead that the problem of reforming it arose only several years after the entry into force of the European Convention on Human Rights in respect of Belgium (14 June 1955), that is with the adoption of the Brussels Convention of 12 September 1962 on the Establishment of Maternal Affiliation of Natural Children (...).

It is true that, at the time when the Convention of 4 November 1950 was drafted, it was regarded as permissible and normal in many European countries to draw a distinction in this area between the 'illegitimate' and the 'legitimate' family. However, the Court recalls that this Convention must be interpreted in the light of present-day conditions (Tyrer judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, p. 15, § 31). In the instant case, the Court cannot but be struck by the fact that the domestic law of the great majority of the member States of the Council of Europe has evolved and is continuing to evolve, in company with the relevant international instruments, towards full juridical recognition of the maxim '*mater semper certa est*'.

(...)

43. The distinction complained of therefore lacks objective and reasonable justification. Accordingly, the manner of establishing Alexandra Marckx's maternal affiliation violated, with respect to both applicants, Article 14 taken in conjunction with Article 8.

*B. On the extent in law of Alexandra Marckx's family relationships*

44. (...)

*I. On the alleged violation of Article 8 of the Convention, taken alone*

45. In the Court's opinion, 'family life', within the meaning of Article 8, includes at least the ties between near relatives, for instance those between grandparents and grandchildren, since such relatives may play a considerable part in family life.

'Respect' for a family life so understood implies an obligation for the State to act in a manner calculated to allow these ties to develop normally (see, mutatis mutandis, paragraph 31 above). Yet the development of the family life of an unmarried mother and her child whom she has recognised may be hindered if the child does not become a member of the mother's family and if the establishment of affiliation has effects only as between the two of them.

(...)

47. There is thus in this connection violation of Article 8, taken alone, with respect to both applicants.

*2. On the alleged violation of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8*

48. (...)

The Court discerns no objective and reasonable justification for the differences of treatment now being considered. Admittedly, the 'tranquillity' of 'legitimate' families may sometimes be disturbed if an 'illegitimate' child is included, in the eyes of the law, in his mother's family on the same footing as a child born in wedlock, but this is not a motive that justifies depriving the former child of fundamental rights. The Court also refers, mutatis mutandis, to the reasons set out in paragraphs 40 and 41 of the present judgment.

The distinction complained of therefore violates, with respect to both applicants, Article 14 taken in conjunction with Article 8.

*C. On the patrimonial rights relied on by the applicants*

49. The Civil Code limits, in varying degrees, the rights of an 'illegitimate' child and his unmarried mother as regards both inheritance on intestacy and dispositions inter vivos or by will (...).

*1. On the patrimonial rights relied on by Alexandra*

50. As concerns the second applicant, the Court has taken its stand solely on Article 8 of the Convention, taken both alone and in conjunction with Article 14. The Court in fact excludes Article 1 of Protocol No. 1: like the Commission and the Government, it notes that this Article does no more than enshrine the right of everyone to the peaceful enjoyment of 'his' possessions, that consequently it applies only to a person's existing possessions and that it does not guarantee the right to acquire possessions whether on intestacy or through voluntary dispositions. Besides, the applicants do not appear to have relied on this provision in support of Alexandra's claims. Since Article 1 of the Protocol proves to be inapplicable, Article 14 of the Convention cannot be combined with it on the point now being considered.

51. The applicants regard the patrimonial rights they claim as forming part of family rights and, hence, as being a matter for Article 8. This reasoning is disputed by the Government. Neither does the majority of the Commission agree with the applicants, but, as the Principal Delegate indicated at the hearings, a minority of six members considers the right of succession between children and parents, and between grandchildren and grandparents, to be so closely related to family life that it comes within the sphere of Article 8.

52. The Court shares the view of the minority. Matters of intestate succession – and of disposition – between near relatives prove to be intimately connected with family life. Family life does not include only social, moral or cultural relations, for example in the sphere of children's education; it also comprises interests of a material kind, as is shown by, amongst other things, the obligations in respect of maintenance and the position occupied in the domestic legal systems of the majority of the Contracting States by the institution of the reserved portion of an estate (*réserve héréditaire*).

Whilst inheritance rights are not normally exercised until the estate-owner's death, that is at a time when family life undergoes or even comes to an end, this does not mean that no issue concerning such rights may arise before the death: the distribution of the estate may be settled, and in practice fairly often is settled, by the making of a will or of a gift on account of a future inheritance (*avance d'hoirie*); it therefore represents a feature of family life that cannot be disregarded.

53. Nevertheless, it is not a requirement of Article 8 that a child should be entitled to some share in the estates of his parents or even of other near relatives: in the matter of patrimonial rights also, Article 8 in principle leaves to the Contracting States the choice of the means calculated to allow everyone to lead a normal family life (see paragraph 31 above) and such an entitlement is not indispensable in the pursuit of a normal family life. In consequence, the restrictions which the Belgian Civil Code places on Alexandra Marckx's inheritance rights on intestacy are not of themselves in conflict with the Convention, that is if they are considered independently of the reason underlying them. Similar reasoning is to be applied to the question of voluntary dispositions.

54. On the other hand, the distinction made in these two respects between 'illegitimate' and 'legitimate' children does raise an issue under Articles 14 and 8 when they are taken in conjunction.

55. (...) Moreover, in common with the Commission, the Court finds that the need to have recourse to adoption in order to eliminate the said difference of treatment involves of itself discrimination. As the applicants emphasised, the procedure employed for this purpose in the present case is one that usually serves to establish legal ties between one individual and another's child; to oblige in practice an unmarried mother to utilise such a procedure if she wishes to improve her own daughter's situation as regards patrimonial rights amounts to disregarding the tie of blood and to using the institution of adoption for an extraneous purpose.

Besides, the procedure to be followed is somewhat lengthy and complicated. Above all, the child is left entirely at the mercy of his parent's initiative, for he is unable to apply to the courts for his adoption.

56. (...) Having regard to all these circumstances, the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of the Convention as in Community law, dispenses the Belgian State from re-opening legal acts or situations that antedate the delivery of the present judgment. Moreover, a similar solution is found in certain Contracting States having a constitutional court: their public law limits the retroactive effect of those decisions of that court that annul legislation.

59. To sum up, Alexandra Marckx was the victim of a breach of Article 14, taken in conjunction with Article 8, by reason both of the restrictions on her capacity to receive property from her mother and of her total lack of inheritance rights on intestacy over the estates of her near relatives on her mother's side.

*2. On the patrimonial rights relied on by Paula Marckx*

60. From 29 October 1973 (recognition) to 30 October 1974 (adoption), the first applicant had only limited capacity to make dispositions in her daughter's favour (see paragraph 49 above). She complains of this situation, relying on Article 8 of the Convention and on Article 1 of Protocol No. 1, taken in each case both alone and in conjunction with Article 14.

*(a) On the alleged violation of Article 8 of the Convention, taken both alone and in conjunction with Article 14*

61. As the Court has already noted, Article 8 of the Convention is relevant to the point now under consideration (see paragraphs 51 and 52 above). However, Article 8 does not guarantee to a mother complete freedom to give or bequeath her property to her child: in principle it leaves to the Contracting States the choice of the means calculated to allow everyone to lead a normal family life (see paragraph 31 above) and such freedom is not indispensable in the pursuit of a normal family life. In consequence, the restriction complained of by Paula Marckx is not of itself in conflict with the Convention, that is if it is considered independently of the reason underlying it.

62. On the other hand, the distinction made in this area between unmarried and married mothers does raise an issue. The Government put forward no special argument to support this distinction and, in the opinion of the Court, which refers mutatis mutandis to paragraphs 40 and 41 above, the distinction lacks objective and reasonable justification; it is therefore contrary to Article 14 taken in conjunction with Article 8.

*(b) On the alleged violation of Article I of Protocol No. 1, taken both alone and in conjunction with Article 14 of the Convention*

63. Article I of Protocol No. 1 reads as follows:

“Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by the law by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property on accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.”

In the applicants submission, the patrimonial rights claimed by Paula Marckx fall within the ambit if, inter alia, this provision. This approach is shared by the Commission but contested by the Government.

The Court takes the same view as the Commission. By recognising that everyone has the right to the peaceful enjoyment of his possessions, Article 1 is in substance guaranteeing the right of property. This is the clear impression left by the words 'possessions' and 'use of property' (in French: 'biens'), 'propriété', 'usage des biens', the 'travaux préparatoires', for their part, confirm this unequivocally: the drafters continually spoke of 'right of property' or 'right to property' to describe the subject-matter of the successive drafts which were the forerunners of the present Article 1. Indeed, the right to dispose of one's property constitutes a traditional and fundamental aspect of the right of property (cf. the Handyside judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 29, § 62).

64. The second paragraph of Article 1 nevertheless authorises a Contracting State to 'enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest'. This paragraph thus sets the Contracting States up as sole judges of the 'necessity' for such a law (above-mentioned Handyside judgment, *ibid*). As regards 'the general interest' it may in certain cases induce a legislature to 'control the use of property' in the area of dispositions inter vivos or by will. In consequence, the limitation complained of by the first applicant is not of itself in conflict with Protocol No. I.

65. However, the limitation applies only to unmarried and not to married mothers. Like the Commission, the Court considers this distinction, in support of which the Government put forward no special argument, to be discriminatory. In view of Article 14 of the Convention, the Court fails to see on what 'general interest', or on what objective and reasonable justification, a State could rely to limit an unmarried mother's right to make gifts or legacies in favour of her child when at the same time a married woman is not subject to any similar restriction. In other respects, the Court refers, *mutatis mutandis*, to paragraphs 40 and 41 above.

Accordingly, there was on this point breach of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. I, with respect to Paula Marckx.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in A 31 (publicaties Europees Hof). Een samenvatting is opgenomen in *NJ* 1980, 462, m.nt. EEA.

In deze uitspraak heeft het Europees Hof een belangrijke uitbreiding gegeven aan het recht op erfbiediging van 'familie- en gezinsleven' in art. 8 EVRM (zie overweging 31). Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs.12 en 13, M. de Langen, De betekenis van art. 8 EVRM voor het familierecht, Preadvies *NJ* V 1990, M.L.C.C. de Bruijn-Lückers, EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag, 'A whole code of juvenile law', diss. Leiden 1994.

58

EHRM

28 november 1984

**Rasmussen****Ongelijkheid van man en vrouw ten aanzien van ontkenning van het vaderschap; geen discriminatie**

Rasmussen,  
*tegen*  
 Denemarken.

**Partijen**

Rasmussen, Deens staatsburger, trad in 1966 in het huwelijk. Tijdens het huwelijk werd op 20 januari 1971 een meisje geboren. Al voor haar geboorte rezen bij R. twijfels omtrent het vaderschap. Om het huwelijk niet in gevaar te brengen ondernam hij echter geen stappen om dit te laten vaststellen. In juli 1975 scheidde R. en zijn vrouw. Overeenkomstig een eerder met zijn vrouw gemaakte afspraak zag R. af van een eventuele procedure tot ontkenning van zijn vaderschap terwijl zijn vrouw elke aanspraak op onderhoudskosten voor het kind liet varen. Op 16 januari 1976 ontving R. een brief van zijn voormalige echtgenote, waarin zij stelde niet gebonden te zijn aan de gemaakte afspraak. Vervolgens werd op haar verzoek door de bevoegde instanties R. de plicht opgelegd tot onderhoud van het meisje. Op 27 januari 1976 vroeg R. het Hof verlot om een actie tot ontkenning van het vaderschap in te stellen. Het Hof weigerde dit verlot omdat aan de door de wet gestelde voorwaarden niet was voldaan. Ingevolge een Wet uit 1960 ('Lov nr. 200 af 18.5.1960 om børns retsstilling') diende een actie tot ontkenning van het vaderschap door de echtgenoot te worden ingesteld binnen twaalf maanden nadat hij kennis heeft genomen van omstandigheden die een grond tot ontkenning zouden opleveren, en niet later dan vijf jaar na de geboorte van het kind. Niettemin kon volgens deze wet verlot worden verkregen om te procederen, indien bijzondere redenen voor overschrijding van het geval het verlenen van verlot rechtvaardigden en het instellen van de rechterlijke procedure voor het kind redelijkerwijs geen groot nadeel met zich meebracht. Het recht van de moeder om een vordering tot ontkenning van het vaderschap in te stellen was daarentegen aan geen enkele beperking onderhevig.

**Feiten en verloop van de procedure**

De achtergrond van de verschillen in het regiem voor de echtgenoot en voor de moeder was de overweging dat het belang van de echtgenoot moest wijken voor het belang dat zo snel mogelijk zekerheid bestaat omtrent de positie van het kind. Een ontkenningssactie pas enkele jaren na de geboorte zou voor het kind ongunstiger zijn dan een eerder ingestelde actie: ingeval de vordering van de echtgenoot wordt toegewezen zou het moeite kosten met succes een vaderschaps- en onderhoudsvordering jegens een andere man in te stellen. Er van uitgaande dat deze motivering niet opging in het geval dat de moeder of het kind zelf ontkenning van het vaderschap wilde vorderen meende de wetgever dat voor hen het instellen van een vordering niet aan een tijdslimiet onderworpen diende te zijn.

Naast de wettelijke regeling aanvaardde de rechtspraak sinds 1956 de ‘erkenningstheorie’. Dit leerstuk hield in dat een echtgenoot die, wetend dat zijn vrouw in de betrokken periode met een andere man geslachtsverkeer heeft gehad, uitdrukkelijk of stilzwijgend het vaderschap van het kind heeft erkend, daarmee het recht verliest een actie tot ontkenning van het vaderschap in te stellen. In de literatuur werd aangenomen dat de erkenningstheorie ook van toepassing was op de moeder van het kind.

Op 20 november 1978 vroeg R. het Hof nogmaals verlov om te procederen. Dit werd wederom geweigerd, om dezelfde redenen als twee jaar tevoren. De beslissing van het Hof werd in hoogste instantie door de Deense Hoge Raad bekrachtigd.

Op 21 mei 1979 wendde R. zich tot de Europese Commissie voor de rechten van de mens met de klacht dat het toepasselijke Deense recht, dat aan zijn voormalige vrouw wel een onbeperkt recht gaf om inzake de ontkenning van zijn vaderschap te procederen maar aan hemzelf niet, discriminatie op grond van geslacht met zich meebracht. R.’s klacht werd op 8 december 1981 ontvankelijk verklaard. Hangende de behandeling van de klacht door de Commissie werd in de Deense wetgeving een voor mannen en vrouwen gelijke tijdslimiet ingevoerd.

De Commissie oordeelde in haar rapport van 5 juli 1983 met acht tegen vijf stemmen dat een schending van art. 14 jis. de art. 6 en 8 had plaatsgevonden. Op 12 oktober 1983 legde de Commissie de zaak voor aan het Hof.

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

(...)

*I. Do the facts of the case fall within the ambit of one or more of the other substantive provisions of the Convention?*

29. Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocol. It has no independent existence since it has effect solely in relation to ‘the enjoyment of the rights and freedoms’ safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not necessarily presuppose a breach of those provisions – and to this extent it has an autonomous meaning –, there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter (see, inter alia, the Van der Musselle judgment of 23 November 1983, Series A no. 70, p. 22, § 43).

(...)

32. Article 6 § 1 secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal (see the Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 18, § 36). It is true that the public interest may be affected by proceedings of the kind which Mr. Rasmussen wished to institute, but, in the Court’s view, this factor cannot exclude the applicability of Article 6 to litigation which, by its very nature, is ‘civil’ in character. And an action contesting paternity is a matter of family law; on that account alone, it is ‘civil’ in character.

33. Article 8, for its part, protects not only ‘family’ but also ‘private’ life. Even though the paternity proceeding which the applicant wished to institute were aimed at the dissolution in law of existing family ties, the determination of his legal relations with Pernille undoubtedly concerned his private life. The facts of the case accordingly also fall within the ambit of Article 8.



*II. Was there a difference of treatment?*

34. Under the 1960 Act, the husband, unlike the child, its guardian or the mother, has to institute paternity proceedings within prescribed time-limits (...).

(...)

For the purposes of Article 14, the Court accordingly finds that there was a difference of treatment as between Mr. Rasmussen and his former wife as regards the possibility of instituting proceedings to contest the former's paternity. There is no call to determine on what ground this difference was based, the list of grounds appearing in Article 14 not being exhaustive (see the Engel and Others judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, p. 30, § 72).

*III. Were the applicant and his former wife placed in analogous situations?*

35. Article 14 safeguards individuals who are 'placed in analogous situations' against discriminatory differences of treatment (see the above-mentioned Van der Mussele judgment, Series A no. 70, p. 22, § 46).

(...)

37. The Court does not consider that it has to resolve this issue, especially as the positions and interests referred to are also of relevance in determining whether the difference of treatment was justified. It will proceed on the assumption that the difference was made between persons placed in analogous situations.

*IV. Did the difference of treatment have an objective and reasonable justification?*

38. For the purposes of Article 14, a difference of treatment is discriminatory if it 'has no objective and reasonable justification', that is, if it does not pursue a 'legitimate aim' or if there is not a 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised' see, inter alia, the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 16, § 33).

(...)

40. The Court has pointed out in several judgments that the Contracting States enjoy a certain 'margin of appreciation' in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law (see the judgment of 23 July 1968 in the 'Belgian Linguistic' case, Series A no. 6, p. 35, § 10; the National Union of Belgian Police judgment of 27 October 1975, Series A no. 19, p. 20, § 47, and pp. 21-22, § 49; the Swedish Engine Drivers' Union judgment of 6 February 1976, Series A no. 20, p. 17, § 47; the above-mentioned Engel and Others judgment, Series A no. 22, p. 31, § 72; and the Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 87, § 229). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see, mutatis mutandis, the Sunday Times judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 36, § 59).

41. Examination of the Contracting States' legislation regarding paternity proceedings shows that there is no such common ground and that in most of them the position of the mother and that of the husband are regulated in different ways.

The Danish legislation complained of was based on recommendations made, after a careful study of the problem, by the Paternity Committee set up by the Ministry of Justice in 1949 (see paragraph 18 above). The Court has had close regard to the circumstances and the general background and has borne in mind the margin of appreciation which must be allowed to the authorities in the matter. In its view, they were entitled to think that the introduction of time-limits for the institution of paternity proceedings was justified by the desire to ensure legal certainty and to protect the interests of the child. In this respect, the legislation complained of did differ substantially from that of most other Contracting States or from that currently in force in Denmark. The difference of treatment established on this point between husbands and wives was based on the notion that such time-limits were less necessary for wives than for husbands since the mother's interests usually coincided with those of the child, she being awarded custody in most cases of divorce or separation. The rules in force were modified by the Danish Parliament in 1982 because it considered that the thinking underlying the 1960 Act was no longer consistent with the developments in society (...); it cannot be inferred from this that the manner in which it had evaluated the situation twenty-two years earlier was not tenable.

It is true that an equivalent result might have been obtained through the 'doctrine of acknowledgment' (...). But, for the reasons already indicated, the competent authorities were entitled to think that as regards the husband the aim sought to be realised would be most satisfactorily achieved by the enactment of a statutory rule, whereas as regards the mother it was sufficient to leave the matter to be decided by the courts on a case-by-case basis. Accordingly, having regard to their margin of appreciation, the authorities also did not transgress the principle of proportionality.

42. The Court thus concludes that the difference of treatment complained of was not discriminatory, within the meaning of Article 14.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in A 87 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1986, 4, m.nt. EAAL en EAA.

59

**EHRM**  
28 mei 1985

**Abdulaziz, Cabales en Balkandali**  
**'Family life' omvat de relatie die voortvloeit uit een 'rechtmatig en echt' huwelijk**

**Partijen**

Abdulaziz, Cabales en Balkandali,  
*tegen*  
Verenigd Koninkrijk.

**Feiten en verloop van de procedure**

Voorzover van belang worden de volgende feiten vermeld. Klaagsters zijn drie vrouwen. Zij hebben alle drie vaste en rechtmatige verblijfplaats in het Verenigd

Koninkrijk. In overeenstemming met de geldende immigratiebepalingen werd door de Britse autoriteiten aan de echtgenoten van klagsters toestemming geweigerd om bij de echtgenote in het Verenigd Koninkrijk te blijven (dit betrof Abdulaziz en Balkandali) of zich bij de echtgenote te vestigen (dit betrof Cabales).

De klachten die bij de Europese Commissie voor de rechten van de mens zijn ingediend, betroffen schendingen van de art. 3, 8 (afzonderlijk en in combinatie met art. 14) en art. 13 EVRM. Klagsters stelden slachtoffer te zijn van een door het Britse parlement bekrachtigde bestuurspraktijk neergelegd in de Immigratierichtlijnen uit 1980. De Europese Commissie verklaarde de klachten ontvankelijk op 12 mei 1983. De zaak werd op 14 oktober 1983 voorgelegd aan het Europees Hof.

(...)

62. The Court recalls that, by guaranteeing the right to respect for family-life, Article 8 ‘presupposes the existence of a family’ (see the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 14, § 31). However, this does not mean that all intended family life falls entirely outside its ambit. Whatever else the word ‘family’ may mean, it must at any rate include the relationship that arises from a lawful and genuine marriage, such as that contracted by Mr. and Mrs. Abdulaziz and Mr. and Mrs. Balkandali, even if a family life of the kind referred to by the Government has not yet been fully established. Those marriages must be considered sufficient to attract such respect as may be due under Article 8.

Furthermore, the expression ‘family life’, in the case of a married couple, normally comprises cohabitation. The latter proposition is reinforced by the existence of Article 12, for it is scarcely conceivable that the right to found a family should not encompass the right to live together. The Court further notes that Mr. and Mrs. Abdulaziz had not only contracted marriage but had also cohabited for a certain period before Mr. Abdulaziz was refused leave to remain in the United Kingdom (see paragraph 40-41 above). Mr. And Mrs. Balkandali had also cohabited and had a son, although they were not married until after Mr. Balkandali’s leave to remain as a student had expired and an extension been refused; their cohabitation was continuing when his application for leave to remain as a husband was rejected (...).

63. The case of Mrs. Cabales has to be considered separately, having regard to the question raised as to the validity of her marriage (...). The Government argued that, in the circumstances, her application was inadmissible *ratione materiae* and thus did not have to be examined by the Court. Although this was framed in terms of admissibility, the Court is of the opinion that it goes to the merits of the application and is therefore preferably dealt with on that basis (see, *mutatis mutandis*, the Airey judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 10, § 18).

The Court does not consider that it has to resolve the difference of opinion that has arisen concerning the effect of Philippine law. Mr. And Mrs. Cabales had gone through a ceremony of marriage (...) and the evidence before the Court confirms that they believed themselves to be married and that they genuinely wished to cohabit and lead a normal family life. And indeed they subsequently did so. In the circumstances the committed relationship thus established was sufficient to attract the application of Article 8.

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

64. (...)

67. The Court recalls that, although the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life (see the above-mentioned *Marckx* judgment, Series A no. 31, p. 15, § 31). However, especially as far as those positive obligations are concerned, the notion of 'respect' is not clear-cut: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals (...). In particular, in the area now under consideration, the extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved. Moreover, the Court cannot ignore that the present case is concerned not only with family life but also with immigration and that, as a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory.

68. The Court observes that the present proceedings do not relate to immigrants who already had a family which they left behind in another country until they had achieved settled status in the United Kingdom. It was only after becoming settled in the United Kingdom, as single persons, that the applicants contracted marriage (...). The duty imposed by Article 8 cannot be considered as extending to a general obligation on the part of a Contracting State to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to accept the non-national spouses for settlement in that country.

In the present case, the applicants have not shown that there were obstacles to establishing family life in their own or their husband's home countries or that there were special reasons why that could not be expected of them.

In addition, at the time of their marriage

(i) Mrs. Abdulaziz knew that her husband had been admitted to the United Kingdom for a limited period as a visitor only and that it would be necessary for him to make an application to remain permanently, and she could have known, in the light of draft provisions already published (...), that this would probably be refused;

(ii) Mrs. Balkandali must have been aware that her husband's leave to remain temporarily as a student had already expired, that his residence in the United Kingdom was therefore unlawful and that under the 1980 Rules, which were then in force, his acceptance for settlement could not be expected.

In the case of Mrs. Cabales, who had never cohabited with Mr. Cabales in the United Kingdom, she should have known that he would require leave to enter and that under the rules then in force this would be refused.

69. There was accordingly no 'lack of respect' for family life and, hence, no breach of Article 8 taken alone.

(...)

Het arrest is gepubliceerd in A 94 (publicaties EHRM) en in *NJ* 1988, 187, m.nt. EAA. Uit deze beslissing blijkt dat het begrip 'familie- en gezinsleven' in ieder geval omvat de relatie die ontstaat door een rechtmatig en echt huwelijk (overweging 62). Verder bevestigt het Hof de ruime betekenis van het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven (zie het Marckx-arrest), maar geeft tevens aan dat een staat bij de nakoming van de verplichtingen die uit art. 8 EVRM voortvloeien een ruime mate van beleidsvrijheid heeft (overweging 67). Deze is zo mogelijk nog groter als het gaat om immigratie. Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 13a.

Commentaar

60

**EHRM**

17 oktober 1986

**Rees**

**Weigering aan transseksueel van aantekening van geslachtsverandering in het geboorteregister niet in strijd met het recht op privé-leven of het recht om te huwen**

Rees,  
tegen  
Verenigd Koninkrijk.

Partijen

Rees is een Brits onderdaan, geboren in 1942 met de uiterlijke kenmerken van het vrouwelijk geslacht, welke sexe dan ook bij de geboorte geregistreerd werd. Na op jonge leeftijd al mannelijk gedrag te hebben vertoond, ondergaat R. vanaf 1970 een medische behandeling om ook de uiterlijke kenmerken van een man te krijgen. In 1974 ondergaat R. daartoe ook de noodzakelijke chirurgische ingrepen. Van beide werden de kosten gedragen door de 'National Health Service'. Vanaf dat moment leeft hij als een man en wordt sociaal ook als zodanig geaccepteerd.

Feiten en verloop  
van de procedure

Na zijn namen te hebben veranderd in mannelijke equivalenten, krijgt hij op alle mogelijke, ook officiële, papieren, zoals paspoort, zijn nieuwe namen vermeld; inclusief op een gegeven moment, het voorvoegsel 'dhr'.

De enige uitzondering, de aanleiding tot deze zaak, is zijn geboortecertificaat. In 1980 vraagt R. formeel om zijn geslacht ook daarop te veranderen. Dat wordt geweigerd, ondanks een voor R. gunstig artsrapport. Dat laatste stelde namelijk dat van de vier criteria om een geslacht te bepalen de psychologische de belangrijkste is en omdat R.'s psychologische geslacht mannelijk was, had zijn geboortecertificaat dus veranderd moeten worden.

Op 18 april 1979 dient R. een klacht in bij de Commissie waarin het Verenigd Koninkrijk schending van de art. 8 en 12 EVRM wordt verweten.

Na de klacht ontvankelijk te hebben verklaard, acht de Commissie in haar rapport van 12 december 1984 unaniem een schending van art. 8 en unaniem – zij het om uiteenlopende redenen – géén schending van art. 12 EVRM aanwezig. De zaak wordt op 14 maart 1985 naar het Hof verwezen.

Europees Hof voor (...)

de rechten van de *I. Alleged violation of article 8*

mens 33. The applicant claimed to be the victim of national legislation and practices contrary to his right to respect for his private life, enshrined in Article 8, which provides:

‘1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the right and freedoms of others.’

34. The applicant complained primarily of the constraints upon his full integration into social life which were a result of the failure of the Government to provide measures that would legally constitute him as a male for the purposes of the exhaustive classification of all citizens into male or female.

In particular, he complained of the practice of issuing him with a birth certificate on which his sex continued to be recorded as ‘female’. Such a certificate, he alleged, was effectively and irrefutable description of his sex, wherever sex was a relevant issue and, revealing as it did the discrepancy between his apparent and his legal sex, it caused him embarrassment and humiliation whenever social practices required its production.

The Government contested the applicant’s claim; the Commission, on the other hand, agreed with it in its essentials.

*A. Interpretation of Article 8 in the context of the present case*

35. The Court has already held on a number of occasions that, although the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective respect for private life, albeit subject to the State’s margin of appreciation (see, as the most recent authority, the *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, pp. 33-34, § 67).

In the present case it is existence and scope of such ‘positive’ obligations which have to be determined. The mere refusal to alter the register of births or to issue birth certificates whose contents and nature differ from those of the birth register cannot be considered as interferences.

36. (...)

37. As the Court pointed out in its above-mentioned *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* judgment the notion of ‘respect’ is not clear-cut, especially as far as those positive obligations are concerned: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion’s requirements will vary considerable from case to case. These observations are particularly relevant here. Several States have, through legislation or by means of legal interpretation or by administrative practice, given transsexuals the option

of changing their personal status to fit their newly-gained identity. They have, however, made this option subject to conditions of varying strictness and retained a number of express reservations (for example, as to previously incurred obligations). In other States, such an option does not – or does not yet – exist. It would therefore be true to say that there is at present little common ground between the Contracting States in this area and that, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation.

In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be paid to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention (see, *mutatis mutandis*, amongst others, the *James and Others* judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, p. 34, § 50, and the *Sporrong and Lönnroth* judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 26, § 69). In striking this balance the aims mentioned in the second paragraph of Article 8 may be of a certain relevance, although this provision refers in terms only to ‘interferences’ with the right protected by the first paragraph – in other words is concerned with the negative obligations flowing therefrom (see, *mutatis mutandis*, the *Marckx* judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 15, § 31).

(...)

44. In order to overcome these difficulties there would have to be detailed legislation as to the effects of the change in various contexts and as to the circumstances in which secrecy should yield to the public interest. Having regard to the wide margin of appreciation to be afforded to the State in this area and to the relevance of protecting the interests of others in striking the requisite balance, the positive obligations arising from Article 8 cannot be held to extend that far.

45. (...)

46. Accordingly, there is no breach of Article 8 in the circumstances of the present case.

47. That being so, it must for the time being be left to the respondent State to determine to what extent it can meet the remaining demands of transsexuals. However, the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer. The Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances (see, *mutatis mutandis*, amongst others, the *Dudgeon* judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, pp. 23-24, § 60). The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and societal developments.

## *II. Alleged violation of Article 12*

48. (...)

49. In the Court’s opinion, the right to marry guaranteed by Article 12 refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex. This appears also from the wording of the Article which makes it clear that Article 12 is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family.

50. Furthermore, Article 12 lays down that the exercise of the right shall be subject to the national laws of the Contracting States. The limitations thereby introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent

**61**      **Personen- en familierecht – Internationaal familierecht**

that the very essence of the right is impaired. However, the legal impediment in the United Kingdom on the marriage of persons who are not of the opposite biological sex cannot be said to have an effect of this kind.

51. There is accordingly no violation in the instant case of Article 12 of the Convention.

*For these reasons, the court*

1. Holds by twelve votes to three that there is no violation of Article 8;
2. Holds unanimously that there is no violation of Article 12.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in A 106 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1987, 945, m.nt. EAA.

In deze uitspraak is het Europees Hof van oordeel dat de weigering van het Verenigd Koninkrijk om de geslachtsverandering van een transseksueel in het geboorteregister te verwerken, niet in strijd is met art. 8 EVRM, noch met art. 12 EVRM. In een latere uitspraak van het Europees Hof (de zaak *Cossey* (*NJ* 1995, 678)) heeft het Europees Hof deze jurisprudentie bevestigd. In 1992 werd in een zaak tegen Frankrijk wel een schending van art. 8 EVRM aangenomen. Opmerking verdient daarbij dat Frankrijk een ander systeem van de burgerlijke stand kent dan het Verenigd Koninkrijk. In een zaak tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 22 april 1997, X, Y en Z tegen het Verenigd Koninkrijk) werd evenwel geen schending van art. 8 EVRM aangenomen ten aanzien van de weigering om een familierechtelijke betrekking aan te nemen tussen de tot man geworden vrouw en het via KID verwekte kind van zijn vrouwelijke partner. Het EHRM is omgegaan op 11 juli 2002 in *Christine Goodwin* tegen het Verenigd Koninkrijk. Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 94, 110 en 112.

**61**      **EHRM**  
18 december 1986

**Johnston**  
**Uit art. 8 en 12 EVRM vloeit geen recht op echtscheiding en hertrouwen voort. Rechtspositie 'onwettige' kinderen en hun ouders niet in overeenstemming met art. 8 EVRM**

**Partijen**      *Johnston e.a.,*  
*tegen*  
Ierland.

**Feiten en verloop van de procedure**      De Ier Johnston (eerste klager) trad in 1952 in het huwelijk met M. In 1965 bleek dat hun huwelijk was mislukt en besloten zij gescheiden te gaan leven. Later troffen zij een formele overeenkomst tot scheiding waarin o.a. een voorziening voor het onderhoud van het kind dat nog van hun afhankelijk was. Partijen deden wederzijds afstand van erfrechtelijke aanspraken.



Sinds 1971 woont Johnston samen met Janice Williams-Johnston (tweede klaagster). In 1978 werd hun dochter Nessa (derde klaagster) geboren. Ingevolge de art. 41.3.1 en 43.3.2 Ierse Grondwet is de Staat verplicht bijzondere bescherming te geven aan het huwelijk als instituut waarop het gezin is gegrondvest en geen wet uit te vaardigen die voorziet in een mogelijkheid tot echtscheiding. Wel kan in Ierland in bijzondere gevallen als overspel e.d. een rechtelijke beschikking tot scheiding van tafel en bed worden gevraagd. Hierdoor wordt het huwelijk echter niet ontbonden. Buitenlandse echtscheidingsvonnissen tussen Ierse onderdanen kunnen alleen worden erkend als zij gewezen zijn in een Staat waarin een van de echtgenoten woonachtig is. Een grondwetswijziging waardoor een wettelijke regeling van echtscheiding mogelijk zou worden werd op 26 juni 1986 in een landelijk referendum afgewezen.

Personen die ongehuwd samenleven verkeren in enkele opzichten in een minder gunstige situatie dan gehuwden. Er bestaat geen wederzijdse rechtsplicht om in elkaars onderhoud te voorzien en er zijn geen wettelijke erfrechtelijke aanspraken over en weer. Wel is het mogelijk hierin bij overeenkomst respectievelijk testament te voorzien. Ook worden gehuwden in het fiscale en sociale zekerheidsrecht gunstiger behandeld. Ongehuwd samenwonenden zijn niet in staat samen een kind te adopteren.

Met betrekking tot de positie van het onwettige kind geldt in Ierland de regel *mater semper certa est*: door het enkele feit van de geboorte ontstaan familie-rechtelijke betrekkingen tussen moeder en kind. Tussen vader en onwettig kind kunnen zodanige betrekkingen niet worden gevestigd, behoudens het geval van wettiging van het kind door een later huwelijk van de vader met de moeder.

De biologische vader kan op geen enkele wijze, ook niet met toestemming van de moeder, tezamen met de moeder als voogd worden aangesteld. Beide ouders van een onwettig kind zijn gelijkelijk verplicht in het levensonderhoud van het kind te voorzien. Deze verplichting kan jegens de vader alleen in rechte worden afgedwongen als de rechter een vaderschapsbeslissing heeft gegeven. De beschikking heeft slechts gevolgen tussen partijen en creëert geen familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind.

Een onwettig kind heeft geen recht om te erven van zijn natuurlijke vader, noch in het testaat-, noch in het intestaaterfrecht. Op de erfenis van de moeder heeft een onwettig kind alleen aanspraak als de moeder geen wettige erfgenamen achterlaat. Het Ierse testaat-erfrecht voorziet in een soortgelijke mogelijkheid; de rechter moet dan wel eerst hebben geoordeeld dat de erflater nalatig is geweest in haar morele plicht om een behoorlijke voorziening te treffen.

Op 9 mei 1986 diende de regering bij de senaat een wetsontwerp in betreffende de rechtspositie van kinderen, teneinde bepalingen die onwettige kinderen discrimineren zoveel mogelijk uit de bestaande wetgeving te verwijderen. O.a. zou de nieuwe wetgeving het mogelijk maken dat de biologische vader samen met de moeder de voogdij over het kind verkrijgt waardoor zij dezelfde ouderlijke rechten en verplichtingen krijgen als gehuwde ouders hebben ten opzichte van hun kinderen. Wettige en onwettige kinderen zouden in het erfrecht niet langer ongelijk worden behandeld.

De drie klagers wendden zich op 16 februari 1982 tot de Europese Commissie voor de rechten van de mens. Zij wezen op de onmogelijkheid om in Ierland een

huwelijk door echtscheiding te ontbinden en vroegen erkenning van het gezinsleven van personen die, na mislukking van het huwelijk van een van hen, als gezin ongetrouwd zijn gaan samenleven. De klacht betrof schending van de art. 8, 9, 12 en 13 en van art. 14 jo. 8 en 12 EVRM.

De Commissie verklaarde de klacht op 7 oktober 1983 ontvankelijk. In haar rapport van 5 maart 1985 oordeelde de Commissie dat art. 8 en 12 EVRM niet waren geschonden aangezien een recht op echtscheiding en op hertrouwen niet door het EVRM wordt gewaarborgd (unaniem); dat art. 8 niet geschonden was door het feit dat de Ierse wet aan de eerste en de tweede klager niet de status van gezin toekende (twaalf stemmen tegen een); dat art. 8 wel geschonden was doordat het Ierse recht betreffende de positie van de derde klager was te kort geschooten in de eerbiediging van het gezinsleven van alle drie de klagers (unaniem); dat art. 9 jegens de eerste klager niet was geschonden (unaniem); dat art. 14 jo. 8 en 12 EVRM jegens de eerste twee klagers niet was geschonden (twaalf stemmen tegen een); dat het niet nodig was de afzonderlijke klacht van de derde klager over discriminatie te onderzoeken en dat art. 13 niet was geschonden (unaniem). De Commissie legde de zaak op 21 mei 1985 voor aan het Hof.

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

(...)

*II. Situation of the first and second applicants*

*A. Inability to divorce and re-marry*

*I. Articles 12 and 8*

49. The first and second applicants alleged that because of the impossibility under Irish law of obtaining a dissolution of Roy Johnston's marriage and of his resultant inability to marry Janice Williams-Johnston, they were victims of breaches of Articles 12 and 8 of the Convention. (...)

(...)

51. In order to determine whether the applicants can derive a right to divorce from Article 12, the Court will seek to ascertain the ordinary meaning to be given to the terms of this provision in their context and in the light of its object and purpose (see the Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 14, § 29, and Article 31 § 1 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties).

52. The Court agrees with the Commission that the ordinary meaning of the words 'right to marry' is clear, in the sense that they cover the formation of marital relationships but not their dissolution. Furthermore, these words are found in a context that includes an express reference to 'national laws'; even if, as the applicants would have it, the prohibition of divorce is to be seen as a restriction on capacity to marry, the Court does not consider that, in a society adhering to the principle of monogamy, such a restriction can be regarded as injuring the substance of the right guaranteed by Article 12. Moreover, the foregoing interpretation of Article 12 is consistent with its object and purpose as revealed by the travaux préparatoires.

In the Court's view, the travaux préparatoires disclose no intention to include in Article 12 any guarantee of a right to have the ties of marriage dissolved by divorce.

53. The applicants set considerable store on the social developments that have occurred since the Convention was drafted, notably an alleged substantial increase in marriage breakdown.

It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions (see, amongst several authorities, the abovementioned Marckx judgment, Series A no. 31, p. 26, § 58). However the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate. (...)

(...)

(b) Article 8

(...)

54. The Court thus concludes that the applicants cannot derive a right to divorce from Article 12. That provision is therefore inapplicable in the present case, either on its own or in conjunction with Article 14.

55. The principles which emerge from the Court's case-law on Article 8 include the following.

(a) By guaranteeing the right to respect for family life, Article 8 presupposes the existence of a family (see the above-mentioned Marckx judgment, Series A no. 31, p. 14 § 31).

(b) Article 8 applies to the 'family life' of the 'illegitimate' family as well as to that of the 'legitimate' family (ibid.).

(c) Although the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life. However, especially as far as those positive obligations are concerned, the notion of 'respect' is not clear-cut: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention with due regard to the needs and resources of the community and of individuals (see the Abdulaziz, Cabales and Balkandali judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, pp. 33-34, § 67).

56. In the present case, it is clear that the applicants, the first and second of whom have lived together for some fifteen years (see paragraph 11 above), constitute a 'family' for the purposes of Article 8. They are thus entitled to its protection, notwithstanding the fact that their relationship exists outside marriage (see paragraph 55 (b) above).

The question that arises, as regards this part of the case, is whether an effective 'respect' for the applicants' family life imposes on Ireland a positive obligation to introduce measures that would permit divorce.

57. It is true that, on this question, Article 8, with its reference to the somewhat vague notion of 'respect' for family life, might appear to lend itself more readily to an evolutive interpretation than does Article 12. Nevertheless, the Convention must be read as a whole and the Court does not consider that a right to divorce, which it has found to be excluded from Article 12 (see paragraph 54), can, with

consistency, be derived from Article 8, a provision of more general purpose and scope. The Court is not oblivious to the plight of the first and second applicants. However, it is of the opinion that, although the protection of private or family life may sometimes necessitate means whereby spouses can be relieved from the duty to live together (see the above-mentioned Aurey judgment, Series A no. 32, p. 17, § 33), the engagements undertaken by Ireland under Article 8 cannot be regarded as extending to an obligation on its part to introduce measures permitting the divorce and the re-marriage which the applicants seek.

58. On this point, there is therefore no failure to respect the family life of the first and second applicants.

(...)

*B. Matters other than the inability to divorce and re-marry*

65. The first and second applicants further alleged that, in violation of Article 8, there had been an interference with, or lack of respect for, their family life on account of their status under Irish law. They cited, by way of illustration, the following matters:

- (a) their non-recognition as a 'family' for the purposes of Article 41 of the Constitution of Ireland (...);
- (b) the absence of mutual maintenance obligations and mutual succession rights (...);
- (c) their treatment for the purpose of capital acquisition tax, stamp duty and Land Registry fees (...);
- (d) the non-availability of the protection of barring orders (...);
- (e) the non-applicability of the Family Home Protection Act 1976 (...);
- (f) the differences, in the social welfare code, between married and unmarried persons (...).

(...)

Accordingly, the sole question that arises for decision is whether an effective 'respect' for their family life imposes on Ireland a positive obligation to improve their status (...). (...)

68. It is true that certain legislative provisions designed to support family life are not available to the first and second applicants. However, like the Commission, the Court does not consider that it is possible to derive from Article 8 an obligation on the part of Ireland to establish for unmarried couples a status analogous to that of married couples.

The applicants did, in fact, make it clear that their complaints concerned only couples who, like themselves, wished to marry but were legally incapable of marrying and not those who had chosen of their own volition to live together outside marriage. Nevertheless, even if it is circumscribed in this way, the applicants' claim cannot, in the Court's opinion be accepted. A number of the matters complained of are but consequences of the inability to obtain a dissolution of Roy Johnston's marriage enabling him to marry Janice Williams-Johnston, a situation which the Court has found not to be incompatible with the Convention.

As for other matters, Article 8 cannot be interpreted as imposing an obligation to establish a special regime for a particular category of unmarried couples.

69. There is accordingly no violation of Article 8 under this head.

*III. Situation of the third applicant*

*A. Article 8*

70. The applicants alleged that, in violation of Article 8, there had been an interference with, or lack of respect for, their family life on account of the third applicant's situation under Irish law. In addition to the points mentioned at paragraphs (d) and (e) of paragraph 65 above, they cited, by way of illustration, the following matters:

- (a) the position regarding the third applicant's paternal affiliation(...);
- (b) the impossibility for the first applicant to be appointed joint guardian of the third applicant and his lack of parental rights in relation to her (...);
- (c) the impossibility for the third applicant to be legitimated even by her parents' subsequent marriage (...);
- (d) the impossibility for the third applicant to be jointly adopted by her parents (...);
- (e) the third applicant's succession rights vis-à-vis her parents (...);
- (f) the third applicant's treatment for the purpose of capital acquisition tax (...) and the repercussions on her of her parents' own treatment for fiscal purposes (...).

The Government contested this allegation. The Commission, on the other hand, expressed the opinion that there had been a breach of Article 8, in that the legal regime concerning the status of the third applicant under Irish law failed to respect the family life of all three applicants.

71. Roy Johnston and Janice Williams-Johnston have been able to take a number of steps to integrate their daughter in the family (...). However, the question arises as to whether an effective 'respect' for family life imposes on Ireland a positive obligation to improve her legal situation (see paragraph 55 (c) above).

72. (...) As the Government emphasised, the Marckx case related solely to the relations between mother and child. However, the Court considers that its observations on the integration of a child within his family are equally applicable to a case such as the present, concerning as it does parents who have lived, with their daughter, in a family relationship over many years but are unable to marry on account of the indissolubility of the existing marriage of one of them.

73. (...) As it observed in its above-mentioned Marckx judgment, 'respect' for family life, understood as including the ties between near relatives, implies an obligation for the State to act in a manner calculated to allow these ties to develop normally (Series A no. 31, p. 21, § 45). And in the present case the normal development of the natural family ties between the first and second applicants and their daughter requires, in the Court's opinion, that she should be placed, legally and socially, in a position akin to that of a legitimate child.  
(...)

75. Examination of the third applicant's present legal situation, seen as a whole, reveals, however, that it differs considerably from that of a legitimate child; in addition, it has not been shown that there are any means available to her parents to eliminate or reduce the differences. Having regard to the particular circumstances of this case and notwithstanding the wide margin of appreciation enjoyed by Ireland in the area (see paragraph 55 (c) above), the absence of an appropriate legal regime reflecting the third applicant's natural family ties amounts to a failure to respect her family life.

**62**      **Personen- en familierecht – Internationaal familierecht**

Moreover, the close and intimate relationship between the third applicant and her parents is such that there is of necessity also a resultant failure to respect the family life of each of the latter. Contrary to the Government's suggestion, this finding does not amount, in an indirect way, to a conclusion that the first applicant should be entitled to divorce and re-marry; this is demonstrated by the fact that in Ireland itself it is proposed to improve the legal situation of illegitimate children, whilst maintaining the constitutional prohibition on divorce.  
76. There is accordingly, as regards all three applicants, a breach of Article 8 under this head. (...)

**Commentaar**      De uitspraak is gepubliceerd in A 112 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1989, 97, m.nt. EAA.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs.13a, 590.

<b>62</b>	<p><b>EHRM</b> 8 juli 1987</p> <p><b>W. tegen V.K.</b> <b>Het genieten van elkaars gezelschap vormt een fundamenteel element van 'familie- en gezinsleven'. De natuurlijke gezinsband gaat niet verloren door ontzetting of ontheffing van de ouders van het gezag. Procedurele waarborgen voortvloeiend uit art. 8 in verband met art. 6 EVRM.</b></p>
-----------	---

**Partijen**      W,  
                  *tegen*  
Verenigd Koninkrijk.

**Feiten en verloop van de procedure**      Klager, een Brits onderdaan, is getrouwd en heeft drie kinderen. De onderhavige zaak betreft zijn jongste kind, geboren op 31 oktober 1978. Vanaf 1 maart 1979 was klagers jongste kind met enige onderbrekingen onder toezicht van de plaatselijke autoriteit geplaatst. De ouders, die te maken hadden met huwelijks- en alcoholproblemen, hadden met deze tijdelijke ontneming van het gezag ingestemd. Vanwege het voortduren van de echtelijke problemen besloot de plaatselijke autoriteit op 16 augustus 1979, kennelijk zonder de ouders van tevoren hierover te informeren, het gezag over S. formeel aan zich te trekken. In februari 1980 gebeurde hetzelfde met betrekking tot de andere twee kinderen. In het begin van 1980 kwamen de bij het gezin betrokken maatschappelijk werkers tot de conclusie dat terugkeer van S. naar het gezin, hetgeen met de ouders aanvankelijk was afgesproken, niet verantwoord zou zijn. Op onbekende datum werd door de plaatselijke autoriteit het besluit genomen dat S. voor lange tijd bij een pleeggezin geplaatst zou worden met het oog op uiteindelijke adoptie. De ouders zouden beperkte omgangsmogelijkheden krijgen. Van een formele beslissing door de plaatselijke autoriteit lijkt geen sprake te zijn geweest.

Klager en zijn vrouw vernamen het besluit in maart 1980 door mondelinge mededelingen van maatschappelijk werkers. Zij waren tevoren niet op de hoogte gesteld van de mogelijkheid dat een dergelijk besluit zou worden genomen. Het besluit werd op 31 maart 1980 door het Adoption and Foster Care Committee goedgekeurd, waarbij het committee niet inging op de positie van de ouders.

Op 9 mei 1980 werd S. in een pleeggezin geplaatst met het oog op adoptie door de pleegouders. Kort daarvoor was besloten klager en zijn vrouw geen omgang met S. te laten hebben teneinde de opbouw van een bevredigende relatie tussen S. en de pleegouders niet in gevaar te brengen. De verblijfplaats van S. werd niet aan klager of zijn vrouw meegedeeld.

Kort na mei 1980 kwamen de problemen tussen klager en zijn echtgenote tot een einde. Na eerdere vergeefse pogingen konden zij hun kind éénmaal, op 25 juli 1980, bezoeken. Zij verzochten de kinderrechter een einde te maken aan de ont-trekking van hun kind aan hun gezag, hetgeen geschiedde op 16 januari 1981. Op dezelfde dag ging de plaatselijke autoriteit hiertegen in beroep en verzocht tevens het High Court het kind onder toezicht van de rechter te stellen ('ward of court'), waardoor de verantwoordelijkheid voor het welzijn van het kind bij de rechter zelf zou komen te liggen. Na enige onzekerheid over de vraag welke van de twee genoemde procedures door de plaatselijke autoriteit doorgezet zou gaan worden, werd op 25 maart 1981 duidelijk dat men er alleen naar zou streven S. onder toezicht van de rechter te stellen.

De rechter in het High Court stelde op 22 juni 1981 vast, op basis van bewijsmateriaal met betrekking tot het welzijn van S. en de gezinsomstandigheden van klager (o.a. een rapport van een onafhankelijke maatschappelijk werker), dat er geen praktisch alternatief was voor voortzetting van het verblijf van S. bij het pleeggezin, nu er zoveel tijd was verlopen sinds het kind zijn ouders voor het laatst had gezien (op 25 juli 1980). Voorts werd bepaald dat de ouders geen omgang met S. mochten hebben. De rechter erkende wel dat de tot dusver gevolgde procedure zowel qua duur als qua inbreng van de ouders uiterst ongelukkig was geweest.

Een door klager ingesteld beroep werd op 6 oktober 1981 door het Court of Appeals verworpen op de grond dat het belang van het kind beter werd gediend met het voortduren van zijn verblijf in het pleeggezin dan met een terugkeer naar zijn ouders, bij wie hij het grootste deel van zijn leven niet had gewoond.

Op 5 oktober 1984 kwam de adoptie van S. door het pleeggezin tot stand. Daarbij verleende het High Court dispensatie voor het vereiste van toestemming door de natuurlijke ouders.

Op 28 februari 1983 oordeelde de door klager ingeschakelde plaatselijke ombudsman dat de plaatselijke autoriteit nalatig was geweest in het voldoende betrekken van klager en zijn vrouw in het besluitvormingsproces met betrekking tot hun kind.

Op 30 januari 1984 werd in het Verenigd Koninkrijk nieuwe wetgeving van kracht als gevolg waarvan de ouders vooraf op de hoogte gesteld moeten worden van besluiten tot beperking of beëindiging van de omgang met hun kind. De ouders kunnen vervolgens de kinderrechter verzoeken hun een omgangsrecht toe te kennen onder door de rechter te bepalen voorwaarden.

W. diende op 18 januari 1982 een klacht in bij de Europese Commissie voor de rechten van de mens. Hij stelde dat de procedures die hadden geresulteerd in beperking en beëindiging van zijn omgang met zijn kind en de beschikbare rechtsmiddelen neerkwamen op schendingen van de art. 6 lid 1, 8 en 13 EVRM. Na ontvankelijkheidsverklaring van de klacht oordeelde de Commissie in haar rapport van 15 oktober 1985 dat art. 6 lid 1 geschonden was in verband met ontbreken van toegang tot de rechter ter zake van klagers omgangsrecht (met elf stemmen tegen twee en één onthouding), en dat er een schending was van art. 8 EVRM (met dertien stemmen tegen één). De Commissie meende dat de zaak geen afzonderlijke vragen met betrekking tot art. 6 lid 1 EVRM (lengte van procedure tot ondertoezichtstelling door de rechter) en art. 13 EVRM opriep. Op 28 januari 1986 legde de Commissie de zaak voor aan het Hof.

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

(...)

*A. General principles*

59. The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life. Furthermore, the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care. It follows – and this was not contested by the Government – that the Authority's decisions resulting from the procedures at issue amounted to interferences with the applicant's right to respect for his family life.

60. According to the Court's established case-law:

(a) an interference with the right to respect for family life entails a violation of Article 8 unless it was 'in accordance with the law', had an aim or aims that is or are legitimate under Article 8 § 2 and was 'necessary in a democratic society' for the aforesaid aim or aims (see notably, *mutatis mutandis*, the Gillow judgment of 24 November 1986, Series A no. 109, p. 20, § 48);

(b) the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued (see, *inter alia*, the Leander judgment of 26 March 1987, Series A no. 116, p. 25, § 58);

(c) although the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective 'respect' for family life;

(d) in determining whether an interference is 'necessary in a democratic society' or whether there has been breach of a positive obligation, the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States (see, for example, the above-mentioned Leander judgment, p. 25, § 59, and the above-mentioned Johnston and Others judgment, *loc. cit.*).

61. The applicant did not assert that the Authority's decisions were not 'in accordance with the law' or lacked a legitimate aim. The material before the Court contains nothing to suggest that the first of these requirements, as interpreted in the Court's case-law (see, for example, the Malone judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, pp. 31-33, § 66-68), was not satisfied. Neither is there any evidence that the measures taken were not designed to achieve a legitimate purpose, namely the protection of health or of the rights and freedoms of others.



Debate centred on the question whether the procedures followed had respected the applicant's family life or constituted an interference with the exercise of the right to respect for family life which could not be justified as 'necessary in a democratic society'. The applicant and the Commission took the view that the procedures applicable to the determination of issues relating to family life had to be such as to show respect for family life; in particular, according to the Commission, parents normally had a right to be heard and to be fully informed in this connection, although restrictions on these rights could, in certain circumstances, find justification under Article 8 § 2. The Government, as their principal plea, did not accept that such procedural matters were relevant to Article 8 or that the right to know or to be heard were elements in the protection afforded thereby.

62. The Court recognises that, in reaching decisions in so sensitive an area, local authorities are faced with a task that is extremely difficult. To require them to follow on each occasion an inflexible procedure would only add to their problems. They must therefore be allowed a measure of discretion in this respect.

On the other hand, predominant in any consideration of this aspect of the present case must be the fact that the decisions may well prove to be irreversible: thus, where a child has been taken away from his parents and placed with alternative carers, he may in the course of time establish with them new bonds which it might not be in his interests to disturb or interrupt by reversing a previous decision to restrict or terminate parental access to him. This is accordingly a domain in which there is an even greater call than usual for protection against arbitrary interferences. It is true that Article 8 contains no explicit procedural requirements, but this is not conclusive of the matter. The local authority's decision-making process clearly cannot be devoid of influence on the substance of the decision, notably by ensuring that it is based on the relevant considerations and is not one-sided and, hence, neither is nor appears to be arbitrary. Accordingly, the Court is entitled to have regard to that process to determine whether it has been conducted in a manner that, in all the circumstances, is fair and affords due respect to the interests protected by Article 8. Moreover, the Court observes that the English courts can examine, on an application for judicial review of a decision of a local authority, the question whether it has acted fairly in the exercise of a legal power (...).

63. The relevant considerations to be weighed by a local authority in reaching decisions on children in its care must perforce include the views and interests of the natural parents. The decision-making process must therefore, in the Court's view, be such as to secure that their views and interests are made known to and duly taken into account by the local authority and that they are able to exercise in due time any remedies available to them. In fact, the 1983 Code of Practice stresses the importance of involving parents in access decisions (...).

64. There are three factors which have a bearing on the practicalities of the matter. Firstly, as the Commission pointed out, there will clearly be instances where the participation of the natural parents in the decision-making process either will not be possible or will not be meaningful – as, for example, where they cannot be traced or are under a physical or mental disability or where an emergency arises. Secondly, decisions in this area, whilst frequently taken in the light of case reviews or case conferences, may equally well evolve from a continuous process

of monitoring on the part of the local authority's officials. Thirdly, regular contacts between the social workers responsible and the parents often provide an appropriate channel for the communication of the latter's views to the authority. In the Court's view, what therefore has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as 'necessary' within the meaning of Article 8. 65. Contrary to the Government's submission, the Court considers that in conducting its review in the context of Article 8 it may also have regard to the length of the local authority's decision-making process and of any related judicial proceedings. As the Commission has rightly pointed out, in cases of this kind there is always the danger that any procedural delay will result in the de facto determination of the issue submitted to the court before it has held its hearing. And an effective respect for family life requires that future relations between parent and child be determined solely in the light of all relevant considerations and not by the mere effluxion of time.

(...)

71. The applicant alleged that he had been the victim of a violation of Article 6 § 1 of the Convention, which, so far as is relevant, reads:

'In the determination of his civil rights and obligations ..., everyone is entitled to a ... hearing within a reasonable time by [a] ... tribunal ...'

This violation was claimed to have arisen on two grounds:

(a) the applicant had been unable, during the currency of the parental rights resolution affecting him, to have the question of his access to his child S determined in proceedings that complied with this Article;

and

(b) the subsequent wardship proceedings in respect of S (...) had not been concluded within a 'reasonable time'. (...)

As the Government accepted the statutes clearly recognise the continuation of parental access as generally desirable (...). Moreover, the Code of Practice on Access to Children in Care issued in December 1983 (...) expressly acknowledges that for most children there will be no doubt that their interests will best be served by efforts to sustain links with their natural families. It would be inconsistent with this aim if the making of a care order or the adoption of a parental rights resolution were automatically to divest a natural parent of all further rights and duties in regard to access.

The effect of these measures is not to extinguish all rights and responsibilities of the natural parent in respect of the child. Thus, for example, subject to the power of the court – and not the local authority – to dispense with his consent, he retains the right to agree or refuse to agree to the child's adoption (...). Again, and even more importantly for the present purposes, he enjoys a continuing right to apply to the courts for the discharge of the order or resolution on the ground that such a course is in the child's interests (...). The issue for determination in such proceedings is the restoration of parental rights in regard to custody

and control of the child. It would appear to the Court that the determination of a parental right is equally in issue where, during the currency of the order or resolution, a parent claims that the continuance or renewal of access is in the child's interests. That this is so is now confirmed by the provisions of Part IA of the 1980 Act, inserted by the Health and Social Services and Social Security Adjudications Act 1983 (...), which are founded on the existence of just such a right on behalf of the parent.

Moreover, the extinction of all parental right in regard to access would scarcely be compatible with fundamental notions of family life and the family ties which Article 8 of the Convention is designed to protect (see, amongst other authorities, the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 21, § 45).

The Court thus concludes that it can be said, at least on arguable grounds, that even after the adoption of the parental rights resolution affecting him the applicant could claim a right in regard to his access to S.

78. According to the Court's established case-law, Article 6 § 1 will not be applicable unless two further conditions are satisfied: the right at issue must have been the object of a 'contestation' (dispute) and must be 'civil'.

That there was a dispute between the applicant and the Authority on the access question is clear and, indeed, this was not denied by the Government. They also accepted that if there was a parental 'right' of access, it was a 'civil' right. Since access forms an integral part of family life, the Court entertains no doubts on this latter point.

79. Article 6 § 1 is therefore applicable in the present case. (...) Furthermore, Article 6 § 1 does not require that all access decisions must be taken by the courts but only that they shall have power to determine any substantial disputes that may arise.

De uitspraak is gepubliceerd in A 121 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in NJ 1988, 828, m.nt. EAA.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 14a, 842, 1002.

Commentaar

63

EHRM

24 maart 1988

**Olsson I**

**Een beslissing tot ondertoezichtstelling moet in het licht van art. 8 EVRM door relevante en voldoende redenen gedragen worden die tevens de noodzaak ervan bepalen. De vervolgens te nemen uitvoeringsbeslissingen moeten evenredig zijn aan het gestelde doel.**

De heer en mevrouw Olsson,  
*tegen*  
Zweden.

Partijen

**Feiten en verloop  
van de procedure**

In deze zaak ging het om de beslissing tot ondertoezichtstelling zelf, de wijze waarop deze werd uitgevoerd en de weigering om de ondertoezichtstelling te beëindigen.

In januari 1980 werden de drie kinderen (Stefan, Helena en Thomas) voorlopig onder toezicht gesteld met het oog op onderzoek van hun situatie. Nadien bleek uit een sociaal onderzoek dat de ontwikkeling van de kinderen in gevaar was, omdat zij in een omgeving verkeerden waarin zij onvoldoende werden gestimuleerd, onvoldoende aan hun behoeften tegemoet gekomen werd en waarin er onvoldoende toezicht was. Dit als gevolg van het feit dat de ouders niet in staat bleken hen voldoende zorg, stimulans en toezicht te bieden. De kinderen werden toen definitief onder toezicht gesteld en uit huis geplaatst (beslissing van 16 september 1980). Deze beslissing werd bevestigd door de rechter, ook in hoger beroep.

In juni 1982 werden verzoeken om beëindiging van de ondertoezichtstellingen en uithuisplaatsingen afgewezen, ook in beroep. Tussen 1983 en 1986 werden volgende verzoeken van dezelfde aard eveneens afgewezen. In februari 1987 werd in hoger beroep de ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van Stefan beëindigd. Stefan ging terug naar huis. In juni 1987 werden de ondertoezichtstellingen van Helena en Thomas door de hoogste rechter beëindigd, maar de sociale raad verbood vervolgens om Helena en Thomas naar huis te halen.

Feitelijk is van belang dat de kinderen om praktische redenen alle drie in een ander pleeggezin werden geplaatst. De twee jongste kinderen (Helena en Thomas) zaten 500 tot 600 km van de ouders en hun oudste broer (Stefan) verwijderd en onderling ook zo ver van elkaar verwijderd dat regelmatig bezoek niet mogelijk was. Stefan zat ongeveer 80 km van zijn ouders verwijderd.

De Commissie verklaarde de klacht ontvankelijk op 15 mei 1985. In haar rapport van 2 december 1986 oordeelde zij dat de ondertoezichtstellingen met uithuisplaatsingen in combinatie met plaatsing van de kinderen in elk een ander pleeggezin en ver weg van hun ouders strijd opleverden met art. 8 EVRM.

De klacht werd door de Commissie aan het Europese Hof voorgelegd op 13 maart 1987. De Zweedse regering legde op haar beurt de klacht op 13 april 1987 aan het Hof voor.

**Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens**

(...)

*II. Alleged violation of article 8 of the convention*

*A. Introduction*

58. The applicants asserted that the decision to take the children into care, the manner in which it had been implemented and the refusals to terminate care had given rise to violations of Article 8 of the Convention, which reads as follows:

“1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the right and freedoms of others.”

This allegation was contested by the Government, but accepted by a majority of the Commission.

59. The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life; furthermore, the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child is taken into public care (see the *W. v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, p. 27, § 59). It follows – and this was not contested by the Government – that the measures at issue amounted to interferences with the applicants' right to respect for their family life.

Such an interference entails a violation of Article 8 unless it was 'in accordance with the law', had an aim or aims that is or are legitimate under Article 8 § 2 and was 'necessary in a democratic society' for the aforesaid aim or aims (*ibid.*, p. 27, § 60 (a)).

*B. 'In accordance with the law'*

60. The applicants did not deny that the authorities had acted in accordance with Swedish law. However, they alleged that the measures taken were not 'in accordance with the law' within the meaning of Article 8, notably because the relevant legislation sets no limits on the discretion which it conferred and was drafted in terms so vague that its results were unforeseeable. The Government contested this claim, which was not accepted by the Commission.

61. Requirements which the Court has identified as flowing from the phrase 'in accordance with the law' include the following.

(a) A norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail; however, experience shows that absolute precision is unattainable and the need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague (see, for example, the *Sunday Times* judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 31, § 49).

(b) The phrase 'in accordance with the law' does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law; it thus implies that there must be a measure of protection in domestic law against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by, *inter alia*, paragraph 1 of Article 8 (see the *Malone* judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, p. 32, § 67).

(c) A law which confers a discretion is not itself inconsistent with the requirement of foreseeability, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see the *Gillow* judgment of 24 November 1986, Series A no. 109, p. 21, § 51).

62. The Swedish legislation applied in the present case is admittedly rather general in terms and confers a wide measure of discretion, especially as regards the implementation of care decisions. In particular, it provides for intervention by the authorities where a child's health or development is jeopardised or in danger,

without requiring proof of actual harm to him (see paragraphs 35 and 37 above).

On the other hand, the circumstances in which it may be necessary to take a child into public care and in which a care decision may fall to be implemented are so variable that it would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality. To confine the authorities' entitlement to act to cases where actual harm to the child has already occurred might well unduly reduce the effectiveness of the protection which he requires. Moreover, in interpreting and applying the legislation, the relevant preparatory work (...) provides guidance as to the exercise of the discretion it confers. Again, safeguards against arbitrary interference are provided by the fact that the exercise of nearly all the statutory powers is either entrusted to or is subject to review by the administrative courts at several levels; this is true of the taking of a child into care, a refusal to terminate care and most steps taken in the implementation of care decisions (...). Taking these safeguards into consideration, the scope of the discretion conferred on the authorities by the laws in question appears to the Court to be reasonable and acceptable for the purposes of Article 8.

63. The Court thus concludes that the interferences in question were 'in accordance with the law'.

*C. Legitimate aim*

64. The applicants submitted that, of the aims listed in paragraph 2 of Article 8, only the 'protection of health or morals' could have justified the decision to take the children into care, but that their health or morals were not in fact endangered when it was adopted.

The Commission, on the other hand, considered that the decisions concerning the care and the placement of the children were taken in their interests and had the legitimate aims of protecting health or morals and protecting the 'rights and freedoms of others'.

65. In the Court's view, the relevant Swedish legislation is clearly designed to protect children and there is nothing to suggest that it was applied in the present case for any other purpose. The interferences in question – intended as they were to safeguard the development of Stefan, Helena and Thomas – therefore had, for the purposes of paragraph 2 of Article 8, the legitimate aims attributed to them by the Commission.

*D. 'Necessary in a democratic society'*

66. The applicants maintained that the measures at issue could not be regarded as 'necessary in a democratic society'. This submission was contested by the Government, but accepted by a majority of the Commission.

*1. Introduction*

67. According to the Court's established case-law, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued; in determining whether an interference is 'necessary in a democratic society', the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States (see,

amongst many authorities, the above-mentioned *W v. United Kingdom* judgment, Series A no. 121, p. 27, § 60 (b) and (d).

68. There was considerable discussion during the hearing before the Court as to the approach to be adopted by the Convention institutions in resolving the necessity issue.

The Commission's Delegate summarised the approach taken by the majority of the Commission as being: 'to stay ... within the judgments of the domestic courts and, after making a detailed study of the relevant judgments, conclude whether or not [their] contents ... reveal sufficient reasons for taking a child into public care.' She summarised the minority's approach as being: 'to stay within the judgments of the domestic courts and to examine whether the reasons [therein] seem to indicate that [they] have based themselves on irrelevant circumstances or that they have applied unacceptable criteria or standards for the justification of a public-care order. In essence the question is whether the national court has misjudged the necessity.' The Government favoured the minority's approach, adding that a wide margin of appreciation should be afforded to the national authorities so long as there was no reason to believe the decisions were not taken in good faith, with due care and in a reasonable manner.

The approach which the Court has consistently adopted – and from which it sees no reason to depart on the present occasion – differs somewhat from those described above. In the first place, its review is not limited to ascertaining whether a respondent State exercised its discretion reasonably, carefully and in good faith (see, inter alia, the above-mentioned *Sunday Times* judgment, Series A no. 30, p. 36, § 59). In the second place, in exercising its supervisory jurisdiction, the Court cannot confine itself to considering the impugned decisions in isolation, but must look at them in the light of the case as a whole; it must determine whether the reasons adduced to justify the interferences at issue are 'relevant and sufficient' (see, amongst other authorities, *mutatis mutandis*, the *Lingens* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, pp. 25-26, § 40).

69. In concluding that there has been a violation of Article 8, the majority of the Commission based itself on the care decisions concerning the applicants' children in combination with the placement of the children in separate foster homes and far away from the applicants.

In this respect, the Court shares the view of the Government that these are matters which should be examined separately: the factors and considerations which are relevant to an assessment of their necessity may not be the same.

#### *2. The taking of the children into care and the refusals to terminate care*

70. The applicants contended that it was not necessary to take the children into and maintain them in care; they alleged, inter alia, that no concrete facts had been established showing that the children were in danger, that there were no substantiated reasons justifying the taking into care and that there were no valid motives for refusing the requests for termination of care.

The Government contested this allegation. The majority of the Commission, on the other hand, was not convinced that the factual basis was so grave as to justify the taking into care, although it did observe that it was 'understandable that the care order was not lifted'.

71. (...)

*(a) The taking into care*

72. In its judgment of 30 December 1980 (...), the County Administrative Court set out the following reasons for confirming the Council's decision of 16 September 1980 to take the children into care:

- (a) the children had for several years been living in an unsatisfactory home environment as a result of the parents' inability to satisfy the children's need of care, stimulation and supervision;
- (b) Stefan and Thomas disclosed a clear retardation in their development and all three children were backward in language development;
- (c) there was a great risk that Helena would develop negatively if she stayed in the parents' home;
- (d) preventive measures had been tried for several years, but without any resulting improvement;
- (e) the health and development of the children were jeopardised as a result of the parents' present inability to give them satisfactory care and education.

These reasons are clearly 'relevant' to a decision to take a child into public care. However, it is an interference of a very serious order to split up a family. Such a step must be supported by sufficiently sound and weighty considerations in the interests of the child; as the Commission rightly observed, it is not enough that the child would be better off if placed in care. In order to determine whether the foregoing reasons can be considered 'sufficient' for the purposes of Article 8, the Court must have regard to the case as a whole (see paragraph 68 above) and notably to the circumstances in which the decision was taken.

73. (...)

74. In the light of the foregoing, the Court has come to the conclusion that the impugned decision was supported by 'sufficient' reasons and that, having regard to their margin of appreciation, the Swedish authorities were reasonably entitled to think that it was necessary to take the children into care, especially since preventive measures had proved unsuccessful.

*(b) The refusals to terminate care*

75. In its judgment of 17 November 1982 (...) the County Administrative Court set out the following reasons for confirming the Council's decision of 1 June 1982 to refuse the applicants' request for termination of the care of the children:

- (a) on returning to his foster home after visits to his parents, Stefan had been disturbed in various ways and had relapsed into his previous negative behaviour; his return trip on 28 June 1982 had developed in an unfortunate way for him;
- (b) the applicants had had difficulties in co-operating with Stefan's foster home and the Council;
- (c) the applicants still showed a lack of comprehension and ability to give the children satisfactory care and education, so that it had to be feared that termination of care could at that time involve great risks for their health and development.

Here again, these reasons are clearly 'relevant' to a decision to maintain a child in care. However, whether they were 'sufficient' in the present case calls for further scrutiny.



76. (...) However, the Court considers that it is justifiable not to terminate public care unless the improvement in the circumstances that occasioned it appears with reasonable certainty to be stable; it would clearly be contrary to the interests of the child concerned to be restored to his parents, only to be taken into care again shortly afterwards.

77. In the light of the foregoing, the Court has come to the conclusion that in 1982 the Swedish authorities had 'sufficient' reasons for thinking that it was necessary for the care decision to remain in force. Neither has it been established that a different situation obtained when they subsequently maintained the care decision until its final reversal on different dates in the first half of 1987 (...).

*3. The implementation of the care decision*

78. (...)

80. The Court finds, like the Commission, that it is not established that the quality of the care given to the children in the homes where they were placed was not satisfactory. The applicants' complaint on this score must therefore be rejected.

81. As for the remaining aspects of the implementation of the care decision, the Court would first observe that there appears to have been no question of the children's being adopted. The care decision should therefore have been regarded as a temporary measure, to be discontinued as soon as circumstances permitted, and any measures of implementation should have been consistent with the ultimate aim of reuniting the Olsson family.

In point of fact, the steps taken by the Swedish authorities ran counter to such an aim. The ties between members of a family and the prospects of their successful reunification will perforce be weakened if impediments are placed in the way of their having easy and regular access to each other. Yet the very placement of Helena and Thomas at so great a distance from their parents and from Stefan (...) must have adversely affected the possibility of contacts between them. This situation was compounded by the restrictions imposed by the authorities on parental access; whilst those restrictions may to a certain extent have been warranted by the applicants' attitude towards the foster families (...), it is not to be excluded that the failure to establish a harmonious relationship was partly due to the distances involved. It is true that regular contacts were maintained between Helena and Thomas, but the reasons given by the Government for not placing them together (...) are not convincing. It is also true that Stefan had special needs, but this is not sufficient to justify the distance that separated him from the other two children. (...)

82. There is nothing to suggest that the Swedish authorities did not act in good faith in implementing the care decision. However, this does not suffice to render a measure 'necessary' in Convention terms (see paragraph 68 above): an objective standard has to be applied in this connection. Examination of the Government's arguments suggests that it was partly administrative difficulties that prompted the authorities' decisions; yet, in so fundamental an area as respect for family life, such considerations cannot be allowed to play more than a secondary role.

83. In conclusion, in the respects indicated above and despite the applicants' unco-operative attitude (...), the measures taken in implementation of the care

**64**      **Personen- en familierecht – Internationaal familierecht**

decision were not supported by ‘sufficient’ reasons justifying them as proportionate to the legitimate aim pursued. They were therefore, notwithstanding the domestic authorities’ margin of appreciation, not ‘necessary in a democratic society’.

84. To sum up, the implementation of the care decision, but not that decision itself or its maintenance in force, gave rise to a breach of Article 8.

(...)

**Commentaar**      De uitspraak is gepubliceerd in A 130 (publicaties Europees Hof). Zie ook *NJ CM-Bulletin* 1988, nr. 4, p. 362-382, m.nt. JGCS.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nr. 842 en *SW, FJR* 1990, nr. 4, p. 74 e.v.

**64**

**EHRM**  
21 juni 1988

**Berrehab**  
**Weigering verblijfsvergunning en uitzetting in strijd met art. 8 EVRM. Het enkele feit van de geboorte van een kind uit ouders tussen wie een serieus huwelijk heeft bestaan, impliceert een band die als familie- en gezinsleven te kwalificeren is, zelfs als de ouders op het moment van geboorte niet samenwonen**

**Partijen**      Abdellah en Rebecca Berrehab,  
*tegen*  
Nederland.

**Feiten en verloop van de procedure**      De eerste klager, Abdellah Berrehab, heeft de Marokkaanse nationaliteit. Na zijn huwelijk op 7 oktober 1977 met Sonja Koster, een Nederlandse, vroeg hij een verblijfsvergunning aan teneinde zijn bestaande verblijf in Nederland te legaliseren. De vergunning werd verleend op 25 januari 1978 met als enig doel hem het verblijf bij zijn Nederlandse echtgenote mogelijk te maken. De vergunning werd eenmaal verlengd tot 8 december 1979. B. die sinds november 1977 in loondienst werkzaam was, ontving op 9 maart 1978 een werkvergunning.  
B.’s vrouw startte op 8 februari 1979 een echtscheidingsprocedure. Het echtscheidingsvonnis werd op 9 mei 1979 door de Rechtbank te Amsterdam uitgesproken. Op 22 augustus 1979 werd Rebecca Berrehab geboren, de tweede klager, als dochter van B. en zijn ex-vrouw. De Amsterdamse Rechtbank benoemde de moeder op 26 november 1979 tot voogd en de vader tot toezienend voogd. Na de geboorte van Rebecca kwamen B. en zijn voormalige echtgenote overeen dat het kind frequente en regelmatige contacten zou hebben met haar vader.  
B. werd bij rechterlijke beschikking van 5 februari 1980 opgedragen f 140,- per maand bij te dragen aan de kosten van levensonderhoud en opvoeding van zijn dochter.

Op 27 februari 1984 legden B. en K. in een notariële akte een omgangsregeling vast en verklaarden zij, dat B. en zijn dochter elkaar gedurende de twee voorgaande jaren vier keer per week hadden gezien.

Nadat aan B. op 7 december 1979 geweigerd was zijn verblijfsvergunning te verlengen op de grond dat hij inmiddels gescheiden was van zijn Nederlandse vrouw, diende hij een herzieningsverzoek in bij de minister van Justitie. Toen daarop niet binnen drie maanden een expliciete beschikking was genomen, ging B. in beroep bij de Afdeling rechtspraak Raad van State. Hij stelde o.m. dat het weigeren van de verblijfsvergunning inbreuk maakte op art. 8 lid 1 EVRM doordat het hem onmogelijk werd gemaakt contact met zijn dochter te onderhouden.

Op 9 mei 1983 verwierp de Afdeling rechtspraak het beroep, overwegende dat B. niet langer voldeed aan de voorwaarde die was verbonden aan de oorspronkelijke toekenning van de verblijfsvergunning. Met betrekking tot B.'s verplichtingen jegens zijn dochter overwoog de Afdeling dat de nakoming daarvan geen vitaal nationaal belang diende en dat zij onafhankelijk van B.'s verblijfplaats konden voortbestaan. De Afdeling voegde hier aan toe dat vier ontmoetingen per week onvoldoende waren om een "gezinsleven" in de zin van art. 8 EVRM te bewerkstelligen en dat de gewraakte beslissing niet per se de banden tussen vader en dochter zou verbreken aangezien de vader in overleg met zijn ex-vrouw in contact zou kunnen blijven met zijn dochter.

B. werd op 5 januari 1984 uitgezet; een ingesteld kort geding bleek vruchteloos doordat de uitspraak daarin pas op 18 januari 1984 werd gedaan. Rebecca B. en haar moeder brachten in 1984 twee maanden door bij B. en zijn familie in Marokko. Na een aanvankelijke afwijzing werd aan B. een tijdelijk visum voor Nederland verstrekt teneinde hem in staat te stellen omgang met zijn dochter te hebben. Tijdens zijn verblijf in Nederland traden B. en zijn ex-vrouw opnieuw in het huwelijk op 14 augustus 1984. Op 9 december 1985 werd B.'s verblijf bij zijn Nederlandse echtgenote toegestaan.

Op 14 augustus 1983 dienden B., zijn ex-vrouw en hun dochter een verzoekschrift in bij de Commissie. Zij stelden dat de uitzetting van B. neerkwam op een onmenselijke behandeling in de zin van art. 3 EVRM en tevens een ongerechtvaardigde inbreuk op het recht op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven als bedoeld in art. 8 EVRM betekende.

De Commissie verklaarde de klachten van B. en Rebecca op 8 maart 1985 ontvankelijk; de klachten van mevrouw Koster werden niet-ontvankelijk verklaard. In haar rapport van 7 oktober 1986 concludeerde de Commissie dat er een schending had plaatsgevonden van art. 8 EVRM (met elf tegen twee stemmen), maar niet van art. 3 EVRM (unaniem). De zaak werd op 13 maart 1987 door de Commissie aan het Hof voorgelegd. De Nederlandse regering deed hetzelfde op 10 april 1987.

*A. Applicability of Article 8*

20. The applicants asserted that the applicability of Article 8 in respect of the words 'right to respect for (...) private and family life' did not presuppose permanent cohabitation. The exercise of a father's right of access to his child and his contributing to the cost of education were also factors sufficient to constitute family life.

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

The Government challenged that analysis, whereas the Commission agreed with it.

21. The Court likewise does not see cohabitation as a sine qua non of family life between parents and minor children. It has held that the relationship created between the spouses by a lawful and genuine marriage – such as that contracted by Mr. And Mrs. Berrehab – has to be regarded as ‘family life’ (see the Abdulaziz, Cabales and Balkandali judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 32, § 62). It follows from the concept of family on which Article 8 is based that a child born of such a union is ipso jure part of that relationship; hence, from the moment of the child’s birth by the very fact of it, there exists between him and his parents a bond amounting to ‘family life’, even if the parents are not then living together. Subsequent events, of course, may break that tie, but this was not so in the instant case. Certainly Mr. Berrehab and Mrs. Koster, who had divorced, were no longer living together at the time of Rebecca’s birth and did not resume cohabitation afterwards. That does not alter the fact that, until his expulsion from the Netherlands, Mr. Berrehab saw his daughter four times a week for several hours at a time; the frequency and regularity of his meetings with her (...) prove that he valued them very greatly. It cannot therefore be maintained that the ties of ‘family life’ between them had been broken.

*B. Compliance with Article 8*

*1. Paragraph 1 of Article 8*

22. In the applicants’ submission, the refusal to grant Mr. Berrehab a new residence permit after the divorce and the resulting expulsion amounted to interferences with the right to respect for their family life, given the distance between the Netherlands and Morocco and the financial problems entailed by Mr. Berrehab’s enforced return to his home country.

The Government replied that nothing prevented Mr. Berrehab from exercising his right of access by travelling from Morocco to the Netherlands on a temporary visa.

23. Like the Commission, the Court recognises that this possibility was a somewhat theoretical one in the circumstances of the case; moreover, Mr. Berrehab was given such a visa only after an initial refusal (...). The two disputed measures thus in practice prevented the applicants from maintaining regular contacts with each other, although such contacts were essential as the child was very young. The measures accordingly amounted to interferences with the exercise of a right secured in paragraph 1 of Article 8 and fall to be considered under paragraph 2.

*2. Paragraph 2 of Article 8*

*(a) ‘In accordance with the law’*

24. The Court finds that, as was submitted by the Government and the Commission, the measures in question were based on the 1965 Act; and indeed, the applicants did not dispute that.

*(b) Legitimate aim*

25. In the applicants’ submission, the impugned interferences did not pursue of the legitimate aims listed in Article 8 § 2; in particular, they did not promote the

‘economic well-being of the country’, because they prevented Mr. Berrehab from continuing to contribute to the costs of maintaining and educating his daughter. The Government considered that Mr. Berrehab’s expulsion was necessary in the interests of public order, and they claimed that a balance had been very substantially achieved between the various interests involved.

The Commission noted that the disputed decisions were consistent with Dutch immigration-control policy and could therefore be regarded as having been taken for legitimate purposes such as the prevention of disorder and the protection of the rights and freedoms of others.

26. The Court has reached the same conclusion. It points out, however, that the legitimate aim pursued was the preservation of the country’s economic well-being within the meaning of paragraph 2 of Article 8 rather than the prevention of disorder: the Government were in fact concerned, because of the population density, to regulate the labour market.

(c) *‘Necessary in a democratic society’*

27. The applicants claimed that the impugned measures could not be considered ‘necessary in a democratic society’.

The Government rejected this argument, but the Commission accepted it, being of the view that the interferences complained of were disproportionate as the authorities had not achieved a proper balance between the applicants’ interest in maintaining their contacts and the general interest calling for the prevention of disorder.

28. In determining whether an interference was ‘necessary in a democratic society’, the Court makes allowance for the margin of appreciation that is left to the Contracting States (see in particular the *W v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1987, Series A no. 121-A, p. 27, § 60 (b) and (d), the *Olsson* judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, pp. 31-32, § 67).

In this connection, it accepts that the Convention does not in principle prohibit the Contracting States from regulating the entry and length of stay of aliens. According to the Court’s established case-law (see, inter alia, the judgments previously cited), however, ‘necessity’ implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued.

29. Having to ascertain whether this latter condition was satisfied in the instant case, the Court observes, firstly, that its function is not to pass judgment on the Netherlands’ immigration and residence policy as such. It has only to examine the interferences complained of, and it must do this not solely from the point of view of immigration and residence, but also with regard to the applicants’ mutual interest in continuing their relations. As the Netherlands Court of Cassation also noted (...), the legitimate aim pursued has to be weighed against the seriousness of the interference with the applicants’ right to respect for their family life.

As to the aim pursued, it must be emphasised that the instant case did not concern an alien seeking admission to the Netherlands for the first time but a person who had already lawfully lived there for several years, who had a home and a job there, and against whom the Government did not claim to have any complaint.

**65**      **Personen- en familierecht – Internationaal familierecht**

Furthermore, Mr. Berrehab already had real family ties there – he had married a Dutch woman, and a child had been born of the marriage. As to the extent of the interference, it is to be noted that there had been very close ties between Mr. Berrehab and his daughter for several years (...) and that the refusal of an independent residence permit and the ensuing expulsion threatened to break those ties. That effect of the interferences in issue was the more serious as Rebecca need to remain in contact with her father, seeing especially that she was very young. Having regard to these particular circumstances, the Court considers that a proper balance was not achieved between the interests involved and that there was therefore a disproportion between the means employed and the legitimate aim pursued. That being so, the Court cannot consider the disputed measures as being necessary in a democratic society. It thus concludes that there was a violation of Article 8.

**Commentaar**      De uitspraak is gepubliceerd in A 138 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1988, 746, m.nt. EAA. Uit de uitspraak blijkt dat familie- en gezinsleven ook weer verbroken kan worden (r.o. 21). Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs.13a, 136b, 691 en 1018.

<b>65</b>	<p><b>EHRM</b> 28 november 1988</p> <p><b>Nielsen</b> <b>Plaatsing van een kind in een psychiatrisch ziekenhuis op verzoek van de moeder in de uitoefening van haar ouderlijk gezag niet in strijd met art. 5 lid 1 EVRM</b></p>
-----------	--

**Partijen**      Nielsen,  
                  *tegen*  
Denemarken.

**Feiten en verloop van de procedure**      Klager, Jon Nielsen, werd in 1971 geboren en heeft de Deense nationaliteit. Zijn ouders leefden samen van 1968 tot 1973. Zij waren ongehuwd en alleen de moeder had het gezag over het kind. Zijn ouders gingen in 1973 uit elkaar. Klager bleef bij de moeder wonen. De vader mocht hem bezoeken op basis van een afspraak. Deze regeling functioneerde niet goed en in 1974 verkreeg de vader omgang na inschakeling van de bevoegde autoriteiten. De vader diende een klacht in bij de Europese Commissie op grond van het feit dat er in Denemarken geen mogelijkheid was om het gezag over te doen gaan van de moeder op de vader. Tijdens de behandeling van de klacht werd de Deense wetgeving gewijzigd waardoor ook de natuurlijke vader het gezag over het kind kon verkrijgen. Op grond van deze wetswijziging werd de vader door de Commissie niet ontvankelijk verklaard.

Nadat Jon weggelopen was diende de vader een verzoek in ter verkrijging van het gezag. Dit verzoek werd door de rechter afgewezen. De vader en Jon doken daarna onder.

Drie jaar later, na de behandeling van een hernieuwd verzoek tot verkrijging van het gezag, waarbij zowel vader als klager aanwezig waren, werd de vader gearresteerd. Klager werd op 26 september 1983 in een Rijkspsychiatrisch kinderziekenhuis geplaatst, op verzoek van de moeder en met toestemming van het hoofd van het betreffende ziekenhuis (the Chief Physician) en van een plaatselijke welzijnscommissie (the Social Welfare Committee of Herlev County).

Vader van de klager heeft tevergeefs de rechtmatigheid van de plaatsing in het psychiatrisch ziekenhuis aangevochten. Het verzoek werd telkens afgewezen omdat de plaatsing op verzoek van de moeder, gedaan in de uitoefening van het ouderlijk gezag, niet valt onder de Deense krankzinnigenwetgeving (The Hospitalization of Mentally Ill Persons Act 1938).

Vervolgens benaderde de vader de 'National Health Authority', die een onderzoek instelde. Dit onderzoek leidde tot de conclusie dat er geen reden was tot kritiek op de medische behandeling van klager.

Op 27 maart 1984 werd de vader wegens ontvoering van zijn kind veroordeeld tot 9 maanden gevangenisstraf. Aangezien hij vanaf 22 september 1983 in hechtenis had gezeten, werd hij op dezelfde dag vrijgelaten.

Klager werd na een verblijf van ruim 6 maanden op 30 maart 1984 ontslagen uit het ziekenhuis en ondergebracht bij een aan de vader onbekend gezin. Op 21 augustus 1984 wees de Deense Hoge Raad de ouderlijke macht alsnog toe aan de vader.

Op 15 februari 1984 diende klager een klacht in bij de Europese Commissie van de rechten van de mens, waarin hij stelde dat een schending van art. 5 lid 1 en lid 4 EVRM had plaatsgevonden.

Na ontvankelijkverklaring van de klacht op 10 maart 1986 oordeelde de Commissie in haar rapport van 12 maart 1987 dat er i.c. een schending van art. 5 lid 1 (met 11 stemmen tegen 1) en van lid 4 (met 10 stemmen tegen 2) was geweest.

De zaak werd aan het Hof voorgelegd door de Commissie en door de Deense regering op respectievelijk 14 mei en 22 mei 1987.

### *III. The merits of the complaints under article 5*

(...)

61. It should be observed at the outset that the family life in the Contracting States encompasses a broad range of parental rights and responsibilities in regard to care and custody of minor children. The care and upbringing of children normally and necessarily require that the parents or an only parent decide where the child must reside and also impose, or authorize others to impose, various restrictions on the child's liberty. Thus the children in a school or other educational or recreational institution must abide by certain rules which limit their freedom of movement and their liberty in other respects. Likewise a child may have to be hospitalised for medical treatment.

Family life in this sense, and especially the rights of parents to exercise parental authority over their children, having due regard to their corresponding parental responsibilities, is recognised and protected by the Convention, in particular by

**Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens**

Article 8. Indeed the exercise of parental rights constitutes a fundamental element of family life (see the R. v. the United Kingdom judgment of 8 July 1987, Series A no. 121-C, p. 117, § 64).

(...)

Thus, neither the Chief Physician's nor the social authorities' involvement in the case altered the mother's position under Danish law as sole person with power to decide on the hospitalisation of the applicant or on his removal from hospital. Seen in relation to the mother's parental powers, the assistance rendered by the authorities was of a limited and subsidiary nature. Accordingly, the Court finds that the applicant's admission to and stay in the Child Psychiatric Ward were decided by the mother in the exercise of her parental rights.

64. Article 5 therefore is not applicable in so far as it is concerned with deprivation of liberty by the authorities of the State, but the question remains, however, whether the Article is applicable in the circumstances of the present case in regard to such restrictions on the applicant's liberty as resulted from the exercise of the mother's parental rights.

(...)

67. In order to determine whether there was in the instant case a deprivation or restriction of liberty to which Article 5 applies, the Court must have regard to the applicant's actual situation while placed in the Ward, taking into account such factors as the type, duration, effects and manner of implementation of the measures in question (...)

69. The Court is satisfied that the mother, when taking her decision on the basis of medical advice from her family doctor and from Professor Tolstrup, had as her objective the protection of the applicant's health (...). This is certainly a proper purpose for the exercise of parental rights.

70. There is also no reason to find that the treatment given at the Hospital and the conditions under which it was administered were inappropriate in the circumstances.

(...)

72. The Court accepts, with the Government, that the rights of the holder of parental authority cannot be unlimited and that it is incumbent on the State to provide safeguards against abuse. However, it does not follow that the present case falls within the ambit of Article 5.

The restrictions imposed on the applicant were not of a nature or degree similar to the cases of deprivation of liberty specified in paragraph 1 of Article 5. In particular, he was not detained as a person of unsound mind so as to bring the case within paragraph 1 (e). Not only was the child not mentally ill within the meaning of the 1938 Act, but the Psychiatric Ward at the Hospital was in fact not used for the treatment of patients under the 1938 Act or of patients otherwise suffering from mental illnesses of a psychotic nature. Indeed, the restrictions to which the applicant was subject were no more than the normal requirements for the care of a child of 12 years of age receiving treatment in hospital. The conditions in which the applicant stayed thus did not, in principle, differ from those obtaining in many hospital wards where children with physical disorders are treated.



Regarding the weight which should be given to the applicant's views as to his hospitalisation, the Court considers that he was still of an age at which it would be normal for a decision to be made by the parent even against the wishes of the child. There is no evidence of bad faith on the part of the mother. Hospitalisation was decided upon by her in accordance with expert medical advice. It must be possible for a child like the applicant to be admitted to hospital at the request of the holder of parental rights, a case which clearly is not covered by paragraph I of Article 5.

Nor did the intervention of the police, which would have been appropriate for the return of any runaway child of that age even to parental custody, throw a different light on the situation.

73. The Court concludes that the hospitalisation of the applicant did not amount to a deprivation of liberty within the meaning of Article 5, but was a responsible exercise by his mother of her custodial rights in the interest of the child. Accordingly, Article 5 is not applicable in the case.

De uitspraak is gepubliceerd in A 144 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1991, 541, m.nt. EAA.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 14a, 818 en 842. Zie ook De Bruijn-Luckers, *FJR* 1990, p. 112-114 en Verhey, *NJCM-Bulletin* 1989, p. 595-612.

**Commentaar**

66

**EHRM**  
22 juni 1989

**Eriksson**  
**Ondertoezichtstelling en uitvoeringsmaatregelen vormen inbreuk op recht op eerbiediging familie- en gezinsleven. Dit recht omvat in deze gevallen het recht op het nemen van maatregelen gericht op hereniging met het kind**

Eriksson,  
*tegen*  
Zweden.

**Partijen**

Klaagsters, Cecilia en Lisa Eriksson, zijn moeder en dochter en respectievelijk geboren in 1942 en 1978. Beiden hebben de Zweedse nationaliteit. Begin 1979 trouwde Cecilia met Lisa's vader en in 1981 werd een zoon geboren. Na hun echtscheiding begin 1986 kreeg Cecilia (de moeder) de voogdij over beide kinderen. In maart 1978, een maand na haar geboorte werd Lisa door de "Sociale Raad" ("södra sociala distriktsnämnden") te Lidingö onder toezicht gesteld en in een pleeggezin geplaatst op grond van de art. 25(a) en 29 Kinderwelzijnswet uit 1960, aangezien de situatie thuis onbevredigend was. In die periode had haar moeder persoonlijke problemen en werd veroordeeld tot veertien maanden gevangenis-

**Feiten en verloop van de procedure**

straf wegens heling en bezit van verdovende middelen. In mei 1980 wees de “Sociale Raad” een verzoek van Cecilia Eriksson om de ondertoezichtstelling van haar dochter op te heffen af. Zij stelde hoger beroep in tegen deze beslissing, maar dit bleef in twee instanties zonder succes.

Vanaf 1 januari 1982 werd de ondertoezichtstelling van Lisa gegrond op de “Wet inzake speciale bepalingen voor de zorg van jonge personen” uit 1980. In maart 1982 wendde Cecilia Eriksson zich weer tot de “Sociale Raad” met het verzoek de ondertoezichtstelling op te heffen. Zij vroeg eveneens toestemming om Lisa te bezoeken. De “Sociale Raad” wees beide verzoeken af en Cecilia Eriksson ging in hoger beroep bij de lokale administratieve rechter. Deze rechter wees het beroep inzake de ondertoezichtstelling af en wees de omgangskwestie ter heroverweging terug naar de “Sociale Raad”.

Op 21 januari 1983 vond de “Sociale Raad”, dat de ondertoezichtstelling niet langer gerechtvaardigd was op grond van bovengenoemde wet uit 1980. De Raad besloot de ondertoezichtstelling van Lisa op te heffen met ingang van 15 februari 1983, maar verbood de natuurlijke ouders Lisa weg te halen uit het pleeggezin. Als reden werd hiervan gegeven dat Lisa’s geestelijke gezondheid en ontwikkeling gevaar zouden lopen wanneer ze naar haar natuurlijke ouders zou terug gaan. Dit verbod gold voor onbepaalde tijd en was gebaseerd op art. 28 “Wet inzake Sociale Dienstverlening” uit 1980. De “Sociale Raad” verzocht de Psychiatrische kliniek voor jeugdigen en kinderen te Halmstad om advies over omgang tussen Lisa en haar natuurlijke ouders. Op 24 februari 1983 adviseerde de Psychiatrische kliniek omgang tussen Lisa en haar natuurlijke ouders één keer in de twee maanden. Dit advies was gebaseerd op het oordeel dat Lisa bij haar pleegouders moet blijven en in de nabije toekomst niet bij haar natuurlijke ouders moest worden geplaatst. Op 31 maart 1983 besloot de “Sociale Raad”, dat Cecilia Eriksson het recht had Lisa één keer per twee maanden in het pleeggezin te zien.

Cecilia Eriksson vocht het verbod om Lisa uit het pleeggezin weg te halen voor de Zweedse rechter aan. Zij eiste dat het verbod opgeheven zou worden en subsidiair, dat het beperkt zou worden in duur. De lokale administratieve rechter te Stockholm wees de eis ten dele toe door het verbod te laten aflopen op 31 maart 1984. De “Sociale Raad” stelde hoger beroep in bij de hogere administratieve rechter te Stockholm. Cecilia Eriksson voerde aan dat het verbod moest worden opgeheven en subsidiair, dat de uitspraak van de lokale administratieve rechter moest worden bevestigd. Op 6 maart 1984 stelde de hogere administratieve rechter de tijdlimiet van het verbod op 30 juni 1984. Zowel Cecilia Eriksson als de “Sociale Raad” gingen in hoger beroep tegen deze beslissing bij de hoogste administratieve rechter. Cecilia Eriksson trok dit appel vervolgens in. Op 11 oktober 1984 honoreerde de hoogste administratieve rechter het beroep van de “Sociale Raad” en bevestigde de beslissing van deze Raad van 21 januari 1983 dat het verbod voor onbepaalde tijd zou gelden. De belangrijkste overweging voor de beslissing was dat passende maatregelen gericht op hereniging van Lisa en haar natuurlijke ouders nog niet genomen waren en er geen grond was voor het bepalen van een datum waarop Lisa zonder gevaar voor haar geestelijke gezondheid naar haar natuurlijke ouders zou kunnen gaan.

Op 28 november 1984 verzocht Cecilia Eriksson de “Sociale Raad” haar kind terug te geven. De Raad wees dit verzoek andermaal af. Cecilia Eriksson trok haar

hoger beroep tegen deze beslissing in, volgens haar nadat haar door de “Sociale Raad” te verstaan was gegeven, dat zij haar dochter niet alleen zou kunnen ontmoeten zolang zij zich tot de rechter bleef wenden. Dit zou wel mogelijk zijn als zij haar hoger beroep zou intrekken. De regering spreekt deze beweringen tegen. Op 6 augustus 1985 verzocht Cecilia Eriksson de “Sociale Raad” om haar kind een weekeinde per twee weken te mogen zien. Op 16 augustus 1985 besloot de Raad op het moment niet te besluiten over de omgang en de frequentie ervan. In deze beslissing vermeldde de “Sociale Raad” dat het geen beroepsgang kon aanwijzen, omdat er geen wettelijke bepalingen waren waarop een beslissing inzake het omgangsrecht kon worden gegrond.

Op 15 januari 1987 diende Cecilia Eriksson een nieuw verzoek in bij de “Sociale Raad” om het verbod om Lisa uit het pleeggezin weg te halen op te heffen. Na een onderzoek van de consequenties hiervan voor Lisa besloot de Raad op 5 juni 1987 het verbod niet op te heffen. Cecilia Eriksson ging in appel bij de lokale administratieve rechter te Stockholm. Haar beroep ging vergezeld van een verzoek om Lisa onmiddellijk naar haar terug te brengen. Deze rechter wees zowel het beroep als het verzoek af. In hoger beroep bleef deze beslissing in stand.

De “Sociale Raad” startte een procedure bij de Rechtbank met het verzoek de voogdij over Lisa over te dragen aan haar pleegouders.

In totaal hebben tussen moeder en dochter Eriksson tussen 1978 en 1983 acht ontmoetingen plaatsgevonden. Vanaf 1983 tot september 1987 hebben zij elkaar 29 (volgens de regering) of 25 (volgens Cecilia Eriksson) keer ontmoet. Cecilia Eriksson beweert dat slechts vier van deze ontmoetingen, die elk twee uur duurden, niet werden bijgewoond door de pleegouders en/of maatschappelijk werkers.

Op 7 december 1984 dienden Cecilia en Lisa Eriksson een klacht in bij de Europese Commissie voor de rechten van de mens en stelden dat de art. 6 lid 1, 8 en 13 EVRM en art. 2 Protocol Nr. 1 geschonden waren. De Commissie verklaarde de klacht ontvankelijk op 11 mei 1987. In haar rapport (ex art. 31 EVRM) van 14 juli 1988 was de Commissie van oordeel, dat art. 6 lid 1 geschonden was door de onmogelijkheid voor de moeder om de kwestie van omgang met Lisa aan een rechter voor te leggen (met acht stemmen tegen twee). Tevens achtte de Commissie de rechten van beide klagers ex art. 8 geschonden (met negen stemmen tegen één). Zij was unaniem van oordeel, dat het verdrag of het Eerste Protocol niet geschonden waren ten aanzien van de andere klachten.

De Commissie legde de zaak op 13 september 1988 voor aan het Hof, de Zweedse regering deed dit op 8 november 1988.

## *II. The mother's complaints*

### *A. Alleged violation of Article 8 of the Convention*

(...)

58. The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life; furthermore, the natural family relationship is not terminated by reason of the fact that the child has been taken into public care (see the Olsson judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, p. 29, § 59).

**Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens**

The prohibition on removal and its maintenance in force for an unlimited period certainly amounted to an interference with Mrs. Eriksson's right to respect for family life in the above-mentioned sense. The existence of such an interference is not affected by the daughter's relationship with her foster parents.

As regards the other measures, there can be no doubt that at least the restrictions on access imposed by the social authorities also constituted an interference with this right (...).

For an interference to be justified according to Article 8 § 2, it has to be shown to be 'in accordance with the law', to have an aim or aims that is or are legitimate under this paragraph and to be 'necessary in a democratic society' for the aforesaid aim or aims.

(...)

*(b) The restrictions on access*

65. As was pointed out by the Delegate of the Commission, the imposition of restrictions on access while a prohibition on removal is in force has been found by the Supreme Administrative Court to lack all legal effect as there are no legal provisions on which any such restrictions could be based (...). Having regard to this authoritative interpretation of Swedish law, the Court concludes that the interference in question with Mrs. Eriksson's right to respect for family life did not have the requisite basis in domestic law and was therefore not 'in accordance with the law' for the purposes of Article 8.

*3. Legitimate aim*

(...)

67. Section 28 is clearly designed to protect the legitimate interests of children when a care order is lifted. The Court has also found (...) that there is nothing to suggest that the prohibition on removal was not imposed in accordance with this section. It accordingly concludes that that measure did have the aims invoked by the Government.

Although the Court has found that the restrictions on access had no basis in domestic law (see paragraph 65 above), it does not doubt that they were imposed with the legitimate aims of protecting Lisa's health and rights.

*4. 'Necessary in a democratic society'*

(...)

69. The notion of necessity implies that the interference must be proportionate to the legitimate aim pursued; in determining whether an interference is 'necessary in a democratic society', the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the Contracting States (see, amongst many authorities, the above-mentioned Olsson judgment, Series A no. 130, pp. 3132, § 67).

70. The original decision to prohibit Mrs. Eriksson from removing her daughter from the foster home may well, in the circumstances of the case and having regard to the margin of appreciation accorded to the Contracting States in this area, be said to satisfy this requirement.

71. In cases like the present a mother's right to respect for family life under Article 8 includes a right to the taking of measures with a view to her being reunited

with her child. The care order had been lifted, and there was no doubt as to the suitability of Mrs. Eriksson to take care of children or of the conditions in her home (...). The Social Council's decision of 21 January 1983 (...) made it clear that once the care order was no longer in force, the aim was the reuniting of parent and child.

(...)

However, the unsatisfactory situation that has ensued in the present case seems to a large extent to stem from the failure to ensure any meaningful access between mother and daughter with a view to reuniting them. Having regard to the foregoing and notwithstanding Sweden's margin of appreciation, the Court concludes that the severe and lasting restrictions on access combined with the long duration of the prohibition on removal are not proportionate to the legitimate aims pursued.

72. Accordingly, Article 8 of the Convention has been violated.

*B. Alleged violations of Article 6 § 1 of the Convention*

(...)

*2. Judicial review of the restrictions on access*

80. Mrs Eriksson asserted that she did not have any remedy before a court with regard to the restrictions imposed on her access to Lisa.

In its decision of 18 July 1988 in the Olsson case, the Supreme Administrative Court held that no administrative appeal lay against a decision by the Social Council to restrict access (...). The Government admitted that this was so, but submitted that Mrs. Eriksson could have had a court review of the reasons underlying the restrictions by challenging the prohibition on removal or by requesting the return of her child under Chapter 21, section 7, of the Parental Code. In their opinion, the question of access was so closely connected to the question where the child should remain and for how long, that the two questions were really elements of the same problem.

81. Like the Commission, the Court is unable to accept this argument. Especially in cases of the present kind, the question of access is quite distinct from the question of whether or not to uphold the prohibition on removal (see, mutatis mutandis, the *W v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1987, Series A no. 121-A, pp. 35-36, § 81): only if sufficient access is first permitted will there be real possibilities of having the prohibition on removal lifted. The recourse available in the administrative courts in the form of a challenge to the prohibition on removal is thus not sufficient for the purpose of the mother's claim for access rights. An application under section 7 of Chapter 21 of the Parental Code must also be considered irrelevant for this purpose, as such an application will in principle succeed only in the same circumstances as a challenge to a prohibition on removal (see paragraph 49 above).

82. There has accordingly been a violation of Article 6 on this point.

*III. The daughter's complaints*

88. Mrs Eriksson, acting as her daughter's legal guardian and natural parent, also alleged that Lisa had been the victim of the same violations as she claimed that she herself had suffered.

**67**      **Personen- en familierecht – Internationaal familierecht**

The Government questioned whether Mrs. Eriksson could properly represent her daughter, in view of their conflicting interests. However, they have raised no formal objection and the Court does not consider that this point is one which prevents it from examining the complaints put forward on Lisa's behalf.

*A. Alleged violation of Article 8 of the Convention*

89. The factual and legal situation concerning the possibilities for the applicants to meet and develop their relationship with a view to being reunited constitutes an interference with Lisa's right to respect for family life as well as with the mother's and, for the reasons given in paragraphs 65 and 71 above, in particular the uncertainty regarding Lisa's future, there has been a violation of Article 8 also in respect of her.

*B. Alleged violations of Article 6 § 1 of the Convention*

(...)

92. As regards the lack of any court remedy to challenge the decisions concerning access, Article 6 § 1 applies in the present case to the daughter in the same way as it applies to the mother, (...)

For the same reasons as set forth in paragraphs 80-81 above, there has accordingly been a violation of the Article on this point in the case of the daughter too. (...)

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in A 156 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in NJ 1992, 705, m.nt. EAA.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 14a, 842, 858, 1002 en 1006a. Zie ook Koens, *FJR* 1990, nr. 4, p. 83.

**67**

**EHRM**  
7 juli 1989

**Gaskin**  
**Inzage in persoonsdossiers geweigerd**

**Partijen**

Gaskin,  
*tegen*  
Verenigd Koninkrijk.

**Feiten en verloop van de procedure**

Gaskin is een Brits onderdaan die na de dood van zijn moeder, kort na zijn geboorte op 2 december 1959, onder toezicht werd geplaatst van de Liverpool City Council. Onder dit toezicht bleef hij tot het bereiken van de meerderjarige leeftijd op 2 december 1977. Gedurende het grootste deel van deze tijd was Gaskin ondergebracht bij verschillende pleegouders.

Tijdens zijn ondertoezichtstelling zou Gaskin volgens eigen zeggen meermalen zijn mishandeld. Om zijn problemen te kunnen verwerken en lering te trekken uit zijn verleden wenst hij nu informatie over degenen bij wie en de omstandigheden waaronder hij zijn jeugd heeft moeten doorbrengen.

In het kader van een schadevergoedingsprocedure eiste hij inzage in de overheidsdossiers. Hij werd hierover op 22 februari 1980 door de High Court gehoord die na afweging van betrokken belangen zijn verzoek afwees. Zijn beroep werd door de Court of Appeal op 27 juni 1980 verworpen. Beide rechterlijke instanties vonden het niet nodig van de betreffende dossiers kennis te nemen om beide belangen goed te kunnen afwegen.

Met betrekking tot inzage in overheidsdossiers werd het geldende recht tussen 1980 en 1989 meermalen gewijzigd.

Door de Liverpool City Council werden op 30 juni 1982, respectievelijk 26 januari 1983 richtlijnen uitgevaardigd, waarin het recht op inzage tot de dossiers van excliënten werd geregeld. De eerste richtlijn voorzag in het recht op toegang tot en het maken van fotocopies van de dossiers, met uitzondering van medische en politieke informatie waarvoor toestemming van de informatie-verstrekkers noodzakelijk was. De tweede richtlijn voegde hieraan enkele beperkingen toe ter bescherming van de in vertrouwen gegeven informatie. Met betrekking tot dossiers die vóór 1 maart 1983 tot stand waren gekomen bepaalde de resolutie dat gegevens alleen toegankelijk mochten worden gemaakt met toestemming van degenen die de informatie hadden verstrekt. Op grond van deze resolutie werden de autoriteiten van de Liverpool City Council bevolen contact te zoeken met degenen die de informatie hadden bijgedragen aan het dossier Gaskin.

Op 24 augustus 1983 verscheen een circulaire van het Britse ministerie van Volksgezondheid en Sociale Zaken waarin het inzagerecht van personen met betrekking tot dossiers van sociale instanties werd neergelegd. Par. 9 van deze circulaire bepaalt dat de reeds bestaande dossiers in geen geval toegankelijk mogen worden gemaakt zonder toestemming van degenen die de informatie hadden verstrekt. Op 9 november 1983 werd de regeling van de Liverpool City Council (naar aanleiding van een procedure die in verband met de resolutie van 26 januari 1983 voor de High Court aanhangig was gemaakt) in die zin aangepast dat een bepaling werd opgenomen op grond waarvan de personen wier informatie uit het dossier afkomstig was, moesten worden benaderd voor hun toestemming tot inzage.

Op 1 april 1989 trad de "Access to Personal Files (Social Services) Regulations" in werking. Deze regeling verplicht sociale instanties aan een ieder toegang te verlenen tot zijn persoonlijke informatie, met uitzondering van informatie afkomstig van medische hulpverleners en informatie waaruit de identiteit van een derde kan worden afgeleid indien die derde geen toestemming tot openbaarmaking heeft gegeven.

Deze bepalingen hebben echter geen terugwerkende kracht.

Het dossier van klager betrof ca. 352 documenten, bijgedragen door 46 personen. Op 23 mei 1986 werden zijn advocaat de documenten afkomstig van 19 personen toegezonden. Andere documenten werden op verscheidene gronden geweigerd. De directeur van de "Social Services" van de Liverpool City Council schreef in een brief van 15 juli 1986 aan de advocaat van klager dat hij hem niet verder kon helpen met betrekking tot de algehele inzage in zijn dossier.

Gaskin diende op 17 februari 1983 een klacht in bij de Europese Commissie voor de rechten van de mens. Hij stelde dat de weigering tot inzage in zijn totale persoonsdossier in bezit van de Liverpool City Council in strijd was met zijn recht

op eerbiediging van het recht op privé- en familielevens op grond van art. 8 Conventie en zijn recht om informatie te ontvangen op grond van art. 10. Hij beriep zich tevens op art. 3 en 13 Conventie en art. 2 Eerste Protocol.

Op 23 januari 1986 verklaarde de Commissie zijn klacht ontvankelijk wat betreft het recht op inzage in zijn dossiers bij de Liverpool City Council. De rest van de klacht werd niet-ontvankelijk verklaard. In haar rapport van 13 november 1987 oordeelde de Commissie met zes stemmen tegen zes, met beslissende stem van de voorzitter, dat schending van art. 8 had plaatsgevonden. Met 11 stemmen tegen geen (één onthouding) werd geoordeeld dat geen sprake was van schending van art. 10. De zaak werd op 8 maart 1988 door het Verenigd Koninkrijk en op 14 maart 1988 door de Commissie aan het Europese Hof voor de rechten van de mens voorgelegd.

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

*A. Applicability*

36. In the opinion of the Commission ‘the file provided a substitute record for the memories and experience of the parents of the child who is not in care’. It no doubt contained information concerning highly personal aspects of the applicant’s childhood, development and history and thus could constitute his principal source of information about his past and formative years. Consequently lack of access thereto did raise issues under Article 8.

37. The Court agrees with the Commission. The records contained in the file undoubtedly do relate to Mr. Gaskin’s ‘private and family life’ in such a way that the question of his access thereto falls within the ambit of Article 8. This finding is reached without expressing any opinion on whether general rights of access to personal data and information may be derived from Article 8 § 1 of the Convention. The Court is not called upon to decide in abstracto on questions of general principle in this field but rather has to deal with the concrete case of Mr. Gaskin’s application.

*B. Approach to Article 8 in the present case*

(...)

However, it is common ground that Mr. Gaskin neither challenges the fact that information was compiled and stored about him nor alleges that any use was made of it to his detriment. In fact, the information compiled about Mr. Gaskin served wholly different purposes from those which were relevant in the Leander case. He challenges rather the failure to grant him unimpeded access to that information. Indeed, by refusing him complete access to his case records, the United Kingdom cannot be said to have ‘interfered’ with Mr. Gaskin’s private or family life. As regards such refusal, ‘the substance of [the applicant’s] complaint is not that the State has acted but that it has failed to act’ (see the Airey judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 17, § 32).

The Court will therefore examine whether the United Kingdom, in handling the applicant’s requests for access to his case records, was in breach of a positive obligation flowing from Article 8 of the Convention.



*C. Compliance with Article 8*

In accordance with its established case-law, the Court, in determining whether or not such a positive obligation exists, will have regard to the 'fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual ... In striking this balance the aims mentioned in the second paragraph of Article 8 may be of a certain relevance, although this provision refers in terms only to 'interferences' with the right protected by the first paragraph – in other words is concerned with the negative obligations flowing therefrom...' (see the Rees judgment of 17 October 1986, Series A no. 106, p. 15, § 37).

(...)

49. In the Court's opinion, persons in the situation of the applicant have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and early development. On the other hand, it must be borne in mind that confidentiality of public records is of importance for receiving objective and reliable information, and that such confidentiality can also be necessary for the protection of third persons. Under the latter aspect, a system like the British one, which makes access to records dependent on the consent of the contributor, can in principle be considered to be compatible with the obligations under Article 8, taking into account the State's margin of appreciation. The Court considers, however, that under such a system the interests of the individual seeking access to records relating to his private and family life must be secured when a contributor to the records either is not available or improperly refuses consent. Such a system is only in conformity with the principle of proportionality if it provides that an independent authority finally decides whether access has to be granted in cases where a contributor fails to answer or withholds consent. No such procedure was available to the applicant in the present case.

Accordingly, the procedures followed failed to secure respect for Mr. Gaskin's private and family life as required by Article 8 of the Convention. There has therefore been a breach of that provision. (...)

De uitspraak is gepubliceerd in A 160 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1991, 659, m.nt. EJD.  
Zie ook Koens, *FJR* 1990, nr. 9, p. 204.

Commentaar

68

**EHRM**

22 februari 1994

**Burghartz**

**De naam heeft betrekking op iemands privé- en familie- en gezinsleven**

Burghartz,  
*tegen*  
Zwitserland.

Partijen

*Sdu Uitgevers*

191

**Feiten en verloop  
van de procedure**

De klagers, de heer en mevrouw Burghartz, hebben de Zwitserse nationaliteit en wonen sinds 1975 in Basel. Zij zijn in 1984 in Duitsland getrouwd en mevrouw Burghartz heeft ook de Duitse nationaliteit. In overeenstemming met het Duitse Burgerlijk Wetboek hebben zij de achternaam van de vrouw, "Burghartz", als familienaam gekozen: de man maakte gebruik van zijn recht om zijn eigen achternaam voor die van zijn vrouw te zetten en om zichzelf derhalve "Schnyder Burghartz" te noemen.

De Zwitserse Burgerlijke Stand heeft "Schnyder" als hun familienaam geregistreerd. Het echtpaar verzocht om "Burghartz" als hun familienaam te registreren en "Schnyder Burghartz" als de achternaam van de man. Op 6 november 1984 wees de "Regierungsrat" te Basel het verzoek af.

Op 26 oktober 1988 dienden de klagers een nieuw verzoek in bij het "Justizdepartement" te Basel naar aanleiding van een wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de gevolgen van het huwelijk, die op 1 januari 1988 in werking is getreden. Deze wetwijziging hield onder meer in dat de bruid ten overstaan van de ambtenaar van de Burgerlijke Stand kan verklaren, dat zij haar eigen achternaam wil houden, gevolgd door de familienaam (art. 160 lid 2 Burgerlijk Wetboek). Echtparen hebben de naam van de man als hun familienaam (art. 160 lid 1 BW).

Op 12 december 1988 wend het verzoek van de klagers opnieuw afgewezen, aangezien zij geen ernstig ongemak hadden aangetoond als gevolg van het gebruik van de achternaam "Schnyder". Bovendien had de wetwijziging geen terugwerkende kracht en was het op grond van art. 160 lid 2 BW alleen voor een bruid mogelijk om haar achternaam te doen voorafgaan aan de familienaam.

Het echtpaar ging vervolgens in beroep (Berufung) bij het "Bundesgericht" en klaagde over schendingen van de nieuwe art. 30 en 160 lid 2 BW en art. 4 lid 2 van de Federale Constitutie.

Art. 30 lid 1 BW bepaalt dat de regering van een kanton een persoon toestemming kan geven om zijn naam te veranderen, als daar een goede reden voor is. Op grond van lid 2 van dit artikel krijgen verloofde paren, als zij daarom verzoeken en een gerechtvaardigd belang aantonen, toestemming om de achternaam van de vrouw als familienaam te voeren zodra het huwelijk gesloten is. Art. 4 lid 2 van de Federale Constitutie bepaalt onder meer dat mannen en vrouwen gelijke rechten dienen te hebben.

Op 8 juni 1989 honoreerde het "Bundesgericht" het beroep ten dele. Het "Bundesgericht" weigerde om lid 2 van art. 30 BW toe te passen, aangezien deze bepaling alleen betrekking had op verloofde paren en geen terugwerkende kracht had. Wel achtte deze rechter in deze bijzondere zaak belangrijke factoren aanwezig die een toepassing van art. 30 lid 1 BW rechtvaardigden, teneinde de klagers toe te staan om zichzelf "Burghartz" te noemen. Naast de leeftijd en het beroep van het echtpaar hield het "Bundesgericht" hierbij rekening met de verschillen tussen de relevante bepalingen uit de Zwitserse en Duitse wetgeving, die nog meer op de voorgrond traden aangezien Basel een grensstad was.

Voor de claim van de heer Burghartz om toestemming te krijgen de naam "Schnyder Burghartz" te voeren, kon geen steun worden gevonden in art. 160 lid 2 BW. Uit de wetgeschiedenis volgde dat het Zwitserse parlement, uit bezorgdheid om de eenheid in de familie te bewaren en een breuk met de traditie te ver-

mijden, nooit voor ogen had gehad om volledige gelijkheid tussen echtgenoten bij de keuze van de familienaam tot stand te brengen. Art. 160 lid 2 BW kon daarom niet analoog worden toegepast in de situatie dat de man zijn eigen naam wil doen voorafgaan aan de naam van zijn vrouw, die als familienaam wordt gevoerd. Niets verhinderde de heer Burghartz echter om een zogenaamde “Allianzname” te voeren. Deze in de jurisprudentie erkende “Allianzname” hield in dat een echtpaar de achternaam van de vrouw achter de naam van de man kon zetten, verbonden door een koppelteken. Deze samengestelde naam kon echter niet beschouwd worden als de wettige familienaam. Bovendien had de heer Burghartz op informele wijze zijn naam voor die van zijn vrouw kunnen zetten. Volgens de klager hebben een groot aantal officiële documenten sindsdien geen melding gemaakt van het “Burghartz”-element uit zijn achternaam. De heer en mevrouw Burghartz dienden op 26 januari 1990 een klacht in bij de Europese Commissie voor de rechten van de mens te Straatsburg met een beroep op de art. 8 en 14 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

De Commissie verklaarde de klacht ontvankelijk op 19 februari 1992. In haar rapport van 21 oktober 1992 (ex art. 31 EVRM) was de Commissie met achttien stemmen tegen één van oordeel, dat een schending had plaatsgevonden van art. 14 juncto 8 EVRM. Met dertien stemmen tegen zes was zij van oordeel dat het niet nodig was om de zaak onder art. 8 afzonderlijk te onderzoeken.

De Commissie legde de zaak op 11 december 1992 voor aan het Hof, de Zwitserse regering deed dit op 8 januari 1993.

## *II. Alleged violation of Article 14 taken together with Article 8*

### *A. Applicability*

(...)

24. Unlike some other international instruments, such as the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 24 § 2), the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 (Articles 7 and 8) or the American Convention on Human Rights (Article 18), Article 8 of the Convention does not contain any explicit provisions on names. As a means of personal identification and of linking to a family, a person's name none the less concerns his or her private and family life. The fact that the society and the State have an interest in regulating the use of names does not exclude this, since these public-law aspects are compatible with private life conceived of as including, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings, in professional or business contexts as in others (see, mutatis mutandis, the Niemietz v. Germany judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 33, § 29). In the instant case, the applicant's retention of the surname by which, according to him, he has become known in academic circles may significantly affect his career. Article 8 therefore applies.

### *B. Compliance*

(...)

27. The Court reiterates that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe; this means

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

that very weighty reasons would have to be put forward before a difference of treatment on the sole ground of sex could be regarded as compatible with the Convention (see, as the most recent authority, the *Schuler-Zgraggen v. Switzerland* judgment of 24 June 1993, Series A no. 263, pp. 21-22, § 67).

28. In support of the system complained of, the Government relied, firstly, on the Swiss legislature's concern that family unity should be reflected in a single joint surname. The Court is not persuaded by this argument. Since family unity would be no less reflected if the husband added his own surname to his wife's, adopted as the joint family name, than it is by the converse arrangement allowed by the Civil Code.

In the second place, it cannot be said that a genuine tradition is at issue here. Married women have enjoyed the right from which the applicant seeks to benefit only since 1984. In any event, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions, especially the importance of the principle of non-discrimination.

Nor is there any distinction to be derived from the spouses' choice of one of their surnames as the family name in preference to the other. Contrary to what the Government contended, it cannot be said to represent greater deliberateness on the part of the husband than on the part of the wife. It is therefore unjustified to provide for different consequences in each case.

As to the other types of surname, such as a double-barrelled name or any other informal manner of use, the Federal Court itself distinguished them from the legal family name, which is the only one that may appear in a person's official papers. They therefore cannot be regarded as equivalent to it.

29. In sum, the difference of treatment complained of lacks an objective and reasonable justification and accordingly contravenes Article 14 taken together with Article 8.

30. Having regard to this conclusion, the Court, like the Commission, deems it unnecessary to determine whether there has also been a breach of Article 8 taken alone.

(...)

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in A 280-B (publicaties Europees Hof). De rechts-overwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1996, 12, m.nt. EAA.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 14a, 48 en 49.

69

**EHRM**

26 mei 1994

**Keegan**

**Adoptie zonder medeweten of toestemming biologische vader in strijd met art. 8 en 6, eerste lid, EVRM**

Keegan,  
*tegen*  
Ierland.

**Partijen**

De klager, Joseph Keegan, ontmoette zijn vriendin (V.) in mei 1986. Zij woonden samen van februari 1987 tot februari 1988. Omstreeks kerstmis 1987 besloten zij een kind te willen hebben en op 14 februari 1988 verloofden zij zich.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

Op 22 februari 1988 bleek V. zwanger te zijn. Korte tijd later kwam er een einde aan de relatie en werd de samenleving verbroken. Op 29 september 1988 bracht V. een dochter (S.) ter wereld, waarvan de klager de vader was. De klager bezocht V. in een particuliere kliniek en zag de baby toen ze een dag oud was. Twee weken daarna bezocht hij het huis van de ouders van V. maar hij mocht haar noch het kind zien.

Tijdens haar zwangerschap had de vrouw regelingen getroffen om het kind te laten adopteren en op 17 november 1988 liet ze het kind door een adoptie-instelling plaatsen bij aspirant-adoptief ouders. Zij stelde de vader hiervan schriftelijk op de hoogte op 22 november 1988.

Het Ierse recht bepaalt dat een gehuwde vader van rechtswege voogd is; de ongehuwde vader kan op zijn verzoek door de rechter tot voogd benoemd worden. De klager begon een procedure om tot voogd te worden benoemd. In die hoedanigheid kon hij ingevolge het Ierse recht de beoogde adoptie bestrijden. De klager werd aanvankelijk door de "Circuit Court" tot voogd benoemd, maar in hoger beroep werd door de "High Court", na advies te hebben ingewonnen bij de "Supreme Court", beslist dat het belang van het kind verlangde dat het kind bij de adoptief ouders bleef. Deze kregen ook de voogdij over het kind en vervolgens werd toestemming voor adoptie gegeven.

De heer Keegan diende op 1 mei 1990 een klacht in bij de Europese Commissie voor de rechten van de mens te Straatsburg. Hij stelde dat het recht op respect voor zijn "family life" in de zin van art. 8 EVRM geschonden was, aangezien zijn kind ter adoptie geplaatst was buiten zijn medeweten of toestemming en dat het nationale recht hem zelfs geen aantastbaar recht gaf om als voogd te worden benoemd. Keegan klaagde verder over een inbreuk op zijn recht op toegang tot de rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, aangezien hij geen locus standi had in de adoptieprocedure. Tenslotte stelde hij dat hij als biologische vader indien zijn positie werd vergeleken met die van een getrouwde vader gediscrimineerd werd in de uitoefening van bovengenoemde rechten (schending art. 14 juncto 6 en/of 8 EVRM).

De Commissie verklaarde de klacht ontvankelijk op 13 februari 1992. In haar rapport van 17 februari 1993 (ex art. 31 EVRM) was de Commissie unaniem van oordeel dat de art. 8 en 6 lid 1 EVRM geschonden waren en meende zij met elf stemmen tegen één dat het niet nodig was de klacht over art. 14 jo. art. 6 en/of 8 EVRM te onderzoeken.

De Commissie legde de zaak op 7 april 1993 voor aan het Hof.

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

*II. Alleged violation of Article 8*

*A. Applicability of Article 8*

42. The Government maintained that the sporadic and unstable relationship between the applicant and the mother had come to an end before the birth of the child and did not have the minimal levels of seriousness, depth and commitment to cross the threshold into family life within the meaning of Article 8. Moreover, there was no period during the life of the child in which a recognised family life involving her had been in existence. In their view neither a mere blood link nor a sincere and heartfelt desire for family life were enough to create it.

43. For both the applicant and the Commission, on the other hand, his links with the child were sufficient to establish family life. They stressed that his daughter was the fruit of a planned decision taken in the context of a loving relationship.

44. The Court recalls that the notion of the ‘family’ in this provision is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto ‘family’ ties where the parties are living together outside of marriage (see, inter alia, the *Johnston and Others v. Ireland* judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 25, § 55). A child born out of such a relationship is ipso iure part of that ‘family’ unit from the moment of his birth and by the very fact of it. There thus exists between the child and his parents a bond amounting to family life even if at the time of his or her birth the parents are no longer co-habiting or if their relationship has then ended (see, mutatis mutandis, the *Berrehab v. the Netherlands* judgment of 21 June 1988, Series A no. 138, p. 14, § 21).

45. In the present case, the relationship between the applicant and the child’s mother lasted for two years during one of which they co-habited. Moreover, the conception of their child was the result of a deliberate decision and they had also planned to get married (...). Their relationship at this time had thus the hallmark of family life for the purpose of Article 8. The fact that it subsequently broke down does not alter this conclusion any more than it would for a couple who were lawfully married and in a similar situation. It follows that from the moment of the child’s birth there existed between the applicant and his daughter a bond amounting to family life.

*B. Compliance with Article 8*

*1. Paragraph 1 of Article 8*

49. The Court recalls that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for family life. However, the boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are, none the less, similar. In both contexts regard must be had to the fair balance

that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, for example, the *Powell and Rayner v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1990, Series A no. 172, p. 18, § 41, and the above-mentioned *Johnston and Others* judgment, p. 25, § 55).

50. According to the principles set out by the Court in its case-law, where the existence of a family tie with a child has been established, the State must act in a manner calculated to enable that tie to be developed and legal safeguards must be created that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family (see, *mutatis mutandis*, the *Marckx v. Belgium* judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 15, § 31, and the above-mentioned *Johnston and Others* judgment, p. 29, § 72). In this context reference may be made to the principle laid down in Article 7 of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 that a child has, as far as possible, the right to be cared for by his or her parents. It is, moreover, appropriate to recall that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life even when the relationship between the parents has broken down (see, *inter alia*, the *Eriksson v. Sweden* judgment of 22 June 1989, Series A no. 156, p. 24, § 58).

51. In the present case the obligations inherent in Article 8 are closely intertwined, bearing in mind the State's involvement in the adoption process. The fact that Irish law permitted the secret placement of the child for adoption without the applicant's knowledge or consent, leading to the bonding of the child with the proposed adopters and to the subsequent making of an adoption order, amounted to an interference with his right to respect for family life. Such interference is permissible only if the conditions set out in paragraph 2 of Article 8 are satisfied. 52. In view of this finding, it is not necessary to examine whether Article 8 imposed a positive obligation on Ireland to confer an automatic but defeasible right to guardianship on natural fathers such as the applicant.

(...)

55. The Court notes that the applicant was afforded an opportunity under Irish law to claim the guardianship and custody of his daughter and that his interests were fairly weighed in the balance by the High Court in its evaluation of her welfare. However, the essential problem in the case is not with this assessment but rather with the fact that Irish law permitted the applicant's child to have been placed for adoption shortly after her birth without his knowledge or consent. As has been observed in a similar context, where a child is placed with alternative carers he or she may in the course of time establish with them new bonds which it might not be in his or her interests to disturb or interrupt by reversing a previous decision as to care (see, *inter alia*, the *W v. the United Kingdom* judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, p. 28, § 62).

Such a state of affairs not only jeopardised the proper development of the applicant's ties with the child but also set in motion a process which was likely to prove to be irreversible, thereby putting the applicant at a significant disadvantage in his contest with the prospective adopters for the custody of the child.

The Government have advanced no reasons relevant to the welfare of the applicant's daughter to justify such a departure from the principles that govern res-

pect for family ties. That being so, the Court cannot consider that the interference which it has found with the applicant's right to respect for family life, encompassing the full scope of the State's obligations, was necessary in a democratic society. There has thus been a violation of Article 8.

*III. Alleged violation of Article 6 § 1*

56. The applicant complained that he had no access to a court under Irish law to challenge the placement of his child for adoption and no standing in the adoption procedure.

(...)

59. In the Court's view the adoption process must be distinguished from the guardianship and custody proceedings. As has been previously observed, the central problem in the present case relates to the placement of the child for adoption without the prior knowledge and consent of the applicant (see paragraph 51 above). The applicant had no rights under Irish law to challenge this decision either before the Adoption Board or before the courts or, indeed, any standing in the adoption procedure generally (...). His only recourse to impede the adoption of his daughter was to bring guardianship and custody proceedings (...). By the time these proceedings had terminated the scales concerning the child's welfare had tilted inevitably in favour of the prospective adopters.

(...)

60. There has thus been a breach of this provision.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in A 290 (publicaties Europees Hof). De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1995, 247.

Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 13a, 14a, 1019. Zie ook De Bruijn-Luckers, *NJCM-Bulletin* 1995, nr. 1, p. 37.

70

**EHRM**

27 oktober 1994

**Kroon**

**Onmogelijkheid voor moeder om vaderschap van haar echtgenoot te ontkennen in strijd met art. 8 EVRM**

**Partijen**

Kroon en anderen,  
*tegen*  
Nederland.

**Feiten**

De eerste klager, Catharina Kroon, is een Nederlandse onderdaan, geboren in 1954. De tweede klager, Ali Zerrouk, geboren in 1961, was ten tijde van de gebeurtenissen waarover geklaagd wordt een Marokkaans onderdaan; vervolgens heeft hij de Nederlandse nationaliteit verkregen. Alhoewel zij niet samenwoonden hadden zij een stabiele verhouding waaruit de derde klager, Samir M'Hal-



lem-Driss in 1987 is geboren; deze heeft zowel de Marokkaanse als de Nederlandse nationaliteit. De drie klagers wonen in Amsterdam.

In 1979 trouwde mevrouw Kroon met de heer Omar M'Halle-Driss, een Marokkaanse onderdaan. Het huwelijk strandde eind 1980. Daarna woonde mevrouw Kroon gescheiden van haar echtgenoot en verloor contact met hem. Uit officiële documenten blijkt dat hij Amsterdam in januari 1986 heeft verlaten en sindsdien zijn zijn lotgevallen onbekend.

Samir is geboren op 18 december 1987. In het geboorteregister werd hij opgenomen als zoon van mevrouw Kroon en de heer M'Halle-Driss. Mevrouw Kroon startte een maand na de geboorte van Samir een echtscheidingsprocedure bij de Rechtbank te Amsterdam. Haar echtgenoot verweerde zich niet en de echtscheiding werd definitief toen de uitspraak van de Rechtbank werd ingeschreven in het register van de burgerlijke stand op 4 juli 1988.

Op 13 oktober 1988 verzochten de eerste twee klagers met een beroep op art. 1:198 lid 1 BW de ambtenaar van de burgerlijke stand te Amsterdam om mevrouw Kroon toe te staan het vaderschap van de heer M'Halle-Driss te ontkennen en het daarmee voor de heer Zerrouk mogelijk te maken het kind te erkennen. Op 21 oktober 1988 weigerde de ambtenaar van de burgerlijke stand dit verzoek in te willigen, aangezien dit onmogelijk was volgens het geldende Nederlandse recht.

Op 9 januari 1989 wendden mevrouw Kroon en de heer Zerrouk zich tot de Rechtbank te Amsterdam met het verzoek om de ambtenaar van de burgerlijke stand te gelasten het geboorteregister aan te vullen met de verklaring van mevrouw Kroon dat de heer M'Halle-Driss niet de vader was van Samir en met de heer Zerrouk's erkenning van Samir. Zij deden beroep op art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), afzonderlijk en in samenhang met art. 14, aangezien de voormalige echtgenoot van mevrouw Kroon zijn vaderschap wel kon ontkennen.

Op 13 juni 1989 wees de Rechtbank dit verzoek af, aangezien volgens de van kracht zijnde wetgeving Samir het wettige kind was van de heer M'Halle-Driss en de Rechtbank geen gehoor kon geven aan de begrijpelijke wens van mevrouw Kroon en de heer Zerrouk om de biologische werkelijkheid officieel erkend te krijgen. Er bestonden slechts enkele uitzonderingen op de regel dat de echtgenoot van de moeder geacht werd de vader te zijn van een kind geboren binnen huwelijk. Een en ander was gerechtvaardigd in het belang van de rechtszekerheid en de noodzaak om de rechten en vrijheden van anderen te beschermen. De van kracht zijnde wetgeving was derhalve volgens de Rechtbank niet in strijd met de art. 8 en 14 EVRM.

Mevrouw Kroon en de heer Zerrouk gingen in hoger beroep bij het Hof, dat hun beroep op 8 november 1989 afwees. Dit Hof overwoog dat art. 8 wel toepasselijk maar niet geschonden was. De beperkingen op het recht van de moeder om het vaderschap van haar echtgenoot te ontkennen voldeden aan de vereisten van art. 8 lid 2 EVRM. Wel was sprake van een schending van art. 14 in samenhang met art. 8 EVRM, aangezien er geen gerechtvaardigde reden bestond voor het verschil in behandeling dat de wet maakte tussen echtgenoot en echtgenote. Desalniettemin kon het Hof niet ingaan op het verzoek van de klagers, aangezien dit het maken van nieuwe Nederlandse regelgeving zou vereisen, inclusief een administratieve procedure; een en ander zou de bevoegdheden van de rechterlijke

macht te buiten gaan. Slechts de wetgevende macht zou kunnen beslissen hoe het best voldaan kon worden aan de vereisten van art. 14 EVRM in verband met de mogelijkheid van ontkenning van het vaderschap van een binnen huwelijk geboren kind.

Vervolgens gingen mevrouw Kroon en de heer Zerrouk in cassatie bij de Hoge Raad. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep op 16 november 1990 (*NJ* 1991, 475). De Hoge Raad ging niet in op de vraag of art. 1:198 BW in strijd was met art. 8 of art. 14 juncto art. 8 EVRM. Hij overwoog dat dit niet nodig was, aangezien hij met het Hof van mening was dat, zelfs als sprake was van een dergelijke inbreuk, de oplossing voor deze kwestie de rechtsvormende taak van de rechter te buiten ging. In dit verband verwees de Hoge Raad uitdrukkelijk naar het aanhangig zijnde wetsvoorstel Herziening Afstammingsrecht (Tweede Kamer nr. 20 626; dit wetsvoorstel is ingetrokken, maar inmiddels is per 1 april 1998 nieuwe regelgeving in werking getreden). Mevrouw Kroon en de heer Zerrouk kregen na Samir nog drie kinderen; een dochter in 1989 en een tweeling in 1992. De heer Zerrouk heeft al deze kinderen erkend. Mevrouw Kroon en de heer Zerrouk wonen niet samen. Zij voeren echter aan dat de heer Zerrouk bijdraagt aan de verzorging en opvoeding van hun kinderen.

Mevrouw Kroon, de heer Zerrouk en Samir M'Halle-Driss dienden op 15 mei 1991 een klacht (nr. 18535/91) in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens te Straatsburg. Zij stelden dat het onmogelijk was volgens Nederlands recht voor de heer Zerrouk om Samir te erkennen. Tevens was het onmogelijk voor een getrouwde vrouw om het vaderschap van haar echtgenoot te ontkennen, terwijl een getrouwde man dit wel kon. De klagers deden hierbij een beroep op art. 8 en art. 14 juncto 8 EVRM. Zij stelden verder dat de Hoge Raad hen daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM onthouden heeft.

De Commissie heeft op 31 augustus 1992 de klacht ten aanzien van de art. 8 en 14 ontvankelijk en die betreffende art. 13 EVRM niet-ontvankelijk verklaard. In haar rapport van 7 april 1993 (ex art. 31 EVRM) was de Commissie met twaalf stemmen tegen zes van mening dat art. 8 EVRM geschonden was en unaniem van oordeel dat geen inbreuk was gemaakt op art. 14 in verbinding met art. 8 EVRM.

De Commissie legde de zaak op 3 juli 1993 voor aan het Hof.

**Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens**

(...)

*As to the law*

*I. Alleged violation of Article 8 of the Convention*

28. The applicants complained that under Netherlands law it was not possible for Mrs. Kroon to have entered in the register of births any statement that Mr. M'Halle-Driss was not Samir's father, with the result that Mr. Zerrouk was not able to recognise Samir as his child. They relied on Article 8 of the Convention, which reads:

'1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.’

The Government denied that any violation had taken place, whereas the Commission agreed with the applicants.

*A. Applicability of Article 8*

29. The Government argued that the relationship between Mr. Zerrouk on the one hand and Mrs. Kroon and Samir on the other did not amount to ‘family life’. Since Samir had been born of an extramarital relationship, there was no family tie ipso jure between him and Mr. Zerrouk. Moreover, Mrs. Kroon and Mr. Zerrouk had chosen not to marry and it was from choice that the latter did not reside with Mrs. Kroon and Samir. In addition, the Government alleged that Mr. Zerrouk did not contribute to Samir’s care and upbringing in any way and that there was nothing to show that he fulfilled the role of Samir’s ‘social father’.

The Commission noted the long-standing relationship between Mrs. Kroon and Mr. Zerrouk and the fact that it was not disputed that not only was the latter the biological father of Samir but also three other children had been born of that relationship.

The applicants noted that Netherlands law did not require a man to live with a child and its mother in order to have the right to recognise the child as his and thereby create legally recognised family ties. They also claimed that Mr. Zerrouk did in fact spend half his time on Samir’s care and upbringing and made financial contributions from his modest income.

30. Throughout the domestic proceedings it was assumed by all concerned, including the registrar of births, deaths and marriages, that the relationship in question constituted ‘family life’ and that Article 8 was applicable; this was also accepted by the Netherlands courts.

In any case, the Court recalls that the notion of ‘family life’ in Article 8 is not confined solely to marriage-based relationships and may encompass other de facto ‘family ties’ where parties are living together outside marriage (see as the most recent authority, the Keegan v. Ireland judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, pp. 17-18, § 44 (NJ 1995, 247; red)). Although, as a rule, living together may be a requirement for such a relationship, exceptionally other factors may also serve to demonstrate that a relationship has sufficient constancy to create de facto ‘family ties’; such is the case here, as since 1987 four children have been born to Mrs. Kroon and Mr. Zerrouk.

A child born of such a relationship is ipso jure part of that ‘family unit’ from the moment of its birth and by the very fact of it (see the Keegan judgment, *ibid*). There thus exists between Samir and Mr. Zerrouk a bond amounting to family life, whatever the contribution of the latter to his son’s care and upbringing. Article 8 is therefore applicable.

*B. General principles*

31. The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be positive obligations inherent in effective ‘respect’ for family life. However, the boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, as the most recent authority, the above-mentioned Keegan judgment, p. 19, § 49).

32. According to the principles set out by the Court in its case-law, where the existence of a family tie with a child has been established, the State must act in a manner calculated to enable that tie to be developed and legal safeguards must be established that render possible as from the moment of birth or as soon as practicable thereafter the child’s integration in his family (see, mutatis mutandis, the above mentioned Keegan judgment, p. 19, § 50).

*C. Compliance with Article 8*

33. The applicants argued that Article 8 § 1 placed the Netherlands under a positive obligation to enable Mr. Zerrouk to recognise Samir as his child and so established legally recognised family ties between the two.

In the alternative, the applicants suggested that the existence of legislation which made impossible such recognition constituted an ‘interference’ with their right to respect for their family life and that such interference was not necessary in a democratic society.

34. The Government argued that, even assuming ‘family life’ to exist, the Netherlands had complied fully with any positive obligations it might have as regards the applicants.

They pointed, firstly, to the possibility of ‘step-parent adoption’, i.e. adoption of Samir by Mrs. Kroon and Mr. Zerrouk. It was true that this possibility was contingent on there being no opposition from Mr. M’Hallem-Driss and on Mrs. Kroon and Mr. Zerrouk marrying each other. However, the possibility of any objection on the part of Mr. M’Hallem-Driss could be discounted; if, for reasons of their own, Mrs. Kroon and Mr. Zerrouk did not wish to marry, that was not a state of affairs for which the State could be held responsible, since it placed no obstacles in the way of their marriage.

Further, under legislation in the course of preparation, an unmarried parent who had previously exercised sole parental authority over his or her child would be allowed joint custody with his or her partner; this would give the partner complete legal authority, on an equal footing with the parent.

In the alternative, the Government argued that if there was an ‘interference’ with the applicants’ right to respect for their family life then this was ‘necessary in a democratic society’ in the interests of legal certainty.

35. In the Commission’s view the fact that it was impossible under Netherlands law for anyone but Mr. M’Hallem-Driss to deny his paternity and for Mr. Zerrouk to recognise Samir as his child constituted a lack of respect for the appli-

cants' private and family life, in breach of a positive obligation imposed by Article 8.

36. The Court recalls that in the instant case it has been established that the relationship between the applicants qualifies as 'family life' (see paragraph 30 above). There is thus a positive obligation on the part of the competent authorities to allow complete legal family ties to be formed between Mr. Zerrouk and his son Samir as expeditiously as possible.

37. Under Netherlands law the ordinary instrument for creating family ties between Mr. Zerrouk and Samir was recognition. However, since Samir was the 'legitimate' child of Mr. M'Halleme-Driess, Mr. Zerrouk would only be in a position to recognise Samir after Mr. M'Halleme-Driess' paternity had been successfully denied. Except for Mr. M'Halleme-Driess himself, who was untraceable, only Mrs. Kroon could deny Mr. M'Halleme-Driess' paternity. However under section 1:198 CC the possibility for the mother of a 'legitimate' child to deny the paternity of her husband was, and is, only open in respect of a child born within 306 days of dissolution of the marriage. Mrs. Kroon could not avail herself of that possibility since Samir was born when she was still married. Indeed, this was not contested by the Government.

38. The Government, however, suggested that there were other ways of achieving an equivalent result.

The first such alternative suggested by the Government, step-parent adoption, would make Samir the 'legitimate' child of Mr. Zerrouk and Mrs. Kroon. However, it would require Mrs. Kroon and Mr. Zerrouk to marry each other. For whatever reason, they do not wish to do so.

A solution which only allows a father to create a legal tie with a child with whom he has a bond amounting to family life if he marries the child's mother cannot be regarded as compatible with the notion of 'respect' for family life.

39. The second alternative suggested by the Government, namely that of joint custody, is not an acceptable solution either. Even if the legislation being prepared comes into force as the Government anticipate, joint custody will leave the legal ties between Samir and Mr. M'Halleme-Driess intact and will continue to preclude the formation of such ties between Samir and Mr. Zerrouk.

40. In the Court's opinion, 'respect' for 'family life' requires that biological and social reality prevail over a legal presumption which, as in the present case, flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefiting anyone. Accordingly, the Court concludes that, even having regard to the margin of appreciation left to the State, the Netherlands has failed to secure to the applicants the 'respect' for their family life to which they are entitled under the Convention.

There has accordingly been a violation of Article 8.

#### *II. Alleged violation of Article 14 of the Convention in conjunction with Article 8*

41. The applicants also complained that, while Netherlands law made it possible for the husband of a child's mother to deny being the father of the child, the mother's right to challenge her husband's paternity was much more limited. They relied on Article 14 of the Convention, which reads:

**71**      **Personen- en familierecht – Internationaal familierecht**

‘The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, birth of other status.’

42. The Court finds that this complaint is essentially the same as the one under Article 8. Having found a violation of that provision taken alone, the Court does not consider that any separate issue arises under that Article in conjunction with Article 14.

(...)

**Commentaar**      De uitspraak is gepubliceerd in A 297-C. De rechtsoverwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1995, 248, m.nt. JdB.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 13a, 14a, 785f, 785j, 1019. Zie ook M.L.C.C. de Bruijn-Luckers, *FJR* 1995, nr. 1, p. 12 e.v. en C.J. Forder, *NJCM-Bulletin* 1995, nr. 1, p. 45.

**71**      **EHRM**  
24 februari 1995

**McMichael**  
**Recht op inzage in processtukken. Dat de erkenner niet van rechtswege het gezag krijgt is niet in strijd met art. 14 EVRM**

**Partijen**      McMichael,  
*tegen*  
Verenigd Koninkrijk.

**Feiten en verloop van de procedure**      De eerste klager, Anthony McMichael, en de tweede klager, Margaret McMichael, woonden samen – ofschoon zij beide een eigen woning hadden – in Glasgow, Schotland. Op 29 november 1987 werd een zoon (A.) geboren. De naam van de vader werd niet vermeld op de geboorteakte.  
De moeder had een verleden van ernstige en zich herhalende geestelijke stoornis. Zij was regelmatig gedwongen opgenomen geweest in een psychiatrisch ziekenhuis. Na de bevalling werd geoordeeld dat zij wederom leed aan een geestelijke stoornis en het werd niet verantwoord geacht dat zij met de baby naar huis zou gaan. Een voorlopige kindbeschermings-noodmaatregel (‘place-of-safety’-order) werd getroffen; en de zaak werd voorgelegd aan een bijzondere judiciële raad ter beoordeling van de concrete noodzaak en modaliteiten van kindbescherming, genaamd children’s hearing. Op 23 december bracht men het kind onder bij pleegouders. Een omgangsregeling ten behoeve van de moeder werd getroffen.  
Ook de eerste klager had een verleden van geestesziekte. De moeder ontkende aanvankelijk dat hij de vader was en zelf maakte hij aanvankelijk geen aanspraak dat wel te zijn.

Op 27 januari 1988 werd door het uitvoeringsorgaan een bespreking van de ten aanzien van het kind te nemen maatregelen (child care review) gehouden. Tijdens deze bijeenkomst verzocht de eerste klager als natuurlijke vader om omgang, maar dit verzoek werd afgewezen, aangezien de moeder nog steeds zijn vaderschap ontkende. Zijn agressieve en dreigende houding en weigering informatie te geven werden mede in aanmerking genomen.

Op 4 februari 1988 – nadat op 21 januari 1988 een preliminaire bevoegdheidsvraag was beslist door de rechter in eerste aanleg (Sheriff Court) – vond een children's hearing plaats. Zowel de man als de vrouw waren aanwezig; de man trad op als vertegenwoordiger van de vrouw. In overeenstemming met de toepasselijke regels werd hen geenszins inzage gegeven in de voorliggende stukken. Wel informeerde de voorzitter hen omtrent de inhoud daarvan. De children's hearing beval een ondertoezichtstelling (supervision requirement). De moeder ging in beroep bij de rechter in eerste aanleg. Volgens vaste praktijk werd ook daar aan de ouders geen inzage in de stukken gegeven. Op 29 februari 1988 vond een zitting plaats. De moeder was aanwezig, vergezeld door twee verpleegsters. Zij was kennelijk zwaar onder de medicijnen en niet vertegenwoordigd. Zij ging akkoord met een herziening door de children's hearing. Het beroep werd daarom geacht te zijn ingetrokken. De moeder ontkende inmiddels niet meer het vaderschap en de naam van de eerste klager werd op 18 februari 1988 toegevoegd aan de geboorteakte. Dit verschafte hem echter nog geen (gezags)rechten ten aanzien van het kind (parental rights). Tijdens een bespreking van het uitvoeringsorgaan op 20 september 1988 werd besloten ook de vader omgang toe te staan.

Op 13 oktober 1988 vond de herziening door de children's hearing plaats. Zowel de moeder als de vader – als haar vertegenwoordiger – waren aanwezig. Inzage in de stukken werd niet gegeven. Besloten werd tot voortzetting van de ondertoezichtstelling. De moeder ging niet in beroep.

Op 19 december 1988 werd tijdens een bespreking van het uitvoeringsorgaan besloten om de omgang te beëindigen, aangezien er geen vooruitzicht op terugkeer naar de natuurlijke ouders was.

Op 20 juni 1989 vond weer een children's hearing plaats.

Benoeming vond plaats van een onafhankelijk vertegenwoordiger van het kind (safeguarder). Op 5 september 1989 werd de zitting voortgezet. Het voorliggende rapport van de onafhankelijke vertegenwoordiger en andere stukken werden niet ter inzage aan de ouders gegeven. Besloten werd tot voortzetting van de ondertoezichtstelling, zonder herstel van de omgang.

De moeder ging in beroep bij de rechter in eerste aanleg. Deze verwees terug naar de children's hearing. Zittingen van de children's hearing werden gehouden op 12 december 1989, 9 januari 1990 en 18 januari 1990. Besloten werd tot voortzetting van de ondertoezichtstelling, zonder omgang voor de moeder of vader.

Op 1 februari 1990 werd door het uitvoeringsorgaan aan de rechter in eerste aanleg om een uitspraak gevraagd waarbij het gezag overgaat van de ouders op het orgaan van de plaatselijke overheid bevoegd in adoptiezaken (freeing order). In deze adoptieprocedure waren beide ouders partij. Hun werd wel inzage in de stukken gegeven. Op 14 oktober 1990 deed de rechter in eerste aanleg de gevraagde uitspraak. Het hoger beroep werd verworpen door de Court of session op 1 november 1991. Op 25 mei 1993 vond op verzoek van de pleegouders de adoptie plaats.

Intussen, op 24 april 1990, waren de ouders in het huwelijk getreden. Hierdoor verkreeg de vader van rechtswege het gezag.

Het echtpaar McMichael diende op 11 oktober 1989 een klacht (nr. 16424/90) in bij de Europese Commissie voor de rechten van de mens. Zij beklagden zich erover dat hen de zorg en custody over het kind waren ontnomen, derhalve het recht een familie- of gezinsleven te stichten, evenals omgang met het kind, dat uiteindelijk was vrijgegeven voor adoptie. Zij stelden geen eerlijk proces te hebben gehad voor de children's hearing en geen toegang tot vertrouwelijke rapporten en andere overgelegde documenten. De heer McMichael voerde voorts aan dat hij als natuurlijke vader niet (zonder meer) recht had op custody over het kind en derhalve was gediscrimineerd.

Op 8 december 1992 verklaarde de Commissie de klacht voor zover betrekking hebbend op de ontneming van de zorg, de beëindiging van de omgang en het vrijgeven voor adoptie niet-ontvankelijk wegens kennelijke ongegrondheid. Voor het overige werd de klacht wel ontvankelijk verklaard.

In haar rapport van 31 augustus 1993 oordeelde de Commissie met betrekking tot de klacht, voor zover ontvankelijk:

- a. dat art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) geschonden was (unaniem);
- b. dat art. 6 lid 1 EVRM niet geschonden was ten aanzien van de eerste klager, de heer McMichael (elf tegen een);
- c. dat art. 6 lid 1 EVRM geschonden was ten aanzien van de tweede klager, mevrouw McMichael (unaniem);
- d. dat art. 14 EVRM niet geschonden was ten aanzien van de eerste klager, de heer McMichael (unaniem).

Op 10 december 1993 werd de zaak door de Commissie voorgelegd aan het Hof.

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

*B. Compliance with Article 6 § 1*

*1. The children's hearing*

(...)

80. The Court notes that on these two dates, in accordance with the relevant procedural rules, documents before the hearing, in particular social reports updating the information on the child A., reviewing the history of the case and making recommendations, were not disclosed to the second applicant or the first applicant acting as her representative, although the chairman of the hearing did inform them of the substance of the documents (...). On 4 February 1988 the children's hearing decided that A. did need compulsory measures of care, notably because of the mental health of both applicants, and a supervision requirement was made placing A. under the supervision of the local authority subject to the condition that he reside with foster parents; this supervision requirement being continued at the following hearing on 13 October 1988 (...). These were the two sole occasions of such non-disclosure when the second applicant had participated in the proceedings and a decision affecting her civil rights had been taken – other than the decision on 5 September 1989, which was quashed on appeal (...).

As explained by the Government, the function of determining what measures of care would be in the interest of the child has been conferred on the children's



hearing rather than the ordinary courts because the legislature believed that this function is likely to be exercised more successfully by an adjudicatory body of three specially trained persons with substantial experience of children, following a procedure which is less formal and confrontational than that of the ordinary courts. The Court accepts that in this sensitive domain of family law there may be good reasons for opting for an adjudicatory body that does not have the composition or procedures of a court of law of the classic kind (see, *mutatis mutandis*, the *X v. the United Kingdom* judgment of 5 November 1981, Series A no. 46, p. 23, § 53). Nevertheless, notwithstanding the special characteristics of the adjudication to be made, as a matter of general principle the right to a fair – adversarial – trial ‘means the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party’ (see the *Ruiz-Mateos v. Spain* judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, p. 25, § 63). In the context of the present case, the lack of disclosure of such vital documents as social reports is capable of affecting the ability of participating parents not only to influence the outcome of the children’s hearing in question but also to assess their prospects of making an appeal to the Sheriff Court.

### 2. *The Sheriff Court*

(...)

The Commission found the Sheriff Court to be a ‘tribunal’ within the meaning of Article 6 § 1. It noted that the second applicant had a right of appeal from the children’s hearing to the Sheriff Court, which had jurisdiction to examine both the merits and alleged procedural irregularities (...). Nonetheless it considered that the second applicant’s right to a fair trial had been impaired because, as a matter of practice, documents lodged with the Sheriff Court by the Reporter, in particular reports previously before the children’s hearing, were not made available to an appellant parent (...). In its view, this practice revealed a basic inequality and placed the parent at a substantial disadvantage both in respect of bringing an appeal and in the subsequent presentation of any appeal.

83. The Court, like the Commission, is satisfied that, in relation to disputes (contestations) between a parent and a local authority over children taken into care, the Sheriff Court satisfies the conditions of Article 6 § 1 as far as its composition and jurisdiction are concerned (...). However, the requirement of an adversarial trial was not fulfilled before the Sheriff Court, any more than it had been on the relevant occasions before the children’s hearing (...).

### 3. *Conclusion*

84. This being so, Mrs. McMichael did not receive a ‘fair hearing’, within the meaning of Article 6 § 1, at either of the two stages in the care proceedings concerning her son A. There has accordingly been a breach of Article 6 § 1 in her respect.

### III. *Alleged violation of Article 8 of the Convention*

(...)

86. According to the Court’s well established case-law, ‘the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of

family life' and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 (see, inter alia, the above-mentioned *W v. the United Kingdom* judgment, p. 27, § 59). It would appear undisputed that in relation to both applicants the care and custody measures resulting from the procedures complained of not only came within the scope of paragraph 1 of Article 8 but also involved an 'interference' within the meaning of paragraph 2. 87. Whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8: "[W]hat ... has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as 'necessary' within the meaning of Article 8." (see the above-mentioned *W v. the United Kingdom* judgment, pp. 28 and 29, § 62 and 64).

88. The Commission and the applicants concluded that in this regard the contested proceedings before the children's hearing – at which despite nondisclosure of relevant documents, decisions concerning the applicants' relationship with A. were taken – did not comply with Article 8. The Commission noted that no special reasons for withholding the reports in question had been advanced.

90. As regards the Government's first submission, it is true that at the outset, in late 1987 and early 1988, the second applicant denied the first applicant's paternity of A. and that the initial relevant instance of non-disclosure of documents at a children's hearing occurred two weeks before the first applicant's name had been added to A.'s birth certificate (4 and 18 February 1988 respectively) (see paragraphs 7, 11, 14, 15 and 18 above). However, the first applicant had claimed paternity on 27 January 1988; and even at the time of this initial children's hearing he was living with the second applicant and was, especially in his capacity as her representative, closely associated in the attempt to obtain access to A. (...). Thereafter the two applicants acted very much in concert in their endeavour to recover the custody of and have access to A., not only in the framework of the legal proceedings before the children's hearing and the Sheriff Court but also in their dealings with the social work department of the local authority (...). During the relevant period taken as a whole they were living together and leading a joint 'family life', to the extent that that was possible in the light of the second applicant's periodic hospitalisation (...).

In the particular circumstances, the Court considers that it would not reflect the reality of the situation to draw the distinction advocated by the Government between the two members of the applicant couple.

91. As to the Government's second submission, the Court would point to the difference in the nature of the interests protected by Article 6 § 1 and 8. Thus, Article 6 § 1 affords a procedural safeguard, namely the 'right to a court' in the determination of one's 'civil rights and obligations' (see the *Colder v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 18, § 36); whereas not only does the procedural requirement inherent in Article 8 cover administrative

procedures as well as judicial proceedings, but it is ancillary to the wider purpose of ensuring proper respect for, inter alia, family life (see, for example, the B. v. the United Kingdom judgment of 8 July 1987, Series A no. 121-13, pp. 72-74 and 75, § 63-65 and 68). The difference between the purpose pursued by the respective safeguards afforded by Articles 6 § 1 and 8 may, in the light of the particular circumstances, justify the examination of the same set of facts under both Articles (compare, for example, the above-mentioned Colder judgment, pp. 20-22, § 41-45, and the O. v. the United Kingdom judgment of 8 July 1987, Series A no. 120-A, pp. 28-29, § 65-67).

As regards the instant case, the facts complained of had repercussions not only on the conduct of judicial proceedings to which the second applicant was a party, but also on 'a fundamental element of [the] family life' of the two applicants (see paragraph 86 above). In the present case the Court judges it appropriate to examine the facts also under Article 8.

92. The Government have already conceded, in the context of Article 6 § 1, the unfair character of the care proceedings on specified occasions by reason of the inability of the second applicant or the first applicant acting as her representative to have sight of certain documents considered by the children's hearing and the Sheriff Court (see paragraphs 79 and 81 above).

The Court, taking note of this concession, finds that in this respect the decision-making process determining the custody and access arrangements in regard to A. did not afford the requisite protection of the applicants' interests as safeguarded by Article 8. Having regard to the approach taken in the present judgment in regard to the treatment of the applicants' complaint under Article 8 (see paragraph 90 above), the Court does not deem it appropriate to draw any material distinction between the two applicants as regards the extent of the violation found, despite some differences in their legal circumstances.

93. In conclusion, there has been a breach of Article 8 in respect of both applicants.

*IV. Alleged violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 6 § 1 and/or Article 8*

(...)

96. Under Scots law a child's father automatically acquires the parental rights of tutory, custody and access only if married to the child's mother (...) Further, only a 'parent', that is a person having parental rights, is entitled to attend at all stages of a children's hearing (...) The natural father of a child born out of wedlock may obtain rights by making an application to a court; such an application will be dealt with speedily if the mother consents (...).

Mr. McMichael was therefore in a less advantageous position under the law than a married father. It is to be noted however that, even after the mother had recognised him as the father of A. in February 1988 (...), he never sought an order for parental rights, which would have allowed him the status of a party, together with Mrs. McMichael, in the care proceedings.

97. According to the Court's well established case-law, a difference of treatment is discriminatory if it has no reasonable and objective justification, that is, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of propor-

tionality between the means employed and the aim sought to be realised (see, amongst numerous authorities, the *Marckx v. Belgium* judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 16, § 33).

98. The first applicant's complaint is essentially directed against his status as a natural father under Scots law.

As the Commission remarked, 'it is axiomatic that the nature of the relationships of natural fathers with their children will inevitably vary, from ignorance and indifference at one end of the spectrum to a close stable relationship indistinguishable from the conventional matrimonial-based family unit at the other' (...). As explained by the Government, the aim of the relevant legislation, which was enacted in 1986, is to provide a mechanism for identifying 'meritorious' fathers who might be accorded parental rights, thereby protecting the interests of the child and the mother. In the Court's view, this aim is legitimate and conditions imposed on natural fathers for obtaining recognition of their parental role respect the principle of proportionality. The Court therefore agrees with the Commission that there was an objective and reasonable justification for the difference of treatment complained of.

99. In conclusion, there has been no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 6 § 1 or Article 8 in respect of the first applicant.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in A 307-B (publicaties Europees Hof). De rechts-overwegingen zijn opgenomen in *NJ* 1995, 594, m.nt. JdB.  
Zie Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, nrs. 14a, 821 en 842. Verder Von Brucken Fock, *FJR* 1995, nr. 8, p. 170 e.v.

72

**EHRM**  
22 april 1997

**X, Y en Z tegen Verenigd Koninkrijk**  
**Weigering een transseksueel als vader van een door middel van kunstmatige donorinseminatie verwekt kind op diens geboorte-akte te laten registreren niet in strijd met art. 8 of 8 jo 14 EVRM**

**Partijen**

X, Y en Z,  
*tegen*  
Het Verenigd Koninkrijk.

**Feiten en verloop van de procedure**

Klager X, geboren in 1955, is van het vrouwelijk geslacht in het mannelijk geslacht veranderd. Sinds 1979 leeft hij in een bestendige, duurzame relatie samen met mevrouw Y, geboren in 1959. Z is geboren in 1992 na kunstmatige donorinseminatie. Nadien is op dezelfde manier een tweede kind geboren uit Y. X is geboren met een vrouwelijk lichaam. Maar vanaf zijn vierde jaar voelde hij zich seksueel niet thuis in zijn lichaam en werd hij aangetrokken tot "mannelijk" gedrag. Tijdens zijn adolescentie leidde dit tot suïcidale depressies. In 1975 begon hij met een hormoonbehandeling en ging hij leven en werken als een man. In

1979 ging hij met Y samenwonen. Na therapie en psychologische tests te hebben gehad, onderging hij later in dat jaar een geslachtswijzigende operatie.

In 1990 verzochten X en Y via hun huisarts om kunstmatige donorinseminatie. In januari 1991 zijn zij ondervraagd door een specialist met het oog op de behandeling. Vervolgens werd hun verzoek verwezen naar de ethische commissie. Het verzoek werd ondersteund door twee referenties en een brief van de huisarts. Het werd echter afgewezen.

Van de afwijzing zijn X en Y in beroep gegaan. In beroep hebben zij onder andere verwezen naar wetenschappelijk onderzoek, waarin verslag werd gedaan van een studie naar 37 kinderen die opgroeiden bij transseksuele of homoseksuele ouders of verzorgers. Er bleek geen bewijs te zijn voor een abnormale seksuele oriëntatie of voor enig ander negatief gevolg.

De ethische commissie ging in november 1991 akkoord met het verzoek. Zij vroeg X om het vaderschap van het kind op zich te nemen, zoals bedoeld in Human Fertility and Embryology Act 1990. Daarin is onder andere bepaald dat, indien een ongehuwde vrouw een kind baart als gevolg van kunstmatige donorinseminatie, waarbij haar mannelijke partner betrokken is, in dat geval laatstgenoemde en niet de spermadonor geacht zal worden de vader van het kind te zijn (section 28 (3)). Z is op 13 oktober 1992 geboren.

In februari 1992 heeft X bij de Registrar General geïnformeerd of er bezwaar zou bestaan wanneer hij ingeschreven zou staan als de vader van het kind van Y. Op vragen dienaangaande van een parlementslid heeft de minister van Volksgezondheid geantwoord dat na juridisch advies de Registrar General van oordeel was dat alleen een biologische vader als vader ingeschreven kon worden. Het kind zou wel de achternaam van X kunnen dragen en X zou recht hebben op extra belastingaftrek als hij zou kunnen aantonen dat hij het kind onderhield. Desondanks hebben X en Y na de geboorte van Z getracht Z in te schrijven onder hun beider naam als vader en moeder. De inschrijving van X als de vader van Z werd echter geweigerd. Dat deel van het register bleef dan ook open staan. Z kreeg in het register de achternaam van X.

In november 1995 eindigde de arbeidsovereenkomst van X. Hij solliciteerde vervolgens op ongeveer dertig banen. De enige baan die hij kon krijgen was aan de universiteit van Botswana. Hij is daarop niet ingegaan, toen hij vernam dat alleen echtgenoten en biologische of geadopteerde kinderen volgens de arbeidsvoorwaarden in aanmerking zouden komen voor vrij wonen en onderwijs. Uiteindelijk kreeg hij een baan in Manchester.

Op 6 mei 1993 hebben X, Y en Z een klacht ingediend bij de toenmalige Europese Commissie voor de rechten van de mens wegens schending van art. 8 en 14 jo 8 EVRM. De Commissie heeft de klacht inzake schending van de art. 8 en 14 jo 8 EVRM op 1 december 1994 ontvankelijk verklaard. Met 13 tegen 5 stemmen oordeelde de Commissie in haar rapport van 27 juni 1995 dat art. 8 EVRM geschonden was en dat het niet nodig was te onderzoeken of art. 14 jo 8 EVRM geschonden was.

(...)

*As to the law*

*I. Alleged violation of Article 8 of the Convention (art. 8)*

32. The applicants, with whom the Commission agreed, submitted that the lack

**Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens**

of legal recognition of the relationship between X and Z amounted to a violation of Article 8 of the Convention (art. 8) (...). The Government denied that Article 8 (art. 8) was applicable and, in the alternative, claimed that there had been no violation.

*A. The existence of “family life”*

33. The applicants submitted that they had shared a “family life” within the meaning of Article 8 (art. 8) since Z’s birth. They emphasised that, according to the jurisprudence of the Commission and the Court, social reality, rather than formal legal status, was decisive. Thus, it was important to note that X had irrevocably changed many of his physical characteristics and provided financial and emotional support to Y and Z. To all appearances, the applicants lived as a traditional family.

34. The Government did not accept that the concept of “family life” applied to the relationships between X and Y or X and Z. They reasoned that X and Y had to be treated as two women living together, because X was still regarded as female under domestic law and a complete change of sex was not medically possible. Case-law of the Commission indicated that a “family” could not be based on two unrelated persons of the same sex, including a lesbian couple (see the Commission’s decisions on admissibility in *X and Y v. the United Kingdom*, application no. 9369/81, Decisions and Reports 32, p. 220, and *Kerkhoven and Others v. the Netherlands*, application no. 15666/89). Nor could X be said to enjoy “family life” with Z since he was not related to the child by blood, marriage or adoption. At the hearing before the Court, counsel for the Government accepted that if X and Y applied for and were granted a joint residence order in respect of Z (see paragraph 27 above), it would be difficult to maintain that there was no “family life” for the purposes of Article 8 (art. 8).

35. The Commission considered that the relationship between X and Y could not be equated with that of a lesbian couple, since X was living in society as a man, having undergone gender reassignment surgery. Aside from the fact that X was registered at birth as a woman and was therefore under a legal incapacity to marry Y or be registered as Z’s father, the applicants’ situation was indistinguishable from the traditional notion of “family life”.

36. The Court recalls that the notion of “family life” in Article 8 (art. 8) is not confined solely to families based on marriage and may encompass other *de facto* relationships (see the *Marckx v. Belgium* judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 14, para. 31; the *Keegan v. Ireland* judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 17, para. 44; and the *Kroon and Others v. the Netherlands* judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C, pp. 55-56, para. 30). When deciding whether a relationship can be said to amount to “family life”, a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means (see, for example, the above-mentioned *Kroon and Others* judgment, *loc. cit.*).

37. In the present case, the Court notes that X is a transsexual who has undergone gender reassignment surgery. He has lived with Y, to all appearances as her male partner, since 1979. The couple applied jointly for, and were granted, treatment by AID to allow Y to have a child. X was involved throughout that process

and has acted as Z's "father" in every respect since the birth (see paragraphs 14-16 above). In these circumstances, the Court considers that de facto family ties link the three applicants.

It follows that Article 8 is applicable (art. 8).

*B. Compliance with Article 8 (art. 8)*

*1. The arguments as to the applicable general principles*

38. The applicants pointed out that the Court had recognised in its *Rees v. the United Kingdom* judgment (17 October 1986, Series A no. 106, p. 19, para. 47), that the need for appropriate legal measures affecting transsexuals should be kept under review having regard in particular to scientific and societal developments. They maintained that there had been significant development since that decision: in particular, the European Parliament and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe had called for comprehensive recognition of transsexual identity (Resolution OJ 1989 C256 and Recommendation 1117 of 29 September 1989 respectively); the Court of Justice of the European Communities had decided that the dismissal of a transsexual for a reason related to gender reassignment amounted to discrimination contrary to Community Directive 76/207 (P. v. S. and Cornwall County Council, C-13/94, 30 April 1996); and scientific research had been published which suggested that transsexuality was not merely a psychological disorder, but had a physiological basis in the structure of the brain (see, for example, "Biological Aspects of Transsexualism" by Professor L.J.G. Gooren, Council of Europe document no. CJ-DE/XXIII (93) 5, and Zhou, Hofman, Gooren and Swaab, "A sex difference in the human brain and its relation to transsexuality", *Nature*, 2 November 1995, vol. 378, p. 68). These developments made it appropriate for the Court to re-examine the principles underlying its decisions in the above-mentioned *Rees* case and in *Cossey v. the United Kingdom* (27 September 1990, Series A no. 184), in so far as they had an impact on the present problem. The Court should now hold that the notion of respect for family and/or private life required States to recognise the present sexual identity of post-operative transsexuals for legal purposes, including parental rights.

However, they also emphasised that the issue in their case was very different from that in *Rees* and *Cossey*, since X was not seeking to amend his own birth certificate but rather to be named in Z's birth certificate as her father. They submitted that the margin of appreciation afforded to the respondent State should be narrower in such a case and the need for positive action to ensure respect much stronger, having regard to the interests of the child in having her social father recognised as such by law.

39. The Government contended that Contracting States enjoyed a wide margin of appreciation in relation to the complex issues raised by transsexuality, in view of the lack of a uniform approach to the problem and the transitional state of the law. They denied that there had been any significant change in the scientific or legal position with regard to transsexuals: despite recent research, there still remained uncertainty as to the essential nature of the condition and there was not yet any sufficiently broad consensus between the member States of the Council of Europe (see, for example, the Report of the Proceedings of the XXII-Ird Colloquy on European Law, Transsexualism, Medicine and the Law, Council

of Europe, 1993, and S.M. Breedlove, “Another Important Organ”, *Nature*, 2 November 1995, vol. 378, p. 15). The judgment of the Court of Justice of the European Communities in *P. v. S. and Cornwall County Council* (cited at paragraph 38 above) did not assist the applicants because it was not concerned with the extent to which a State was obliged to recognise a person’s change of sex for legal purposes.

Like the applicants, the Government stressed that the present case was not merely concerned with transsexuality. Since it also raised difficult and novel questions relating to the treatment of children born by AID, the State should enjoy a very broad margin of appreciation.

40. The Commission referred to a clear trend within the Contracting States towards the legal recognition of gender reassignment. It took the view that, in the case of a transsexual who had undergone gender reassignment surgery in the Contracting State and who lived there as part of a family relationship, there had to be a presumption in favour of legal recognition of that relationship, the denial of which required special justification.

*2. The Court’s general approach*

41. The Court reiterates that, although the essential object of Article 8 (art. 8) is to protect the individual against arbitrary interferences by the public authorities, there may in addition be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. The boundaries between the State’s positive and negative obligations under this provision (art. 8) do not always lend themselves to precise definition; nonetheless, the applicable principles are similar. In both contexts, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, and in both cases the State enjoys a certain margin of appreciation (see, for example, the above-mentioned *Rees* judgment, p. 14, para. 35, and the above-mentioned *Kroon and Others* judgment, p. 56, para. 31).

42. The present case is distinguishable from the previous cases concerning transsexuals which have been brought before the Court (see the above-mentioned *Rees* judgment, the above-mentioned *Cossey* judgment and the *B. v. France* judgment of 25 March 1992, Series A no. 232-C), because here the applicants’ complaint is not that the domestic law makes no provision for the recognition of the transsexual’s change of identity, but rather that it is not possible for such a person to be registered as the father of a child; indeed, it is for this reason that the Court is examining this case in relation to family, rather than private, life (see paragraph 37 above).

43. It is true that the Court has held in the past that where the existence of a family tie with a child has been established, the State must act in a manner calculated to enable that tie to be developed and legal safeguards must be established that render possible, from the moment of birth or as soon as practicable thereafter, the child’s integration in his family (see for example the above-mentioned *Marckx* judgment, p. 15, para. 31; the *Johnston and Others v. Ireland* judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, p. 29, para. 72; the above-mentioned *Keegan* judgment, p. 19, para. 50; and the above-mentioned *Kroon and Others* judgment, p. 56, para. 32). However, hitherto in this context it has been called



upon to consider only family ties existing between biological parents and their offspring. The present case raises different issues, since Z was conceived by AID and is not related, in the biological sense, to X, who is a transsexual.

44. The Court observes that there is no common European standard with regard to the granting of parental rights to transsexuals. In addition, it has not been established before the Court that there exists any generally shared approach amongst the High Contracting Parties with regard to the manner in which the social relationship between a child conceived by AID and the person who performs the role of father should be reflected in law. Indeed, according to the information available to the Court, although the technology of medically assisted procreation has been available in Europe for several decades, many of the issues to which it gives rise, particularly with regard to the question of filiation, remain the subject of debate. For example, there is no consensus amongst the member States of the Council of Europe on the question whether the interests of a child conceived in such a way are best served by preserving the anonymity of the donor of the sperm or whether the child should have the right to know the donor's identity.

Since the issues in the case, therefore, touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, the respondent State must be afforded a wide margin of appreciation (see, *mutatis mutandis*, the above mentioned *Rees* judgment, p. 15, para. 37, and the above-mentioned *Cossey* judgment, p. 16, para. 40).

### 3. *Whether a fair balance was struck in the instant case*

45. The applicants, with whom the Commission agreed, argued that a number of consequences flowed from the lack of legal recognition of X's role as father. Perhaps most importantly, the child's sense of security within the family might be undermined. Furthermore, the absence of X's name on her birth certificate might cause distress on those occasions when a full-length certificate had to be produced, for example on registration with a doctor or school, if an insurance policy was taken out on her life or when she applied for a passport. Although Z was a British citizen by birth and could trace connection through her mother in immigration and nationality matters, problems could still arise if X sought to work abroad. For example, he had already had to turn down an offer of employment in Botswana because he had been informed that Y and Z would not have been recognised as his "dependants" and would not, therefore, have been entitled to receive certain benefits (see paragraph 19 above). Moreover, in contrast to the position where a parent-child relationship was recognised by law, Z could not inherit from X on intestacy or succeed to certain tenancies on X's death. The possibility of X obtaining a residence order in respect of Z (see paragraph 27 above) did not satisfy the requirement of respect, since this would entail the incurring of legal expense and an investigation by a court welfare officer which might distress the child.

In their submission, it was apparent that the legal recognition sought would not interfere with the rights of others or require any fundamental reorganisation of the United Kingdom system of registration of births, since the Human Fertility

and Embryology Act 1990 allowed a man who was not a transsexual to be registered as the father of a child born to his female partner by AID (see paragraph 21 above).

46. The Government pointed out that the applicants were not restrained in any way from living together as a “family” and they asserted that the concerns expressed by them were highly theoretical. Furthermore, X and Y could jointly apply for a residence order, conferring on them parental rights and duties in relation to Z (see paragraph 27 above).

47. First, the Court observes that the community as a whole has an interest in maintaining a coherent system of family law which places the best interests of the child at the forefront. In this respect, the Court notes that, whilst it has not been suggested that the amendment to the law sought by the applicants would be harmful to the interests of Z or of children conceived by AID in general, it is not clear that it would necessarily be to the advantage of such children.

In these circumstances, the Court considers that the State may justifiably be cautious in changing the law, since it is possible that the amendment sought might have undesirable or unforeseen ramifications for children in Z’s position. Furthermore, such an amendment might have implications in other areas of family law. For example, the law might be open to criticism on the ground of inconsistency if a female-to-male transsexual were granted the possibility of becoming a “father” in law while still being treated for other legal purposes as female and capable of contracting marriage to a man.

48. Against these general interests, the Court must weigh the disadvantages suffered by the applicants as a result of the refusal to recognise X in law as Z’s “father”. The applicants identify a number of legal consequences flowing from this lack of recognition (see paragraph 45 above). For example, they point to the fact that if X were to die intestate, Z would have no automatic right of inheritance. The Court notes, however, that the problem could be solved in practice if X were to make a will. No evidence has been adduced to show that X is the beneficiary of any transmissible tenancies of the type referred to; similarly, since Z is a British citizen by birth and can trace connection through her mother in immigration and nationality matters, she will not be disadvantaged in this respect by the lack of a legal relationship with X.

The Court considers, therefore, that these legal consequences would be unlikely to cause undue hardship given the facts of the present case.

49. In addition, the applicants claimed that Z might suffer various social or developmental difficulties. Thus, it was argued that she would be caused distress on those occasions when it was necessary to produce her birth certificate.

In relation to the absence of X’s name on the birth certificate, the Court notes, first, that unless X and Y choose to make such information public, neither the child nor any third party will know that this absence is a consequence of the fact that X was born female. It follows that the applicants are in a similar position to any other family where, for whatever reason, the person who performs the role of the child’s “father” is not registered as such. The Court does not find it established that any particular stigma still attaches to children or families in such circumstances.

Secondly, the Court recalls that in the United Kingdom a birth certificate is not in common use for administrative or identification purposes and that there are few occasions when it is necessary to produce a full length certificate (see paragraph 24 above).

50. The applicants were also concerned, more generally, that Z's sense of personal identity and security within her family would be affected by the lack of legal recognition of X as father.

In this respect, the Court notes that X is not prevented in any way from acting as Z's father in the social sense. Thus, for example, he lives with her, providing emotional and financial support to her and Y, and he is free to describe himself to her and others as her "father" and to give her his surname (see paragraph 24 above). Furthermore, together with Y, he could apply for a joint residence order in respect of Z, which would automatically confer on them full parental responsibility for her in English law (see paragraph 27 above).

51. It is impossible to predict the extent to which the absence of a legal connection between X and Z will affect the latter's development. As previously mentioned, at the present time there is uncertainty with regard to how the interests of children in Z's position can best be protected (see paragraph 44 above) and the Court should not adopt or impose any single viewpoint.

52. In conclusion, given that transsexuality raises complex scientific, legal, moral and social issues, in respect of which there is no generally shared approach among the Contracting States, the Court is of the opinion that Article 8 (art. 8) cannot, in this context, be taken to imply an obligation for the respondent State formally to recognise as the father of a child a person who is not the biological father. That being so, the fact that the law of the United Kingdom does not allow special legal recognition of the relationship between X and Z does not amount to a failure to respect family life within the meaning of that provision (art. 8).

It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention (art. 8).

*II. Alleged violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 (art. 14+8)*

(...)

56. The Court considers that the complaint under Article 14 (art. 14) is tantamount to a restatement of the complaint under Article 8 (art. 8), and raises no separate issue. In view of its finding in respect of the latter provision (art. 8) (see paragraph 52 above), there is no need to examine the issue again in the context of Article 14 (art. 14). Accordingly, it is not necessary to consider this complaint.

*For these reasons, the Court*

1. Holds unanimously that Article 8 of the Convention (art. 8) is applicable in the present case;
2. Holds by fourteen votes to six that there has been no violation of Article 8 (art. 8);
3. Holds by seventeen votes to three that it is not necessary to consider the complaint under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 (art. 14+8).

De beslissing is gepubliceerd in *NJ* 1998, 235, m.nt. JdB.

Commentaar

73

EHRM

25 januari 2000

**Ignaccolo-Zenide**

**Kinderontvoering. Ontoereikende maatregelen van de Roemeense autoriteiten om hereniging van een ouder met zijn kinderen te bewerkstelligen, levert schending van artikel 8 EVRM op**

**Partijen**

Ignaccolo-Zenide,  
*tegen*  
Roemenië.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

Mevrouw Ignaccolo-Zenide, klagster, is op 7 mei 1980 gehuwd met de heer D.Z., een Roemeen. Zij kregen samen twee kinderen, Maud en Adèle, geboren in 1981, onderscheidenlijk 1984.

Eind 1989 is in Frankrijk, waar zij leefden, de echtscheiding tussen hen uitgesproken. Partijen hadden een echtscheidingsconvenant gesloten, dat door de Franse rechter werd goedgekeurd. Daarin was afgesproken dat de vader het gezag over de kinderen zou krijgen. Voorts was een omgangsregeling voor de moeder met beide dochters afgesproken.

In 1990 is de vader met de kinderen verhuisd naar de Verenigde Staten.

Op 3 september 1990 diende de moeder een klacht in bij de Franse rechter wegens het niet-nakomen door de vader van de omgangsregeling. Zonder haar daarvan in kennis te stellen, heeft de vader de kinderen in de V.S. gehouden, hoewel de kinderen de helft van de schoolvakanties bij haar zouden zijn. De dag daarna startte de moeder een spoedprocedure bij het tribunal de grande instance waarin zij vroeg om het ouderlijk gezag en bepaling van de gewone verblijfplaats van de kinderen bij haar, alsmede een verbod voor D.Z. om de kinderen zonder haar toestemming buiten Frankrijk te brengen. Haar verzoeken werden op 11 september 1990 afgewezen. In beroep heeft de rechter te Metz bij beslissing van 28 mei 1991 het ouderlijk gezag aan beide ouders toegekend en voorts bepaald dat de verblijfplaats van de kinderen bij de moeder zou zijn. Ten behoeve van D.Z. werd een omgangsregeling vastgesteld. Deze beslissingen zijn niet uitgevoerd door D.Z. De kinderen bleven in de V.S. D.Z. is van deze beslissing in cassatie gegaan, maar dat beroep werd door de Cour de cassation verworpen op 25 november 1992.

Op verzoek van de vader heeft de Harris County Court van Texas op 30 september 1991 de beslissing van de Franse rechter vernietigd en het gezag over de kinderen aan de vader toegekend. Mevrouw Ignaccolo-Zenide was in die zaak niet vertegenwoordigd en ook niet zelf verschenen. Er was psychologisch advies ingewonnen, waaruit bleek dat de kinderen geen duidelijke herinnering hadden aan het leven met hun moeder vóór de scheiding en dat zij het leven met hun vader en stiefmoeder prettig vonden. De Texaanse rechter overwoog dat de kinderen gelukkig waren en goed geïntegreerd in Texas. Zij kregen daar speciale bescher-

ming en aandacht van de autoriteiten. In december 1991 is de vader met de kinderen naar Californië verhuisd.

Op 18 september 1992 werd D.Z. in Frankrijk bij verstek veroordeeld tot een jaar gevangenisstraf wegens het niet afstaan van de kinderen aan degene die het gezag over de kinderen heeft. Een aanhoudingsbevel werd uitgevaardigd.

In 1993 en 1994 verkreeg de moeder een vijftal beslissingen van Californische rechters tot tenuitvoerlegging van de beslissing van 28 mei 1991 van de rechter te Metz. Ook de California Superior Court heeft op 10 augustus 1993 de tenuitvoerlegging van de beslissing van de rechter te Metz en terugkeer van de kinderen naar hun moeder bevolen.

In een psychologisch rapport van 17 augustus 1993 kwam naar voren dat de kinderen niet wilden terugkeren naar hun moeder en dat zij gelukkig waren bij hun vader en zijn nieuwe vrouw. Maud had geen bijzondere gevoelens over haar moeder, maar Adèle vertelde de psycholoog dat haar moeder "lelijk en gemeen" was, dat zij niet van hen hield, maar alleen maar met hen wilde pronken en cadeautjes voor hen wilde kopen.

Op 1 februari 1994 oordeelde de Californische rechter dat de Texaanse rechter niet bevoegd was de beslissing van de Franse rechter te vernietigen. Op 29 april 1994 bevestigde het Superior Court van Californië opnieuw de beslissing van de Franse rechter te Metz en bepaalde dat de kinderen behoorden te verblijven bij de moeder. Bovendien werd bepaald dat het vertrek van de kinderen uit Californië zonder de specifieke toestemming van de rechter onrechtmatig zou zijn. De vader volgde de beslissingen van de Californische rechters niet op en vertrok in maart 1994 met de kinderen naar Roemenië.

Op grond van het Haagse Verdrag inzake burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering (het Haags kinderontvoeringsverdrag) wendde de moeder zich in juli tot de Franse centrale autoriteit, het Franse ministerie van Justitie. In november 1994 wendde de centrale autoriteit van de Verenigde Staten zich tot de Roemeense centrale autoriteit, het Roemeense ministerie van Justitie met het verzoek de kinderen te laten terugkeren. Dit verzoek was gebaseerd op de art. 3 en 5 van het Verdrag. De Franse centrale autoriteit deed hetzelfde in december 1994.

Op basis van art. 2 van het Haagse kinderontvoeringsverdrag verzocht de moeder eind 1994 aan het gerecht van eerste aanleg van Boekarest de vader te bevelen te voldoen aan de beslissing van de Franse rechter van 28 mei 1991 en de kinderen te laten terugkeren naar Frankrijk. Deze rechter gaf op 14 december 1994 het bevel, uitvoerbaar bij voorraad, dat de kinderen dienden terug te keren naar de moeder. Tenuitvoerlegging was echter niet mogelijk, omdat de vader de kinderen van school had gehaald en naar een onbekende verblijfplaats gebracht.

Van de beslissing in eerste aanleg ging de vader in beroep. Tijdens dat beroep is op zijn verzoek de tenuitvoerlegging van het bevel opgeschort. De bezwaren van de vader werden verworpen, ook in beroep.

De gemeente Boekarest heeft in de tweede helft van 1995 een sociaal onderzoek naar het gezin van de vader uitgevoerd. Conclusie van dat onderzoek was dat de kinderen het beste in Roemenië opgevoed zouden kunnen worden.

Op 27 oktober 1995 dient de vader een verzoek in bij het gerecht in eerste aanleg van Boekarest om het gezag over de kinderen aan hem alleen te doen toekomen. Nadat de kinderen waren gehoord en gegevens over een religieuze sekte waartoe

de moeder zou behoren, waren verschaft, is het verzoek, mede gelet op de uitkomsten van het sociaal onderzoek, toegewezen bij beslissing van 5 februari 1996. Hoger beroep daartegen is uiteindelijk verworpen bij beslissing van 30 januari 1998. In de procedures blijkt de moeder niet behoorlijk te zijn opgeroepen en te zijn vertegenwoordigd.

De vader heeft op 5 januari 1995 een verzoek ingediend bij de familierechter te Metz om hem alleen het gezag toe te kennen en de verblijfplaats van de kinderen te verplaatsen naar hem. Dit verzoek is afgewezen. De Rechtbank overweegt geschokt te zijn door hetgeen de kinderen – dan 10 en 14 jaar – over hun moeder schrijven. Zij spreken over hun moeder als “idiot”, als “mijn ex-moeder” en schrijven dat zij hoopten dat haar huis in brand zou vliegen en dat zij dan in huis zou zijn. De Rechtbank concludeert dat de vader de kinderen sinds 1991 bij de moeder weggehouden heeft en hen opgevoed heeft met haatgevoelens voor haar. Vanaf 1994 reist de moeder acht keer naar Roemenië in de hoop haar kinderen te zien. Er zijn verschillende pogingen gedaan om het vonnis van 14 december 1994 te executeren. Het huis van de vader is driemaal doorzocht door een deurwaarder zonder de kinderen te vinden (op 22 december 1994, 10 mei 1995 en 4 december 1995). Er zijn in totaal drie afspraken met de vader gemaakt om de kinderen naar een bepaalde plaats te brengen, maar die afspraken zijn door de vader niet nagekomen. Uiteindelijk ontmoet de moeder haar kinderen na zeven jaar op 29 januari 1997 op hun school. Deze ontmoeting duurt slechts enkele minuten. Toen Maud haar moeder zag wilde zij wegrekken. Zij dreigde met het springen uit een raam als zij haar moeder zou moeten ontmoeten. Adèle begon te schreeuwen dat haar moeder weg moest gaan en dat zij haar nooit meer wilde zien. De moeder heeft, nadat de kinderen weggebracht waren, aangegeven dat zij niet langer zou aandringen op uitvoering van het vonnis van 14 december 1994. Zij vroeg het hoofd van de school haar regelmatig te informeren over de schoolresultaten van de kinderen.

Het Roemeense ministerie van Justitie bepaalt vervolgens dat de kinderen niet zullen terugkeren naar hun moeder. De moeder ontving in juni 1997 enige informatie over de gemiddelde schoolresultaten over het afgelopen schooljaar. Daarover heeft zij haar beklag gedaan.

Op 22 januari 1996 heeft de moeder een klacht ingediend bij de toenmalige Europese Commissie voor de rechten van de mens. Zij klaagde dat in strijd met het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven de Roemeense autoriteiten geen maatregelen hebben genomen om de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissingen te waarborgen, waarbij het gezag over de kinderen aan haar was toegekend en bepaald was dat de kinderen bij haar moesten wonen. De Commissie heeft de klacht ontvankelijk verklaard op 2 juli 1997. Ten gronde oordeelde de Commissie in haar rapport van 9 september 1998 unaniem dat art. 8 EVRM was geschonden.

**Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens**

(...)

*I. Alleged Violation of Article 8 of the convention*

1. The applicant alleged that the Romanian authorities had not taken sufficient steps to ensure rapid execution of the court decisions and facilitate the return of her daughters to her. The authorities had thus breached Article 8 of the Convention, which provides:

(...)

2. The applicant complained, in particular, of the half-hearted attempts made to execute the order of 14 December 1994, which she described as “pretences”, and pointed out that nothing had been done to find her daughters, who had been hidden by their father each time before the bailiff arrived. As to the meeting arranged by the authorities on 29 January 1997, she considered that in view of the circumstances in which it had taken place, it was just another pretence. She also criticised the Romanian authorities for their total inactivity between December 1995 and January 1997.

(...)

3. The Court notes, firstly, that it was common ground that the tie between the applicant and her children was one of family life for the purposes of that provision.

4. That being so, it must be determined whether there has been a failure to respect the applicant’s family life. The Court reiterates that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There are in addition positive obligations inherent in an effective “respect” for family life. In both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see the *Keegan v. Ireland* judgment of 26 May 1994, Series A no. 290, p. 19, § 49).

As to the State’s obligation to take positive measures, the Court has repeatedly held that Article 8 includes a parent’s right to the taking of measures with a view to his or her being reunited with his or her child and an obligation on the national authorities to take such action (see, for example, the following judgments: *Eriksson v. Sweden*, 22 June 1989, Series A no. 156, pp. 26-27, § 71; *Margareta and Roger Andersson v. Sweden*, 25 February 1992, Series A no. 226-A, p. 30, § 91; *Olsson v. Sweden* (no. 2), 27 November 1992, Series A no. 250, pp. 35-36, § 90; and *Hokkanen v. Finland*, 23 September 1994, Series A no. 299-A, p. 20, § 55).

However, the national authorities’ obligation to take measures to facilitate reunion is not absolute, since the reunion of a parent with children who have lived for some time with the other parent may not be able to take place immediately and may require preparatory measures to be taken. The nature and extent of such preparation will depend on the circumstances of each case, but the understanding and cooperation of all concerned are always an important ingredient. Whilst national authorities must do their utmost to facilitate such cooperation, any obligation to apply coercion in this area must be limited since the interests as well as the rights and freedoms of all concerned must be taken into account, and more particularly the best interests of the child and his or her rights under Article 8 of the Convention. Where contacts with the parent might appear to threaten those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance between them (see the *Hokkanen* judgment cited above, p. 22, § 58).

5. Lastly, the Court considers that the positive obligations that Article 8 of the Convention lays on the Contracting States in the matter of reuniting a parent

with his or her children must be interpreted in the light of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (“the Hague Convention”). This is all the more so in the instant case as the respondent State is also a party to that instrument, Article 7 of which contains a list of measures to be taken by States to secure the prompt return of children. 6. What is decisive in the present case is therefore whether the national authorities did take all steps to facilitate execution of the order of 14 December 1994 that could reasonably be demanded (*ibid.*).

*A. period to be taken into consideration*  
(...)

7. The Court must therefore determine whether the authorities’ obligation to take steps to facilitate the execution of the order of 14 December 1994 ceased after the judgment of 28 May 1998 giving parental responsibility to D.Z. The Court points out that in its judgment of 24 February 1995 in the *McMichael v. the United Kingdom* case (Series A no. 307-B, p. 55, § 87) it held that, although Article 8 contained no explicit procedural requirements, “the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8: ‘[W]hat ... has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as “necessary” within the meaning of Article 8.’ (see the *W. v. the United Kingdom* judgment [of 8 July 1987, Series A no. 121-A], pp. 28 and 29, §§ 62 and 64)”.

The Court notes, firstly, that neither the applicant nor any representative of hers was present at the delivery of the Bucharest Court of Appeal’s judgment of 28 May 1998, nor was that judgment served on the applicant. Not until 13 September 1999, when the Government submitted it to the Court, was the applicant able to study the judgment in question. Secondly, the applicant was not present at any of the hearings held during the course of the proceedings which led to the decision in issue. It appears from the documents produced by the Government that, contrary to Article 87 § 8 of the Romanian Code of Civil Procedure, no summons was served on the applicant at her home in France, although her address was known.

As regards the notification served on Stefan Constantin, the Court notes that it was not a substitute for the notification to the applicant required by Article 87 § 8 *in fine* of the Code of Civil Procedure and the settled case-law of the domestic courts (see paragraph 83 above).

8. In the light of those circumstances, the Court considers that the proceedings that led to the Bucharest Court of Appeal’s decision did not satisfy the procedural requirements of Article 8 of the Convention. Consequently, it cannot consider that the aforementioned decision put an end to the Government’s positive obligations under Article 8.



*B. Enforcement of the applicant's right to parental responsibility and to the return of the children*

9. The Court must therefore determine whether the national authorities took the necessary adequate steps to facilitate the execution of the order of 14 December 1994.

10. In a case of this kind the adequacy of a measure is to be judged by the swiftness of its implementation. Proceedings relating to the granting of parental responsibility, including execution of the decision delivered at the end of them, require urgent handling as the passage of time can have irremediable consequences for relations between the children and the parent who does not live with them. In the instant case this was all the more so as the applicant had brought an urgent application in the courts. The essence of such an application is to protect the individual against any damage that may result merely from the lapse of time. The Court notes that Article 11 of the Hague Convention requires the judicial or administrative authorities concerned to act expeditiously in proceedings for the return of children and any inaction lasting more than six weeks may give rise to a request for a statement of reasons for the delay.

11. In the instant case bailiffs went to D.Z.'s home on four occasions between December 1994 and December 1995. While the initial attempts at execution took place immediately after the order of 14 December 1994, on 22 and 27 December 1994, the same cannot be said of the subsequent attempts: the third visit from the bailiffs did not take place until four months later, on 10 May 1995, and the last visit was on 4 December 1995.

The Court notes that no satisfactory explanation was put forward to justify those delays. Similarly, it has difficulty in discerning the reasons why the Bucharest County Court decided to stay execution of the order between 30 June and 1 September 1995.

12. Furthermore, the Court notes that the Romanian authorities were totally inactive for more than a year, from December 1995 to 29 January 1997, when the only meeting between the applicant and her children took place. No explanation for this was provided by the Government.

13. For the rest, it observes that no other measure was taken by the authorities to create the necessary conditions for executing the order in question, whether coercive measures against D.Z. or steps to prepare for the return of the children.

14. Although coercive measures against children are not desirable in this sensitive area, the use of sanctions must not be ruled out in the event of unlawful behaviour by the parent with whom the children live.

15. The Government alleged that such measures could only have been taken at the instance of the applicant, but she had not made any application to that end. In particular, she could have brought an action in a civil court, under Article 1075 of the Civil Code, for a fine to be imposed for every day's delay in the execution of the order of 14 December 1994, or she could have lodged a criminal complaint with the appropriate bodies for failure to comply with the parental-responsibility measures.

16. The Court is not required to examine whether the domestic legal order allowed of effective sanctions against D.Z. It is for each Contracting State to equip itself with adequate and effective means to ensure compliance with its positive

obligations under Article 8 of the Convention. The Court's sole task is to consider whether in the instant case the measures taken by the Romanian authorities were adequate and effective.

17. It notes in this connection that D.Z.'s failure to go to the Ministry of Justice on 11 or 15 May 1995 as requested did not have any consequences for him. Similarly, the Romanian authorities imposed no penalty on him after his refusal to present the children to the bailiffs. Furthermore, they took no initiative to try to ascertain the children's whereabouts.

18. As to the alleged failure to lodge a criminal complaint, which was necessary to trigger proceedings against D.Z., the Court notes that in a letter of 23 December 1994 the applicant indicated to the Minister of Justice that she wished to lodge a criminal complaint against D.Z. and, having set out the grounds for the complaint, asked him to do what was necessary. No action was taken on that letter, however.

The Court observes that under sections 30 and 38 of the Administration of Justice (Amendment) Act, State Counsel's offices are under the authority of the Minister of Justice, who has the power to give instructions to State Counsel. That being so, it regards the Government's argument that the applicant did not lodge a criminal complaint with the appropriate body as being invalid.

19. Inasmuch as the Government criticised the applicant for not having applied for an order imposing a daily fine, the Court considers that such an action cannot be regarded as effective, since it is an indirect and exceptional method of execution. Furthermore, the applicant's omission could not have absolved the authorities from their obligations in the matter of execution, since it is they who exercise public authority.

20. Nor was any preparatory contact between the social services, the applicant and the children arranged by the authorities, who also failed to seek the assistance of psychologists or child psychiatrists (see, *mutatis mutandis*, the Olsson (no. 2) judgment cited above, pp. 35-36, §§ 89-91). The social services, for instance, despite having sufficient relevant powers under Article 108 of the Family Code, only met the children in connection with the proceedings for transfer of parental responsibility (see paragraphs 38 and 44 above) and did no more than make purely descriptive inquiry reports.

Apart from the one on 29 January 1997, no meeting between the applicant and her children was arranged by the authorities, although the applicant had travelled to Romania on eight occasions in the hope of seeing them. As to the meeting on 29 January 1997, which, the Court stresses, took place one year after the present application was lodged with the Commission and two years after the interim order of 14 December 1994, it was not, in the Court's view, arranged in circumstances such as to encourage a positive development of the relations between the applicant and her children. It took place at the children's school, where their father was a teacher, in the presence of a large group of people consisting of teachers, civil servants, diplomats, policemen, the applicant and her lawyer (see paragraph 70 above). No social workers or psychologists had been involved in the preparation of the meeting. The interview lasted only a few minutes and came to an end when the children, who were clearly not prepared in any way, made as if to flee (see paragraphs 71-72 above).

On 31 January 1997, immediately after the failure of that one and only meeting, the Romanian Ministry of Justice, acting as Central Authority, ordered that the children should not be returned, on the ground that they were refusing to go and live with their mother (see paragraph 73 above). Since that date no further attempt has been made to bring the applicant and her children together.

21. The Court notes, lastly, that the authorities did not take the measures to secure the return of the children to the applicant that are set out in Article 7 of the Hague Convention.

Having regard to the foregoing, and notwithstanding the respondent State's margin of appreciation in the matter, the Court concludes that the Romanian authorities failed to make adequate and effective efforts to enforce the applicant's right to the return of her children and thereby breached her right to respect for her family life, as guaranteed by Article 8.

There has consequently been a violation of Article 8.

(...)

*For these reasons, the Court*

1. Holds by six votes to one that there has been a violation of Article 8 of the Convention;

2. Holds by six votes to one that the respondent State is to pay the applicant, within three months, the following sums, together with any value-added tax that may be chargeable:

(...)

Het arrest van het EHRM is gepubliceerd in *NJ* 2002, 239, m.nt. SW.

Commentaar

74

**EHRM**

17 december 2002

**Venema**

**Betrokkenheid in besluitvormingsproces tot ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing**

Venema  
*tegen*  
Nederland

Partijen

Op 14 februari 2004 is Kimberly, dochter van de heer en mevrouw Venema geboren. Vanaf mei 1994 merkt het echtpaar Venema dat Kimberly soms stopt met ademen en dat haar hartslag sterk versnelt. Zij zoeken medisch advies bij het Leids Universitair Medisch Centrum (LUMC). Kimberly verblijft twee keer in het ziekenhuis, in juli en augustus 1994. De doktoren kunnen niets vinden. Zij beginnen te vermoeden dat mevrouw Venema zou lijden aan het Münchhausen by proxy syndrome (MPS). Dat is een toestand, waarin de ouder van een kind,

Feiten en verloop  
van de procedure

bijna steeds de moeder, vanuit een behoefte aan aandacht voor zichzelf, overbodige medische hulp zoekt voor zichzelf. De ouder kan een ziekte fingeren of zelfs symptomen van een ziekte zelf teweegbrengen. Soms ontstaat een levensbedreigende situatie.

In augustus 1994 wordt Kimberly verwezen naar Curium, een psychiatrische kliniek voor kinderen. Ongeveer tegelijkertijd uiten de doktoren hun vermoedens tegenover de Raad voor de kindbescherming (de raad) zonder de namen van de ouders te noemen. De raad adviseert de doktoren de aangewezen medische zorg te bieden en de vermoedens te bespreken met de ouders. Dit laatste gebeurt niet. Op 1 december 1994 belt een arts van het Bureau vertrouwensartsen met de raad om te melden dat vermoed wordt dat de moeder – zonder haar naam te noemen – lijdt aan MPS. De vertrouwensarts zou meer informatie ten behoeve van de raad verzamelen. Het staat niet vast dat dit is gedaan.

Kimberly wordt op 14 december 1994 weer in het ziekenhuis opgenomen. Op 20 december wordt besloten in een bijeenkomst van de directeur van het Curium, vier doktoren, twee verpleegsters van het LUMC, de arts van het bureau vertrouwensartsen, een vertegenwoordiger van de raad, en nog enige andere bij het gezin betrokken hulpverleners, dat Curium en LUMC gezamenlijk een rapport zullen opstellen. De heer en mevrouw Venema worden niet geïnformeerd. Tijdens deze bijeenkomst wordt de identiteit van de ouders aan de raad bekend.

Op 3 januari zendt Curium een inmiddels herziene versie van het rapport aan de raad voor de kindbescherming. Het rapport concludeert dat Kimberly's leven in gevaar is en dat ingrijpen dringend nodig is. Gesteld wordt dat bespreking van het rapport met de ouders niet mogelijk is vanwege hun mogelijk onvoorspelbare reactie.

Op 4 januari verzoekt de raad de kinderrechter om een ondertoezichtstelling (ots) en uithuisplaatsing (uhp) van Kimberly. Diezelfde dag spreekt de kinderrechter een voorlopige ots uit voor de periode tot 11 januari 1995 in afwachting van een definitieve beslissing over de ots, terwijl tevens een machtiging tot uhp wordt gegeven. De heer en mevrouw Venema worden niet gehoord. Dat wordt gepland voor 10 januari 1995. De raad stuurt op 5 januari 1995 aan de ouders het verzoek tot voorlopige ots, het Curium/LUMC-rapport en diverse artikelen over MPS. De ouders stellen deze stukken nimmer te hebben ontvangen.

Als mevrouw Venema op 6 januari haar dochter uit het ziekenhuis komt ophalen, hoort zij van de ots en uhp. Zij mag Kimberly niet zien. Die dag machtigt de kinderrechter tot plaatsing in een pleeggezin zonder de ouders te horen. Twee doktoren van het LUMC en een vertegenwoordiger van de raad bespreken die dag het Curium/LUMC-rapport met beide ouders, alsmede de gevolgen van de (voorlopige) ots.

De kinderrechter hoort de ouders, vergezeld van een raadsman, op 10 januari 1995. De rechter beslist dat de voorlopige ots van kracht blijft, maar ook dat zo snel als mogelijk een 'second opinion' moet worden verkregen van een psychiater en een kinderpsychiater. De psychiater geeft op 27 januari 1995 zijn second opinion. Daarin oordeelt hij dat er geen aanwijzingen zijn dat de ouders Venema een gevaar vormen voor Kimberly. Na een telefonische discussie met de raad wordt op 3 februari 1995 aan deze second opinion een passage toegevoegd, waarin staat dat "het niet geheel uitgesloten moet worden geacht dat de moeder

zou lijden aan MPS en dat verder onderzoek noodzakelijk is". Curium geeft in reactie op de second opinion aan dat deze geen aanleiding geeft zijn mening te herzien.

Op 28 februari 1995 krijgen de ouders een tweede kind, Jonathan. Een verzoek tot ondertoezichtstelling van dit kind, gedaan op 14 februari 1995, wordt op 16 februari 1995 ingetrokken.

Intussen zijn de ouders in hoger beroep gegaan van de uhp. Dat wordt op 15 maart 1995 verworpen. Het Hof oordeelt dat de raad voldoende reden had voor zijn verzoeken en dat ook de kinderrechtster voor zijn beslissingen voldoende grond had. Het had wel de voorkeur gehad als de ouders eerder in de procedure betrokken waren geweest.

Op 2 mei 1995 machtigt de kinderrechtster tot verlenging van de uhp tot 23 mei 1995 zonder de ouders te horen. Het hoger beroep van deze beslissing wordt op 12 mei verworpen. Voorafgaand aan deze beslissing zijn de ouders gehoord.

Het op 10 januari gevraagde rapport van de kinderpsychiater wordt op 19 mei ingediend. Dit rapport bevat uitgebreide verslagen van medische en andere onderzoeken, waaronder psychiatrische onderzoeken van beide ouders. Geen teken van enige geestelijke stoornis bij een van de beide ouders blijkt. Kimberly vertoont geen tekenen van mishandeling. Voor het stokken van het ademen wordt een fysieke verklaring gegeven. Kimberly's ontwikkeling is belemmerd door de uhp. Zonder enig voorbehoud concludeert het rapport dat Kimberly naar haar ouders dient terug te keren. Op 22 mei 1995 herroept de kinderrechtster de voorlopige ots en de uhp. Kimberly wordt herenigd met haar ouders.

Naar deze zaak is een officieel onderzoek gelast door de Staatssecretaris van Justitie. De algemene conclusie naar aanleiding van dit onderzoek luidt dat de raad rechtmatig en volgens zijn verantwoordelijkheid krachtens de wet heeft gehandeld, maar dat de interne werkprocessen verbetering behoeven.

Zijn de ouders Venema voldoende betrokken bij het besluitvormingsproces dat uiteindelijk heeft geleid tot de inbreuken op hun 'family life' met Kimberly in de vorm van de voorlopige ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van Kimberly?

**Rechtsvraag**

(...)

88. The Court considers that the applicants' complaints, firstly, that the failure of the Child Welfare Board to involve itself at an earlier stage in the proceedings led it to make a precipitate application to the juvenile judge and, secondly, that it acted on incomplete information with the result that it provided insufficient information to the juvenile judge, cannot be dissociated from the applicants' broader complaint concerning their own lack of involvement in the decision-making process which culminated in the making of the provisional order on 4 January 1995. Given their interrelation it would be artificial to treat these various issues as distinct and unconnected.

89. For the Court, the essence of the applicants' case is that they were at no stage prior to the making of the provisional order consulted about the concerns being expressed about them by health professionals or offered an opportunity to contest the reliability, relevance or sufficiency of the information being compiled on them. Furthermore, although the Child Welfare Board only became actively

**Europees Hof voor de rechten van de mens**

involved in Kimberly's case on 20 December 1994, it cannot be overlooked that the possible need for urgent action was being considered by public health professionals already in August 1994 and that the Child Welfare Board had made recommendations in that month to the Leiden University Hospital doctors on how to proceed.

90. Against this background, the Court reiterates that its role is not to substitute itself for the domestic authorities in the exercise of their responsibilities in the field of the compulsory taking of children into public care, but rather to review under the Convention the decisions that those authorities have taken in the exercise of their power of appreciation. The margin of appreciation so to be accorded to the competent national authorities will vary in the light of the nature of the issues and the seriousness of the interests at stake. While national authorities enjoy a wide margin of appreciation in assessing the necessity of taking a child into care, in particular where an emergency situation arises, the Court must still be satisfied in the circumstances of the case that there existed circumstances justifying such a measure. In this respect, it must have particular regard to whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify the measure were relevant and sufficient such as to allow the conclusion to be drawn that it was "necessary in a democratic society" (see *P, C. and S. v. the United Kingdom*, cited above, §§ 114-16).

91. The Court reiterates that whilst Article 8 contains no explicit procedural requirements, the decision-making process involved in measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded by Article 8 of the Convention. The applicable principle has been stated as follows (see *B. v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, pp. 73-74, § 65):

"In the Court's view, what ... has to be determined is whether, having regard to the particular circumstances of the case and notably the serious nature of the decisions to be taken, the parents have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests. If they have not, there will have been a failure to respect their family life and the interference resulting from the decision will not be capable of being regarded as 'necessary' within the meaning of Article 8."

92. It is essential that a parent be placed in a position where he or she may obtain access to information which is relied on by the authorities in taking measures of protective care or in taking decisions relevant to the care and custody of a child. Otherwise, the parent will be unable to participate effectively in the decision-making process or put forward in a fair or adequate manner those matters militating in favour of his or her ability to provide the child with proper care and protection (see *McMichael v. the United Kingdom*, judgment of 24 February 1995, Series A no. 307-B, p. 57, § 92, and *T.P. and K.M. v. the United Kingdom* [GC], no. 28945/95, § 73, ECHR 2001-V).

93. The Court accepts that when action has to be taken to protect a child in an emergency, it may not always be possible, because of the urgency of the situation, to associate in the decision-making process those having custody of the child. Nor, as the Government point out, may it even be desirable, even if possible, to do so if those having custody of the child are seen as the source of an immediate

threat to the child, since giving them prior warning would be liable to deprive the measure of its effectiveness. The Court must however be satisfied that the national authorities were entitled to consider that there existed circumstances justifying the abrupt removal of the child from the care of its parents without any prior contact or consultation. In particular, it is for the respondent State to establish that a careful assessment of the impact of the proposed care measure on the parents and the child, as well as of the possible alternatives to the removal of the child from its family, was carried out prior to the implementation of a care measure (see *K. and T. v. Finland*, cited above, § 166).

94. Turning to the facts of the instant case, the Court observes that, irrespective of the Child Welfare Board's allegedly tardy involvement in the procedure, the doctors at Leiden University Hospital had been monitoring Kimberly's situation as of August 1994 and were expressing real concern about Mrs Venema's mental condition (see paragraph 12 above). It cannot be overlooked that the Child Welfare Board advised the doctors at Leiden University Hospital to discuss their concerns with Mr and Mrs Venema (see paragraph 15 above). This advice was not followed. The Court finds it surprising that the Child Welfare Board's representative at the meeting held on 20 December 1994 to discuss Kimberly's case did not renew this advice or ascertain whether the applicants had been consulted about the concerns being expressed about them (see paragraph 18 above). In the event, the Board obtained a joint report of Leiden University Hospital and Curium on 2 January 1995. In response to questions put by the Board, a revised version was transmitted to it on 3 January 1995. This report concluded that Kimberly's life was at risk and that urgent action was required. On the basis of this report, the juvenile judge decided on 4 January 1995 to issue provisional orders, valid until 11 January 1995, ordering Kimberly's placement under supervision and away from her family. At no stage were the applicants asked to comment on the concerns about them or in any other way involved in the procedure.

95. It is to be further noted that on 20 December 1994 Kimberly was in hospital, where she remained until 6 January 1995. During this time she was thus in perfect safety. When the applicants came to collect Kimberly from the hospital on 6 January 1995, they were told that they were not allowed to take her home and that they were not allowed to see her. This must have come to them as a complete surprise as the hospital doctors, who had informed the Child Welfare Board of their analysis of Kimberly's health situation, had not discussed this with her parents.

96. It has not been explained to the Court's satisfaction why the doctors at Leiden University Hospital or the Child Welfare Board could not have made arrangements to discuss their concerns with the applicants and to afford them an opportunity to dispel those concerns, if need be with reference to their own medical experts' opinions. The Court is not persuaded by the opinion in the revised report sent by Curium to the Child Welfare Board on 3 January 1995 (see paragraph 21 above) that the applicants might have reacted unpredictably if the matter was discussed with them. In the Court's opinion, this justification, while it may be relevant, cannot of itself be considered sufficient to exclude Kimberly's parents from a procedure of immense personal importance to them, the less so having regard to the fact that Kimberly was in perfect safety in the days preced-

ing the making of the provisional order. It would observe further that the failure in this case to involve the applicants in the investigative procedure before applying for the provisional order contrasts sharply with the procedure of consultation and information followed by the domestic authorities in *P, C. and S. v. the United Kingdom*, cited above, where arguably there was more evidence of a threat posed to the welfare of the child (loc. cit., §§ 124-26).

97. It has been contended by the Government that, in view of the conclusions reached in the joint report of 3 January 1995 and in particular the perceived life-threatening situation for Kimberly and need for immediate urgent measures, the Child Welfare Board's reliance on this report or the juvenile judge's reaction in the form of provisional measures valid for eight days cannot be considered arbitrary or unreasonable or as overstepping the margin of appreciation enjoyed by them. However, it remains the case that the applicants were at no stage able to influence the outcome of the procedure by, for example, contesting the reliability of the information compiled in their case or adding information from their own sources to the file. It was not before 10 January 1995, when the hearing before the juvenile judge took place, that Kimberly's parents could express their views. This was six days after the juvenile judge, on the basis of the untested fears of the Child Welfare Board, had issued the provisional supervision order and an order for Kimberley to be placed away from her family and four days after the juvenile judge had issued an order to have Kimberley placed in a foster home. Before Kimberly's parents were heard and given a chance to dispute the validity of the Child Welfare Board's fears, measures had already been taken which, because of their immediate impact and Kimberly's age, were difficult to redress.

98. For the Court, it was crucial for the parents to be able to put forward at some stage before the making of the provisional order their own point of view. It notes that the report of the official inquiry indicated that the Child Welfare Board could "have displayed more creativity in seeking a solution that did more justice to the parents' interests" and that the Child Welfare Board's advice to the juvenile judge might have been more complete (see paragraph 56 above). It further notes that the Court of Appeal observed that it would have been preferable to have involved the parents in the decision-making process at least at an earlier stage (see paragraph 40 above). The unjustified failure to allow them to participate in the decision-making process leading to the making of the provisional order denied them the requisite protection of their interests under Article 8 of the Convention, including their right to challenge the necessity for the measure sought by the Child Welfare Board. That measure, it is to be noted, formed the basis of the regrettable separation of the applicants and their daughter for a period of five months and eighteen days.

99. In summary, the competent authorities presented the applicants with faits accomplis without sufficient justification. This is enough for the Court to find that there has been a violation of Article 8 of the Convention.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2004, 632 m.nt. JdB.



75

**EHRM**

13 februari 2003

**Odièvre**

**Recht om te weten van wie men afstamt?**

Odièvre  
tegen  
Frankrijk

**Partijen**

Klaagster, de Française Pascal Odièvre, is in 1965 geboren en woont in Parijs. Haar moeder heeft bij de geboorte verzocht om die geheim te houden. Zij heeft volgens de regels afstand gedaan van haar kind. Klaagster werd geplaatst onder de zorg van de Staat en is in een kindertehuis geplaatst. Zij is vervolgens geadopteerd door de heer en mevrouw Odièvre.

**Feiten en verloop  
van de procedure**

Klaagster heeft in 1990 haar dossier bij de ‘Dienst voor het welzijn van kinderen’ geraadpleegd en niet-identificerende gegevens over haar natuurlijke familie ontvangen. Uit het dossier blijkt onder andere dat haar natuurlijke ouders nog drie zoons hebben. Eentje is in 1963 geboren, de andere twee na 1965.

Op 27 januari 1998 verzoekt klaagster aan het Parijse *Tribunal de grande instance* een bevel tot openbaarmaking van de informatie over haar geboorte en toestemming tot het maken van copieën van enig document, van geboorte-, huwelijks- en overlijdensaktes, burgerlijke stand documenten en volledige geboorteakten. Ze geeft als reden voor het verzoek dat ze te weten is gekomen dat ze drie broers heeft, maar dat de Franse Dienst voor het kindwelzijn heeft geweigerd informatie te verschaffen over haar broers, omdat deze broers erop mogen vertrouwen dat deze informatie geheim blijft.

Op 2 februari 1998 stuurt de griffier het dossier terug naar de raadsman van klaagster met de mededeling dat klaagster zou kunnen overwegen een verzoek tot het geven van een dergelijk bevel bij de administratieve rechter in te dienen. De griffier wijst er wel op dat een dergelijk bevel in strijd zou zijn met de wet van 8 januari 1993.

De mogelijkheid dat een geboorte geheim blijft bestaat in Frankrijk al heel lang. De wet van 8 januari 1993 heeft dit systeem van anonieme geboortes bevestigd. De keuze van de moeder voor een anonieme geboorte, een recht van de moeder, maakt het volgens deze wet onmogelijk om achteraf vast te stellen wie de moeder is, aangezien er geen moeder is in de zin van de wet. Sinds begin 2002 is het mogelijk om de identiteit van de moeder te achterhalen, als de moeder daartoe uitdrukkelijk toestemming verleent.

Is het in strijd met het recht op eerbiediging van het privé- en familie- en gezinsleven dat een kind niet te weten kan komen wie zijn moeder is?

**Rechtsvraag**

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

I. The Law

(...)

28. In the instant case, the Court notes that the applicant's purpose is not to call into question her relationship with her adoptive parents but to discover the circumstances in which she was born and abandoned, including the identity of her natural parents and brothers. For that reason, it considers it necessary to examine the case from the perspective of private life, not family life, since the applicant's claim to be entitled, in the name of biological truth, to know her personal history is based on her inability to gain access to information about her origins and related identifying data.

29. The Court reiterates in that connection that "Article 8 protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world. ... The preservation of mental stability is in that context an indispensable precondition to effective enjoyment of the right to respect for private life" (see *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47, ECHR 2001-I). Matters of relevance to personal development include details of a person's identity as a human being and the vital interest protected by the Convention in obtaining information necessary to discover the truth concerning important aspects of one's personal identity, such as the identity of one's parents (see *Mikulić v. Croatia*, no. 53176/99, §§ 54 and 64, ECHR 2002-I). Birth, and in particular the circumstances in which a child is born, forms part of a child's, and subsequently the adult's, private life guaranteed by Article 8 of the Convention. That provision is therefore applicable in the instant case.

II. Compliance with article 8

(...)

40. The Court reiterates that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves (see *X and Y v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, p. 11, § 23). The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance which has to be struck between the competing interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see *Mikulić*, cited above, § 58).

41. The applicant complained that France had failed to ensure respect for her private life by its legal system, which totally precluded an action to establish maternity being brought if the natural mother had requested confidentiality and, above all, prohibited the Child Welfare Service or any other body that could give access to such information from communicating identifying data on the mother.

42. In the Court's opinion, people "have a vital interest, protected by the Convention, in receiving the information necessary to know and to understand their childhood and early development". With regard to an application by Mr Gaskin

for access to the case records held on him by the social services – he was suffering from psychological trauma as a result of ill-treatment to which he said he had been subjected when in State care – the Court stated:

“... confidentiality of public records is of importance for receiving objective and reliable information, and ... such confidentiality can also be necessary for the protection of third persons. Under the latter aspect, a system like the British one, which makes access to records dependent on the consent of the contributor, can in principle be considered to be compatible with the obligations under Article 8, taking into account the State’s margin of appreciation. The Court considers, however, that under such a system the interests of the individual seeking access to records relating to his private and family life must be secured when a contributor to the records either is not available or improperly refuses consent. Such a system is only in conformity with the principle of proportionality if it provides that an independent authority finally decides whether access has to be granted in cases where a contributor fails to answer or withholds consent.” (*Gaskin*, cited above, p. 20, § 49; see also *M.G. v. the United Kingdom*, no. 39393/98, § 27, 24 September 2002)

In *Mikulić*, cited above, the applicant, a 5-year-old girl, complained of the length of a paternity suit which she had brought with her mother and the lack of procedural means available under Croatian law to enable the courts to compel the alleged father to comply with a court order for DNA tests to be carried out. The Court weighed the vital interest of a person in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of his or her personal identity against the interest of third parties in refusing to be compelled to make themselves available for medical testing. It found that the State had a duty to establish alternative means to enable an independent authority to determine the paternity claim speedily. It held that there had been a breach of the proportionality principle as regards the interests of the applicant, who had been left in a state of prolonged uncertainty as to her personal identity (§§ 64-66).

43. The Court observes that Mr Gaskin and Miss Mikulić were in a different situation to the applicant. The issue of access to information about one’s origins and the identity of one’s natural parents is not of the same nature as that of access to a case record concerning a child in care or to evidence of alleged paternity. The applicant in the present case is an adopted child who is trying to trace another person, her natural mother, by whom she was abandoned at birth and who has expressly requested that information about the birth remain confidential.

44. The expression “everyone” in Article 8 of the Convention applies to both the child and the mother. On the one hand, people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life. The child’s vital interest in its personal development is also widely recognised in the general scheme of the Convention (see, among many other authorities, *Johansen v. Norway*, judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, p. 1008, § 78; *Mikulić*, cited above, § 64; and *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 66, ECHR 2002-I). On the other hand, a woman’s interest in remaining anonymous in order to protect her health by giving birth in appropriate medical conditions cannot be denied. In the present case, the applicant’s mother never went to see the baby at the clinic and appears to have greeted their separation with

total indifference (see paragraph 12 above). Nor is it alleged that she subsequently expressed the least desire to meet her daughter. The Court's task is not to judge that conduct, but merely to take note of it. The two private interests with which the Court is confronted in the present case are not easily reconciled; moreover, they do not concern an adult and a child, but two adults, each endowed with her own free will.

In addition to that conflict of interest, the problem of anonymous births cannot be dealt with in isolation from the issue of the protection of third parties, essentially the adoptive parents, the father and the other members of the natural family. The Court notes in that connection that the applicant is now 38 years old, having been adopted at the age of four, and that non-consensual disclosure could entail substantial risks, not only for the mother herself, but also for the adoptive family which brought up the applicant, and her natural father and siblings, each of whom also has a right to respect for his or her private and family life.

45. There is also a general interest at stake, as the French legislature has consistently sought to protect the mother's and child's health during pregnancy and birth and to avoid abortions, in particular illegal abortions, and children being abandoned other than under the proper procedure. The right to respect for life, a higher-ranking value guaranteed by the Convention, is thus one of the aims pursued by the French system.

In these circumstances, the full scope of the question which the Court must answer – does the right to know imply an obligation to divulge? – is to be found in an examination of the law of 22 January 2002, in particular as regards the State's margin of appreciation.

46. The Court reiterates that the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation. In this connection, there are different ways of ensuring "respect for private life", and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue (see *X and Y v. the Netherlands*, cited above, p. 12, § 24).

47. The Court observes that most of the Contracting States do not have legislation that is comparable to that applicable in France, at least as regards the child's permanent inability to establish parental ties with the natural mother if she continues to keep her identity secret from the child she has brought into the world. However, it notes that some countries do not impose a duty on natural parents to declare their identities on the birth of their children and that there have been cases of child abandonment in various other countries that have given rise to renewed debate about the right to give birth anonymously. In the light not only of the diversity of practice to be found among the legal systems and traditions but also of the fact that various means are being resorted to for abandoning children, the Court concludes that States must be afforded a margin of appreciation to decide which measures are apt to ensure that the rights guaranteed by the Convention are secured to everyone within their jurisdiction.

48. The Court observes that in the present case the applicant was given access to non-identifying information about her mother and natural family that enabled her to trace some of her roots, while ensuring the protection of third-party interests.

49. In addition, while preserving the principle that mothers may give birth anonymously, the system recently set up in France improves the prospect of their agreeing to waive confidentiality, something which, it will be noted in passing, they have always been able to do even before the enactment of the law of 22 January 2002. The new legislation will facilitate searches for information about a person's biological origins, as a National Council for Access to Information about Personal Origins has been set up. That council is an independent body composed of members of the national legal service, representatives of associations having an interest in the subject matter of the law and professional people with good practical knowledge of the issues. The legislation is already in force and the applicant may use it to request disclosure of her mother's identity, subject to the latter's consent being obtained to ensure that her need for protection and the applicant's legitimate request are fairly reconciled. Indeed, though unlikely, the possibility that the applicant will be able to obtain the information she is seeking through the new Council that has been set up by the legislature cannot be excluded.

The French legislation thus seeks to strike a balance and to ensure sufficient proportion between the competing interests. The Court observes in that connection that the States must be allowed to determine the means which they consider to be best suited to achieve the aim of reconciling those interests. Overall, the Court considers that France has not overstepped the margin of appreciation which it must be afforded in view of the complex and sensitive nature of the issue of access to information about one's origins, an issue that concerns the right to know one's personal history, the choices of the natural parents, the existing family ties and the adoptive parents.

Consequently, there has been no violation of Article 8 of the Convention.

III. Alleged violation of Article 14, taken together with article 8 of the Convention  
(...)

54. The Court reiterates that, according to the established case-law of the Convention institutions, Article 14 only complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to that extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter. The Court observes that the facts of the instant case fall within the scope of Article 8 of the Convention (see paragraph 29 above) and that, accordingly, Article 14 is applicable.

55. Furthermore, in the enjoyment of the rights and freedoms guaranteed by the Convention, Article 14 affords protection against different treatment, without an objective and reasonable justification, of persons in similar situations (see *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, § 26, ECHR 1999-IX).

56. The Court notes that at the heart of the applicant's complaint under Article 14 of the Convention lies her inability to find out her origins, not a desire to establish a parental tie that would enable her to claim an inheritance. The Court considers that in the circumstances of the present case, although presented from

a different perspective, the applicant's complaint that she has been discriminated against by the non-disclosure of her mother's identity is in practice the same as the complaint it has already examined under Article 8 of the Convention. In any event, the Court considers that the applicant has suffered no discrimination with regard to her filiation, as, firstly, she has parental ties with her adoptive parents and a prospective interest in their property and estate and, secondly, she cannot claim that her situation with regard to her natural mother is comparable to that of children who enjoy established parental ties with their natural mother. For the foregoing reasons, the Court holds that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

**Commentaar**

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2003, 587, m.nt. SW. In de zaak Valkenhorst, 15 april 1994, *NJ* 1994, 618, heeft de Hoge Raad het bestaan aangenomen van een recht om te weten van wie men afstamt, zij het dat dit geen absoluut recht is, maar afgewogen dient te worden tegen de rechten en belangen van anderen bij geheimhouding van afstammingsgegevens. De Hoge Raad is daarmee verdergegaan dan het EHRM in deze zaak doet.

76

**EHRM**  
22 januari 2008

**E.B. tegen Frankrijk**  
**Weigering toestemming tot eenpersoonsadoptie aan lesbische vrouw is discriminerend**

**Partijen**

E.B.,  
*tegen*  
Frankrijk.

**Feiten en procesverloop**

E.B. is lerares op een kleuterschool. Zij heeft een stabiele relatie met een vrouw, met wie zij niet samenwoont. In 1998 verzoekt zij de Franse autoriteiten om toestemming voor een interlandelijke adoptie. Zij maakt in haar verzoek melding van haar seksuele oriëntatie en van haar relatie. Verschillende deskundigen beoordelen het verzoek. Zij maken in de rapporten melding van het feit dat R. niet direct betrokken wil zijn bij de opvoeding van het kind en dat E.B. zowel de moeder- als de vaderrol zou moeten vervullen. Voorts wordt vermeld dat onvoldoende zorg wordt gedragen voor de aanwezigheid van een mannelijk rolmodel of voor een stabiele en betrouwbare 'paternal referent'. De autoriteiten wijzen het verzoek op basis van de deskundigenrapporten af. In beroep krijgt E.B. in eerste aanleg gelijk op de grond dat de genoemde redenen de afwijzing niet zouden kunnen rechtvaardigen, in het bijzonder niet omdat E.B. volgens de gegevens onbetwiste persoonlijke kwaliteiten zou hebben om kinderen op te voeden. In hoger beroep wordt het verzoek afgewezen om redenen als in de deskundigenrapporten aangeduid. Het Conseil d'Etat laat deze uitspraak in stand.

41. The Court, noting that the applicant based her application on Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 8, reiterates at the outset that the provisions of Article 8 do not guarantee either the right to found a family or the right to adopt (see *Fretté*, cited above, § 32). Neither party contests this. The right to respect for ‘family life’ does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family (see *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, § 31), or at the very least the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father (see *Nylund v. Finland* (dec.), no. 27110/95), or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, § 62), or the relationship that arises from a lawful and genuine adoption (see *Pini and Others v. Romania*, nos. 78028/01 and 78030/01, § 148).

Europees Hof voor  
de rechten van de  
mens

42. Nor is a right to adopt provided for by domestic law or by other international instruments, such as the Convention on the Rights of the Child, adopted by the United Nations General Assembly on 20 November 1989, or the Hague Convention of 29 May 1993 on the Protection of Children and Co-operation in Respect of International Adoption (see paragraphs 30-31 above).

43. The Court has, however, previously held that the notion of ‘private life’ within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which encompasses, *inter alia*, the right to establish and develop relationships with other human beings (see *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, p. 33, § 29), the right to ‘personal development’ (see *Bensaid v. the United Kingdom*, no. 44599/98, § 47) or the right to self-determination as such (see *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61). It encompasses elements such as names (see *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 28, § 24), gender identification, sexual orientation and sexual life, which fall within the personal sphere protected by Article 8 (see, for example, *Dudgeon v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, pp. 18-19, § 41, and *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, judgment of 19 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 131, § 36), and the right to respect for both the decisions to have and not to have a child (see *Evans v. the United Kingdom*[GC], no. 6339/05, § 71).

44. Admittedly, in the instant case the proceedings in question do not concern the adoption of a child as such, but an application for authorisation to adopt one subsequently. The case therefore raises the issue of the procedure for obtaining authorisation to adopt rather than adoption itself. However, the parties do not contest that in practice authorisation is a precondition for adopting a child.

45. It should also be noted that the applicant claimed to have been discriminated against on the ground of her avowed homosexuality, resulting in a violation of the provisions of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

46. The Court is not therefore called upon to rule whether the right to adopt, having regard, *inter alia*, to developments in the legislation in Europe and the fact that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, in particular, *Johnston and Others v. Ireland*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, pp. 24-25, § 53), should or should not fall within the ambit of Article 8 of the Convention taken alone.

47. With regard to Article 14, which was relied on in the present case, the Court reiterates that it only complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols thereto. It has no independent existence since it has effect solely in relation to ‘the enjoyment of the rights and freedoms’ safeguarded by those provisions (see, among many other authorities, *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 85). The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights protected by the Convention. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall ‘within the ambit’ of one or more of the Articles of the Convention (see *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, cited above, § 71; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, judgment of 18 July 1994, Series A no. 291-B, § 22, and *Petrovic v. Austria*, judgment of 27 March 1998, *Reports 1998-II*, § 22).

48. The prohibition of discrimination enshrined in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and the Protocols thereto require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide. This principle is well entrenched in the Court’s case-law (see *Case ‘relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’ v. Belgium (Merits)*, judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, § 9; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali*, cited above, § 78; and *Stec and Others v. the United Kingdom (dec.)* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 40.).

49. The present case does not concern adoption by a couple or by the same-sex partner of a biological parent, but solely adoption by a single person. Whilst Article 8 of the Convention is silent as to this question, the Court notes that French legislation expressly grants single persons the right to apply for authorisation to adopt and establishes a procedure to that end. Accordingly, the Court considers that the facts of this case undoubtedly fall within the ambit of Article 8 of the Convention. Consequently, the State, which has gone beyond its obligations under Article 8 in creating such a right – a possibility open to it under Article 53 of the Convention – cannot, in the application of that right, take discriminatory measures within the meaning of Article 14 (see, *mutatis mutandis*, *Case ‘relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium’*, cited above).

(...)

71. The Court notes that the present case also concerns the question of how an application for authorisation to adopt submitted by a homosexual single person is dealt with; it nonetheless differs in a number of respects from the above-cited case of *Fretté*. The Court notes in particular that whilst the ground relating to the lack of a referent of the other sex features in both cases, the domestic administrative authorities did not – expressly at least – refer to E.B.’s ‘choice of lifestyle’ (see *Fretté*, cited above, § 32). Furthermore, they also mentioned the applicant’s qualities and her child-raising and emotional capacities, unlike in *Fretté* where the applicant was deemed to have had difficulties in envisaging the practical consequences of the upheaval occasioned by the arrival of a child (§§ 28 and 29). Moreover, in the instant case the domestic authorities had regard to the attitude of E.B.’s partner, with whom she had stated that she was in a stable and permanent relationship, which was a factor that had not featured in the application lodged by Mr Fretté.



72. In the instant case the Court notes that the domestic administrative authorities, and then the courts that heard the applicant's appeal, based their decision to reject her application for authorisation to adopt on two main grounds.

73. With regard to the ground relied on by the domestic authorities relating to the lack of a paternal or maternal referent in the household of a person seeking authorisation to adopt, the Court considers that this does not necessarily raise a problem in itself. However, in the circumstances of the present case it is permissible to question the merits of such a ground, the ultimate effect of which is to require the applicant to establish the presence of a referent of the other sex among her immediate circle of family and friends, thereby running the risk of rendering ineffective the right of single persons to apply for authorisation. The point is germane here because the case does not concern an application for authorisation to adopt by a – married or unmarried – couple, but by a single person. In the Court's view, that ground might therefore have led to an arbitrary refusal and have served as a pretext for rejecting the applicant's application on grounds of her homosexuality.

74. The Court observes, moreover, that the Government, on whom the burden of proof lay (see, *mutatis mutandis*, *Karner v. Austria*, no. 40016/98, §§ 41-42), were unable to produce statistical information on the frequency of reliance on that ground according to the – declared or known – sexual orientation of the persons applying for adoption, which alone could provide an accurate picture of administrative practice and establish the absence of discrimination when relying on that ground.

(...)

84. The Court therefore notes that the administrative courts went to some lengths to rule that although regard had been had to the applicant's sexual orientation, it had not been the basis for the decision in question and had not been considered from a hostile position of principle.

85. However, in the Court's opinion the fact that the applicant's homosexuality featured to such an extent in the reasoning of the domestic authorities is significant. Besides their considerations regarding the applicant's 'lifestyle', they above all confirmed the decision of the president of the council for the *département*. The Court points out that the latter reached his decision in the light of the opinion given by the adoption board whose various members had expressed themselves individually in writing, mainly recommending, with reasons in support of that recommendation, that the application be refused on the basis of the two grounds in question. It observes that the manner in which certain opinions were expressed was indeed revealing in that the applicant's homosexuality was a determining factor. In particular, the Court notes that in his opinion of 12 October 1998 the psychologist from the children's welfare service recommended that authorisation be refused, referring to, among other things, an 'unusual attitude [on the part of the applicant] to men in that men are rejected' (see paragraph 13 above).

86. The Court observes that at times it was her status as a single person that was relied on as a ground for refusing the applicant authorisation to adopt, whereas the law makes express provision for the right of single persons to apply for authorisation to adopt. This emerges particularly clearly from the conclusions of

the psychologist who, in her report on her interviews with the applicant of 28 August 1998, stated, with express reference to the applicant's case and not as a general comment – since she prefaces her remark with the statement that she is not seeking to diminish the applicant's confidence in herself or to insinuate that she would be harmful to a child – that 'all the studies on parenthood show that a child needs both its parents' (see paragraph 11 above). On 28 October 1998 the adoption board's representative from the Family Council for the association of children currently or formerly in State care recommended refusing authorisation on the ground that an adoptive family had to be composed 'of a mixed couple (man and woman)' (see paragraph 14 above).

87. Regarding the systematic reference to the lack of a 'paternal referent', the Court disputes not the desirability of addressing the issue, but the importance attached to it by the domestic authorities in the context of adoption by a single person. The fact that it is legitimate for this factor to be taken into account should not lead the Court to overlook the excessive reference to it in the circumstances of the present case.

88. Thus, notwithstanding the precautions taken by the Nancy Administrative Court of Appeal, and subsequently by the *Conseil d'Etat*, to justify taking account of the applicant's 'lifestyle', the inescapable conclusion is that her sexual orientation was consistently at the centre of deliberations in her regard and omnipresent at every stage of the administrative and judicial proceedings.

89. The Court considers that the reference to the applicant's homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant's avowed homosexuality on the assessment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorisation to adopt (see, *mutatis mutandis*, *Salgueiro da Silva Mouta*, cited above, § 35).

90. The applicant therefore suffered a difference in treatment. Regard must be had to the aim behind that difference in treatment and, if the aim was legitimate, to whether the different treatment was justified.

91. The Court reiterates that, for the purposes of Article 14, a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, which means that it does not pursue a 'legitimate aim' or that there is no 'reasonable proportionality between the means employed and the aim sought to be realised' (see, *inter alia*, *Karlheinz Schmidt*, cited above, § 24; *Petrovic*, cited above, § 30; and *Salgueiro da Silva Mouta*, cited above, § 29). Where sexual orientation is in issue, there is a need for particularly convincing and weighty reasons to justify a difference in treatment regarding rights falling within Article 8 (see, *mutatis mutandis*, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 89; *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, § 82, 27 September 1999; and *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, § 37).

92. In that connection the Court observes that the Convention is a living instrument, to be interpreted in the light of present-day conditions (see, *inter alia*, *Johnston and Others*, cited above, § 53).

93. In the Court's opinion, if the reasons advanced for such a difference in treatment were based solely on considerations regarding the applicant's sexual orientation this would amount to discrimination under the Convention (see *Salgueiro da Silva Mouta*, cited above, § 36).

94. The Court points out that French law allows single persons to adopt a child (see paragraph 49 above), thereby opening up the possibility of adoption by a single homosexual, which is not disputed. Against the background of the domestic legal provisions, it considers that the reasons put forward by the Government cannot be regarded as particularly convincing and weighty such as to justify refusing to grant the applicant authorisation.

95. The Court notes, lastly, that the relevant provisions of the Civil Code are silent as to the necessity of a referent of the other sex, which would not, in any event, be dependent on the sexual orientation of the adoptive single parent. In this case, moreover, the applicant presented, in the terms of the judgment of the *Conseil d'Etat*, 'undoubted personal qualities and an aptitude for bringing up children', which were assuredly in the child's best interests, a key notion in the relevant international instruments (see paragraphs 29-31 above).

96. Having regard to the foregoing, the Court cannot but observe that, in rejecting the applicant's application for authorisation to adopt, the domestic authorities made a distinction based on considerations regarding her sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention (see *Salgueiro da Silva Mouta*, cited above, § 36).

97. Consequently, having regard to its finding under paragraph 80 above, the Court considers that the decision in question is incompatible with the provisions of Article 14 taken in conjunction with Article 8.

98. There has accordingly been a breach of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.

De uitspraak is gepubliceerd in *NJ* 2008, 456. Zie voor een eerdere Franse zaak waarin de weigering van toestemming aan een homoseksuele man tot eenpersoonsadoptie niet in strijd met art. 14 jo 8 EVRM werd geoordeeld, EHRM *Fretté tegen Frankrijk*, *NJ* 2002, 553, m.nt. SW. Artikel 8 EVRM waarborgt geen recht om een gezin te stichten of een recht op adoptie. Maar als een lidstaat van de Raad van Europa een recht op (eenpersoons)adoptie in zijn wetgeving heeft opgenomen, dan mag de lidstaat bij de toepassing van dat recht niet discrimineren.

Commentaar

## Huwelijksvermogensrecht – Rechten en plichten van echtgenoten

77

HOGE RAAD

28 november 1975

Maastrichtse woning I

**Partijen**

X, te Maastricht, eiser tot cassatie,

*tegen*

1. Y, te Maastricht, verweerster in cassatie en,

2. de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging 'Medisch Maatschappelijke Consultatiebureaus voor Alcoholisme in Limburg', te Maastricht, verweerster in cassatie.

**Feiten**

Man en vrouw, die buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd waren, zijn verwickeld in een echtscheidingsprocedure. Op grond van een voorlopige voorziening in de zin van art. 822 lid 1 Rv was aan de vrouw het uitsluitend gebruik van de echtelijke woning toegekend bij beschikking van de president van de Rechtbank. De man heeft bij zijn vertrek uit de woning slechts enkele persoonlijke gebruiksgoederen meegenomen, terwijl de inboedel in de woning achterbleef. Sinds zijn vertrek heeft de man elders in Maastricht op verschillende adressen op kamers zijn intrek genomen. In het bevolkingsregister heeft hij echter nooit zijn oorspronkelijke adres doen wijzigen. Vervolgens verkoopt en levert de vrouw de echtelijke woning die op haar naam staat zonder toestemming in de zin van art. 1:88 lid 1 sub a BW van de man aan de vereniging 'Medisch Maatschappelijke Consultatiebureaus voor Alcoholisme in Limburg'. De man vordert daarop vernietiging van deze transactie op grond van art 1:89 BW.

**Hoge Raad**

Overwegende, dat in dit middel de vraag aan de orde wordt gesteld of het voorschrift van art. 88, lid 1 van Boek 1 BW, volgens hetwelk de echtgenoot die bepaalde rechtshandelingen wil verrichten met betrekking tot een door de echtgenoten tezamen bewoonde woning daartoe de toestemming van de andere echtgenoot behoeft, ook van toepassing is indien die andere echtgenoot, daartoe genoodzaakt door een beschikking van de president op grond van art. 820 (oud) Rv, of van de Rechtbank op grond van art. 825b van dat wetboek, niet meer feitelijk in de woning verblijft;

Overwegende hieromtrent:

dat wat de werkingsomvang van vorengenoemd art. 88, lid 1 betreft, reeds uit het tweede lid van dat artikel, waarin is voorzien in het geval van afwezigheid van de echtgenoot wiens toestemming volgens het voorgaande lid is vereist, voortvloeit

dat niet uitsluitend de echtgenoot die feitelijk in de woning verblijft, die toestemming moet geven;  
 dat voorts de voorlopige voorzieningen van art. 825b onder a Rv zijn ordemaatregelen, bedoeld om een voorlopige oplossing te geven voor moeilijkheden welke zich kunnen voordoen met betrekking tot de echtelijke woning, wanneer tussen de echtgenoten een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed aanhangig is of zal worden gemaakt, tot welk doel aan de rechter de bevoegdheid is gegeven aan een van de echtgenoten voor de duur van het geding het recht tot gebruik van deze woning toe te staan, ten gevolge waarvan de andere echtgenoot genoodzaakt zal kunnen worden die woning te verlaten; dat deze maatregel geen verdere strekking heeft dan die van een voorlopige oplossing en de rechten van de echtgenoten niet verder beperkt dan dit doel medebrengt, waarmede onverenigbaar is, dat de feitelijke afwezigheid van een der echtgenoten uit de echtelijke woning als gevolg van en voor de duur van zo'n voorziening op zich zelf voldoende zou zijn om de gevolgtrekking te wettigen dat die woning niet meer zou kunnen worden beschouwd als een door de echtgenoten gezamenlijk bewoonde woning in de zin van art. 88, lid 1 voornoemd;  
 dat hieruit volgt dat in het middel terecht bezwaar wordt gemaakt dat het Hof van geen belang heeft geacht of de man de door de vrouw verkochte woning vrijwillig dan wel ingevolge een beschikking als hiervoor bedoeld heeft verlaten; dat het arrest derhalve dient te worden vernietigd en verwijzing moet volgen; (...).

*Beslissing:*

Vernietigt het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 8 oktober 1974, gewezen tussen partijen.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1976, 466, m.nt. EAAL.

Commentaar

78

HOGE RAAD  
 15 december 1978

Maastrichtse woning II

X, te Maastricht, eiser tot cassatie,  
*tegen*

Partijen

1. Y, te Maastricht, verweerster in cassatie en,
2. de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging 'Medisch Maatschappelijke Consultatiebureaus voor Alcoholisme in Limburg', te Maastricht, verweerster in cassatie.

Man en vrouw, die buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd waren, zijn verwickeld in een echtscheidingsprocedure. Op grond van een voorlopige voorziening in de zin van art. 822 lid 1 Rv was aan de vrouw het uitsluitend gebruik

Feiten

van de echtelijke woning toegekend bij beschikking van de president van de Rechtbank. De man heeft bij zijn vertrek uit de woning slechts enkele persoonlijke gebruiksgoederen meegenomen, terwijl de inboedel in de woning achterbleef. Sinds zijn vertrek heeft de man elders in Maastricht op verschillende adressen op kamers zijn intrek genomen. In het bevolkingsregister heeft hij echter nooit zijn oorspronkelijke adres doen wijzigen. Vervolgens verkoopt en levert de vrouw de echtelijke woning die op haar naam staat zonder toestemming in de zin van art. 1:88 lid 1 sub a BW van de man aan de vereniging 'Medisch Maatschappelijke Consultatiebureaus voor Alcoholisme in Limburg'. De man vordert daarop vernietiging van deze transactie op grond van art 1:89 BW.

Nadat de man de nietigheid van de transactie op grond van art. 1:89 BW heeft ingeroepen, voert de vrouw daartegen onder meer het verweer dat de koper te goeder trouw was in de zin van art. 1:89 lid 2 BW, omdat deze – kort gezegd – er geen rekening mee behoefde te houden dat in een transactie als de onderhavige nog de toestemming van art 1:88 lid 1 sub a BW nodig zou zijn aangezien er volgens haar geen sprake meer was van een echtelijke woning.

**Hoge Raad**

Na het in deze zaak gewezen arrest van de HR van 28 november 1975 staat tussen partijen vast, dat de omstandigheid dat X ten tijde van de litigieuze verkoop niet meer in de woning verbleef ingevolge een voorlopige voorziening in een tussen hem en Y aanhangige scheidingsprocedure, er niet aan afdeed dat Y voor de verkoop van die woning de toestemming van X behoefde. Thans wordt door het cassatiemiddel de vraag aan de orde gesteld of goede trouw van de wederpartij bij de verkoop – de Vereniging – in de weg staat aan de door X ingeroepen nietigheid van de verkoop, nu deze goede trouw hierin bestond, dat de Vereniging – ten onrechte, volgens evengenoemd arrest – meende dat toestemming van X niet vereist was.

Het Hof heeft het beroep op goede trouw aanvaard op grond dat de Vereniging, gezien de ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bestaande stand van de jurisprudentie en literatuur betreffende de hier aan de orde zijnde rechtsvraag, niet ernstig rekening behoefde te houden met de mogelijkheid dat de toestemming van X in dit geval vereist was.

De hiertegen door het middel gerichte klacht treft doel. Gezien de strekking van het voorschrift – in het belang van het gezin de echtgenoten tegen zichzelf en tegen elkaar te beschermen – en gezien de omstandigheid dat de wet in art. 88, lid 2 Boek 1 een voorziening heeft getroffen voor het geval dat de toestemming van de andere echtgenoot niet wordt verkregen ontbreekt goede trouw in de zin van art. 89 bij de wederpartij in ieder geval indien de onjuiste uitlegging van de litigieuze wetsbepaling waarvan zij uitging, niet door vaste rechtspraak en eenstemmige literatuur werd aanvaard. Nu het Hof slechts één arrest van een Hof en daarnaast geen eenstemmige literatuur vermeldt is reeds daarom van goede trouw in de zin van art. 89 bij de Vereniging geen sprake.

Gezien het vorenstaande moet het middel gegrond worden geoordeeld;

(...).

*Beslissing*

Vernietigt het arrest van het Hof te Arnhem van 24 mei 1977, gewezen tussen partijen; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1979, 427, m.nt. EAAL en in *AA* 1979, p. 264, m.nt. vdGr. Commentaar

79

**HOGE RAAD**  
25 februari 1983

**Schaaphok/Schilder**

P.A. Schaaphok, wonende te Bedum, eiser tot cassatie,  
*tegen*

**Partijen**

C.C. Schilder en A.H. Korthuis, beiden wonende te Den Aniel, gemeente Baflo, verweerders in cassatie.

Korthuis, die gehuwd is met Schilder, koopt een woning gelegen naast zijn smederij, met de bedoeling dit na interne verbouwing als echtelijke woning te gaan gebruiken. Kort voordat het gezin het huis betreft, raakt de man (Korthuis) echter in geldnood. Daarop verkoopt hij zonder toestemming van zijn echtgenote het huis aan Schaaphok. Zijn echtgenote (Schilder) vernietigt daarop de rechtshandeling door middel van een tot koper Schaaphok gerichte verklaring en stelt tezamen met haar echtgenoot de uit de nietigheid voortvloeiende rechtshandelingen in.

**Feiten**

3.1. Onderdeel 1 berust op de opvatting dat een woning die bestemd is tot echtelijke woning, maar in feite nog niet als zodanig in gebruik is genomen, niet onder de werking van de art. 1:88 en 89 BW valt. Deze opvatting is in haar algemeenheid onjuist. Naar de strekking van genoemde artikelen zal met een door echtgenoten te zamen bewoonde woning op één lijn moeten worden gesteld de woning die door hen als de in de nabije toekomst te betrekken woning is bestemd. Wel zal in dat geval aan de omstandigheid dat de woning niet in feitelijk gebruik is bij de echtgenoten, een vermoeden kunnen worden ontleend ten gunste van de goede trouw van de wederpartij, als bedoeld in art. 1:89 lid 1 BW.

**Hoge Raad**

3.2. Onderdeel 2 klaagt erover, dat het Hof in de slotzin van de vijfde rechtsoverweging omstandigheden in aanmerking heeft genomen, die zich hebben voorgedaan na de aankoop van het litigieuze perceel en althans ten dele ook na het transport daarvan.

Deze klacht faalt. De vijfde rechtsoverweging heeft nog geen betrekking op de vraag of Schaaphok op grond van de hem bekende feiten ervan mocht uitgaan dat de woning niet de bestemming van echtelijke woning had – welke vraag in de r.o. 8 en 9 wordt besproken – maar op de vraag of hier inderdaad sprake was van een zodanige bestemming van het betreffende perceel door Schilder c.s. als echtelijke woning, dat het voor de toepassing van de art. 1:88 en 89 op één lijn dient te worden gesteld met een door de echtgenoten reeds bewoonde woning. Het valt niet in te zien waarom voor het antwoord op deze vraag niet ook gelet zou

## 80 Huwelijksvermogensrecht – Rechten en plichten van echtgenoten

mogen worden op wat zich nog na de aankoop heeft voorgedaan ten blijke van de ongewijzigde plannen van de echtgenoten met de woning.

3.3. Onderdeel 3 richt zich tegen de verwerping door het Hof van Schaaphoks beroep op zijn goede trouw.

In de achtste rechtsoverweging heeft het Hof daaromtrent vastgesteld: dat Schaaphok en het echtpaar Korthuis-Schilder bekenden van elkaar waren; dat Schaaphok wist dat de woning was aangekocht om tot echtelijke woning te dienen; dat Schaaphok regelmatig heeft gezien dat zowel de man als de vrouw bezig waren met de verbouwingswerkzaamheden aan de woning en dat hij, in ieder geval aanvankelijk, begreep dat het echtpaar met die werkzaamheden beoogde om de woning als echtelijke woning in te richten, en dat niet gesteld of gebleken is dat in de periode voorafgaande aan de verkoop de werkzaamheden zijn gestaakt. Hieruit trekt het Hof dan in de negende rechtsoverweging de conclusie dat Schaaphok er redelijkerwijs niet van kon uitgaan dat het echtpaar van de verdere uitvoering van het plan om de echtelijke woning te betrekken heeft afgezien met het oog op de werkzaamheden die daaraan nog moesten worden verricht.

Daarvan uitgaande, heeft het Hof terecht aangenomen dat Schaaphok ofwel zich ervan had moeten vergewissen of het echtpaar zijn plannen om de woning als echtelijke woning te gaan betrekken had laten varen, ofwel aan Schilder had moeten vragen of zij in de verkoop van de woning toestemde. Door noch het een noch het ander te doen heeft hij het risico genomen dat Schilder met succes de nietigheid van de verkoop kon invoeren. Ook het derde onderdeel faalt derhalve.

### *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Leeuwarden van 4 november 1981; verwijst de zaak naar dat Hof ter verdere behandeling en beslissing; (...).

**Commentaar** Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1983, 696, m.nt. EAAL.

<b>80</b>	<b>HOGE RAAD</b> 20 mei 1987
	<b>Rechtsverwerking</b>

**Partijen** X, te H, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te B, verweerster in cassatie.

Man en vrouw waren buiten iedere gemeenschap van goederen gehuwd. Zij zijn begin 1981 van echt gescheiden. Eind 1981 vordert de man van de vrouw alsnog een aantal bedragen terug. In cassatie gaat het nog slechts om een bedrag van f 82.000,- (met rente en kosten) dat de man vordert als vergoeding voor de door de man in de periode 1977 t/m mei 1980, betaalde kosten der huishouding. De



vrouw had nooit in de kosten der huishouding bijgedragen, hoewel zij inkomsten uit vermogen had.

3.1. Het gaat in cassatie enkel om de vraag of de man, nadat het huwelijk van partijen in 1981 door echtscheiding was ontbonden, van de vrouw nog vergoeding kon vorderen van door hem in de periode 1977 tot medio 1980 betaalde kosten van de huishouding.

Hoge Raad

De man heeft zijn vordering ter zake gebaseerd op art. 2 van de uit 1949 daterende huwelijksvoorwaarden van partijen, welk artikel naar 's hofs vaststelling inhoudt dat de man het vrije genot heeft over de inkomsten van de vrouw, voor zover die uit haar goederen zijn verkregen, ter bestrijding van de kosten van de huishouding.

Het Hof heeft in het midden gelaten of uit deze bepaling te zamen met de omstandigheid dat de vrouw sedert 1977 inkomsten uit vermogen had een vorderingsrecht van de man op de vrouw is ontstaan, zodat daarvan in cassatie veronderstellenderwijs moet worden uitgegaan.

3.2. Het door het principaal middel bestreden oordeel van het Hof komt erop neer dat in het licht van de gedragingen van partijen tijdens het huwelijk de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de man na de ontbinding van het huwelijk die kosten niet meer 'met terugwerkende kracht van de vrouw kan terugvorderen' en dat hij 'in zoverre zijn vorderingsrecht (heeft) verwerkt'.

Daarbij heeft het Hof in het bijzonder in aanmerking genomen: dat de vrouw tijdens het huwelijk – ook in de periode dat zij geen inkomsten had – een bijdrage in de kosten van de huishouding heeft geleverd door het bedrag dat zij had geïnvesteerd in de woning van het gezin; dat de man, toen de vrouw in 1977 inkomsten uit een erfenis verkreeg, geen gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om die inkomsten te gebruiken voor de bestrijding van de kosten van de huishouding doch – naast andere door hem betaalde kosten – aan de vrouw maandelijks een bedrag aan huishoudgeld is blijven betalen totdat de gezamenlijke huishouding omstreeks juni 1980 is beëindigd; en dat de man zich, naar zijn eigen verklaring, heeft neergelegd bij een categorische weigering van de vrouw hem het beheer over haar erfenis te laten en haar inkomsten uit die erfenis ter bestrijding van de kosten van de huishouding af te staan.

's Hofs oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan, verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard, voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van hetgeen de man ten processe heeft gesteld, en behoefde geen nadere motivering; met name was het Hof niet gehouden in te gaan op al hetgeen partijen in dit verband te berde hadden gebracht.

3.3. De onderdelen 1, 2 en 5 van het middel stuiten hierop af. Onderdeel 3 mist feitelijke grondslag voor zover het betoogt dat de man zijn vordering reeds tijdens het huwelijk heeft ingesteld; het faalt voor het overige omdat het miskent dat 's hofs oordeel inhoudt dat ook indien uit art. 2 van de huwelijksvoorwaarden, zoals dat artikel in het licht van het huwelijksvermogensrecht sedert 1 januari 1957 moet worden uitgelegd, een vorderingsrecht van de man op de vrouw is ontstaan, zodanig recht door verwerking teniet is gegaan.

**81**      **Huwelijksvermogensrecht – Rechten en plichten van echtgenoten**

3.4. Onderdeel 4 richt zich tegen het oordeel van het Hof dat een ongegronde verrijking van de vrouw niet aanwezig is. Het faalt eveneens. Het miskent dat van ongegronde verrijking geen sprake kan zijn in een geval dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een vordering niet, of niet meer, geldend kan worden gemaakt.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het principaal beroep: (...)

**Commentaar**      Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1988, 231, m.nt. EAAL.

**81**      **HOGE RAAD**  
29 april 1994  
**Ter Kuile/Kofman**

**Partijen**      Jacoba Gijsberta ter Kuile, te 's-Gravenhage, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Jacob Johan Kofman, te Leidschendam, verweerder in cassatie.

**Feiten**      Partijen zijn in 1955 met elkaar gehuwd. In de tussen hen geldende huwelijksvoorwaarden is onder meer het volgende bepaald:  
– tussen de echtgenoten bestaat geen gemeenschap van goederen, hoe ook genaamd;  
– de vrouw heeft het vrije genot van haar inkomsten;  
– de kosten van de huishouding, de opvoeding van de uit het huwelijk geboren kinderen en alle verdere uit het huwelijk voortvloeiende kosten zullen door de man worden gedragen.  
De man is reumatoloog en heeft zijn praktijk in 1974 ingebracht in de vennootschap J.J. Kofman BV (verder te noemen de BV). De vrouw is van april 1974 tot 1 mei 1988 als medisch-administratief medewerkster in dienst geweest van de BV. Zij heeft de bedongen arbeid verricht maar zij heeft tot 1 juli 1985 nooit enig salaris ontvangen. In juni 1985 hebben partijen de samenwoning beëindigd.  
De vrouw had jegens de BV recht op salaris. Het aan de vrouw toekomende salaris is aan de man betaald althans te zijner dispositie gesteld. De BV heeft ter zake geen schuld meer aan haar. De kantonrechter te 's-Gravenhage heeft een vordering van de vrouw tegen de BV strekkende tot betaling van salaris over de periode van 1 januari 1985 tot en met 30 juni 1985 en het – in 1985 tot uitkering komende – vakantiegeld over de periode van 1 juni 1984 tot en met 31 mei 1985 in totaal f 17.166,87, afgewezen.  
3.2. In dit geding heeft de vrouw afdracht door de man gevorderd van voormeld bedrag van f 17.166,87. De Rechtbank heeft die vordering afgewezen. Het Hof heeft het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd.

De Hoge Raad vindt aanleiding eerst onderdeel 9 van het middel te bespreken. In dat onderdeel wordt het Hof verweten, kort samengevat, dat het Hof in strijd met het recht althans zonder genoegzame motivering, heeft geoordeeld dat de houding en de gedragingen van de vrouw met betrekking tot het haar in de aan 1985 voorafgaande perioden toekomende salaris, dat zij niet heeft ontvangen, tot het oordeel leidt dat de vrouw ook het recht heeft verwerkt om afdracht te vorderen van het bedrag van haar salaris in de eerste zes maanden van 1985 en van het in die periode tot uitkering komende vakantiegeld.

Hoge Raad

Bij beoordeling van dit oordeel moet worden vooropgesteld dat in een geval waarin de kosten van de huishouding ten laste zijn gekomen van het inkomen van een echtgenoot die niet in die kosten behoefde bij te dragen, of in een geval waarin die kosten voor een groter bedrag ten laste van het inkomen van een echtgenoot zijn gekomen dan waartoe hij in die kosten moet bijdragen, aanleiding bestaat tot vergoeding door de andere echtgenoot. Afrekening ter zake zal in het algemeen niet plaatsvinden na iedere uitgave afzonderlijk. Tegen afrekening bij het einde van het huwelijk bestaat echter het praktische bezwaar dat de voor berekening van de over en weer verschuldigde bedragen benodigde gegevens veelal niet meer aanwezig zullen zijn. Het ligt daarom voor de hand aan te nemen dat de onderlinge afrekening periodiek plaats dient te vinden na het verstrijken van ieder kalenderjaar. Dit laatste ook omdat over die periode veelal de gegevens zullen moeten worden verzameld die nodig zijn voor het doen van aangifte voor de inkomstenbelasting.

3.4. Uit de omstandigheden waarop het Hof zijn oordeel heeft gebaseerd dat de vrouw haar recht heeft verwerkt om afrekening te verlangen van hetgeen zij in de jaren voorafgaande aan 1985, in afwijking van hetgeen in de huwelijksvoorwaarden is bepaald, heeft bijgedragen in de bestrijding van de kosten van de huishouding, te weten de vermelde gedragingen van de vrouw en hetgeen de man op grond daarvan mocht verwachten, heeft het Hof zonder nadere motivering ook afgeleid dat de vrouw haar recht heeft verwerkt om afdracht te vorderen van het bedrag van haar salaris over de eerste maanden van 1985 en het in dat tijdvak tot uitkering gekomen vakantiegeld. Uit het voorgaande volgt dat een dergelijke afdracht in beginsel pas na 31 december 1985 aan de orde zou komen. Het Hof heeft er geen blijk van gegeven deze omstandigheid, in onderling verband beschouwd met de omstandigheid dat partijen in dat jaar uit elkaar zijn gegaan, in zijn oordeel te hebben betrokken. Voor de vraag of het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht dat de vrouw afdracht van het haar toekomende over de eerste maanden van 1985 verlangde, konden deze omstandigheden evenwel niet buiten beschouwing blijven. Ook kan niet zonder meer worden aangenomen dat de man na 1985 geen rekening ermee behoefde te houden dat de vrouw haar rechten over die maanden alsnog geldend zou maken, de vrouw heeft immers over die maanden – zij het tevergeefs – in rechte betaling van haar salaris en vakantietoeslag van de BV gevorderd.

Door te oordelen als hiervoor is weergegeven heeft het Hof derhalve hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting hetzij zijn oordeel niet naar de eis der wet met redenen omkleed. Het onderdeel is derhalve gegrond hetgeen meebrengt dat de in de overige onderdelen vervatte klachten geen behandeling meer behoeven.

## 82 Huwelijksvermogensrecht – Rechten en plichten van echtgenoten

### *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 8 juni 1993; verwijst de zaak naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; (...).

**Commentaar** Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1995, 561, m.nt. WMK.

**82** HOGE RAAD  
14 april 2000

**Soetelieve-Stienstra**

**Partijen** Soetelieve, Exploitatiemaatschappij B.V., gevestigd te 's-Hertogenbosch, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Y.A.M. Stienstra-Fieten, wonende te Horn, verweerster in cassatie.

**Feiten** Fieten is gehuwd met Stienstra.  
Op 18 maart 1992 is Stienstra voor f 1,- houder geworden van alle aandelen in het kapitaal van de besloten vennootschap Brabant B.V. (verder te noemen: de B.V.).  
De B.V. – waarvan Stienstra voordien, toen zijn broer nog enig aandeelhouder was, reeds directeur was – had een huurschuld aan Soetelieve, van welke vennootschap zijn broer directeur is.  
Eveneens op 18 maart 1992 heeft de B.V. van Beleggingsmaatschappij Mercurius B.V., een bedrag van f 200.000,- geleend. Stienstra heeft zich voor deze lening met toestemming van zijn echtgenote als borg verbonden.  
Daarnaast is op diezelfde dag de huurschuld van de B.V. ten bedrage van f 370.000,- aan Soetelieve omgezet in een renteloze achtergestelde lening van Soetelieve aan de B.V. Ook voor deze lening heeft Stienstra zich als borg verbonden, evenwel ditmaal zonder toestemming van zijn echtgenote.  
Stellende dat de op grond van art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c BW, vereiste toestemming ontbreekt, heeft Fieten vernietiging gevorderd van de borgstelling door haar echtgenoot in privé ten behoeve van Soetelieve gedaan, althans een verklaring voor recht dat deze rechtshandeling nietig is.  
Eiseres heeft tegen deze vordering als verweer aangevoerd, voor zover in cassatie van belang, dat in dit geval de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW van toepassing is.

**Hoge Raad** 3.4. Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c, BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een echtgenoot toestemming behoeft van de andere echtgenoot voor overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn

beroep of bedrijf, zich als borg verbindt. Deze bepaling heeft betrekking op een door de wetgever als uitzonderlijk en riskant aangemerkte categorie van handelingen, namelijk het verstrekken van borgtocht en andere zekerheden voor schulden van derden. In lijn hiermee heeft de Hoge Raad aanvaard dat de in deze bepaling gemaakte uitzondering op het toestemmingsvereiste restrictief moet worden uitgelegd (zie onder meer HR 22 juni 1962, *NJ* 1963, 53 en HR 2 juni 1978, nr. 11243, *NJ* 1979, 126). Wat betreft borgtochten, aangegaan door een directeur en enig of grootaandeelhouder van een besloten vennootschap, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zij niet vallen onder de uitzondering als bedoeld in art. 1:88 lid 1 onder c, tenzij het aangaan daarvan voor het eigen beroep van de directeur kenmerkend is in die zin dat het in de normale uitoefening daarvan is geschied, aldus laatstelijk HR 22 september 1995, nr. 15751, *NJ* 1996, 521. Ook in de toelichting op de voorgestelde wijzigingen van art. 1:88 bij de aanpassing van Boek I bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe BW stelde de wetgever zich op het standpunt dat een 'beperkte uitleg in het belang van de andere echtgenoot in beginsel [valt] toe te juichen, omdat de garanties ten behoeve van derden uitzonderlijke en gevaarlijke handelingen plegen te zijn.' (Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), blz. 20). Wel bestond er naar het oordeel van de wetgever aanleiding om de uitzondering van art. 1:88 lid 1 onder c uit te breiden tot handelingen als in die bepaling bedoeld, verricht door bestuurders-aandeelhouders van naamloze en besloten vennootschappen. Die uitbreiding is verwoord in lid 4 (thans lid 5; WH) van art. 1:88 (zie de memorie van toelichting t.a.p. en geciteerd in de conclusie van de Advocaat-Generaal Hartkamp onder 6). Uit de ontstaansgeschiedenis van lid 4 (thans lid 5; WH) van art. 1:88, zoals die wordt weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal Hartkamp onder 6 en 7 – men vergelijk in dit verband ook de memorie van toelichting bij art. 7:857 BW, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 444 en 445 – komt naar voren dat de wetgever in het kader van de in art. 1:88 geregelde materie het beginsel van de gezinsbescherming belangrijk achtte en dat hij daarop weliswaar een uitzondering heeft gemaakt door lid 4 (thans lid 5; WH) toe te voegen, doch daarbij met de woorden 'mits zij geschiedt ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap' een wezenlijke beperking heeft beoogd. Klaarblijkelijk is bedoeld dat de toestemming van de andere echtgenoot alleen dan niet is vereist indien de rechtshandeling waarvoor de in art. 1:88 lid 1 onder c bedoelde zekerheid wordt verstrekt zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht.

3.5. In het onderhavige geval gaat het om een borgtocht voor een geldlening die blijkens de in zoverre niet bestreden rov. 4 van het Hof daardoor gekenmerkt wordt:

- dat de borgtocht werd verleend in het kader van de verwerving door de echtgenoot voor f 1,- van de aandelen in de B.V.;
- dat de B.V. geen enkel reëel vermogen had;
- dat het niet om een gewone geldlening ging (waardoor de liquiditeit van de B.V. zou zijn vergroot), maar om de omzetting van een bestaande, in feite onverhaalbare, vordering in een achtergestelde lening.

Dat het Hof heeft geoordeeld dat onder die omstandigheden het zich verbinden als borg voor die lening niet is geschied ten behoeve van de normale uitoefening

## 83 Huwelijksvermogensrecht – Rechten en plichten van echtgenoten

van het bedrijf van de B.V., getuigt in het licht van hetgeen hiervóór is overwogen in 3.4 niet van een onjuiste rechtsopvatting.

### *Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

**Commentaar** De uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW mede in verband met het bepaalde in art. 1:88 lid 5 BW moet restrictief worden uitgelegd. Borgtochten (en de overige sub c vermelde rechtshandelingen) aangegaan door een directeur en grootaandeelhouder vallen in beginsel niet onder de uitzondering van art. 1:88 lid 1 sub c BW, tenzij het aangaan daarvan behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap plegen te worden verricht. In het onderhavige geval was dat niet zo.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2000, 689, m.nt. WMK.

**83** HOGE RAAD  
11 juli 2003

**Kelders/Fortis**

Anthonius Johannes Kelders, te Maarsse, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Fortis (Nederland) N.V., te Rotterdam, verweerster in cassatie.

Kelders, die enig aandeelhouder en bestuurder was van Keltex BV en Tomar BV (de houdstervennootschappen) heeft zich bij onderhandse akte van 11 maart 1992 borg gesteld tegenover de bank voor al hetgeen Girls & Boys BV, Kelly Fashion BV, Fets BV en Kelly Mode BV (de dochtervennootschappen) aan de bank verschuldigd zijn of zullen worden, zulks tot een maximum van f 450.000,-. Deze borgstelling was een voorwaarde voor de bank om in maart 1992 krediet te verschaffen aan de dochtervennootschappen. Kelders was overigens niet – via de houdstervennootschappen – indirect 100% aandeelhouder in alle voormelde dochtervennootschappen.

Kelders heeft zich voorts bij onderhandse akte van 9 juli 1992 samen met zijn echtgenote borg gesteld ten behoeve van de bank voor al hetgeen de dochtervennootschappen aan de bank verschuldigd zijn of zullen worden, zulks tot een maximum van f 300.000,-. Deze tweede borgtocht was een voorwaarde voor de bank om een aankoop ter waarde van f 300.000,- door Fets BV te financieren onder het in maart 1992 verleende krediet.

De dochtervennootschappen zijn op 31 maart 1993 failliet verklaard. De bank heeft een onbetaald gebleven vordering op de dochtervennootschappen van in totaal f 2.585.000,-.

Bij brief van 11 mei 1993 heeft de bank Kelders op grond van de twee eerder vermelde borgtochten gesommeerd haar uiterlijk 31 mei 1993 f 150.000,- en f 300.000,- te voldoen. Kelders heeft aan deze sommatie geen gevolg gegeven.

In het licht van de hiervoor in 3.5 weergegeven wetsgeschiedenis en de strekking van art. 1:88 lid 5 BW moet worden aangenomen dat deze bepaling geldt onverschillig of de bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en die zich voor de nakoming van de verplichtingen van die vennootschap als borg verbindt, rechtstreeks aandeelhouder van de desbetreffende vennootschap is of dat die aandelen worden gehouden door één of meer tussengeschakelde vennootschappen. Wel dient ook ten aanzien van de eventueel tussengeschakelde vennootschappen te zijn voldaan aan de eisen van bestuur en aandeelhouderschap die art. 1:88 lid 5 BW stelt, terwijl wat betreft de vennootschap voor wie de bestuurder/aandeelhouder zich borg stelt, mede dient te gelden dat de borgtocht geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Is aan al deze voorwaarden voldaan, dan moeten de eisen van een vlot verlopend handelsverkeer zwaarder wegen dan het op zichzelf eveneens respectabele belang van bescherming van de niet-handelende echtgenoot van de borg. De argumenten op grond waarvan de wetgever de desbetreffende bepaling heeft ingevoerd, gelden immers in gelijke mate voor het geval de handelende persoon rechtstreeks bestuurder en aandeelhouder van de desbetreffende vennootschap is, als wanneer zulks het geval is via een of meer door deze (mede) gecontroleerde vennootschappen, die als tussenschakel fungeren. De bewoordingen waarin art. 1:88 lid 5 is gesteld geven aan deze uitleg weliswaar geen steun, maar aangenomen moet worden dat zij zich daartegen evenmin verzetten, aangezien de wetgever blijkens de op deze bepaling gegeven toelichting, gevallen als de onderhavige niet in zijn overwegingen heeft betrokken. Evenmin kan worden gezegd dat de rechtszekerheid door deze uitleg in de knel komt.

**Hoge Raad**

*Beslissing*

De Hoge Raad: verwerpt het beroep; (...)

De Hoge Raad heeft in dit arrest beslist dat de uitzondering op het toestemingsvereiste zoals neergelegd in art. 1:88 lid 5 BW ook geldt indien de in dat lid bedoelde bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap de aldaar bedoelde aandelen houdt via een tussengeschakelde vennootschap, veelal een zgn. houdstervennootschap. Wel zal steeds voldaan moeten zijn aan de overige in art. 1:88 lid 5 genoemde vereisten. Kort samengevat: nodig zal zijn dat niet alleen het bestuur van en het aandeelhouderschap in de houdstermaatschappij, maar ook het bestuur en het aandeelhouderschap in de dochtervennootschap beantwoorden aan de criteria van art. 1:88 lid 5 BW en dat wordt gehandeld ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap. Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2004, 173 m.nt. WMK en in *JBN* 2003, nr. 43. en in *FJR* 2004, p.132.

**Commentaar**

## Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen

84

HOGE RAAD (DERDE KAMER)

17 maart 1971

**Boedelmenging is geen gift**

### Feiten

De erflater, A.Ph., laatst gewoond hebbende te H. (N.H.), is overleden op 25 augustus 1967. Hij was in voor beiden tweede echt gehuwd met G.S.v.L., geboren 20 december 1899, hierna de echtgenote te noemen, uit welk huwelijk zijn geboren twee kinderen, de belanghebbenden, die bij zijn overlijden meerderjarig waren, terwijl uit zijn eerste huwelijk geen kinderen zijn geboren. Bij huwelijkse voorwaarden vóór het huwelijk gemaakt sloten erflater en de echtgenote iedere gemeenschap van goederen uit en kwamen zij onder meer (in art. 4) overeen:

“alle zaken welke bij de ontbinding des huwelijks, bij scheiding van tafel en bed en bij gerechtelijke vereffening van het vermogen van één der echtgenoten aanwezig zijn, behoren aan ieder der echtgenoten voor de helft, voorzover niet bewezen wordt dat zij het bijzonder eigendom van elk der echtgenoten zijn.

Dit bewijs zal voor de roerende zaken, staande huwelijk, bij erfenis, making of schenking of tengevolge van wederbelegging verkregen, behoudens bijzondere wettelijke bepalingen, geleverd worden op de wijze als in art. 221 B.W. vermeld”.

Bij akte op 26 mei 1967 verleden voor notaris J.A. Korff te Bussum wijzigden erflater en de echtgenote deze huwelijkse voorwaarden aldus dat de uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen werd opgeheven, met gevolg dat tussen hen algemene gemeenschap van goederen bestond.

Bij zijn laatste testament op 19 mei 1967 voor genoemde notaris verleden beschikte de erflater als volgt:

“Ik herroep alle voor dato dezer door mij gemaakte uiterste wilsbeschikkingen.

Het is mijn wens, dat mijn echtgenote, Mevrouw G.S.v.L., na mijn overlijden, overeenkomstig haar stand zal kunnen blijven leven, waartoe ik onderstaande uiterste wilsbeschikkingen heb gemaakt, waarbij ik mij heb laten leiden door de geest van het arrest van de Hoge Raad van dertig november negentienhonderd vijf en veertig. Ik benoem tot enige erfgename mijner gehele nalatenschap mijn echtgenote, Mevrouw G.S.v.L. Voor het geval één of meer van mijn legitimarissen een beroep doen op hun wettelijk erfdeel, benoem ik mijn legitimarissen tot erfgenamen voor hun wettelijk erfdeel en mijn genoemde echtgenote voor het overblijvende gedeelte, in welk geval ik:

A. gebruik makende van de mij bij art. 1167 BW gegeven bevoegdheid toedeel aan:



Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen

84

a. mijn genoemde echtgenote, Mevrouw G.S.v.L., alle activa mijner nalatenschap onder de verplichting om:

1. voor haar rekening te nemen alle schulden mijner nalatenschap, de begrafenis-kosten, alle op mijn nalatenschap verschuldigde successierechten en de kosten van boedelscheiding;

2. aan ieder der overige erfgenamen het hem of haar toekomende erfdeel in con-tanten te voldoen, behoudens het hierna sub B bepaalde;

b. ieder der overige erfgenamen een vordering wegens overbedeling ten laste van mijn genoemde echtgenote ter grootte van het hem of haar toekomende erfdeel; B. bepaal, ter voldoening aan mijn verplichting ervoor zorg te dragen dat mijn genoemde echtgenote, Mevrouw G.S.v.L., na mijn overlijden zoveel mogelijk op dezelfde voet zal kunnen blijven voortleven als gedurende mijn leven, dat de voormelde vorderingen wegens overbedeling niet opeisbaar zullen zijn gedu-rende haar leven en geen rente zullen dragen.

Voorts bepaal ik, dat mijn kinderen zullen zijn vrijgesteld van de verplichting tot inbreng in mijn nalatenschap van eventuele schenkingen, die zij van mij tijdens mijn leven hebben ontvangen, en dat alhetgeen mijn kinderen uit mijn nalaten-schap verkrijgen, niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen, waarin zij zijn gehuwd of later mochten huwen.

Tenslotte benoem ik mijn genoemde echtgenote tot uitvoerster mijner uiterste wijsbeschikkingen, bezorgster mijner begrafenis en redderaarster van mijn boe-del en nalatenschap, met het recht tot inbezitneming mijner gehele nalatenschap gedurende de tijd bij de wet bepaald.”

Na het overlijden van de erflater hebben de kinderen een beroep op hun legitieme portie gedaan, waarna het testament is uitgevoerd als door de erflater voor dat geval bepaald, waarbij de genoemde wijziging van de huwelijkse voorwaar-den niet als gift in de zin van art. 968 BW is aangemerkt. Ten tijde van het sluiten van het huwelijk tussen erflater en de echtgenote in 1936 bezat erflater enig ver-mogen, de echtgenote vrijwel niets, terwijl ten tijde van het wijzigen van de huwelijkse voorwaarden op 26 mei 1967 het vermogen van de erflater voorna-melijk bestond uit een landhuis ter waarde van f 175.000,- en na te noemen aan-delen NV Buisbank, terwijl in het vermogen van de echtgenote geen wijziging was ingetreden. In de vermogenstoestand is tussen de datum van het passeren van laatstgenoemde akte en het overlijden van de erflater geen wijziging opgetre-den. Erflater was enig directeur/aandeelhouder van de NV Buisbank, waarvan het geplaatste volgestorte kapitaal f 35.000,- bedroeg. Deze aandelen zijn enige maanden na zijn overlijden verkocht voor f 500.500,- aan het concern Ahrend, de enige afnemer van de artikelen der NV. Ten gevolge van het overlijden van de erflater verwierf de echtgenote een weduwenpensioen van f 15.000,- per jaar van genoemde NV.

Schending van art. 968 BW omdat het Hof in de vierde rechtsoverweging heeft beslist dat door het opheffen van het tussen erflater en zijn echtgenote bestaan hebbende regime van huwelijksgoederenrecht van uitsluiting van iedere gemeen-schap is voldaan aan een natuurlijke verbintenis en – in de twaalfde rechtsover-weging – dat deze rechtshandeling ten onrechte door de Inspecteur is aange-merkt als een gift in de zin van art. 968 BW zulks ten onrechte, aangezien de

Cassatiemiddel

**85**      **Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen**

opheffing van het regime van uitsluiting van iedere gemeenschap en de, blijkens de bij het einde van het daarvoor in de plaats getreden regime van algehele gemeenschap van goederen plaatsgehad hebben van materiële bevoordeling van de echtgenote van erflater moet worden aangemerkt als een gift in de zin van art. 968 B.W. en niet als een voldoening van de erflater aan een op hem rustende natuurlijke verbintenis:” (...)

**Hoge Raad**      (...) dat het middel – evenals de beslissing van het Hof – uitgaat van de vooronderstelling, dat de wijziging van de huwelijkse voorwaarden, waardoor tussen de erflater en zijn echtgenote – de ouders van de belanghebbenden – algehele gemeenschap van goederen ontstond en het halve vermogen van de erflater door boedelmenging op zijn onvermogene echtgenote overging, tegenover belanghebbenden in beginsel zou moeten worden aangemerkt als een gift in de zin van art. 968 BW;  
 dat echter dit uitgangspunt niet juist is;  
 dat art. 968 voornoemd, in aansluiting op art. 967 sprekende over giften onder de levenden, naar de strekking van deze bepalingen het oog heeft op materiële schenkingen door de erflater tijdens zijn leven gedaan;  
 dat daartoe een bevoordeling van de ene echtgenoot door de andere als gevolg van boedelmenging door een wijziging van de huwelijkse voorwaarden als de onderhavige niet kan worden gerekend, omdat niet reeds door het intreden van de algehele gemeenschap van goederen zich een op een bepaald ogenblik voltooide eenzijdige waardeverschuiving uit het vermogen van de ene naar dat van de andere echtgenoot voltrekt, zoals deze kenmerkend is voor bevoordeling door schenking;  
 dat mitsdien ’s hofs beslissing, dat de Inspecteur ten onrechte de wijziging van de huwelijkse voorwaarden heeft aangemerkt als een gift in de zin van art. 968 BW – wat er zij van de daartoe door het Hof gebezigde gronden en van de hiertegen in het middel aangevoerde bedenkingen – juist is;  
 dat dus het middel niet tot cassatie kan leiden; (...)

*Beslissing*  
 Verwerpt het beroep.

**Commentaar**      Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1971, 136, m.nt. EAAL en in *BNB* 1971/94.

<b>85</b>	<b>HOGE RAAD</b> 11 maart 1977  <b>Leegwaarde-arrest</b>
-----------	---

**Partijen**      X, te Rijswijk, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
 Y, te 's-Gravenhage, verweerder in cassatie.

Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen

85

Tussen partijen, die in algehele gemeenschap van goederen gehuwd waren, is een echtscheiding tot stand gekomen. Door die echtscheiding is de gemeenschap ontbonden. Bij de verdeling van de ontbonden gemeenschap zijn vervolgens zwaarigheden gerezen. Voorzover hier van belang betreft het meningsverschil tussen partijen de vraag of bij effectuering van de verdeling van de huwelijks-gemeenschap de tot die gemeenschap behorende woning, die voorheen de echtelijke woning was en thans de woning van de vrouw en de kinderen van partijen, moet worden gewaardeerd op de waarde in bewoonde toestand (standpunt van de vrouw) danwel in onbewoonde toestand (standpunt van de man).

Feiten

Voorts verschillen partijen nog van mening over de vraag, of de zakelijke lasten op de woning drukkende en de hypothecaire schuld waarvoor zij is verbonden, tussen partijen dienen te worden verrekend per de datum van de verdeling (standpunt van de vrouw) danwel per de datum van de inschrijving van het echtscheidingsvonnis in de registers van de Burgerlijke Stand (standpunt van de man).

Overwegende betreffende het eerste middel: dat de vrouw 's hofs beslissing, dat de waarde van de bij de boedelscheiding aan de vrouw toebedeelde echtelijke woning moet worden gesteld op de waarde in onbewoonde toestand, bestrijdt met het argument dat, nu zij sedert de aankoop in de echtelijke woning woont, terwijl de man reeds in 1973 deze woning metterwoon heeft verlaten, het gebruiksrecht geheel aan haar toekomt; dat dit echter niet juist is, daar in gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten gelijkkelijk gerechtigd zijn tot het gebruik van een gemeenschappelijk goed, waaraan niet afdoet dat slechts een van beiden het in feite gebruikt en ook niet in een tijd voorafgaande aan de boedelscheiding een van beiden, in dit geval de vrouw, krachtens een beschikking op grond van art. 825b Rv, hangende het echtscheidingsgeding en vervolgens op grond van art. 165 van Boek 1 BW gedurende zes maanden na de inschrijving van het echtscheidingsvonnis, het gebruik van het litigieuze goed, de echtelijke woning, heeft gehad; dat toch de in deze wetsartikelen bedoelde maatregelen geen verdere strekking hebben dan te voorzien in de moeilijkheden welke een echtscheidingsprocedure kan meebrengen in verband met de huisvesting van de echtgenoten en de rechten van de echtgenoten niet verder beïnvloeden dan het doel van deze maatregelen meebrengt;

Hoge Raad

dat daaraan niet afdoet dat de vrouw de woning zelf dringend nodig zou hebben en niet voornemens zijn zou deze te verkopen;

dat derhalve dit middel in al zijn onderdelen faalt;

Overwegende betreffende het tweede middel: dat art.102 lid 2 van Boek 1 BW, waarop de vrouw zich in dit middel beroept, aan een echtgenoot, die een schuld van de gemeenschap voor meer dan de helft betaald heeft, op de enkele grond van deze betaling voor de helft verhaal geeft tegen de andere echtgenoot; dat dit er echter niet aan in de weg staat dat een gemeenschappelijke schuld die, naar het Hof voor het gegeven geval aanneemt, verband houdt met het genot van een onroerend goed, van de datum van de ontbinding van de gemeenschap af wordt gedragen door diegene van de echtgenoten die het genot van dat goed heeft gehad; dat het Hof zonder schending van een rechtsregel kon oordelen, dat in dit geval op grond van de redelijkheid de op het onroerend goed drukkende lasten,

**86**      **Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen**

daaronder ook begrepen de periodieke aflossingen op de hypothecaire schuld, van de datum van de inschrijving van de echtscheiding moesten worden toegerekend aan de vrouw die het genot van dat goed had; dat het Hof zijn beslissing dienaangaande voldoende heeft gemotiveerd, zodat ook dit middel faalt; (...)

*Beslissing*

Verwerpt de beide beroepen (...)

**Commentaar**      Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1978, 98, m.nt. EAAL.

**86**      **HOGE RAAD**  
27 november 1981

**Boon/Van Loon**

**Partijen**      X, te Heeswijk-Dinther, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te Helmond, verweerster in cassatie.

**Feiten**      De algehele gemeenschap die tevoren tussen partijen bestond, is per 29 oktober 1971 ten gevolge van scheiding van tafel en bed ontbonden. In de gemeenschap vallen van de zijde van de man alle aandelen in Litrofa NV, waarvan de man tevens directeur is. De pensioenrechten waarom het gaat, zijn door de NV aan de man als directeur toegezegd. Zij zijn door zijn arbeid, voor een groot deel tijdens de duur van de gemeenschap, opgebouwd en bestaan uit:

a. een ouderdomspensioen van f 8.000,- per jaar (met een weduwepensioen van f 5.600,- per jaar) ingegaan op 60-jarige leeftijd van de man (1 mei 1974) en geëindigd op zijn 65-jarige leeftijd (1 mei 1979); voor deze pensioenverplichting, die de NV in eigen beheer heeft gehouden, heeft per 31 december 1970 een reservering ten bedrage van f 104.000,- plaatsgevonden.

b. een ouderdomspensioen van f 16.430,- per jaar (met een weduwepensioen van f 8.230,- per jaar), ingegaan op 65-jarige leeftijd van de man (1 mei 1979); dit pensioen is vanaf 1950 opgebouwd en per 1 januari 1971 aanmerkelijk verhoogd en door de NV ondergebracht bij een levensverzekeringsmaatschappij. In discussie is de vraag in hoeverre de waarde van opgebouwde pensioenrechten in de gemeenschap valt.

**Hoge Raad**      Bij de totstandkoming van de regeling van de algehele gemeenschap, opgenomen in Boek 1 BW, is de vraag of pensioenrechten in de gemeenschap vallen, ter sprake gekomen in de toelichting van Meijers op art. 1.7.1.2 van het door deze opgestelde voorontwerp. Naar aanleiding van het tweede lid van dat artikel, dat bepaalde dat onvervreembare en hoogst persoonlijke rechten in de gemeenschap vallen voor zover het bijzondere karakter der goederen zich daartegen niet verzet, wordt in die toelichting gezegd: "Men denke aan een recht van gebruik of bewoning, een recht op pensioen of een recht op alimentatie. Ook deze goederen

vallen, in overeenstemming met de jongste rechtspraak, in de gemeenschap, voor zover het bijzonder karakter der goederen zich daartegen niet verzet. De uitwerking van dit beginsel kan aan de rechter worden overgelaten". De redactie van art. 1.7.1.2 is overgenomen in art. 175 (oud) zoals dit gegolden heeft sedert de inwerkingtreding van de Wet van 14 juni 1956, Stb. 343, tot de inwerkingtreding van Boek I BW op 1 januari 1970. Bij die gelegenheid is dit artikel vervangen door het thans geldende art. 94 van dat boek, waarvan het derde lid luidt: "Goederen en schulden die aan een der echtgenoten op enigerlei bijzondere wijze verknocht zijn, vallen slechts in de gemeenschap voor zover die verknochtheid zich daartegen niet verzet". Uit de parlementaire geschiedenis van deze laatste bepaling blijkt noch dat met deze redactie een hier van belang zijnde materiële wijziging is beoogd, noch ook dat het uitgangspunt dat de uitwerking ervan aan de rechter kan worden overgelaten, is prijsgegeven. In tegendeel is dit uitgangspunt bij het mondeling overleg met de vaste commissie voor justitie uit de tweede kamer van de zijde van de regering uitdrukkelijk herhaald, terwijl daarmee ook strookt het toen ingenomen standpunt, dat het niet de bedoeling van de nieuwe redactie is wijziging te brengen in de rechtspraak die zich inmiddels onder het voormelde art. 175 lid 2 had gevormd.

Dit alles leidt tot de conclusie dat de onderhavige kwestie door de wetgever is overgelaten aan rechtsvorming door de rechter, hetgeen niet uitsluit dat toekomstige ontwikkelingen waartoe de rechtspraak op dit punt kan leiden, naderhand alsnog een nadere uitwerking in de wet nodig maken. Aantekening verdient voorts dat deze rechtspraak thans uiteenloopt; anders dan onder meer in het bestreden arrest werd immers geoordeeld door Hof Amsterdam 23 december 1977, *NJ* 1978, 507.

12. Tegen deze achtergrond moet worden onderzocht in hoeverre pensioenrechten, als onder 10 vermeld, in de verdeling van een gemeenschap als de onderhavige moeten worden betrokken. Pensioenrechten als hier bedoeld – waaronder met name niet ook aanspraken krachtens de AOW of de AWW vallen – zijn voorwaardelijke vorderingsrechten, die als zodanig op het tijdstip van de ontbinding van de gemeenschap reeds bestaan, ook al is het pensioen op dat tijdstip nog niet tot uitkering gekomen. Dit brengt mee dat zij krachtens art. 94 lid 3 Boek I in de algehele gemeenschap vallen en in de verdeling van die gemeenschap moeten worden betrokken, behalve voor zover zij zodanig verknocht zijn met de persoon van de echtgenoot die rechthebbende op het pensioen is, dat deze verknochtheid zich hiertegen verzet. In dit verband is in de eerste plaats van belang dat pensioenrechten als de onderhavige zich er naar hun aard niet toe lenen toegedeeld te worden aan een ander dan degene die rechthebbende op het pensioen is. Dit heeft in elk geval tot gevolg dat met deze rechten bij de verdeling niet anders rekening kan worden gehouden dan in de vorm van een waardeverrekening ten gunste van de andere echtgenoot.

Voor de vraag wanneer een zodanige verrekening op haar plaats is, is voorts van belang dat ter zake van pensioenrechten als de onderhavige niet alleen verknochtheid bestaat met de persoon van de rechthebbende op het pensioen, maar in de regel tevens een niet te verwaarlozen band met de persoon van de andere echtgenoot. Voor wat betreft de ouderdomspensioenen bestaat deze band hierin dat het pensioenrecht, zo de rechthebbende gehuwd is, uit maatschappelijk oog-

punt bestemd is te voorzien in de behoeften van beide echtgenoten en dat voorts de opbouw van een zodanig pensioen, in verband met de gehele of gedeeltelijke financiering daarvan uit de gemeenschap en de bij velen bestaande taakverdeling binnen het huwelijk, in beginsel moet worden gezien als het resultaat van de gemeenschappelijke inspanning van beide echtgenoten, voortvloeiende uit de zorg die zij krachtens art. 81 Boek 1 BW aan elkaar verschuldigd zijn. Voor de weduwepensioenen geldt, voor zover zij aan de gescheiden echtgenote ten goede zullen komen, iets soortgelijks, nu ook de opbouw daarvan geheel of gedeeltelijk uit de gemeenschap is bekostigd en door gemeenschappelijke inspanning in voormelde zin is tot stand gebracht.

Op grond van dit een en ander moet worden aangenomen dat pensioenrechten als de onderhavige in het algemeen voor het gedeelte dat op het tijdstip van de ontbinding van de gemeenschap door echtscheiding of scheiding van tafel en bed reeds was opgebouwd, bij de verdeling van de gemeenschap door middel van verrekening in aanmerking moeten worden genomen. De verknochtheid aan de persoon van de rechthebbende verzet zich wegens de eveneens aanwezige band met de persoon van de andere echtgenoot daartegen niet. Dit is evenwel anders in het geval de gemeenschap niet door echtscheiding of scheiding van tafel en bed wordt ontbonden, maar als gevolg van de dood van één der echtgenoten. De verknochtheid van het ouderdomspensioen aan de persoon van de rechthebbende staat eraan in de weg dat een verrekening moet plaatsvinden ten behoeve van de erfgenamen van de overleden andere echtgenoot, nu na het overlijden de zorg voor de persoon van deze laatste geen gewicht meer in de schaal werpt. Evenmin kunnen in geval de man overlijdt, zijn erfgenamen aanspraak maken op een verrekening ter zake van het aan de vrouw toekomende weduwepensioen.

13. Op welke wijze en tot welke bedragen in geval van echtscheiding of scheiding van tafel en bed een verrekening als bovenbedoeld moet plaatsvinden, dient te worden vastgesteld aan de hand van de eisen van redelijkheid en billijkheid, die op de verdeling van een gemeenschap van toepassing zijn. Afhankelijk van de beschikbare baten en van de waarde die voor verrekening in aanmerking komt, zullen deze eisen vaak meebrengen dat de verrekening ter zake van het ouderdomspensioen slechts kan plaatsvinden door aan de pensioengerechtigde echtgenoot een voorwaardelijke uitkering op te leggen, die aan het leven van beide echtgenoten gebonden is, opeisbaar wordt naarmate de pensioentermijnen opeisbaar worden en kan worden uitgedrukt in een percentage daarvan. De verschuldigde bedragen dienen te worden vastgesteld, ervan uitgaande dat recht op verrekening bestaat ten belope van de helft van de waarde van het deel van het pensioen, dat vóór de ontbinding van de gemeenschap was opgebouwd. Komt mede een weduwepensioen voor verrekening in aanmerking, dan zal zulks in voormelde uitkering kunnen worden verwerkt door deze met een naar een overeenkomstige maatstaf te bepalen bedrag te verminderen. Naargelang van de omstandigheden, waaronder de leeftijd van elk der echtgenoten, kan echter tegen de waarde van het weduwepensioen dat de vrouw na de dood van de man krijgt, opwegen de waarde van het vóór de ontbinding van de gemeenschap opgebouwde deel van het ouderdomspensioen dat de man bij voor-overlijden van de vrouw wegens het dan eindigen van de uitkering voor het volle bedrag zal gaan genieten. In dat geval kan verrekening van het weduwepensioen achterwege blijven.

De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen voorts meebrengen dat de verrekening van het ouderdomspensioen op een nog andere wijze geschiedt, bijvoorbeeld in de vorm van een door de pensioengerechtigde te bekostigen lijfrenteverzekering. Tevens kunnen redelijkheid en billijkheid, in verband met de bijzondere aard van pensioenrechten als de onderhavige, eisen dat de verrekeningsvordering wordt gematigd of dat in het geheel geen vordering wordt toegekend, zoals wanneer de pensioengerechtigde reeds op andere wijze in de verzorging van de andere echtgenoot heeft voorzien of redelijkerwijs niet tot enige uitkering in staat is. Ook kunnen er omstandigheden bestaan, bijvoorbeeld indien het geen eerste huwelijk betreft, die aanleiding geven het pensioen, voor zover het vóór het huwelijk reeds was gebouwd, geheel of gedeeltelijk buiten de verdeling te houden.

14. Het bovenoverwogene brengt mee dat het middel terecht betoogt dat het Hof in r.o. 21 van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan. Dit betekent dat in zoverre thans wordt teruggekomen op het oordeel op het onderhavige punt uitgesproken in HR 7 oktober 1959, BNB 1959, 355. Aangenomen moet worden dat sindsdien vele huwelijksgemeenschappen zijn verdeeld zonder dat met pensioenrechten als de onderhavige rekening is gehouden, hetgeen in beginsel aanleiding zou kunnen zijn tot een vordering als bedoeld in art. 1158 tweede lid BW. De eisen van redelijkheid en billijkheid zullen echter in verband met het belang van de rechtzekerheid in de regel meebrengen dat in deze gevallen een zodanige vordering – die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten – thans niet meer geldend gemaakt kan worden.

15. Nu het middel doel treft, kan het arrest van het Hof niet in stand blijven. Na verwijzing zal de onderhavige kwestie aan de hand van het bovenoverwogene opnieuw moeten worden gezien. Gelet op de onder 14 bedoelde wijziging in de rechtspraak van de Hoge Raad zal het partijen daarbij vrijstaan hun stellingen en conclusies over en weer aan deze wijziging aan te passen; (...)

#### *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

vernietigt in het incidentele beroep 's hofs eindarrest van 15 april 1980;

verwijst de zaak naar het Hof teneinde de behandeling daarvan voort te zetten en te beslissen.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1982, 503, m.nt. EAAL en WHH alsmede in *AA* 1982, p. 665 (PvS) en *WPNR* 5616 (1982) EAAL en *WPNR* 5594 (1982) Bod.

**Commentaar**

**87**      **Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen**

**87**      **HOGE RAAD**  
27 mei 1983

**Bijstandsschuld**

**Partijen**      X, te A, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te B, verweerster in cassatie.

**Feiten**      Man en vrouw waren gehuwd in algehele gemeenschap van goederen. Tijdens de echtscheidingsprocedure heeft de man geen bijdrage voor het levensonderhoud van de vrouw betaald, maar wel de hypotheek en andere lasten van de echtelijke woning waarin de vrouw nog verbleef. De vrouw voorzag in haar onderhoud door een uitkering krachtens de Algemene Bijstandswet (ABW). Bij de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap is het huis aan de man toegescheiden, terwijl de vrouw een bedrag ad f 40.000,- ontving wegens overbedeling van de man. Vervolgens verhaalde de Gemeentelijke Sociale Dienst (GSD) zich op grond van art. 59 lid 2 ABW op de vrouw voor de eerder aan haar gedane uitkeringen. Daarop stelde de vrouw in rechte de vraag aan de orde of de bijstandsschuld aan de GSD – voorzover deze nog tijdens het huwelijk was ontstaan – moet worden beschouwd als een gemeenschapsschuld die voor verrekening in aanmerking komt.

**Hoge Raad**      3.1. Het middel stelt de vraag aan de orde of een schuld van een echtgenoot, die is ontstaan omdat aan hem tijdens het bestaan van de algehele gemeenschap van goederen op grond van de ABW bijstand is verleend, zodanig aan die echtgenoot verknocht is dat die schuld niet in de gemeenschap valt.  
3.2. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. Dat de onderhavige schuld is ontstaan doordat de vrouw tijdens het huwelijk tengevolge van een gebrek aan liquide middelen een beroep heeft moeten doen op de voorzieningen van de ABW om de noodzakelijke kosten van haar bestaan te kunnen bestrijden, is geen reden om aan te nemen dat die schuld niet, als een gevolg van de tussen partijen bestaande algehele gemeenschap van goederen gezamenlijk door hen gedragen zou moeten worden. Ook als op andere wijze door een der echtgenoten schulden worden aangegaan om de noodzakelijke kosten van zijn bestaan te bestrijden, zullen die schulden in de huwelijksgemeenschap vallen.  
3.3. Het feit dat de voor één der echtgenoten gemaakte kosten van bijstand ingevolge de art. 54a en 55 ABW alleen tot de grens van zijn onderhoudsplicht op de andere echtgenoot verhaald kunnen worden, doet aan het vorenstaande niet af. De mogelijkheden van verhaal door de gemeente ter zake van verleende bijstand en de aan dat verhaal gestelde grenzen staan los van de vraag in hoeverre de schulden van echtgenoten uit hoofde van zulk verhaal op grond van een tussen hen bestaande gemeenschap van goederen gezamenlijk door hen moeten worden gedragen.



Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen

88

3.4. Het middel gaat van een andere opvatting uit en kan derhalve niet tot cassatie leiden.

*Beslissing*

de Hoge Raad:  
verwerpt het beroep (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1984, 146, m.nt. EAAL.

Commentaar

<b>88</b>	<b>HOGE RAAD</b> 12 juni 1987
	<b>Holland/Beek</b>

Verzekering Maatschappij Holland NV, te Utrecht, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Alberta Theodora Beek, echtgenote van Jacob Dirk van den Bergh, te Hellevoetsluis, verweerster in cassatie.

Partijen

Er heeft een aanrijding plaatsgevonden tussen een door Van den Bergh bestuurde motorfiets en een autobus, waardoor Beek, die als duopassagier op de motor meereed, gewond is geraakt. De aanrijding was te wijten aan de schuld van Van den Bergh, met wie Beek in gemeenschap van goederen is gehuwd. Van den Bergh had zijn motor bij Holland verzekerd ingevolge de WAM. Het verweer van Holland hield in dat de vordering gegrond op art. 1407 BW (oud) van Beek op Van den Bergh in de tussen hen bestaande gemeenschap van goederen is gevallen en door boedelmenging met de schuld van de man te dier zake is tenietgegaan. En waar Beek geen rechten jegens haar echtgenoot kan geldend maken, kan zij dit evenmin jegens zijn WAM-verzekeraar.

Feiten

Holland heeft zich tegen die vordering primair verweerd met het betoog dat de vordering van Beek op Van den Bergh in de tussen hen bestaande gemeenschap van goederen is gevallen, dat de vordering door boedelmenging met de desbetreffende schuld van Van den Bergh is tenietgegaan en dat, nu Beek geen rechten jegens Van den Bergh geldend kan maken, zij dit evenmin kan jegens Holland als WAM-verzekeraar van Van den Bergh. Beek heeft dit verweer bestreden. Het primaire verweer van Holland doet de vraag rijzen of een verbintenis tot betaling van schadevergoeding, ontstaan uit hoofde van onrechtmatige daad, tegenover de verzekeraar die de desbetreffende aansprakelijkheid heeft gedekt, als tenietgegaan heeft te gelden wanneer schuldenaar en schuldeiser ten tijde van het ontstaan van de verbintenis met elkaar in gemeenschap van goederen zijn gehuwd. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Immers, enerzijds hebben beide echtgenoten er belang bij dat de schade uiteindelijk wordt gedragen door de verzekeraar die de aansprakelijkheid had gedekt, en hebben zij daarom belang bij het voortbestaan van de verbintenis, anderzijds is er, gegeven dit belang, geen

Hoge Raad

**89**      **Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen**

redelijke grond om de verbintenis tegenover de verzekeraar als tenietgegaan aan te merken.

De Rechtbank heeft het vorenomschreven verweer van Holland derhalve terecht verworpen, wat er overigens zij van de daartoe gebezigde gronden. Hieruit volgt dat het middel niet tot cassatie kan leiden, zodat de onderdelen ervan geen bespreking behoeven.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het principale beroep;  
verklaart Beek niet-ontvankelijk in het incidentele beroep, (...).

**Commentaar**      Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1988, 39, m.nt. G. en EAAL.

**89**

**HOGE RAAD**  
23 december 1988

**Geen verrekening van invaliditeitspensioen**

**Partijen**      X, te A, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te B, verweerder in cassatie.

**Feiten**      Partijen zijn op 30 september 1955 gehuwd in algehele gemeenschap van goederen. Y was toen ambtenaar in de zin van de ABPW. Per 1 oktober 1978 is Y wegens invaliditeit ontslagen. Met ingang van die datum heeft hij recht op invaliditeitspensioen als bedoeld in art. E1 lid 1 sub b ABPW verkregen. Op dit pensioen zijn aanvullingen en vergoedingen toegepast op de voet van art. F9 en (het tot 1 januari 1986 gegolden hebbende) art. N10 ABPW.  
Het huwelijk van partijen is door echtscheiding ontbonden op 12 februari 1981. Over de verdeling van de gemeenschap van goederen zijn zwaarigheden gerezen. In cassatie is uitsluitend aan de orde de vraag of het recht van Y op invaliditeitspensioen (vorenbedoelde aanvullingen en vergoedingen daaronder mede begrepen), voor zover dit betreft de uitkeringstermijnen voorafgaande aan de maand waarin Y de leeftijd van 65 jaar bereikt, in de verdeling moet worden betrokken.

**Hoge Raad**      3.2. Het antwoord op de vraag of een goed op bijzondere wijze aan een der echtgenoten is verknocht en, zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich er tegen verzet dat het goed in de gemeenschap valt – een en ander als bedoeld in art. 1:94 lid 3 BW – hangt, voor zover hier van belang, af van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald.  
Het gaat te dezen om de aard van een invaliditeitspensioen, in de zin van een recht op periodieke uitkeringen ter vervanging van door invaliditeit wegvallende arbeidsinkomsten gedurende een tijdvak voorafgaande aan het tijdstip waarop de deelname aan het arbeidsproces wegens ouderdom pleegt te eindigen. Voor het in

dit verband vaststellen van die aard zijn in het bijzonder de volgende omstandigheden van belang.

a. Een invaliditeitspensioen strekt tot vervanging van arbeidsinkomsten welke bij het ontbreken van invaliditeit zouden (kunnen) worden behaald. De uit een bestaande arbeidsverhouding voortvloeiende aanspraak op voor nog te verrichten arbeid te ontvangen loon valt niet in de gemeenschap.

b. Anders dan ouderdomspensioenen, plegen invaliditeitspensioenen niet of slechts in beperkte mate te berusten op een geleidelijke, aan het voortduren van de arbeidsverhouding gekoppelde opbouw van aanspraken. Ook bij een invaliditeitspensioen uit hoofde van de ABPW speelt blijkens de aanvullingsregeling van art. F9 ABPW het opbouwelement een betrekkelijk ondergeschikte rol.

c. De grootte en de duur van een invaliditeitspensioen zijn in de regel afhankelijk van de graad van arbeidsongeschiktheid en het voortduren daarvan, derhalve van strikt individuele, soms wisselende omstandigheden aan de zijde van de rechthebbende.

d. Invaliditeit leidt in de regel niet alleen tot verlies van arbeidsinkomsten, maar ook tot vermindering van de mogelijkheden tot levensgeluk en tot verdere ont-plooiing. Het verkrijgen van invaliditeitspensioen zal in de praktijk mede noodzakelijk zijn om aan de hieruit voortvloeiende achterstand het hoofd te kunnen bieden.

3.3. De onder 3.2 vermelde omstandigheden geven steun aan de zienswijze dat een invaliditeitspensioen naar zijn aard moet worden beschouwd als een strikt persoonlijk recht van degene die door invaliditeit wordt getroffen. Erkend moet worden dat hiertegenover kan worden gewezen op omstandigheden die voor een tegengestelde opvatting pleiten, met name de omstandigheden dat de tijdens het huwelijk van in algehele gemeenschap gehuwden voldane premies, verschuldigd voor het verkrijgen van recht op invaliditeitspensioen, in de regel uit tot de gemeenschap behorende middelen zullen worden bekostigd, en dat een tijdens het huwelijk ingaand invaliditeitspensioen voorziet in de behoeften van beide echtgenoten zolang het huwelijk voortduurt. Naar het oordeel van de Hoge Raad komt echter aan deze omstandigheden minder gewicht toe dan aan de eerder genoemde omstandigheden. Niet zonder belang is tenslotte dat de in HR 27 november 1981, NJ 1982, 503 aanvaarde opvatting dat rechten op ouderdomspensioen, voor zover vóór de ontbinding van de gemeenschap opgebouwd, in beginsel bij de verdeling van de gemeenschap door middel van verrekening in aanmerking moeten worden genomen, reeds aanleiding is geweest tot het openbaar gemaakte regeringsvoornemen een wettelijke regeling voor de verevening van rechten op ouderdomspensioen voor te stellen. Boven een rechterlijke ingreep in de bestaande praktijk – waarin invaliditeitspensioenen bij de verdeling van de gemeenschap niet plegen te worden verrekend – verdient het, mede ter vermindering van rechts-onzekerheid, de voorkeur dat de wetgever in het kader van het tot stand brengen van evenbedoelde wettelijke regeling beziet of en, zo ja, op welke wijze invaliditeitspensioenen moeten worden verrekend of verevend.

3.4. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat een invaliditeitspensioen in voormelde zin naar zijn aard zo sterk aan de persoon van de door invaliditeit getroffen echtgenoot verknocht is dat het niet in de gemeenschap valt, ook niet bij wege van verrekening. Opmerking verdient dat ook aanspraken op uitkeringen op grond van de Ziektewet, de WAO en de AAW niet in de gemeenschap vallen.

**90**      **Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen**

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

**Commentaar**      Dit arrest is gepubliceerd in *NJ* 1989, 700, m.nt. EAAL.

**90**      **HOGE RAAD**  
7 december 1990  
  
**Moordhuwelijk**

**Partijen**      L, te A, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
1. Franciscus Wilhelmus Johannes Maria Brouwers, te Houston, Verenigde Staten van Amerika en,  
2. Dorothea Maria Wilhelmina Brouwers, echtgenote van R.C. Waller, te Amsterdam, verweerders in cassatie.

**Feiten**      L, die geboren is in 1944, heeft vanaf januari 1983 de 72-jarige hulpbehoevende Van Wylick tegen betaling verpleegd en verzorgd, aanvankelijk enkele dagen per week en later dagelijks.  
Op 29 september 1983 is L met Van Wylick gehuwd zonder dat vooraf huwelijkse voorwaarden werden opgemaakt. Het huwelijk werd gesloten buiten de woonplaats van de aanstaande echtelieden en er werd geen ruchtbaarheid aan gegeven. L bezat vrijwel niets, terwijl Van Wylick een aanzienlijk vermogen aanbracht. Beiden wisten dat het huwelijk een aanzienlijke vermogensverschuiving teweeg zou brengen.  
L had sinds 1976 een relatie met een andere man, welke relatie hij niet heeft verbroken.  
Vijf weken na het huwelijk heeft L Van Wylick op geraffineerde wijze en met grof misbruik van het door haar in hem gesteld vertrouwen van het leven beroofd. L is wegens moord veroordeeld tot een langdurige gevangenisstraf.

**Hoge Raad**      3.1.3. Het Hof heeft evenals de Rechtbank geoordeeld dat ontkennend moet worden geantwoord op de vraag of L in het kader van de scheiding en deling van de algehele gemeenschap van goederen aanspraak kan maken op de helft van het tot die gemeenschap van goederen behorende vermogen voor zover dat is aangebracht door Van Wylick. Dit oordeel wordt door het middel bestreden.  
3.2. Het Hof heeft in zijn r.o. 5.10 vooropgesteld dat bij de beantwoording van voormelde vraag in het licht van ‘de wel zeer bijzondere omstandigheden van dit geval’ enerzijds betekenis toekomt aan de algemene rechtsbeginselen en anderzijds aan de eisen van redelijkheid en billijkheid waarnaar L zich als deelgenoot in de tot stand gebrachte algemene gemeenschap van goederen heeft te gedragen. Vervolgens heeft het Hof in zijn r.o. 5.13–5.17 overwogen dat in het onderhavige geval twee algemene rechtsbeginselen behoren te worden toegepast en dat op

grond daarvan L geen aanspraak kan maken op de bevoordeling die het gevolg is van het ontstaan van algehele gemeenschap van goederen. Tegen deze overwegingen richten zich de onderdelen A en B van het middel, doch tevergeefs.

Voor zover deze onderdelen berusten op de stelling dat de door het Hof bedoelde algemene rechtsbeginselen in het geheel niet bestaan, moet deze overigens niet nader toegelichte stelling als onjuist worden verworpen.

Voor zover de onderdelen strekken ten betoge dat die algemene rechtsbeginselen niet van toepassing zijn in een geval als het onderhavige omdat, kort gezegd, de aard van de verkrijging krachtens het ontstaan van een algehele gemeenschap van goederen eraan in de weg staat deze verkrijging gelijk te stellen met een 'begunstiging' of 'voordeel' als waarop voormelde beginselen zien, kunnen zij reeds bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. 's Hofs beslissing wordt immers zelfstandig gedragen door het in zijn r.o. 5.18 neergelegde oordeel, dat blijktens hetgeen hierna zal worden overwogen tevergeefs wordt bestreden.

3.3. In r.o. 5.18 heeft het Hof geoordeeld dat onder de bijzondere omstandigheden van dit geval 'en mede bezien in het licht van de genoemde algemene rechtsbeginselen' de aanspraken van L dermate onredelijk en onbillijk zijn dat de uitoefening van die aanspraken hem geheel dient te worden ontzegd. Blijkens de geciteerde zinsnede spelen de bedoelde rechtsbeginselen in dit verband slechts deze rol, dat het bestaan van die beginselen heeft bijgedragen tot 's hofs oordeel dat de eisen van redelijkheid en billijkheid die uitoefening ontoelaatbaar maken. Voor zover de onderdelen A en B in r.o. 5.18 lezen dat het Hof deze beginselen rechtstreeks als rechtsgrond voor voormelde ontzegging heeft gebezigd, missen zij feitelijke grondslag. Voor zover zij de klacht inhouden dat die beginselen niet tot 's hofs voormelde oordeel konden bijdragen, gaan zij uit van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel C valt r.o. 5.18 aan met de stelling dat de rechter niet op grond van redelijkheid en billijkheid mag afwijken van het bepaalde in art. 1:100 lid 1 BW. Deze stelling is in haar algemeenheid onjuist. Een afwijking is immers niet geheel uitgesloten. Het Hof heeft terecht vooropgesteld dat een dergelijke afwijking niet dan in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan worden aangenomen, in verband waarmee het Hof spreekt van 'een zware maatstaf'. In de omstandigheden die het Hof blijkens het hiervoor overwogene tot uitgangspunt heeft genomen, is het Hof terecht tot het oordeel gekomen dat de onverkorte toepassing van de krachtens art. 1:100 lid 1 tussen deelgenoten in een ontbonden huwelijksgemeenschap geldende regel van verdeling bij helfte – in de bewoordingen van art. 6:2 lid 2 NBW – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Op die grond heeft het Hof dan ook geoordeeld dat L bij de verdeling van die gemeenschap geen aanspraak kan maken op toedeling van de goederen die van de zijde van Van Wylick in die gemeenschap zijn gevallen.

Voor zover onderdeel C nog klaagt over 'onbillijke consequenties' van 's hofs beslissing, werpt het feitelijke stellingen op die niet eerder zijn aangevoerd en dus in cassatie niet kunnen worden behandeld.

#### *Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

**91**      **Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen**

**Commentaar**      Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1991, 593, m.nt. EAAL en in WPNR 5998 (1991) door Vranken en in WPNR 6131 (1994) door Luijten.

**91**      **HOGE RAAD**  
18 oktober 1991

**Schuld wegens verduisterde gelden**

**Partijen**      Intour Reizen Noord-Oost Nederland BV, te Hengelo, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
K, te H, verweerder in cassatie.

**Feiten**      V en K zijn met elkaar gehuwd geweest in algehele gemeenschap van goederen. Hun huwelijk is door echtscheiding ontbonden. Tijdens het huwelijk heeft V ten nadele van Intour een bedrag verduisterd, waarvan – eveneens tijdens het huwelijk – een gedeelte aan Intour is terugbetaald. Aldus heeft Intour tengevolge van de onrechtmatige daad van V een schade ten bedrage van f 51.691,71 geleden. Zij heeft primair hoofdelijke veroordeling van K en V tot betaling van dat bedrag gevorderd, subsidiair veroordeling van K en V elk tot betaling van de helft van dat bedrag.

**Hoge Raad**      3.2. In cassatie is uitsluitend de vraag aan de orde of en in hoeverre na de ontbinding van de gemeenschap K jegens Intour voor deze schuld aansprakelijk is. Zowel de Rechtbank als het Hof heeft K's beroep op verknochtheid van de schuld aan V, als bedoeld in art. 1:94 lid 3 BW, verworpen. Dit oordeel is in cassatie niet bestreden. Voorts heeft de Rechtbank beslist dat K gehouden is tot betaling van de helft van de schuld, derhalve tot een bedrag van f 25.845,85 en dat het ten laste van K gelegde conservatoire derdenbeslag van waarde moet worden verklaard. In hoger beroep heeft het Hof echter beslist dat Intour niet ontvankelijk is in haar primaire en subsidiaire vordering tegen K, maar dat zij haar vordering op V wel voor de helft op het vermogen van K kan verhalen, zodat de voormelde vanwaardeverklaring door de Rechtbank moet worden bekrachtigd.

3.3. 's Hof's gedachtengang kan als volgt worden samengevat. Ten tijde van het huwelijk was K geen medeschuldenaar van de door V veroorzaakte schuld aan Intour en derhalve daarvoor niet aansprakelijk. De huwelijksgoederengemeenschap bracht mee dat K ten tijde van het huwelijk voor die schuld wel 'verhaalsaansprakelijk was, in dier voege dat Intour ter voldoening van haar vordering op mevrouw V het gemeenschapsvermogen kon uitwinnen'. De ontbinding van die gemeenschap heeft hierin in zoverre geen verandering gebracht dat hij niet aansprakelijk is geworden voor de schuld omdat art. 1:102 lid 1 BW slechts inhoudt dat K met zijn vermogen voor de helft van de schuld 'verhaalsaansprakelijk' blijft. Art. 1:102 lid 1 brengt niet mee dat K na de ontbinding van de gemeenschap medeschuldenaar is geworden voor de helft van de schuld van V aan Intour.

Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen

92

3.4. Het middel treft doel. Op grond van art. 1:102 lid 1 wordt een echtgenoot na de ontbinding van de gemeenschap voor de helft aansprakelijk voor de schulden van de gemeenschap, waarvoor hij voordien niet aansprakelijk was. Anders dan het Hof blijkens het voorgaande heeft aangenomen, moet dit aldus worden opgevat dat een echtgenoot na de ontbinding als schuldenaar gehouden is tot voldoening van de helft van het bedrag van een zodanige gemeenschapsschuld. Dit strookt met het stelsel dat met betrekking tot het vóór de invoering van Boek 1 geldende recht voor de aansprakelijkheid van de vrouw voor gemeenschapsschulden is aanvaard in de eerste rechtsoverweging van HR 2 januari 1942, *NJ* 1942, 296, en waarop blijkens Parl. Gesch. Boek 1, p. 329, in het huidige art. 102 lid 1 is voortgebouwd. Het Hof had derhalve de subsidiaire vordering van Intour tot betaling van de helft van het bedrag van de onderhavige gemeenschapsschuld moeten toewijzen. De Hoge Raad kan zelf recht doen als hierna vermeld.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van Hof Arnhem van 14 november 1989 (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1992, 421, m.nt. EAAL.

Commentaar

92

HOGE RAAD  
25 juni 1993

**Draagplicht belastingschulden**

W, te Zeist, eiseres tot cassatie,  
*tegen*

S, te Austerlitz, gemeente Zeist, verweerder in cassatie.

Partijen

Partijen zijn op 23 juli 1957 gehuwd in algehele gemeenschap van goederen. Nadien zijn door partijen geen huwelijkse voorwaarden gemaakt.

De Rechtbank te Utrecht heeft bij beschikking van 10 april 1981 in het kader van een echtscheidingsprocedure tussen partijen voorlopige voorzieningen getroffen, onder meer inhoudende dat de man f 1.400,- per maand betaalt voor het levensonderhoud van de vrouw, alsmede f 200,- per maand – met ingang van 1 oktober 1982 verhoogd tot f 250,- per maand – per kind voor de verzorging en opvoeding van de aan de vrouw toevertrouwde kinderen. Daarbij is de Rechtbank ervan uitgegaan dat de man de rente en aflossing van de hypotheek op de echtelijke woning zou voldoen, en voorts de aflossing op het doorlopend krediet, de premie ziektekostenverzekering en de kosten van huisarts, apotheek en tandarts.

Bij vonnis van de Rechtbank van 25 januari 1984 is tussen partijen de echtscheiding uitgesproken. Het vonnis is op 1 juni 1984 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Bij dat vonnis zijn partijen veroordeeld met elkaar over te gaan tot scheiding en deling van de huwelijksgoederengemeenschap.

Feiten

In het kader van de scheiding en deling zijn tussen partijen twee geschilpunten gerezen die zijn neergelegd in een door notaris mr. K.E.J. Dijk te Amsterdam opgemaakt en op 17 februari 1989 verleden proces-verbaal van zwaarigheden.

In cassatie gaat het nog om de aan de vrouw over de jaren 1981, 1982, 1983 en 1984 opgelegde aanslagen inkomstenbelasting en premieheffing, die ten tijde van de ontbinding van het huwelijk nog niet waren betaald. De vrouw heeft zich op het standpunt gesteld dat deze schulden moeten worden aangemerkt als gemeenschapsschulden, terwijl de man heeft aangevoerd dat deze schulden dienen te worden beschouwd als aan de vrouw verknochte schulden in de zin van art. 1:94 lid 3 BW.

**Hoge Raad**

Het geschil tussen partijen of de onderhavige belasting- en premieschulden moeten worden aangemerkt als gemeenschapsschulden dan wel als privé-schulden van de vrouw, heeft betrekking op de verdeling van de tussen hen bestaande gemeenschap. Dit brengt mee dat het niet gaat om de vraag op welk(e) vermogen(s) die schulden verhaalbaar zijn, maar enkel om de vraag of die schulden door beide echtgenoten dan wel uitsluitend door de vrouw moeten worden gedragen. Het is dan ook deze laatste vraag die de Rechtbank en het Hof hebben beantwoord. Voor zover het middel in onderdeel A ervan uitgaat dat het Hof óók omtrent eerstgenoemde vraag een beslissing heeft gegeven, mist het derhalve feitelijke grondslag.

3.3.2. Ten aanzien van de draagplicht voor schulden die tijdens het bestaan van de gemeenschap zijn ontstaan, volgt uit de hoofdregel van art. 1:94 lid 2 dat beide echtgenoten gelijkelijk draagplichtig zijn. Dit is anders als deze schulden op enigerlei bijzondere wijze aan een van de echtgenoten verknocht zijn (art. 1:94 lid 3). Een dergelijke verknochtheid volgt echter niet uit de omstandigheid dat het hier gaat om belastingschulden, ook niet nu de vrouw daarvoor zelfstandig wordt aangeslagen en de Rechtbank bij de vaststelling van de voorlopige bijdrage ervan is uitgegaan dat de in verband daarmee verschuldigde belasting en premies voor rekening van de vrouw zouden komen. Verknochtheid van deze schulden kan evenmin worden gebaseerd op de omstandigheid dat de belasting en premies geheven zijn ter zake van de aan de vrouw betaalde alimentatie, aangezien betaalde alimentatietermijnen onverkort tot de gemeenschap behoren en niet kunnen worden gezien als aan de alimentatiegerechtigde verknochte baten. Er bestaat geen grond hieromtrent anders te oordelen indien het, zoals in het onderhavige geval, gaat om door de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot betaalde alimentatie.

3.3.3. Dat tijdens het bestaan van de gemeenschap ontstane schulden in beginsel door beide echtgenoten gelijkelijk gedragen worden, staat evenwel niet eraan in de weg dat een van de echtgenoten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden kan zijn bepaalde schulden uit de aan deze ter beschikking staande middelen te voldoen, en dat, indien deze echtgenoot dit bij het einde van de gemeenschap niet heeft gedaan, deze schulden niet in het kader van de verdeling van de gemeenschap door middel van verrekening voor de helft ten laste van de andere echtgenoot kunnen worden gebracht. Of een dergelijke gehoudenheid bestaat, hangt in beginsel af van de omstandigheden van het geval. Maar als het, zoals hier, gaat om belastingen en premies over een bij wijze van voorlopige



Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen

93

voorziening aan een echtgenoot toegekende bijdrage in zijn of haar levensonderhoud, behoort als uitgangspunt te worden aangenomen dat deze schulden door deze echtgenoot uit die bijdrage moeten worden voldaan. Een ander uitgangspunt zou immers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Afwijking is denkbaar, waarbij de omstandigheden die daartoe aanleiding geven, door deze echtgenoot moeten worden gesteld en aannemelijk gemaakt. Hetgeen in dit geval door de vrouw is aangevoerd had in dit licht dienen te worden onderzocht, hetgeen echter in het bestreden arrest niet is geschied.

3.3.4. Uit het vorenoverwogene volgt dat het Hof hetzij is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting doordat het de vraag of de onderhavige belasting- en premieschulden bij de verdeling voor de helft ten laste van de man moeten worden gebracht, niet mede aan de hand van de hiervoor bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid heeft beoordeeld, hetzij zijn arrest onvoldoende met redenen heeft omkleed. De onderdelen B, C en D, die hierop gerichte klachten bevatten, zijn derhalve gegrond.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Amsterdam van 19 december 1991; verwijst de zaak naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1994, 31, m.nt. WMK.

Commentaar

93

HOGE RAAD

18 maart 1994

Van Tholen/Nationale Nederlanden

Theodora Maria van Tholen-Kemna, te Heiloo, eiseres tot cassatie,  
*tegen*

Partijen

Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij NV, te Rotterdam, verweerster in cassatie.

i. Van Tholen heeft met de rechtsvoorganger van Nationale-Nederlanden een overeenkomst van levensverzekering gesloten, met als ingangsdatum 1 juli 1966 en als einddatum 1 juli 1992. Van Tholen is verzekeringneemster, verzekerde en begunstigde voor de uitkering bij in leven zijn op 1 juli 1992. De per 1 juli 1992 opeisbare en verschuldigde uitkering bedraagt f 12.543,-.

Feiten

ii. Van Tholen was in algehele gemeenschap van goederen gehuwd met H. van Tholen. De vorderingsrechten uit de verzekeringsovereenkomst maken deel uit van de door het overlijden van H. van Tholen in 1986 ontbonden huwelijksgoederengemeenschap, die nog niet is verdeeld. Deelgenoten in die gemeenschap zijn Van Tholen en twee kinderen uit een eerder huwelijk van H. van Tholen.

iii. Van Tholen vordert in het onderhavige geding betaling aan haar op eigen naam van de onder (i) bedoelde uitkering. Nationale-Nederlanden heeft die vordering bestreden, waartoe zij onder meer heeft aangevoerd dat krachtens art. 3:170 lid 2 BW in verbinding met de art. 189 lid 2 en 166 het innen van een aan een gemeenschap verschuldigde uitkering een beheersdaad is, waartoe slechts de deelgenoten tezamen bevoegd zijn. Zij kan derhalve slechts aan de deelgenoten gezamenlijk bevrijdend betalen, en niet aan Van Tholen, die betaling op eigen naam en voor zichzelf verlangt.

**Hoge Raad**

3.3.2. Bij de beoordeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat, nu het hier gaat om een recht op uitkering dat in de gemeenschap valt (zie 3.1 onder (ii)), sprake is van een 'aan de gemeenschap verschuldigde prestatie' als bedoeld in art. 3:170 lid 2. Anders dan subonderdeel 1.3 betoogt is hiervoor niet vereist dat de gemeenschap als zodanig jegens Nationale-Nederlanden als contractpartij resp. als schuldeiser in de plaats van Van Tholen is getreden. Dit subonderdeel faalt derhalve.

3.3.3. In zijn arrest van 3 februari 1967, *NJ* 1967, 441, heeft de Hoge Raad onder meer overwogen, samengevat weergegeven, dat ingeval een in enige gemeenschap van goederen gehuwde met een derde een overeenkomst heeft gesloten houdende een beding, waarbij hij zichzelf heeft aangewezen als de persoon aan wie ingevolge de overeenkomst te verrichten betalingen moeten worden gedaan, de derde aan een vordering van zijn wederpartij tot betaling niet kan tegenwerpen bezwaren ontleend aan het huwelijksgoederenregime van zijn wederpartij of aan de omstandigheid dat de wederpartij zich bevindt in een ontbonden maar nog niet verdeelde gemeenschap.

De subonderdelen 1.1 en 1.2 strekken ten betoog dat hetzelfde naar huidig recht heeft te gelden, nu uit de wetsgeschiedenis van art 3:170 niet blijkt dat deze bepaling mede beoogt de blijkens dat arrest op dit stuk voordien geldende rechtsregels te ontcrachten.

Ook deze onderdelen falen, want dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Uit de memorie van antwoord bij art. 3:170 (Parl. Gesch. Boek 3, p. 588 e.v.) blijkt dat voor het opnemen van de regel dat slechts de deelgenoten te zamen bevoegd zijn tot het aannemen van aan de gemeenschap verschuldigde prestaties, doorslaggevend is geweest de gedachte dat aldus wordt voorkomen dat een deelgenoot een vordering zou kunnen innen zonder waarborg dat het aldus geïnde aan de gezamenlijke deelgenoten ten goede zou komen. Gelet op deze uitdrukkelijk uitgesproken bedoeling van de wetgever zou het niet passen een andere regel overeenkomstig genoemd arrest te aanvaarden, met als resultaat dat art. 3:170 voor het geval van een ontbonden huwelijksgemeenschap louter interne werking zou hebben, zodat de schuldenaar bevrijdend aan een deelgenoot in een ontbonden huwelijksgemeenschap zou kunnen betalen, zelfs indien hij wist dat deze jegens de andere deelgenoten niet bevoegd was de betaling te ontvangen.

Anders dan in de toelichting op deze subonderdelen wordt betoogd, nopen de eisen van een vlot betalingsverkeer niet tot het aanvaarden van zodanige andere regel. Aan deze eisen – die niet alleen voor de belangen van de schuldenaar, maar ook voor die van de schuldeiser van betekenis zijn – wordt voldoende recht gedaan door de toepasselijkheid van art. 6:34 lid 1. Aangenomen moet immers

Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen

94

worden dat een beding in een overeenkomst waarbij een bepaalde persoon is aangewezen als degene aan wie de ingevolge deze overeenkomst te verrichten betalingen moeten worden gedaan, een 'redelijke grond' in de zin van deze wetsbepaling oplevert, waarop de schuldenaar zonder tot enig nader onderzoek te zijn gehouden mag afgaan, en dat hij, zulks doende, bevrijdend heeft betaald, ook als deze persoon achteraf blijkt toen deelgenoot in een ontbonden huwelijksgemeenschap te zijn geweest. Dit is slechts anders wanneer de schuldenaar ten tijde van die betaling wist of op grond van een tijdige mededeling van de andere deelgenoot of diens erfgenamen had behoren te begrijpen dat degene die door het beding is aangewezen, jegens die anderen niet tot het ontvangen van de betaling bevoegd was.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

Dit arrest is gepubliceerd in *NJ* 1995, 410, m.nt. WMK. Voorts is het arrest besproken in *FJR* 1994/8, p. 191 (L.C.A. Verstappen); *NTBR* 1994/9, p. 228 (B. Wessels) en in *WPNR* 6236 (1996) door E.A.A. Luijten.

**Commentaar**

94

**HOGE RAAD**  
24 oktober 1997

**Vergoeding letselschade verknocht**

H, te A, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
K, te A, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Partijen zijn in 1977 in algehele gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd; het huwelijk is op 14 oktober 1991 ontbonden door inschrijving van het echtscheidingsvonnis van 15 augustus 1991.

**Feiten**

De vrouw is tijdens het huwelijk in 1987 het slachtoffer geworden van een ongeval, waarbij zij een whiplash-laesie heeft opgelopen. Als gevolg hiervan kan zij haar beroep van fysiotherapeute niet meer uitoefenen.

De vrouw heeft vóór de ontbinding van het huwelijk de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker van het ongeval aangesproken tot vergoeding van haar materiële en immateriële schade. Nog tijdens het huwelijk heeft de verzekeraar een voorschot van f 12.000,- uitgekeerd; over de hoogte van de totale uit te keren schadevergoeding bestond toen nog geen overeenstemming.

Bij onderhandse akte van 19 december 1991 hebben partijen de gemeenschap van goederen partieel gescheiden en gedeeld. Daarbij is voormeld voorschot sans préjudice in de boedelscheiding betrokken en tussen partijen bij helfte verdeeld. Na de ontbinding van het huwelijk is door de verzekeraar nog f 178.000,- aan

schadevergoeding uitgekeerd. Het Hof heeft – in cassatie onbestreden – vastgesteld dat van het totaalbedrag van f 190.000,- een bedrag van f 20.000,- strekt ter vergoeding van immateriële schade en f 170.000,- ter vergoeding van materiële schade, bestaande uit inkomensschade, kosten van huishoudelijke hulp en verlies van zelfwerkzaamheid. Naar het Hof – eveneens in cassatie onbestreden – heeft vastgesteld, heeft de man niet gesteld en is evenmin gebleken dat de tijdens het huwelijk door de gemeenschap geleden materiële schade uitgaat boven het bedrag van f 12.000,- dat krachtens de hierboven genoemde akte gelijkelijk tussen partijen is verdeeld.

**Hoge Raad**

3.3. Onderdeel 1 bestrijdt met een aantal rechts- en motiveringsklachten 's hofs oordeel dat zowel de aanspraak op vergoeding van materiële schade als die op vergoeding van immateriële schade naar hun aard in ieder geval in zoverre aan de vrouw zijn verknocht, dat zij bij de ontbinding van de gemeenschap door echtscheiding buiten de verdeling dienen te blijven.

Het antwoord op de vragen of een goed op bijzondere wijze aan één der echtgenoten is verknocht en, zo ja, in hoeverre die verknochtheid zich ertegen verzet dat het goed in de gemeenschap valt – een en ander als bedoeld in art. 1:94 lid 3 BW – hangt af van de aard van dat goed, zoals deze aard mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald (HR 23 december 1988, NJ 1989, 700).

Te dien aanzien heeft het Hof overwogen dat de aanspraak op vergoeding van immateriële schade naar zijn aard bestemd is om te dienen als compensatie voor het leed – zoals pijn, verdriet en verminderde levensvreugde – dat de vrouw heeft ondergaan en gelet op de aard van het letsel (whiplash) in de toekomst zal ondergaan, en dat de vergoeding derhalve uitsluitend is afgestemd op de aan de persoon van de vrouw verbonden nadelige gevolgen van het ongeval. Met betrekking tot de aanspraak op vergoeding van materiële schade heeft het Hof overwogen dat hiervoor evenzeer geldt dat deze betrekking heeft op financiële nadelen die na de ontbinding van het huwelijk uitsluitend door de vrouw zullen worden geleden; de inkomensschade betreft immers, aldus het Hof, het nadeel als gevolg van het verlies van haar verdien capaciteit en de vergoeding strekt dan ook tot vervanging van de arbeidsinkomsten die zij – voornamelijk ná de ontbinding van het huwelijk – zal derven, terwijl ook de vergoeding voor het verlies aan zelfwerkzaamheid en voor de kosten van huishoudelijke hulp strekt ter compensatie voor in de toekomst door de vrouw te maken extra onkosten als gevolg van haar letsel. Hieraan heeft het Hof toegevoegd dat, voor zover als gevolg van het ongeval reeds tijdens het huwelijk van partijen materiële schade is geleden, deze moet worden geacht te zijn gedekt door het toen reeds ontvangen voorschot op de schadevergoeding van f 12.000,-, dat tussen partijen gelijkelijk is verdeeld, nu de man niet heeft gesteld en ook niet is gebleken dat de tijdens het huwelijk door de gemeenschap geleden schade boven dat bedrag uitgaat.

Op grond hiervan heeft het Hof geoordeeld – zoals 's hofs r.o. 4.5 kennelijk moet worden verstaan – dat zowel de aanspraak op vergoeding van immateriële als die op vergoeding van materiële schade naar hun aard op bijzondere wijze aan de vrouw zijn verknocht en dat die bijzondere verknochtheid meebrengt dat deze aanspraken bij de ontbinding van de gemeenschap door echtscheiding buiten de verdeling moeten blijven en dus in zoverre niet in de gemeenschap vallen. Deze

Huwelijksvermogensrecht – De wettelijke gemeenschap van goederen

95

oordelen en de daaraan ten grondslag gelegde overwegingen geven geen blijk van een onjuiste opvatting met betrekking tot de in art. 1:94 lid 3 vervatte maatstaven; zij zijn ook niet onbegrijpelijk of ongenoegzaam gemotiveerd. Hierop stuiten alle klachten van onderdeel 1 af.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1998, 693, m.nt. WMK en is besproken in *FJR* 251/295 door Von Brucken Fock. **Commentaar**

**95** **HOGE RAAD**  
27 juni 2003  
**Zweedse vrouw**

De man, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
De vrouw, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Partijen zijn op 31 mei 1995 in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. De man heeft de Nederlandse nationaliteit en de vrouw de Zweedse. Het huwelijk is op 16 januari 2002 ontbonden door inschrijving van de beschikking waarbij echtscheiding is uitgesproken.

**Feiten**

Het gaat in deze procedure om de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap. De man heeft voor de Rechtbank en voor het Hof tevergeefs bepleit dat in het onderhavige geval sprake is van bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat wordt afgeweken van de in art. 1:100 lid 1 BW neergelegde regel dat de echtgenoten een gelijk aandeel hebben in de ontbonden gemeenschap tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of echtscheidingsconvenant. De door de man gestelde bijzondere omstandigheden zijn gelegen in de omvang van zijn vermogen en in het feit dat in een periode waarin de man het zeer druk had met zijn zaken de vrouw aandrong op een spoedig huwelijk in verband met de verkrijging van een verblijfsvergunning en haar wens een winkel te openen in Nederland. Daarbij zou de vrouw meermalen te kennen hebben gegeven dat het haar niet om het geld van de man te doen was, waaruit de man meende te kunnen afleiden dat zij bereid was mee te werken aan het opstellen van huwelijksvoorwaarden na sluiting van het huwelijk. Aangezien tussen hem en de vrouw daarover overeenstemming bestond, traden zij in het huwelijk. Na de huwelijksluiting heeft de vrouw geweigerd haar medewerking te verlenen aan het opstellen van de door de man voorgestelde huwelijkse voorwaarden. De man is van mening dat de vrouw misbruik heeft gemaakt van zijn vertrouwen in haar.

**Hoge Raad**

3.4. Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Nu partijen gehuwd waren in algehele gemeenschap van goederen en zij geen echtscheidingsconvenant hebben gemaakt, geldt de in art. 1:100 lid 1 BW neergelegde regel van verdeling bij helfte van de ontbonden gemeenschap. Een afwijking van die regel is niet geheel uitgesloten. Zij kan evenwel niet dan in zeer uitzonderlijke gevallen worden aangenomen (HR 7 december 1990, nr. 14036, *NJ* 1991, 593).

3.5. De hiervóór in 3.2 vermelde door de man aangevoerde omstandigheden zijn evenwel noch op zichzelf noch in onderlinge samenhang zo uitzonderlijk dat een afwijking als zo-even bedoeld gerechtvaardigd is. Dit geldt ook voor de door het Hof bij de beoordeling betrokken omstandigheid dat volgens de man tussen partijen overeenstemming bestond over het alsnog, na de huwelijkssluiting, opstellen van (enige vorm van) huwelijkse voorwaarden. Hierbij verdient aantekening dat, gelet op het bepaalde in art. 6:226 in verbinding met art. 1:115 BW, ook een voorovereenkomst tot het tot stand brengen van (enige voldoende bepaalde vorm van) huwelijkse voorwaarden niet vormvrij zou kunnen worden aangegaan. De door art. 1:115 voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid voorgeschreven notariële tussenkomst strekt immers mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

**Commentaar**

De beslissing laat zien dat zowel huwelijkse voorwaarden als een eventuele voorovereenkomst tot huwelijkse voorwaarden op grond van het bepaalde in de artikelen 6:226 BW jo 1:115 BW bij notariële akte dienen te worden aangegaan op straffe van nietigheid.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2003, 524 en in *AA* 2004, p.36-39, m.nt. AJMN.

## Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

**96** HOGE RAAD  
21 januari 1944  
**Van de Water/Van Hemme**

H. van de Water, wonende te Eindhoven, eiser tot cassatie,  
*tegen*

**Partijen**

J.C. van Hemme, weduwe van M. van de Water, wonende te Zeist, verweerster in cassatie.

Van Hemme is gehuwd geweest met M. van de Water, welk huwelijk op 10 januari 1941 is ontbonden door het overlijden van de heer Van de Water. Uit het huwelijk zijn geen kinderen geboren. Tussen partijen waren huwelijkse voorwaarden overeengekomen, inhoudende dat tussen hen zou bestaan de gemeenschap van winst en verlies onder de voorwaarde dat bij overlijden van een van hen geen afkomelingen uit hun huwelijk in leven zouden zijn. M. van de Water had bij testament zijn echtgenote uitgesloten als erfgenaam in zijn nalatenschap, terwijl H. van de Water zijn enig erfgenaam is. De weduwe Van Hemme heeft daarop gesteld dat de voormelde huwelijkse voorwaarden nietig zijn op grond van strijd met (het systeem van) de wet en zij derhalve met de overledene in algehele gemeenschap van goederen gehuwd was.

**Feiten**

(...) dat dan ook het bepalen door de aanstaande echtelieden van het goederenstatuut, waarin zij zullen gehuwd zijn, beteekent, dat zij voor den geheelen duur van het huwelijk op een breed terrein – beider geheele vermogen – vastleggen, wie den eigendom van de onderscheidene vermogensdeelen zal hebben en wie dienvolgens naar de bepalingen van wet en overeenkomst tot beschikking en beheer daarover bevoegd zal zijn;

**Hoge Raad**

dat dit alles echter, wanneer aan de keuze van het goederenstatuut een voorwaarde wordt verbonden, ongewis en zwevend zal zijn, totdat komt vast te staan of de voorwaarde al dan niet is vervuld – ten deze tot het overlijden van den eerststervende;

dat dit niet te rijmen is met de strekking der voormelde artikelen, welke niet in de laatste plaats zijn ingegeven door de wenschelijkheid de belangen te beschermen van derden, die gedurende het huwelijk op economisch terrein met de echtelieden in aanraking komen;

dat ook bezwaarlijk gezegd kan worden, dat het gekozen statuut in feite werking heeft van het oogenblik van voltrekking van het huwelijk, wanneer na die voltrekking niemand vermag te zeggen, welk statuut geldt;

dat daarom aan de bepaling door de echtelieden van de Water van een voorwaardelijk goederenstatuut, als strijdig met de voormelde artikelen, niet het gewilde rechtsgevolg kan worden toegekend en terecht is aangenomen, dat zij in algeheele gemeenschap waren gehuwd;

Overwegende dat intusschen opmerking verdient in de eerste plaats, dat voormelde bedenkingen niet bestaan ten aanzien van een beding bij huwelijksche voorwaarden, inhoudende dat tusschen partijen zal bestaan algeheele gemeenschap van goederen, doch dat na de ontbinding der gemeenschap door overlijden zal worden afgerekend alsof er gemeenschap van winst en verlies ware geweest, indien bij dat overlijden geen kind uit het huwelijk in leven zal zijn;

dat zoodanig beding den zakenrechtelijken toestand van de vermogensdeelen der echtgenooten niet raakt, immers alleen tusschen hen een verbintenis tot een bepaalde wijze van verrekening in het leven roept welke zonder bezwaar aan een voorwaarde kan worden gebonden;

dat in de tweede plaats zij opgemerkt, dat, indien de met een rechtshandeling beoogde rechtsgevolgen wegens haar nietigheid niet bereikt kunnen worden en zij niettemin de bestanddeelen van een andere rechtshandeling, voor welke geldigheid de vereischten wel aanwezig zijn, in zich bevat, een redelijke wetstoepassing medebrengt, dat de nietige rechtshandeling worde omgezet (geconverteerd) in de geldige rechtshandeling, zoo aannemelijk is, dat zij die handelden, ten tijde van de handeling, voor het geval het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wel bereikbare zouden hebben gewild eer dan den toestand, welke het gevolg van nietigheid zonder meer zoude zijn;

dat toch de wettelijke bepalingen omtrent de nietigheid van rechtshandelingen geenszins vorderen, dat partijen elkander niet, voorzoover hun opzet geoorloofd was, vermogen te houden aan hetgeen zij blijkens hun overeenkomst in economisch opzicht wilden bereiken;

dat, gezien deze beschouwingen, ten deze bij de verdeling der algeheele gemeenschap van goederen geschil zal kunnen rijzen, of niet, gegeven de nietigheid van het voorwaardelijk bedingen van de gemeenschap van winst en verlies, deze bij notarieele acte aangegane overeenkomst met toepassing van den gevonden regel moet worden omgezet in het hierboven geschetste voorwaardelijk verrekeningsbeding, hetwelk tusschen partijen in economisch opzicht dezelfde gevolgen heeft als het nietig gebleken beding;

*Beslissing*

de Hoge Raad:  
verwerpt het beroep  
(...).

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1944/45, 120. Dit arrest vormt het begin van de (jurisprudentie over) verrekenbedingen (in huwelijkse voorwaarden).



**97** HOGE RAAD  
2 april 1976

**Modehuis 'Nolly'**

X, te Zeist, eiseres tot cassatie,  
*tegen*

Y, te Zandvoort, verweerder in cassatie.

**Partijen**

Partijen zijn op 9 november 1948 in de gemeente Zeist buiten elke gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd. Blijkens de huwelijkse voorwaarden op 8 november 1948 ten overstaan van mr. H.B. van Rhijn, destijds notaris ter standplaats te Zeist, verleden, heeft de vrouw het beheer over haar onroerende en roerende zaken en het vrije genot van de vruchten en inkomsten voor haarzelf voorbehouden. Voorts is in art. 3 van de akte behelzende de huwelijkse voorwaarden het volgende bepaald: "De kosten der huishouding en van het onderhoud en de opvoeding der kinderen, die uit het huwelijk der comparanten geboren mochten worden, komen geheel ten laste van de man". De vrouw heeft o.a. ten huwelijk aangebracht het voorheen door haar ook geëxploiteerde damesmodehuis 'Nolly'. De vrouw heeft dit modehuis voortgezet in het perceel Slotlaan 280 en 282 en de man is met haar werkzaam geweest in deze zaak. Het gezin van partijen heeft geleefd van en is onderhouden uit de opbrengst van deze zaak, waarnaast geen andere inkomsten werden genoten. Het modehuis leverde zelfs zodanige inkomsten, dat gelden konden worden belegd. De man heeft met die gelden onroerende goederen, onder meer Slotlaan 280 en 282 te Zeist, aangekocht. De man stelt zich op het standpunt dat hij eigenaar is van gemelde onroerende goederen.

**Feiten**

(...) dat de vrouw in de inleidende dagvaarding aan haar vorderingen ten grondslag heeft gelegd de stelling dat de man als lasthebber van de vrouw op zich heeft genomen de belegging van inkomsten uit het door haar geëxploiteerde modehuis te verzorgen, en dat hij in deze kwaliteit, doch op eigen naam, de litigieuze onroerende goederen heeft aangekocht met gelden van de vrouw (...). dat onduidelijk is, waarom de beweerde lastgeving van de vrouw aan de man zich moeilijk zou verdragen met de stelling van de vrouw dat de onderhavige transacties ten name van de man plaats vonden ten einde de onroerende goederen te onttrekken aan verhaal voor schulden van de door de vrouw gedreven zaak, en in het licht van deze stelling van de vrouw eveneens onbegrijpelijk is, waarom haar stelling dat zij de man last had gegeven de betreffende onroerende goederen voor haar rekening doch op zijn naam aan te kopen, onverenigbaar zou zijn met de omstandigheid dat de vrouw met het instellen van haar vordering tot levering tien tot twintig jaren na de aankoop heeft gewacht, daar toch de door haar aangevoerde reden, waarom de goederen op naam van de man werden verworven, juist meebracht dat zij deze ook op naam van de man liet staan zolang zij haar zaak bleef drijven en haar vertrouwen in de man niet had verloren; dat ten slotte

**Hoge Raad**

**98**      **Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden**

al evenmin valt in te zien, waarom haar aanwezigheid bij de overdracht van de onroerende goederen in verband met de hypotheekverlening zich moeilijk zou laten verenigen met het door de vrouw thans ingenomen standpunt, waar dit standpunt immers inhield dat het op het moment van overdracht van de goederen haar wens was dat deze goederen op naam van de man kwamen te staan; (...) Overwegende met betrekking tot het tweede middel: dat dit middel ongegrond is, voor zover het betoogt dat een middelijk vertegenwoordiger te eigen name een onroerend goed voor zijn principaal in eigendom kan verwerven in die zin dat de principaal door die verwerving eigenaar van de goederen wordt; dat een dergelijke wijze van eigendomsverkrijging van onroerend goed onverenigbaar is met art. 671 BW en met de door dit wetsvoorschrift beoogde openbaarheid van de eigendomsverkrijging van onroerend goed door middel van overdracht; dat, wat betreft de subs. stelling van het middel, te weten dat de vrouw alleen naar de interne verhouding tussen partijen als eigenares geldt, deze stelling naast het eerste middel zelfstandige betekenis mist, daar niet valt in te zien, waarin een zodanig gerelativeerd recht van de vrouw op de goederen zich praktisch zou onderscheiden van een verbintenisrechtelijke aanspraak op die goederen; dat het tweede middel derhalve niet tot cassatie kan leiden; (...).

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
vernietigt arrest van 5 november 1975;  
verwijst de zaak naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere afdoening en beslissing (...).

**Commentaar**      Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1976, 450, m.nt. WK. Voorts is het arrest besproken in *AA* 1976, p. 759 (P.A. Stein) en *WPNR* 5422 (1978) door P.A. Stein, H. de Groot en A.S. Rueb.

**98**      **HOGE RAAD**  
21 november 1980  
**De uitsluitingsclausule dwingt**

**Feiten**      Partijen zijn in 1967 gehuwd. Zij zijn daarbij huwelijksvoorwaarden overeengekomen, waarbij elke vorm van gemeenschap van goederen is uitgesloten, met dien verstande dat bij ontbinding van het huwelijk door het overlijden van een hunner zal worden afgerekend alsof de wettelijke gemeenschap van goederen had bestaan.  
In 1979 hebben zij zich tot de Rechtbank te Dordrecht gewend voor het verkrijgen van goedkeuring op een wijziging van hun huwelijksvoorwaarden. De afrekeningsclausule wilden zij nu als volgt formuleren:  
“Indien het huwelijk van partijen wordt ontbonden door het overlijden van één hunner of door het gelijktijdig overlijden van partijen zal tussen de langstlevende

van partijen en de erfgenamen van de eerststervende of tussen de erfgenamen van partijen worden afgerekend, ook ten aanzien van die goederen en rechten, waarvan een erflater of schenker heeft bepaald, dat zij niet zullen vallen in enige goederengemeenschap, waarin de verkrijger is gehuwd, mocht huwen, of gehuwd mocht raken, alsof in het huwelijk van partijen de wettelijke algemene gemeenschap van goederen heeft bestaan.<sup>9</sup>

De Rechtbank in Dordrecht heeft de goedkeuring van deze wijziging van de huwelijksvoorwaarden geweigerd, omdat zij de toepasbaarverklaring van het verrekenbeding op goederen, waarvan een erflater of schenker zou hebben bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen, in strijd achtte met art. 1:94 lid 1 BW. Deze beschikking van de Rechtbank is in hoger beroep door het Hof in 's-Gravenhage bevestigd.

1. Art. 94, lid 1 Boek 1 BW, voor zover voorschrijvende dat buiten de gemeenschap vallen die goederen ten aanzien waarvan zulks bij uiterste wilsbeschikking van de erflater of bij de gift is bepaald, strekt ertoe te bewerkstelligen dat de door zodanige bepaling tot uitdrukking gebrachte wil van de erflater of schenker om de betrokken goederen aan één der echtgenoten, met uitsluiting van de andere echtgenoot, ten goede te doen komen, niet wordt doorkruist door het huwelijks-goederenrégime dat tussen de echtgenoten geldt of zal gelden.

Hoge Raad

Deze strekking dwingt ertoe aan te nemen dat indien de echtgenoten bij hun huwelijksvoorwaarden gemeenschap van goederen hebben uitgesloten onder beding dat bij ontbinding van het huwelijk zal worden *afgerekend* alsof zodanige gemeenschap had bestaan, bij deze afrekening buiten beschouwing moeten blijven die goederen ten aanzien waarvan de erflater of schenker heeft bepaald dat zij niet in enige huwelijksgemeenschap zullen vallen. Zouden deze goederen immers wél in de afrekening worden betrokken, dan zou ook de echtgenoot van de verkrijger der goederen, of de erven van die echtgenoot, in de waarde der goederen delen, hetgeen zou betekenen dat, in strijd met vorenbedoelde strekking van het voorschrift, de wil van de erflater of schenker niet zou worden geëerbiedigd.

Hieraan kan niet afdoen het bepaalde in de door onderdeel A sub 6 van het middel aangehaalde wetsartikelen, aangezien in deze artikelen geen onderscheid wordt gemaakt naar gelang tussen de echtgenoten al dan niet gemeenschap van goederen bestaat.

2. Het onder 1 overwogene omtrent de strekking van het onderhavige voorschrift sluit in dat deze strekking zich ertegen verzet om aan te nemen dat bij huwelijksvoorwaarden een regeling als de onderhavige zou kunnen worden getroffen.

3. Aangezien de door verzoekers verlangde wijziging van hun huwelijksvoorwaarden ertoe zou leiden dat die voorwaarden met het onderhavige voorschrift in strijd zouden komen en in zoverre dus geen effect zouden kunnen sorteren, heeft het Hof met juistheid geoordeeld dat voor die wijziging een redelijke grond in de zin van art. 119, lid 3 Boek 1 BW ontbreekt.

*Beslissing*

de Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1981, 193, m.nt. EAAL.

Commentaar

99 **Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden**

**99** **HOGE RAAD**  
11 april 1986

**Baartman/Huijbers**

**Partijen** Karel Joseph Baartman, te Bergen op Zoom, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Margriet Maria Hosanna Huijbers, zonder bekende mond- of verblijfplaats bin-  
nen en buiten het Koninkrijk, verweerster in cassatie.

**Feiten** Partijen zijn van 1969 tot 1980 met elkaar gehuwd geweest met uitsluiting van  
iedere gemeenschap. In 1971 heeft de vrouw voor f 5.000,- een huis in eigendom  
verkregen. Na reparaties en verbouwingen, waaraan de man zijn werkkraft  
heeft gegeven, is het pand aanzienlijk in waarde gestegen. De woning is tijdens de  
duur van het huwelijk door de vrouw slechts met grote tussenpozen, maar door  
de man steeds bewoond geweest en wel zonder enige betaling.  
Na de echtscheiding heeft de man van de vrouw een bedrag van f 40.000,-  
gevorderd, stellende dat de vrouw te zijnen laste ongegrond is verrijkt, doordat  
hij arbeid heeft verricht aan de haar in eigendom toebehorende woning, en daar-  
bij de verwerkte materialen uit eigen middelen heeft betaald.

**Hoge Raad** 3.1. Het gaat in dit geding om een vordering van Baartman tot vergoeding ter  
zake van – naar hij heeft gesteld – door zijn activiteiten teweeggebrachte waarde-  
vermeerdering van de woning van Huijbers.  
's Hofs arrest moet aldus worden begrepen dat de door het Hof besproken grie-  
ven 1 en 2 betrekking hebben op de vraag of Baartman een vergoeding als door  
hem gevorderd, toekomt uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking en grief 3  
op de vraag of, bij ontkenkende beantwoording van eerstgenoemde vraag, hem  
die vergoeding toekomt 'op grond van redelijkheid en billijkheid'.  
3.2. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat grief 1 uitsluitend de vraag aan de  
orde stelde of Baartman door zijn werkzaamheden is 'verarmd'. Het Hof heeft  
deze grief verworpen, omdat 'uit niets is gebleken dat Baartman de werkkraft  
die hij heeft aangewend ten behoeve van dat onroerend goed elders tegen beta-  
ling had willen en kunnen aanwenden'. Laatstgenoemde zinsnede moet worden  
begrepen tegen déze achtergrond dat het Hof uit de gedingstukken kennelijk  
heeft afgeleid dat Baartman gedurende het grootste deel van de tijd met de des-  
betreffende verbouwing gemoeid, werkloos is geweest en een uitkering krachtens  
de sociale wetgeving heeft ontvangen. Door te oordelen als voormeld heeft het  
Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting; 's hofs oordeel is ook  
niet onbegrijpelijk.  
Onderdeel 1 faalt dus.  
3.3. De onderdelen 2, 3 en 4 kunnen te zamen worden besproken. Zij richten zich  
tegen 's hofs verwerping van grief 2. Deze grief stelde de vraag aan de orde of  
Baartman is 'verarmd' door het aankopen van de in het huis verwerkte materia-

Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

100

len. Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend, nu uit de door het Hof vermelde verklaring van Baartman ter comparitie in eerste instantie ('Het geld voor de materialen kreeg ik van Huijbers uit de gemeenschappelijke pot') (...) 'mag worden afgeleid dat de voor de materialen benodigde gelden werden gefourneerd door Huijbers en dat Baartman die gelden dan putte uit een pot met een gemeenschappelijke bestemming'.

De onderdelen 2 en 3 richten zich tegen 's hofs oordeel dat uit voormelde verklaring van Baartman 'mag worden afgeleid' hetgeen in het zojuist genoemde citaat is vermeld. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en het behoefde geen nadere motivering, ook niet in het licht van de processuele feiten, in deze onderdelen vermeld.

Ook 's hofs in onderdeel 4 aangevallen oordeel – dáárop neerkomende dat Baartman door de aankopen van materialen niet is verarmd, nu Huijbers de daarvoor benodigde gelden stortte in 'een pot met een gemeenschappelijke bestemming' en Baartman voor die aankopen dan weer uit die pot 'putte' – is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering, ook niet in het licht van hetgeen in het onderdeel tegen 's hofs 'gedachtengang' wordt aangevoerd.

De onderdelen 2, 3 en 4 zijn dus tevergeefs voorgesteld.

3.4 Onderdeel 5 faalt eveneens. Het oordeel van het Hof dat Baartman ook geen vergoeding toekomt uit hoofde van 'redelijkheid en billijkheid', geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde geen nadere motivering.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

De Hoge Raad verklaart het cassatieberoep niet-ontvankelijk.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1986, 622, m.nt. G en voorts besproken in *WPNR* 5964 (1990) door EAAL.

100

HOGE RAAD

12 juni 1987

Kriek/Smit

Anna Jacoba Kriek, te Wijk aan Zee, gem. Beverwijk, eiseres tot cassatie,  
*tegen*

Joost Johannes Smit, te Wijk aan Zee, gem. Beverwijk, verweerder in cassatie.

**Partijen**

Partijen zijn in 1958 in het huwelijk getreden, zulks onder huwelijkse voorwaarden, inhoudende uitsluiting van elke gemeenschap. Zij hebben aanvankelijk gewoond in een aan de vrouw toebehorende woning te Krommenie (de eerste woning). Deze woning is in 1964 verkocht voor *f* 39.000,-.

Dit bedrag is geheel gebruikt voor de aankoop in 1964 van de tweede echtelijke woning te Heemskerk voor een bedrag van *f* 43.000,-, welke woning bij het transport eigendom werd van de man die de overige *f* 4.000,- en de transport-

**Feiten**

kosten ad f 4.000,- heeft bijgedragen. Deze woning is in 1976 verkocht voor f 169.000,-.

In 1976 is vervolgens de derde woning van partijen te Wijk aan Zee gekocht voor een bedrag van f 220.000,- welk bedrag werd voldaan uit de opbrengst van de tweede woning, alsmede uit een hypothecaire geldlening van f 125.000,-. Ook deze woning werd bij het transport eigendom van de man.

Het huwelijk van partijen is op 10 september 1982 door echtscheiding ontbonden. Bij het betreffende echtscheidingsvonnis werd aan de vrouw het recht toegekend de voormalige echtelijke woning te Wijk aan Zee nog gedurende zes maanden na de inschrijving van dit vonnis in de registers van de burgerlijke stand te blijven bewonen. In de onderhavige procedure heeft de man, nadat de vrouw deze termijn had overschreden, in eerste aanleg in conventie ontruiming gevorderd, welke vordering door de Rechtbank is toegewezen en thans niet meer aan de orde is.

De vrouw heeft in reconventie – voor zover thans nog van belang – betaling gevorderd van een bedrag van f 153.267,-, zijnde, kort samengevat, het aandeel in de waardevermeerdering van de tweede en derde woning, zoals zij dit heeft berekend naar hetgeen zij stelt te hebben bijgedragen in de koopsommen die voor die woningen zijn betaald, doordat de aankoop van de tweede woning grotendeels uit de opbrengst van de eerste en de aankoop van de derde woning grotendeels uit de opbrengst van de tweede is gefinancierd.

De vrouw heeft haar vordering – kort samengevat – gegrond op onverschuldigde betaling die door de man te kwader trouw zou zijn ontvangen in de zin van art. 1398 BW subs. op ongerechtvaardigde verrijking en meer subs. op de eisen van de goede trouw die ook bij uitsluiting van elke gemeenschap door echtgenoten jegens elkaar in acht moeten worden genomen.

**Hoge Raad**

3.3. Voorop moet worden gesteld dat tussen echtgenoten die bij hun huwelijkse voorwaarden elke gemeenschap hebben uitgesloten, vergoedingsrechten kunnen ontstaan doordat de goederen die gedurende het huwelijk op naam van de een zijn verkregen, geheel of ten dele met geld van de ander zijn gefinancierd, evenals blijkens de art. 1:95 lid 2, 1:96 lid 2 en 1:127 BW bij een tussen echtgenoten bestaande gemeenschap ook vergoedingsrechten ten bate en ten laste van deze gemeenschap kunnen ontstaan. Zodanige rechten strekken, naar strookt met de rechtszekerheid, in beginsel tot vergoeding van een gelijk bedrag als destijds door de andere echtgenoot is verschaft, zonder vergoeding van rente, zolang niet aan de eisen van art. 1286 BW is voldaan, en zonder verrekening van de waardevermeerdering of waardevermindering die de gefinancierde goederen bij het einde van het huwelijk wellicht blijken te hebben ondergaan, dit laatste behoudens de eventuele werking van de eisen van de goede trouw, die hierna onder 3.4 nog aan de orde komen. In dit stelsel kan een waardevermeerdering of rente als evenbedoeld evenmin worden gevorderd door aan die vordering, zoals de vrouw in dit geding heeft gedaan, onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking ten grondslag te leggen. (...)

3.4. Tenslotte komt aan de orde de meer subsidiaire grondslag van de vordering, gelegen in de eisen van de goede trouw. Deze grondslag is door het Hof behandeld in verband met grief VI. De verwerping van die grief heeft het Hof in de eerste plaats gegrond op hetgeen het Hof reeds ten aanzien van de grieven II, IV en V had overwogen. In dit kader behoeven de onderdelen 3-5 van het middel

derhalve behandeling. Daarbij, en bij de behandeling van onderdeel 6, dient het volgende tot uitgangspunt te worden genomen.

Zoals hiervoor onder 3.3 is overwogen, strekt een vergoedingsrecht als daar bedoeld in beginsel tot terugbetaling van een gelijk bedrag als destijds ten laste van de ene echtgenoot voor de financiering van het goed op naam van de andere echtgenoot is gebezigd. Uitzonderingen op grond van de eisen van de goede trouw zijn evenwel niet geheel uitgesloten.

In het bijzonder kan, voor zover voor de onderhavige zaak van belang, een uitzondering op haar plaats zijn in een geval waarin de betreffende gelden zijn gebruikt voor de aankoop van de echtelijke woning en vervolgens door ten tijde van die aankoop niet voorziene omstandigheden, zoals de ontwikkeling van de Nederlandse onroerend goed-markt sedert die aankoop, een zo aanzienlijke waardevermeerdering van die woning heeft plaatsgevonden dat bij gebreke van enige correctie het gevolg daarvan zou zijn dat bij het uiteengaan van partijen als gevolg van echtscheiding het evenwicht tussen de vordering van de ene partij tot terugbetaling van de destijds verschaft, nadien in koopkracht verminderde geldsom en het uitzonderlijk gunstige resultaat van de belegging daarvan, dat aan de andere partij ten goede komt, geheel zou zijn verbroken. Daarbij zal het aankomen op de vraag of de betreffende onvoorziene omstandigheden van dien aard zijn dat de echtgenoot op wiens naam het huis staat, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag verwachten dat hij met de enkele teruggave van het destijds ter beschikking gestelde bedrag zonder enige verrekening van de waardevermeerdering van de woning kan volstaan.

3.5. Onderdeel 3 klaagt er in het licht van het voorgaande terecht over dat zonder nadere redengeving, niet begrijpelijk is waarom reeds het enkele feit dat de vrouw in 1964 er in zou hebben toegestemd dat de grotendeels met een geldsbedrag van de vrouw gefinancierde tweede echtelijke woning in eigendom aan de man zou worden geleverd, meebrengt dat niet valt in te zien op welke grond de vrouw thans jegens de man aanspraak kan maken boven terugbetaling van dat bedrag ook nog op ... een aandeel in de waardevermeerdering van die 'tweede' woning en daardoor in die van de 'derde' woning, nu geen enkel beding van die strekking tussen hen was gemaakt?.

Onderdeel 5 klaagt er voorts terecht over dat zonder nadere redengeving niet begrijpelijk is het oordeel van het Hof dat 'de vrouw de mening heeft doen postvatten, dat zij te zijner tijd geen andere aanspraak ter zake van het door haar te verschaffen bedrag zou geldend maken dan tot terugbetaling ervan', nu dit oordeel berust op de enkele grond dat de vrouw in 1976 bij de aankoop van de derde woning heeft nagelaten op waardevermeerdering aanspraak te maken of op dit punt tenminste enig voorbehoud te maken. Daarbij is – zoals het onderdeel terecht aanstipt – van belang dat het Hof noch heeft vastgesteld dat de man door dit enkele nalaten van de vrouw in een nadeliger positie is geraakt, noch ook dat in 1976 tussen partijen al huwelijksmoeilijkheden bestonden die tot het geldend maken van aanspraken of voorbehouden aanleiding konden geven.

3.6. Uit het voorgaande vloeit voort dat ook onderdeel 6 doel treft, voor zover het erover klaagt dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de goede trouw die tussen (gewezen) echtgenoten betaamt, niet alleen niet mede brengt, maar zich er ook tegen verzet dat de man na verloop van 18 jaar alsnog een vergoeding voor de bijdrage in de huisvestingskosten van het voormalige gezin aan de vrouw

**101**      **Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden**

zou moeten betalen in de vorm van een aandeel in de waardevermeerdering van de ‘derde’ woning. Dit oordeel berust immers op een rechtsopvatting die blijkens het onder 3.4 overwogene in haar algemeenheid onjuist is.

*Beslissing*

(...) vernietigt het arrest van het Hof te Amsterdam van 24 juni 1985; verwijst de zaak naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing; (...).

**Commentaar**      Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1988, 150, m.nt. EAAL. Voorts is het besproken in *AA* 1987, p. 780 e.v. (P. van Schilfgaarde), *WPNR* 5839 (1987) door H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 5811 (1987) door M.J.A. van Mourik, alsmede in *WPNR* 5849 (1987) door J.M. van Dunne en P. van Schilfgaarde.

**101**      **HOGE RAAD**  
4 december 1987

**De Helmondse Kledingbokser**

**Partijen**      X, te A, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te B, verweerder in cassatie.

**Feiten**      Partijen zijn in 1965 gehuwd met uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen. De vrouw heeft tijdens het huwelijk, tot in 1981, gewerkt in een kledingbedrijf, dat toebehoorde aan haar schoonvader totdat deze het in juni 1969 overdroeg aan de man, en dat in 1971 is ingebracht in een besloten vennootschap waarvan de man enig aandeelhouder en directeur is. Aan de vrouw is voor haar werkzaamheden in het bedrijf een salaris toegekend dat niet aan haar zelf is uitgekeerd doch in de rekening-courant tussen het bedrijf en de man ten gunste van de man werd geboekt. De vrouw stelt dat zij zich, naast haar taak van verzorging van het gezin, zeer intensief voor het bedrijf heeft ingezet en dat het voor haar werkzaamheden vastgestelde salaris veel te laag was in verhouding tot haar werkelijke – mede leidinggevende – rol in het bedrijf.  
In 1979 heeft de vrouw een appartementsrecht betreffende een verhuurde winkelruimte gekocht en in eigendom verkregen; de koopprijs en de transport- en notariskosten bedroegen gezamenlijk f 237.600,-. Dit bedrag heeft de vrouw gefinancierd door middel van een hypothecaire geldlening bij een bank. De man heeft deze lening in de loop der jaren geheel afgelost.  
De vrouw heeft in 1983 een rechtsvordering tot echtscheiding tegen de man ingesteld. Daarna heeft de man het onderhavige geding aangespannen, waarin hij o.m. van de vrouw betaling van voormelde som vordert. De vrouw neemt het standpunt in dat de aflossingen door de man moeten worden aangemerkt als voldoening zijnerzijds van een natuurlijke verbintenis jegens de vrouw. Daartoe voert zij aan dat de man door middel van de aflossingen op de lening, waardoor



de vrouw de onbelaste eigendom van het appartementsrecht verwierf, een voorziening voor haar heeft getroffen en wel enerzijds ‘omdat van haar zijde door haar arbeid het vermogen van de man was toegenomen’, anderzijds ‘voor haar verzorging in het geval de man zou komen te overlijden’.

3.2. Indien juist mocht blijken hetgeen de vrouw omtrent aard en omvang van haar werkzaamheden voor het bedrijf, de toename van het vermogen van de man als gevolg daarvan en de onevenredig lage beloning van haar werkzaamheden heeft gesteld, kan hieruit voor de man een – als natuurlijke verbintenis aan te merken – dringende morele verplichting voortvloeien om aan de vrouw een vergoeding uit te keren of te haren behoefte een voorziening te treffen.

Hoge Raad

De Hoge Raad begrijpt de r.o. 2.2 en 2.3 van het Hof aldus dat het Hof daarin van een andere rechtsopvatting is uitgegaan. Voor zover de onderdelen 1a en 1b zich daartegen keren zijn zij gegrond.

Voor zover het Hof aan het slot van r.o. 2.3 tot uitdrukking zou hebben willen brengen dat aan een natuurlijke verbintenis als de vorenbedoelde niet zou kunnen worden voldaan door ‘voormelde prestatie’ – waarmede het Hof bedoelt de in r.o. 2.2 omschreven prestatie, zijnde ‘het door de man betalen (in de loop der jaren) van voormelde som, waardoor de vrouw eigenares werd van een onbelast pand en daaruit revenuen trok’ – is het evenzeer uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Niet valt in te zien waarom een natuurlijke verbintenis als de vorenbedoelde niet op deze wijze zou kunnen worden voldaan. Onderdeel 1b is ook in zoverre gegrond. (...)

In de door het onderdeel bestreden r.o. 2.4 miskent het Hof vooreerst dat een dringende morele verplichting van de man om naar de mate van het mogelijke te zorgen voor het onderhoud van de vrouw na zijn eventueel vooroverlijden, niet alleen kan worden nagekomen bij uiterste wilsbeschikking maar ook bij handeling onder de levenden.

In de tweede plaats gaat het Hof in die overweging ten onrechte ervan uit dat de tot nakoming van bedoelde verplichting strekkende voorziening niet kan worden getroffen in de vorm en met de gevolgen als in ‘s hofs r.o. 2.2 omschreven.

*Beslissing*

(...) vernietigt het arrest van het Hof te ‘s-Hertogenbosch van 24 januari 1986; verwijst de zaak naar het Hof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1988, 610, m.nt. EAAL.

Commentaar

- Partijen** X, te A, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te A, verweerder in cassatie.
- Feiten** Man en vrouw waren sedert 9 juni 1970 met uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen gehuwd (zgn. koude uitsluiting). De man was eigenaar van een aantal horecabedrijven te Zandvoort en Bloemendaal. Ook de vrouw had enig eigen vermogen opgebouwd, doch dit is in een later stadium weer verdwenen. De man vordert vervolgens echtscheiding. Daarop vorderde de vrouw in reconventie primair eigendomsoverdracht door de man aan de vrouw van een of meer aan de man toebehorende horecagelegenheden, subsidiair economische eigendomsoverdracht van vorenbedoelde horecagelegenheden op grond van art. 1:81 BW.
- Hoge Raad** Met de primaire, subs. en meer subs. vordering sub c. maakt de vrouw aanspraak op overdracht van een deel van het vermogen van de man in de plaats van een periodieke uitkering tot levensonderhoud. Het middel betoogt dat zodanige vordering in het kader van een echtscheidingsprocedure in beginsel toewijsbaar is wanneer zij tot strekking heeft een der echtgenoten na echtscheiding de mogelijkheid te geven in het eigen levensonderhoud te voorzien en tot uitgangspunt heeft dat de in art. 1:81 BW neergelegde verzorgingsplicht die echtgenoten jegens elkander hebben in verband met de echtscheiding wordt omgezet in een recht op (een gedeelte van) het tijdens het huwelijk door de inspanningen van beide echtgenoten opgebouwde vermogen, dan wel op een uitkering in de plaats daarvan. Dat betoog vindt geen steun in het recht. Met juistheid overweegt het Hof dat uit de wetsgeschiedenis van art. 92a, met name uit het in zijn arrest aangeduide deel van de Memorie van Toelichting, blijkt dat voor de in art. 81 genoemde verplichting elkander in materieel opzicht het nodige te verschaffen na scheiding van tafel en bed en ook na echtscheiding een (eventuele) verplichting tot het betalen van een uitkering tot levensonderhoud in de plaats treedt, welke thans is neergelegd in art. 157 lid 1 en lid 2. Of een zodanige verplichting bestaat, moet worden beoordeeld aan de hand van de na de scheiding ontstane situatie, terwijl zij voorts leidt tot een in beginsel voor wijziging vatbare uitkering, waarvan de omvang telkens naar de omstandigheden moet worden bepaald. Daarmee strookt niet dat een recht zou bestaan op vermogensoverdracht als door het middel voorgestaan. Het middel faalt derhalve.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1988, 678, m.nt. EAAL.

**Commentaar**

103

**HOGE RAAD**

25 november 1988

**Hilversumse horeca**

X, te A, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te A, verweerder in cassatie.

**Partijen**

Tijdens het huwelijk van partijen, die met uitsluiting van iedere gemeenschap waren gehuwd, heeft de vrouw werkzaamheden verricht in een aan de man toebehorend cafébedrijf, voor welke werkzaamheden zij geen vergoeding heeft ontvangen. Over de omvang van die werkzaamheden verschillen partijen van mening. De door de man over de jaren 1974-1981 met zijn onderneming behaalde winst is voor een gedeelte groot *f* 110.000,- fiscaal toegerekend aan de vrouw; de daarover verschuldigde inkomstenbelasting ad *f* 25.000,- is door de man voldaan.

**Feiten**

Stellende dat haar arbeid in het bedrijf heeft geleid tot een vermogenstoename aan de zijde van de man en dat de man haar naar redelijkheid en billijkheid alsnog een vergoeding ten bedrage van *f* 85.000,- verschuldigd is, heeft de vrouw in rechte betaling van dat bedrag gevorderd nadat het huwelijk van partijen door echtscheiding was ontbonden. De man heeft de gestelde vermogenstoename ontkend en ook overigens de vordering betwist.

Het Hof heeft blijkens r.o. 3.5 van het bestreden arrest de door de vrouw tegen die afwijzing gerichte grief aldus opgevat dat de vrouw als grondslag voor haar vordering aanvoert dat gezien de aard van de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden de billijkheid meebrengt dat – nu partijen van echt gescheiden zijn – de man aan de vrouw in ieder geval dient te betalen de toeneming van zijn vermogen voor zover deze is ontstaan door de arbeidsinspanning van de vrouw. Het Hof heeft die grief verworpen op de in zijn r.o. 3.6 vermelde gronden. Hiertegen richt zich het middel van cassatie.

**Hoge Raad**

3.2. Het Hof heeft in r.o. 3.6 niet geoordeeld dat, indien uitsluiting van iedere gemeenschap is overeengekomen, aanspraken als de onderhavige nimmer uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen voortvloeien. Door te spreken van de ‘redelijkheid en billijkheid waarop de vrouw zich beroept’ heeft het Hof kennelijk slechts tot uitdrukking willen brengen dat de door de vrouw ter ondersteu-

ning van haar aanspraken gestelde feiten en omstandigheden daartoe niet toereikend zijn.

Dit oordeel is juist. Weliswaar is ook een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar de enkele omstandigheid dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, is niet voldoende om een tussen partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap niet toe te passen.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...)

**Commentaar** Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1989, 529, m.nt. EAAL.

104

HOGE RAAD  
20 januari 1989

**Informatieplicht van notaris**

**Partijen** X, te Groningen, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te A, verweerder in cassatie.

**Feiten** X is in 1951 in het huwelijk getreden op huwelijkse voorwaarden (gemeenschap van vruchten en inkomsten);  
eind 1973 geraakte haar echtgenoot, toen notaris te Groningen, in financiële moeilijkheden, waarvan X stelt onkundig te zijn gebleven, maar die de aandacht hadden van de bevoegde Kamer van Toezicht;  
in verband met deze financiële moeilijkheden en gelet op de vermogenssituatie van X heeft de Kamer van Toezicht in haar vergadering van 18 december 1973, op voorstel van haar lid, notaris Y, aan de echtgenoot van X in overweging gegeven voormeld huwelijksgoederenregime om te zetten in een algehele gemeenschap van goederen;  
de echtgenoot van X heeft de tot deze omzetting nodige notariële akte ontworpen en daarop toestemming van de Rechtbank gevraagd en verkregen; in het desbetreffende rekest werd het motief voor de beoogde wijziging als volgt verwoord: "Bij de man staat voorop een goede verzorging van zijn echtgenote en deze verzorging is naar de mening van verzoekers het best gegarandeerd wanneer tussen verzoekers de wettelijke algehele gemeenschap van goederen zal bestaan."; notaris Y droeg van dit rekest kennis voordat hij de hieronder bedoelde akte verleed;

op 11 april 1974 heeft notaris Y de notariële akte verleden waarbij de huwelijkse voorwaarden werden gewijzigd; voordien heeft hij aan X en haar echtgenoot een mondelinge toelichting op de inhoud van de akte gegeven; de reden voor de omzetting en de consequenties daarvan waren X destijds niet duidelijk; in 1979 is tussen X en haar echtgenoot scheiding van tafel en bed uitgesproken; bij de verdeling van de daardoor ontbonden gemeenschap bleek dat het vermogen van X vrijwel geheel was aangewend ter betaling van de schulden van haar echtgenoot; in dit geding stelt X dat notaris Y jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door, in strijd met hetgeen hem in verband met de hem bekende bijzondere aspecten van deze zaak betaamde, bij het verlijden van de hiervoor bedoelde akte na te laten haar te wijzen op de consequenties welke de omzetting van het huwelijks-goederenregime voor haar zou kunnen hebben; op grond daarvan vordert X van notaris Y vergoeding van de door haar ten gevolge van het verlies van haar vermogen geleden schade;

3.2. In zijn r.o. 4 is het Hof klaarblijkelijk – en terecht – ervan uitgegaan dat een notaris ingevolge art. 30 tweede lid Wet op het Notarisambt gehouden is, alvorens de akte te verlijden, aan de verschijnende personen een zakelijke toelichting op de inhoud daarvan te geven door hun de juridische betekenis daarvan duidelijk te maken. Aan deze verplichting heeft notaris Y naar 's hofs oordeel, voldaan door alvorens de akte te verlijden X en haar echtgenoot erop te wijzen dat het gevolg van de voorgenomen omzetting zou zijn dat alle huidige en toekomstige vermogensbestanddelen van beide echtgenoten, activa en passiva, hun gemeenschappelijke eigendom en schulden zouden worden".

Hoge Raad

De Hoge Raad begrijpt 's hofs verdere gedachtengang aldus dat het Hof primair van oordeel is dat een notaris beroepshalve nimmer tot méér verplicht is dan tot het geven van evenbedoelde toelichting, maar dat, ook als dat anders zou zijn, de bijzondere omstandigheden van dit geval niet wettigen notaris Y tot méér gehouden te achten. Bij dit laatste is voor het Hof beslissend dat notaris Y heeft mogen veronderstellen dat X van de benarde financiële situatie van haar echtgenoot op de hoogte was. Hij behoefde zich – oordeelt het Hof ten slotte in het voetspoor van de Rechtbank – alvorens de akte te verlijden niet bij X ervan te vergewissen dat zij van die situatie op de hoogte was.

3.3. Deze gedachtengang wordt door het middel terecht als rechtens onjuist bestreden.

Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot méér is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van verdergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's.

Onjuist is voorts dat de bijzondere omstandigheden van dit geval niet wettigen notaris Y gehouden te achten zich, alvorens de akte tot omzetting van de gemeenschap van vruchten en inkomsten in een algehele gemeenschap van goederen te verlijden, ervan te vergewissen dat X van de benarde financiële situatie van haar echtgenoot op de hoogte was. Notaris Y toch was met die benarde situ-

105

Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

atie wèl bekend, en hij wist daardoor dat gerede kans bestond dat het voor X – die, naar hem bekend was, eigen vermogen had – aan die omzetting verbonden risico zich inderdaad zou verwezenlijken. Onder deze omstandigheden had notaris Y aan die omzetting niet mogen meewerken dan na zich – voor zover, in verband met het bepaalde in art. 73d Wet op het Notarisambt, nodig: met toestemming van de echtgenoot van X – ervan te hebben vergewist dat X, die naar hij wist juridisch een leek was, dat risico voldoende beseftte. De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Leeuwarden van 18 februari 1987 en verwijst het geding naar het Hof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing;

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1989, 766, m.nt. EAAL.

Voorts is het arrest besproken in *WPNR* 6100 (1993) door EAAL.

105

**HOGE RAAD (DERDE KAMER)**

30 januari 1991

**Honorering huishoudelijke arbeid**

**Partijen**

G, te G,  
*tegen*

De Staatssecretaris van Financiën.

**Feiten**

Belanghebbende was de tweede echtgenote van de erflater. Zij waren buiten gemeenschap van goederen gehuwd. De erflater legateerde aan belanghebbende zijn inboedel en de appartementsrechten X met bijbehorende parkeerplaats te G. Hij benoemde haar en de twee uit zijn eerder huwelijk geboren dochters tot zijn erfgenamen voor gelijke delen.

Vorenbedoelde appartementsrechten had de erflater bij voorlopige koopakte van mei 1983 gekocht. Bij notariële akte van 15 juni 1983 traden de erflater en belanghebbende gezamenlijk als kopers op en werden de appartementsrechten aan hen gezamenlijk geleverd.

Aangezien belanghebbende op laatstvermelde datum niet over eigen vermogen beschikte, heeft de inspecteur aangenomen, dat tot erfslaters nalatenschap behoort een vordering op belanghebbende ten belope van de helft ad f 184.500,- van de koopsom voor de appartementsrechten. Van deze vordering werd door belanghebbende als erfgename verkregen een derde gedeelte of f 61.500,-. Belanghebbende heeft bestreden dat de erflater ten sterfdage te dezer zake een vordering op haar had.

## Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

105

Het Hof heeft vastgesteld dat de koopsom in haar geheel door erflater is voldaan en dat erflater en belanghebbende waren gehuwd op huwelijkse voorwaarden die elke gemeenschap van goederen uitsloten. Tevens heeft het Hof klaarblijkelijk in aanmerking genomen dat het appartementsrecht aan erflater en belanghebbende gezamenlijk is overgedragen in dier voege dat ieder van hen daarin voor de helft gerechtigd werd. Het Hof heeft uit een en ander afgeleid dat erflater het recht heeft verkregen het deel van de koopsom dat belanghebbende aangaat – zijnde de helft daarvan nu van een andere verdeling niet is gebleken – van haar terug te vorderen. Het tweede en derde onderdeel van het middel klagen er over dat het Hof aldus onvoldoende is ingegaan op de stellingen van belanghebbende.

Hoge Raad

Deze klacht is gegrond. Wanneer echtgenoten die met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen zijn gehuwd, een goed op beider naam verkrijgen, maar de tegenprestatie geheel door een van hen wordt voldaan, verkrijgt deze echtgenoot in beginsel jegens de andere een recht op vergoeding van de helft van de waarde van die tegenprestatie. Dit kan anders zijn wanneer tussen de echtgenoten anders is overeengekomen of wanneer een en ander tussen hen is geschied om te voldoen aan een natuurlijke verbintenis van de ene echtgenoot tot verzorging van de andere, terwijl ook niet is uitgesloten dat uit de goede trouw in verband met de omstandigheden van het geval anders voortvloeit. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat in het onderhavige geval slechts op de eerste van deze drie mogelijkheden een beroep is gedaan doch heeft het bestaan van het ingeroepen beding niet aangenomen. In de door het Hof vermelde stelling van belanghebbende dat het gestelde beding ertoe strekte te voldoen aan een op erflater rustende verplichting belanghebbende na zijn overlijden niet onverzorgd achter te laten en mede diende voor beloning van belanghebbende voor haar arbeid in de huishouding gedurende het huwelijk, ligt evenwel ook een beroep besloten op voldoening door de erflater aan een natuurlijke verbintenis. Het Hof heeft daarover geen oordeel gegeven. Aldus is zijn uitspraak op dit punt niet naar de eis der wet met redenen omkleed. Verwijzing moet volgen. Het middel behoeft voor het overige geen behandeling meer.

*Beslissing*

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het Hof.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1992, 191, m.nt. EAAL.

Commentaar

106

HOGE RAAD

10 januari 1992

Kriek/Smit à l'inverse

- Partijen** M, te N, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
V, te G, verweerster in cassatie.
- Feiten** Partijen zijn op 11 juni 1976, met uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen, met elkaar gehuwd.  
Op 6 maart 1978 is aan hen een woonhuis te G in eigendom overgedragen, en wel aan beide gezamenlijk in mede-eigendom. Op dit woonhuis werd door partijen een hypotheek verleend tot zekerheid voor de terugbetaling van een geldlening ad f 160.000,-, waarbij partijen zich als hoofdelijke medeschuldenaren hebben verbonden.  
Bij vonnis van 17 juli 1980, ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand op 7 oktober 1980, werd tussen partijen echtscheiding uitgesproken. Partijen zijn het erover eens dat het huis moet worden toegescheiden aan V voor een waarde van f 205.000,- onder de verplichting om het restant van de hypothecaire schuld groot f 158.692,74 voor haar rekening te nemen.  
V heeft uit eigen middelen aan de koop en verbouwing van het huis besteed een bedrag van f 163.345,50 en M nihil.
- Hoge Raad** In HR 12 juni 1987, NJ 1988, 150 is geoordeeld dat tussen echtgenoten die bij hun huwelijkse voorwaarden elke gemeenschap hebben uitgesloten, vergoedingsrechten kunnen ontstaan doordat de goederen die gedurende het huwelijk op naam van de een zijn verkregen, geheel of ten dele met geld van de ander zijn gefinancierd en dat zo een vergoedingsrecht in beginsel strekt tot terugbetaling van een gelijk bedrag als destijds ten laste van de ene echtgenoot voor de financiering van het goed op naam van de andere echtgenoot is gebezigd. Voorts is geoordeeld dat uitzonderingen hierop op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid niet geheel zijn uitgesloten, hetgeen in de laatste alinea van 3.4 van het arrest is uitgewerkt.  
Ook in een situatie als zich thans voordoet – die hierdoor wordt gekenmerkt dat de woning op naam van beide echtgenoten, ieder voor de helft, is verkregen, terwijl deze in overwegende mate door een der echtgenoten, hier de vrouw, is gefinancierd – is er plaats voor een overeenkomstig vergoedingsrecht. Ook het Hof is hiervan uitgegaan; het middel komt hiertegen terecht niet op.
- Hoge Raad** 3.5. Onderdeel 1 betoogt dat er hier plaats is voor een uitzondering, evenwel tevergeefs. Wel is ook in een situatie als thans aan de orde is, niet geheel uitgesloten dat op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid een uitzondering moet worden gemaakt. Maar er is geen plaats voor een uitzondering op de grond



Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

107

dat zich op de Nederlandse onroerend goed-markt de laatste tientallen jaren een ontwikkeling heeft voorgedaan waardoor een op beider naam verkregen woning sterk in waarde is gestegen of gedaald. Wanneer de echtgenoten een goed op beider naam, ieder voor de helft, verkrijgen, is dat goed in beginsel voor rekening en risico van beide echtgenoten, hetgeen tot gevolg heeft dat – zoals het Hof in r.o. 4 tot uitdrukking heeft gebracht – een waardestijging aan ieder voor de helft toekomt en een waardedaling door ieder voor de helft wordt gedragen. Evenbedoelde ontwikkeling kan ook niet worden aangemerkt als een onvoorziene omstandigheid – die aanleiding zou kunnen geven tot het maken van een uitzondering als hiervoor bedoeld – omdat partijen door de verkrijging bij helfte – (...) – het risico van waardestijgingen en -dalingen verdisconteren.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1992, 651, m.nt. EAAL. Voorts is het arrest besproken in *WPNR* 6133 (1994) door EAAL.

**Commentaar**

107

**HOGE RAAD**  
15 mei 1992

**Reparatiehuwelijk**

1. P, en
2. V, te Tilburg, verzoekers tot cassatie.

**Partijen**

De man en de vrouw zijn op 22 december 1978 in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. Dit huwelijk is op 7 januari 1988 ontbonden door inschrijving van het echtscheidingsvonnis in de registers van de burgerlijke stand.

**Feiten**

De man heeft een schuld aan de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging van f 33.401,91, wegens in de periode van 1 oktober 1986 t/m 8 november 1987 ten onrechte door de man ontvangen uitkeringen en voorschotten krachtens de oude en nieuwe WW, zulks blijkens een terugvorderingsbeslissing van de bedrijfsvereniging van 4 mei 1988;

het door de man tegen deze beslissing ingestelde beroep bij de Raad van Beroep te 's-Hertogenbosch is bij uitspraak van 22 februari 1989 ongegrond verklaard, terwijl de Centrale Raad van Beroep bij uitspraak van 8 januari 1991 het daartegen gerichte hoger beroep ongegrond verklaard heeft.

De man en de vrouw zijn voornemens wederom met elkaar in het huwelijk te treden en wensen vooraf hun vermogensrechtelijke verhouding te regelen. Zij hebben daartoe overeenkomstig het bepaalde in art. 1:166, lid 1 in verbinding met art. 1:119 BW aan de Rechtbank verzocht, voorafgaand aan dit tweede

huwelijk, goedkeuring te verlenen tot het aangaan van huwelijkse voorwaarden met als basis uitsluiting van elke gemeenschap van goederen. Als grond voor dit verzoek hebben zij opgegeven de omstandigheid – kort samengevat – dat de man voormelde schuld heeft en dat de man en de vrouw aan het aangaan van hun tweede huwelijk niet de consequentie verbonden wensden te zien dat de vrouw te vreezen heeft voor beslag op haar eigen arbeidsinkomsten vanwege de voormelde schuld van de man.

De Rechtbank heeft de goedkeuring geweigerd. Het Hof heeft de daartegen gerichte grief verworpen.

**Hoge Raad**

Art. 166, lid 1 strekt ertoe te voorkomen dat partijen in een situatie waarin de rechter aan het maken of het wijzigen van huwelijkse voorwaarden staande huwelijk zijn in art. 119 bedoelde goedkeuring had behoren te onthouden, de goedkeuringseis zouden kunnen omzeilen door van echt te scheiden en vervolgens, na de huwelijkse voorwaarden van hun keuze te hebben aangegaan, met elkaar te hertrouwen.

Deze strekking brengt mee dat ook in het geval van art. 166, lid 1 goedkeuring dient te worden geweigerd, wanneer een redelijke grond voor het maken of wijzigen van de huwelijkse voorwaarden ontbreekt, zoals de Rechtbank heeft aangenomen, of indien er gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat, zoals het Hof kennelijk voor ogen heeft gestaan. Zodanig gevaar kan met name bestaan, wanneer een van de partijen die, zoals hier, eerder in gemeenschap van goederen waren getrouwd en na het einde van het huwelijk opnieuw in het huwelijk willen treden met als basis uitsluiting van elke gemeenschap van goederen, een schuld had die tijdens of vóór het eerste huwelijk is ontstaan en die daarom in de gemeenschap viel.

Met zulk een schuld moeten voor de toepassing van art. 166, lid 1 worden gelijk gesteld schulden die hun grondslag vinden in omstandigheden die zich tijdens het huwelijk hebben voorgedaan en die bij voortduren van het huwelijk in de gemeenschap zouden zijn gevallen.

Tot de hier bedoelde schulden behoort ook de schuld wegens tijdens het huwelijk door één der partijen ten onrechte ontvangen en in verband daarmee voor terugvordering vatbare uitkeringen en voorschotten krachtens sociale verzekering, zoals in dit geval de schuld van de man aan de bedrijfsvereniging. Dit geldt ook als de terugvorderingsbeslissing van het tot terugvordering bevoegde overheidsorgaan, zoals hier, pas na het einde van het huwelijk is genomen, onverschillig of de schuld geacht moet worden eerst door de terugvorderingsbeslissing te zijn ontstaan.

Het hiervoor overwogene brengt mee dat het Hof – wat er zij van 's hofs motivering – tot een juiste beslissing is gekomen.

*Beslissing*

de Hoge Raad;  
verwerpt het beroep.

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1993, 486, m.nt. EAAL.

**108** HOGE RAAD  
18 februari 1994  
**Sonnevanck**

A., te E., eiser tot cassatie, voorwaardelijk incidenteel verweerder,  
*tegen*

**Partijen**

De gezamenlijke erfgenamen van V, laatstelijk gewoond hebbende te E, verweerders in cassatie, voorwaardelijk incidenteel eisers.

i. V. – hierna te noemen: erflaatster – exploiteerde sedert 1981 een haar toebehorende onderneming 'Hotel-Pension Sonnevanck' aan de (...) straat te E. Zij is op 25 februari 1983, in voor haar derde echt, buiten elke gemeenschap van goederen gehuwd met A.; uit dit huwelijk zijn geen kinderen geboren.

**Feiten**

ii. De huwelijkse voorwaarden van deze echtelieden hielden onder meer een verkeningsbeding in, waarin was bepaald, kort samengevat, dat partijen aan het einde van ieder jaar ter verdeling bij helfte bijeenvoegen hetgeen van hun inkomsten van dat jaar onverteerd is, welke verplichting niet geldt wanneer de gemeenschappelijke huishouding feitelijk ophoudt te bestaan.

iii. Op 18 april 1986 heeft erflaatster een als hotel-pensionbedrijf ingericht woonhuis aan de (...) straat te E. gekocht. In verband met de credietbehoefte van erflaatster heeft de Nederlandsche Middenstandsbank – hierna te noemen: NMB – credietfaciliteiten verleend, onder de voorwaarde dat haar een aantal zekerheden zouden worden toegekend.

iv. Daartoe is onder meer op 10 maart 1986 bij RVS Levensverzekering NV – hierna te noemen: RVS – een verzekering op het leven van erflaatster afgesloten met A. als verzekeringnemer en eerste begunstigde. A. heeft bij akte van cessie van 2 mei 1986, kort samengevat, NMB als begunstigde aangewezen en alle rechten en vorderingen uit de levensverzekering, in het bijzonder ook het recht op uitkering, aan NMB overgedragen.

v. Op 28 februari 1990 is erflaatster overleden. Tot haar enig erfgename had zij benoemd haar uit haar tweede huwelijk op 25 juni 1970 geboren dochter S, die de nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving heeft aanvaard.

vi. Uit hoofde van voormelde levensverzekering heeft RVS een bedrag van f 255.000,- aan NMB uitgekeerd, welk bedrag in mindering is gebracht op de vorderingen van NMB op erflaatster. Hierdoor is de schuld waarvoor op het pand (...) straat te E. ten behoeve van NMB een tweede hypotheek was verleend, grotendeels tenietgegaan.

In het onderhavige geding heeft A., voor zover in cassatie nog van belang, betaling gevorderd van een bedrag ter grootte van de verzekeringsuitkering (f 255.000,-).

4.2. Onderdeel 10 betoogt dat een contractueel vervalbeding als dat van art. 4 lid 3 van de huwelijksvoorwaarden nietig is. Dit betoog vindt onvoldoende steun in het recht.

**Conclusie A-G**

In het algemeen kunnen partijen bij overeenkomst afwijken van een door de wet op een bepaalde verbintenis toepasselijk verklaarde verjaringstermijn, mits de contractueel bedongen termijn korter is dan de wettelijke termijn. Aldus Asser-Hartkamp I nr. 678 (die wijst op de betekenis van art. 6:236 onder g en art. 6:237 onder h). Waarom zou deze algemene regel niet tussen echtgenoten gelden? Daarvoor wordt een argument ontleend aan art. 2025 BW (oud) (vergelijk art. 3:320 en 321 onder a BW), welke bepaling ertoe strekt te voorkomen dat de goede verstandhouding tussen echtgenoten wordt verstoord doordat de echtgenoot-schuldeiser rechtsmaatregelen moet nemen om de afloop van een verjaring tegen te gaan. Zie Asser-Hartkamp I, nr. 682. Persoonlijk vind ik dit argument niet sterk genoeg om, in afwijking van hetgeen in het algemeen geldt, te concluderen tot nietigheid van het vervalbeding. Waarom zouden (toekomstige) echtelieden wel de vrijheid hebben om zich te verbinden jaarlijks tot verrekening over te gaan (dat kan ook een aanslag op de goede verstandhouding betekenen), maar niet om die verrekening aan een vervaltermijn te binden (dat kan een goede verstandhouding bevorderen, omdat oude financiële conflicten niet meer kunnen worden opgerakeld)? Zie over de hele, meer omvattende problematiek de discussie tussen M.J.A. van Mourik (bij wie de wens – het om zeep helpen van het beding – de vader van de gedachte is) en Gr. van der Burght in WPNR (1990) nr. 5957 en 5962 met verdere gegevens, alsmede Asser-De Ruiters-Moltmaker nr. 489.

**Hoge Raad**

In r.o. 4.12 van het bestreden arrest heeft het Hof geoordeeld dat noch de uitkering noch het recht op de uitkering gedurende het tijdvak waarin partijen een gemeenschappelijke huishouding voerden, tot het vermogen van één van de echtgenoten behoorde, en dat de uitkering dus als 'nagekomen bate' niet onder het in de huwelijksvoorwaarden van A. en V. opgenomen verrekeningsbeding valt. Onderdeel 9 bestrijdt dit oordeel, doch tevergeefs. Het oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is van feitelijke aard en met onbegrijpelijk en berust mede op een aan het Hof voorbehouden uitleg van het verrekeningsbeding, zodat het in cassatie niet verder kan worden onderzocht.

Voor zover het onderdeel nog aanvoert dat A. tijdens de periode van samenleving wel een voorwaardelijk recht op uitkering had, moet het kennelijk worden gelezen in samenhang met onderdeel 2, dat strekt ten betoge dat, nu het hier een cessie tot zekerheid betreft, tot het vermogen van A. een recht op uitkering onder opschortende voorwaarde behoorde, en wel de voorwaarde dat, kort gezegd, V. haar schuld aan NMB voldoet, dan wel NMB meer uitgekeerd heeft gekregen dan zij van V. te vorderen had. Het onderdeel stuit reeds af op het kennelijke en, (...) niet onbegrijpelijk oordeel van het Hof dat deze voorwaarde niet in vervulling was gegaan.

Onderdeel 10 bestrijdt de verwerping door het Hof van het standpunt van A. dat het in de huwelijksvoorwaarden opgenomen vervalbeding nietig is wegens strijd met dwingend recht. Het oordeel van het Hof dat voormeld standpunt van A. geen steun vindt in het recht, is juist. Het tegendeel vloeit, anders dan het middel wil, niet voort uit de tekst of de strekking van de art. 2025 (oud), 3:320 en 321a BW. Het onderdeel faalt derhalve.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1994, 463, m.nt. WMK.

**Commentaar**

109

**HOGE RAAD**

29 september 1995

**Melkquotum**

R, te O, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
S, te H, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Partijen zijn op 6 mei 1977 met elkaar gehuwd. De akte van huwelijkse voorwaarden van 5 mei 1977 bepaalt dat tussen partijen geen enkele vermogens-gemeenschap zal bestaan.

**Feiten**

Partijen hebben ieder ten huwelijk aangebracht de onroerende en roerende zaken zoals beschreven in de staat van aanbrengsten bij genoemde akte. De onroerende zaken die de vrouw ten huwelijk aanbracht bestonden uit een boerderij met weiland met een oppervlakte van destijds ruim 17 hectare. De man bracht ten huwelijk aan een boerderij met diverse percelen land met een totale oppervlakte van ongeveer 45 hectare, waarin begrepen ongeveer 5 hectare bos en ongeveer 40 hectare weiland.

De door de vrouw aangebrachte weilanden zijn gelegen in Oosterwolde en grenzen aan de weilanden van de man. De man heeft deze grond van de vrouw tijdens het huwelijk in gebruik gehad; voor dit gebruik heeft de vrouw van de man geen vergoeding ontvangen. In het kader van de Beschikking superheffing 1985 is aan de man een heffingvrij melkquotum toegekend. Dit melkquotum bedroeg 1.116.401 kg in de periode 1986/1987 en 1.090.584 kg in de periode 1987/1988; medio 1988 is de hoeveelheid gewijzigd in 1.096.416 kg.

Bij vonnis van de Rechtbank van 6 december 1990 is tussen partijen de echtscheiding uitgesproken; het vonnis is op 22 juli 1991 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Tussen partijen zijn geschillen gerezen bij de verdeling van de goederen. De bij het echtscheidingsvonnis benoemde boedelnotaris heeft partijen niet kunnen verenigen. In cassatie is nog slechts aan de orde het geschilpunt dat betrekking heeft op het heffingvrij melkquotum, verder ook kortweg als het melkquotum aan te duiden.

Het Hof heeft kennelijk en terecht tot uitgangspunt genomen dat de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden mede door de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt beheerst, en dat een als gevolg van die overeenkomst tussen partijen geldende

**Hoge Raad**

110

Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

regel niet wordt toegepast voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Voorts ligt in 's hofs overwegingen, gelezen in onderling verband en samenhang, besloten het oordeel dat te dezen sprake is van onvoorziene omstandigheden van dien aard dat de man naar bedoelde maatstaven niet mag verwachten dat hij zou mogen volstaan met de enkele teruggave van de destijds aan hem ter beschikking gestelde grond zonder enige verrekening van de waarde van het aan hem toegekende melkquotum voor zover dit in verband staat met zijn gebruik van die grond. (...) Het Hof heeft voor de nadere uitwerking van evenbedoeld oordeel aansluiting gezocht bij de rechtspraak pachtzaken. In r.o. 9 en 10 heeft het Hof onderzocht welke aanspraken de vrouw ter zake van het melkquotum volgens die rechtspraak zou hebben kunnen doen gelden indien sprake zou zijn geweest van een vóór 1983 tussen haar als verpachster en de man als pachter gesloten en ná 1983 beëindigde pachtovereenkomst. (...) Deze gedachtengang van het Hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1996, 88.  
Zie ook de bespreking van Luijten in WPNR 6279 (1997).

110

HOGE RAAD  
19 januari 1996

**Afrekening belegde besparingen I**

**Partijen**

R, te H, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
P, te A, verweerder in cassatie.

**Feiten**

Partijen zijn op 28 augustus 1980 met elkaar gehuwd na negen jaar te hebben samengewoond als man en vrouw.  
Zij zijn bij notariële akte van 26 augustus 1980 huwelijkse voorwaarden overeengekomen; daarbij hebben zij iedere gemeenschap van goederen uitgesloten. De huwelijkse voorwaarden hielden onder meer in:  
Artikel 2: "1. De kosten van de huishouding in de ruimste zin des woords, komen ten laste van de man en de vrouw naar evenredigheid van hun zuivere inkomsten, waarbij onder zuivere inkomsten wordt verstaan:  
a. winst uit onderneming;  
b. zuivere inkomsten uit arbeid, uit vermogen of in de vorm van bepaalde periodieke uitkeringen en verstrekkingen;  
c. winst uit aanmerkelijk belang;

d. hetgeen wordt verkregen door toeval of geluk; na aftrek van de op die inkomsten betrekking hebbende lasten, belastingen en premieheffingen.

2.a. Tot de in lid 1 bedoelde kosten van de huishouding horen onder andere:

(...)

b. Tot de in lid 1 bedoelde kosten van de huishouding behoren niet de kosten ten behoeve van de oudedagsvoorziening van de echtgenoten.

(...)

Artikel 4 Iedere echtgenoot heeft het recht na afloop van een kalenderjaar van de andere echtgenoot te vorderen, dat ter verdeling bij helfte wordt bijeengevoegd, wat van hun zuivere inkomsten, na aftrek van de in artikel 2 bedoelde kosten van de huishouding resteert.

2. (...)

3. Indien binnen drie maanden na het einde van het kalenderjaar geen vaststelling en betaling van de verrekeningsvordering heeft plaatsgevonden, vervalt de vordering.

De man is onder meer directeur en enig aandeelhouder van R. BV. Bij deze vennootschap was ook de vrouw tot 1989 in dienst.”

De man is geboren in 1945, de vrouw in 1949.

4.3.2. Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat het Hof terecht ervan is uitgegaan dat het in de huwelijkse voorwaarden opgenomen vervalbeding niet nietig is wegens strijd met dwingend recht (HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463). Dat neemt niet weg dat, zoals ook het Hof tot uitgangspunt heeft genomen, ook een krachtens een overeenkomst van huwelijkse voorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529, en 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 576).

Hoge Raad

4.3.3. Bij beantwoording van de vraag of het onderhavige beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, is in het bijzonder van betekenis dat een beding als het onderhavige naar zijn aard in belangrijke mate de werking ontnemt aan de tussen partijen overeengekomen verrekening van hetgeen jaarlijks van hun zuivere inkomsten resteert, alsmede dat om voor de hand liggende redenen partijen in het algemeen niet tot verrekening zullen overgaan zolang de huwelijkse samenleving voortduurt. Van belang is voorts dat, zoals in de literatuur is opgemerkt, partijen zich veelal niet bewust zullen zijn van de consequenties van een beding als het onderhavige en ook als gevolg daarvan jaarlijkse verrekening achterwege zullen laten. Een en ander brengt mee dat een beroep op het vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht in een geval waarin een van de gewezen echtgenoten na hun echtscheiding verrekening vordert van in het verleden overspaarde inkomsten, tenzij blijkt van door de echtgenoot die zich op het vervalbeding beroept te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden die een beroep op het beding rechtvaardigen. (...)

Een verrekenbeding als is neergelegd in art. 4 lid 1 van de huwelijkse voorwaarden, strekt naar zijn aard ertoe dat hetgeen van de inkomsten van partijen wordt

bespaard periodiek wordt verrekend. Indien de echtgenoten die bepaling zouden naleven, zou ieder van hen vervolgens in staat zijn, zijn aandeel in de besparingen door belegging te besteden aan vorming en vermeerdering van het eigen vermogen. Laten partijen tijdens het bestaan van het huwelijk verrekening van het overgespaarde achterwege, hetgeen naar volgt uit hetgeen onder 4.3.3 is overwogen de praktijk zal zijn, en blijft het recht tot verrekening bestaan, dan brengt een uitleg naar redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van het beding mee dat bij het einde van het huwelijk ook de vermogensvermeerdering, ontstaan door belegging van hetgeen uit de inkomsten van een echtgenoot is bespaard maar ongedeeld gebleven, in de verrekening wordt betrokken (HR 7 april 1995, RVD 1995, 88). Het subonderdeel is derhalve in zoverre gegrond. (...)

Bij beoordeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat de enkele omstandigheid dat door de arbeidsinspanning van de vrouw het vermogen van de man is toegenomen, niet voldoende is om een tussen partijen overeengekomen uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen niet toe te passen (HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529). (...)

Een echtgenoot kan in het algemeen niet aan de omstandigheid dat het huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden, een aanspraak ontlenen tot het verschaffen van een oudedagsvoorziening (vgl. HR 5 oktober 1990, *NJ* 1991, 576). Dat neemt niet weg dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval wel een verplichting kan voortvloeien dat een echtgenoot eraan moet meewerken dat zijn echtgenote over een oudedagsvoorziening kan beschikken. Zodanige bijzondere omstandigheden heeft het Hof hier kennelijk aanwezig geacht, te weten dat in een van de door de man beheerste vennootschappen, waarmee het Hof klaarblijkelijk bedoelt R.V. BV, bij welke vennootschap de vrouw in dienst is geweest, voor de vrouw als werknemster van die vennootschap een pensioenreserve aanwezig is. Voorts is van belang dat van de vrouw in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij zou hebben te aanvaarden dat ook na de echtscheiding de ten behoeve van haar opgebouwde pensioenreserve in genoemde vennootschap wordt gelaten, nu deze vennootschap door de man wordt beheerst. Door onder deze omstandigheden te oordelen dat de man ervoor dient zorg te dragen dat de gehele ten behoeve van de vrouw opgebouwde pensioenreserve aan de vrouw wordt uitgekeerd, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

#### *Beslissing*

De Hoge Raad vernietigt in het principaal beroep: de arresten van het Hof te Arnhem van 22 juni 1993 en van 9 augustus 1994 en verwijst het geding naar het Hof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing; en verwerpt het beroep in het incidenteel beroep; (...).

#### **Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1996, 617, m.nt. WMK. Zie ook *FJR* 1996/5, p. 115, m.nt. Verstappen en WPNR 6280, (1997), m.nt. Luijten. De voornaamste beslissing in dit arrest is dat een vervalbeding dat gekoppeld is aan een Amsterdams verrekbeding weliswaar geldig is (HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463; Sonnevank), maar vermoed wordt naar maatstaven van



Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

111

redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te zijn. Dit is anders indien degene die een beroep doet op het beding feiten en omstandigheden stelt en zonodig bewijst die een beroep op het beding rechtvaardigen.

**111** HOGE RAAD  
21 februari 1997  
**Dozy-clausule**

1. C, en,
2. S, beiden te E., verzoekers tot cassatie.

**Partijen**

Verzoekers zijn op 5 september 1980 in algehele gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd. In 1991 is de man, die als zelfstandig ondernemer een witloftrekkerij exploiteerde, in staat van faillissement verklaard. In 1994 is dit faillissement wegens de toestand van de boedel opgeheven. Bij deze opheffing is een groot aantal tot de huwelijksgoederengemeenschap behorende bedrijfsschulden ten belope van ongeveer f 488.000,- onvoldaan gebleven.

**Feiten**

3.2. Verzoekers wensen alsnog bij huwelijkse voorwaarden elke gemeenschap uit te sluiten en hebben daartoe de in art. 1:119 BW vereiste goedkeuring verzocht. Als motief voor het aangaan van deze voorwaarden hebben zij vermeld dat zij, na en ondanks het in 1994 wegens gebrek aan baten opgeheven faillissement van (het bedrijf van) de man en gezien het grote aantal resterende schulden, willen trachten om voor hun gezin met drie nog zeer jonge kinderen een nieuw bestaan op te bouwen. Daarbij stellen zij zich voor dat in de toekomst (ook) de vrouw enige inkomsten uit arbeid zal gaan verwerven en dat deze inkomsten dan volledig ten goede kunnen komen aan het gezin. In verband daarmee heeft de vrouw verklaard na het maken van de huwelijkse voorwaarden overeenkomstig art. 1:103 BW afstand te zullen doen van de alsdan ontbonden huwelijksgoederengemeenschap.

Het middel stelt de vraag aan de orde of in een geval als het onderhavige, waarin partijen de tussen hen bestaande algehele gemeenschap willen opheffen door bij huwelijkse voorwaarden elke gemeenschap uit te sluiten, gevaar voor benadeling van schuldeisers bestaat indien hun de mogelijkheid van verhaal op baten ontgaat, die zonder de ontbinding van de gemeenschap in de toekomst in die gemeenschap zouden zijn gevallen.

**Hoge Raad**

In een dergelijk geval wordt in beginsel reeds in de bescherming van de schuldeisers van de gemeenschap voorzien door art. 1:102. Dit artikel is hier van toepassing omdat de opheffing van de gemeenschap bij huwelijkse voorwaarden ingevolge art. 1:99, lid 1, aanhef en onder d, tot ontbinding van die gemeenschap leidt. Het artikel heeft tot gevolg dat na de ontbinding ieder van de echtgenoten aansprakelijk is voor de gemeenschapsschulden waarvoor hij voordien aansprakelijk was en dat hij voor de overige gemeenschapsschulden voor de helft aan-

sprakelijk is. Met dit wettelijk stelsel zou het niet stroken om in het kader van art. 1:119 aan de schuldeisers een verder gaande bescherming te geven door onder het in lid 3 van die bepaling bedoelde gevaar voor benadeling mede te begrijpen het aan elke opheffing van de gemeenschap verbonden gevolg dat aan schuldeisers van die gemeenschap het voordeel wordt onthouden van de mogelijkheid van verhaal op de goederen die zonder die opheffing in de toekomst in die gemeenschap zouden zijn gevallen. Een andere opvatting zou, naar de onderhavige zaak demonstreert, het ook onmogelijk maken om door middel van het maken of wijzigen van huwelijksvoorwaarden voor wat betreft toekomstig vermogen een nieuw regime te scheppen, dat beter dan het aanvankelijke regime het gezin beschermt tegen de financiële risico's die aan een door een der echtgenoten uitgeoefend bedrijf of beroep zijn verbonden. Deze gedachte dient ook ten opzichte van de reeds bestaande schuldeisers te prevaleren, nu zij geen bescherming verdienen in hun verwachtingen betreffende de toekomstige baten van de gemeenschap, doch slechts ter zake van een voor hen nadelig uitvallende verdeling van die gemeenschap na de ontbinding daarvan. Een en ander brengt mee dat, anders dan het Hof heeft geoordeeld, in een geval als het onderhavige, waarin de Dozy-clausule uitsluitend een functie heeft ter zake van voormelde toekomstige baten, geen plaats is voor het eisen van opneming van die clausule in de akte van huwelijksvoorwaarden.

De verklaring van de vrouw dat zij na het maken van de huwelijksvoorwaarden van de gemeenschap afstand zal doen, brengt in het voorgaande geen verandering. Het gaat in dit geval om de voormelde bedrijfsschulden van de man. De betrokken schuldeisers kunnen als gevolg van de afstand niet meer worden benadeeld door een voor hen nadelige verdeling van de gemeenschap, nu die afstand tot gevolg heeft dat alle gemeenschapsgoederen aan de man toevallen. Voorts heeft blijkens het slot van het eerste lid van art. 1:103 de regeling van de bevoegdheid tot afstand van de gemeenschap en van de gevolgen van die afstand – ook als er meer schulden dan baten zijn – een dwingendrechtelijk karakter, dat meebrengt dat met name de ontheffing van de vrouw van aansprakelijkheid voor de bedrijfsschulden van de man door de toepasselijkheid van art. 1:103 lid 4 niet door een beding als de Dozy-clausule kan worden opzijeget. Ook op dit punt heeft het wettelijk stelsel derhalve tot gevolg dat van een gevaar voor benadeling van schuldeisers als in art. 1:119, lid 3 bedoeld geen sprake kan zijn.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van het Hof te 's-Hertogenbosch van 23 mei 1996; verwijst de zaak naar het Hof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing.

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1998, 205 en besproken door Von Brucken Fock, *FJR* 1997, p. 101.

**112** HOGE RAAD  
28 maart 1997

**Afrekening belegde besparingen II**

B, te W, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
K, te W, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Partijen zijn op 14 januari 1969 gehuwd. Bij vonnis van 7 december 1987 werd tussen hen de echtscheiding uitgesproken. Het vonnis is op 17 maart 1989 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

**Feiten**

Bij notariële akte van 11 januari 1969 zijn partijen huwelijkse voorwaarden overeengekomen. Daarbij zijn zij onder meer overeengekomen:

Art. 1. Tussen de echtgenoten zal generlei goederengemeenschap bestaan, ook niet de gemeenschap van winst en verlies.

Art. 2. De kleding en lijfsieraden, bij de ontbinding van het huwelijk of op enig ander tijdstip, waarop ieders rechten moeten worden vastgesteld, aanwezig, zijn het eigendom van de echtgenoot, bij wie zij in gebruik zijn of tot wiens gebruik zij bestemd zijn, zonder enige verrekening en ongeacht wanneer, door wie en op welke wijze ze zijn verkregen.

Art. 3. Bestaat tussen de echtgenoten een geschil aan wie van hen enig goed toebehoort en kan geen van beiden zijn recht daarop bewijzen, dan geldt het vermoeden dat het goed aan ieder der echtgenoten voor de onverdeelde helft toebehoort, behoudens het hiervoor in artikel 2 bepaalde.

Art. a. Voor rekening van de man zijn alle lasten van het huwelijk, zoals de kosten van de huishouding en van de verzorging en opvoeding van de kinderen. Wanneer de vrouw vrijwillig een deel van haar inkomen of vermogen voor de bestrijding van de lasten van het huwelijk aanwendt, is de man niet verplicht dit aan de vrouw te vergoeden.

b. Premies en koopsommen terzake van derdebedingen en verzekeringen (uitgezonderd schadeverzekeringen) worden niet beschouwd als kosten der huishouding; zij blijven voor rekening van degene die het contract aanging.

c. De vrouw is verplicht de man naar billijkheid te vergoeden de door de man wegens het inkomen van de vrouw betaalde belasting.

Art. a. Per het einde van elk jaar voegen de echtgenoten ter verdeling bij helfte bijeen hetgeen van hun inkomens over dat jaar onverteerd is. Heeft over enig jaar geen bijeenvoeging en verdeling plaatsgehad, dan blijft het vorderingsrecht daartoe bestaan.

b. Echter kan een echtgenoot verlangen dat zijn onverteerde inkomen allereerst wordt aangewend tot dekking van verliezen door hem in voorgaande jaren in de inkomensfeer geleden. (...)"

Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep is door partijen, mede naar aanleiding van voormelde huwelijkse voorwaarden, uitvoerig over de vermogensrechtelijke

gevolgen van hun echtscheiding getwist, waarbij tal van punten van uiteenlopende aard aan de orde zijn gekomen.

**Hoge Raad**

3.4. Het Hof heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat in een geval als het onderhavige – waarin partijen bij huwelijkse voorwaarden periodieke verrekening van inkomsten zijn overeengekomen, zij deze verrekening achterwege hebben gelaten, maar het recht tot verrekening is blijven bestaan – een uitleg naar redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van het verrekenbeding meebrengt dat bij het einde van het huwelijk ook de vermogensvermeerdering ontstaan door belegging van hetgeen uit de inkomsten van een echtgenoot is gespaard maar ongedeeld is gebleven, in de verrekening wordt betrokken.

In dit geval heeft het Hof onder 'inkomsten' in het verrekeningsbeding mede begrepen inkomen uit vermogen, zulks door art. 5 van de huwelijkse voorwaarden, mede in het licht van art. 4, aldus uit te leggen. Het Hof heeft voorts vastgesteld dat het verrekenbeding geldt voor de periode tot 22 mei 1986, de datum waarop partijen feitelijk uit elkaar gingen.

Daarvan uitgaande heeft het Hof kennelijk geoordeeld dat in de omstandigheden van het onderhavige geval – waaronder de hoge lasten van het huwelijk, het relatief niet zeer hoge inkomen van de man en het relatief lage bedrag dat de man ten huwelijk heeft aangebracht en staande huwelijk heeft verkregen – het saldo aan liquide middelen (geld en effecten) dat aan het einde van het huwelijk aanwezig was, zozeer mede is opgebouwd door bijdragen die de vrouw uit haar, relatief grote, vermogen en uit haar inkomsten, onverplicht aan de bestrijding van de lasten van het huwelijk heeft geleverd, dat toepassing van de hiervoor aangehaalde bepalingen van de huwelijkse voorwaarden in het licht van redelijkheid en billijkheid meebrengt dat dit saldo, zoals dit in 's hofs arrest nader wordt bepaald, tussen partijen in gelijke delen moet worden gedeeld, zonder er rekening mee te houden dat de man de aanbrengsten ten huwelijk en verrijkingen staande huwelijk wellicht nog zou kunnen traceren. Daarbij heeft het Hof kennelijk in aanmerking genomen dat partijen de verschillende in 's hofs arrest bedoelde bankrekeningen op zodanige wijze hebben gebruikt dat het – zoals het Hof klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk heeft aangenomen – zeer moeilijk, zo niet onmogelijk, zou zijn het aanwezige saldo van overgespaarde inkomsten op afdoende wijze te scheiden van eventueel aanwezige privé-vermogensbestanddelen, terwijl hetzelfde geldt voor de met deze saldi aangeschafte effecten.

Voorts heeft het Hof kennelijk geoordeeld dat de overmaking per 27 juni 1973 ten gunste van de rekening van de vrouw in Denemarken niet als een verdeling van het toen aanwezige saldo van overgespaarde inkomsten kan worden beschouwd, zodat dit bedrag bij de eindafrekening, op voet van een reeds verstrekt voorschot op die afrekening in aanmerking moet worden genomen. (...).

3.6. Middel IV faalt eveneens. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat de echtelijke woning in het kader van het verrekenbeding als een belegging moet worden gezien en dus ook de aflossing van de met de aanschaf van de woning verbonden hypothecaire schuld. De betaling van de premies van de levensverzekering die is aangegaan met het oog op een zodanige aflossing, heeft het Hof daarmee kennelijk gelijk gesteld. Zulks geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Het resultaat daarvan is dat de waarde van de polissen per 22 mei

1986 in de verrekening moet worden betrokken, zoals ook de hypothecaire schuld.

3.7. Middel V treft daarentegen doel. Het Hof heeft in zijn r.o. 7.2 e.v. ten onrechte de opgebouwde pensioenaanspraken als niet verteerd en dus te verdelen arbeidsinkomsten aangemerkt (HR 31 mei 1996, NJ 1996, 686). (...).

4.1. Het eerste onderdeel is gericht tegen 's hofs oordeel dat, zo de vrouw voor de aankoop van de echtelijke woning een bedrag van f 100.000,- aan door haar geërfd vermogen ter beschikking heeft gesteld, dit moet worden beschouwd als door haar vrijwillig voor de bestrijding van de lasten van het huwelijk te zijn gedaan, zodat daarvoor op grond van art. 4 onder a, tweede alinea, van de huwelijkse voorwaarden geen aanspraak op vergoeding bestaat. Dit oordeel, dat kennelijk moet worden gezien als een sterk met feitelijke waarderingsverweven uitleg van voormelde bepaling in het licht van de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. Daaraan doet niet af dat een echtgenoot die met uitsluiting van elke gemeenschap is gehuwd en geheel of gedeeltelijk de tegenprestatie voldoet voor een goed dat op naam van de andere echtgenoot wordt geplaatst, in beginsel jegens de andere echtgenoot recht krijgt op het nominale bedrag van de door hem aldus aan de andere echtgenoot verstrekte gelden. Uitzonderingen op deze regel op grond van uitleg van de huwelijkse voorwaarden in verband met de omstandigheden van het geval zijn immers niet uitgesloten. Alle klachten van het onderdeel stuiten op een en ander af.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
in het principale beroep;  
vernietigt het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 22 september 1995.  
(gedeeltelijk) (...).

Het arrest is gepubliceerd in NJ 1997, 581, m.nt. WMK.

**Commentaar**

De belangrijkste beslissing in dit arrest is dat wanneer niet traceerbaar is hoe een bepaald vermogen is opgebouwd dit vermogen als te verrekenen vermogen moet worden beschouwd. Daarmee vormt dit arrest de oorsprong van het latere art. 1:141 lid 3 BW.

**113** HOGE RAAD  
3 oktober 1997

**Afrekening belegde besparingen III**

B, te A, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
K, te Z, verweerster in cassatie.

**Partijen**

**Feiten**

Partijen zijn op 31 juli 1970 met elkaar gehuwd. Bij notariële akte van 20 juli 1970 zijn zij huwelijkse voorwaarden overeengekomen. De huwelijkse voorwaarden hielden onder meer de volgende bepalingen in:

“Art 1. De echtgenoten zullen in geen enkele gemeenschap van goederen gehuwd zijn.

Derhalve zullen zowel de wettelijke algehele gemeenschap van goederen als de gemeenschap van winst en verlies en die van vruchten en inkomsten uitdrukkelijk zijn uitgesloten.

Art. 2. Alle zaken, welke de echtgenoten thans reeds bezitten of die zij door erfenis, legaat, schenking of op andere wijze mochten verkrijgen, zullen eigendom blijven van diegene hunner, door wie die zaken ten huwelijk zijn aangebracht of staande huwelijk verkregen.

Art. 3. Alle schulden door de echtgenoten hetzij vóór, hetzij ná de voltrekking van het huwelijk aangegaan, zullen komen ten laste van diegene der echtgenoten, die deze schulden heeft gemaakt.

Art. 4. De kosten der gezamenlijke huishouding en de bestrijding van alle uitgaven, de echtgenoten gezamenlijk betreffende, zijn ten laste van de man, evenals de kosten van opvoeding der kinderen, die uit het huwelijk mochten geboren worden en de verdere al dan niet terugkerende uitgaven, die uit de inkomsten plegen te worden betaald en zullen door de man worden bestreden uit de gezamenlijke inkomsten van beide echtgenoten, die daartoe per kalenderjaar bij elkaar zullen worden gevoegd.

Onder inkomsten van de vrouw zijn te verstaan de bruto inkomsten uit haar vermogen en hetgeen door haar wordt verkregen door arbeid, vlijt, toeval of geluk, verminderd met de op die inkomsten drukkende onkosten en met premie van door haar gesloten levensverzekeringen.

Hetgeen aan het einde van elk kalenderjaar van die gezamenlijke inkomsten, na aftrek der in het eerste lid bedoelde uitgaven, overblijft, zal voor de ene helft toekomen aan de man en voor de wederhelft aan de vrouw en te hunner vrije beschikking zijn. (...)”

De vrouw heeft gedurende het huwelijk geen inkomsten gehad.

Partijen hebben nimmer de onverteerde inkomsten op de voet van art. 4 van de huwelijkse voorwaarden verdeeld.

De man heeft samen met zijn broer de aandelen geërfd in de besloten vennootschap (...) BV.

Uit het huwelijk zijn twee kinderen geboren.

3.2. De Rechtbank heeft bij haar in conventie gewezen vonnis van 24 september 1992 de echtscheiding tussen partijen uitgesproken. Dit vonnis is op 28 januari 1994 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

De vrouw heeft in reconventie deling van de vermogensvermeerdering, althans verrekening conform het in de akte van huwelijksvoorwaarden bepaalde gevorderd.

**Hoge Raad**

3.4. Het middel treft doel. Een beding als het onderhavige strekt naar zijn aard ertoe dat hetgeen van de inkomsten van partijen wordt bespaard periodiek tussen hen wordt verrekend. Ieder der echtgenoten is vervolgens in staat zijn aandeel in de besparingen, door belegging, te besteden aan vorming en vermeerdering van het eigen vermogen.

Laten partijen tijdens het bestaan van het huwelijk deling van het overgespaarde achterwege en blijft het recht om deling te vorderen bestaan, dan brengt een uitleg naar redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van het beding mee dat bij het einde van het huwelijk ook de vermogensvermeerdering, ontstaan door belegging van hetgeen uit de inkomsten van een echtgenoot is bespaard, maar ongedeeld gebleven, in de verrekening wordt betrokken.

Deze door de Hoge Raad in zijn voormeld arrest van 7 april 1995 aanvaarde – in zijn arresten van 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, en 28 maart 1997, *RVD* 1997, 83, (*NJ* 1997, 581; red.) herhaalde – opvatting houdt echter niet in dat, wanneer de aan de echtgenoten in privé toebehorende, buiten de verdeling blijvende goederen geen inkomsten hebben opgeleverd maar tijdens het bestaan van het huwelijk wel in waarde zijn gestegen, een beding als het onderhavige naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aldus zou moeten worden uitgelegd dat (ook) zodanige waardestijgingen moeten worden verrekend als waren zij voortgekomen uit overgespaarde inkomsten.

Bij een dergelijke, klaarblijkelijk door het Hof aanvaarde uitleg krijgt het beding een ruimere strekking dan met de aard ervan, mede gelet op de in de huwelijksvoorwaarden vooropgestelde uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen, valt te rijmen.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Arnhem van 20 februari 1996; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1998, 383, m.nt. WMK en is besproken door Von Brucken Fock, *ER* 1997, p. 295.

Met deze beslissing werd duidelijk dat slechts vermogen dat – direct of indirect – is terug te voeren op inkomen alsnog voor verrekening in aanmerking komt bij een niet uitgevoerd Amsterdams verrekenbeding.

Commentaar

114

HOGE RAAD

23 juni 2000

Redelijkheid van vervalbeding

W, te I, verzoekster tot cassatie,

tegen

S, te I, verweerder in cassatie,

Partijen

Partijen zijn op 8 mei 1968 gehuwd op huwelijksvoorwaarden. De akte van huwelijksvoorwaarden bevat een Amsterdams verrekenbeding. Daaraan is gekoppeld een vervalbeding dat ertoe leidt dat het recht van ieder van de echtgenoten om verrekening van overgespaard inkomen te vorderen vervalt een jaar na het kalenderjaar waarop de verrekeningsvordering betrekking heeft. Enige verreke-

Feiten

ning op grond van het Amsterdams verrekenbeding heeft tijdens het huwelijk nooit plaatsgevonden.

De vrouw heeft aanvankelijk in 1991 een echtscheidingsprocedure aangespannen waarbij zij zich heeft laten voorzien van rechtskundige bijstand. Deze procedure heeft zij niet doorgezet. Evenmin heeft zij in de daarop volgende jaren jaarlijkse afrekening gevorderd van het overgespaarde inkomen. Zij zal zich er in redelijkheid niet op kunnen beroepen dat zij zich vanaf 1991 niet van de consequenties van het vervalbeding bewust is geweest. De man heeft zich eerst bij het nieuwe verzoekschrift tot echtscheiding van de vrouw in 1997 geconfronteerd gezien met een vordering tot verrekening bij helfte met betrekking tot het volledige vermogen van partijen, waarbij de vrouw stelt dat het beroep van de man op het vervalbeding onredelijk is. De man, die een onderneming drijft, heeft nog in 1995 een investering in Rusland gedaan en daarop fors verlies geleden. De man heeft voorts in het kader van de echtscheiding een zodanig financieel aanbod aan de vrouw gedaan dat niet gezegd kan worden dat zij niet goed verzorgd zal zijn. Zo blijft de echtelijke woning zonder verdere verrekening ter vrije beschikking van de vrouw. Voorts ziet de man af van een aantal vorderingen op de vrouw. Tenslotte ontvangt de vrouw een som ineens alsmede een aanzienlijke alimentatie. De centrale vraag in deze is of het beroep van de man op het voormelde vervalbeding dat gekoppeld is aan het Amsterdams verrekenbeding redelijk en billijk is.

**Hoge Raad**

3.9. De onderdelen 4, 5 en 6 kunnen gezamenlijk worden behandeld. Zij keren zich tegen het oordeel van het Hof dat het door de man, ter afwering van de door de vrouw verzochte verrekening per 13 oktober 1997, gedane beroep op het vervalbeding niet onredelijk of onbillijk is.

Dit oordeel berust blijkens de hiervoor onder 3.4 vermelde overwegingen van het Hof op een samenstel van gronden, te weten: a) de vrouw kan zich vanaf het moment dat zij in 1991 rechtskundig advies heeft ingewonnen in verband met de toen door haar aangespannen echtscheidingsprocedure niet meer erop beroepen dat zij zich van de consequenties van het laten verstrijken van de vervaltermijn niet bewust was, b) zou de man hebben geweten dat de vrouw aanspraak maakte op ongeveer f 3,5 miljoen, en daarmee op de helft van het eigen vermogen van het familiebedrijf van de man, dan zou hij het risico van de in 1995 in Rusland gedane investeringen, die het bedrijf een fors verlies hebben opgeleverd, niet hebben genomen, en c) de hiervoor onder 3.3 vermelde inhoud van het door de man, ook voor het geval dat het Hof zijn beroep op het vervalbeding zou honoreren, gedane aanbod. (...)

Het Hof heeft, naar in cassatie niet is bestreden, bij de beantwoording van de vraag of de man een beroep op het vervalbeding toekwam terecht tot uitgangspunt genomen dat een dergelijk beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, tenzij blijkt van omstandigheden die een beroep op dit beding rechtvaardigen. 's Hofs oordeel dat dit laatste hier het geval is, geeft niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting en kan voor het overige, verweven als het is met waarderings van feitelijke aard, in cassatie niet op zijn juistheid worden onderzocht.



Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

115

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2001, 347 m.nt. WMK. Dit arrest moet gelezen worden in samenhang met HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463 (Sonnevanck) en HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 (Afrekening belegde besparingen I). Uit laatstgenoemde twee arresten volgt dat vervalbedingen die gekoppeld zijn aan een Amsterdams verrekenbeding weliswaar geldig zijn, maar vermoed worden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te zijn, tenzij blijkt van feiten of omstandigheden die een beroep op het beding rechtvaardigen. In casu deden zich dergelijke bijzondere feiten en omstandigheden voor.

**Commentaar**

115

**HOGE RAAD**  
2 maart 2001

**Aannemersbedrijf**

S, te M, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
C, te V, verweerster in cassatie,

**Partijen**

De man en de vrouw zijn op 15 juli 1983 met elkaar gehuwd. Bij beschikking van de Rechtbank van 13 juli 1994 is tussen hen de echtscheiding uitgesproken. Deze is op 27 januari 1995 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Partijen waren gehuwd op huwelijkse voorwaarden. Deze hielden in een uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen met een Amsterdams verrekenbeding. Partijen hebben tijdens hun huwelijk nooit uitvoering gegeven aan het verrekenbeding.

**Feiten**

Tot het vermogen van de man behoren – voorzover hier relevant – in de eerste plaats aandelen in Aannemersbedrijf S BV (de werkmaatschappij) en in S. Beheer BV. De aandelen in de werkmaatschappij zijn door de man deels bij oprichting verkregen en deels door hem gekocht van zijn vader. De koopprijs is met een geldlening gefinancierd. Op die lening is tijdens het huwelijk uit inkomen afgelost. Alle aandelen in de Beheer BV zijn door de man – al dan niet tegen betaling – van zijn vader en of een oom verworven. Daarnaast heeft de man nog een woning die hij kort voor het huwelijk heeft verworven. De koopprijs van de woning is bekostigd met een hypothecaire lening waarop staande huwelijk uit inkomen is afgelost.

In cassatie zijn slechts van belang de beslissingen die het Hof heeft gegeven ten aanzien van de vraag of en, zo ja, in hoeverre in de verrekening moeten worden betrokken (1) de aandelen in Aannemersbedrijf S. BV en S. Beheer BV en (2) de voormalige echtelijke woning.

**Hoge Raad**

3.3. Voor de beantwoording van deze vraag heeft het Hof allereerst, voorzover in cassatie van belang, de volgende – in cassatie (terecht) niet bestreden – uitgangspunten geformuleerd.

1. Voor verrekening komen in deze zaak in aanmerking de onverteerde inkomsten en wat daaraan gelijk moet worden gesteld, zulks uitsluitend voorzover genoten in de periode van 15 juli 1983 (de dag waarop het verrekenbeding van kracht is geworden) tot 5 juni 1993 (de dag waarop de gemeenschappelijke huishouding in feite is opgehouden te bestaan).

Bij gebreke van andersluidend beding in de huwelijksvoorwaarden brengt uitleg naar redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van het onderhavige verrekenbeding, voorzover thans van belang, het volgende mee. (r.o. 5.12)

2. Vermeerdering van het vermogen van de man, ontstaan in de relevante periode door belegging van hetgeen uit de inkomsten van de man is bespaard en ongedeeld gebleven, moet in de verrekening worden betrokken. (r.o. 5.13)

3. Het door de man krachtens erfrecht of schenking verkregene valt buiten de verrekening. (r.o. 5.14)

4. De waardeinstijging van vermogensbestanddelen van de man, die geen inkomsten hebben opgeleverd, valt in beginsel ook buiten de verrekening. Dit zal echter anders zijn voorzover zodanige waardeinstijging niettemin als inkomsten behoort te worden gekwalificeerd. Dat geval zal zich voordoen ten aanzien van aandelen van de man, waarop geen winst is uitgekeerd, mits ten eerste blijkt dat uitkeerbare winst naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd, wèl geacht moet worden te zijn gemaakt, en mits bovendien de man in overwegende mate bij machte was te bepalen dat de winst hem rechtstreeks of middellijk ten goede zou komen (vgl. het bepaalde in art. 1:126 leden 2 en 3 BW).

Het Hof is kennelijk ervan uitgegaan dat, wanneer een der echtelieden gedurende de periode waarover verrekend moet worden, aandelen in een besloten vennootschap heeft verworven en de koopprijs daarvan heeft betaald met door hem daarvoor geleend geld, de aandelen in de verrekening moeten worden betrokken naar de mate waarin de financiering van die verwerving gedurende de bedoelde periode ten laste is gekomen van bespaarde en onverdeeld gebleven inkomsten. Aldus oordelend is het Hof uitgegaan van een juiste maatstaf.

In een dergelijk geval zal, indien de lening waarmee de verwerving is gefinancierd niet volledig ten laste is gekomen van bespaarde en onverdeeld gebleven inkomsten, de rechter aan de hand van de beschikbare gegevens dienen te bepalen voor welk gedeelte de aandelen in de verrekening dienen te worden betrokken. Daarbij dienen niet slechts de aflossingen op de hoofdsom van de geldlening, maar ook rente en andere kosten en, indien van belang voor een redelijke toerekening, ook de tijdstippen waarop de verschillende betalingen hebben plaatsgevonden of zullen plaatsvinden, in de beschouwing te worden betrokken. (...)

De woning is door de man vóór het huwelijk verworven, waarbij de koopprijs door hem is voldaan uit een daartoe door hem aangegane geldlening. De omstandigheid dat zowel de woning als de geldschuld deel uitmaakten van zijn vermogen bij de aanvang van het huwelijk, is onvoldoende grond om de vóór het huwelijk geschiede belegging in de woning geheel of gedeeltelijk aan te merken

als een belegging uit tijdens de periode waarover verrekening dient plaats te vinden, bespaarde en onverdeeld gebleven inkomsten op de enkele grond dat uit zulke inkomsten aflossingen op de geldschuld hebben plaatsgevonden.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

in het principale beroep en in het incidentele beroep: verwerpt het beroep.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2001, 583, m.nt. SW (onder nr. 584). Men zie over het arrest eveneens C.A. Kraan, Twee uitspraken van de Hoge Raad: Slot/Ceelen en Vissersbedrijf, *Echtscheidingsbulletin*, april 2001, p. 53-57; M.J.A. van Mourik, *Periodiek verrekenbeding en BV-aandelen*; twee HR-arresten! WPNR 6440 (2001); E.A.L., *Amsterdams verrekenbeding in eindronde, mijlpaal in het huwelijksvermogensrecht? Advocatenblad*, 4 mei 2001, p. 333-337 alsmede in 'De uitleg van de rechtspraak inzake het Amsterdams verrekenbeding' (AVB) in WPNR 6490 (2002).

Commentaar

De voornaamste beslissingen in dit arrest zijn achtereenvolgens:

a. wanneer een goed deels, al dan niet direct, uit inkomen is gefinancierd en deels met ander vermogen dient de waarde van dat goed bij het einde van de verrekenplicht naar de mate waarin de financiering van het goed ten laste is gekomen van inkomen voor verrekening in aanmerking te komen (de zogenaamde evenredigheidsleer; zie art. 1:136 lid 1 BW). b) Bij aandelen in een naamloze of besloten vennootschap moet bezien worden of de aandeelhouder in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winst hem rechtstreeks of middellijk ten goede komt. Indien zulks het geval is zal een waardestijging van die aandelen – voorzover die geen inkomsten hebben opgeleverd – niettemin als inkomen moeten worden gekwalificeerd, mits blijkt dat naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd uitkeerbare winst wél geacht moet worden te zijn gemaakt (vgl. art. 1:141 lid 4 BW). c) Bij de aanvang van het huwelijk reeds aanwezige goederen blijven buiten de verrekening, zelfs al zijn ze door middel van een (hypothecaire) geldlening gefinancierd waarop uit inkomen is afgelost. Uiteraard dienen dan wel de aflossingen uit de overgespaarde inkomsten zelf in de verrekening te worden betrokken, maar een eventuele overwaarde – al dan niet door waardestijging van het goed – blijft buiten de verrekening.

**116**      **Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden**

**116**      **HOGE RAAD**  
2 maart 2001

**Visserijbedrijf**

- Partijen**      A, te T, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
D, te T, verweerder in cassatie,
- Feiten**      Partijen zijn op 31 mei 1974 met elkaar gehuwd met uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen.  
In art. 9 van hun huwelijksvoorwaarden is een zogenaamd Amsterdams verrekbeding opgenomen. Dit beding luidt – voor zover in cassatie van belang – als volgt:  
“Per einde van elk kalenderjaar voegen de echtgenoten bijeen hetgeen van hun inkomen (waaronder begrepen inkomsten uit vermogen) over dat kalenderjaar nog onverdeeld is, zulks ter verdeling tussen hen bij helften ter voeging van deze helften bij hun respectievelijke vermogens.  
(...)”  
Aan dit beding is door partijen gedurende hun huwelijk nooit uitvoering gegeven.  
In 1982 is de man een zeevisserijbedrijf begonnen, aanvankelijk in de vorm van een eenmansbedrijf. Dit bedrijf is medio 1995 geruisloos ingebracht in een besloten vennootschap.  
De samenleving van partijen is geëindigd op 1 april 1996. Thans is de vraag hoe de aandelen in het visserijbedrijf moeten worden gewaardeerd.
- Hoge Raad**      Het Hof heeft geoordeeld dat de redelijkheid en billijkheid mee brengen dat de overgespaarde gelden met de (her)beleggingen daaruit, het hele vermogen dus, voor verdeling in aanmerking komt. Omdat de broodwinning van de man afhankelijk is van het voortbestaan van het bedrijf, brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid evenwel ook mee dat de vrouw uit dezen hoofde niet meer krijgt, naast (vergoeding voor) alle andere activa, dan hetgeen de man met behulp van het bedrijfsvermogen kan financieren zonder het bedrijf buiten staat te stellen een eventuele matige tegenslag in de naaste toekomst te overleven. Met betrekking tot de waarde van de aandelen heeft het Hof een onderzoek van deskundigen bevolen. In zijn eindbeschikking is het Hof in r.o. 2 tot de slotsom gekomen dat de man aan de vrouw dient uit te keren de helft van de waarde van de aandelen, berekend op basis van rentabiliteitswaarde. (...)  
Voor de bepaling van de waarde van incurante aandelen is geen algemeen geldende maatstaf te geven omdat deze afhankelijk is van de bijzondere omstandigheden van het gegeven geval. Voor de beoordeling in cassatie betekent dit dat de maatstaf waarnaar in een gegeven geval de waardebepaling van zodanige aandelen heeft plaatsgevonden, in beginsel als berustende op de keuze en waardering

Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

117

van de feitenrechter niet op juistheid kan worden getoetst. Wel kunnen keuze en toepassing van de gekozen maatstaf in cassatie met motiveringsklachten worden bestreden. (...).

Voor zover het onderdeel voorts erover klaagt dat het Hof bij de waardering van de aandelen ten onrechte betekenis heeft toegekend aan de beslissing van de man dat hij niet voornemens is zijn onderneming te staken, faalt het onderdeel evenzeer. Tegen de achtergrond van het in 3.3 overwogene heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door bij deze waardering betekenis toe te kennen aan voormelde beslissing van de man. Zulks behoeft ook geen nadere motivering dan door het Hof is gegeven.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2001, 584 m.nt. SW. Men zie over het arrest eveneens C.A. Kraan, Twee uitspraken van de Hoge Raad: Slot/Ceelen en Visersbedrijf, *Echtscheidingsbulletin*, april 2001, p. 53-57; M.J.A. van Mourik, *Periodiek verrekenbeding en BV-aandelen; twee HR-arresten!* WPNR 6440 (2001); EAAL, *Amsterdams verrekenbeding in eindronde, mijlpaal in het huwelijksvermogensrecht?* *Advocatenblad* 4 mei 2001, p. 233-237 alsmede in 'De uitleg van de rechtspraak inzake het Amsterdams verrekenbeding (AVB) in WPNR 6490 (2002).

**Commentaar**

Uit dit arrest blijkt dat terzake van de waardering van aandelen geen algemene waarderingsmaatstaf valt te geven. Daaraan moet worden toegevoegd dat bij waardering van aandelen in een situatie dat sprake is van een directeur-grootaandeelhouder die dient af te rekenen bij echtscheiding over de waarde van de aandelen, terwijl hij voor zijn broodwinning afhankelijk is van het voortbestaan van de onderneming van de betrokken vennootschap, het aspect van de continuïteit van die onderneming bij de waardering mede in aanmerking moet worden genomen.

**117** HOGE RAAD  
26 oktober 2001

**Peildatum**

L, te Z, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
M, te Z, verweerster in cassatie,

**Partijen**

Partijen zijn in mei 1972 gehuwd. Zij hebben in hun huwelijksvoorwaarden bepaald dat tussen hen geen gemeenschap van goederen zal bestaan. Voorts heb-

**Feiten**

ben zij in hun huwelijkse voorwaarden een Amsterdams verrekenbeding opgenomen. Aan dit beding is tijdens het huwelijk nooit uitvoering gegeven.

Omstreeks 1975 hebben partijen een woning (verder: de eerste woning) betrokken te Z. Deze woning was tijdens het huwelijk van partijen door de man in eigendom verkregen en de koopprijs was volledig gefinancierd met een door de man gesloten hypothecaire geldlening waarop niet werd afgelost. Aan deze woning zijn verbouwingswerkzaamheden verricht. De kosten daarvan zijn voldaan uit het gezamenlijke inkomen van partijen.

Bij de verkoop van de eerste woning is een overschot gerealiseerd van f 162.000. Dit bedrag is gebruikt voor de koop van een andere woning te Z. (de tweede woning) door partijen gezamenlijk.

Het huwelijk van partijen is op 4 juli 1999 geëindigd door de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van 19 november 1997 in de registers van de burgerlijke stand.

Partijen verschillen van mening over de vraag welke peildatum dient te gelden voor de waardering van de gemeenschappelijke – tweede – woning en voorts over de vraag of de waardeinstijging van de eerste woning geheel aan de man toekomt.

**Hoge Raad**

Weliswaar wordt de rechtsverhouding tussen partijen mede beheerst door hetgeen voortvloeit uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid, doch daaruit volgt niet zonder meer welke peildatum voor de verdeling moet worden aangehouden. Het Hof is terecht ervan uitgegaan dat bij gebreke van overeenstemming over een andere datum, de datum van de feitelijke verdeling als peildatum de meest voor de hand liggende is (...).

5.2. Bij de beoordeling van het middel dient vooreerst in aanmerking genomen te worden dat partijen aan de tussen hen overeengekomen huwelijkse voorwaarden in zoverre nimmer uitvoering hebben gegeven dat zij tijdens hun huwelijk niet jaarlijks de overgespaarde inkomsten hebben verdeeld en dat zij ook niet een zodanige administratie hebben bijgehouden dat deze verdeling in overeenstemming met de strekking van het overeengekomen verrekenbeding nog zou kunnen plaatsvinden. Aan dit een en ander moet, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, mede in verband met de aard van het verrekenbeding, het gevolg worden verbonden dat partijen gehouden zijn de vermogensbestanddelen die zij tijdens hun huwelijk hebben verworven en waarvan niet kan worden vastgesteld dat zij naar de bedoeling van partijen of van een derde zonder enig recht op verrekening behoren tot het vermogen van één van de partijen, alsnog te verdelen alsof deze vermogensbestanddelen aan hen gemeenschappelijk toebehoren. In beginsel en behoudens bewijs van het tegendeel moet in een dergelijk geval immers ervan worden uitgegaan dat partijen deze vermogensbestanddelen hebben verkregen uit of door belegging van overgespaarde inkomsten.

5.3. In het onderhavige geval is voorts van belang dat de eerste echtelijke woning van partijen weliswaar door de man alleen in eigendom is verworven, doch door hem volledig is gefinancierd met een lening waarvan de lasten geheel zijn voldaan uit het gezamenlijk inkomen van partijen. Tenslotte is van belang dat de opbrengst uit de verkoop van deze woning, althans de daaruit verkregen vermogensvermeerdering, volledig is gebruikt voor de financiering van de koopprijs

van een andere woning die partijen gemeenschappelijk hebben verkregen. In het licht van hetgeen hiervoor in 5.2 is overwogen, kan uit deze gang van zaken in beginsel, behoudens omstandigheden die zouden kunnen wijzen op het tegendeel, geen andere conclusie worden getrokken dan dat partijen niet de bedoeling hebben gehad dat de waardevermeerdering van de eerste woning uitsluitend, namelijk zonder dat enige verrekening zou plaatsvinden, ten goede zou komen aan de man, doch dat zij ook met betrekking tot de eerste echtelijke woning ervan zijn uitgegaan dat de uit de opbrengst daarvan verkregen vermogensvermeerdering het resultaat is van voor verdeling als vorenbedoeld in aanmerking komende belegging van overgespaarde inkomsten.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

in principale beroep: verwerpt het beroep;

in het incidentele beroep: vernietigt de beschikking van het Hof te Amsterdam van 27 juli 2000.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2002, 93, m.nt. WMK. Men zie over het arrest eveneens E.A.A. Luijten, *Financiering met andermans geld; een vingerwijzing voor de notariële praktijk bij een merkwaardig arrest*, WPNR 6485 (2002); dezelfde in: 'De uitleg van de rechtspraak inzake het Amsterdams verrekenbeding (AVB)', WPNR 6490 (2002); H.C.F. Schoordijk, *Het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2001 (RvdW 2001, 165) en zijn gevolgen voor het huwelijksvoorwaardenrecht van de toekomst*, WPNR 6479 (2002); A.L.G.A. Stille, *Advocatenblad* 2002, nr. 2.

Commentaar

Auteurs als Kleijn en Luijten hebben kritiek op het arrest omdat de Hoge Raad hier niet de evenredigheidsleer uit het Aannemersbedrijfarrest (HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 583) en arti. 1:136 lid 1 BW toepast maar de waarde van de tweede woning bij helfte laat verrekenen tussen partijen op grond van de veronderstelde bedoeling van partijen, zoals die zou blijken uit de verkrijging van de tweede woning door hen beiden. Op grond van de evenredigheidsleer zou de vrouw slechts recht hebben gehad op een bescheiden deel van de waarde van de tweede woning, corresponderende met de mate waarin deze tweede woning en de vorige eerste woning (inclusief verbouwingskosten) was gefinancierd uit gedurende het huwelijk, nooit verrekend, inkomen. Een auteur als Schoordijk die reeds lang reallocatie van vermogen na het einde van het huwelijk door echtscheiding op grond van de redelijkheid en billijkheid bepleit, juicht de beslissing van de Hoge Raad juist toe.

**118** HOGE RAAD  
18 juni 2004

**Gedrag der echtgenoten**

**Partijen** K. te N., eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
R. te V., verweerder in cassatie.

**Feiten** De man en de vrouw zijn op 28 november 1963 met elkaar gehuwd zonder het maken van huwelijkse voorwaarden. Op 6 augustus 1976 hebben zij alsnog huwelijkse voorwaarden gemaakt, houdende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen, met dien verstande dat ingevolge de art. 2 en 3 van de huwelijkse voorwaarden – kort gezegd – een Amsterdams verrekenbeding tussen hen gold. Bij de scheiding en deling zijn aan de vrouw vrijwel alle activa toegedeeld, waaronder de echtelijke woning (maar ook de op deze woning nog rustende hypothecaire schuld) en een ander woonhuis. De man kreeg wegens onderbedeling een rentedragende vordering op de vrouw. Tijdens het huwelijk heeft de vrouw het andere woonhuis verkocht en geleverd aan een derde. De opbrengst daarvan is op een gemeenschappelijke rekening gestort, waaruit onder meer betalingen zijn gedaan ten behoeve van de verbouwing van de echtelijke woning en ook andere gemeenschappelijke uitgaven zijn gedaan. Partijen hebben voorts in 1994 een nieuwe hypothecaire geldlening afgesloten; het bedrag van de lening is na aftrek van kosten en aflossing van de oude hypothecaire schuld op de echtelijke woning, gestort op een gemeenschappelijke bankrekening. Partijen hebben tijdens hun huwelijk nooit een staat van afrekening opgemaakt zoals bedoeld in art. 3 van de huwelijkse voorwaarden. Tijdens het huwelijk had de man inkomsten uit een eigen bedrijf. De vrouw had geen inkomsten. Het huwelijk eindigde op 6 mei 1998 door echtscheiding. De meeste activa stonden toen op naam van de vrouw.

**Hoge Raad** 4.2. Voor zover het Hof heeft overwogen dat de bedoeling van partijen niet kan afdoen aan de akte van huwelijkse voorwaarden, moet zijn arrest klaarblijkelijk aldus worden verstaan dat de gemeenschappelijke bedoeling van partijen hun vermogensrechtelijke verhouding in hun onderlinge relatie ongewijzigd te laten, alsof zij nog steeds in gemeenschap van goederen waren gehuwd, de tussen hen overeengekomen huwelijkse voorwaarden niet kan vervangen. Voor zover het middel tegen deze aldus opgevatte beslissing is gericht, kan het geen doel treffen. Een gemeenschappelijke partijbedoeling als hier aan de orde, die een stilzwijgend gesloten overeenkomst tussen echtgenoten inhoudt waarbij dezen de vermogensrechtelijke betrekkingen die tussen hen als echtgenoten zullen bestaan, regelen in afwijking van hetgeen tussen hen zonder die overeenkomst zou gelden, dient immers ook zelf te worden aangemerkt als huwelijkse voorwaarde in de zin van art.1:114 BW. Krachtens art.1:115 BW moeten huwelijkse voorwaarden op straffe



van nietigheid bij notariële akte worden aangegaan. Deze notariële tussenkomst strekt mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijksvoorwaarden (vgl. HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524); daarom kan van conversie in een enkel tussen partijen geldende regeling geen sprake zijn (HR 2 mei 1986, *NJ* 1987, 353). In dit licht heeft het Hof terecht beslist zoals het heeft gedaan en kunnen ook de tegen deze beslissing gerichte motiveringsklachten niet tot cassatie leiden.

In dit verband valt overigens nog op te merken dat partijen wél rechtsgeldig in hun huwelijksvoorwaarden kunnen overeenkomen dat bij ontbinding van het huwelijk zal worden afgerekend alsof tussen hen een algehele of gedeeltelijke gemeenschap bestond; een zodanige overeenkomst kan ook rechtsgeldig worden gesloten in een echtscheidingsconvenant.

4.3. Voor zover het middel opkomt tegen 's hofs overweging dat ook de eisen van redelijkheid en billijkheid niet kunnen afdoen aan de tussen partijen overeengekomen huwelijksvoorwaarden, treft het evenwel doel, omdat het Hof met dit oordeel heeft miskend dat een krachtens een overeenkomst van huwelijksvoorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vgl. onder meer HR 25 november 1988, *NJ* 1989, 529 en HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 88). Daarbij verdient aantekening dat bij de beantwoording van de vraag of bij de afrekening tussen voormalige echtelieden na ontbinding van het huwelijk op grond van redelijkheid en billijkheid dient te worden afgeweken van de huwelijksvoorwaarden, zeer wel belang kan worden gehecht aan onderling overeenstemmend gedrag tijdens het huwelijk, ook als dat gedrag afweek van de huwelijksvoorwaarden.

#### *Beslissing*

De Hoge Raad:

in het incidentele beroep:

vernietigt het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 25 september 2002; verwijst het geding naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; (...)

De hoofdregel van dit arrest is enerzijds dat de gemeenschappelijke bedoeling van partijen de tussen hen overeengekomen huwelijksvoorwaarden niet kan vervangen. Anderzijds kan het gemeenschappelijke gedrag van partijen wel van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of een krachtens huwelijksvoorwaarden tussen partijen geldende regel niet toepasselijk is omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2004, 399 alsmede in *JBN* 2004, nr. 56 en in *FJR* 2004, p. 280.

**Commentaar**

**119** HOGE RAAD  
1 oktober 2004

**Natuurlijke verbintenis**

**Partijen** B. te Z. eiser tot cassatie,  
*tegen*  
S. te O., verweerster in cassatie.

**Feiten** Partijen zijn op 31 juli 1971 buiten gemeenschap van goederen gehuwd. Op 10 augustus 1998 is het huwelijk ontbonden door echtscheiding. Op 3 april 1980 heeft de man gekocht en overgedragen gekregen een perceel bouwterrein aan de J. te W., gemeente B., voor een bedrag van f 200.000,-. Op 25 april 1980 heeft de man de onverdeelde helft van dit perceel overgedragen aan de vrouw voor een koopprijs groot f 100.000,- waarvoor in de akte kwijting werd verleend. Op dit perceel grond is een huis met kantoorruimte gebouwd. Het huis is de echtelijke woning van partijen geweest (en wordt hierna ook aangeduid als de (gemeenschappelijke) onroerende zaak).

Op 1 juli 1999 is deze onroerende zaak verkocht en geleverd aan een derde voor een verkoopprijs van f 1.400.721,50.

Uit deze verkoopopbrengst is onder meer voldaan de schuld waarvoor een eerste hypotheek op de onroerende zaak was verleend ten bedrage van f 293.503,62.

Het netto saldo van de opbrengst van de gemeenschappelijke onroerende zaak bedroeg derhalve f 1.107.217,88. De vrouw stelt bij de afwikkeling van de echtscheiding als mede-eigenares voor de helft van laatstgenoemd bedrag daarin gerechtigd te zijn.

De man is het daarmee niet eens. Hij stelt dat de vrouw voor de verkrijging van de onverdeelde helft van de onroerende zaak en aan de bouwkosten nooit iets heeft bijgedragen. De vrouw brengt daartegenin dat de man door de overdracht van de onverdeelde elft van de bouwgrond en de volgdoening van de bouwkosten jegens haar voldaan heeft aan de op hem rustende natuurlijke verbintenis om ook de vrouw in staat te stellen gedurende het huwelijk vermogen op te bouwen.

**Hoge Raad** Het onderdeel strekt – blijkens de toelichting – ten betoge dat zich de situatie kan voordoen dat naar objectieve maatstaven sprake is van het bestaan van een natuurlijke verbintenis, doch dat niettemin het verrichten van een bepaalde prestatie niet als het voldoen aan de natuurlijke verbintenis is te beschouwen.

Naar het onderdeel, aldus gelezen, terecht betoogt, is – in uitzonderlijke situaties – niet uitgesloten dat partijen de objectieve aanwijzing dat sprake is van voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen doorbreken, bijvoorbeeld door ten tijde van het verrichten van de prestatie overeen te komen dat later ter zake van de prestatie zal worden betaald. Ook de omstandigheid dat partijen een gescheiden boekhouding voeren, kan bijdragen aan het oordeel dat van het voldoen aan een natuurlijke geen sprake is. Het Hof heeft dit een en ander evenwel niet miskend. (...)

Bij de beoordeling van de klacht wordt vooropgesteld dat de Hoge Raad in zijn arrest van 15 september 1995, *NJ* 1996, 616, heeft overwogen dat bij beantwoording van de vraag of een natuurlijke verbintenis moet worden aangenomen, mede acht moet worden geslagen op de omstandigheden van het geval, waaronder de wederzijdse welstand en behoefte van partijen.

Het Hof heeft dit een en ander niet miskend, in aanmerking genomen dat het Hof in de hiervoor weergegeven r.o. 4.4-4.6 de wederzijdse vermogensposities onder ogen heeft gezien en met betrekking tot de vrouw heeft geoordeeld dat zij behoeftig was nu

- a. zij haar betaalde dienstbetrekking had beëindigd;
- b. zij in het bedrijf van de man was gaan werken;
- c. zij twee kinderen had te verzorgen;
- d. niet is gebleken dat zij over een aanzienlijk vermogen beschikte dat zij na het einde van het huwelijk geheel of in belangrijke mate in haar levensonderhoud kon voorzien; en
- e. zij ten tijde van de aankoop van de grond en van het bouwen van de woning niet over voldoende middelen beschikte. De klacht faalt dus (...).

Bij de beoordeling van deze klacht moet worden vooropgesteld dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van voldoening aan een natuurlijke verbintenis, bepalend is de situatie op het moment van het verrichten van de prestatie en dat niet van belang is hoe partijen er later financieel blijken voor te staan (HR 17 oktober 1997, nr. 1641, *NJ* 1998, 692).

*Beslissing*

De Hoge Raad: verwerpt het principale beroep; (...)

Hoofddregels die volgen uit dit arrest zijn:

- a. voor de beantwoording van de vraag of sprake is van de voldoening van een natuurlijke verbintenis is beslissend de situatie op het moment van het verrichten van de prestatie.
- b. In uitzonderlijke situaties is niet uitgesloten dat partijen de objectieve aanwijzing dat sprake is van voldoening aan een natuurlijke verbintenis kunnen doorbreken. Daarbij valt te denken aan het geval dat ten tijde van het verrichten van de prestatie wordt overeengekomen dat later ter zake van de prestatie door de ander zal worden betaald. Ook het voeren van een gescheiden boekhouding kan bijdragen aan het oordeel dat van het voldoen aan een natuurlijke verbintenis geen sprake is.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2005, 1, m.nt. WMK. en in *JBN* 2004, nr. 68.

Commentaar

- Partijen** (De man), eiser tot cassatie,  
*tegen*  
(De vrouw), verweerster in cassatie
- Feiten** Op 24 augustus 1972 zijn eiser (de man) en verweerster (de vrouw) in gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd.  
Op 18 april 1986 is voor de notaris een akte gepasseerd waarbij de man en de vrouw verklaarden dat zij met het oog op het toekomstig beroep van de man als notaris huwelijkse voorwaarden wensten te maken, zodanig dat tussen hen geen enkele gemeenschap van goederen zou bestaan en dat zij voorafgaande daaraan de tot dat moment bestaande algehele gemeenschap van goederen wensten te scheiden naar de toestand per 1 februari 1986. De man die sinds 1973 als kandidaat-notaris op het kantoor van de notaris werkzaam was en die dit kantoor in augustus 1986 heeft overgenomen, heeft de tekst van de akte, zoals die is gepasseerd, opgesteld.  
Op 16 mei 1997 is het huwelijk van de man en de vrouw ontbonden door inschrijving van de tussen hen gegeven echtscheidingsbeschikking van 5 maart 1997 in de registers van de burgerlijke stand.  
Verweerster heeft aan haar hiervoor vermelde vordering ten grondslag gelegd dat de man haar heeft bewogen tot de opheffing van de huwelijksgemeenschap door huwelijkse voorwaarden overeen te komen, zonder haar te informeren over de inhoud en gevolgen van de (akte van) huwelijkse voorwaarden en dat zij de akte heeft ondertekend omdat zij blind vertrouwde op de man en op zijn integriteit (zowel in zijn hoedanigheid van echtgenoot als in die van kandidaat-notaris en toekomstig notaris). Voorts stelde zij dat zij voorafgaand aan 18 april 1986 niet door de man is geïnformeerd over de inhoud en gevolgen van de huwelijkse voorwaarden, noch een conceptakte heeft ontvangen; evenmin heeft de notaris haar, ten tijde van het passeren van de akte, geïnformeerd over de inhoud en gevolgen van de akte van huwelijkse voorwaarden.  
De Rechtbank heeft de vordering voorzover deze is gegrond op dwaling toewijsbaar geacht, en heeft de rechtshandeling waarbij de huwelijksgemeenschap tussen partijen op 18 april 1986 werd opgeheven, vernietigd, met veroordeling van de man in de gedingkosten. Het Hof heeft vonnis bekrachtigd en de kosten van het geding in hoger beroep aldus gecompenseerd dat ieder partij de eigen kosten draagt.
- Hoge Raad** 4.3.2. Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt vooropgesteld dat het Hof in r.o. 6, kennelijk in reactie op de vijfde grief, die op de verdeling van de bewijslast betrekking had, heeft overwogen “dat in het onderhavige geval een redelijke

bewijslastverdeling met zich medebrengt dat de man had dienen te bewijzen dat de vrouw de strekking en de gevolgen van de akte van huwelijksvoorwaarden kon overzien". Daarmee heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat weliswaar volgens de hoofdregel van art. 150 Rv in verbinding met art. 6:228 lid 1 BW de bewijslast met betrekking tot de feiten die een beroep op dwaling kunnen opleveren, rust op degene die zich op dwaling beroept, maar dat in het onderhavige geval uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Aldus heeft het Hof, met toepassing van het bepaalde in de slotzin van art. 150 Rv, in afwijking van de hoofdregel de bewijslast niet op (verweerster) gelegd, maar op (eiser). Deze beslissing geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot deze op de eisen van redelijkheid en billijkheid gegronde uitzonderingsbepaling en evenmin van de bij de toepassing daarvan in het algemeen te betrachten terughoudendheid. Het Hof heeft voorts met zijn verwijzing naar r.o. 4 toereikend gemotiveerd vastgesteld welke omstandigheden tot dit oordeel hebben geleid en voldoende inzicht gegeven in de gedachtegang die het daarbij heeft gevolgd. In de hiervoor in 4.1.2 geschetste gedachtegang van het Hof was immers sprake van een uitzonderlijke situatie waarin (eiser) in strijd met het vertrouwen dat (verweerster) in hem als echtgenoot (in een goede huwelijksrelatie) en als notarieel jurist in een vertrouwensfunctie mocht stellen, hoogst onzorgvuldig heeft gehandeld doordat hij heeft verzuimd haar goed en onpartijdig omtrent de vermogensrechtelijke gevolgen van de akte voor te lichten. Daarom is ook niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering dat het Hof aan de uitzonderingsbepaling toepassing heeft gegeven.

#### *Beslissing*

De Hoge Raad:

in het principale beroep en in het incidentele beroep: verwerpt het beroep; (...)

Het arrest laat een fraaie wijze zien dat – gelet op het bepaalde in art. 6:216 juncto 6:228 BW – ook de overeenkomst van huwelijksvoorwaarden vernietigbaar is op grond van dwaling.

Daarbij valt op dat de bewijslast in casu wordt omgekeerd op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid (zie art. 150 Rv). Het was niet de vrouw die moest bewijzen dat er sprake was van dwaling, maar de man moest bij wijze van uitzondering bewijzen dat de vrouw de strekking en gevolgen van de huwelijksvoorwaarden kon overzien.

Het arrest is gepubliceerd in AA 2006, p. 46-51, m.nt. AJMN.

**Commentaar**

121 **Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden**

**121** **HOGE RAAD**  
27 januari 2006  
**Schwanen/Hundscheid II**

- Partijen** De vrouw, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
De man, verweerder in cassatie.
- Feiten** Partijen zijn op 14 december 1972 met elkaar gehuwd. Bij notariële akte, verleden op 11 december 1972, zijn zij ter zake van hun voorgenomen huwelijk huwelijkse voorwaarden aangegaan, die, voor zover in cassatie van belang het volgende inhouden.
- ‘Artikel 1:  
Tussen de echtgenoten bestaat geen enkele gemeenschap van goederen; zowel de wettelijke gemeenschap van goederen als die van winst en verlies en die van vruchten en inkomsten worden uitdrukkelijk uitgesloten.
- Artikel 2:  
De kosten der huishouding (...) zullen door de echtgenoten in verhouding tot ieders zuivere inkomsten worden betaald en gedragen (...).
- (...)
- Artikel 3:  
Zolang de gemeenschappelijke huishouding bestaat, voegen de echtgenoten binnen zes maanden na het einde van elk kalenderjaar ter verdeling bij helfte bijeen hetgeen van hun inkomsten over dat jaar onverteerd is en hetgeen uit hun inkomsten over dat jaar door belegging is verkregen.’
- Op 12 februari 1973 is aan de man een woning te H. geleverd die tot echtelijke woning diende. De koopsom werd geheel met een hypothecaire geldlening gefinancierd. De hypotheek werd in de loop der jaren enige malen verhoogd tot maximaal f 111.100,-. De man heeft bij verzoekschrift van 3 december 1993 een echtscheidingsprocedure aanhangig gemaakt die in augustus 1994 tot stand kwam. Beide partijen hadden gedurende het huwelijk inkomsten uit arbeid, maar zij zijn nooit tot verrekening van het onverteerde inkomen krachtens de huwelijkse voorwaarden overgegaan. Ten tijde van de echtscheiding bedroeg de waarde van de woning f 332.500,-. De hypotheekschuld bedroeg toen f 64.807,76. Op de (hypotheek)schuld is in de loop der jaren uit inkomen afgelost. In het onderhavige arrest gaat het met name om de vraag welk gedeelte van de eindwaarde van de woning als te verrekenen belegging van inkomsten aan de vrouw toekomt.
- Hoge Raad** 3.3. Na in rov. 4.4 te hebben overwogen dat tussen partijen vaststaat dat de financiering van de woning, in de periode waarover verrekend dient te worden, geheel

ten laste van bespaarde en onverdeeld gebleven inkomsten is gekomen en dat zij het erover eens zijn dat alleen de, naar de onbestreden vaststelling van de recht-bank f 41.970,- belopende, aflossing op de hypothecaire lening (en niet – ook – de op de lening betaalde rente) als overgespaard inkomen dient te worden aangemerkt, heeft het hof het te verrekenen bedrag in rov. 4.5 als volgt begroot. Op de hypothecaire lening, die maximaal f 111.100,- heeft belopen, is in totaal f 41.970,- afgelost. De waarde van de woning bedroeg op de peildatum f 332.500,-. Van dit bedrag dient een gedeelte dat wordt gevormd door de breuk 41970/111100, ofwel f 125.607,76 in de verrekening te worden betrokken. Van dit bedrag komt in beginsel de helft, zijnde f 62.803,88, aan de vrouw toe.

3.6.2. Zoals aan het slot van 3.2 vermeld, diende het hof alsnog op de voet van rov. 4.1.2 van het arrest van 2 maart 2001 te begroten voor welk gedeelte de woning in de verrekening diende te worden betrokken. Dat arrest betreft het geval dat een der echtelieden gedurende de periode waarover verrekend moet worden aandelen in een besloten vennootschap heeft verworven en de koopprijs heeft betaald met door hem daarvoor geleend geld. Voor dat geval is toen geoordeeld dat de rechter, indien de lening waarmee de verwerving is gefinancierd niet volledig ten laste is gekomen van bespaarde en onverdeeld gebleven inkomsten, aan de hand van de beschikbare gegevens zal dienen te begroten voor welk gedeelte de aandelen in de verrekening moeten worden betrokken. 'Daarbij dienen niet slechts de aflossingen op de hoofdsom van de geldlening, maar ook rente en andere kosten en, indien van belang voor een redelijke toerekening, ook de tijdstippen waarop de verschillende betalingen hebben plaatsgevonden of zullen plaatsvinden, in de beschouwing te worden betrokken.'

3.6.3. Het gestelde in de tussen aanhalingstekens geplaatste zin is in het onderhavige geval echter niet onverkort van toepassing. Het gaat hier immers niet om verrekening betreffende tijdens het huwelijk met geleend geld verworven aandelen maar betreffende de tijdens het huwelijk met geleend geld verworven echtelijke woning. In een dergelijk geval zijn, zoals de man in de procedure na verwijzing ook heeft betoogd, de rentebetalingen kosten der huishouding in de zin van art. 1:84 lid 1 BW en komen de desbetreffende bedragen dus niet als onverteerd inkomen voor verrekening in aanmerking. De onderdelen 2.1 en 2.2 kunnen derhalve bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

#### *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 10 augustus 2004 voor zover de man daarbij werd veroordeeld tot betaling van € 15.745,- aan de vrouw en, opnieuw rechtdoende:

veroordeelt de man tot betaling aan de vrouw van € 31.433,96, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na heden.

De belangrijkste beslissingen van de Hoge Raad in dit arrest zijn de navolgende. Allereerst beslist de Hoge Raad dat rentebetalingen ten aanzien van hypothecaire geldleningen gezien moeten worden als kosten der huishouding in de zin van art. 1:84 BW. Zij komen daarom niet als onverteerd inkomen voor verrekening in aanmerking. Voorts is van belang dat de Hoge Raad in casu

**Commentaar**

122

Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

besliste dat aan de vrouw toekwam een gedeelte van de eindwaarde van de woning berekend volgens een breuk waarvan de teller wordt gevormd door het afgeloste deel van de hypothecaire geldlening en de noemer door het (totaal)bedrag van de hypothecaire geldlening.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2008, 564, m.nt. L.C.A. Verstappen en besproken door L.C.A. Verstappen in WPNR 6708 (2007).

122

HOGE RAAD

6 oktober 2006

**Inkomsten uit arbeid**

**Partijen** De vrouw, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
De man, verweerder in cassatie.

**Feiten** Partijen zijn op 7 juni 1985 buiten iedere gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd.  
De notariële akte van 6 juni 1985, waarin de huwelijkse voorwaarden zijn neergelegd, bevat onder meer de navolgende bepalingen:

‘Artikel vijf.

De kosten van de huishouding en die van verzorging en opvoeding van de uit het huwelijk geboren kinderen, de kosten van aankoop van meubelen, andere voor gemeenschappelijk gebruik bestemde zaken, kleren, lijfstoebehoren en dergelijke, alsmede de uitgaven terzake van gebruikelijke verzekeringen, gezamenlijke vakanties, huurtermijnen aangaande de huur van de echtelijke woning, alsmede alle dagelijkse uitgaven, welke passen in het leefpatroon van partijen, zullen uit de inkomsten uit arbeid van de echtgenoten worden betaald, zonder dat dit tot enige onderlinge verrekening aanleiding zal geven.

Overtreffen die kosten in enig jaar de gezamenlijke inkomsten dan zal het meerdere uit de vermogens van de echtgenoten worden betaald, zo mogelijk door ieder van hen voor de helft. Ook te dezer zake zal nimmer enige verrekening plaats hebben. (...)

Onder inkomsten uit arbeid worden begrepen de uitkeringen, welke geacht moeten worden in de plaats te treden van inkomsten uit arbeid, zoals sociale uitkeringen en pensioenen.

Artikel zes.

Indien in de loop van enig kalenderjaar blijkt dat een gedeelte van de inkomsten uit arbeid der echtgenoten of een hunner, genoten in het onmiddellijk daaraan voorafgegane kalenderjaar niet werd aangewend tot bestrijding van de in artikel vijf bedoelde kosten, dan zal binnen drie maanden nadat dit is gebleken, het aldus overgespaarde bedrag tussen de echtgenoten bij helfte worden gedeeld.



De echtgenoten zijn verplicht elkander desverlangd volledige gegevens te verschaffen omtrent de genoten inkomsten en de daaruit betaalde kosten en belastingen. (...)'

Partijen hebben tijdens het huwelijk geen uitvoering gegeven aan het in artikel zes neergelegde periodieke verrekenbeding.

Toen partijen in het huwelijk traden was de man reeds directeur en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap (BV).

Het huwelijk is op 7 oktober 2004 ontbonden door inschrijving in de registers van de burgerlijke stand van de beschikking van de rechtbank van 22 juni 2004.

Bij haar verzoekschrift heeft de vrouw onder meer verzocht te bepalen dat de man haar in verband met de afwikkeling op grond van de huwelijkse voorwaarden f. 10.000.000,- zal betalen. De rechtbank heeft dit verzoek bij beschikking van 28 december 2004 afgewezen. In hoger beroep verzocht de vrouw primair te bepalen dat (de waarde van) alle vermogensbestanddelen van partijen op de peildatum (de dag van indiening van het echtscheidingsverzoek) 22 november 2002, daaronder begrepen het door de man in zijn vennootschappen opgebouwde vermogen en de niet uitgekeerde winsten van deze ondernemingen, in aanmerking moeten worden genomen bij de verrekenplicht van de man. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank van 28 december 2004 evenwel bekrachtigd.

Het gaat in deze zaak om de uitleg van het hiervoor vermelde periodieke verrekenbeding, en in het bijzonder om de vraag of het in dit beding voorkomende begrip 'inkomsten uit arbeid' mede omvat de uitgekeerde en niet uitgekeerde winsten die zijn behaald in de vennootschappen van de man.

3.4. Bij de beoordeling van het middel wordt vooropgesteld dat daarin terecht niet wordt bestreden dat voor de beoordeling van het geschil – naar ook het hof in navolging van de rechtbank kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen – de uitleg van het verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden dient te geschieden aan de hand van het Haviltex-criterium. Dit uitgangspunt geldt onverminderd na de inwerkingtreding op 1 september 2002 van de Wet regels verrekenbedingen (wet van 14 maart 2002, Stb. 152). De in de art. 1:132 tot en met 1:143 BW neergelegde regeling is van toepassing op huwelijkse voorwaarden die een of meer verplichtingen inhouden tot verrekening van inkomsten of van vermogen, maar houdt geen bepalingen in aan de hand waarvan kan worden vastgesteld wat onder 'inkomsten' moet worden verstaan die voor verrekening in aanmerking zouden kunnen komen. De omschrijving van hetgeen voor verrekening in aanmerking kan komen, is blijkens de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.3 vermelde gegevens uit de wetsgeschiedenis bewust overgelaten aan partijen, in samenspraak met de notaris.

Hoge Raad

3.5.1. De onderdelen 1.3.1 en 1.3.2 (de onderdelen 1.1 – 1.3 vormen slechts een inleiding) klagen over het oordeel van het hof dat de vrouw niet op grond van art. 1:141 lid 4 BW aanspraak kan maken op de in de vennootschappen opgebouwde winsten. De onderdelen falen. Lid 4 van art. 1:141 BW ziet op gevallen waarin een verrekenbeding is overeengekomen dat ook ondernemingswinsten omvat en bepaalt dat in die gevallen onder omstandigheden niet uitgekeerde winsten van een onderneming die niet op naam van de tot verrekening gehou-

123

Huwelijksvermogensrecht – Huwelijksvoorwaarden

den echtgenoot wordt uitgeoefend toch moeten worden verrekend. Het artikellid brengt, anders dan onderdeel 1.3.2 blijkbaar tot uitgangspunt neemt, niet mee dat een verrekenbeding dat een echtgenoot verrekenplichtig doet zijn ten aanzien van het salaris dat hij van

een B.V. ontvangt waarover hij zelf zeggenschap heeft, ook ondernemingswinsten geacht moet worden te omvatten, en evenmin dat het begrip ‘inkomsten uit arbeid’ in een verrekenbeding ondernemingswinsten omvat tenzij zulks uitdrukkelijk zou zijn uitgesloten. Voorzover de onderdelen veronderstellen dat het hof heeft geoordeeld dat een beding tot verrekening van ondernemingswinsten nooit impliciet zou kunnen worden overeengekomen, berust het op een onjuiste lezing van de beschikking. Het hof heeft dat niet uitgesloten geacht, maar aan de hand van uitleg van het beding geoordeeld dat verrekening van ondernemingswinsten in dit geval niet, ook niet impliciet, is overeengekomen.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

**Commentaar**

De uitleg van een verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden moet plaatsvinden aan de hand van het Haviltex-criterium. In de artikelen 1:132-1:145 BW wordt geen omschrijving gegeven van hetgeen onder ‘inkomsten’ moet worden verstaan. Artikel 1:141 lid 4 BW ziet op gevallen waarin een verrekenbeding is overeengekomen dat ook ondernemingswinsten omvat. Dat artikellid leidt er niet toe dat een verrekenplicht in beginsel ook niet-uitgekeerde ondernemingswinsten zou omvatten indien die plicht zich volgens de huwelijkse voorwaarden slechts uitstrekt tot ‘inkomsten uit arbeid’.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2008, 565 m.nt. L.C.A. Verstappen.

123

HOGE RAAD

1 februari 2008

Pseudo-gemeenschap

**Partijen**

De vrouw, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
De man, verweerder in cassatie.

**Feiten**

De man is in 1988 eigenaar geworden van een premiewoning (hierna ook: de eerste woning). De aankoop van deze woning heeft de man volledig gefinancierd door middel van een hypothecaire geldlening van f 137.000,-. Voor de inrichting van de woning heeft de man zijn spaargeld aangewend.

Vanaf de aankoop daarvan in 1988 hebben partijen de eerste woning samen bewoond. Zij hebben de op die woning betrekking hebbende hypothecaire lasten, voor en na hun huwelijk, betaald van een gemeenschappelijke rekening.

Partijen zijn in 1991 onder huwelijkse voorwaarden met elkaar gehuwd.

Art. 15, eerste lid, onder b, van deze voorwaarden luidt:

‘Ingeval het huwelijk wordt ontbonden door echtscheiding of tussen de echtgenoten scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken, heeft ieder van de echtgenoten eveneens het recht om te vorderen dat er een verrekening plaatsvindt, zo, dat ieder van de echtgenoten gerechtigd is tot een waarde gelijk aan die, waartoe hij gerechtigd zou zijn geweest indien er de algehele gemeenschap van goederen tussen hen had bestaan, met uitzondering echter van:

- alle aanbrengsten ten huwelijk;
- alle zaken die door de echtgenoten krachtens erfstelling, legaat of schenking zijn of zullen worden verkregen, en de op die verkrijgingen drukkende schulden, de wegens die verkrijgingen geheven belastingen als successie-, schenkings- en overgangsrecht daaronder begrepen, met dien verstande, dat de inkomsten uit die zaken en de renten van die schulden, alsmede de kosten en lasten die uit inkomsten plegen te worden voldaan, wel in de berekening zullen worden betrokken.’

De eerste woning is op 1 augustus 1996 verkocht voor f 210.000,-. Na aflossing van de op die woning rustende hypothecaire geldlening tot een resterend bedrag van f 102.508,75 en betaling van de overige met de verkoop verband houdende kosten, resteerde een opbrengst van f 117.972,32 (€ 53.533,50).

De hiervoor genoemde, na verkoop van de eerste woning resterende, opbrengst is aangewend voor betaling van een deel van de koopprijs van de in 1996 door beide partijen gezamenlijk gekochte en op beider naam gestelde woning (hierna: de tweede woning).

Inmiddels is tussen partijen de echtscheiding uitgesproken en op 2 september 2005 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Tussen partijen is in geschil of de eerste woning een aanbrengst van de man ten huwelijk is en of uit dien hoofde de waarde daarvan, in het bijzonder de voor de aankoop van de tweede woning bestede opbrengst daarvan, buiten de verrekening ingevolge het hiervoor geciteerde art. 15 van de huwelijkse voorwaarden moet blijven.

3.4. Opmerking verdient hierbij dat het in onderdeel 1.1 en in de toelichting op de onderdelen 1.1 en 1.2 genoemde art. 1:141 lid 3 BW in de beslissing van het hof, terecht, geen rol speelt. Het hof heeft zich, blijkens rov. 4.10, slechts bezighouden met de vraag wat verrekening volgens het in de huwelijkse voorwaarden opgenomen finale verrekenbeding meebrengt. Dat beding voorziet in een zodanige finale verrekening dat elk van de echtgenoten een waarde krijgt gelijk aan die waartoe hij gerechtigd zou zijn geweest indien er een algehele gemeenschap van goederen zou hebben bestaan, met uitzondering van, onder meer, de aanbrengsten. De door het hof bedoelde vergoeding aan de man heeft het hof kennelijk gezien als vergoeding op de voet van art. 1:95 lid 2 (reprise), verminderd met een door de man aan de pseudo-gemeenschap verschuldigde vergoeding op de voet van art. 1:96 lid 2 BW (récompense). Het hof heeft geen oordeel gegeven, en hoefde ook geen oordeel te geven, met betrekking tot de kwestie in hoeverre sprake is van overgespaarde inkomsten.

Hoge Raad

3.5. De onderdelen 2.1 en 2.2 betogen dat het hof in rov. 4.13 heeft miskend dat de vrouw naar rato van de gedane aflossingen moet meedelen in de waarde-stijging van de echtelijke woning, waarmee bedoeld wordt, naar de Hoge Raad begrijpt, de eerste woning. De onderdelen steunen blijkens nr. 2.6 van de toelich-ting op de opvatting dat tijdens het huwelijk met aanwending van overgespaarde inkomsten verrichte aflossingen op een schuld van een der echtgenoten die door hem voor de huwelijksluiting is aangegaan ten behoeve van de aanschaf van een door hem ten huwelijk aangebrachte zaak, meebrengen dat de waarde van die zaak naar rato van die aflossingen tot het ingevolge een verrekenbeding te ver-rekenen vermogen gaat behoren. Het gaat in deze zaak evenwel slechts om de gevolgen van een finaal verrekenbeding dat voorziet in een verrekening op basis van een pseudo-gemeenschap van goederen, waarbij ter bepaling van het te ver-rekenen vermogen een andere benadering geboden is dan die van art. 1:141 lid 3 BW. Ook deze onderdelen en de corresponderende motiveringsklacht in de toe-lichting daarop missen dan ook doel.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

**Commentaar**

De voornaamste beslissing van de Hoge Raad in deze zaak is dat bij een finaal verrekenbeding dat voorziet in een afrekening als waren partijen in de wette-lijke gemeenschap van goederen gehuwd met uitzondering van, onder meer, de aanbrengrsten art. 1:143 lid 3 BW geen rol speelt. De vergoeding aan de man terzake van de netto opbrengst van het aangebrachte woonhuis (eerste woning) had het hof terecht gezien als vergoeding op grond van art. 1:95 lid 2 BW (reprise), verminderd met een door de man aan de pseudo-gemeenschap verschuldigde vergoeding op grond van art. 1:96 lid 2 BW (récompensé), te weten in casu de helft van de op de hypotheekschuld gedane aflossingen. Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2008, 566 m.nt. L.C.A. Verstappen, en bespro-ken in WPNR 2008/6745 door A.J.M. Nuytinck.

124

HOGE RAAD  
25 april 2008

**Man vrouw maatschap**

**Partijen**

De man, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
De vrouw, verweerster in cassatie.

**Feiten**

Partijen zijn op 27 juni 1990 met elkaar gehuwd op huwelijkse voorwaarden, inhoudende dat tussen hen geen andere gemeenschap van goederen zal bestaan dan die van inboedel. Iedere andere gemeenschap van goederen werd uitdrukke-lijk uitgesloten.

De huwelijkse voorwaarden bepalen in art. 5 dat de kosten van het gemeenschappelijk huishouden conform de wet ten laste van de man en de vrouw komen, en bevatten in art. 6 een verrekenbeding inhoudende dat 'de echtgenoten per het einde van elk jaar ter verdeling bij helfte bijeenvoegen hetgeen van hun inkomens over dat jaar onverteerd is.'

Een verdeling van de onverteerde inkomsten heeft nimmer plaatsgevonden.

Op 7 juni 2001 hebben partijen de echtelijke samenwoning verbroken, waarna op 17 augustus 2001 een verzoekschrift tot echtscheiding is ingediend.

Bij beschikking van 6 december 2001 is tussen partijen echtscheiding uitgesproken. Deze beschikking is op 7 januari 2002 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

De man is eigenaar van de voormalige echtelijke woning (hierna: de woning). De man heeft de woning in eigendom verkregen vóór het aangaan van het huwelijk met de vrouw. Op de woning is een hypotheek gevestigd, die eveneens op naam staat van de man.

Gedurende de eerste jaren van het huwelijk heeft de man in de vorm van een eenmanszaak een installatiebedrijf gerund, in welk bedrijf ook de vrouw werkzaamheden verrichtte.

Met ingang van 1 juli 1994 zijn partijen een overeenkomst van maatschap aangegaan voor onbepaalde tijd, waarin onder meer het installatiebedrijf van de man is ingebracht. Art. 3 bevat onder meer de volgende bepaling:

'Voor hun onderlinge verhouding zijn de vennoten voor gelijke delen eigenaar van, respectievelijk voor gelijke delen gerechtigd in de in juridische of economische eigendom ingebrachte zaken en vermogensrechten, en voor gelijke delen aansprakelijk voor de schulden en verplichtingen van de maatschap. De vennoten beschouwen voorzover het hun onderlinge rechtsverhouding betreft, de bedragen waarvoor zij op hun kapitaalrekeningen in de boeken van de maatschap staan gekrediteerd of gedebiteerd, als schulden respectievelijk vorderingen der maatschap.'

Ten aanzien van het eindigen van de maatschapsovereenkomst bepaalt art. 12 onder meer het volgende:

'De overeenkomst van maatschap eindigt door:

Scheiding van tafel en bed tussen de vennoten, door ontbinding van het huwelijk tussen de vennoten door echtscheiding, of door verbreking van de echtelijke samenwoning.'

3.2.4 Anders dan onderdeel 1.3 betoogt, geeft de overweging van het hof dat het in de maatschap vervatte kapitaal moet worden beschouwd als overgespaarde inkomsten in de zin van het verrekenbeding, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Vast staat immers dat partijen tijdens het huwelijk geen uitvoering hadden gegeven aan het verrekenbeding (zie hiervoor 3.1 (iii)), zodat ingevolge het bepaalde in art. 1:141 lid 3 BW het bij het einde van het huwelijk aanwezige vermogen in beginsel vermoed wordt te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden. De vermelde overweging is voorts niet onvoldoende gemotiveerd. Tegenover de stelling van de vrouw in hoger beroep dat het vermogen van de maatschap geheel is opgebouwd uit onverteerd inkomen dat tijdens het huwe-

Hoge Raad

lijk is verkregen, heeft de man immers slechts aangevoerd dat de vrouw krachtens de maatschapsovereenkomst voor de helft deelgerechtigd is in het vermogen van de maatschap, terwijl hij bovendien in eerste aanleg reeds had gesteld dat 'hetgeen onverteerd is gebleven [van het inkomen van partijen] (...), in de maatschap is achtergebleven en volgt uit het vermogen van de maatschap zoals dat is vastgesteld in de eindbalans gedateerd 7 juni 2001'. Opmerking verdient dat (na de terugwijzing van de zaak door het hof) de opbouw en samenstelling van het maatschapsvermogen nog bij de rechtbank aan de orde moeten komen, nu de vrouw de door de man overgelegde eindbalans heeft betwist en heeft aangevoerd dat de waarde van de onderneming door een onafhankelijke deskundige vastgesteld moet worden. Op het voorgaande stuiten de klachten van onderdeel 1.3 af, waarbij nog aantekening verdient dat het onderdeel feitelijke grondslag mist voor zover het veronderstelt dat het oordeel van het hof gebaseerd is op art. 1:141 lid 4 en 5.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

**Commentaar**

In een geval waarin een maatschap wordt aangegaan tussen de echtgenoten tijdens huwelijk en zij in de huwelijksvoorwaarden tevens een periodiek verrekbeding zijn aangegaan ten aanzien van hun 'inkomens', dat nooit is uitgevoerd, geldt als uitgangspunt de regel van art. 1:141 lid 3, te weten: dat het bij het einde van het huwelijk aanwezige vermogen – inclusief het kapitaal van de maatschap – vermoed wordt te zijn gevormd uit hetgeen verrekend had moeten worden.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2008, 394 m.nt. L.C.A. Verstappen.

## Huwelijksvermogensrecht – Echtscheiding

125

**HOGE RAAD**

16 januari 1981

**Katwijkse boedelscheiding**

X, te Katwijk, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
 Y, te Katwijk, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Na een veertienjarig huwelijk zijn man en vrouw gescheiden. Scheiding en deling van de gemeenschap waarin partijen gehuwd waren is geëffectueerd, met uitzondering van de voormalige echtelijke woning waarin de vrouw met de kinderen woont. Ten aanzien van die woning is evenwel een regeling tot stand gekomen tussen partijen (weergegeven onder de feitelijke overwegingen van het bestreden arrest), hierop neerkomende dat de woning zal worden toegescheiden aan de vrouw met uitkering van f 35.000,- wegens overbedeling aan de man. De vrouw heeft gesteld, dat zij deze regeling niet kan nakomen, omdat zij geen middelen heeft kunnen vinden om de betaling van het aan de man toekomende deel te financieren. De man vorderde in rechte nakoming van de regeling op straffe van een dwangsom.

**Feiten**

Het Hof heeft in aanmerking genomen dat de man 'heeft behoren te weten, dat zij (de vrouw) het bedrag van f 35.000,- niet aan hem zou kunnen betalen, indien haar daarvoor geen krediet zou worden verleend.

**Hoge Raad**

Het oordeel van het Hof komt hierop neer dat onder die omstandigheden de goede trouw eraan in de weg staat dat de man vasthoudt aan de overeengekomen vorm van scheiding en deling met betrekking tot de woning, waarbij het Hof mede in aanmerking heeft genomen dat scheiding en deling langs andere weg, namelijk langs de weg van art. 1122 BW, kan worden bereikt. Aldus oordelend, heeft het Hof niet blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. In het bijzonder is van betekenis dat partijen gewezen echtgenoten zijn en dat het hier gaat om de door de vrouw met de drie minderjarige kinderen van partijen bewoonde echtelijke woning, alsmede dat de wijze waarop de scheiding en deling plaatsvindt van belang is voor de vraag of de vrouw en de kinderen, als zij de woning moeten verlaten, hulp kunnen verwachten van de zijde van de gemeente voor de oplossing van hun huisvestingsprobleem.

Waar het Hof zich op de omstandigheden van dit geval heeft gebaseerd, is in de bestreden uitspraak geen steun te vinden voor de veronderstelling dat het Hof

## 126 **Huwelijksvermogensrecht – Echtscheiding**

een 'zo absolute derogerende werking' van de goede trouw heeft aangenomen als in onderdeel a van middel III wordt bedoeld. Dit onderdeel mist dus feitelijke grondslag.

Het Hof heeft in r.o. 10 geoordeeld dat de man niet van de vrouw kan vergen dat zij enkel ter wille van een hogere opbrengst van de woning zich in ernstige moeilijkheden van huisvesting voor zich en der partijen kinderen zou brengen. Uit het vorenstaande volgt dat dit oordeel niet op een onjuiste rechtsopvatting berust.

### *Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

**Commentaar** Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1981, 312, m.nt. EAAL.

**126**

**HOGE RAAD**  
1 december 1989

**Nihilbeding kinderalimentatie**

**Partijen** X, te E, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
Y, te L, verweerster in cassatie.

Zie onder Personen- en Familierecht; Levensonderhoud, nr. 5.

**127**

**HOGE RAAD**  
12 januari 1996

**Afstand van alimentatie**

**Partijen** B (de man), te W, verzoeker tot cassatie,  
*tegen*  
L (de vrouw), te E, verweerster in cassatie.

Zie onder Personen- en Familierecht, Ontbinding van het huwelijk, nr. 4.



128

**HOGE RAAD**

19 januari 2007

**Samenloop met onrechtmatige daad**

De vrouw, eiseres tot cassatie,

*tegen*

De man, verweerder in cassatie.

**Partijen**

De man en de vrouw zijn op 11 december 1967 in de gemeente Horst in algehele gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd.

Bij vonnis van de rechtbank Roermond van 11 februari 1993 is echtscheiding tussen partijen uitgesproken. Dit vonnis is op 4 maart 1993 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Partijen hebben de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap geregeld in een op 16 oktober 1992 gesloten convenant. Bij de opstelling van dit convenant was op gezamenlijk verzoek van partijen, notaris B.J.A. Poppe te Venlo betrokken. In het convenant werd aan de vrouw toebedeeld het woonhuis van partijen en een VW Polo, en aan de man alle overige vermogensbestanddelen, waaronder begrepen alle schulden. Als datum van verdeling is overeengekomen 1 januari 1993.

Op 14 oktober 1993 is ten overstaan van voormelde notaris de verdelingsakte gepasseerd.

In 2001 heeft de vrouw op grond van art. 6:162 BW gevorderd dat de man zal worden veroordeeld aan haar schadevergoeding te betalen omdat hij haar bij de totstandkoming van het convenant heeft misleid door dat hij voor haar en de notaris verborgen heeft gehouden dat hij toendertijd over een aanzienlijk vermogen beschikte dat in de gemeenschap viel.

De man heeft de gestelde onrechtmatigheid bestreden en een beroep gedaan op verval van de door de vrouw gestelde vordering op grond van art. 3:200 BW.

**Feiten**

**Hoge Raad**

4.2. Onderdeel 2.1 stelt de vraag aan de orde of de aan de bevoegdheid tot vernietiging van een verdeling (art. 3:196) verbonden vervaltermijn van art. 3:200 eraan in de weg staat dat na het verstrijken van die termijn een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad wordt ingesteld. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. De bewoordingen waarin art. 3:200 is gesteld bieden geen enkele steun aan een bevestigend antwoord daarvan. Bovendien pleit de aard van de desbetreffende bepaling – een vervaltermijn – tegen analoge toepassing of reflexwerking daarvan buiten het toepassingsgebied van titel 3.7, waarvan deze bepaling onderdeel uitmaakt. Voorts heeft de in art. 3:196 geregelde bevoegdheid tot vernietiging van een verdeling, waarvan de uitoefening is gebonden aan de vervaltermijn van art. 3:200, een heel andere strekking dan art. 6:162 dat degene die jegens een ander een onrechtmatige daad heeft gepleegd, verplicht tot schadevergoeding. En ten slotte zijn bij de vernietiging van een verdeling niet alleen de belangen van partijen, maar ook die van derden

betrokken; in dit licht dient de vervaltermijn van art. 3:200 de rechtszekerheid. Een op art. 6:162 gebaseerde vordering echter raakt in beginsel alleen de belangen van partijen; het belang van de rechtszekerheid is daarbij in mindere mate betrokken. Art. 3:200 moet op grond van dit alles aldus worden uitgelegd dat deze bepaling niet eraan in de weg staat dat na het verstrijken van de daarin genoemde vervaltermijn door de ene deelgenoot tegen de andere alsnog een vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld.

*Beslissing*

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 1 maart 2005; verwijst het geding naar het gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing.

**Commentaar**

Het verstrijken van de vervaltermijn verbonden aan de bevoegdheid tot vernietiging van de verdeling als bedoeld in art. 3:200 staat er niet aan in de weg om nadien een vordering tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad in te stellen. De vervaltermijn van art. 3:200 dient mede de rechtszekerheid die bij de vernietiging van een verdeling in het geding is. Dit geldt in veel mindere mate bij een op art. 6:162 BW gebaseerde vordering.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2007, 62 en in *AA* 2007, p. 515-519, m.nt. AJMN.

## Huwelijksvermogensrecht – Samenleving buiten huwelijk

129

HOGE RAAD

8 juli 1985

**Samenlevingscontract scheidt géén maatschap**

Bij akte, verleden op 23 januari 1981 ten overstaan van mr. J., notaris ter standplaats P., heeft belanghebbende, te zamen met A., een burgerlijke maatschap opgericht, welke maatschap volgens art. 2 van die akte tot doel heeft het gezamenlijk, doch niet bedrijfs- of beroepsmatig beheren van vermogensbestanddelen en het verrichten van alle handelingen die hiermee verband houden of hieruit mochten voortvloeien, daaronder begrepen het beleggen of wederbeleggen van gelden en andere vermogensbestanddelen van de maatschap, alles in de ruimste zin van het woord, met het oogmerk om het daaruit ontstaande netto voordeel met elkaar te delen. Bij op voormelde datum ten overstaan van voornoemde notaris verleden akte is door voornoemde A. in de maatschap ingebracht en aan die maatschap in eigendom overgedragen het woonhuis met ondergrond, erf, tuin en verder aanbehoren, staande en gelegen in de gemeente Z., aan de a.-laan nr. 1, kadastraal bekend gem. K., sectie C. nr. 5, eigendom van A. In die akte is aan dat onroerend goed een waarde toegekend van f 80.000,-.

Feiten

4.1. Het Hof heeft terecht als kenmerk van de overeenkomst van maatschap als bedoeld in art. 1655 BW beschouwd dat zij wordt aangegaan om door middel van de inbreng te handelen en aldus voordeel te behalen.

Hoge Raad

Vervolgens heeft het Hof geoordeeld dat de onderhavige overeenkomst niet aan dat kenmerk voldoet, omdat uit de in 's hofs uitspraak vermelde doelomschrijving van de maatschap volgt dat partijen niet beogen met de inbreng te handelen.

Daaruit blijkt – anders dan in de klacht onder A, onderdeel I, wordt aangenomen – niet dat het Hof het vereiste 'handelen' opvat als een beroeps- of bedrijfsmatig handelen, doch in de uitlegging welke het Hof aan de onderhavige overeenkomst heeft gegeven ligt besloten dat deze overeenkomst niet ertoe strekt de partijen in actieve samenwerking in het economische verkeer door middel van hun inbreng voordeel te doen behalen.

Uitgaande van deze in cassatie niet op haar juistheid te toetsen en niet onbegrijpelijke uitlegging van de in geschil zijnde overeenkomst heeft het Hof terecht geoordeeld dat hier niet sprake is van een maatschap in de zin van voormelde bepaling van het BW en mitsdien evenmin van een 'vennootschap' in de zin van art. 15 lid 1 letter e Wet op belastingen van rechtsverkeer. De klacht onder A, onderdeel I, faalt derhalve.

**130**      **Huwelijksvermogensrecht – Samenleving buiten huwelijk**

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

**Commentaar**      Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1986, 358, m.nt. Ma en in *BNB* 1985/239, m.nt. Laeijendecker.

**130**      **HOGE RAAD**  
9 januari 1987

**Samenwoning schept géén alimentatieplicht**

**Partijen**      Gerard Abraham Roozendaal, te Leiden, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Jacoba van Dilst, te Leiden, verweerster in cassatie.

**Feiten**      Partijen wonen sinds maart 1980 samen; tussen partijen bestaan geen familie-rechtelijke betrekkingen;  
partijen zijn overeengekomen dat ieder de helft zal dragen van de kosten wegens huur, energie, water, kabeltelevisie, brandverzekering, krant, telefoon, voeding en enige andere posten;  
Roozendaal is sinds 1 januari 1983 zonder werk;  
Van Dilst, die sindsdien de volledige kosten als vorenbedoeld betaalt, wenst de helft daarvan te zijner tijd met Roozendaal te verrekenen;  
de gem. Leiden heeft aan Roozendaal een bijstandsuitkering toegekend van f 67,- per maand, bij welke toekenning het standpunt is ingenomen dat de situatie van Roozendaal en Van Dilst wezenlijk niet verschilt van die van een gezin als bedoeld in art. 5 ABW;  
bezwaar en beroep hebben niet tot een andere beslissing geleid.  
De Rechtbank heeft de door Roozendaal aan zijn vordering tegen Van Dilst ten grondslag gelegde stelling, dat Van Dilst onrechtmatig jegens Roozendaal handelt door niet althans niet voldoende in zijn levensonderhoud te voorzien, niet aanvaard. Hiertegen richt het middel zich.

**Hoge Raad**      3.2. Het middel berust klaarblijkelijk op de stelling dat onder de in 3.1 vermelde omstandigheden Van Dilst die in staat is in het levensonderhoud van Roozendaal te voorzien, daartoe rechtens is gehouden en dat zij door te weigeren zich naar die rechtsplicht te gedragen jegens Roozendaal handelt in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Die stelling kan evenwel niet als juist worden aanvaard: samenwonen schept noch op zichzelf, noch in verbinding met een overeenkomst als bovenvermeld een rechtsplicht tot onderhoud en zulks wordt niet anders door het enkele feit dat de overheid die aan een van de samenwonenden bijstand verleent bij de toepassing van de ABW zoals die luidde tot 1 januari 1987 het standpunt innam dat hun situatie wezenlijk niet verschilt van die van een gezin als bedoeld in art. 5 ABW. Het middel faalt dus.

*Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1987, 927, m.nt. EAAL.

**Commentaar**

131

**HOGE RAAD**

16 januari 1987

**Bruinsma/Smit**

Willy Louise Sjoukje Bruinsma, te Hoorn, eiseres tot cassatie,  
*tegen*

**Partijen**

1. Johannes Henricus Smit en,
2. Anna Maria Sollart, echtgenote van verweerder sub 1, beiden te Amsterdam, verweerders in cassatie.

Deze zaak betreft een vordering van Smit c.s., ouders en enige erfgenamen van Smit jr. die op 22 oktober 1981 is overleden, tegen Bruinsma die – in haar lezing gedurende ruim drie jaar, in de lezing van Smit c.s. gedurende twee en een half jaar – tot aan zijn overlijden met Smit jr. heeft samengewoond. De vordering strekte tot afgifte van een aantal goederen welke aan Smit jr. toebehoorden en zich onder Bruinsma bevonden alsmede tot afgifte van een bedrag van f 8.900,- dat Bruinsma als gemachtigde van Smit jr. – zij het na zijn overlijden – van zijn girorekening had opgenomen. (...)

**Feiten**

3.3. De klacht van onderdeel 2 dat het Hof aldus oordelend een onjuiste maatstaf heeft aangelegd is gegrond. Weliswaar is het Hof terecht voorbijgegaan aan de stelling van Bruinsma dat reeds de samenleving als zodanig te zamen met het gezamenlijk dragen van de kosten van die samenleving – door Bruinsma als een ‘economische eenheid’ aangeduid – tot een vermoeden van gemeenschap zou moeten leiden, maar het Hof heeft miskend dat voor het antwoord op de vraag of tussen samenlevende partners enige gemeenschap van goederen bestaat, beslissend is wat zij dienaangaande – uitdrukkelijk of stilzwijgend – zijn overeengekomen. De enkele omstandigheid dat Bruinsma en Smit aparte rekeningen hadden en ieder van hun gezamenlijke kosten bepaalde uitgaven voor hun rekening namen, staat er niet aan in de weg dat krachtens een overeenkomst als hier vóór bedoeld tussen hen gemeenschap van één of meer vermogensbestanddelen kan hebben bestaan en sluit niet uit dat zij als deelgenoten te zamen gerechtigd kunnen zijn geweest tot het tegoed op de rekening ten name van één van hen beiden, in dit geval Smit jr.

**Hoge Raad**

Ook klaagt het onderdeel er terecht over dat dit oordeel niet begrijpelijk is in het licht van de stellingen van Bruinsma. Haar betoog komt er immers op neer dat tengevolge van de verdeling van de uitgaven, waarbij Bruinsma de lopende huis-

houdelijke kosten betaalde, Smit jr. op zijn rekeningen geld overhield dat hij spaarde voor beide partners en dit betoog kan niet anders worden gelezen dan als een beroep op een uitdrukkelijk of stilzwijgende overeenkomst die tussen Smit jr. en haar heeft bestaan en die inhield dat het spaargeld gemeenschappelijk was. (...)

3.4. Onderdeel 3 treft eveneens doel. 's Hofs beslissing om op grond dat Bruinsma van het saldo van die spaarrekening afstand had gedaan voorbij te gaan aan het betoog van Bruinsma dat de spaarrekening ten name van Smit jr. kon worden gevormd dank zij hun beider inkomen, is niet begrijpelijk in het licht van de stellingen van Bruinsma. Zij had immers gesteld dat tussen haar en Smit jr. een gemeenschap bestond waartoe zowel de spaarrekening als de girorekening behoorde en dat die gemeenschap door haar met Smit c.s. is gescheiden en gedeeld in die voege dat zij afstand deed van het saldo van de spaarrekening en Smit c.s. afstand deden van het tegoed op de girorekening. In het kader van die stellingen bleef – ondanks het feit dat zij afstand had gedaan van de spaarrekening – het betoog dat ook de spaarrekening uit beider inkomen was gevormd van belang als ondersteuning van de stelling dat zij, uit hoofde van de gemeenschap die tussen haar en Smit jr. had bestaan, tot het tegoed op de girorekening gerechtigd was.

*Beslissing*

De Hoge Raad;  
vernietigt het arrest van het Hof te Amsterdam van 23 november 1984;  
verwijst de zaak naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing; (...).

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1987, 912, m.nt. EAAL.

## Erfrecht – Erfrechtelijke positie bij biologische afstamming

132

**HOGE RAAD**

17 januari 1997

**Onwettig, niet erkend kind**

H., te H., eiser tot cassatie,

*tegen*

1. K. en

2. F., echtelieden, te B., gemeente T., verweerders in cassatie.

**Partijen**

Zie de rubriek Personen- en familierecht, onder 'Afstamming', uitspraak nr. 18.

## Erfrecht – Rechtspositie erfgenaam

**133** HOGE RAAD  
8 december 1972  
**Erven Hoitsma**

- Partijen** Drs. Jan Hoitsma, te Sint Jacobi-Parochie en Drs. Arjen Hoitsma, te Leeuwarden, eisers tot cassatie,  
*tegen*  
1. Menno Andries Hoitsma, te Leeuwarden, verweerder in cassatie,  
2. Hermina Alida Hoitsma, te Leeuwarden, verweerster,  
3. Meta Hoitsma, te Leiden, verweerster.
- Feiten** Vader en moeder Hoitsma zijn gehuwd in gemeenschap van goederen. Zij hebben vijf kinderen. Moeder overlijdt in 1954 en laat vader het vruchtgebruik van haar nalatenschap na. De huwelijksgemeenschap en de nalatenschap die daarvan deel uitmaakt, blijven onverdeeld. In 1964 verkoopt vader aan zoon Menno een gedeelte van een tot de ontbonden huwelijksgemeenschap behorend perceel voor f 330,-. Tot levering door vader komt het niet omdat de overige kinderen, die elk voor 1/12e onverdeeld aandeel tot het bewuste perceelsgedeelte gerechtigd zijn, geen medewerking verlenen. In 1967 overlijdt vader Hoitsma. Erfgenamen zijn de vijf kinderen.
- Verloop van de procedure** Menno vordert van zijn broers en zusters medewerking aan het passeren van de leveringsakte met betrekking tot het perceelsgedeelte. De Rechtbank te Leeuwarden wijst zijn vordering toe. Het Hof te Leeuwarden bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank. De beide broers van Menno gaan in cassatie.
- Conclusie A-G** Het onderhavige cassatieberoep nu houdt een poging in Uw Raad te doen terugkomen op zijn arrest van 4 juni 1965 (*NJ* 1966, 469). De beslissing van Rechtbank en Hof is geheel in overeenstemming met en stoelt op de overwegingen van dat arrest, dat reeds eerder kennelijk mede als leidraad heeft gediend voor Hof 's-Hertogenbosch 14 december 1967, *NJ* 1968, 399, Hof 's-Hertogenbosch 21 november 1967, *NJ* 1968, 400 en Hof Leeuwarden 25 januari 1967, *NJ* 1969, 30. Het cassatieberoep tegen Hof 's-Hertogenbosch 21 november 1967 hiervoren vermeld heeft Uw Raad verworpen bij arrest van 29 november 1968, (*NJ* 1969, 194; red.) bij welk arrest andermaal is bevestigd, dat erfgenamen, die de nalatenschap hebben aanvaard, aansprakelijk zijn voor de nakoming van een door de erflater aangegane obligatoire overeenkomst met betrekking tot goederen van een gemeenschap, waarin de erflater slechts ten dele gerechtigd was.



Men kan derhalve met betrekking tot de aan de onderhavige procedure ten grondslag liggende rechtsfiguur van een vaste jurisprudentie spreken. De argumenten om daarvan thans af te wijken zullen dan ook bijzonder sterk moeten blijken, wil voor een afwijkende beslissing plaats kunnen zijn.

Welnu, ik geloof niet, dat zodanige argumenten ter tafel zijn gekomen. Men kan de consequenties van het arrest van Uw Raad, in 1965 geweest, onaanvaardbaar achten, doch men kan niet zeggen, dat zij eerst nu zijn onderkend. Reeds de toenmalige A-G Mevr. Minkenhof heeft er in haar conclusie voorafgaande aan het arrest van 1965 op gewezen. Ook daar was een vader, die een object had verkocht, waarin hij slechts ten dele gerechtigd was. Mevr. Minkenhof was van mening, dat het feit, dat de vader was overleden en dat zijn erfgenamen toevallig wel over het verkochte object konden beschikken, niet tengevolge kon hebben, dat zij tot meer konden worden verplicht dan de erflater. 'Zou men hierover anders oordelen', aldus Mevr. Minkenhof in haar voormelde conclusie, 'dan zou dit tot het onaanvaardbare gevolg leiden, dat een erflater zelfs zijn wettelijke erfgenamen zou kunnen noodzaken tot prestaties, waartoe zij zich nooit zouden hebben willen verplichten en waartoe de erflater niet, maar de erfgenamen wel in staat zijn en waaraan zij zich slechts zouden kunnen onttrekken door de nalatenschap te verwerpen.' Niettemin houdt het arrest van 1965 in, dat erfgenamen aan de verplichtingen van de erflater hebben te voldoen, tot nakoming van de door hem gesloten overeenkomst zijn gehouden, zodat een vordering tot nakoming te hunnen aanzien toewijsbaar is, ook al heeft de erflater niet zonder medewerking van zijn medegerechtigde erfgenamen kunnen beschikken en zou tegen hem een veroordeling tot nakoming bij gebreke dier medewerking executabel geweest zijn en ook al zouden de mede-gerechtigden aldus als erfgenaam veroordeeld worden tot nakoming van een overeenkomst, waaraan zij tijdens het leven van de erflater niet gebonden waren. In zijn noot onder dit arrest merkt Beekhuis op, dat de opvatting van de Hoge Raad in bepaalde gevallen tot zeer onbillijke resultaten kan leiden. Toch heeft Uw Raad deze opvatting in 1969 gehandhaafd. Ook de geëerde pleiter voor de eisers tot cassatie heeft zich op de eisen van billijkheid te dezen beroepen onder verwijzing naar art. 6.1.1.2. Ontwerp RW. Hiertegenover zou ik in de eerste plaats willen opmerken dat erfgenamen na aanvaarding van een nalatenschap wel meer voor onaangename verrassingen worden geplaatst ingevolge gestes van de erflater.

In de tweede plaats kan men in de Toelichting op gemeld artikel (p. 461) lezen: "Ter overeenstemming met het van Regeringszijde bij het mondeling overleg omtrent Vraagstuk 21 opgemerkte, wil het ontwerp niet bij elke onredelijke of onbillijke uitoefening van een vorderingsrecht aannemen, dat de schuldenaar het standpunt kan innemen dat de wederpartij hem niet aan zijn verplichting mag houden. De schuldenaar kan dit naar het ontwerp slechts doen in het geval dat de schuldeiser onbetamelijk zou handelen door de wederpartij aan diens verplichting te houden". Het enige dat hieromtrent in de stukken als ter zake zou kunnen worden aangemerkt, is de opmerking, dat de koopprijs van f 330,- belachelijk laag zou zijn geweest doch dit is dan nog uitsluitend gesteld om te doen uitkomen, dat de gestelde koopovereenkomst ongeloofwaardig was te achten. Mitsdien wil het mij voorkomen, dat zelfs indien art. 6.1.1.2 O.B.W reeds kracht van wet zou hebben verkregen, eisers tot cassatie daaraan i.c. generlei argument zouden hebben kunnen ontleen.

**Hoge Raad**

Met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel:

Overwegende dat een verplichting tot levering, welke ingevolge een overeenkomst van koop en verkoop op de verkoper komt te rusten, zo daaraan tijdens het leven van de verkoper niet is voldaan, na diens overlijden op zijn erven overgaat; dat aan die overgang niet afdoet de omstandigheid dat het verkochte goed behoort tot een vermogen waarin reeds tijdens het leven van de erflater die erven medegerechtigd waren, zodat de erflater dat goed niet zonder hun medewerking zou hebben kunnen leveren en een veroordeling van de erflater tot nakoming dan ook niet voor tenuitvoerlegging vatbaar zou zijn geweest;

dat de omstandigheden waaronder en de toelag waarmee een dergelijke overeenkomst tot stand kwam, kunnen meebrengen dat deze een geoorloofde oorzaak mist, doch dit punt in dit geding niet aan de orde is;

dat derhalve dit onderdeel niet tot cassatie kan leiden;

Met betrekking tot het tweede onderdeel:

Overwegende dat aan de overgang op de erfgenamen van de op de erflater rustende verplichting tot levering niet in de weg staat dat de erflater ten gevolge van het vorenbedoeld gebrek in zijn beschikkingsbevoegdheid niet in staat zou zijn geweest aan de koper de eigendom van het gekochte goed te verschaffen; dat derhalve ook dit onderdeel faalt;

Verwerpt het beroep; (...)

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1973, 496. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 9-10; Pitlo-Van der Burght, nr. 182 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 312, 313, 313a en 314, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 725; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 479 en 480 en Asser-Perrick 6, nr. 358, 360 en 361, en Van der Ploeg, *Le mort saisit le vif*, WPNR 5290 (1975); A.G. van Solinge, *Erfrecht en vennootschapsrecht, Recht zo die gaat* (Van der Ploeg-bundel), Zwolle 1976, p. 163; Polman, *Een greep uit de saisine, Met recht verenigd* (Dijkbundel), Arnhem 1986, p. 97 e.v.; Schoordijk, *Opvolging onder algemene titel*, WPNR 5934 (1989) en Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel*, diss. Nijmegen 1996, § 4.5. Het arrest houdt nauw verband met HR 4 juni 1965, *NJ* 1966, 469 (pension Vacantievreugd/Quaedvlieg); HR 29 november 1968, *NJ* 1969, 194 (Van Bijnen), HR 28 november 1980, *NJ* 1981, 440 (Erven Westenberg) en de hierna onder Erfrecht; Rechtspositie erfgenaam, nr. 134, 135 en 136 opgenomen arresten.

De saisine wordt in het nieuwe erfrecht geregeld in Titel 4.5. Art. 4:182 lid 1 bepaalt dat de erfgenamen met het overlijden van de erflater van rechtswege opvolgen in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap. Zulks geldt niet wanneer de nalatenschap ingevolge art. 4:13 wordt verdeeld; in dat geval volgt de echtgenoot van rechtswege op in het bezit en houderschap van de erflater. Erfgenamen worden van rechtswege schuldenaar van de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan. Is een prestatie deelbaar, dan is ieder van hen verbonden voor een deel, evenredig aan zijn erfdeel, tenzij zij hoofdelijk zijn verbonden (lid 2). Voor ondeelbare prestaties zijn erfgenamen hoofdelijk verbonden (art. 6:6 lid 2). Ingevolge art. 4:14 komen de schulden der nalatenschap voor rekening van de langstlevende, die zowel tegenover de schuldeisers als tegenover de kinderen gehouden is de schulden te voldoen. Art. 6:249 bepaalt in verband hiermee dat de rechtsgevolgen van een overeen-

komst mede gelden voor rechtverkrigenden onder algemene titel tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit. In het geval van verdeling van een nalatenschap ingevolge art. 4:13 gelden de rechtsgevolgen van de overeenkomst niet mede voor de kinderen van de erflater, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit. Het nieuwe erfrecht brengt dus geen verandering in het beginsel van overgang van schulden op de erfgenamen of – in geval van de wettelijke verdeling – de langstlevende. Een erfgenaam is echter niet verplicht een schuld der nalatenschap ten laste van zijn overig vermogen te voldoen, tenzij hij (onder meer) zuiver aanvaardt (art. 4:184 lid 2). Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), Verstappen, p. 469 e.v.

134

**HOGE RAAD**  
16 april 1982

**Erven Sanders**

Gijsbertus Sanders, te Nieuwkoop, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Dirkje Sanders, te Nieuwkoop, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Vader Sanders legateert aan zijn dochter Dirkje een woning. Ten aanzien van die woning staat vast dat vader Sanders ten behoeve van zoon Gijsbertus een woonrecht heeft verleend zonder daarbij een tegenprestatie te bedingen. Daarover hebben vader en zoon Gijsbertus reeds eerder tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. Vader Sanders komt te overlijden. Is dochter Dirkje aan de overeenkomst met Gijsbertus gebonden? Door Gijsbertus wordt onder meer gesteld dat de dochter als rechtsopvolgster van vader gehouden is aan de overeenkomst uitvoering te geven.

**Feiten**

Dirkje vordert bij de Rechtbank te 's-Gravenhage ontruiming van het door Gijsbertus bewoonde pand en betaling van een vergoeding wegens het gebruik door Gijsbertus, een en ander uitvoerbaar bij voorraad. De Rechtbank wijst deze vorderingen toe, behalve de uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Het Hof te 's-Gravenhage bekrachtigt het vonnis en verklaart het vonnis alsnog uitvoerbaar bij voorraad. Gijsbertus gaat in cassatie.

**Verloop van de procedure**

*3. Beoordeling van het eerste middel*

**Hoge Raad**

3.1 Onderdeel a van dit middel strekt ten betoge dat de verplichtingen die voor zijn vader jegens Gijsbertus voortvloeiden uit de tussen hen in 1955 met betrekking tot het onderhavige onroerend goed tot stand gekomen overeenkomst, op Dirkje zijn overgegaan. Naar uit de toelichting op het middel valt af te leiden, doet Gijsbertus dit betoog steunen op een drietal gronden.

3.2 Vooreerst stelt Gijsbertus zich op het standpunt dat bedoelde verplichtingen op Dirkje zijn overgegaan in haar hoedanigheid van erfgename van haar vader. Dit standpunt is onjuist. Dirkje heeft de eigendom van het onroerend goed niet

verkregen als erfopvolgster onder algemene titel van haar vader, maar als legataris tegen inbreng, derhalve onder bijzondere titel.

3.3 Voorts beroept Gijsbertus zich op een tweetal – in de toelichting op het middel weergegeven – bedingen, volgens die toelichting vervat in de notariële akte van 5 mei 1976, waarbij het onroerend goed door de erfgenamen van de vader ter uitvoering van het legaat aan Dirkje is overgedragen. Die bedingen zijn in de feitelijke instanties echter niet aan de orde geweest. Een beroep erop kan niet met vrucht voor het eerst in cassatie worden gedaan, nu beoordeling van de gegrondheid daarvan een onderzoek van feitelijke aard zou vergen; voor zulk een onderzoek is in cassatie geen plaats.

3.4 Tenslotte betoogt Gijsbertus dat de onderhavige verplichtingen uit hoofde van hun kwalitatieve aard – daarin gelegen dat zij op de vader rustten in diens hoedanigheid van eigenaar van het onroerend goed – zijn overgegaan op Dirkje als verkrijgster van dat goed onder bijzondere titel. Dit betoog vindt echter geen steun in het recht.

3.5 Onderdeel b verwijt het Hof stellingen van Gijsbertus te hebben veronachtzaamd, zonder echter aan te geven welke stellingen het daarbij op het oog heeft. Derhalve mist het onderdeel voldoende bepaaldheid om voor behandeling in aanmerking te komen.

3.6 Onderdeel c keert zich tegen 's hofs in r.o. 5 neergelegde oordeel dat de aard van de overeenkomst tussen Gijsbertus en zijn vader met betrekking tot het onroerend goed niet meebrengt dat deze overeenkomst als een huurovereenkomst is aan te merken dan wel voor analogische toepassing van art. 1612 BW in aanmerking komt, nu een van de essentiële elementen van de huurovereenkomst, het betalen van huur, ontbreekt. Het Hof heeft dit oordeel doen steunen op de door de Rechtbank vastgestelde feiten, daarop neerkomende dat enerzijds Gijsbertus voor het gebruik van het onroerend goed generlei vergoeding betaalde, anderzijds hij voor de verbouwing en uitbreiding van de zich erop bevindende opstallen een belangrijk bedrag heeft uitgegeven en daaraan veel arbeid heeft besteed, terwijl de kosten van onderhoud voor zijn rekening kwamen. Voor zover het onderdeel zijn toelichting aanvoert dat Gijsbertus in het verleden 'door zijn arbeid tegen lage beloning' een contraprestatie tegenover het genot van het onroerend goed heeft geleverd, mist het feitelijke grondslag; dienaangaande is door Rechtbank noch Hof iets vastgesteld. Door op grond van de vastgestelde feiten tot zijn door het onderdeel bestreden oordeel te komen, heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het onderdeel faalt dus.

3.7 Onderdeel d mist naast de voorafgaande onderdelen zelfstandige betekenis en wordt dus tevergeefs voorgesteld.

3.8 Het voorgaande brengt mee dat het eerste middel in geen van zijn onderdelen tot cassatie kan leiden.

#### 4. Beoordeling van het tweede middel

Dit middel treft evenmin doel. Het richt zich tegen gedeelten van 's hofs arrest, die voortbouwen op de tevergeefs door het eerste middel bestreden oordelen van het Hof en geeft niet aan in welk opzicht het naast het eerste middel zelfstandige betekenis heeft.

#### 5. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1982, 580, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 120, 123, 194 en 238 en Asser-Van der Ploeg-Perriek, nr. 447, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 239, 391 en 543 en Asser-Perriek 6B, nr. 494, en Lubbers, Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, WPNR 5678 (1983) en Van der Ploeg, Verkrijgen wat men reeds heeft, WPNR 5697 (1984). Zie art. 6:249; de rechtsgevolgen van een overeenkomst gelden mede voor de rechtverkrijgenden onder algemene titel, tenzij uit de overeenkomst iets anders voortvloeit. In het geval van verdeling van een nalatenschap ingevolge art. 4:13 gelden de rechtsgevolgen van de overeenkomst niet mede voor de kinderen van de erflater, tenzij uit de overeenkomst anders voortvloeit. Vergelijk ook over de saisine het commentaar op het hiervoor onder Erfrecht, Rechtspositie erfgenaam, nr. 133 opgenomen arrest. Dat dochter Dirkje als mede-erfgenaam niet gehouden is het woonrecht van Gijsbertus te respecteren, lijkt in strijd te zijn met zowel eerdere als latere jurisprudentie van de Hoge Raad aangaande de overgang van verplichtingen op erfgenamen zoals vermeld in het commentaar bij het onder Erfrecht, Rechtspositie erfgenaam, nr. 133 opgenomen arrest.

Commentaar

135

HOGE RAAD  
8 april 1983

Van de Brandhof-Erven Mulder-I

1. Elisabeth van Essen-Mulder,  
2. Hendrik Jan Mulder, beiden te Kootwijkerbroek, gem. Barneveld, eisers tot cassatie,  
*tegen*  
Marinus van de Brandhof, te Kootwijkerbroek, gem. Barneveld, verweerder in cassatie.

Partijen

Vader Mulder laat als erfgenamen achter onder meer E. van Essen-Mulder en H.J. Mulder (hierna ook: Van Essen-Mulder c.s). Van Essen-Mulder c.s. zijn pachters van een stuk grasland dat door hun vader tegen inbreng van de waarde is gelegateerd aan Van de Brandhof. Vader Mulder heeft met Van de Brandhof een overeenkomst gesloten tot inwoning en verzorging tot aan zijn dood. Na overlijden van vader Mulder weigeren Van Essen-Mulder c.s. afgifte van het legaat aan Van de Brandhof op grond van het feit dat zij krachtens art. 56a e.v. Pachtwet bij vervreemding van het verpachte een voorkeursrecht tot koop hebben. Zij zijn echter tevens als erfgenamen van vader Mulder tot afgifte verplicht.

Feiten

Van de Brandhof vordert bij de Rechtbank te Utrecht afgifte van het legaat. Van Essen-Mulder c.s. worden bij vonnis toegelaten bewijs te leveren dat zij met hun vader een koopovereenkomst hebben gesloten. Bij tussenvonnis wordt de vordering afgewezen indien H.J. Mulder onder ede bevestigen zou dat er een koop-

Verloop van de procedure

overeenkomst is gesloten en de zaak aangehouden indien hij die eed niet zou afleggen. Van de Brandhof gaat hiertegen in hoger beroep bij het Hof te Amsterdam. Van de Brandhof wordt door het Hof niet-ontvankelijk verklaard in zijn beroep tegen het eerste tussenvonnissen en het tweede tussenvonnissen wordt vernietigd onder toewijzing van de vordering van Van de Brandhof. Van Essen-Mulder c.s. stellen hiertegen beroep in cassatie in.

**Hoge Raad***3. Beoordeling van het middel*

3.1 Het middel stelt de vraag aan de orde of de regeling van het voorkeursrecht van de pachter in de art. 56a e.v. Pachtwet ook van toepassing is ingeval van vervreemding van een verpacht goed ingevolge een legaat, een vraag die door het Hof ontkennend is beantwoord.

Art. 56b eerste lid verbindt de verplichting van de verpachter om 'de pachter bij voorkeur in de gelegenheid te stellen het aan te bieden recht te verkrijgen overeenkomstig de bepalingen van deze paragraaf' aan het feit dat de verpachter tot vervreemding van het verpachte wil overgaan. Krachtens art. 56a moet onder 'vervreemding' worden verstaan: 'overdracht van eigendom of vestiging of overdracht van een zakelijk recht'. Dit omvat, althans naar de letter, de eigendoms-overdracht die nodig is voor de uitvoering van een legaat van een verpacht goed. Maar het Hof is van mening dat uit de manier waarop in de art. 56b, 56c en 56d het voorkeursrecht is geregeld, blijkt dat aan de wetgever bij de woorden: 'die tot vervreemding van het verpachte of een deel daarvan wil overgaan' in art. 56b eerste lid kennelijk slechts voor ogen heeft gestaan het geval dat de verpachter bij zijn leven tot vervreemding wil overgaan en niet ook het geval dat de erfgenaam van de verpachter krachtens diens uiterste wil tot afgifte van het legaat is verplicht.

Al zal bij de regeling van het voorkeursrecht hoofdzakelijk zijn gedacht aan het geval dat de verpachter het verpachte aan een derde wil verkopen, uit het stelsel van de wet volgt dat het toepassingsgebied van die regeling ruimer is. In art. 56a is 'vervreemding' immers gedefinieerd als 'overdracht van eigendom of vestiging of overdracht van een zakelijk recht', en derhalve als een zakenrechtelijke handeling, los gezien van de rechtshandeling die de rechtsgrond voor die zakenrechtelijke handeling in het leven roept. In dit stelsel past niet dat het voorkeursrecht van de pachter beperkt zou zijn tot het geval van overdracht van (of vestiging of overdracht van een zakelijke recht op) het verpachte goed op grond van een overeenkomst, terwijl ook de wetsgeschiedenis tot een zodanige beperking geen aanleiding geeft.

In art. 56e tweede lid wordt de verplichting van de verpachter op grond van art. 56b uitgesloten, wanneer de grondkamer op verzoek van de verpachter heeft vastgesteld dat deze een ernstige reden heeft om de pachter niet in de gelegenheid te stellen eigenaar of zakelijk gerechtigde te worden. In het geval van legatering van een verpacht goed zal er veelal voor de grondkamer aanleiding kunnen bestaan om een zodanige ernstige reden aan te nemen, en wel in het bijzonder wanneer met het legaat geheel of ten dele een liberaliteit wordt beoogd, dan wel beloning van door de legataris bewezen diensten. Of in een gegeven geval, gezien alle relevante omstandigheden, een ernstige reden in de zin van art. 56e tweede lid moet worden aangenomen, staat ter beoordeling van de grondkamer tot welke het desbetreffende verzoek wordt gericht.

Uit het voorgaande volgt dat het middel terecht is voorgesteld.

3.2 De gegrondheid van het middel doet de vragen rijzen, wat hiervan de gevolgen zijn voor de vordering van Van de Brandhof tegen Van Essen-Mulder c.s. om als erfgenamen van de erflater-verpachter mede te werken aan de eigendoms-overdracht aan Van de Brandhof van de verpachte stukken grond.

Art. 56h beperkt de sanctie op vervreemding door de verpachter zonder inachtneming van de bepalingen van art. 56b eerste lid, art 56d tweede lid en art. 56g tot vergoeding van de door de pachter geleden schade met een minimum als aangegeven in art. 56h eerste lid. Zulks wil echter niet zeggen, dat, vóórdat de vervreemding heeft plaatsgevonden, de in de wet aan de verpachter jegens de pachter opgelegde verplichtingen geen rechtsgevolgen hebben. In het gegeven geval bestaat dat rechtsgevolg dáárin dat van de pachters, die tevens erfgenamen van de verpachter zijn, niet kan worden gevorderd dat zij op grond van hun laatstgenoemde kwaliteit verplicht zouden kunnen worden tot medewerking aan een vervreemding van het verpachte, zonder dat de in de art. 56b e.v. voorziene verplichtingen van de verpachter jegens de pachters zijn nagekomen, respectievelijk zonder dat de grondkamer op verzoek van een of meer van de erfgenamen van de erflater-verpachter heeft vastgesteld dat de erfgenamen van de verpachter een ernstige reden als in art. 56e tweede lid hebben om de pachters niet in de gelegenheid te stellen eigenaar te worden. Zulks brengt mee dat in het onderhavige geval, zolang de Grondkamer niet een vaststelling heeft gedaan als bedoeld in art. 56e tweede lid H.J. Mulder niet in rechte kan worden verplicht tot medewerking aan de overdracht van het aan hem verpachte. Hetzelfde zal gelden voor Van Essen-Mulder, indien het pachtrecht van haar echtgenoot in een huwelijks-gemeenschap valt.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam van 21 januari 1982;  
verwijst de zaak naar het Hof Arnhem ter verdere behandeling en beslissing; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1984, 159, m.nt. WMK.

Zie ook HR 10 april 1987, *NJ* 1987, 972 voor het vervolg van deze zaak. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 169; Pitlo-Van der Burght, nr. 119 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 519 en 527.

Art. 4:117 lid 1 bepaalt dat een legaat een uiterste wilsbeschikking is waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent. Lid 2 bepaalt vervolgens dat een legaat, tenzij het aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen is opgelegd, ten laste komt van de gezamenlijke erfgenamen. Is de prestatie deelbaar, dan zijn de belaste erfgenamen ieder voor een deel, evenredig aan zijn erfdeel, verbonden, tenzij de erflater anders heeft beschikt (lid 3). Is het legaat ondeelbaar, dan zijn de erfgenamen hoofdelijk verbonden (art. 6:6 lid 2). Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 145 e.v.

Vergelijk ook over de saisine het commentaar bij de hiervoor onder Erfrecht; Rechtspositie erfgenaam nr. 133 en 134 opgenomen arresten.

#### Commentaar

**136** HOGE RAAD  
23 juni 1989

**Erven Gaasbeek**

- Partijen** Teunis Arie Gaasbeek, te Ederveen, gem. Ede, eiser tot cassatie,  
*tegen*
1. Gerritje Gaasbeek, te Ede,
  2. Hendrika Geertruida Gaasbeek, te Ede,
  3. Gerrit Jan Gaasbeek, te Ede, verweerders in cassatie,
  4. Johann Gelder, wonende te Apeldoorn, verweerder in cassatie.
- Feiten** Vader Gaasbeek verpacht in augustus 1977 een boerderij aan zoon Teunis voor de tijd van twaalf jaar. Vader Gaasbeek overlijdt op 5 december van dat jaar. In de pachtovereenkomst, die goedgekeurd is door de grondkamer, is een koopoptie opgenomen ten behoeve van Teunis, uit te oefenen na overlijden van de verpachter. Ten tijde van het sluiten van de pachtovereenkomst is naast vader een aantal familieleden medegerechtigd tot de verpachte boerderij (deels erfgenamen, deels andere familieleden/niet-erfgenamen van vader Gaasbeek). De boerderij behoort tot de onverdeelde nalatenschappen van de in 1960 vooroverleden eerste echtgenote en van de in 1972 vooroverleden tweede echtgenote van vader Gaasbeek. Beide huwelijken waren in gemeenschap van goederen. Tot de boerderij zijn gerechtigd: vier kinderen van vader Gaasbeek, twee kleinkinderen, een echtgenoot van een vooroverleden kind en de zoon van de tweede echtgenote, ene Friedhelm Lucks. Deze laatste twee zijn geen erfgenaam van vader Gaasbeek. Tijdens de verdeling rijzen zwarigheden tussen de erfgenamen en de overige gerechtigden tot de onverdeeldheid waartoe de boerderij behoort. De deelgenoten die de koopoptie niet wensen uit te voeren, willen de boerderij aan de meest biedende verkopen.
- Verloop van de procedure** De deelgenoten die de koopoptie niet willen uitvoeren vorderen bij de Rechtbank te Arnhem vernietiging dan wel nietigverklaring van de pachtovereenkomst, althans een verklaring voor recht dat de gezamenlijke eigenaren van de boerderij gerechtigd zijn de boerderij te verkopen aan de meest biedende, vrij van pacht of enig ander eigendom beperkend recht. Subsidiair wordt gevorderd te verklaren dat het aangaan van de pachtovereenkomst een materiële schenking aan Teunis inhoudt die inbrengplichtig en voor inkorting vatbaar is. De Rechtbank wijst de eerste vordering toe. Het Hof te Arnhem bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank. Hiertegen stelt Teunis beroep in cassatie in.
- Conclusie A-G** *2 Bespreking van het cassatiemiddel*
- 2.1 Een drietal samenhangende vragen vormen de inzet van dit cassatiegeding.
    - A. Was de erflater bevoegd om zonder medewerking van de andere deelgerechtigden in de boerderij de pachtovereenkomst met Teunis Arie Gaasbeek te sluiten?



B. Zo neen, zijn de andere erfgenamen van de erflater dan niettemin aan die pachtovereenkomst gebonden?

C. Zo neen, heeft Teunis Arie Gaasbeek dan niettemin aanspraak op toescheiding van de boerderij aan hem tegen een waarde in verpachte staat, althans tegen een belangrijk geringere waarde dan de waarde vrij van pacht?

(...)

2.16 Ad B. Waar de klachten tegen 's hofs oordeel dat de erflater niet bevoegd was om zonder medewerking van de andere deelgenoten de boerderij aan Teunis Arie Gaasbeek te verpachten moeten falen, komt de vraag aan de orde of de mede-erfgenamen, d.w.z. de drie andere kinderen van de erflater en de twee kinderen van de vooroverleden dochter van de erflater, niettemin aan de pachtovereenkomst zijn gebonden.

2.17 Het Hof heeft deze vraag in ontkennde zin beantwoord en daartoe overwogen, kort gezegd, dat aangezien de erflater onbevoegd was in augustus 1977 namens alle deelgenoten de boerderij te verpachten en Friedhelm Lucks (evenals destijds Johann Gelder sr.) tot nakoming van de pachtovereenkomst niet kan worden veroordeeld, de verpachting annex koopoptieverlening voor de deelgenoten als zodanig rechtens geen betekenis heeft en moet worden beschouwd als niet bestaande (r.o. 4 en 8 van het bestreden arrest).

2.18 In onderdeel 1 (gericht tegen r.o. 4) en onderdeel 2 (gericht tegen r.o. 8) wordt tegen dit oordeel van het Hof opgekomen.

2.19 Bij de beoordeling van deze onderdelen dient vooropgesteld te worden dat de geldigheid van een obligatoire overeenkomst, zoals de tussen de erflater en Teunis Arie Gaasbeek gesloten pachtovereenkomst, niet afhankelijk is van de vraag of degene die zich daarbij ten aanzien van een bepaald goed verbindt, zoals i.c. de erflater ten aanzien van de boerderij, bevoegd is daarover te beschikken. Zie HR 29 november 1968, *NJ* 1969, 194. Of de wederpartij op grond van een zodanige overeenkomst nakoming kan vorderen, dan wel zich tevreden moet stellen met (vervangende) schadevergoeding, is afhankelijk van de vraag of van de schuldenaar in redelijkheid niet de offers kunnen worden gevegd nodig om alsnog beschikkingsbevoegdheid over het goed te verkrijgen. Zie HR 9 mei 1969, *NJ* 1969, 338 m. nt. HD en HR 21 mei 1976, *NJ* 1977, 73 m. nt. GJS.

2.20 Voorts dient tot uitgangspunt genomen te worden dat erfgenamen op grond van hun erfgenaamschap (rechtsopvolging onder algemene titel) in beginsel gebonden zijn aan de door de erflater aangegane overeenkomsten met betrekking tot een zaak die aan de erflater en zijn erfgenamen te zamen toebehoort, ook als die overeenkomst zonder de vereiste medewerking van de erfgenamen is gesloten. Zie HR 4 juni 1965, *NJ* 1966, 469, m. nt. JHB (erven Quaedvlieg); HR 29 november 1968, *NJ* 1969, 194 (erven van Bijnen); HR 8 december 1972, *NJ* 1973, 496, m. nt. KW (erven Hoitsma); HR 28 november 1980, *NJ* 1981, 440 m. nt. WMK (erven Westenberg). Het beginsel geldt niet onverkort: de omstandigheden waaronder en de toelg waarmee een zodanige overeenkomst tot stand is gekomen, kunnen meebrengen dat deze een ongeoorloofde oorzaak mist. HR 8 december 1972, *NJ* 1973, 496, m. nt. KW. Zie over dit in de rechtspraak van Uw Raad vast verankerde, doch in de literatuur nogal omstreden beginsel o.a. Van der Ploeg, *WPNR* 5290 (1975) p.17-22; Lubbers, *WPNR* 5290 (1975), p. 24/25; Kasdorp-Wedekind-Zwemmer, *Compendium Erfrecht* 1985, p. 81/82; J.J.R. Polman, *Liber amicorum P.L. Dijk* 1986, p. 97-119; Van Mourik, *Erfrecht*, 2e dr.

1986, p. 15-17; Pitlo van der Burght, Erfrecht, 7e dr. 1987, p. 310/311; Asser-Meijers-Van der Ploeg (1988), nr. 312.

2.21 Het Hof heeft, als ik het goed zie, in de omstandigheid dat Friedhelm Lucks wel deelgerechtigd was en is in de boerderij, doch geen erfgenaam is van de erflater en in de omstandigheid dat Friedhelm Lucks (dus) niet tot nakoming van de pachtovereenkomst veroordeeld kan worden, aanleiding gevonden om een uitzondering aan te nemen op het onder 2.20 bedoelde beginsel.

2.22 Dit oordeel van het Hof komt mij onjuist voor.

2.23 Ten tijde van het sluiten van de pachtovereenkomst (augustus 1977) was de erflater, zo moet in cassatie tot uitgangspunt worden genomen, niet bevoegd zonder de medewerking van de andere deelgenoten, waaronder Friedhelm Lucks, over de boerderij te beschikken. Dit betekent dat vóór het overlijden van de erflater de andere deelgenoten aan de pachtovereenkomst, hoewel geldig tussen de erflater en Teunis Arie Gaasbeek, niet waren gebonden en derhalve tot nakoming van die pachtovereenkomst jegens Teunis Arie Gaasbeek niet gehouden waren.

2.24 De erflater was jegens Teunis Arie Gaasbeek uiteraard wel aan de pachtovereenkomst gebonden, zodat de laatste van de erflater nakoming kon verlangen, althans schadevergoeding, indien nakoming door de erflater niet mogelijk geacht moet worden, omdat de offers die deze had moeten brengen om de volledige beschikkingsbevoegdheid over de boerderij te verkrijgen in redelijkheid van hem niet gevegd konden worden.

2.25 Na het overlijden van de erflater zijn de erfgenamen van de erflater wel aan de pachtovereenkomst gebonden, omdat zij op grond van hun erfgenaamschap vermogensrechtelijk de persoon van de erflater voortzetten. De rechten die Teunis Arie Gaasbeek jegens de erflater aan de pachtovereenkomst ontleende (recht op nakoming of, eventueel, recht op schadevergoeding), kan hij thans geldend maken tegen de erfgenamen. Dit alles volgt uit het onder 2.20 bedoelde beginsel.

2.26 De rechtspositie van Friedhelm Lucks ten opzichte van het pachtcontract heeft door het overlijden van de erflater geen wijziging ondergaan. Hij stond en staat buiten de pachtovereenkomst en jegens hem kon en kan Teunis Arie Gaasbeek geen rechten aan die pachtovereenkomst ontleenen.

2.27 Niet in te zien valt waarom deze (ongewijzigde) rechtspositie van Friedhelm Lucks ten opzichte van de pachtovereenkomst de op de erfgenamen overgegane verplichtingen van de erflater uit dat pachtcontract wijzigt of zelfs teniet doet gaan, zoals het Hof heeft beslist. De omstandigheid dat Teunis Arie Gaasbeek van de erfgenamen, zoals destijds van de erflater, wellicht geen nakoming kan verlangen, omdat van hen mogelijkterwijs niet het offer gevegd kan worden nodig om Friedhelm Lucks uit te kopen, laat onverlet het recht van Teunis Arie Gaasbeek om alsdan vervangende schadevergoeding te vorderen.

2.28 Anders gezegd: de omstandigheid dat Friedhelm Lucks niet tot nakoming van de pachtovereenkomst veroordeeld kan worden, ontslaat de erfgenamen niet van hun verplichtingen uit het pachtcontract jegens Teunis Arie Gaasbeek, zoals voor het overlijden van de erflater de omstandigheid dat de andere deelgerechtigden in de boerderij niet tot nakoming van de pachtovereenkomst veroordeeld konden worden de erflater niet ontsloeg van zijn verplichtingen uit het pachtcontract jegens Teunis Arie Gaasbeek.

2.29 De conclusie van een en ander is dat de onderdelen 1 en 2 van het middel doel treffen.

2.30 Ook het op de onderdelen 1 en 2 voortbouwende onderdeel 6, dat het Hof verwijt bij de 'toescheidings- en waarderingsvraag' (r.o. 9 van het bestreden arrest) geen rekening te hebben gehouden met de aanspraken van Teunis Arie Gaasbeek uit de pachtovereenkomst, komt mij bij gevolg gegrond voor.

3.2 De onderdelen 1 en 2 richten zich tegen het in de r.o. 4 en 8 van 's hofs arrest besloten liggende oordeel dat, nu de erflater niet bevoegd was namens alle deelgenoten de boerderij te verpachten en Friedhelm Lucks (evenals destijds Johann Gelder sr.) als niet-erfgenaam aan de pachtovereenkomst niet gebonden is en dus niet tot nakoming daarvan kan worden veroordeeld, de verpachting met koopoptieverlening voor de deelgenoten als zodanig rechtens geen betekenis heeft en als niet bestaande moet worden beschouwd.

Hoge Raad

Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting zodat de onderdelen doel treffen.

Erfgenamen zijn als rechtsopvolgers onder algemene titel in beginsel gebonden aan door de erflater aangegane overeenkomsten en gehouden deze na te komen. Dit geldt ook voor een overeenkomst welke betrekking heeft op een goed dat aan de erflater, zijn erfgenamen en een of meer anderen gezamenlijk toebehoorde en welke door de erflater zonder de vereiste medewerking van de overige deelgerechtigden is gesloten. De omstandigheid dat de deelgerechtigden die niet erfgenaam zijn, de zonder hun medewerking gesloten overeenkomst niet tegen zich behoeven te laten gelden, staat aan de persoonlijke gebondenheid van de erfgenamen en hun verplichting tot nakoming of, zo nakoming niet mogelijk is, tot schadevergoeding niet in de weg.

3.3 Veronderstellenderwijs aannemende dat het bepaalde in art. 1676 BW analogisch kan worden toegepast op het onderhavige geval, heeft het Hof in r.o. 5 geoordeeld dat onder de onderlinge beheersbevoegdheid voorzien in dat artikel niet valt het verpachten van een tot dusver onverpacht onroerend goed. Hier tegen richt zich onderdeel 3 van het middel.

Het onderdeel mist belang aangezien de ten processe vaststaande feiten voor analogische toepassing van voormelde bepaling onvoldoende grondslag bieden. Het onderdeel wordt dus tevergeefs voorgesteld.

3.4 Onderdeel 4 bestrijdt 's hofs oordeel (r.o. 6 en, voor zover daarnaar verwijzend, r.o. 7) dat uit de omstandigheid dat het gebruik en de exploitatie van de boerderij aan de erflater was 'gelaten', niet volgt dat hij bevoegd was tot verpachting.

Het onderdeel berust op een verkeerde lezing van de bestreden overwegingen voor zover het veronderstelt dat het Hof een algemene regel tot uitdrukking heeft willen brengen. Het Hof heeft kennelijk de concrete omstandigheden van het onderhavige geval op het oog gehad en daarin niet voldoende steun gevonden voor de stelling van T. Gaasbeek, dat aan de erflater de bevoegdheid was gegeven de boerderij te verpachten. Aldus oordelende, heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. 's Hofs oordeel is niet onbegrijpelijk en kan voor het overige wegens zijn feitelijke aard niet op zijn juistheid worden getoetst. Het onderdeel faalt derhalve.

**137** Erfrecht – Rechtspositie erfgenaam

3.5 Onderdeel 5 richt zich tegen hetgeen het Hof in r.o. 9 omtrent de ‘toescheiding- en waarderingsvraag’ heeft overwogen en beslist. Het Hof heeft bij zijn beoordeling van die vraag kennelijk tot uitgangspunt genomen dat de pachtovereenkomst tussen de erflater en T. Gaasbeek niet bindend is voor G. Gaasbeek c.s. Voor zover het onderdeel onder a en b dit uitgangspunt bestrijdt, treft het doel op grond van het hiervoor onder 3.2 overwogene.

De onderdelen c en d dienen buiten behandeling te blijven, nu de daarin aan de orde gestelde vragen na verwijzing in het licht van de gegrondheid van de onderdelen a en b opnieuw moeten worden gezien.

3.6 De gegrondheid van de onderdelen 1 en 2 brengt mee dat ook onderdeel 6 doel treft.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Arnhem van 31 maart 1987;

verwijst de zaak naar het Hof te Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing; (...).

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1989, 732. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 13 en 182 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 311, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 480 en Asser-Perrick 6, nr. 356 en 360, en Schoordijk, Opvolging onder algemene titel, WPNR 5934 (1989). Vergelijk ook over de *saisine* het commentaar bij de hiervoor onder Erfrecht; Rechtspositie erfgenaam nr. 135 en 136 opgenomen arresten.

**137**

**HOGE RAAD**  
2 december 1994

**Rekening en verantwoording over gevoerd beheer**

**Partijen**

Elisabeth Anna J., te E., eiseres tot cassatie, incidenteel verweerster,  
*tegen*

Johannes Petrus J., te B., gemeente Nieuw Ginneken, verweerder in cassatie, incidenteel eiser.

**Feiten**

Elisabeth en Johannes zijn broer en zuster. Hun vader, in 1909 geboren, wordt in 1980 wegens een hersenbloeding in het ziekenhuis opgenomen. Omdat hun moeder, in 1913 geboren, blind is, neemt Elisabeth, de oudste van de twaalf in leven zijnde kinderen, de zorg voor de financiën van de ouders op zich. Zij krijgt daartoe machtiging om over hun bank- en girorekeningen te beschikken. Zij heeft dus het beheer daarover tot het overlijden van de ouders. Vader overlijdt in 1981. Hij heeft een langstlevende testament (een ouderlijke boedelverdeling). Moeder overlijdt in 1986, na in 1980 te zijn opgenomen in een verzorgingshuis. Aannemelijk is dat zij tot haar dood in staat is gebleven te bepalen op welke wijze haar inkomsten en vermogen besteed moeten worden. Elisabeth heeft kennelijk geen regelmatige boekhouding bijgehouden.

Johannes vordert bij de Rechtbank te Breda van Elisabeth rekening en verantwoording over het door haar gevoerde beheer. Bij tussenvonnissen wordt comparitie van partijen gelast. Bij vonnis wordt de vordering van Johannes toegewezen en wordt een rechter-commissaris benoemd ten overstaan van wie de rekening en verantwoording moet plaatsvinden. Elisabeth gaat tegen dit vonnis in hoger beroep. Het Hof te 's-Hertogenbosch bekrachtigt evenwel het vonnis. Vervolgens vinden onder leiding van de rechter-commissaris comparities plaats die tot eindresultaat hebben dat ook de rechter-commissaris partijen niet op één lijn kan brengen. De Rechtbank stelt vervolgens bij vonnis vast dat het niet mogelijk is het saldo van de ontvangsten en uitgaven te bepalen en wijst de vordering tot veroordeling tot betaling van enige som aan Johannes en de overige erfgenamen af. Tegen dit vonnis tekent Johannes hoger beroep aan. Het Hof vernietigt dit vonnis en stelt het saldo van de rekening en verantwoording vast op f 13.000,-. Elisabeth wordt veroordeeld dit bedrag te betalen. Elisabeth gaat tegen dit vonnis in cassatie.

**Verloop van de procedure**

8. Waarom het Hof van oordeel is dat de zus geen rekening en verantwoording 'in de zin der wet' heeft gedaan, blijkt niet. Ik opper drie redenen: de opgave van de werkelijke ontvangsten en uitgaven (art. 774 Rv) is niet precies genoeg, onder meer door het ontbreken van een beginsaldo; er zijn onvoldoende justificatoire bescheiden overgelegd (art. 775 Rv jo HR 1 mei 1924, NJ 1924, 851); het saldo van ontvangsten en uitgaven kan niet worden vastgesteld (art. 779 Rv).

**Conclusie A-G**

9. Noch ieder voor zich noch samen kunnen deze redenen evenwel het oordeel dragen dat de rekening en verantwoording niet 'in de zin der wet' is, althans zou zo'n oordeel nader gemotiveerd moeten zijn. Dit volgt uit met name HR 21 maart 1958, NJ 1961, 167, waarover onder meer Burgerl. Rechtsvord., ad art. 774, aant. 1 en ad art. 779. In het arrest is beslist dat afhankelijk van de rechtsverhouding tussen betrokkenen en van de omstandigheden van het geval de verantwoordingsplicht en daarmee de inhoud van de rekening verschillend kunnen zijn. Onder meer kan dit ertoe leiden dat geen saldo kan worden bepaald, zoals art. 779 Rv voorschrijft. Art. 779 Rv is daarom niet van dwingend recht, aldus de Hoge Raad, maar bevat een regel voor het meest voorkomende geval. In concrete gedingen zal moeten blijken of de regel toepassing kan vinden. Ook wanneer het niet mogelijk is het saldo vast te stellen, kan de afgelegde rekening en verantwoording desondanks voldoende zijn.

10. De wijze waarop rekening en verantwoording moet worden afgelegd, is derhalve niet dwingend in de wet bepaald noch voor alle gevallen gelijk. In het licht hiervan is het Hof in de geciteerde vooropstelling dan ook hetzij van een verkeerde rechtsopvatting uitgegaan, hetzij heeft het zijn oordeel dat de zuster geen rekening en verantwoording in de zin der wet heeft afgelegd onvoldoende gemotiveerd. Onderdeel 1 onder a en b van het principaal beroep acht ik derhalve op zichzelf genomen gegrond.

(iv) In de eerste fase van dit geding hebben Rechtbank en Hof geoordeeld, kort samengevat, dat Elisabeth, ook al voerde zij slechts de door haar ouders gegeven opdrachten uit, over de inkomsten en het vermogen van haar ouders een zeker beheer voerde; zij was immers gemachtigd te beschikken over de bank en de

**Hoge Raad**

girorekening, terwijl controle door haar ouders feitelijk onmogelijk was. Rechtbank en Hof hebben haar daarom vanaf augustus 1980 gehouden geoordeeld tot het afleggen van rekening en verantwoording (...).

(v) Blijkens het ‘proces-verbaal van rekening en verantwoording’ van 16 februari 1990 (...) wenst Elisabeth de door haar met het oog op de comparitie van partijen van 14 september 1987 (...) in het geding gebrachte stukken en de door haar ter comparitie van 11 juni 1990 (...) afgelegde aanvullende verklaring als de door haar te dezen afgelegde rekening en verantwoording te zien aangemerkt.

(vi) Genoemde stukken bevatten overzichten van spaargelden en inkomsten van de ouders alsmede van de uitgaven die voor hen onder beheer van Elisabeth zijn gedaan. Zij bevatten voorts toelichtingen bij de mutaties op een bankrekening en de girorekening. Elisabeth heeft in de periode van augustus 1980 tot april 1986, de periode waarin zij het beheer over het vermogen en de inkomsten van haar ouders voerde, niet precies bijgehouden welke inkomsten haar ouders ontvingen en welke uitgaven werden gedaan, naar zij in dit geding van de aanvang af heeft gesteld: omdat zij enkel de opdrachten van haar ouders heeft uitgevoerd en niet heeft kunnen vermoeden dat zij daarvan ooit rekening en verantwoording zou moeten afleggen. De rekening en verantwoording welke zij heeft afgelegd, is dan ook in hoofdzaak gebaseerd op haar herinnering.

3.2.1 Inzet van de rechtsstrijd in deze tweede fase van het geding is de vraag of Elisabeth zich aldus in voldoende mate had gerechtvaardigd omtrent de behoorlijkheid van het door haar in voege als voormeld gevoerde beheer over het vermogen en inkomen van haar ouders. Ter zake is onder meer van belang dat Elisabeth geen informatie heeft verschaft over door haar bij het begin van haar beheer aangetroffen saldi op bank, giro- en spaarrekeningen.

3.2.2 De Rechtbank heeft geoordeeld dat reeds daarom niet op de voet van art. 779 Rv een saldo kon worden vastgesteld. Zij zag daarin evenwel geen beletsel om voormelde vraag bevestigend te beantwoorden. Voor haar was daarbij, blijkens haar r.o. 2.3, doorslaggevend (zakelijk weergegeven): (1°) dat partijen broer en zuster zijn; (2°) dat hun moeder tot haar dood in staat is gebleven mede te bepalen op welke wijze haar inkomsten en vermogen besteed zouden worden; (3°) dat Elisabeth aan haar moeder veel zorg heeft besteed. Deze omstandigheden wettigen, naar het oordeel van de Rechtbank, aan de rekening en verantwoording niet al te zware eisen te stellen. De Rechtbank besliste dan ook dat Elisabeth, hoewel het niet mogelijk was het saldo van de ontvangsten en uitgaven vast te stellen, in voldoende mate rekening en verantwoording had afgelegd, en wees de vordering tot betaling van enige som aan de erfgenamen af.

3.2.3 Het Hof oordeelde in elk geval in zoverre anders dat het vonnis van de Rechtbank heeft vernietigd, het saldo van de rekening en verantwoording ex aequo et bono heeft vastgesteld op f 13.000,- en Elisabeth heeft veroordeeld dit bedrag aan de gezamenlijke erfgenamen van haar ouders ter beschikking te stellen.

3.3 Het verschil in uitkomst tussen Hof en Rechtbank spruit klaarblijkelijk voort uit een verschil in benadering. Terwijl voor de Rechtbank de (familierechtelijke) rechtsverhouding tussen partijen, de aard en omvang van het beheer en de verdere omstandigheden van het geval doorslaggevend waren (zie 3.2.2), heeft het Hof een andere benadering gekozen die het in een inleiding – r.o. 4.1-4.5 – heeft verantwoord.

Daarbij heeft het Hof vooropgesteld dat Elisabeth *'in de zin van de wet'* geen rekening en verantwoording heeft afgelegd (r.o. 4.1). Het doet daarop onmiddellijk volgen dat, nu niet bestreden is de stelling van Johannes dat hij reeds na het overlijden van zijn vader Elisabeth heeft gewaarschuwd dat hij te zijner tijd rekening en verantwoording van het door haar gevoerde beheer zou vragen, het *'feit dat er thans geen beginsaldo valt te bepalen, voor haar rekening en risico komt'*. *'Hiertegenover'*, aldus vervolgt het Hof in r.o. 4.4, staat *'hetgeen de Rechtbank met juistheid heeft overwogen in overweging 2.3'*. 's Hof's slotsom is dat *'het (...)* er derhalve om (gaat) om zo goed mogelijk aan de hand van de beschikbare gegevens een verantwoorde taxatie te maken van het saldo van inkomsten en uitgaven'.

3.4.1 Deze inleiding voldoet niet aan de eis dat de motivering van een in hoogste feitelijke instantie gegeven rechterlijke uitspraak zo moet zijn dat zij de partijen en de cassatierechter in staat stelt te beoordelen of de beslissing in overeenstemming is met het recht.

3.4.2 Niet duidelijk is reeds aanstonds wat het Hof bedoelde toen het vooropstelde dat Elisabeth geen rekening en verantwoording heeft afgelegd *'in de zin der wet'*. Had het Hof daarbij op het oog, een rekening en verantwoording die voldoet aan de voorschriften van de vijfde titel van Boek III Rv, en met name een welke, overeenkomstig het bepaalde in art. 779, in staat stelt tot *het bepalen van een saldo?* Een bevestigend antwoord op deze vraag wordt gesuggereerd doordien het Hof terstond na deze vooropstelling oordeelt dat het feit dat het beginsaldo niet kan worden vastgesteld *'voor rekening en risico'* van Elisabeth komt, en zich in r.o. 4.5 gehouden oordeelt tot het – zo goed mogelijk – bepalen van een (eind)saldo.

Bij *déze* lezing geeft de inleiding blijk van een onjuiste rechtsopvatting: de vijfde titel van Boek III Rv geeft niet meer dan een formele, voor alle gevallen waarin de rechtsverhouding tussen partijen rekenplicht meebrengt geldende regeling van de rekenprocedure; de inhoud van hetgeen als rekening en verantwoording mag worden verlangd, wordt telkens bepaald door de aard van de rechtsverhouding welke verplicht tot het zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te rechtvaardigen, en de omstandigheden van het gegeven geval; het kunnen bepalen van een eindsaldo is daarom niet een vereiste waaraan elke rekening en verantwoording (minstgenomen: in beginsel) moet voldoen (HR 21 maart 1958, NJ 1961, 167). Overigens blijkt hieruit dat voormelde, materieelrechtelijke benadering van de Rechtbank de juiste was.

3.4.3 Zou men daarentegen 's hofs inleidende overwegingen in onderling verband zó moeten begrijpen dat het college daarmee heeft willen aangeven dat het zich, ondanks zijn vorenbesproken vooropstelling, in beginsel bij de materieelrechtelijke benadering van de Rechtbank aansloot, maar meende dat – mede gezien de waarschuwing van Johannes – de rechtsverhouding tussen partijen noopte tot het aanleggen van strengere maatstaven dan *'de niet al te zware eisen'* waarvan de Rechtbank had gemeend te mogen uitgaan, dan had het Hof zulks duidelijker tot uitdrukking moeten brengen en nader moeten motiveren. Bovendien had het dan, gezien het bij *déze* lezing aan die waarschuwing toekomende gewicht, nader moeten motiveren waarom het Johannes' desbetreffende stelling *'niet bestreden'* oordeelde, hoewel Elisabeth, nadat Johannes zijn bewering in

**138** Erfrecht – Rechtspositie erfgenaam

appel had herhaald, ook in hoger beroep uitdrukkelijk en herhaaldelijk heeft volgehouden ('blijft erbij') dat zij 'nimmer heeft kunnen of behoeven te vermoeden' dat zij van het uitvoeren van de opdrachten harer ouders 'ooit rekening en verantwoording zou moeten afleggen'.

3.5 Het voorgaande brengt mee dat de onderdelen 1 en 2a van het middel in het principaal beroep alsmede onderdeel b van het middel in het incidenteel beroep, voor zover zij klagen over onvoldoende motivering, doel treffen. De overige klachten van de wederzijdse middelen behoeven geen behandeling, ook niet voor zover zij zich keren tegen de op voormelde inleiding volgende overwegingen en beslissingen van het hof: deze bouwen immers, naar moet worden aangenomen, voort op die inleiding en kunnen dus evenmin in stand blijven. Na verwijzing zal op het bestaande hoger beroep geheel opnieuw dienen te worden beslist.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principaal en in het incidenteel beroep:

vernietigt het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 18 mei 1993;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof te Arnhem; (...).

**Commentaar** Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1995, 548, m.nt. WMK. Vergelijk ook over het begrip rekening en verantwoording HR 21 maart 1958, *NJ* 1961, 167.

**138**

**HOGE RAAD**

13 mei 2005

**Rekening en verantwoording door gevolmachtigde?**

**Partijen** [Eiseres],  
wonende te [woonplaats],  
EISERES tot cassatie,  
*tegen*  
[Verweerder],  
wonende te [woonplaats],  
VERWEERDER in cassatie,  
niet verschenen.

**Feiten** [Eiseres] is erfgename van [betrokkene 1], overleden op 7 oktober 1995. [betrokkene 1] leed aan een spierziekte, in verband waarmee hij met name gedurende het laatste halfjaar van zijn leven – tegen betaling – door diverse mensen werd verzorgd. Omdat [betrokkene 1] als gevolg van zijn ziekte gaandeweg zijn armen en handen niet meer kon bewegen, heeft hij op 11 mei 1995 [verweerder] gevolmachtigd ten aanzien van zijn rekeningen bij de Rabobank met de nummers [001] (betaalrekening) en [002] (rendementsrekening). Op 1 juli 1995 heeft hij [ver-



weerder] tevens gevolmachtigd ten aanzien van zijn rekening bij de Postbank onder nummer [003].

In de periode van 12 juni 1995 tot 7 oktober 1995 is in totaal f 50.219,76 van de rendementsrekening en van de girorekening afgeschreven.

[Eiseres] heeft in eerste aanleg gevorderd – kort gezegd – [verweerder] te veroordelen op de voet van art. 771 e.v. (oud) Rv ten overstaan van een daartoe te benoemen rechter-commissaris rekening en verantwoording af te leggen ten aanzien van de rekeningen van [betrokkene 1] bij de Rabobank en de Postbank. Aan haar vordering heeft zij ten grondslag gelegd dat [verweerder] als gevolmachtigde geen duidelijkheid heeft verschaft over de (besteding van) het bedrag van f 50.219,76.

[Verweerder] heeft de vordering gemotiveerd bestreden, gesteld dat hij alleen betrokken is geweest bij een drietal geldopnames ten bedrage van in totaal f 12.500,-, welke bedragen hij heeft overhandigd aan [betrokkene 1] respectievelijk diens vriendin, en geconcludeerd dat de vordering van [eiseres] voor afwijzing gereed ligt nu hij niet rekenplichtig is op de voet van art. 771 e.v. (oud) Rv aangezien van zijn kant geen sprake is geweest van beheer.

De Rechtbank heeft de vordering van [eiseres] afgewezen. In hoger beroep heeft [eiseres] zich op het standpunt gesteld dat de rekenplicht heeft bestaan vanaf de datum waarop [verweerder] werd gemachtigd voor de rekeningen bij de Rabobank en aangevoerd dat het verlenen van de machtiging voor de girorekening niet betekent dat [betrokkene 1] op dat moment in staat was zijn wil te bepalen. Ter onderbouwing van de stelling dat [betrokkene 1] niet in staat was zijn wil te uiten heeft [eiseres] zich beroepen op een verklaring van [betrokkene 2], welke verklaring inhoudt dat [betrokkene 1] niet in staat was zich verbaal uit te drukken doch enkel in staat was ja of nee te knikken. Het Hof heeft het vonnis bekrachtigd. Tegen het arrest van het Hof heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld.

(Uit de conclusie van de A-G:)

De cassatiemiddelen

9. Middel 1 klaagt – in onderdeel 1 – dat het Hof zich ten onrechte heeft beperkt tot de vraag of [betrokkene 1] in staat was zijn wil te bepalen en dat het Hof is voorbijgegaan aan de door [eiseres] in appel opgeworpen vraag in hoeverre [betrokkene 1] in staat was zijn wil te uiten. De middelonderdelen 1.2 en 1.3 klagen dat het Hof het bewijsaanbod van [eiseres] niet had mogen passeren nu het voldoet aan de daaraan te stellen eisen aangezien getuigenbewijs wordt aangeboden ter zake van een duidelijk omschreven relevante stelling, te weten dat [betrokkene 1] zijn wil niet kon uiten tijdens de volmacht van [verweerder], terwijl bovendien wordt aangegeven wie als getuigen kunnen worden gehoord. Middelonderdeel 1.4 klaagt dat voorzover het Hof afwijzend zou hebben beslist op de stelling van [eiseres] dat haar vader [betrokkene 1] zijn wil niet kon uiten, het Hof in het geheel geen inzicht heeft gegeven in zijn gedachtegang en dat althans een andere waardering van het geleverde schriftelijke bewijs voor de hand had gelegen.

**Verloop van de procedure**

**Cassatiemiddel**

Middel 2 klaagt dat blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en dat onbegrijpelijk is 's hofs oordeel in r.o. 4 inhoudende dat nu [betrokkene 1] bij leven kennelijk geen aanleiding heeft gezien [verweerder] ter verantwoording te roepen omtrent de wijze waarop hij met de machtiging is omgegaan, [eiseres] als erfgenaam evenmin het recht toekomt [verweerder] ter verantwoording te roepen. Middelonderdeel 2.1 stelt zich op het standpunt dat art. 771 (oud) Rv van de aanwezigheid van een verantwoordingsplicht uitgaat "indien sprake is van een hiertoe strekkende vordering van een belanghebbende en indien de verplichting in enige omvang aanwezig is"; het middelonderdeel klaagt dat vaststaat dat ook [eiseres] belanghebbende is en dat derhalve ten onrechte aan [eiseres] "de mogelijkheid tot artikel 771 Rv [wordt] ontnomen" door "hiernaast de eis te formuleren dat naast de belanghebbende ook [betrokkene 1] zelf [verweerder] ter rekening en verantwoording had moeten roepen". Middelonderdeel 2.2 klaagt dat 's hofs oordeel onvoldoende is gemotiveerd nu uit 's hofs geformuleerde eis niet kan voortvloeien dat nu aan deze eis niet aan is voldaan, [verweerder] geen verantwoording meer zou moeten afleggen.

Middel 3 komt op tegen de laatste drie zinnen van r.o. 4, waarin het Hof stelt dat "dit" onder omstandigheden anders zou kunnen zijn, bijvoorbeeld indien er sprake is van misbruik van omstandigheden door de gevolmachtigde doch dat dit niet door [eiseres] is gesteld; het middel klaagt dat het Hof heeft miskend dat door [eiseres] bij memorie van grieven wel omstandigheden zijn aangevoerd die duiden op een situatie waaronder misbruik van [verweerder] kon worden gemaakt.

**Conclusie A-G**

10. Voorop moet worden gesteld dat van een verplichting tot het doen van rekening en verantwoording van de ene partij jegens de andere partij – zowel naar oud als naar huidig recht – slechts sprake kan zijn indien tussen partijen een rechtsverhouding bestaat, of heeft bestaan, krachtens welke de een jegens de ander is verplicht zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te rechtvaardigen, waarbij geldt dat een rechtsverhouding die een dergelijke verantwoordingsplicht impliceert kan voortvloeien uit de wet of uit een contractuele relatie alsmede uit hetgeen onder bepaalde omstandigheden volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Op een partij kan derhalve in beginsel geen verplichting tot het doen van rekening en verantwoording rusten indien zij niet is belast met vermogensrechtelijk beleid of beheer. Zie HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 338, m.nt. EAAL, HR 25 maart 1977, *NJ* 1977, 448, m.nt. WHH, HR 8 februari 1991, *NJ* 1991, 338 met uitvoerige conclusie van mijn oud-ambtgenoot Asser met veel verwijzingen en HR 8 december 1995, *NJ* 1996, 274. Rust op een partij de verplichting tot het doen van rekening en verantwoording dan gold naar het voor 1 januari 2002 geldende recht de als omslachtig en verouderd gekwalificeerde procedure van art. 771-794 (oud) Rv De nieuwe regeling van art. 771 e.v. Rv betreft uitsluitend de procedure waarin de rekenplichtige geheel of gedeeltelijk onbekende of afwezige belanghebbenden dagvaardt om aan hen rekening en verantwoording te doen. Vragen van overgangrecht zijn in dit geding niet aan de orde nu de Rechtbank en het Hof de vordering van [eiseres] – bij dagvaarding van 2 augustus 2000 op de voet van het des tijds geldende art. 771 (oud) Rv geëntameerd – hebben afgewezen.

3.4.1. Het Hof heeft – in cassatie niet bestreden – vastgesteld (a) dat niet is komen vast te staan dat [betrokkene 1] ten tijde van de volmachtverleningen en bij de uitoefening van de volmachten niet in staat was zijn wil te bepalen en (b) dat hij bij leven geen aanleiding heeft gezien [verweerder] ter verantwoording te roepen omtrent de wijze waarop hij met de machtigingen is omgegaan. Daaraan heeft het Hof kennelijk de gevolgtrekking verbonden dat de desbetreffende geldopnames met instemming van [betrokkene 1] zijn gedaan. Het Hof heeft tevens de stelling van [eiseres] die erop neerkomt dat [betrokkene 1] niet in staat was zich verbaal uit te drukken doch enkel in staat was ja of nee te knikken, onvoldoende geoordeeld om aan deze gevolgtrekking afbreuk te doen en het in dat verband gedane bewijsaanbod gepasseerd. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.

Hoge Raad

3.4.2. In de overwegingen van het Hof ligt als zijn oordeel besloten dat op [verweerder] niet de verplichting rust tot het doen van rekening en verantwoording, aangezien de volmachtverleningen niet een rechtsverhouding hebben geschapen op grond waarvan [verweerder] jegens [betrokkene 1] gehouden is zich omtrent de behoorlijkheid van enig vermogensrechtelijk beleid te verantwoorden, en dat zulk een rechtsverhouding ook nadien niet is ontstaan, omdat [betrokkene 1] bij leven geen bezwaren heeft gehad tegen de wijze waarop [verweerder] van de volmachten heeft gebruikgemaakt en niet is gesteld dat sprake is geweest van misbruik van omstandigheden door de gevolmachtigde.

Tegen de achtergrond van hetgeen onder 3.4.1 is overwogen geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk.

3.4.3. Op het voorgaande stuiten de middelen af.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...)

Het arrest is gepubliceerd in [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl): LJN: AS4167.

Commentaar

## Erfrecht – Natuurlijke verbintenis/andere wettelijke rechten

139

HOGE RAAD

6 oktober 1995

Omzetting natuurlijke verbintenis

**Partijen**

1. B., te L.,  
2. B., te B.,  
3. B., te N., eisers tot cassatie,  
*tegen*  
H., te U. verweerster in cassatie.

**Feiten**

H woont sedert eind 1982 samen met B sr., huisarts. Zij trouwen in oktober Feiten 1987 buiten gemeenschap van goederen. B sr. heeft uit een eerdere relatie kinderen. Hij draagt zijn praktijk in de loop van 1988 over aan een opvolger. In verband hiermee krijgt hij een vordering op Stichting Goodwillfonds voor huisartsen van f 178.000,-, te voldoen in twee termijnen: op 1 september 1988 en op 1 maart 1989. B sr. gaat in verband hiermee een levensverzekering aan met hem als eerste en H als onherroepelijke tweede begunstigde (om niet). De eerste termijn van f 89.093,- wordt door B sr. gewoon betaald. Tot betaling van de tweede termijn geeft B sr. weliswaar opdracht, maar hij overlijdt op 3 december 1988, zijn kinderen (hierna ook B c.s) als zijn erfgenamen achterlatend. Deze trekken de betalingsopdracht in. De betaling van de eerste termijn geeft recht op een lijfrentetermijn van f 5.428,- en de betaling van de tweede termijn geeft recht op een lijfrente van f 5.451,-, in totaal dus f 10.879,-.

**Verloop van de procedure**

H vordert van B c.s. bij de Rechtbank te Assen verklaring voor recht dat B c.s. tekort zijn geschoten in de nakoming van hun verbintenis jegens H dan wel dat zij een onrechtmatige daad jegens H hebben gepleegd waardoor zij gehouden zijn tot vergoeding van schade. De schadevergoeding zou – kort gezegd – erin moeten bestaan dat B c.s. een lijfrente ten behoeve van H dienen af te sluiten onder gelijke condities als de tweede lijfrente. B c.s. stellen een vordering in reconventie in. Bij tussenvonnis ontzegt de Rechtbank H's vordering en gelast comparitie van partijen. Tegen dit vonnis stelt H hoger beroep bij het Hof te Leeuwarden in en vermeerdert daarbij haar eis. Het Hof vernietigt het vonnis van de Rechtbank en wijst H's vordering toe. B c.s. gaan hiertegen in cassatie.

9. Bij de beoordeling van dit middelonderdeel moet worden vooropgesteld dat de vraag of een natuurlijke verbintenis bij (vormvrije) overeenkomst is omgezet in een civiele, een kwestie is van uitleg en daarmee een kwestie van overwegend feitelijke aard. Het Hof heeft aangenomen dat de omzetting bij overeenkomst is geschied; derhalve is niet aan de orde de onder het in casu toepasselijke oude recht bestaande controversen of de omzetting ook bij eenzijdige rechtshandeling kan geschieden. Op de toepasselijkheid van het oude recht kom ik terug bij de bespreking van het tweede middel. Zie over deze controverse Asser-Hartkamp I, 1992, nrs. 82 en Mon. Nieuw BWA-2 (Scholten), 1983, nr. 97. Naar huidig recht kan een omzetting alleen bij overeenkomst plaatsvinden, zij het dat een aanbod tot omzetting om niet ingevolge art. 6:5 lid 2 BW geldt als aanvaard wanneer het aanbod ter kennis van de schuldeiser is gekomen en deze het niet onverwijld heeft afgewezen.

Conclusie A-G

Het Hof is inderdaad met name op grond van de door het middel genoemde omstandigheden tot de slotsom gekomen dat B. sr. en H. een overeenkomst van omzetting hebben gesloten waarbij B. sr. zich jegens H. verplichtte beide termijnen van de koopsom aan de verzekeraar te voldoen. Anders dan de steller van het middel meen ik echter dat het Hof op grond van deze omstandigheden stellig kon oordelen dat van omzetting sprake is geweest en dat H. daarvan ook kon uitgaan. Ik neem hierbij in aanmerking dat het Hof – in cassatie onbestreden – voorop stelde dat B. sr. het bestaan van de op hem rustende natuurlijke verbintenis erkende en daaraan in concreto reeds gestalte had gegeven door het sluiten van voormelde overeenkomst van levensverzekering met het ten behoeve van H. gemaakte onherroepelijke derdenbeding, waarbij de natuurlijke verbintenis reeds gedeeltelijk werd nagekomen door de betaling van de eerste termijn terwijl – naar tussen partijen in confesso is – een tweede termijn was overeengekomen omdat de aanspraak van B. sr. op de Stichting Goodwillfonds voor Huisartsen (die moest dienen ter financiering van de koopsom) aan twee termijnen was gebonden en B. sr. aan die Stichting reeds de opdracht had gegeven de tweede termijn van de koopsom voor hem op de vervaldatum te voldoen. Van een onjuiste rechtsopvatting geeft 's hofs oordeel naar het mij voorkomt niet blijk; het Hof heeft de op het punt van de uitleg geldende maatstaven ook niet miskend.

(...)

12. Aan de steller van het middel moet worden toegegeven dat de vraag of H. de onherroepelijke begunstiging in 1988 heeft aanvaard naar het toen geldende recht en niet naar huidig recht moet worden beantwoord. Onmiddellijke werking van het nieuwe art. 6:253 lid 4 BW gaat – anders dan het Hof kennelijk aan – niet zover dat op het tijdstip van de inwerkingtreding van het nieuwe recht alsnog naar de nieuwe, minder strenge, maatstaf van deze bepaling opnieuw beoordeeld moet worden of tussen partijen een overeenkomst van omzetting tot stand is gekomen; is, gemeten naar de maatstaven van het oude recht, geen overeenkomst tot stand gekomen omdat niet aan de 'ontstaansvereisten' is voldaan, dan brengt de enkele inwerkingtreding van de nieuwe wet daarin geen verandering. Wel kan sprake zijn van bekrachtiging op grond van art. 81 Overgangswet: aan de daarvoor geldende vereisten is in casu echter niet voldaan. Zie over de reikwijdte van de onmiddellijke werking mijn monografie Overgangsrecht, Mon.

Nieuw BW A-25, 1992, p. 27 (in fine) – 29 en de daar genoemde passages uit de wetsgeschiedenis, waaronder met name de MvT, p. 23 laatste alinea en p. 24. Aangezien de (minder strenge) maatstaf van art. 6:253 lid 4 BW naar oud recht niet gold is in zoverre dan ook onjuist 's hofs oordeel dat de begunstiging *gemeeten naar bedoelde maatstaf* heeft te gelden als door H. aanvaard.

Overigens merk ik hierbij wel op dat het oude recht de nieuwe regeling van art. 6:253 lid 4 BW wat resultaat betreft zeer dicht kan benaderen. De aanvaarding van de onherroepelijke begunstiging (te kwalificeren als de aanvaarding van een derdenbeding door de derde) kon en kan immers ook stilzwijgend geschieden (Uw arrest van 15 mei 1964, *NJ* 1964, 472); met name in gevallen als de onderhavige kan uit het stilzwijgen van de begunstigde gemakkelijk worden afgeleid dat de begunstiging is aanvaard. Naar mijn oordeel had het Hof aan het feitencomplex waaraan het de gevolgtrekking verbond dat partijen de natuurlijke verbintenis hebben omgezet in een rechtens afdwingbare, tevens de gevolgtrekking kunnen verbinden dat de begunstiging door H. was aanvaard, aangenomen althans dat aanvaarding van een derdenbeding, anders dan het eerste middelonderdeel betoogt, ook naar oud recht – evenals naar huidig recht – kon worden gericht tot een van de beide andere betrokkenen. Zie Asser-Hartkamp II, 1993, nr. 423 en E.B. Berenschot, *Advocatenblad* 1985, p. 551.

**Hoge Raad**

3.3.1 Middel I keert zich tegen 's hofs r.o. 13 luidende als volgt:

“H. heeft onweersproken gesteld dat zij er van op de hoogte was dat B. sr. ter voldoening aan een op hem rustende dwingende verplichting van moraal en fatsoen de litigieuze koopsompolis van f 178.016,- heeft gesloten, en dat er overeenstemming bestond tussen haar en B. sr. dat zij ter zake onherroepelijk als begunstigde was aangewezen.

Derhalve is tussen B. sr. en H. een overeenkomst tot stand gekomen waardoor die op B. sr. rustende, jegens H. bestaande natuurlijke verbintenis is omgezet in de rechtens afdwingbare verplichting van B. sr. jegens haar tot betaling van beide termijnen van de koopsom aan de verzekeraar.

(...)”

3.3.2 De onderdelen 1 en 2 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Onderdeel 1 bestrijdt de hiervoor vermelde rechtsoverweging met rechtsklachten die erop neerkomen dat het Hof ten onrechte uit de wetenschap van H. omtrent het door B. sr. sluiten van de levensverzekering en zijn beweegredenen daartoe en het bestaan van overeenstemming tussen B. sr. en H. om laatstgenoemde onherroepelijk als begunstigde aan te wijzen, het tot stand komen van een overeenkomst heeft afgeleid als door het Hof omschreven.

Onderdeel 2 bestrijdt de vermelde rechtsoverweging met motiveringsklachten. De onderdelen falen. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat in de gedragingen en verklaringen van B. sr. en H. verklaringen besloten liggen die strekten tot het aanbod om de natuurlijke verbintenis om te zetten in een rechtens afdwingbare en tot aanvaarding van dat aanbod. Door op grond daarvan te oordelen dat de op B. sr. jegens H. rustende natuurlijke verbintenis bij overeenkomst is omgezet in een rechtens afdwingbare verbintenis, heeft het niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

3.3.3 Onderdeel 3 bestrijdt, samengevat weergegeven, 's hofs onder 3.3.1 vermelde rechtsoverweging voorts als onbegrijpelijk omdat H., volgens het onderdeel, niet heeft gesteld dat tussen haar en B. sr. een overeenkomst is gesloten waarbij B. sr. zich jegens H. heeft verbonden de verschuldigde koopsom althans de tweede termijn daarvan, te betalen.

Het onderdeel faalt omdat het Hof kennelijk en in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk, in hetgeen door H. was aangevoerd wel een zodanige stelling besloten heeft geacht.

3.3.4 Onderdeel 4 bestrijdt als onbegrijpelijk 's hofs oordeel dat H. onweersproken heeft gesteld dat zij ervan op de hoogte was dat B. sr. ter voldoening aan een op hem rustende dwingende verplichting van moraal en fatsoen de litigieuze koopsompolis heeft gesloten, omdat B. c.s., in het bijzonder bij conclusie van antwoord onder 14, hebben bestreden dat B. sr. daartoe is overgegaan ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis.

3.3.5 De bestreden rechtsoverweging moet aldus worden verstaan dat het Hof onweersproken heeft geacht dat H. ervan kennis droeg dat B. sr. de levensverzekering had gesloten. De bedoelde rechtsoverweging houdt niet in dat eveneens onbestreden is dat zulks geschiedde ter voldoening aan de op B. sr. rustende dringende morele verplichting. Dat laatste had het Hof immers in zijn r.o. 9 reeds afgeleid uit de daar vermelde omstandigheden. Het onderdeel kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.4.1 Middel II is gericht tegen 's hofs r.o. 17, waar het Hof overweegt:

“Waar de aanwijzing van H. als begunstigde in de polis onherroepelijk en jegens haar om met is gemaakt, heeft – gelet op de omstandigheid dat, gelijk in r.o. 13 is overwogen, H. door B. sr. van een en ander op de hoogte is gesteld – op grond van het bepaalde in art. 6:253 lid 4 BW die begunstiging te gelden als door H. aanvaard, nu niet is gesteld of gebleken, dat die aanwijzing door haar onverwijld is afgewezen door een verklaring, gericht tot B. sr. of de verzekeraar.

3.4.2 Onderdeel I strekt ten betoge dat de vraag of H. de begunstiging heeft aanvaard, moet worden beantwoord naar het vóór 1 januari 1992 geldende recht en dat het Hof derhalve ten onrechte art. 6:253 lid 4 BW heeft toegepast.

Het onderdeel is gegrond. Aanvaarding van een derdenbeding schept voor de derde het recht de bedongen prestatie te vorderen. Indien de voor 1 januari 1992 voltooide feiten geen aanvaarding opleveren, kan niet aan de hand van het nadien geldende recht uit diezelfde feiten alsnog een aanvaarding worden afgeleid, reeds omdat dit tot gevolg zou hebben dat, in weerwil van art. 69, aanhef en onder d, OWINBW, alsnog een recht als voormeld van de derde zou ontstaan.

3.4.3 Het onderdeel kan desondanks bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. 's Hofs oordeel dat de op B. sr. rustende natuurlijke verbintenis om na zijn overlijden aan H. een uitkering tot haar levensonderhoud te verstrekken door een overeenkomst met H. is omgezet in een rechtens afdwingbare, houdt in cassatie stand. In cassatie is voorts niet bestreden het oordeel van het Hof dat B. sr. die verbintenis is nagekomen door de in 3.1 onder (iv) vermelde levensverzekering af te sluiten. De voormelde overeenkomst kan bezwaarlijk anders worden opgevat dan aldus dat B. sr. zich jegens H. had verplicht de levensverzekering die ter nakoming daarvan was gesloten, ook verder uit te voeren door het betalen van de tweede termijn van de koopsom, welke verplichting bij zijn overlijden op zijn erfgenamen is overgegaan.

140

Erfrecht – Natuurlijke verbintenis/andere wettelijke rechten

Voor de door het Hof aanvaarde wanprestatie van die erfgenamen en het ontstaan van de door H. gevorderde schade is niet vereist dat H. ten tijde van dit overlijden zelf reeds rechtstreeks een recht jegens de verzekeraar had verkregen. De door het Hof vastgestelde feiten laten geen andere gevolgtrekking toe dan dat H. door die wanprestatie schade heeft geleden, nu de niet-nakoming door B. c.s. van hun verplichting tot het betalen van de tweede termijn van de koopsom tot gevolg heeft dat H., ondanks haar recht om het beding te aanvaarden, van de verzekeraar geen betaling kan vorderen van de rente waarop die tweede termijn betrekking had.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep; (...).

Commentaar

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1996, 105. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 69 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 219, alsmede Vegter, *NTBR* 1996, nr. 4, p. 116 e.v.

140

HOGE RAAD

8 juni 2007

Verzorgingsvruchtgebruik

Partijen

[Verzoekster],  
wonende te [woonplaats],  
VERZOEKSTER tot cassatie,

tegen

1. [Verweerder 1],

wonende te [woonplaats],

2. Mr. Leonard Willem GROENEWEG, als notaris gevestigd te Heesch, gemeente Bernheze, te dezen optredend in de hoedanigheid van boedelnotaris in de nalatenschap van de op 12 januari 2003 overleden [betrokkene 1],

3. [Verweerder 3],

wonende te [woonplaats], te dezen optredend in de hoedanigheid van executeur-testamentair in de nalatenschap van [betrokkene 1],

VERWEERDERS in cassatie.

Feiten

Verzoekster tot cassatie (hierna: [verzoekster]) was met erflater in 2000 op huwelijkse voorwaarden gehuwd. Haar echtgenoot overleed in 2003 hangende de door hem in 2002 ahangig gemaakte echtscheidingsprocedure. Erflater had in oktober 2001 over zijn nalatenschap beschikt en daarbij zijn broer [verweerder 1] als enig erfgenaam aangewezen en verweerders in cassatie sub en 2 en 3 als executeur-testamentair. Verzoekster verzoekt verweerder in cassatie sub 1 onder meer te bevelen overeenkomstig art. 4:30 BW mee te werken aan de vestiging van een verzorgingsvruchtgebruik op alle goederen van de nalatenschap van haar overleden echtgenoot.



## Erfrecht – Natuurlijke verbintenis/andere wettelijke rechten

140

Met een op 30 maart 2004 ter griffie van de rechtbank 's-Hertogenbosch, sector kanton, ingediend verzoekschrift heeft verzoekster] zich gewend tot de kantonrechter aldaar en verzocht, kort gezegd, a. verweerder 1 te bevelen mede te werken aan het vestigen van een vruchtgebruik op alle goederen van de nalatenschap van betrokkene 1, overleden op 12 januari 2003; b. verweerder 1 en de met het beheer der nalatenschap belaste executeur(s) te bevelen over te gaan tot boedelbeschrijving en het geven van inzage en afgifte van alle bescheiden benodigd voor de berekening van de vruchten als bedoeld in het onder a verzochte; c. verweerder 1 en de met het beheer der nalatenschap belaste executeur(s) op te roepen teneinde de deugdelijkheid van de boedelbeschrijving in tegenwoordigheid van verzoekster onder ede te bevestigen. Verweerder 1 heeft het verzoek bestreden. De kantonrechter heeft bij beschikking van 12 april 2005 de verzoeken afgewezen. Tegen deze beschikking heeft verzoekster hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch. Bij beschikking van 7 februari 2006 heeft het hof de beschikking waarvan beroep – met aanvulling en wijziging van de gronden – bekrachtigd.

**Verloop van de procedure**

Het verzoek is door het hof afgewezen op de grond dat verzoekster aan de vestiging van het vruchtgebruik geen behoefte heeft gezien haar inkomsten, waaronder het rendement over de legitieme portie van de minderjarige zoon van erflater en verzoekster, alsmede gezien haar mogelijkheden om in (enige) aanvullende inkomsten uit arbeid te voorzien. Het hof heeft vervolgens overwogen dat verzoekster, bij afwijzing van het verzoek tot vestiging van een verzorgingsvruchtgebruik, geen belang heeft bij het door haar gedane verzoek tot boedelbeschrijving. Ten aanzien van verweerder sub 2 heeft het hof nog overwogen dat deze als boedelnotaris geen belanghebbende is in de onderhavige procedure.

Tegen de beschikking van het hof heeft verzoekster beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest en het aanvullend verzoekschrift zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit. Verweerder 1, de notaris en de executeur-testamentair hebben bij verweerschrift verzocht het beroep te verwerpen.

3.3.1 Onderdeel II, dat de Hoge Raad eerst zal behandelen en dat zich richt tegen rov. 4.3, behelst onder meer de klacht dat het hof heeft miskend dat de wetgever ervan is uitgegaan dat de langstlevende echtgenoot die door de uiterste wilsbeschikkingen van de erflater geen rechthebbende is op de goederen van de nalatenschap, in beginsel recht heeft op de vestiging van een vruchtgebruik als bedoeld in art. 4:30 lid 1 BW. De klacht faalt. Ingevolge art. 4:30 lid 1 BW zijn de erfgenamen verplicht tot medewerking aan de vestiging van een vruchtgebruik op andere goederen van de nalatenschap dan bedoeld in art. 4:29 BW ten behoeve van de echtgenoot van de erflater, voorzover de echtgenoot daaraan, de omstandigheden in aanmerking genomen, voor zijn verzorging behoefte heeft en die medewerking van hen verlangt. De ontferde echtgenoot zal dan ook – anders dan wanneer hij medewerking verlangt aan de vestiging van een vruchtgebruik op de tot de nalatenschap behorende woning en inboedel zoals bedoeld in art. 4:29 BW – aannemelijk moeten maken dat hij voor zijn verzorging behoefte heeft aan een vruchtgebruik als bedoeld in art. 4:30 BW. Met beide soorten van vruchtgebruik wordt beoogd hem niet meer dan een vangnet te bieden in de vorm van een passende voorziening indien en voorzover zijn verzorging niet is

**Hoge Raad**

gewaarborgd (zie omtrent een en ander ook Parl. Gesch. Invoeringswet Boek 4, blz. 1723-1724). Anders dan het onderdeel betoogt, is de wetgever dus niet ervan uitgegaan dat in beginsel aan de echtgenoot een verzorgingsvruchtgebruik in de zin van art. 4:30 BW toekomt.

3.3.2 Voorzover het onderdeel zijn betoog baseert op art. 4:33 lid 5 BW in samenhang met art. 4:33 lid 2 BW, faalt het eveneens. Anders dan het onderdeel kennelijk voorstaat, volgt ook uit laatstgenoemde bepaling niet dat de echtgenoot in beginsel recht heeft op vestiging van een vruchtgebruik en dat de beoordeling van de behoefte eerst plaatsvindt in een door de erfgenaam of rechthebbende op de voet van art. 4:33 lid 2 BW aangespannen procedure. Integendeel, blijkens lid 4 kan juist te allen tijde, ter afwering van een vordering tot nakoming van een verplichting tot medewerking aan de vestiging van een vruchtgebruik (zoals ook in de onderhavige procedure aan de orde is), een beroep in rechte gedaan worden op de in lid 2 genoemde grond voor opheffing van die verplichting, namelijk dat de echtgenoot geen behoefte heeft aan het vruchtgebruik.

3.3.3 Het onderdeel bevat tot slot de klacht dat het hof de strekking van het verzorgingsvruchtgebruik heeft miskend. Ook deze klacht is tevergeefs voorgesteld. Het hof heeft in overeenstemming met art. 4:30 BW beoordeeld of [verzoekster] voor haar verzorging behoefte heeft aan het vruchtgebruik en heeft, na te hebben vastgesteld dat een dergelijke behoefte niet aanwezig is, het verzoek van [verzoekster] afgewezen.

3.4 Onderdeel V richt zich tegen rov. 4.10, waarin het hof heeft geoordeeld dat de lasten van [verzoekster] beperkt zijn. Het hof heeft in dit verband overwogen dat [verzoekster] bij haar ouders woont aan wie zij € 400,- per maand kostgeld betaalt, dat zij een ziektekostenverzekering betaalt alsmede € 40,- per maand voor meubelopslag, en dat zij geen verdere bijzondere lasten heeft.

Volgens het onderdeel had het hof rekening moeten houden met de behoefte van [verzoekster] indien zij over eigen woonruimte zou beschikken.

Het onderdeel betoogt op zichzelf terecht dat bij het vaststellen van de behoefte niet slechts de huidige situatie tot uitgangspunt kan worden genomen, maar tevens moet worden gelet op in redelijkheid te verwachten toekomstige ontwikkelingen. Het hof heeft dit echter niet miskend. Het hof, dat in rov. 4.9 heeft overwogen dat [verzoekster] in staat moet worden geacht (enige) aanvullende inkomsten uit arbeid te verwerven, was kennelijk van oordeel dat die inkomsten toereikend moeten worden geacht om zelfstandige woonruimte te betalen. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat het verzorgingsvruchtgebruik, zoals in 3.3.1 vermeld, slechts de functie van een vangnet heeft en [verzoekster] haar standpunt dat zij behoeftig is nauwelijks verder heeft toegelicht. Het onderdeel faalt dus.

3.5 De overige in het middel aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep; (...).

#### Commentaar

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2008, 220, m. nt. WMK, en in LJN: BA2507.

## Erfrecht – Materiële kenmerken uiterste wil

**141** HOGE RAAD  
3 april 1914

**Dubbele villa**

J.W. Giesen, wed. van J.C. Broekman, wonende te Hilversum, eischeresse tot cassatie,

*tegen*

D. Snoeck, wonende te Hilversum, verweerder.

**Partijen**

Broekman en Snoeck gaan op 6 maart 1908 over tot verdeling van twee hen in eigendom toekomende villa's te Hilversum. Ieder krijgt de door hem bewoonde villa toegedeeld. Bij de verdeling wordt afgesproken dat bij overlijden van één van hen, de langstlevende het recht heeft de aan de eerststervende toegedeelde villa te kopen voor de prijs waarvoor het in de verdeling was betrokken. De langstlevende moet zich echter binnen drie maanden na overlijden over de uitoefening van dit recht verklaren. Op 6 april overlijdt Broekman. Hij was in gemeenschap van goederen getrouwd. Zijn echtgenote weigert de bij de verdeling gemaakte afspraak na te komen. Zij stelt dat een verplichting met een dergelijke inhoud slechts bij uiterste wil aan erfgenamen kan worden opgelegd.

**Feiten**

Snoeck vordert bij de Rechtbank te Amsterdam van weduwe Broekman nakoming en schadevergoeding. De Rechtbank wijst de vordering af. Het Hof te Amsterdam wijst de vordering evenwel toe. Weduwe Broekman gaat in cassatie.

**Verloop van de procedure**

Overwegende dat de verweerder van dit vonnis in hooger beroep is gekomen, waarop het Hof bij het bestreden arrest als de beteekenis der gesloten overeenkomst heeft vastgesteld, dat daarbij de eene partij aan de andere partij het recht gaf, hetwelk door die andere partij werd aanvaard, om een aanbod tot verkoop binnen een bepaalden tijd aan te nemen, met het gevolg, dat degen, die het aanbod deed gedurende dien tijd daaraan gebonden was en de aan hem toebedeelde villa gedurende dien tijd niet aan een ander dan zijn medecontractant zou mogen verkopen, waaruit door het Hof werd afgeleid, dat bij de besproken overeenkomst niet rechtstreeks eene verplichting werd opgelegd aan de erfgename van Broekman, doch daaruit reeds voor hem zelf een rechtsband is ontstaan, die op de eischeresse als zijne erfgename en als medegerechtigde in de door zijnen dood ontbonden huwelijksgemeenschap is overgegaan; dat het op deze gronden het vonnis der Rechtbank heeft vernietigd, en de vordering met der eischeresse veroordeeling in de kosten heeft toegewezen;

**Hoge Raad**

Overwegende alsnu ten aanzien van het tegen deze beslissing gericht middel: dat de beslissing omtrent de betekenis van de tusschen wijlen Broekman en den verweerder tot stand gekomen overeenkomst is feitelijk, en dus in cassatie onaan- tastbaar, zoodat als vaststaand moet worden aangenomen, dat het krachtens de overeenkomst aan Broekman reeds tijdens zijn leven verboden was om vrijelijk over zijne villa te beschikken, zoolang de verweerder zich niet over de al of niet aanneming van het aanbod tot verkoop had uitgelaten; dat deze gebondenheid van Broekman krachtens de wet op zijne erfgename over- ging, met dien verstande dat zij te haren bate bij de overeenkomst beperkt was tot den termijn van drie maanden na het openvallen der nalatenschap; dat hieruit blijkt dat de gehoudenheid dier erfgename om het aanbod tot ver- koop van haren rechtsvoorganger gestand te doen naar 's hofs feitelijke beslissing niet voortspuit uit eene verplichting haar door Snoeck rechtstreeks opgelegd, maar uit eene krachtens de wet op haar overgegene contractueele verplichting en dus het middel is ongegrond; Verwerpt het beroep.

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1914, p. 721. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 42-46; Pitlo-Van der Burght, nr. 37 en 116 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 75-76, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 114 en Pitlo- Van der Burght, Ebben, nr. 390.

Art. 4:42 omschrijft een uiterste wil als een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden *en die in Boek 4 is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt* (lid 1). De erflater kan een uiterste wilsbeschikking steeds eenzijdig herroepen (lid 2). Het laatste is een (dwingend) gevolg van het eerste. Door in vermeld artikel de eenzijdig- heid voorop te stellen zal de wetgever een einde maken aan de discussie over de vraag wat het belangrijkste kenmerk is: eenzijdigheid of herroepelijkheid. De omschrijving van het begrip is in sommige opzichten beperkter dan de inhoud van het begrip volgens het oude erfrecht. Zie de cursief gedrukte zinsnede. Ver- gelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 103 e.v.

142 HOGE RAAD  
25 april 1929

Van Doveren

**Partijen**

Grietje van den Oever, zonder beroep, wonende te Wijk, gemeente Wijk en Aal- burg, c.s., eischeres tot cassatie,  
*tegen*  
R.J. van Doveren, burgemeester, wonende te Wijk, gemeente Wijk en Aalburg, verweerder in cassatie.

**Feiten**

Van Doveren heeft met zijn broer onroerende zaken in onverdeelde eigendom. In 1899 huurt Van Doveren voor tien jaar de onverdeelde helft van zijn broer. Daar-

bij wordt bepaald dat wanneer de verhuurder vóór de huurder mocht komen te overlijden, de huurder het recht heeft het gehuurde te kopen voor een bedrag van f 2.300,-. Deze optie moet binnen zes maanden na overlijden worden uitgeoefend. Wanneer de huurder vóór de verhuurder mocht komen geldt hetzelfde beding met dien verstande dat de koopprijs in dat geval wordt bepaald door twee deskundigen doch ten minste f 2.300,- bedraagt. Bovendien wordt afgesproken dat wanneer een van partijen tot verkoop van diens onverdeelde helft mocht overgaan, de andere partij recht van voorkeur heeft. Na afloop van de termijn van tien jaar blijft Van Doveren in het bezit van het gehuurde. Op 17 april 1926 overlijdt Van Doveren's broer, de verhuurder. Van Doveren wenst nakoming van de gemaakte afspraak.

Van Doveren vordert bij de Rechtbank te 's-Hertogenbosch nakoming van de gemaakte afspraken subsidiair schadevergoeding. De Rechtbank wijst de vordering toe. De erfgenamen gaan tegen dit vonnis in hoger beroep. Het Hof te 's-Hertogenbosch verwerpt alle grieven en legt aan Van den Oever c.s., de erfgenamen van de overleden broer, een bewijsopdracht op. Tegen dit arrest gaan de erfgenamen in cassatie.

**Verloop van de procedure**

Overwegende omtrent het eerste middel:

dat de voorwaarde, waaronder Peter van Doveren den afstand van de hem toebehoorende helft van het onroerend goed voor f 2.300,- aan zijn medecontractant – den verweerder in cassatie – toezegde, eerst kon worden vervuld na zijn overlijden, zoodat de nakoming dier toezegging nimmer van hem zelf doch uitsluitend van zijn rechtsopvolgers zou kunnen worden gevorderd;

dat dit echter geen verandering brengt in den aard der voorwaardelijke verbintenis, die, gelijk steeds wanneer partijen onder een voorwaarde contracteeren, ook hier reeds aanstonds voor Peter van Doveren en zijn rechtverkrijgenden onder algemeenen titel voortvloeiende uit de door hem gedane en door zijn wederpartij aanvaarde toezegging;

dat het beding derhalve niet in strijd komt met het aan de art. 1351 en 1376 BW ten grondslag liggend beginsel, dat – behoudens afwijkende bepalingen waarop hier geen beroep kan worden gedaan – overeenkomsten alleen partijen kunnen binden;

dat aan de geldigheid van zoodanig beding evenmin eenige andere bepaling van Nederlandsch recht in den weg staat;

dat dit beding wel is waar inhoudt een verklaring van hetgeen Peter van Doveren wil, dat na zijn dood zal geschieden, doch zoodanige inhoud alleen het beding nog niet maakt tot een uitersten wil in den zin der wet, omdat daartoe naar luid van art. 922 B.W. mede vereischt ware, dat Peter van Doveren de verklaring eenzijdig herroepen kon, wat hem echter uithoofde van art. 1374, lid 2, B.W. niet meer vrij stond;

dat daarom onjuist is de stelling van het middel, dat een beschikking als door Peter van Doveren bij overeenkomst getroffen alleen bij testament op geldige wijze kon worden gemaakt;

dat bij de toelichting op het middel nog is betoogd, dat het beding – in strijd met art. 1370 lid 2 B.W. – een beschikking inhield over de nog niet opengevallen

**Hoge Raad**

nalenschap van Peter van Doveren, maar ook dit betoog faalt, omdat dit beding den mede-contractant van Peter van Doveren tegenover diens rechtverkrijgenden niet wil brengen in de rechtspositie van een legataris, doch hem tegenover die rechtverkrijgenden de rechten wil verschaffen die uit overeenkomst voortvloeien;

dat het Hof derhalve terecht de geldigheid van een beding als het onderhavige heeft aangenomen, welke geldigheid trouwens in beginsel ook is erkend in art. 13 der Successiewet, dat voor sommige gevallen de belastingrechtelijke gevolgen van bedingen van dien aard regelt en dus van de geldigheid daarvan uitgaat;

(...)

Verwerpt het beroep.

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1929, p. 1319, m.nt. EMM. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 42-46 en 172; Pitlo-Van der Burght, nr. 37 en 116 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 75 en 76, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 114 en Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 390. Vergelijk ook art. 4:4 en *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 103.

143

**HOGE RAAD**  
25 oktober 1985

**Grafrecht**

**Partijen**

Henricus Johannes Hacken, te Amsterdam, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Geertruida Jansen, te Amsterdam, verweerster in cassatie.

**Feiten**

H.J. Jansen koopt in 1928 een eigen recht van graf van NV Begraafplaats Vredenhof te Amsterdam. In 1955 overlijdt hij en wordt hij in zijn graf begraven. Later worden daarin ook nog enkele andere familieleden begraven. Het grafrecht wordt in 1970 overgedragen aan de oudste van zijn kinderen, Mevr. Hacken-Jansen. Zij laat het graf ruimen. Mevr. Hacken-Jansen overlijdt vervolgens zelf en wordt elders begraven. Zoon Hacken betaalt niettemin steeds de lasten van het lege graf. In geschil is wie gerechtigde is tot het graf: de oudste van de nog in leven zijnde kinderen Jansen of Hacken, zoon en erfgenaam van moeder Hacken-Jansen.

Door de gerechtigden tot de nalenschap van H.J. Jansen is eerder een verklaring afgelegd inhoudende:

- dat het graf op de begraafplaats Vredenhof te Amsterdam werd overgedragen aan mevrouw Hacken-Jansen;
- dat het graf na het overlijden van mevr. Hacken-Jansen zou worden overgeschreven op de alsdan oudste in leven zijnde persoon van de familie Jansen.

Jansen vordert dat Hacken wordt veroordeeld tot overschrijving c.q. afgifte van het graf(recht). De Rechtbank te Amsterdam wijst de vordering af. Jansen komt daartegen in hoger beroep bij het Hof te Amsterdam. Het Hof vernietigt het vonnis en wijst de vordering alsnog toe. Hacken stelt beroep in cassatie in.

**Verloop van de procedure**

Over de vraag echter of iemand een overeenkomst mag sluiten over een bepaald hem toebehorend goed in dier voege dat het toegekende recht eerst na zijn overlijden kan worden uitgeoefend, zijn schrijvers en ook rechtspraak het lang oneens geweest. Het is mijn indruk dat thans echter wel als de heersende leer mag worden beschouwd het door Meijers verdedigd standpunt, dat van een overeenkomst omtrent de nalatenschap van een der contractanten alleen dan sprake is, wanneer omtrent de nalatenschap als zodanig (of een evenredig deel daarvan) is gecontracteerd (zie het boven sub 15 geciteerde art. 4.1.3b lid 2 NBW), zodat niet onder het verbod van art. 1370 lid 2 BW valt de contractuele beschikking over een bepaalde zaak (zie over een en ander met verdere verwijzingen: Hartkamp nr. 236 en Wuisman nr. 38 sub c en nrs. 42 e.v.).

**Conclusie A-G**

En aangezien het litigieuze grafrecht niet kan worden beschouwd als de nalatenschap van mevrouw Hacken, in zijn geheel of een evenredig deel daarvan, heeft het Hof terecht art. 1370 lid 2 BW niet toegepast. Hiermee is, naar ik meen, tevens de tweede klacht in onderdeel IIa van het middel besproken.

### 3. Beoordeling van het middel

**Hoge Raad**

3.1 R.o. 4.2, waartegen onderdeel I zich richt, moet als volgt worden verstaan. Het Hof heeft de aldaar bedoelde verklaringen en de met de hand geschreven toevoeging op deze verklaring aldus uitgelegd a. dat de gezamenlijke erfgenamen van H.J. Jansen het litigieuze recht van graf hebben overgedragen aan Mevr. Hacken-Jansen en b. Mevr. Hacken-Jansen het haar aldus toekomstende recht heeft overgedragen (en wel in dier voege dat het recht bij haar overlijden zou overgaan) aan de oudste alsdan in leven zijnde van de familie Jansen, door het Hof kennelijk opgevat als de in de verklaring vermelde leden van de familie Jansen. In 's hofs oordeel – met name in het woord 'overeengekomen' – ligt besloten dat de andere erfgenamen de overdracht door Mevr. Hacken-Jansen hebben aanvaard. Het vorenstaande brengt mede dat onderdeel I faalt. Subonderdeel a mist feitelijke grondslag omdat het hier gaat om overdrachten en niet om een rechtshandeling 'welke is gericht op het verlies van een recht door een rechtshandeling zonder tevens een overdracht van dit recht te zijn aan een ander'. Subonderdeel b miskent dat in 's hofs oordeel besloten ligt dat de overige erfgenamen de overdracht hebben aanvaard. Onvoldoende met redenen omkleed is 's hofs oordeel op dit punt niet. Subonderdeel c mist feitelijke grondslag, omdat het Hof blijkens het hiervoor overwogene, sprekende over 'afstand', een overdracht van het recht van graf op het oog heeft gehad.

3.2 Onderdeel II richt zich tegen r.o. 4.3. Hierin heeft het Hof in de eerste plaats onderzocht of de overdracht door Mevr. Hacken-Jansen nietig was wegens het bepaalde in art. 1370, lid 2 BW. Deze bepaling leidt tot nietigheid van rechtshandelingen die de strekking hebben een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om zijn erfrechtelijke bevoegdheden uit te oefenen dan wel strekken tot beschikking over nog niet opgevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig

deel daarvan. Het Hof heeft, klaarblijkelijk hiervan uitgaande, terecht geoordeeld, dat een overdracht van een recht in voege als hiervoor in 3.1 vermeld, niet door art. 1370, lid 2 wordt uitgesloten. Subonderdeel a faalt derhalve.

Voorts heeft het Hof in r.o. 4.3 geoordeeld dat er 'gelet op de wederzijdse prestaties' geen sprake is van een door art. 1703, lid 2 verboden schenking. Met dit oordeel brengt het Hof tot uitdrukking dat deze overeenkomst geen schenking oplevert. Subonderdeel b bestrijdt dit oordeel met een klacht over onbegrijpelijkheid, evenwel tevergeefs. Met de wederzijdse prestaties doelt het Hof enerzijds op de overdracht van het recht van graf door de overige erfgenamen aan Mevr. Hacken-Jansen en anderzijds op de overdracht door deze aan de oudste in leven zijnde van de familie Jansen. Onbegrijpelijk is dit oordeel niet.  
(...)

Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep; (...)

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1986, 308, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 42-46; Pitlo-Van der Burght, nr. 37 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 75, 79a en 129, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 18, 114 en 288; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 28 en Asser-Perrick 6, nr. 112.

De hiervoor aangehaalde overweging van de Hoge Raad is geïnspireerd op art. 4:4, lid 1 van dit artikel bepaalt dat een voor het openvallen van een nalatenschap verrichte rechtshandeling nietig is, voor zover zij de strekking heeft een persoon te belemmeren in zijn vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen, welke hem krachtens Boek 4 met betrekking tot die nalatenschap toekomen. Overeenkomsten strekkende tot beschikking over nog niet opengevallen nalatenschappen in hun geheel of over een evenredig deel daarvan, zijn nietig (lid 2). Deze uitzonderingen dienen echter beperkt te worden opgevat. Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), Van Mourik, nr. 5.



## Erfrecht – Testamentaire voorwaarde en tweetrapsmakingen

**144** HOGE RAAD  
21 juni 1929

**Elisabeth**

C.E. van den Brink, weduwe van L. Keers, koopvrouw, wonende te Hilversum, c.s., eischers tot cassatie,

**Partijen**

*tegen*

1. A. van Amerongen, zoo voor zich als in zijne hoedanigheid van voogd over de minderjarige kinderen, geboren uit zijn huwelijk met E. Tisper, rietdekker, wonende te Houten,
2. E.C. van Amerongen, timmerman, wonende te Houten,
3. M.C. van Amerongen, sinds 6 juli 1928 meerderjarig geworden, wonende te Utrecht,
4. C.J. van Amerongen, candidaat in de theologie, wonende te Stein (L.), verweerders in cassatie.

Doesburg, behorende tot de Nederduits Hervormde Kerk (haar echtgenoot was Rooms Katholiek), maakt in 1891 een testament waarin zij haar pleegkind Elisabeth Tisper, Rooms Katholieke (Doesburg's echtgenoot heeft haar laten dopen; Elisabeth was afkomstig van een niet-Katholieke moeder), tot erfgenaam benoemt onder de voorwaarde dat de erfstelling zou vervallen indien de kinderen die mochten worden geboren uit een door haar aangegaan huwelijk, niet voor hun tweede levensjaar in de Nederduitse Hervormde Kerk zouden zijn gedoopt. Indien dat het geval was, zouden de kinderen of verdere afstammelingen bij plaatsvervulling van H. van den Brink, onder de last van een levenslang vruchtgebruik ten behoeve van Elisabeth, erfgenaam worden. Het testament bevat tevens een bewind. Doesburg overlijdt in 1897. In 1903 trouwt Elisabeth in gemeenschap van goederen met Van Amerongen. Zij overlijdt in 1915, zes minderjarige kinderen achterlatend. De kinderen zijn echter niet voor de aanvang van hun tweede levensjaar in de Nederduits Hervormde Kerk gedoopt. Van Amerongen komt namens de kinderen op tegen de geldigheid van de in het testament opgenomen voorwaarde. De kinderen Van den Brink hebben de nalatenschap inmiddels al verdeeld.

**Feiten**

Van Amerongen vordert mede namens zijn kinderen bij de Rechtbank te Utrecht de nalatenschap op, stellende dat de voorwaarde in strijd is met de goede zeden. De Rechtbank verklaart de vordering niet-ontvankelijk. Van Amerongen gaat in

**Verloop van de procedure**

hoger beroep. Het Hof te Amsterdam vernietigt het vonnis en wijst de vordering alsnog toe. De kinderen Van den Brink gaan hiertegen in cassatie bij de Hoge Raad.

**Hoge Raad**

Overwegende hieromtrent:

dat de vraag moet worden beantwoord, of er strijd is met de goede zeden, indien aan eene erfstelling de voorwaarde verbonden wordt, dat zij vervalt, indien de kinderen, die de erfgename uit een mogelijk huwelijk mocht krijgen, niet vóór den aanvang van hun tweede levenslaar in de Nederduitsch Hervormde Kerk zijn gedoopt;

dat deze vraag in bevestigenden zin is te beantwoorden;

dat toch voor de ouders de doop hunner kinderen eene zaak is, die zij vrijelijk overeenkomstig hunne godsdienstige overtuiging behooren te beslissen, zonder dat overwegingen van geldelijke aard daarbij invloed mogen oefenen;

dat echter de onderhavige erfstelling voor de moeder aan het doen doopen harer kinderen in een bepaald kerkgenootschap een geldelijk voordeel verbindt, zulks zonder rekening te houden met hetgeen hare godsdienstige overtuiging haar bij het nemen van haar besluit gebiedt en al zou alsdan de doop in het bedoelde kerkgenootschap met hare godsdienstige overtuiging niet in overeenstemming zijn;

dat derhalve het Hof met juistheid heeft beslist, dat de gestelde voorwaarde in strijd is met de goede zeden en het middel is ongegrond;

Verwerpt het beroep.

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1929, p. 1325, m.nt. EMM. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 60-64; Pitlo-Van der Burght, nr. 47 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 128, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 228; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 226 en Asser-Perrick 6, nr. 152.

Het is de vraag wat met de voorwaarde is bedoeld. Mogelijk is dat het moet worden geïnterpreteerd als een last. Een last legt volgens huidig erfrecht een verplichting aan een erfgenaam of legataris op, welke verplichting niet bestaat in de afgifte van geld of goederen uit de nalatenschap. In het nieuwe erfrecht is een testamentaire last een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan de gezamenlijke erfgenamen of aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen een verplichting oplegt, die niet bestaat in de uitvoering van een legaat (art. 4:130 lid 1). Een last verschaft geen vorderingsrecht (een legaat wel), maar een erfgenaam of legataris op wie een testamentaire last rust, verkrijgt zijn recht onder de ontbindende voorwaarde dat het wegens niet-uitvoering van de last wordt vervallen verklaard door de rechter (art. 4:131 lid 1).

Mogelijk zou ook zijn dat het erfgenaamschap zelf voorwaardelijk is. Naar nieuw erfrecht is daarop afdeling 6 van Titel 4 Boek 4 BW van toepassing. Art. 4:45 lid 1 bepaalt dat een voorwaarde of een last die onmogelijk te vervullen is, of die in strijd is met de goede zeden, de openbare orde of een dwingende wetsbepaling, voor niet geschreven wordt gehouden. De beschikking waaraan de voorwaarde of de last is toegevoegd, is nietig, indien deze de beslissende beweegreden tot die beschikking is geweest. Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 121 en p. 195 e.v.

**145** **HOGE RAAD**  
 16 januari 2004  
 (concl. A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense)

**Boerenplaatsje**

in de zaak van:

1. [Eiser 1 t/m 5],  
 wonende te [woonplaats],  
 EISERS tot cassatie,

*tegen*  
 1. [Verweerder 1 en 2],  
 beiden wonende te [woonplaats],  
 VERWEERDERS in cassatie,

**Partijen**

Op 2 februari 1978 is [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) overleden. Zij was in algehele gemeenschap van goederen gehuwd met [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), uit welk huwelijk geen kinderen zijn geboren. Bij testament van 18 augustus 1960 heeft [betrokkene 2] over haar nalatenschap als volgt beschikt: “(...) Ik benoem tot mijn enige en algehele erfgenaam mijn echtgenoot [betrokkene 1], onder bepaling nochtans dat al wat hij bij overlijden onvervreemd en onverteerd van mijn na te laten goederen zal overlaten zal moeten komen en worden uitgekeerd aan de kinderen van mijn broeder [betrokkene 3], tezamen en voor gelijke delen, of bij hun vooroverlijden aan hun wettige afstammelingen reeds geboren of nog geboren zullen worden.

**Feiten**

(...)

Het is aan mijn genoemde echtgenoot verboden bij schenking onder de levenden over het aan hem gemaakte te beschikken, terwijl dit aan hem gemaakte niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen, waarin hij te eniger tijd mocht huwen.

Hij zal echter wel bij testament over het na te melden onroerend goed mogen beschikken. (...)”

Met “na te melden onroerend goed” werd bedoeld de onverdeelde helft van het perceel [a-straat] in [plaats], bestaande uit een woonhuis met schuur, dubbele garage, kippenhokken, zomerhuisje, erf ondergrond en weiland, kadastraal bekend gemeente Nijkerk, sectie [A] nummer [002], groot één hectare en tweeënzestig are (verder ook te noemen: het boeren-plaatsje). Dit boerenplaatsje was van de zijde van [betrokkene 1] in de huwelijksgemeenschap van [betrokkene 1] en [betrokkene 2] gevallen.

De in het testament van [betrokkene 2] als verwachters aangewezen kinderen van haar broer [betrokkene 3] zijn: [eiser 1] (eiser tot cassatie sub 1), [eiser 2] (eiser tot cassatie sub 2), [verweerder 2] (verweerder in cassatie sub 2) en [betrokkene 4]. [Betrokkene 4] is op 11 augustus 1993 overleden; thans eiseressen in cassatie sub 3 t/m 5 zijn haar dochters die zijn aangewezen als erfgenamen over de hand bij vooroverlijden van hun moeder.

Na het overlijden van [betrokkene 2] is [betrokkene 1] in algehele gemeenschap van goederen gehuwd met [betrokkene 5] (hierna: [betrokkene 5]). [Betrokkene 5] was eerder gehuwd met [betrokkene 6] uit welk huwelijk is geboren [verweerder 1], verweerder in cassatie sub 1 (verder: [verweerder 1]). [Verweerder 1] is gehuwd met [verweester 2] voornoemd, verweester in cassatie sub 2.

Bij testament van 30 mei 1980 heeft [betrokkene 1] over zijn nalatenschap als volgt beschikt:

“(...) Ik benoem tot mijn enige erfgename mijner nalatenschap mijn tweede echtgenote, [betrokkene 5], waarbij ik bepaal dat in deze nalatenschap mede is begrepen het recht dat mij is verleend door mijn eerste echtgenote, [betrokkene 2] (...) bij haar testament, achttien augustus negentienhonderd zestig verleden (...) waarbij zij over haar nalatenschap een fidei-commis de residuo instelde, doch mij de bevoegdheid gaf om over het onroerend goed aan de [a-straat] te [plaats] vrijelijk te beschikken, weshalve gemeld vast goed eveneens onder mijn nalatenschap is begrepen. Voor het geval ik mocht komen te overlijden na mijn genoemde echtgenote, tegelijk met haar of althans zo dat men niet weten kan wie van ons het eerst is overleden, benoem ik tot mijn enige erfgenaam haar zoon, [verweerder 1], (...)”

[Betrokkene 5] is op 8 maart 1994 overleden, [betrokkene 1] op 20 februari 1997.

Inzet van het onderhavige geding vormt de vraag naar de rechtsgeldigheid onder het tot 1 januari 2003 geldende recht van de fidei-commissaire making in het testament van [betrokkene 2], waarbij zij met betrekking tot het boerenplaatsje haar echtgenoot [betrokkene 1] benoemde tot bezwaarde en, kort gezegd, [eiser] c.s. tot verwachters, doch [betrokkene 1] wel de bevoegdheid toekende bij testament over het boerenplaatsje te beschikken.

**Verloop van de procedure**

Verweerders in cassatie – verder te noemen: [verweerder] c.s. – hebben bij exploit van 20 september 1999 eisers tot cassatie – verder te noemen: [eiser] c.s. – gedagvaard voor de Rechtbank te Arnhem en gevorderd bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. Primair: te verklaren voor recht dat [betrokkene 1], overleden te Ermelo op 20 februari 1997, bij testament van 30 mei 1980 rechtsgeldig de onverdeelde helft van de vrijstaande woning met garage, schuur, erf, tuin en weilanden, gelegen te [plaats] aan de [a-straat], kadastraal bekend gemeente Nijkerk sectie [A] nummer [001] aan [verweerder 1] heeft nagelaten, althans heeft kunnen nalaten, en dat aldus de bepaling in het testament van [betrokkene 2], overleden op 2 februari 1978 te Nijkerk, onder meer luidende: “Hij zal echter wel bij testament over het na te melden onroerend goed mogen beschikken” rechtsgeldig is en dat [eiser] c.s. aan laatstbedoeld testament ter zake van voormelde onroerende zaak geen rechten kunnen ontlenen;

2. Subsidiair: voor het geval de Rechtbank de primaire vordering geheel of gedeeltelijk afwijst, voor recht te verklaren, dat de verwachters ter zake van de nalatenschap van [betrokkene 2] recht hebben op vergoeding van een totaalbedrag van f 126.000,-, althans f 129.000,-, althans van een zodanig bedrag als de Rechtbank in goede justitie zal vermenen te behoren.

[Eiser] c.s. hebben de vorderingen bestreden.

Erfrecht – Testamentaire voorwaarde en tweetrapsmakingen

145

De Rechtbank heeft bij tussenvonnis van 25 mei 2000 de zaak naar de rol verwezen voor akte uitlating door [eiser] c.s. en bij eindvonnis van 7 september 2000 de primaire vordering toegewezen.

Tegen beide vonnissen hebben [eiser] c.s. hoger beroep ingesteld bij het Hof te Arnhem. [Verweerder] c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 29 januari 2002, verbeterd bij herstelarrest 19 februari 2002, heeft het Hof [verweerder] c.s. niet-ontvankelijk verklaard in hun hoger beroep tegen het tussenvonnis van 25 mei 2000 en het eindvonnis van de Rechtbank van 7 september 2000 bekrachtigd.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

Tegen het arrest van het Hof hebben [eiser] c.s. beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[Verweerder] c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de A-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense strekt tot verwerping van het beroep.

[Eiser] c.s. bestrijden de beslissing van het Hof met een cassatiemiddel dat inhoudt dat 's hofs oordeel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het stelsel en de aard van het fidei-commis zich verzetten tegen een making als de onderhavige (onder meer) omdat de fidei-commissaire goederen niet tot de nalatenschap van de bezwaarde behoren.

Cassatiemiddel

1. Deze zaak gaat over een *fidei-commis de residuo*, dat wil zeggen een making over de hand van hetgeen de erfgenaam uit de hand (de bezwaarde) van het gemaakte onvervreemd of onverteerd zal nalaten. Daarbij staat in cassatie centraal de rechtsgeldigheid – naar oud recht – van de testamentaire bepaling dat de bezwaarde bij testament zal mogen beschikken over een tot de nalatenschap behorend goed, een bevoegdheid waarvan de bezwaarde in casu gebruik heeft gemaakt ten gunste van thans verweerders in cassatie. Het Hof heeft – evenals de Rechtbank – geoordeeld dat bedoelde bepaling rechtsgeldig is. Daartegen keert zich het middel.

Conclusie A-G mr.  
De Vries Lentsch-  
Kostense

(...)

9. Voorop moet worden gesteld dat deze zaak waarin het Hof arrest wees vóór de inwerkingtreding per 1 januari 2003 van het nieuwe erfrecht, reeds op grond van art. 74 lid 4 Overgangswet ook in cassatie moet worden beoordeeld naar het recht zoals dat gold vóór 1 januari 2003. Beide partijen gaan daarvan ook uit.

(...)

Bij een fidei-commis de residuo komt de bezwaarde erfgenaam de bevoegdheid toe om het hem onder verband van het fidei-commis gemaakte te vervreemden en te verteren en zelfs bij schenking onder de levenden daarover te beschikken tenzij dit laatste door de erflater voor het geheel of ten dele mocht zijn verboden, aldus art. 1036 BW (oud). Aangenomen wordt dat de verwachter gedurende het bezwaar slechts een verwachting en geen recht heeft: in deze zin Asser-Van der Ploeg-Perrick, 1996, nr. 624 en nr. 152. Overigens wordt ook verdedigd dat deze verwachting moet worden gekwalificeerd als een voorwaardelijk recht van de

verwachter onder een tijdsbepaling; zie Klaassen-Eggens-Polak, 1956, p. 377 en Klaassen-Eggens-Luijten, 1989, p. 185; zie ook Stollenwerck, a.w., p. 52 e.v. en p. 26 e.v. Het recht van de bezwaarde eindigt met het openvallen van de opvolging, doorgaans het overlijden van de bezwaarde; de verwachter verkrijgt alsdan het overschot van rechtswege van de erflater. Door de meeste schrijvers wordt daarom aangenomen niet alleen dat de bezwaarde niet bij testament over het hem onder verband van het fidei-commis gemaakte kan beschikken, doch tevens dat de erflater de bezwaarde ook niet bij testament de bevoegdheid daartoe kan verlenen omdat het overschot geen deel uitmaakt van de nalatenschap van de bezwaarde. Zie: Asser-Van der Ploeg-Perrick, 1996, nr. 622; Pitlo-Van der Burght, Erfrecht, 1997, nr. 137; Klaassen-Eggens-Luijten, 1989, p. 198; Suijling-Dubois, Inleiding tot het burgerlijk recht, 1931, nr. 397. In dat verband wordt een beroep gedaan op het arrest van Uw Raad van 18 januari 1952, *NJ* 1952, 149, dat betrekking had op een geval waarin aan de bezwaarde niet de bevoegdheid was verleend bij testament te beschikken over het hem onder verband van het fidei-commis gemaakte; Uw Raad oordeelde dat de bezwaarde niet bij testament over het aan hem gemaakte of over enig deel daarvan kan beschikken “omdat de bezwaarde en de verwachters, ieder op hun beurt, hun rechten ontlenen aan den insteller en van deze erven, zodat hetgeen bij overlijden van den bezwaarde van het hem gemaakte is overgebleven, niet tot de nalatenschap van den bezwaarde behoort”.

(...)

12. De vraag of de erflater (de insteller) aan de bezwaarde de bevoegdheid kan verlenen bij testament te beschikken over het hem onder verband van het fidei-commis gemaakte, wordt evenwel ook bevestigend beantwoord. Zie: Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, deel III, 1886, p. 483 en Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, deel III, 1902, p. 150; zie voorts aarzelend: Klaassen-Eggens-Polak, 1956, p. 392. Zie verder Buining, *Het Fideicommiss de Residuo*, praeadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1952, p. 33, die opmerkt dat er geen beginsel is dat zich ertegen verzet dat de insteller de bezwaarde uitdrukkelijk het recht verleent om bij testament over het residu te beschikken; hij is van oordeel dat de erflater in dat geval slechts een verwachter aanwijst onder de voorwaarde dat de bezwaarde niet een andere gerechtigde zal aanwijzen. Zie ook Buinings mede-*praeadviseur* Pitlo, praeadvies p. 116-117: Pitlo betoogt dat de onbevoegdheid om bij testament te beschikken zo essentieel is voor het fidei-commis de residuo dat de making de naam van ‘residuaire fideicommissaire making’ niet meer verdient wanneer de insteller aan de eerstgeroepene de bevoegdheid tot beschikking bij uiterste wil heeft verleend; hij voegt daaraan toe dat een dergelijke making evenwel niet ongeldig is doch beschouwd moet worden als een making aan de tweede geroepene onder de opschortende voorwaarde dat de eerstgeroepene vóór hem is overleden en noch onder de levenden noch bij dode heeft vervreemd of verteerd. Zie in deze zin ook Stollenwerck, a.w., p. 75-76. Stollenwerck betoogt dat aan de bezwaarde niet de bevoegdheid kan worden verleend tot testamentaire beschikking over het overschot tenzij men deze figuur ziet als een voorwaardelijk fidei-commis. Hij tekent daarbij aan dat men zich kan afvragen wat de zin is van een zodanig ‘fidei-commis’ aangezien het wezenskenmerk van het fidei-commis is dat de insteller twee personen achtereenvolgens tot

dezelfde making roept en de uiterste wil van de insteller afhankelijk zou worden van de uiterste wil van de bezwaarde indien de bezwaarde bij uiterste wil over het overschot zou kunnen beschikken.

Naar mijn oordeel kan een fidei-commis als hier bedoeld wel degelijk goede zin hebben. Bij erflaters kan de behoefte bestaan om enerzijds aan de erfgenaam uit de hand de vrijheid te verlenen tot beschikking bij testament over (een deel van) de fidei-commissaire goederen doch om anderzijds tevens zeker te stellen wie erfgenaam over de hand zal zijn van het residu ingeval de erfgenaam geen gebruik heeft gemaakt van de hem verleende testeerbevoegdheid. Men denke aan echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd en wier huwelijk kinderloos is gebleven; bij hen kan bedoelde behoefte met name bestaan ten aanzien van de goederen die van de kant van de erfgenaam uit de hand (de langstlevende echtgenoot) in de gemeenschap zijn gevallen, zoals in casu het geval is geweest bij het litigieuze boerenplaatsje. Aan het wezenskenmerk van het fidei-commis de residuo wordt door het verlenen van testeerbevoegdheid naar mijn oordeel geen afbreuk gedaan, met name niet in geval de testeerbevoegdheid – zoals in casu – slechts met betrekking tot een deel van de fidei-commissaire goederen wordt verleend zodat kan worden gesproken van een fidei-commis de residuo waarbij geldt dat bepaalde goederen slechts onder het fidei-commissaire verband en daarmee onder het residu vallen onder de opschortende voorwaarde dat daarover niet bij testament is beschikt. De wet verbiedt een dergelijk fidei-commis de residuo niet; de aan de fidei-commissaire makingen verbonden wettelijke beperkingen betreffen met name het fidei-commis met bewaarplicht, beperkingen die zijn ingegeven door bezwaren tegen een te grote macht van de erflater. Gezien de testeevrijheid die in ons erfrecht geldt (zie Asser-Van der Ploeg-Perrick, 1996, nr. 84) moet naar mijn oordeel dan ook worden aangenomen dat de erflater aan de bezwaarde de bevoegdheid kan verlenen bij testament te beschikken over goederen die onder het fidei-commissaire verband vallen, in dier voege dat een dergelijk fidei-commis voorzover het de goederen betreft die onder bedoelde testeerbevoegdheid vallen, moet worden beschouwd als een making over de hand onder de opschortende voorwaarde dat van de testeerbevoegdheid geen gebruik is gemaakt.

13. In dit verband kan nog worden opgemerkt dat fidei-commissaire makingen in het nieuwe erfrecht niet als afzonderlijke rechtsfiguur zijn geregeld maar als species van de voorwaardelijke making, een regeling die mogelijk is geworden omdat de vervulling van de voorwaarde volgens art. 3:38 BW – in tegenstelling tot hetgeen gold vóór de inwerkingtreding van deze bepaling per 1 januari 1992 – geen terugwerkende kracht heeft. Uit art. 4:138 BW blijkt dat de bezwaarde als rechthebbende onder ontbindende voorwaarde wordt gezien en de verwachter als rechthebbende onder opschortende voorwaarde, waarbij geldt dat de positie van de bezwaarde als regel gelijk dient te worden gesteld aan die van een vruchtgebruiker behoudens andersluidende regeling door de erflater die de voorwaarden naar eigen wens nader kan formuleren. Zie Asser-Perrick, 2002, nr. 168 e.v. Zie in dit verband ook de MvA II (Tweede Kamer, vergaderjaar 1992-1993, 17 141, nr. 12, p. 53) waar wordt aangetekend:

“Het zal overigens in de eerste plaats van de inhoud en de uitleg van het betreffende fideicommiss afhangen wat hier precies geldt. Zo kan het bijv. zijn dat het fideicommiss een verdergaande bevoegdheid om de fideicommissaire goederen weg te schenken inhoudt dan uit artikel 3:215 lid 3 voortvloeit, zoals het anderszits ook mogelijk is dat de bevoegdheid te vervreemden of te verteren bij het testament wordt beperkt met als gevolg dat de making wellicht geen zuivere fideicommiss ‘de residuo’ meer mag heten.”

Ook naar nieuw erfrecht zou derhalve de testamentaire making uit het testament van [betrokkene 2] volledig rechtsgeldig zijn.

14. Het Hof heeft in zijn door het middel bestreden arrest het litigieuze testament met de door het middel gewraakte bepaling omtrent de testateurbevoegdheid aldus uitgelegd dat in dit testament sprake is van een fidei-commiss de residuo met betrekking tot de gehele nalatenschap, waarbij aan de bezwaarde evenwel uitdrukkelijk de vrije hand werd gegeven met betrekking tot het litigieuze boerenplaatsje, in diër voege dat de bezwaarde over dat boerenplaatsje ook bij testament mocht beschikken; het Hof oordeelde dat de erflaatster in overeenstemming daarmee heeft bedoeld het boerenplaatsje uitdrukkelijk uit te zonderen van het overschot ingeval de bezwaarde gebruik zou maken van de hem verleende bevoegdheid. Daarmee is het Hof ervan uitgegaan dat met betrekking tot het boerenplaatsje voor de door de erflaatster aangewezen verwachters slechts sprake was van een making over de hand onder de voorwaarde dat de bezwaarde niet bij testament over het plaatsje zou hebben beschikt. Deze voorwaarde is niet in vervulling gegaan, zodat daarmee in 's hofs uitleg vaststond dat het boerenplaatsje niet viel onder het overschot dat bij het overlijden van de bezwaarde van rechtswege toekwam aan de verwachters en over welk overschot de bezwaarde niet bij testament kon beschikken aangezien een overschot niet tot de erfenis van de bezwaarde behoort.

Het middel betoogt dat 's hofs oordeel in strijd is met het stelsel en de aard van het fidei-commiss de residuo die zich verzetten tegen een bepaling waarbij aan de bezwaarde de bevoegdheid wordt verleend bij testament over fidei-commissaire goederen te beschikken aangezien de fidei-commissaire goederen niet behoren tot de nalatenschap van de bezwaarde. Het middel faalt. Het ziet eraan voorbij dat in 's hofs uitleg, tegen welke uitleg het middel – terecht – geen zelfstandige klacht heeft gericht, het boerenplaatsje ten aanzien waarvan aan de bezwaarde testateurbevoegdheid was verleend, niet viel onder het residu dat bij overlijden van [betrokkene 1] van rechtswege aan de verwachters toekwam nu [betrokkene 1] bij testament over dat boerenplaatsje heeft beschikt. Het middel ziet voorts eraan voorbij dat het een erflater ook naar oud recht vrijstaat – zoals hiervoor onder 12 geconcludeerd – aan de bezwaarde de bevoegdheid te verlenen bij testament te beschikken over goederen die onder het fidei-commissaire verband vallen in diër voege dat een dergelijk fidei-commiss voorzover het de goederen betreft die onder bedoelde testateurbevoegdheid vallen moet worden beschouwd als een making over de hand onder de opschortende voorwaarde dat van de testateurbevoegdheid geen gebruik is gemaakt. Dat de erflater daarbij aan de bezwaarde de vrijheid verleent zelf te bepalen of bedoelde goederen onder het residu zullen vallen, staat daaraan niet in de weg.



De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Conclusie

3.5. Het middel faalt. Geen regel van erfrecht zoals dat gold tot de inwerkingtreding per 1 januari 2003 van de wet van 16 augustus 2002, Stb. 430 – dat ingevolge art. 68a in verbinding met 69 Overgangswet Nieuw BW de onderhavige vraag beheerst – verzet zich tegen een testamentaire making als bedoeld in art. 4:928 (oud) BW waarbij de erflater de bezwaarde niet slechts de vrijheid laat het hem gemaakte te vervreemden of te verteren, doch hem eveneens de bevoegdheid verleent daarover bij testament te beschikken. Het in art. 4:926 (oud) in verbinding met art. 4:927 (oud) en de bepalingen van de Zevende en de Achtste afdeling van de Twaalfde titel van Boek 4 (oud) BW neergelegde stelsel hield een beperking in van de vrijheid van een erflater om bij uiterste wil erfstellingen of legaten over de hand te maken. Uit art. 4:928 (oud) in verbinding met art. 4:1036 (oud) blijkt dat die beperking niet gold voor een making over de hand van hetgeen de erfgenaam of legataris daarvan onvervreemd of onverteerd zou nalaten (fidei-commis de residuo). Er is geen grond om aan te nemen dat het in strijd is met het tot 1 januari 2003 geldende wettelijk stelsel de erflater de vrijheid te laten om in een geval van een fidei-commis de residuo aan de bezwaarde de bevoegdheid toe te kennen om over het gemaakte bij testament te beschikken. In dat geval is sprake van een fidei-commissaire making onder de voorwaarde dat zij slechts van kracht is, indien en voor zover de bezwaarde niet bij uiterste wil over de fidei-commissair vermaakte zaken mocht blijken te hebben beschikt. Is zulks wel het geval, dan vallen de bedoelde zaken niet langer onder het fidei-commissair verband.

Hoge Raad

3.6. Opmerking verdient nog dat in het erfrecht zoals het sedert 1 januari 2003 van kracht is, het fidei-commis de residuo niet meer als afzonderlijke rechtsfiguur is geregeld, doch beheerst wordt door hetgeen de wet omtrent voorwaardelijke makingen behelst, met dien verstande dat ingevolge art. 4:141 BW de in art. 4:140 neergelegde beperking in de tijd van de werking van aan erfstellingen verbonden voorwaarden niet geldt voor makingen als hier bedoeld. Het effect van een fidei-commis de residuo onder het oude recht kan thans worden bewerkstelligd door een making aan de bezwaarde onder de ontbindende voorwaarde dat de verwachter de bezwaarde zal overleven, met een daarop aansluitende making aan de verwachter onder dezelfde voorwaarde, doch in opschortende vorm. Zoals ook blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 13 aangehaalde passage uit de totstandkomingsgeschiedenis van de nieuwe wetgeving, staat het de erflater vrij de aan een dergelijke making verbonden voorwaarden aldus te formuleren dat de te vermaken zaak of zaken slechts dan aan de verwachter zal (zullen) toevallen indien deze de bezwaarde overleeft en laatstgenoemde niet bij uiterste wil over die zaak (zaken) heeft beschikt.

4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2004, 487, m.nt. WMK. Zie over dit arrest T.J. Mellema-Kranenburg, *Juridische Berichten voor het Notariaat*, 2004, nr. 10, alsmede P. Blokland en A.H.N. Stollenwerck, *De uiterste wil van de bezwaarde en het overschot*, WPNR 6574-6575 (2004).

Commentaar

146

HOGE RAAD

5 oktober 2007

Zaaksvervanging fidei-commissaire goederen

**Partijen**

[Eiser],  
 wonende te [woonplaats],  
 EISER tot cassatie,  
*tegen*  
 [Verweerder],  
 wonende te [woonplaats],  
 VERWEERDER in cassatie.

**Feiten**

Het gaat in deze zaak om de afwikkeling van het fidei-commis de residuo waarbij de op 23 december 1983 overleden erflater zijn echtgenote heeft benoemd tot bezwaarde en zijn neef, verweerder, tot verwachter. Eiser is de broer en enig erfgenaam van de bezwaarde, die in 2001 is overleden. Erflater was buiten gemeenschap van goederen gehuwd, behalve die van inboedel.

Erflater heeft in zijn testament zijn echtgenote tot zijn enige en algemene erfgename benoemd, onder de last om al hetgeen zij bij haar overlijden onvervreemd en onverteerd zal achterlaten van wat zij uit zijn nalatenschap als erfgename zal hebben verkregen, inboedelgoederen daaronder niet begrepen, uit te keren aan zijn neef of diens nakomelingen, een en ander met onder meer de volgende bepalingen: ‘– dat de bezwaarde verplicht zal zijn bedoeld vermogen geheel afzonderlijk, gescheiden van haar overige bezittingen te administreren;

– dat al hetgeen door wederbelegging of anderszins in de plaats zal treden van de bestanddelen van bedoeld vermogen, mede zal behoren tot het fidei-commissaire kapitaal;

– dat bij het einde van het bezwaar de verwachters afgifte van bedoeld kapitaal, dan wel van hetgeen daarvan nog is overgebleven, zullen kunnen vorderen, zullende het bewijs van enige vervreemding of vertering, casu quo van enige wederbelegging of zaaksvervanging, rusten op de bezwaarde of haar erfgenamen en/of rechtverkrijgenden.’

Erflater's echtgenote en haar broer zijn na het overlijden van hun moeder in 1973 ieder voor de onverdeelde helft gerechtigd geworden tot de ouderlijke woning, die het echtpaar is gaan bewonen. Broer en zus zijn in 1985 overgegaan tot verdeling waarbij de woning werd toebedeeld aan de zus, erflater's echtgenote. Haar broer verkreeg in verband daarmee een vordering wegens overbedeling. Op de grond dat de vordering wegens overbedeling uit het fidei-commissaire vermogen is gefinancierd, stelt de neef in dit geding dat hij – uit hoofde van zaaksvervanging – aanspraak heeft verkregen op de helft van de waarde van de woning. Zijn daartoe strekkende vordering is door de rechtbank en het hof toegewezen. Daartegen keert zich het cassatiemiddel met onder meer de klacht dat zaaksvervanging in de gegeven omstandigheden is uitgesloten en dat slechts

## Erfrecht – Testamentaire voorwaarde en tweetrapsmakingen

146

een vorderingsrecht is ontstaan ten behoeve van het fidei-commissaire vermogen en ten laste van het onbezwaarde vermogen tot vergoeding van het (nominale) bedrag dat in verband met de voldoening van de vordering wegens overbedeling aan het fidei-commissaire vermogen is onttrokken.

In deze procedure vordert de neef van de erflater dat de broer van erflater's echtgenote wordt veroordeeld tot betaling van de helft van de opbrengst van de woning, met wettelijke rente. Hij heeft daartoe aangevoerd dat de broer van erflater's echtgenote met de betaling van f 47.411,88 de ingevolge het fidei-commissis de residuo op hem rustende verplichtingen nog niet volledig is nagekomen, althans jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, aangezien aan hem als verwachter bovendien de helft van (de waarde van) de woning toekomt nu de bezwaarde de aan haar broer toebehorende onverdeelde helft van de woning in eigendom heeft verworven met contanten afkomstig uit het fidei-commissaire kapitaal, waardoor de helft van deze woning op grond van zaaksvervangings is gaan behoren tot het fidei-commissaire kapitaal en hij als verwachter derhalve gerechtigd is tot de helft van de woning althans tot de helft van de (verkoop-) waarde daarvan. De broer van de bezwaarde heeft de vordering bestreden.

## Verloop van de procedure

De rechtbank heeft in haar tussenvonnis geoordeeld dat van zaaksvervangings sprake is als de tegenprestatie voor het vervangende goed geheel of nagenoeg geheel afkomstig is uit het bezwaarde vermogen van de bezwaarde, en dat voorschijns aangenomen moet worden dat in dit geval van zaaksvervangings sprake is nu vaststaat dat erflaters echtgenote het aandeel van haar broer in de woning heeft overgenomen door daartoe liquide middelen uit het fidei-commissaire kapitaal aan te wenden, waarmee zij de betalingsverplichting aan haar broer ten bedrage van f 59.002,69 geheel of nagenoeg geheel (voor een bedrag van f 50.996,69) heeft voldaan. Dat zou nog anders kunnen zijn als erflaters echtgenote het gevolg van zaaksvervangings uitdrukkelijk niet heeft beoogd, maar slechts het oog heeft gehad op het ontstaan van een vergoedingsrecht ten gunste van de verwachter, ten laste van haar onbezwaarde vermogen. Op grond van een en ander heeft de rechtbank de broer van erflaters echtgenote toegelaten te bewijzen (voor zover in cassatie van belang) dat zijn zuster met het ten laste van het fidei-commissaire kapitaal voldoen van haar schuld uit overbedeling niet zaaksvervangings tot stand heeft gebracht, maar een vergoedingsrecht van het fidei-commissaire kapitaal ten laste van haar onbezwaarde vermogen heeft laten ontstaan, en voorts dat zij ten laste van het fidei-commissaire kapitaal f 50.996,69 en niet f 59.002,69 heeft gebruikt voor de betaling van haar schuld uit overbedeling aan de broer van erflaters echtgenote.

In haar eindvonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat de broer van erflaters echtgenote op geen van beide punten erin geslaagd is het verlangde bewijs te leveren, en heeft zij hem veroordeeld tot betaling aan erflaters neef van een bedrag van € 131.283,84 met wettelijke rente.

Tegen beide vonnissen van de rechtbank heeft de broer van erflaters echtgenote hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

Bij arrest van 13 september 2005 heeft het hof beide vonnissen bekrachtigd, waarbij het in zijn rov. 4.6 – 4.12 de door de rechtbank gebezigde motivering heeft gevolgd en de daartegen gerichte grieven heeft verworpen.

De broer van erflaters echtgenote heeft ten verwere betoogd (voor zover in cassatie van belang) dat bij de betaling uit het fidei-commissaire kapitaal van de vordering wegens overbedeling sprake was van een tijdelijke opname uit dit kapitaal en dat zijn zuster deze 'geldlening' nadien heeft terugbetaald door overboekingen uit haar vrije vermogen en door het afzien van door het fidei-commissaire kapitaal gegenereerde rente-inkomsten. Voorts heeft hij betoogd dat delen van het aangewende bedrag reeds aan zijn zuster toekwamen zodat de betaling uit het fidei-commissaire vermogen niet f 59.002,69 doch f 50.996,69 heeft bedragen. Ten slotte heeft de broer van erflaters echtgenote een beroep gedaan op art. 1129 BW (oud), stellende dat zij door de terugwerkende kracht van de scheiding wordt geacht reeds vanaf 28 september 1970 althans 21 juni 1973 (het ontstaan van de gebonden mede-eigendom door het overlijden van haar vader, respectievelijk moeder) en derhalve vóór het ontstaan van het fidei-commissaire vermogen, haar ouders in de eigendom te zijn opgevolgd. De broer van erflaters echtgenote heeft geconcludeerd dat door zaaksvervanging een deel van het liquide fidei-commissaire kapitaal werd vervangen door een vordering op erflaters echtgenote in privé, een vordering die laatstgenoemde gedurende het bezwaar volledig heeft voldaan.

**Hoge Raad**

3.4 Bij de beoordeling van het middel wordt vooropgesteld dat, nu de bezwaarde, [betrokkene 2], is overleden vóór 1 januari 2003 (het tijdstip van inwerking-treding van het thans geldende erfrecht) en daardoor aan het fidei-commissaire verband een einde is gekomen vóór genoemd tijdstip, het tot dat tijdstip geldende erfrecht van toepassing is op (de afwikkeling van) het onderhavige fidei-commis de residuo. Dit brengt mee dat, anders dan namens [eiser] in cassatie is betoogd, in deze zaak niet tot uitgangspunt kan worden genomen dat op het fidei-commis ingevolge art. 4:138 lid 2 BW de bepalingen van het vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing zijn.

3.5.1 Onderdeel 3.1 (onderdeel 3 bevat slechts een inleiding) klaagt over het oordeel van het hof in rov. 4.6, inhoudende dat [betrokkene 2] voorafgaande aan de akte van 7 maart 1985 slechts gerechtigd was tot de onverdeelde helft van de woning en dat zij door betaling aan haar broer van een bedrag van f 59.002,69 'de andere helft van de woning' verkreeg. Volgens het onderdeel berust dit oordeel op een onjuiste rechtsopvatting, omdat volgens het ten deze toepasselijke vóór 1 januari 1992 geldende vermogensrecht een scheiding en deling terugwerkende kracht en declaratieve werking heeft (art. 1129 BW oud), hetgeen betekent dat [betrokkene 2] na de toedeling geacht wordt vanaf het openvallen van de nalatenschap van haar moeder (op 21 juni 1973) steeds volledig eigenaar van de woning te zijn geweest. Om die reden kan 'de helft van de onroerende zaak' dus nooit in de plaats zijn getreden van het fidei-commissaire kapitaal, omdat ten tijde van de eigendomsverrijking door [betrokkene 2] (op 21 juni 1973) in het geheel nog geen sprake was van een fidei-commissair kapitaal, aldus het onderdeel.

3.5.2 Het onderdeel faalt. Weliswaar had een verdeling ingevolge art. 1129 BW (oud) terugwerkende kracht. Maar deze wettelijke fictie staat er niet aan in de weg om te oordelen dat 'de andere helft van de woning' geldt als 'hetgeen door wederbelegging of anderszins in de plaats zal treden' van het fidei-commissaire kapitaal zoals – naar de kennelijke uitlegging van het hof – bedoeld in de desbetreffende bepaling in het testament van erflater (zie 3.1 onder (ii)), nu de vol-

ledige eigendom van die woning werd verworven uit hoofde van een verdeling op 7 maart 1985 en wat bedoelde helft betreft werd gefinancierd met gelden uit het fidei-commissaire kapitaal.

3.6 Onderdeel 3.2 neemt tot uitgangspunt dat de verwerving van de onverdeelde eigendom van de woning door [betrokkene 2] heeft plaatsgevonden voordat het fidei-commissair vermogen is ontstaan. Voor zover het onderdeel meent dat (ook) het hof hiervan is uitgegaan, mist het feitelijke grondslag. Voor zover het onderdeel ertoe strekt te klagen dat het hof genoemd uitgangspunt miskend heeft, bouwt het voort op onderdeel 3.1 en deelt het in het lot daarvan.

3.7.1 Door middel van onderdeel 3.3 betoogt [eiser] dat voor 'een beleggingsaanspraak als door het hof bedoeld' geen plaats is indien het verkregen goed niet een nieuw aangeschaft goed is, maar een goed verkregen krachtens toedeling uit een onverdeeldheid in een nalatenschap waarin de bezwaarde (en niet de insteller) gerechtigd was. Volgens het onderdeel kan immers moeilijk aanvaard worden dat de (normatieve) verkrijgingswil van de bezwaarde in een dergelijk geval (zonder meer) geacht moet worden te zijn gericht op verkrijging van de (onverdeelde) helft van het toegedeelde goed ten behoeve van het fidei-commissair vermogen. Betoogd wordt dat de bezwaarde de mogelijkheid houdt om met gelden van het fidei-commis een goed voor zichzelf te verkrijgen, zij het dat daaruit een (in beginsel nominaal) vergoedingsrecht voortvloeit, en dat een andere opvatting zich niet laat verenigen met de algemene beginselen van het vermogensrecht.

3.7.2 Het hof heeft evenwel niet miskend dat de bezwaarde ([betrokkene 2]) de mogelijkheid had om het aandeel van haar broer te verwerven met gelden die uit het fidei-commissaire kapitaal afkomstig zijn, zonder dat sprake zou zijn van zaaksvervanging ten behoeve van het fidei-commissair vermogen. Het hof heeft immers (ook) die mogelijkheid onderzocht, maar evenals de rechtbank geoordeeld dat op grond van de financiering van de uitkering wegens overbedeling uit het fidei-commissaire kapitaal in beginsel sprake is van zaaksvervanging, waarbij niet van belang is of het daarbij gaat om een nieuw verworven object dan wel om de opheffing van een onverdeeldheid (rov. 4.6), waarbij het hof vervolgens nog in rov. 4.7 heeft overwogen:

- dat onduidelijkheden die het gevolg zijn van het feit dat [betrokkene 2] pas vanaf 1989 heeft voldaan aan haar verplichting om haar eigen vermogen en het fidei-commissaire kapitaal gescheiden te administreren, niet voor rekening en risico komen van de verwachter [verweerder] maar van de bezwaarde en haar erfgenaam [eiser];
- dat de door [eiser] ter onderbouwing van zijn standpunt aangevoerde argumenten en reconstructies slechts gebaseerd zijn op wat hij een voor de hand liggende gang van zaken acht, maar niet op een door overtuigende bescheiden onderbouwde weergave van de feitelijke gang van zaken;
- dat ook de (ter griffie van het hof gedeponeerde) administratie van [betrokkene 2] geen uitsluitel biedt in de door [eiser] gewenste zin;
- en dat een dergelijk uitsluitel wel door hem verschaft dient te worden, gezien ook de bepaling daaromtrent in het testament van erflater (waarmee het hof kennelijk doelt op de hiervoor in 3.1 onder (ii) als laatste geciteerde bepaling aangaande het bewijs van wederbelegging of zaaksvervanging).

Op grond van dit samenstel van overwegingen is het hof in rov. 4.8 tot dezelfde slotsom als de rechtbank gekomen, namelijk dat – zoals de rechtbank in rov. 4.4 van haar tussenvonnis oordeelde – ‘voorshands [geoordeeld wordt] dat sprake is van zaaksvervanging en dat [[verweerder]] aanspraak heeft op een aandeel in de verkoopopbrengst van de woning (...), tenzij [[eiser]] slaagt in het bewijs dat in plaats van zaaksvervanging sprake is van een vergoedingsrecht ten laste van het onbezwaarde vermogen’.

Deze oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn zozeer verweven met waarderingen van feitelijke aard, dat zij voor het overige in cassatie niet op juistheid kunnen worden getoetst. Het onderdeel faalt dan ook.

3.8 De in de onderdelen 1, 2 en 3.4 aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep; (...)

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2008, 296, m. nt. WMK, alsmede in LJN: BA6756.

## Erfrecht – Uitleg testamenten

**147** HOGE RAAD  
22 januari 1965

**Admiraal**

1. J.C. Admiraal, echtg. van J. v.d. Laan, te Westzaan,  
 2. P.N. Admiraal, te Heemskerk,  
 3. C.M. Admiraal, echtg. van C.J. v. Duivenvoorde, te Heemskerk,  
 4. A.M. Admiraal, echtg. van N.W. Verhaar, te Roelofarendsveen,  
 5a. P.N. Welgeboren, te Wognum, zo voor zich zelf als in zijn hoedanigheid van vader-voogd over zijn minderj. kinderen: M.C.G. Welgeboren, W.C. Welgeboren, C.C. Welgeboren, C.Th. Welgeboren,  
 5b. G.M.C. Welgeboren, echtg. van J. Knijn, te Venhuizen,  
 6. P. Admiraal, te Heiloo,  
 7. J. Admiraal, echtg. van J. Bakker, te Heiloo,  
 8. K.W. Admiraal, echtg. van S. van der Peet, te Heiloo, eisers tot cassatie,  
*tegen*  
 1. M. Brakenhoff, echtg. van G. de Boer, te Haarlem,  
 2. P. Leyen, weduwe van P. Brakenhoff, te Limmen,  
 3. A. Admiraal, echtg. van M. van Tik, te Velsen,  
 4. C. Admiraal, echtg. van J. Sierkstra, te Alkmaar,  
 5. P.A. Admiraal, te Velsen,  
 6. M.G. Admiraal, echtg. van J.C. Putter, te Akersloot,  
 7. J. Admiraal, te Amsterdam,  
 8. J. Admiraal, echtg. van J. Rampe, te Burgerbrug, gemeente Zijpe, verweerders in cassatie.

**Partijen**

Op 13 juli 1961 overlijdt te Heiloo N. Admiraal. Hij is de zoon uit het huwelijk van vader P. Admiraal en moeder J. Mors. Zijn moeder is hertrouwd met J. Brakenhoff. Uit het eerste huwelijk zijn vier kinderen geboren, N., C., J. (Johannes of Jan) en A. Admiraal. Uit het tweede huwelijk twee kinderen, M. en P. Brakenhoff. N. Admiraal heeft op 6 maart 1952 een testament gemaakt voor een notaris te Alkmaar. Daarin heeft hij tot enig erfgenaam benoemd twee van zijn drie volle broers, C. en J. Admiraal, onder de last tot uitkering van een aantal legaten. Het testament luidt als volgt:

**Feiten**

“Ik verklaar:

I. te legateren:

1. aan mijn neef Petrus Admiraal, zoon van Jan Admiraal en Mietje Tilanus:

a. het huis, schuur en tuin te Heiloo enz. onder den last daarvoor in mijne nalatenschap in te brengen een som van f 4.500,-.  
 b. mijn gehelen inboedel, enz. onder den last daarvoor in mijne nalatenschap in te brengen een som van f 1.000,-.  
 2. aan mijn broer Jan Admiraal, een bedrag van f 500,-.  
 3. aan mijn broer van halven bedde Pieter Brakenhoff en aan mijn zuster van halven bedde Maria Admiraal, dochter van Arie Admiraal, ieder een bedrag van f 300,-.  
 4. aan mijn zuster van halven bedde Marie Brakenhoff, echtgenote van Gerrit de Boer, wonende te Haarlem, een bedrag van f 600,-.  
 5. aan de Roomsche Katholieke Parochie van den Heiligen Willibrordus, te Heiloo een bedrag van f 500,- enz.  
 6. aan mijn neef Jacob Admiraal Arieszoon en mijn nicht Neeltje Admiraal Ariesdochter, ieder een bedrag van f 200,-.  
 II. onder den last tot uitkering van gemelde legaten te benoemen tot enige erfgenamen mijner nalatenschap mijn broers Cornelis- en Johannes Admiraal Pieterszoon, tezamen en voor gelijke delen.”  
 In het testament was geen plaatsvervullingsclausule opgenomen. C. en J. Admiraal zijn vóór N. Admiraal overleden, in 1951 respectievelijk 1957. Het testament was dus opgemaakt nadat C. Admiraal reeds was overleden. Kennelijk was er niet zo'n goede verstandhouding tussen N. Admiraal enerzijds en A. Admiraal en de halfbroer en halfzus Brakenhoff. Deze stellen echter dat zij erfgenaam bij versterf zijn geworden en vorderen verdeling der nalatenschap. De nakomelingen van de vooroverleden broers stellen dat N. Admiraal de gehele nalatenschap ten goede had willen laten komen aan C. en J. Admiraal dan wel hun nakomelingen.

**Verloop van de procedure**

De kinderen Brakenhoff en die van A. Admiraal vorderen verdeling van de nalatenschap bij de Rechtbank te Alkmaar. Deze wijst de vordering af na getuigen te hebben gehoord en een eed te hebben opgelegd. Men gaat in hoger beroep bij het Hof te Amsterdam die de vonnissen van de Rechtbank vernietigt en de vordering alsnog toewijst. Daartegen gaan de kinderen van C. en J. Admiraal in cassatie. In cassatie komt de vraag aan de orde of de bewoordingen van het testament duidelijk zijn in de zin van art. 4:932 BW

**Hoge Raad**

Overwegende, aangaande het eerste onderdeel van het middel: dat voor de beantwoording van de vraag of de bewoordingen van een uiterste wil in de zin van art. 932 BW duidelijk zijn, dat wil zeggen als verklaring van hetgeen de erflater wil dat na zijn dood met zijn vermogen zal geschieden een duidelijke zin hebben, mede dient te worden gelet op de verhoudingen die de erflater bij de beschikking heeft willen regelen en op de omstandigheden waaronder deze is gemaakt; dat het Hof de beschikking waarbij Nicolaas Admiraal zijn broers Cornelis Admiraal en Johannes Admiraal tezamen en voor gelijke delen tot enige erfgenamen van zijn nalatenschap benoemde, duidelijk heeft geacht, ook al zou de erflater er bij het verlijden van het testament van op de hoogte zijn geweest dat zijn daarin genoemde broer Cornelis reeds was overleden, en op die grond onjuist heeft geoordeeld de bewijsopdracht welke de Rechtbank aan J.C. Admiraal c.s.



heeft gegeven met betrekking tot de bedoeling welke Nicolaas Admiraal bij het geven van die beschikking heeft gehad;  
 dat het Hof, aldus oordelende, de strekking van de art. 932, 933 en 934 BW en in het bijzonder hetgeen in art. 932 onder 'duidelijk' moet worden verstaan heeft miskend;  
 dat toch in het licht van de omstandigheden, waaronder het testament werd gemaakt, te weten het toen reeds overleden zijn van Cornelis Admiraal en de door het Hof veronderstelde wetenschap daarvan bij de erflater, de beschikking waarbij de erflater verklaarde 'te benoemen tot enige erfgenamen mijner nalatenschap mijn broers Cornelis- en Johannes Admiraal Pieterszoon, tezamen en voor gelijke delen', bij uitlegging van deze beschikking uitsluitend met behulp van haar bewoordingen, geen duidelijke aanwijzing geeft van hetgeen de erflater wilde dat na zijn overlijden met zijn vermogen zou geschieden, immers naar die bewoordingen, letterlijk opgevat, een regeling aangaande dat vermogen inhield, welke, naar de erflater wist, voor uitvoering nimmer vatbaar zou kunnen zijn;  
 dat die beschikking, naar haar bewoordingen, mitsdien noch ten aanzien van de aanwijzing als erfgenaam van de reeds overleden Cornelis, noch ten aanzien van Johannes, die met Cornelis 'tezamen en voor gelijke delen' als erfgenaam werd aangewezen, duidelijk was, zodat geen wettelijk beletsel bestond na te gaan of door onderzoek naar hetgeen aangaande de bedoeling van de erflater buiten de uiterste wil was gebleken, aan die bewoordingen een betekenis kon worden toegekend welke wel zin had en aan de bedoeling van de erflater beantwoordde;  
 dat hieruit volgt dat de gronden waarop het Hof heeft geoordeeld dat de Rechtbank de aan J.C. Admiraal c.s. gegeven bewijsopdracht niet had mogen geven, onjuist zijn, zodat het middel in zijn eerste onderdeel gegrond is;  
 Overwegende dat het tweede onderdeel dus niet aan de orde behoeft te komen;  
 Vernietigt het bestreden arrest van het Hof te Amsterdam;  
 Verwijst het geding naar het Hof te Leeuwarden ter voortzetting daarvan met inachtneming van deze uitspraak; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1966, 177, m.nt. JHB onder nr. 178. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 46-51 en 58; Pitlo-Van der Burght, nr. 39.1 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 96-106, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 144; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 231 en 233 en Asser-Perrick 6, nr. 129 en 132, alsmede Van der Ploeg, Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen, WPNR 4857-4858 en 48604862 (1965); Van Dunné, De methode van uitleg bij testamenten, in het bijzonder in geval van oneigenlijke dwaling bij het testeren, WPNR 5048-5050 (1969); Cohen Henriquez, Onduidelijkheid over onduidelijkheden, WPNR 5465 (1979) en Moltmaker, *De norm als vorm*, oratie Amsterdam (VU) 1972.

In het nieuwe erfrecht handelt art. 4:46 over de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat bij de uitlegging van een uiterste wilsbeschikking dient te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt. Daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil mogen slechts dan voor uitlegging van een beschikking worden gebruikt, indien deze zonder die daden of verklaringen geen duidelijke zin heeft (lid 2). Wanneer een

Commentaar

erflater zich klaarblijkelijk in de aanduiding van een persoon of een goed heeft vergist, wordt de beschikking naar de bedoeling van de erflater ten uitvoer gebracht, indien deze bedoeling ondubbelzinnig met behulp van de uiterste wil of met andere gegevens kan worden vastgesteld (lid 3). Zie ook art. 4:47 tot en met 53 voor specifieke uitlegkwesties. Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 203 e.v.

<b>148</b>	<b>HOGE RAAD</b> 9 april 1965
	<b>Van Es-Ponjee</b>

- Partijen**
1. Y.A.W. Freyne, te Breda,  
2. A.W.H. van Es, te 's-Gravenhage, eisers tot cassatie,  
*tegen*  
A.M. Ponjee, te Breda, in haar hoedanigheid van voogdes over haar kleinkind Ch.G.J.M. Ponjee, geboren te Rotterdam op 12 februari 1944, verweerster.
- Feiten**
- Op 27 december 1957 maakt Van Es, die doof is, ten overstaan van een notaris te Breda een testament, waarin zij verklaart dat haar nalatenschap zou vererven volgens de wet. Het passeren gebeurt als volgt. De notaris en een kandidaat-notaris schrijven op wat hen wordt opgegeven door erflaatster. Zij laten haar hun notities lezen en vervolgens vragen zij haar of zij het aldus goed begrijpen. Daarop zegt erflaatster dat de notities in orde zijn. In die notities staat dat de nalatenschap uitsluitend wordt verdeeld tussen haar zuster Johanna en haar broer Alexander. Tegen de notaris spreekt zij niet over andere broers of zusters en de notaris is zelf ook niet van het bestaan van andere broers en zusters op de hoogte. Om die reden is in het testament komen te staan dat de nalatenschap volgens de wet vererft. Van Es laat niet alleen achter haar broer Alexander van Es en de enige dochter van haar vooroverleden zus Johanna, Y. Freyne, maar ook de twee kinderen van haar vooroverleden broer, te weten: A.J. van Es en J .M. van Es. Deze laatste overlijdt tijdens de procedure; haar kind Ponjee treedt in haar plaats.
- Verloop van de procedure**
- A.J. en J.M. van Es vorderen van de overige nabestaanden verdeling der nalatenschap. De andere erfgenamen stellen dat erflaatster in het testament alleen hen heeft bedoeld. De Rechtbank te Breda ontzegt de eis. J.M. van Es komt hiertegen in hoger beroep bij het Hof te 's-Hertogenbosch. Het Hof vernietigt het vonnis en veroordeelt A. van Es en Y. Freyne om tot verdeling over te gaan. Deze gaan tegen dit arrest in cassatie bij de Hoge Raad.
- Conclusie A-G**
- Het middel stelt de vraag aan de orde of de bepaling van art. 4.3.1.8 derde lid een regel inhoudt, die reeds thans voor ons recht geldt en óók of die regel toepasselijk kan worden geacht op de ten processe vastgestelde feiten. Dat deze regel reeds thans geldt leren Asser-Meijers-Van der Ploeg 87, Klaassen-Eggens-Polak 199.

De toelichting op het derde lid van art. 4.3.1.8 luidt: Het laatste lid van het artikel geeft een regel van uitlegging, die ook in vele buitenlandse wetten voorkomt en die noodzakelijk wordt door de veelal onvolkomen of onjuiste aanduiding van de persoon te wiens behoeve of van het goed waarover beschikt wordt. In dat geval mag steeds een uitlegging naar de bedoeling van de erflater met behulp van de uiterste wil of zelfs met andere gegevens plaats vinden. Men vergelijkte art. 469 lid 3 van het Zwitserse wetboek.

In W.P.N.R. 4209 wordt als rechtsvraag het volgende geval gesteld: Erflater heeft tot erfgenaam ingesteld mevrouw A, wonende aan de Xstraat te Y. Na het overlijden van erflater blijkt, dat mevrouw A reeds enige jaren voor het overlijden van het testament was overleden, hetgeen de erflater wist, en dat zij nooit aan de Xstraat te Y gewoond heeft. Daar woonde echter mevrouw B, die volgens een mede-erfgenaam door de erflater bedoeld was. De redacteur v.d. P(loeg) antwoordt, onder verwijzing naar art. 469 van het Zwitserse wetboek, dat ook indien het verkeerde adres er niet in had gestaan afwijking geoorloofd zou zijn geweest, indien zou vaststaan, dat hier een vergissing in de aanduiding had plaatsgevonden. Evenwel, ook zonder dat adres blijft nog het feit, dat mevrouw A overleden was en dat de erflater dit wist. Ook daardoor is de beschikking reeds onduidelijk en is dus de regel van art. 4.3.1.8 derde lid niet nodig. Maar als dat niet het geval was zou men volgens Van der Ploeg dan mogen bewijzen dat er een kennelijke vergissing was en niet mevrouw A doch mevrouw B bedoeld? Ik kan mij voorstellen, dat wordt bewezen, dat de erflater mevrouw A helemaal niet kende. Om het iets aannemelijker te maken: erflater wijst mevrouw de Vries Xstraat 3 te Y aan en bedoelt mevrouw de Vries Xstraat 35 te Y. Op no. 3 woont echter toevallig ook een mevrouw de Vries. Het is denkbaar dat de aanwijzing van de aan de erflater volslagen onbekende mevrouw de Vries in het licht van de omstandigheden onduidelijk wordt geacht. Het is slechts één stap verder om bewijs toe te laten, dat erflater de genoemde erfgenaam weliswaar kende, maar toch nooit tot erfgenaam zou hebben willen instellen. En dan komt men m.i. op een gevaarlijke weg, die voor ons recht nog door art. 932 is versperd. De rechtszekerheid, die ten grondslag ligt aan al onze regels betreffende het maken van testamenten en in het bijzonder aan art. 932 B.W. zou te zeer in het nauw geraken. Men kent dan rechtsgevolgen toe aan een uiterste (?) wil van de erflater, die niet in een rechtsgeldig testament is neergelegd. Zie Scholten W.P.N.R. 2057, Langemeijer N.J.B. 1931, 347, Van Praag W.P.N.R. 2949.

Uit de toelichting op art. 4.3.1.8 bovengeciteerd zou ik niet durven lezen, dat men met de toepassing van het derde lid zover zou willen gaan. Escher (*Das Erbrecht*, p. 125) schrijft over art. 469: “Bei dem Irrtum über Personen wird es sich meist um die Beilegung falscher Eigenschaften handeln (falsche Verwandtschafts- oder Altersangaben, möglich ist aber auch falsche Namensbezeichnung). Auch bei Gegenständen können falsche Bezeichnungen ungestraft gebraucht werden, wenn die Voraussetzungen des Artikels zutreffen, z.B. jemand vermacht seine ‘goldene’ Uhr, während sie nur vergoldet ist”. Ook hieruit kan ik niet afleiden hoever volgens deze schrijver de bepaling strekt. Voor het geval van het horige zou voor ons recht geen speciale bepaling nodig zijn; dit valt onder uitlegging.

Het is wel duidelijk, dat de grens tussen uitlegging en herstel van een vergissing bijzonder moeilijk is aan te geven. Men zie de A.-G. Langemeijer bij het arrest van 4 mei 1956, NJ 1956, 262 en de noot van Rutten onder dat arrest.

Herstel van een klaarblijkelijke vergissing zou ik niet onder alle omstandigheden willen uitsluiten. Maar dan moet stringent worden vastgehouden aan het vereiste van art. 4.3.1.8: ondubbelzinnig moet dan vaststaan, dat het rechtsgevolg dat degenen die de woorden van de uiterste wil aantasten willen bereiken, het door de erflater gewilde rechtsgevolg is. En dat is naar het Hof feitelijk heeft vastgesteld, niet het geval. De wil tot onterven van de neef en nicht acht het Hof niet vast te staan. In dat geval, waar twijfel bestaat, wat de erflaatster wèl gewild heeft, is geen plaats voor herstel van een vergissing. Daarvoor is toch nodig niet alleen dat de fout vaststaat, maar ook hoe het herstel moet plaats vinden.

Ook zonder de opvatting van het Hof in alle opzichten te volgen kom ik tot hetzelfde resultaat, zodat ik de eer heb te concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeling van de eisers in de kosten op de cassatie gevallen.

**Hoge Raad**

Overwegende, aangaande het middel:

dat dit berust op de stelling dat, ook als de bewoordingen van een testament duidelijk zijn, daarvan moet worden afgeweken, als de daarin voorkomende aanduiding van een erfgenaam door een vergissing afwijkt van de bedoeling van de erflater zoals deze als zijn uiterste wil aan de notaris is opgegeven;

dat deze stelling evenwel in strijd is met het bepaalde in art. 932 BW;

dat immers dit artikel algemeen luidt, en zonder uitzondering een beroep op een van de duidelijke bewoordingen van het testament afwijkende bedoeling van de erflater wraakt, onverschillig op welk punt de duidelijke bewoordingen beweerd worden af te wijken van de werkelijke bedoeling van de erflater, en onverschillig wat als oorzaak van de afwijking wordt gesteld;

dat weliswaar voor de beantwoording van de vraag of de bewoordingen van een uiterste wil in de zin van art. 932 duidelijk zijn, dat wil zeggen als verklaring van hetgeen de erflater wil dat na zijn dood met zijn vermogen zal geschieden een duidelijke zin hebben, mede dient te worden gelet op de verhoudingen die de erflater bij de beschikking heeft willen regelen en op de omstandigheden waaronder deze is gemaakt, en een vergissing tot gevolg kan hebben dat op enig punt de bewoordingen, op zichzelf dan wel in verband met hetgeen het testament overigens inhoudt, gelet op die verhoudingen en die omstandigheden, geen duidelijke zin hebben;

dat evenwel in het onderhavige geval de beweerd vergissing dat gevolg niet heeft gehad, immers het Hof te dien aanzien heeft vastgesteld, dat de beschikking volkomen duidelijk is en niet voor onderscheidene opvattingen vatbaar, en dat van de door Freijne c.s. gestelde vergissing uit het testament zelf in het geheel niet blijkt;

dat het Hof hierbij ook niet heeft miskend wat blijkens het bovenstaande in art. 932 onder duidelijke bewoordingen moet worden verstaan;

dat toch hetgeen te dezen door Freijne c.s. is aangevoerd niet vormt een beroep op verhoudingen en omstandigheden als hiervoor bedoeld, immers niet anders inhoudt dan dat de erflaatster met betrekking tot haar uiterste wil verklaringen heeft afgelegd die niet zijn opgenomen in het testament;

dat het middel mitsdien faalt;  
Verwerpt het beroep; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1966, 178, m.nt. JHB. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 46-51 en 58; Pitlo-Van der Burght, nr. 39.1, *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 203 e.v. en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 96-106, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 144; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 233 en Asser-Perrick 6, nr. 129 en 132.

**Commentaar**

Vergelijk ook over uitleg van uiterste wilsbeschikkingen in het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Uitleg testamenten, nr. 147 opgenomen arrest.

149

**HOGE RAAD**

11 januari 1974

**Van Duin-Maria Leek**

A. van Duin, te Driebergen-Rijsenburg, eiser tot cassatie,  
*tegen*

**Partijen**

Marie Leek, echtgenote van K. van Batenburg, te Amsterdam, verweerster in cassatie.

Op 11 mei 1939 maakt Suzanne Leek een testament met de volgende inhoud:

**Feiten**

“A. Te herroepen alle vroeger door haar gemaakte uiterste wilsbeschikkingen.

B. Voor het geval zij komt te overlijden voor den Heer Christiaan Lebbink, wisselmakelaar, te Naarden, Juliana van Stolberglaan 94, te benoemen tot haren eenigen erfgenaam den Heer Christiaan Lebbink voornoemd.

C. Voor het geval zij komt te overlijden na voornoemden Heer Lebbink of in den zin der wet tegelijk met hem: te benoemen tot haar eenige erfgename haar zuster Mevrouw Maria Leek, echtgenote van den Heer K. van Batenburg, koopman, te Amsterdam, Roemer Visscherstraat 18, met dien verstande dat indien genoemde zuster voor haar of in den zin der wet tegelijk met haar mocht zijn overleden, met nalating van wettige afstammelingen, deze wettige afstammelingen in de plaats van genoemde zuster zullen treden, staaksgewijze en met inachtneming der wettelijke voorschriften omtrent de plaatsvervulling.”

Suzanne Leek leeft samen met de heer Lebbink, met wie zij niet kan trouwen omdat zijn huwelijk met een ander nog niet door echtscheiding is ontbonden. Lebbink overlijdt in 1942. In 1944 trouwt Suzanne Leek in gemeenschap van goederen met Van Duin. Zij spreken af dat zij geen testament zullen maken en de bestaande testamenten zullen herroepen. Suzanne herroept echter haar testament niet en overlijdt op 2 augustus 1965. Haar zus, Maria Leek, stelt voor de helft in de ontbonden huwelijksgemeenschap gerechtigd te zijn als testamentair erfgenaam van haar zus.

- Verloop van de procedure** Maria Leek vordert bij de Rechtbank te Utrecht van Van Duin verdeling van de huwelijksgemeenschap. Van Duin stelt dat dit niet de bedoeling van het testament kan zijn. De Rechtbank wijst de vordering van Maria Leek af. Deze gaat in hoger beroep bij het Hof te Amsterdam. Het Hof vernietigt het vonnis en wijst de vordering toe. Van Duin gaat hiertegen in cassatie.
- Conclusie A-G** Omdat de Rechtbank als uitgangspunt heeft genomen bij haar beoordeling van het litigieuze testament art. 4.3.1.8 OBW en de daarin vervatte maatstaf ook het Hof tot leidraad heeft gestrekt, laat ik deze bepaling hier volgen:
1. Bij de uitlegging van een uiterste wilsbeschikking dient te worden gelet op de verhoudingen, die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen, en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt.
  2. Daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil mogen slechts dan voor uitlegging van een beschikking worden gebruikt, indien deze zonder die daden of verklaringen geen duidelijke zin heeft.
  3. Wanneer een erflater zich klaarblijkelijk in de aanduiding van een persoon of een goed heeft vergist, wordt de beschikking naar de bedoeling van de erflater ten uitvoer gebracht, indien deze bedoeling ondubbelzinnig met behulp van de uiterste wil of met andere gegevens kan worden vastgesteld.
- In de Toelichting valt met betrekking tot het tweede lid te lezen:  
 “Het tweede lid geeft dezelfde regel weer, die thans door art. 932 B.W. aldus wordt uitgedrukt: ‘Indien de bewoordingen ener uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken.’ Tegen de tegenwoordige redactie maakt men echter terecht het bezwaar, dat het dikwijls slechts afhangt van welke gegevens men bij zijn interpretatie gebruik maakt of men de woorden uit een testament voor duidelijk of onduidelijk moet verklaren. Vandaar dat het van meer gewicht is in de wet aan te geven welke gegevens men bij de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen mag gebruiken. Uit het eerste lid volgt dat de te regelen verhoudingen steeds bij de uitlegging mogen te hulp geroepen worden. Daarentegen mogen daden of verklaringen van de erflater, die niet in het testament zelf zijn vervat, slechts voor de uitlegging van de uiterste wil gebruikt worden wanneer deze daarzonder geen duidelijke zin heeft”.
- Afgezien van het derde lid, dat i.c. niet aan de orde is, wil het mij voorkomen, dat art. 4.3.1.8 voor wat de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen betreft slechts een verduidelijking is van de thans nog geldende bepalingen van het B.W., zoals deze gelezen moeten worden in het licht van de hoger bedoelde arresten van Uw Raad van 1965. Ik moge hier nog citeren uit de MvA aan de Eerste Kamer omtrent het ontwerp van wet tot vaststelling van Boek 4 nieuwe BW (ingezonden 3 juni 1969. Bijl. Hand. Ie K.Zi. 1968-1969/3771 no. 133 p. 44):  
 “Het eerste lid van art. 8 zal bij alle vragen van uitlegging van een testament een rol kunnen spelen. Zo inderdaad dus ook in gevallen van andere vergissingen dan bedoeld in lid 3. De bewoordingen van het testament dienen te worden getoetst aan de verhoudingen, die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen. Daarbij wordt niet de eis gesteld dat deze verhoudingen uit de uiterste wil zelf kenbaar zijn. Ook op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt dient te worden gelet, waarbij alweer die omstandigheden niet uit het testament zelf kenbaar behoeven te zijn.

Komt men er echter op deze wijze niet uit en moet de conclusie zijn dat de wil zo 'geen duidelijke zin heeft' dan geeft art. 8, lid 2, een nog ruimere uitleggingsmogelijkheid. In dat geval mag voor de uitlegging van de beschikking óók nog gebruik gemaakt worden van daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil om. Ook deze regel kan eventueel toepassing vinden bij andere vergissingen dan bedoeld in lid 3". In deze memorie wordt dan voorts als voorbeelden van toepassing door de Hoge Raad van de regels die in de leden 1 en 2 worden voorgesteld verwezen naar de hiervoren vermelde arresten van 1965. Naar mijn mening heeft het Hof in het bestreden arrest strikt aan de voorgeschreven regels gehouden, zoals zij in de MvA zijn toegelicht. Aan de hand van de maatstaf van lid 1 – hetgeen medebracht, dat het voorschrift van lid 2 niet meer aan de orde kwam – is het Hof tot de feitelijke en in cassatie onaantastbare beslissing gekomen, dat de bewoordingen van het onderhavig testament duidelijk zijn en een duidelijke zin hebben. Dienaangaande heeft Meijers in zijn noot onder HR 9 mei 1930, NJ 1930, p. 1373 geschreven: 'De vraag of woorden van een testament duidelijk zijn wordt geheel aan het oordeel van den rechter, die over de feiten oordeelt, overgelaten.

Wil cassatie op grond van deze artikelen (932 en 933 B.W. noot onderget.) mogelijk zijn, dan moeten, gelijk dit arrest nog eens op de voorgrond stelt, twee beslissingen in het vonnis a quo te vinden zijn:

1. er moet feitelijk beslist zijn, dat de bewoordingen duidelijk zijn,
2. er moet desniettenstaande van dien duidelijken zin zijn afgeweken.'

Welnu, naar mijn mening, is de beslissing sub 2 bepaald niet in het bestreden arrest te vinden. Het *eerste middel* van cassatie wordt mitsdien te dezen tevergeefs voorgesteld.

met betrekking tot de middelen van cassatie:

Overwegende betreffende het eerste middel: dat de vraag of de bewoording ener uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn een vraag is van feitelijke aard, welke beantwoording aan de rechter die over de feiten oordeelt is voorbehouden en aan het oordeel van de cassatierechter is onttrokken; dat het Hof bij zijn oordeel geen onjuiste maatstaf heeft aangelegd; dat dit middel mitsdien faalt;

Overwegende dat het tweede middel er over klaagt dat het Hof ten onrechte in de grieven van Maria Leek een klacht heeft gelezen tegen het oordeel van de Rechtbank dat de bewoordingen, resp. de zin van het litigieuze testament niet duidelijk waren; dat echter ook de uitlegging van de grieven aan de feitenrechter is voorbehouden en in cassatie met op haar juistheid kan worden getoetst, zodat ook het tweede middel tot cassatie kan leiden;

Overwegende ten aanzien van het derde middel: dat het Hof klaarblijkelijk heeft geoordeeld dat door de grieven de vraag naar de uitlegging van het testament aan de orde was gesteld; dat het Hof bij die uitlegging niet was gebonden aan hetgeen pp. zelf daaromtrent hadden aangevoerd, maar het aan het Hof vrijstond om het testament zelfstandig uit te leggen, terwijl de vraag of die uitlegging juist was als van feitelijke aard in cassatie niet ten toetse kan komen;

Overwegende dat het vierde middel steunt op de stelling dat het verbod van art. 1370 B.W. om over een nog niet opengevallen nalatenschap enig beding aan te gaan uitsluitend zou betreffen nalatenschappen van derden en niet zou gelden voor overeenkomsten betreffende de nalatenschap van een der contracterende pp. zelf; dat deze stelling echter geen steun vindt in de wet of haar geschiedenis,

Hoge Raad

terwijl het tegendeel voortvloeit uit de verwijzing in het slot van art. 1370 naar art. 146 van Boek 1, welke verwijzing in door het middel voorgestane opvatting geen goede zin zou hebben;  
 dat derhalve het middel in zoverre faalt;  
 dat het slot van het middel feitelijke grondslag mist, daar het Hof heeft vastgesteld dat niet is gebleken dat door de uitvoering van het testament een toestand zou ontstaan die de erflaatster niet had bedoeld; dat afgezien daarvan in dit gedeelte van het middel wordt miskend dat, nu het Hof had geoordeeld dat de bewoordingen van het testament duidelijk waren en duidelijke zin hadden, met niet in het testament tot uitdrukking gekomen bedoelingen, die ten tijde van het maken van het testament mochten hebben bestaan, geen rekening kon worden gehouden en op het bestaan van zodanige bedoelingen ook geen beroep kan worden gedaan als grond voor het verwijt dat het instellen van een vordering als de onderhavige in strijd zou zijn met de goede trouw; dat dit laatste ook geldt voor bedoelingen welke later mochten zijn opgekomen;  
 Overwegende betreffende het vijfde en het zesde middel:  
 dat uit het vorenoverwogene volgt dat het Hof terecht het in het vijfde middel bedoelde bewijsaanbod heeft gepasseerd en eveneens terecht heeft geoordeeld dat de Rechtbank door een verhoor op vraagpunten te gelasten een onderzoek heeft ingesteld dat niet aan de orde had behoren te komen;  
 dat derhalve het beroep dient te worden verworpen;  
 Verwerpt het beroep; (...).

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1974, 187, m.nt. GJS. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 46-51 en 58; Pitlo-Van der Burght, nr. 39.2, *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 203 e.v. en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 96-106, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 144; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 28 en 234; Asser-Perrick 6, nr. 129.  
 Vergelijk ook over uitleg van uiterste wilsbeschikkingen in het nieuwe erfrecht het commentaar bij het onder Erfrecht; Uitleg testamenten, nr. 147 opgenomen arrest.

150

**HOGE RAAD**

16 december 1977

**Van der Wilt-Van Laar**

**Partijen**

G. van der Wilt, te Tienhoven, gemeente Maarssen, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
 1. J. van Laar, te Amsterdam,  
 2. H. van Laar, te Papendrecht,  
 3. D. van Laar, te Amsterdam,  
 4. H.Ch. Pieters, weduwe van A.J. Helmert van Laar, te Harderwijk,  
 5. J. van Laar, te Amsterdam,  
 6. H. van Laar, te Amersfoort,  
 7. D. van Laar, te Harderwijk,



8. H.Ch. Pieters voornoemd, in haar hoedanigheid van moeder-voogdes over de minderjarige A. van Laar, te Harderwijk, tezamen de erfgenamen van Aart van Laar senior, laatstelijk gewoond hebbende te Waddinxveen en overleden op 1 november 1974, verweerders in cassatie.

G. van der Wilt is bij Hendrika van Laar in dienst als dienstmeisje. Van Laar was gehuwd geweest met D. van der Wilt Dirkszoon, naamgenoot van G. van der Wilt doch geen familie. G. van der Wilt verzorgt Van Laar. Zij trouwt in 1949 met Bosma. Van Laar vraagt G. van der Wilt haar te blijven verzorgen. Zij en Bosma mogen in ruil daarvoor gratis op de boerderij inwonen. Van Laar maakt op 5 mei 1950 een testament waarin het volgende legaat voorkomt:

**Feiten**

“Ik herroep alle uiterste wilsbeschikkingen voor deze door mij gemaakt.

Ik legateer aan Gerritje van der Wilt te Tienhoven (Utrecht), echtgenote van Yntse Bosma aldaar en voor het geval, dat zij vóór mij mocht zijn overleden, alsmede voor de gevallen dat zij tegelijk met mij mocht komen te overlijden en dat volgens de wet vermoed wordt dat wij op hetzelfde ogenblik gestorven zijn, aan genoemde Yntse Bosma:

- a. mijn huis met achtertuin, twee schuren, hooiberg, erf en tuin te Tienhoven (Utrecht), kadastraal bekend gemeente Tienhoven, sectie B, nummer 1429, groot een en veertig aren, twintig centiares; en
- b. mijn gehele inboedel.

Ik bepaal dat het gelegateerde zal moeten worden afgegeven binnen zes maanden na mijn overlijden, het gelegateerde onroerend goed bij notariële akte, vrij van alle rechten, kosten en belasting.

Voor het geval, dat één of meer mijner erfgenamen zich tegen de afgifte van de gemelde legaten of één daarvan mocht of mochten verzetten of aan die afgifte niet mocht of mochten willen medewerken, legateer ik vrij van alle rechten, kosten en belastingen aan genoemde G. van der Wilt, en voor het geval dat gemelde legaten door het zich voordoen van één of meer der in de tweede alinea mijner beschikkingen genoemde omstandigheden te haren aanzien geen gevolg mochten hebben, aan genoemde Yntse Bosma een bedrag in contanten groot twintig duizend gulden”.

Van Laar overlijdt op 20 november 1967. Bosma overlijdt op 26 juli 1968.

De erfgenaam van Van Laar, haar broer, weigert afgifte van het gemaakte legaat en vordert bij Rechtbank te Utrecht verklaring voor recht dat hij als erfgenaam eigenaar is van het legaat van het huis en enkel f 20.000,- hoeft te betalen. G. van der Wilt stelt dat dit niet de bedoeling van Van Laar kan zijn geweest, maar dat de erfgenaam naast afgifte van het legaat *bovendien* f 20.000,- moet betalen bij wijze van boete. De Rechtbank gelast iedere partij te bewijzen dat zijn lezing de juiste is. Van Laars vordering wordt uiteindelijk afgewezen. Het Hof te Amsterdam vernietigt het vonnis van de Rechtbank en wijst de vordering van de erfgenaam toe. G. van der Wilt gaat in cassatie.

**Verloop van de procedure**

Overwegende met betrekking tot deze middelen:

**Hoge Raad**

Van de middelen 2, 3 en 4 – middel 1 is een inleiding en bevat geen klacht – zal de H.R. het vierde het eerste behandelen. Dit middel bestrijdt de uitlegging door

het Hof van de litigieuze testamentsbepaling. Vooropgesteld moet worden dat de uitlegging van testamentaire beschikkingen een aangelegenheid is van feitelijke aard welke aan de rechter die over de feiten oordeelt is voorbehouden en in cassatie niet op haar juistheid kan worden getoetst. Onderdeel a waarin wordt geklaagd dat het Hof de bewoordingen van het testament – in het bijzonder de woorden ‘voor het geval dat’ – heeft doen prevaleren boven de bedoeling van de erflaatster, waardoor het Hof volgens dit onderdeel in strijd zou zijn gekomen met de bepaling van art. 933 BW, mist feitelijke grondslag. Het Hof heeft bij de beantwoording van de vraag wat de erflaatster met deze woorden bedoeld heeft de betekenis van die woorden in het normale spraakgebruik in aanmerking genomen, hetgeen het Hof vrijstond. Uit de achttiende rechtsoverweging – in het bijzonder het woord ‘temeer’ – blijkt dat het Hof van oordeel was dat deze uitlegging naar het normale spraakgebruik met de bedoeling van de erflaatster overeenstemde.

Ook onderdeel b kan niet tot cassatie leiden. De uitlegging welke het Hof geeft aan de betrokken testamentsbepaling, t.w. dat indien de erfgenamen weigeren aan de overdracht van het huis mede te werken of zich tegen die overdracht verzetten, het legaat van het huis vervalt en daardoor in de plaats treedt het legaat van f 20.000,- is feitelijk en behoeft geen nadere redengeving.

Onderdeel c tast tevergeefs de uitlegging en waardering van de getuigenverklaringen aan. Deze zijn aan het Hof voorbehouden. De gevolgtrekkingen, welke het Hof aan de in het arrest genoemde getuigenverklaringen verbindt zijn geenszins onbegrijpelijk en, als van feitelijke aard, niet vatbaar voor bestrijding in cassatie. Aangaande de onderdelen d en f:

Dat het Hof er van zou zijn uitgegaan dat alleen het huis aan Van der Wilt zou zijn gelegateerd, mist feitelijke grondslag. Zulks volgt uit de aanvang van de feitelijke overwegingen van het Hof, hierboven geciteerd, waar het gelegateerde volledig wordt omschreven, met de toevoeging ‘welk onroerend goed hieronder ook wel zal worden aangeduid als het huis’. De in onderdeel d geciteerde zinsnede van het arrest houdt slechts in dat naar ‘s hofs (feitelijk) oordeel de erflaatster bij het maken van haar beschikking zal hebben overwogen dat Van Laar, die het land erfde, bijzonder belang zou hebben bij het tevens in eigendom verkrijgen van het huis (in de hiervoor bedoelde zin). Uit r.o. 21 volgt dat naar ‘s hofs oordeel de erflaatster zich mede door het belang van Van der Wilt heeft laten leiden en dat de afweging van die belangen volgens het Hof de erflaatster heeft geleid tot het maken van de litigieuze beschikking, waardoor de erfgenamen het huis konden verkrijgen, mits zij aan Van der Wilt een zodanige som betaalden (f 20.000,-), dat het belang van Van der Wilt, zoals dat toen de erflaatster voor ogen stond, tevens gewaarborgd was, waarbij in aanmerking is genomen, dat ten tijde van het verlijden van het testament die som voor dat doel voldoende was. Indien onderdeel f aldus moet worden gelezen, dat het Hof bij het weergeven van de overwegingen van de erflaatster aan deze zou hebben toegeschreven alleen met de belangen van Van Laar rekening te hebben gehouden, mist het feitelijke grondslag. Indien in dit onderdeel een verwijt aan het Hof moet worden gelezen dat het aan de belangen van Van der Wilt zou zijn voorbijgegaan, is dit verwijt ongegrond, daar het afwegen van belangen als hierbedoeld bij de uitlegging van het testament niet op de weg van het Hof ligt. De onderdelen d en f kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.

Aangaande onderdeel e:

Bij het nagaan welke de bedoeling van de erflater is en het in overeenstemming met deze bedoeling uitleggen van een testament mag slechts rekening worden gehouden met hetgeen de erflater ten tijde van het maken van het testament bedoeld heeft. Indien later gewijzigde omstandigheden verhinderen dat deze bedoeling wordt verwezenlijkt, mag dat op zichzelf niet leiden tot een andere uitlegging dan met die bedoeling overeenstemt.

De in onderdeel g gestelde eis dat de rechter in appel in het bijzonder motiveert waarom hij de mening van de rechter in eerste aanleg niet deelt, vindt geen steun in de wet.

Nu de motiveringsklachten van het vierde middel alle ongegrond zijn bevonden en dit middel derhalve tevergeefs is voorgesteld zodat in stand blijft de uitlegging door het Hof dat het primaire legaat (van het huis) is vervallen en daarvoor in de plaats is getreden het legaat van f 20.000,- heeft Van der Wilt bij de middelen 2 en 3 geen belang en kunnen deze middelen buiten behandeling blijven;

Verwerpt het beroep; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1978, 616, m.nt. WK. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 46-51; Pitlo-Van der Burght, nr. 39.2; Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 96-106, *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 203 e.v. alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 145 en 146; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 234 en Asser-Perrick 6, nr. 129, alsmede Lubbers, *Overzicht der Nederlandse rechtspraak*, WPNR 5466 (1979).

Commentaar

Vergelijk ook over uitleg van uiterste wilsbeschikkingen het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Uitleg testamenten, nr. 147 opgenomen arrest.

**151** HOGE RAAD (BELASTINGKAMER)  
19 september 1990

**Legaat saldo bankrekening**

Beroep in cassatie van X te Z tegen de uitspraak van het Hof te 's-Hertogenbosch van 19 augustus 1988 betreffende de aanslag in het recht van successie opgelegd ter zake van de verkrijging uit de nalatenschap van AX, overleden te P op 26 maart 1983.

Partijen

Op 21 april 1982 maakt erflater een testament inhoudende onder meer het volgende legaat:

Feiten

- “1. Ik herroep alle uiterste wilsbeschikkingen voor heden door mij gemaakt.
2. Ik legateer, vrij van rechten en kosten, al mijn Bank en Girotegoeden aan mijn nicht BX, geboren negen augustus negentienhonderd zestig.
3. Onder de last van bovenstaand legaat benoem ik tot mijn enige en algehele erfgenaam mijn broer X (...).”

Op de dag van het passeren van het testament is het girotegoed f 4.838,72. Het saldo van haar nalatenschap bedraagt: f 143.154,34. Het actief bestaat voor een bedrag van f 143.366,40 uit vorderingen wegens bank en girotegoeden. Deze

worden voor een bedrag van f 110.558,95 gevormd uit de verkoop van de door erflaatster bewoonde woning. Het bedrag was bestemd om te worden belegd in een ander door haar aangekocht pand. De broer en de nicht komen bij vaststellingsovereenkomst overeen dat erflaatster bij het opmaken van haar testament niet heeft kunnen voorzien dat het overlijden kort na de verkoop van de door haar bewoonde woning zou plaatsvinden en dat het saldo op de rekeningen voor zover gevormd door de verkoopopbrengst, tot de door de broer verkregen nalatenschap wordt gerekend en met tot het legaat.

**Verloop van de procedure**

De inspecteur houdt met deze vaststellingsovereenkomst geen rekening en legt de legataris een aanslag op ten bedrage van f 68.345,-. Volgens belanghebbende zou maar f 19.674,- verschuldigd zijn omdat zij tot het saldo van de bankrekeningen slechts voor f 32.807,- gerechtigd is. Het verschil is f 48.671,-. Aan de broer zou dan nog een navorderingsaanslag moeten worden opgelegd van f 29.698,-, waardoor per saldo f 18.973,- minder aan successierecht verschuldigd zou zijn. Dat is het gevolg van het feit dat de nicht voor het successierecht zwaarder wordt belast (derde tarief) dan de broer (tweede tarief). Het Hof laat de aanslag in stand. Belanghebbende stelt beroep in cassatie in.

**Conclusie A-G**

*5. Uitlegging van het testament.*

5.1. Met betrekking tot de literatuur en de jurisprudentie over de uitlegging van testamenten en in het bijzonder de betekenis van de art. 932 en 933 BW verwijs ik naar Asser-Meijers-Van der Ploeg, Erfrecht, nrs. 97 e.v., Pitlo-Van der Burght, Het Erfrecht, 7e druk (1987), p. 61 e.v., Klaassen-Eggens-Luijten, Erfrecht, 10e druk (1989), p. 46 e.v., alsmede de Vakstudie Successiewet 1956, art. 1, aant. 46.  
5.2. Mijn standpunt heb ik verwoord in mijn oratie. De vorm als norm (VU Amsterdam 1972), p. 18 e.v. Op p. 18 beschouwde ik art. 932 BW als een waarschuwing, om de woorden van een uiterste wilsbeschikking niet te snel voor onduidelijk te verklaren, met andere woorden:

“... de letterlijke betekenis wordt geacht de door erflater bedoelde betekenis te zijn, tenzij het tegendeel wordt bewezen. Maar aan dat tegenbewijs moeten dan wel zware eisen worden gesteld.”

en op p. 20 besprak ik de gevallen waarin de beweegredenen van de erflater ten tijde van het maken van zijn testament zijn achterhaald door omstandigheden die de erflater op dat moment niet heeft voorzien en merkte op: “Het kan worden toegejuicht, dat de wet voor sommige van deze gevallen een oplossing aan geeft – bijv. in de art. 1019 en 1046 tot en met 1050 en in het NBW de art. 4.3.1.10a en 4.3.1.12 – maar het lijkt mij ongewenst om via uitlegging van het testament te komen tot een met een veronderstelde bedoeling van erflater overeenstemmend resultaat, waarvoor in het testament zelf geen aanknopingspunt is te vinden. Er zou dan naar mijn mening grote rechtsonzekerheid ontstaan, niet alleen met betrekking tot de op zichzelf al moeilijke vraag of de erflater werkelijk verzuimde zijn testament aan te passen of dat hij wellicht ondanks de gewijzigde omstandigheden zijn beschikkingen in stand wilde laten, maar ook met betrekking tot de daarop volgende vraag, wat de erflater – indien hij in verzuim was – onder die gewijzigde omstandigheden zou hebben gewild. Wij zouden het ook als volgt kunnen stellen: Als de erflater zijn testament bewust ongewijzigd liet, is

er uiteraard geen reden voor een buiten de bewoordingen gaande uitlegging. Verzuimde hij echter zijn testament te wijzigen, dan moet hijzelf – en daarmee zijn erfgenamen – het risico daarvan dragen. De in het vormvereiste tot uitdrukking gebrachte rechtszekerheid doet hier het belang van de formeel aangewezen begunstigde prevaleren boven dat van de erfflater.”

Vgl. ook het op p. 22 vermelde, aan Pitlo, Erfrecht (thans Pitlo-Van der Burght, a.w. p. 67) ontleende voorbeeld (zie ook Asser-Meijers-Van der Ploeg, nr. 120): Moet men een legaat van f 50.000,- door een erfflater gemaakt toen hij een vermogen bezat van f 1.000.000,- verminderen tot f 5.000,- omdat zijn vermogen ten sterfdage nog maar f 100.000,- bedroeg?

5.3. Zoals uitdrukkelijk wordt overwogen in HR 16 december 1977, NJ 1978, 616, m. nt. WK, PW 18 737, is de uitlegging van testamentaire beschikkingen een aan gelegenheid van feitelijke aard, welke is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en welke in cassatie niet op haar juistheid kan worden getoetst. Zie ook bijv. HR 21 juni 1961, NJ 1961, 418, BNB 1961/280, m.nt. Y.D.C. van Duyn, PW 17 282, HR 23 april 1980, NJ 1980, 587, m.nt. WMK, BNB 1980/174, m.nt. J.P. Scheltens, PW 18 805 en HR 18 november 1988, NJ 1989, 174, PW 19 687.

5.4. De uitlegging door het Hof van het testament geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en berust voor het overige op een waardering van de aangevoerde feiten en omstandigheden (zie r.o. 2.2 t/m 2.6), op grond waarvan het Hof naar mijn mening voldoende gemotiveerd in r.o. 2.1 als zijn oordeel heeft te kennen gegeven dat er geen aanleiding is van de duidelijke bewoordingen van het testament af te wijken, ook indien wordt gelet op de verhoudingen die de uiterste wil wenste te regelen. Hierop stranden naar het mij voorkomt alle cassatiemiddelen.

#### 6. Conclusie

De cassatiemiddelen ongegrond bevindend, concludeer ik tot verwerping van het beroep.

4.2. De hiervoor weergegeven verklaring van belanghebbende en de legataris, gelezen in samenhang met hetgeen door belanghebbende ter zitting van het Hof nog is verklaard, te weten dat het de bedoeling van de erflaatster was dat belanghebbende de waarde van haar woning zou verkrijgen, kan niet anders worden uitgelegd dan dat belanghebbende en de legataris van mening waren dat het testament uitlegging behoeft op de wijze als in die akte weergegeven.

4.3. In de regel is de inspecteur gebonden aan de uitlegging die de bij de uitvoering van een uiterste wilsbeschikking betrokken partijen aan een testament geven indien dit testament uitlegging behoeft. Zulks is anders indien van een schijnhandeling sprake is. Uit de uitspraak van het Hof, en de stukken van het geding blijkt echter niet dat de inspecteur dat heeft gesteld.

4.4. In het licht van de door het Hof vastgestelde omstandigheden, te weten dat de erflaatster een woning te Q had gekocht voor f 125.000,- en dat zij het bedrag van f 110.558,95 voor de betaling van de koopprijs daarvan had bestemd, was alleszins begrijpelijk dat belanghebbende en de legataris, gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk wenst te regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt, van oordeel waren dat het niet de bedoeling van

Hoge Raad

erflaatster was dat ook het bedrag van f 110.558,95 tot het aan de nicht van erflaatster gemaakte legaat zou behoren. Door het overlijden van erflaatster waren immers de verbintenissen uit de koopovereenkomst met betrekking tot de door erflater gekochte woning, in het bijzonder de verplichting tot betaling van de koopprijs waartoe erflaatster genoemd bedrag had bestemd, op belanghebbende – als erfgenaam – overgegaan.

4.5. Aldus is onbegrijpelijk het oordeel van het Hof, dat zich te dezen niet een situatie voordoet waarbij de uiterste wilsbeschikking geen duidelijke aanwijzing bevat voor hetgeen erflaatster wenste dat na haar overlijden met haar vermogen zou geschieden, met welk oordeel het Hof hetgeen belanghebbende en de legataris blijkens de akte van 29 september 1983 zijn overeengekomen, ter zijde heeft gesteld. De uitspraak van het Hof kan mitsdien niet in stand blijven en verwijzing moet volgen.

5. Beslissing

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het Hof en verwijst het geding naar het Hof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing van de zaak in meer-voudige kamer met inachtneming van dit arrest.

Commentaar

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1992, 649, m.nt. WMK en V-N, p. 3253. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 39.2 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 96-106 en 120, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 234 en Asser-Perrick 6, nr. 132, *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 203 e.v. en Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 144.

Vergelijk ook over uitleg van uiterste wilsbeschikkingen in het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Uitleg testamenten, nr. 147 opgenomen arrest.

152

HOGE RAAD

31 januari 1997

‘Mijn echtgenote ... alsmede haar twee zonen’

Partijen

1. C.K., te H.,  
2. A.S., te H.,  
3. J.S., te S., eisers tot cassatie,  
*tegen*  
P.V., te V., verweerster in cassatie.

Feiten

H. is vanaf 27 augustus 1985 gehuwd geweest met V. V. heeft kinderen uit een eerdere relatie. H. is op 12 september 1920 geboren en op 6 maart 1993 overleden. H. heeft geen kinderen en was eerder gehuwd geweest met C.K.

Dit huwelijk werd door echtscheiding op 18 maart 1977 ontbonden. H. heeft op 1 mei 1973 een testament gemaakt waarin hij tot enige erfgenamen heeft benoemd ‘mijn echtgenote C.K., alsmede haar twee zonen de Heren A. en J.S.’ Dit testament heeft hij niet herroepen.

V. vordert verklaring voor recht dat zij enig erfgename van de nalatenschap van H. is, althans dat zij en haar kinderen, ieder voor gelijke delen, als enige erfgenamen gerechtigd zijn tot de nalatenschap van H. De Rechtbank te 's-Hertogenbosch wijst de vordering af. Het Hof te 's-Hertogenbosch vernietigt het vonnis van de Rechtbank en wijst de vordering toe. C.K. en haar zonen stellen beroep in cassatie in.

**Verloop van de procedure**

3.3. Het Hof heeft, anders dan de Rechtbank, uit het gebruik van de woorden 'mijn echtgenote' afgeleid (r.o. 4.3 en 4.3.1) dat de erflater bij het maken van het testament niet de situatie voor ogen heeft gehad dat zijn huwelijk met K. door echtscheiding ontbonden zou zijn, dat hij zijn testamentaire beschikkingen dan ook niet voor die situatie heeft bedoeld, en dat het testament dus zijn belang had verloren nadat de erflater van K. was gescheiden.

**Hoge Raad**

In r.o. 4.4 heeft het Hof hieraan toegevoegd dat het niet van belang is vast te stellen wat de erflater ten tijde van het testament zou hebben gewild indien hem toen de evenbedoelde situatie wel voor ogen zou hebben gestaan: voor die situatie, aldus het Hof, heeft de erflater immers geen testamentaire beschikkingen getroffen, zodat de vraag wie erfgenaam is niet moet worden beantwoord aan de hand van de veronderstelde wil van de erflater, maar aan de hand van de wettelijke regels van erfrecht.

3.4. 's Hofs bestreden oordeel komt blijkens het voorgaande erop neer dat de testamentaire beschikkingen ten gunste van K. en haar twee genoemde zonen, uitgelegd naar de door het Hof uit de woorden 'mijn echtgenote' afgeleide bedoeling van de erflater ten tijde van het maken van het testament, uitsluitend golden voor de situatie dat hij op het tijdstip van zijn overlijden nog met K. gehuwd zou zijn.

Anders dan het middel veronderstelt, heeft het Hof aldus niet miskend dat de rechter volgens de art. 4:932 en 4:933 BW eerst indien de bewoordingen van een testament onduidelijk zijn, de bedoeling van de erflater mag en moet opsporen: in 's hofs overwegingen ligt immers besloten het oordeel dat de bewoordingen van het onderhavige testament voor meer dan één uitleg vatbaar zijn.

Ook overigens gaat het middel, zoals uit het vorenoverwogene volgt, uit van een verkeerde lezing van 's hofs arrest: het Hof heeft de bedoeling van de erflater ten tijde van het maken van het testament vastgesteld en is niet uitgegaan van de veronderstelde wil van de erflater.

Voor zover het middel klaagt over onjuistheid van 's hofs uitleg, kan het evenmin slagen. De uitlegging van een testamentaire beschikking is immers voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en kan in cassatie niet op haar juistheid worden getoetst. Het Hof heeft bij zijn uitlegging ook geen onjuiste maatstaf aangelegd.

Het middel is derhalve tevergeefs voorgesteld.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep; (...).

**Commentaar** Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1998, 327, m.nt. T.R. Hidma. Vergelijk over het arrest ook Perrick, Wanneer is een uiterste wil nog duidelijk?, WPNR 6275 (1997) en *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 203 e.v. Vergelijk ook over uitleg van uiterste wilsbeschikkingen in het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Uitleg testamenten, nr. 147 opgenomen arrest.

**Partijen** S., te B., verzoekster tot cassatie,  
*tegen*  
B., te H., verweerder in cassatie,

**Feiten** Partijen zijn op 23 september 1966 in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. De man heeft bij verzoekschrift van 13 januari 1997 echtscheiding en verdeling van de gemeenschap gevorderd. Op 29 november 1997 is erflaatster overleden. Zij had bij testament van 6 mei 1997 de man, een ander en een stichting “gezamenlijk tot enig erfgenamen” benoemd onder de last van in het testament genoemde legaten, waaronder een legaat aan de vrouw (het nichtje van erflaatster) van de “familieportretten, de Ikoon (en) de bierpomp/schemerlamp”. Met dit testament herriep en verving erflaatster een eerder testament waarin zij aan de vrouw haar gehele inboedel en alle onroerende zaken had gelegateerd en waarin de man in het geheel niet werd genoemd. Na het overlijden van erflaatster (hangende de procedure van echtscheiding) is op 4 mei 1998 het huwelijk van partijen ontbonden door inschrijving in de registers van de burgerlijke stand van de beschikking van de Rechtbank waarin echtscheiding werd uitgesproken. Bij deze beschikking werd tevens de gemeenschap verdeeld. De Rechtbank heeft de nalatenschap van erflaatster niet in deze verdeling betrokken. Tegen deze wijze van verdeling is de vrouw in hoger beroep gekomen, aanvoerende dat de nalatenschap in de verdeling moet worden betrokken nu de huwelijksgemeenschap bij het overlijden van erflaatster nog niet was ontbonden en het testament van erflaatster geen uitsluitingsclausule bevat als bedoeld in art. 1:94 BW. De man heeft in zijn verzoekschrift aangevoerd dat het “duidelijk de bedoeling van erflaatster (was) dat de nalatenschap niet in de gemeenschap zou vallen waarin partijen waren gehuwd”. In dat verband heeft hij erop gewezen dat hij in het testament tot erfgenaam is benoemd terwijl de vrouw juist in het herroepen testament één van de erven was. Tevens heeft hij overgelegd een brief van de notaris, die het testament heeft opgemaakt, inhoudende dat erflaatster aan hem heeft verklaard dat zij in de kwestie van de scheiding van de man en de vrouw (haar nichtje) aan de kant van de man stond en dat deze erfgenaam moest worden alsmede dat hij (de notaris) de uitsluitingsclausule in het testament zou hebben opgenomen, ware het niet dat erflaatster uitdrukkelijk had verklaard dat de echtscheiding al rond



was. Aan de bedoeling van erflaatster kan in dezen niet worden getwijfeld, aldus de notaris.

Met een op 13 januari 1997 ter griffie van de Rechtbank te Utrecht ingekomen verzoekschrift heeft de man, verweerder in cassatie zich gewend tot die Rechtbank en verzocht echtscheiding uit te spreken tussen hem en de vrouw, verzoeker tot cassatie, en de verdeling van de goederengemeenschap tussen partijen vast te stellen. De vrouw heeft een verzoekschrift ingediend. De Rechtbank heeft bij beschikking van 28 januari 1998 de echtscheiding tussen partijen uitgesproken en de verdeling van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap vastgesteld zoals in de beschikking omschreven. Tegen deze beschikking heeft de vrouw wat betreft de door de Rechtbank vastgestelde verdeling van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap hoger beroep ingesteld bij het Hof te Amsterdam. Bij tussenbeschikking van 29 oktober 1998 heeft het Hof de meest gereede partij verzocht bescheiden in het geding te brengen. Bij eindbeschikking van 1 april 1999 heeft het Hof het verzoek van de vrouw tot nadere verdeling afgewezen. Het Hof heeft bij tussenbeschikking van 29 oktober 1998 de meest gereede partij verzocht aan het Hof over te leggen het testament van erflaatster dat is herroepen bij het testament van 6 mei 1997. Nadat aan dit verzoek was voldaan, heeft het Hof bij eindbeschikking van 1 april 1999 de man in het gelijk gesteld en de vordering van de vrouw tot nadere verdeling afgewezen. De vrouw gaat in cassatie.

**Verloop van de procedure**

3.4. Bij de uitleg van een uiterste wilsbeschikking dient weliswaar te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk heeft willen regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt, maar daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil mogen slechts dan voor de uitleg van een uiterste wilsbeschikking worden gebruikt indien deze zonder die verklaringen geen duidelijke zin heeft (vgl. art. 4.3.1.8 nieuw BW). Nu niet kan worden gezegd dat een uiterste wil waarbij een in gemeenschap van goederen gehuwde man tot erfgenaam is benoemd, terwijl in die uiterste wil geen uitsluitingsclausule als bedoeld in art. 1:94 BW is opgenomen, geen duidelijke zin heeft, en het Hof ook niet heeft vastgesteld dat de onderhavige uiterste wil zonder de tegenover de notaris afgelegde, maar niet in het testament opgenomen verklaring van de erflaatster een duidelijke zin ontbeert, heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent art. 4:932 en 4:933 BW. Het middel is derhalve gegrond.

**Hoge Raad**

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verklaart [de vrouw] niet-ontvankelijk in haar beroep tegen de beschikking van het Hof te Amsterdam van 29 oktober 1998;  
vernietigt de beschikking van het Hof te Amsterdam van 1 april 1999;  
verwijst het geding naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2001, 349. Vergelijk ook over uitleg van uiterste wilsbeschikkingen in het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht, Uitleg testamenten, nr. 147 opgenomen arrest.

**Commentaar**

**Partijen**

1. [Eiser 1],  
 2. [Eiseres 2],  
 3. [Eiser 3],  
 allen wonende te [woonplaats],  
 EISERS tot cassatie,  
*tegen*  
 [Verweerster],  
 wonende te [woonplaats],  
 VERWEERSTER in cassatie,

**Feiten**

Erflater is op 13 november 1997 ten gevolge van een verkeersongeval overleden. Hij was ten tijde van zijn overlijden ongehuwd en had geen nakomelingen. Erflater heeft een testament d.d. 2 september 1982 nagelaten, waarin hij [verweerster] door middel van de volgende clausule tot enig en algeheel erfgename van zijn gehele nalatenschap heeft benoemd:

“ERFSTELLING.

Ik benoem tot enige en algehele erfgename van mijn gehele nalatenschap [verweerster], militair, wonende te [woonplaats] – [a-straat 1], geboren te [geboorteplaats] (Suriname) op [geboortedatum] negentienhonderd zestig.”

Bij testament van dezelfde datum heeft [verweerster] erflater tot haar enige en algehele erfgenaam benoemd. Eveneens op 2 september 1982 hebben erflater en [verweerster] een notarieel samenlevingscontract gesloten, waarin zij hebben verklaard dat zij per 1 oktober 1982 gaan samenwonen en dat zij vanaf die datum een gemeenschappelijke huishouding zullen voeren. Beide partijen hebben bezittingen aangebracht.

Op 6 september 1982 hebben erflater en [verweerster] tezamen, ieder voor de onverdeelde helft, een woning in [plaats] in eigendom verkregen. Ze hebben daartoe gezamenlijk een hypothecaire lening gesloten. Op 13 januari 1987 heeft erflater een levensverzekering afgesloten bij NV Levensverzekering Maatschappij UAP-Providentia met zichzelf als verzekerde en met als begunstigen (1) de verzekeringnemer, (2) diens weduwe/weduwenaar, (3) diens kinderen, (4) [verweerster], en (5) de wettige erfgenamen van de verzekeringnemer. Bepaald is dat het verzekerde kapitaal ad f 40.633,- wordt uitgekeerd op de einddatum van de verzekering (24 december 2002) of bij eerder overlijden van de verzekerde, waarna de hoofdverzekering eindigt. Op 11 december 1987 zijn erflater en [verweerster] met elkaar in gemeenschap van goederen gehuwd. Op 7 april 1992 hebben zij de Rechtbank verzocht tussen hen echtscheiding uit te spreken en de door hen getroffen goederenrechtelijke c.q. vermogensrechtelijke regeling in het vonnis op te nemen. Dit is geschied bij vonnis van 13 april 1992, welk vonnis op 26 mei

1992 is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand te Bodegraven. Op 20 juli 1992 is de notariële verdeling tot stand gebracht, waarbij de woning is toegedeeld aan erflater, onder de verplichting om de hypothecaire schuld voor zijn rekening te nemen. In art. 2 onder g van het echtscheidingsconvenant van 7 april 1992 is bepaald dat de onder (iv) bedoelde levensverzekering wordt toebedeeld aan erflater. Op 8 april 1992 heeft erflater de levensverzekeringsmaatschappij verzocht de begunstiging onder deze verzekering in die zin aan te passen dat punt 4 vervalt. Deze wijziging is op 19 mei 1992 doorgevoerd. De familie [eiser c.s.] (de ouders en de broer van erflater) heeft conservatoir beslag laten leggen op de nalatenschap. De voormalige woning van erflater is nadien verkocht; de opbrengst wordt door de notaris in depot gehouden.

In dit geding heeft de familie [eiser c.s.] de hiervoor in 1 weergegeven vordering ingesteld. Kort gezegd heeft zij zich erop beroepen dat de uitleg van het door erflater nagelaten testament en meer in het bijzonder van de hiervoor weergegeven clausule, niet naar louter taalkundige maatstaven dient plaats te vinden. Dit testament is opgemaakt in verband met de door erflater en [verweerster] beoogde samenleving en met hun gezamenlijke aankoop van een huis. In dit licht zijn bewoordingen van de hiervoor geciteerde clausule uit het testament onduidelijk omdat niet blijkt of erflater [verweerster] uitsluitend als samenwonende partner tot zijn erfgenaam heeft benoemd. Het feit dat erflater na de beëindiging van de samenleving [verweerster] als begunstigde heeft geschrappt uit de hiervoor bedoelde levensverzekering, wijst erop dat dit inderdaad zijn bedoeling was.

[Verweerster] heeft de vordering betwist. Mede in het licht van het feit dat aan de erfstelling geen voorwaarde is verbonden, acht zij de meerbedoelde clausule duidelijk, zodat niet door uitleg van de bewoordingen daarvan mag worden afgeweken. [Verweerster] heeft tevens een vordering in reconventie ingesteld, strekkende tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden ten gevolge van het door de familie [eiser c.s.] gelegde beslag.

Nadat de Rechtbank twee tussenvonnissen had gewezen, heeft zij in een deelvonnis de vordering in conventie afgewezen, in de kern omdat de bewoordingen van het testament duidelijk en niet voor meer dan één uitleg vatbaar zijn. In reconventie achtte zij de familie [eiser c.s.] schadeplichtig tegenover [verweerster] omdat de vordering waarvoor beslag is gelegd, niet blijkt te bestaan. In zoverre verwees de Rechtbank de zaak naar de rol teneinde de omvang van de schade van [verweerster] te bepalen.

Nadat de familie [eiser c.s.] tegen deze vonnissen hoger beroep had ingesteld (hierna: het eerste appel), heeft de Rechtbank ook in reconventie een eindvonnis gewezen waarin zij, mede gelet op het inmiddels ingestelde hoger beroep, de familie [eiser c.s.] heeft veroordeeld aan [verweerster] de schade te vergoeden die deze heeft geleden als gevolg van de door de familie [eiser c.s.] gelegde conservatoire beslagen, op te maken bij staat. Ook tegen dit vonnis heeft de familie [eiser c.s.] hoger beroep ingesteld (hierna: het tweede appel).

In twee op dezelfde datum gewezen afzonderlijke arresten heeft het Hof als volgt geoordeeld. In het eerste appel overwoog het in conventie, kort gezegd, dat de bewoordingen van het testament duidelijk zijn alsmede dat niet kan worden gezegd dat de uitvoering van deze erfstelling onmogelijk is, dat de erfstelling geen

Verloop van de  
procedure

duidelijke zin heeft of dat de erflater zich klaarblijkelijk in de aanduiding van de persoon van [verweerster] heeft vergist. Dit betekent dat het Hof niet toekomt aan uitleg van het testament in die zin dat nagegaan dient te worden door welke (mogelijke) bedoeling of bedoelingen erflater zich bij het opmaken van het testament heeft laten leiden. De Rechtbank heeft de vordering van de familie [eiser c.s.] in conventie dus terecht afgewezen. In reconventie onderschreef het Hof het oordeel van de Rechtbank. Daarom heeft het Hof de bestreden vonnissen bekrachtigd.

In het tweede appel heeft het Hof in reconventie, voor zover in cassatie nog van belang, eveneens het oordeel van de Rechtbank onderschreven, daartoe met name overwegende dat [verweerster] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij schade heeft geleden als gevolg van de door de familie [eiser c.s.] onrechtmatig gelegde beslagen. Ook in deze zaak heeft het Hof het bestreden vonnis bekrachtigd.

**Cassatiemiddel**

(Samenvatting uit de conclusie van de A-G)

Middelonderdeel 2 (middelonderdeel 1 bevat geen klacht) komt op tegen de hiervoor geciteerde r.o. 9-11 en de daarop voortbouwende r.o. 12 van het bestreden arrest in de zaak met rolnummer C00/963. Middelonderdeel 2.2 (middelonderdeel 2.1 bevat geen klacht) betoogt dat uit r.o. 9, gelezen in samenhang met r.o. 10, blijkt dat het Hof een onjuiste, te weten een te enge, maatstaf heeft gehanteerd bij de uitleg van het testament van erflater nu het Hof heeft miskend dat de vraag of de testamentaire making “duidelijke zin heeft als verklaring van hetgeen de erflater wil dat na zijn dood met zijn vermogen zal geschieden” mede moet worden beantwoord aan de hand van de objectieve omstandigheden waaronder de uiterste wil is totstandgekomen en de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk heeft willen regelen. In het verlengde van dit betoog klaagt middelonderdeel 2.2.1 dat het Hof niet had mogen voorbijgaan aan de volgende in casu vaststaande feiten, waarop door de familie ook expliciet een beroep is gedaan: het feit dat erflater en [verweerster] ten tijde van het opmaken van het testament van plan waren op zeer korte termijn samen te gaan wonen in een door hen gezamenlijk te verwerven woning (aan welk voornemen zij ook gevolg hebben gegeven) en het feit dat op de dag waarop het testament werd verleden tussen erflater en [verweerster] ook een samenlevingscontract werd opgemaakt; het middelonderdeel klaagt dat het Hof door zulks wel te doen, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en is tekortgeschoten in zijn motiveringsplicht.

Middelonderdeel 2.3, dat uit een aantal subonderdelen bestaat, richt zich met diverse klachten tegen r.o. 11 voorzover het Hof in die overweging de objectieve omstandigheden waaronder de uiterste wil is totstandgekomen en de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk heeft willen regelen, mede in aanmerking heeft willen nemen.

Middelonderdeel 2.4 strekt ten betoge dat het Hof had moeten anticiperen op het nieuwe, op 1 januari 2003 in werking getreden art. 4:52 BW, inhoudende dat een beschikking die is getroffen ten voordele van degene met wie de erflater is gehuwd op het moment van het maken van de uiterste wil of met wie reeds trouwbeloften zijn gewisseld, vervalt door een daarna ingetreden echtscheiding

of scheiding van tafel en bed tenzij uit de uiterste wil zelf het tegendeel blijkt; in dat verband wordt betoogd dat een redelijke uitleg van deze bepaling, waarop de familie zich in appel expliciet heeft beroepen, meebrengt dat zij ook van toepassing is ingeval geen trouwbeloften zijn gewisseld doch sprake is geweest van samenwonen althans indien zulks gepaard is gegaan met een samenlevingscontract. De eveneens in het middelonderdeel vervatte klacht dat deze bepaling rechtstreeks van toepassing is omdat aan haar onmiddellijke werking toekomt, is in de schriftelijke toelichting kennelijk ingetrokken.

Middelonderdeel 2.5 betoogt dat gegrondbevinding van één of meer van de in de voorgaande middelonderdelen geformuleerde klachten ertoe leidt dat ook 's hofs arrest van 16 januari 2003 in de zaak met rolnummer C01/406 niet in stand kan blijven nu toewijzing van de conventionele vordering van de familie de onrechtmatigheid aan het gelegde beslag zal ontnemen en daarmee iedere grond voor schadeplichtigheid van de familie doet vervallen.

3.4. Het cassatieberoep is tegen beide door het Hof gewezen arresten gericht. Onderdeel 2.2 van het middel voert, kort weergegeven, het volgende aan. Blijkens de r.o. 9 en 10 van het arrest in het eerste appel heeft het Hof een onjuiste maatstaf gehanteerd bij de uitleg van het testament van erflater. De vraag of een testamentaire making “duidelijke zin heeft als verklaring van hetgeen de erflater wil dat na zijn dood met zijn vermogen zal geschieden” dient immers mede te worden beantwoord aan de hand van de objectieve omstandigheden waaronder de uiterste wil is totstandgekomen en de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk heeft willen regelen. Het Hof heeft dus ten onrechte gemeend dat aan die objectieve omstandigheden pas kan worden toegekomen nadat is geoordeeld dat de bewoordingen waarin de desbetreffende making is gesteld, niet duidelijk zijn. Onderdeel 2.2.1 voegt daaraan toe dat het Hof niet had mogen voorbijgaan aan het feit dat erflater en [verweerster] ten tijde van het opmaken van het testament van plan waren op zeer korte termijn te gaan samenwonen in een door hen gezamenlijk te verwerven woning (aan welk voornemen zij ook gevolg hebben gegeven) en aan het feit dat op de dag waarop het testament werd verleden, tussen erflater en [verweerster] ook een samenlevingscontract werd opgemaakt.

3.5. Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt vooropgesteld dat in cassatie terecht geen klacht is gericht tegen het oordeel van het Hof dat de onderhavige vraag van uitleg wordt beheerst door het voor 1 januari 2003 geldende recht, nu de arresten van het Hof voor die datum zijn gewezen (art. 74 lid 3 Overgangswet NBW).

Ook naar oud recht gold echter al de inmiddels in art. 4:46 BW vastgelegde norm dat bij de beantwoording van de vraag of de bewoordingen van een uiterste wilsbeschikking duidelijk zijn, dat wil zeggen als verklaring van hetgeen de erflater wil dat na zijn dood met zijn vermogen zal geschieden een duidelijke zin hebben, mede dient te worden gelet op de verhoudingen die de erflater bij zijn wilsbeschikking heeft willen regelen en op de omstandigheden waaronder deze is gemaakt (HR 22 januari 1965, NJ 1966, 177 en HR 9 april 1965, NJ 1966, 178). In dit licht heeft het Hof van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven of zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, zodat de onderdelen 2.2 en 2.2.1 doel treffen.

Hoge Raad

Het Hof heeft van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven indien zijn oordeel dat de bewoordingen van het testament duidelijk zijn en dat het Hof derhalve niet toekomt aan uitleg daarvan, aldus moet worden opgevat dat de vaststaande omstandigheden waaronder het testament is gemaakt – dat erflater en [verweester] voornemens waren op korte termijn te gaan samenwonen in een door hen gemeenschappelijk te verwerven huis, en dat op de dag waarop het testament werd verleden, tussen hen ook een samenlevingscontract werd opgemaakt – voor de uitleg van het testament van erflater niet ter zake dienend kunnen zijn. Indien het Hof echter van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan – namelijk dat de zojuist genoemde omstandigheden wel degelijk van belang kunnen zijn bij de uitleg van het testament – heeft het zijn oordeel, dat de bewoordingen van het testament duidelijk zijn, onvoldoende gemotiveerd omdat zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onduidelijk is of het Hof daarmee bedoelt dat de hiervoor in 3.1 onder (ii) aangehaalde testamentaire clause ook heeft te gelden indien partijen ten tijde van het overlijden van erflater niet meer samenwonen.

3.6. Het slagen van de onderdelen 2.2 en 2.2.1 brengt mee dat ook onderdeel 2.5, dat is gericht tegen het oordeel van het Hof in reconventie, doel treft omdat dit oordeel voortbouwt op het door het Hof in conventie gegeven oordeel over het testament van erflater.

3.7. De overige onderdelen van het middel behoeven bij gebrek aan belang geen behandeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 16 januari 2003; verwijst het geding naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing; (...).

#### Commentaar

Het arrest is digitaal gepubliceerd via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl): LJN: AR0196 en in *NJ* 2005, 58, m.nt. WMK.. Vergelijk ook voor uitleg van uiterste wilsbeschikkingen in het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor, onder Erfrecht; Uitleg testamenten, nr. 147 opgenomen arrest.

155

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

9 september 2002

Ik herroep ...

#### Partijen

1. [appellant 1 t/m16],  
wonende te [woonplaats 1 t/m 16],  
*tegen*

1. [geïntimeerde 1 t/m 20],  
wonende te [woonplaats 1 t/m 20],  
geïntimeerden,

Erflaatster was in algehele gemeenschap van goederen gehuwd met haar in 1982 overleden echtgenoot erflaatster. Zij en haar echtgenoot hadden geen kinderen. Op 12 januari 1982 heeft erflaatster een testament gemaakt waarbij zij tot haar enige erfgenamen heeft benoemd: de kinderen van de broers en zusters van haar echtgenoot [met uitzondering van [geïntimeerde 20], religieuze, dochter van erflaatsters zwager [zwager erflaatster]] alsmede de kinderen van haar broer en zusters, zulks gezamenlijk en voor gelijke delen, echter met dien verstande dat de door erflaatster tot erfgenamen benoemde kinderen van haar zwager [zwager erflaatster] geboren uit diens huwelijk met erflaatsters zuster [zuster erflaatster], elk twee aandelen zullen ontvangen (...). Op 20 januari 1995 heeft erflaatster een nieuw testament laten maken door notaris [notaris], hierna de notaris, dat voor zover te dezen van belang luidt als volgt:

Feiten

“(…)

A. Ik herroep alle uiterste wilsbeschikkingen door mij vóór heden gemaakt.

B. Ik legateer – niet vrij van rechten en kosten – af te geven binnen twee weken na mijn overlijden, de navolgende roerende lichamelijke zaken:

1. aan mevrouw [begunstigde 1] [...]

2. aan mevrouw [begunstigde 2] [...]

3. aan mevrouw [begunstigde 3] [...]

C. Voorts bepaal ik dat hetgeen uit mijn nalatenschap wordt verkregen, niet zal vallen in enige gemeenschap van goederen waarin de verkrijger gerechtigd mocht zijn of worden en niet in aanmerking zal worden genomen bij de toepassing van enig afrekenbeding.

Aangezien de bovengemelde opgave buiten de tegenwoordigheid van de getuigen is gedaan en het opstel door mij, notaris, is gereed gemaakt, heeft de testatrice alvorens de voorlezing daarvan geschiedde, haar wil nader zakelijk mondeling in tegenwoordigheid van de getuigen opgegeven; daarna is de uiterste wil door mij, notaris, aan de testatrice voorgelezen en na die voorlezing door mij aan haar afgevraagd of het voorgelezene haar uiterste wil bevat, waarop zij bevestigend heeft geantwoord, welke voorlezing, afvraging en beantwoording, mede in tegenwoordigheid van getuigen zijn geschied.”

– Een concept van het testament is vóór 20 januari 1995 aan erflaatster toegezonden.

– Op 23 januari 1995 is erflaatster overleden.

– In een notariële akte van 7 februari 1995 verklaart de notaris dat de zinsnede “Ik herroep enz.” geen juiste weergave is geweest van de kenbaar gemaakte uiterste wil van erflaatster. De notaris baseert zich daarbij mede op een telefoongesprek dat zijn medewerker, kandidaat notaris, met erflaatster voerde. In dat telefoongesprek heeft erflaatster uitdrukkelijk aangegeven dat zij het bestaande testament uit 1982 wilde handhaven. Voorts geeft de notaris daarbij aan dat tijdens de zakelijke opgave bij het passeren der akte door hem tot tweemaal toe aan erflaatster is gevraagd of de familie gewoon moest blijven erven, waarop tweemaal bevestigend is geantwoord. De zinsnede “Ik herroep enz.” is opgenomen in de standaardtekst voor testamenten die opgeslagen is in de tekstverwerkers op het kantoor van de notaris. Noch uit het gesprek dat de kandidaat-notaris met erflaatster heeft gehad, noch uit het persoonlijk gesprek met de notaris ten tijde van het passeren van de akte, noch uit het door erflaatster persoonlijk geschreven

stuk is op enigerlei af te leiden dat zij haar eerdere uiterste wilsbeschikking heeft willen herroepen. De notaris concludeert dat de zinsnede “Ik herroep enz.” geen juiste weergave is geweest van de kenbaar gemaakte uiterste wil door erflaatster en mitsdien voor niet gelezen dient te worden gehouden, zodat de uiterste wilsbeschikkingen uit 1982 volgens de kenbaar gemaakte wil van erflaatster niet herroepen zijn en hun volledige kracht en waarden zouden hebben behouden. Met deze conclusie van de notaris verklaart de kandidaat-notaris zich akkoord voor zover deze weergeeft hetgeen door hem met erflaatster besproken is. Aan de formele vereisten, welke gelden voor het maken van een testament, is in casu voldaan.

**Verloop van de procedure**

De appellanten hebben de zaak bij de Rechtbank 's-Hertogenbosch aanhangig gemaakt die op 1 september 2000 onder rolnummer 42390 HA/ZA 99-1693, tussen appellanten [appellanten (1 t/m 16)] als eisers en geïntimeerden [geïntimeerden (1 t/m 20)] als gedaagden op 1 september 2000 onder rolnummer 42390 HA/ZA 99-1693 vonnis heeft gewezen, inhoudende afwijzing van de eis, waarop eisers in hoger beroep zijn gegaan bij exploit van dagvaarding d.d. 27 november 2000.

In hoger beroep werden twee grieven voorgedragen strekkende tot vernietiging van het vonnis en opnieuw recht doende, uitvoerbaar bij voorraad voor zover de wet dat toelaat:

- a. te verklaren voor recht dat de herroepingspassage, inhoudende “ik herroep alle uiterste wilsbeschikkingen door mij vóór heden gemaakt”, in het testament van [erflaatster] van 20 januari 1995, als niet geschreven moet worden beschouwd;
- b. te verklaren voor recht dat de nalatenschap van [erflaatster], afgewikkeld dient te worden conform het testament van 12 januari 1982, met inachtneming van de legaten, opgenomen in het testament van 20 januari 1995;
- c. geïntimeerden te veroordelen om, binnen tien dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis hun medewerking te verlenen aan afwikkeling van de nalatenschap van [erflaatster] conform het testament van 12 januari 1982 met inachtneming van de legaten, opgenomen in het testament van 20 januari 1995, op verbeurte van een niet voor matiging vatbare dwangsom van f. 5000,- per geïntimeerde voor iedere dag dat geïntimeerden in gebreke blijven;
- d. met veroordeling van geïntimeerden in de kosten van deze procedure en de kosten van de procedure in eerste aanleg.

Daarop antwoordend hebben [geïntimeerden] die grieven bestreden en geconcludeerd dat het het Hof behage appellanten in hun vorderingen niet ontvanke-lijk te verklaren althans hun deze te ontzeggen als zijnde ongegrond en onbewe-zen, met veroordeling van appellanten in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep.

**Grieven**

Ten onrechte hanteert de Rechtbank bij de beoordeling van het geschil als uitgangspunt dat – in het belang van de erflaatster en gelet op het algemeen belang en de eisen van rechtszekerheid – de laatste wil van erflaatster, zoals neergelegd in haar [laatst gemaakte] testament, behoort te worden geëerbiedigd.



Ten onrechte komt de Rechtbank tot de conclusie dat geen herroeping van een deel van het testament mogelijk is omdat in casu is voldaan aan een groot aantal formele vereisten, die zijn genoemd in art. 4:986 BW.

4.2. De beide grieven lenen zich gezien hun samenhang voor gezamenlijke behandeling.

4.2.1. [appellanten] stellen zich, blijkens hun op de grieven gegeven toelichting en kennelijk in navolging van het door prof. Van Mourik op 22 februari 1996 aan de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de notaris uitgebracht advies, op het standpunt dat de herroepingsclausule niet als een wilsuïting van erflaatster kan worden aangemerkt; zij wijzen daarbij onder meer op de verklaringen van de notaris en de kandidaat-notaris waaruit kan worden afgeleid dat, hoewel alle formele vereisten in acht zijn genomen, er toch een vergissing is gemaakt en in het testament van erflaatster een clause is opgenomen die niet overeenstemt met de wil van erflaatster.

4.2.2. Volgens [geïntimeerden] stemt het testament van 20 januari 1995 wel overeen met de wil van erflaatster; zij betwisten dat er sprake zou zijn van een vergissing of van een misverstand. Gezien het feit dat het testament tot stand is gekomen overeenkomstig de vereisten ex art. 4:986 BW en erflaatster geestelijk gezond was, is wijziging achteraf volgens hen niet mogelijk.

4.3. Het Hof overweegt als volgt.

4.3.1. Bij de uitleg van een uiterste wilsbeschikking dient weliswaar te worden gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk heeft willen regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt, maar daden of verklaringen van de erflater buiten de uiterste wil mogen slechts dan voor de uitleg van de uiterste wil worden gebruikt indien deze zonder deze verklaringen geen duidelijke zin heeft (vgl. art. 4.3.1.8. nieuw BW, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 7 november 2000, *NJ* 2001, 349).

4.3.2. Dit betekent dat, eerst indien de bewoordingen van een testament – gelet op de verhoudingen die de uiterste wil kennelijk heeft willen regelen en op de omstandigheden waaronder de uiterste wil is gemaakt – onduidelijk zijn, de bedoeling van de erflater mag en moet worden opgespoord. Is een uiterste wil duidelijk en niet voor meerdere opvattingen vatbaar, dan is er voor uitleg daarvan geen grond. Onjuist is de stelling dat ook als de bewoordingen van een testament duidelijk zijn, daarvan moet worden afgeweken als zij door een vergissing afwijken van de bedoeling van de erflater zoals deze als zijn uiterste wil aan de notaris is opgegeven [*NJ* 1966, 178].

4.3.3. Daarbij speelt een belangrijke rol dat in verband met de eisen van de rechtszekerheid moet worden voorkomen dat elk testament tot reeksen verwikkelingen kan leiden doordat belanghebbenden vrijelijk de gelegenheid wordt geboden te betogen dat het testament de wil van de erflater niet juist weergeeft. De rechtszekerheid van het testament zou in gevaar komen indien toegestaan zou worden de wil van de erflater te vinden in allerlei factoren liggende buiten het testament. Met vergissingen van de notaris die niet tot gevolg hebben dat de bewoordingen op enig punt voor tweërlei uitleg vatbaar zijn of geen redelijke zin hebben, kan in het systeem van de wet, zowel van de huidige als van de nieuwe, geen rekening worden gehouden.

Hof  
's-Hertogenbosch

4.4.1. De vraag waar het – in het licht van het vorenoverwogene – in het onderhavige geval om gaat is of de bewoordingen het testament van 20 januari 1995 duidelijk zijn en een redelijke zin hebben. Alleen indien deze vraag ontkennend zou moeten worden beantwoord mag uitleg plaatsvinden en pas dan kan aan de orde komen of bij erflaatster de wil tot herroeping heeft ontbroken.

4.4.2. In het litigieuze testament heeft erflaatster – onder herroeping van haar eerdere testament – bepaald dat zij een aantal nader aangeduide goederen legateert aan een drietal met name genoemde legatarissen, alsmede dat hetgeen uit haar nalatenschap zal worden verkregen – kort gezegd – niet in enige gemeenschap van goederen van haar verkrijgers zal vallen. Wie zij tot haar erfgenamen benoemt heeft erflaatster niet aangegeven. Dit leidt er toe dat enkel [geïntimeerden] van erflaatster erven.

4.4.3. Naar het oordeel van het Hof kan niet worden gezegd dat een testament met een inhoud als hierboven onder 4.4.2 weergegeven – hoe beperkt wellicht ook – niet duidelijk is en geen redelijke zin heeft. Met de door erflaatster tegenover de heer [kandidaat-notaris] telefonisch afgelegde (niet in het testament opgenomen) verklaring mag dan ook geen rekening worden gehouden. Dat [appellanten] door de herroepingspassage niet meer van erflaatster erven maakt dit niet anders.

Voor uitleg van het testament is dan ook geen grond aanwezig.

4.4.4. Met de door de notaris in een notariële akte van 7 februari 1995, derhalve ná het overlijden van erflaatster neergelegde verklaring dat de zinsnede “ik herroep enz.” in het testament van erflaatster van 20 januari 1995 geen juiste weergave is geweest van haar kenbaar gemaakte uiterste wil, waarmee de notaris kennelijk heeft beoogd deze zinsnede uit het testament van erflaatster te verwijderen, kan evenmin rekening worden gehouden.

Aangenomen dat te dezen het tweede lid van art. 45 van de op 1 oktober 1999 in werking getreden nieuwe Wet op het Notarisambt toepasselijk is op notariële akten, verleden vóór 1 oktober 1999, heeft te gelden dat het niet verwijderen van voormelde zinsnede uit het testament van erflaatster van 20 januari 1995, anders dan bijvoorbeeld het ontbreken van de vermelding van plaats, jaar, maand of dag in de akte waarbij een uiterste wil is verleden (zie Hoge Raad 5 oktober 2001, NJ 2002, 410), niet kan worden aangemerkt als een kennelijke schrijffout of een kennelijke misslag welk op grond van dit artikel kan worden gerectificeerd.

4.5. De grieven falen derhalve.

4.6. Voor het leveren van (tegen)bewijs en daarmee voor het verstrekken van een bewijsopdracht is gezien het vorenstaande geen grond aanwezig.

4.7. Het vonnis van de Rechtbank waarvan beroep dient met aanvulling van gronden te worden bekrachtigd. (appellanten) dienen als de in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de kosten van de het geding in hoger beroep.

5. De beslissing

Het Hof:

bekrachtigt het op 1 september 2000 onder rolnummer 42390 HA/ZA 99-1693 door de Rechtbank te 's-Hertogenbosch tussen partijen gewezen vonnis waarvan beroep;

(...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2003, 446. Vergelijk ook over uitleg van uiterste wilsbeschikkingen in het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor, onder Erfrecht; Uitleg testamenten, nr. 147 opgenomen arrest. **Commentaar**

## Erfrecht – Rechtskarakter legaat

156

HOGE RAAD

17 januari 1964

Schellens-Schellens-II

### Partijen

1. J.M. Schellens, te Eindhoven, van tafel en bed gesch. echtgenote van Mr. P.W.C.C.M. van Meerwijk, te Hilversum;

2a. J. Beretz (ook genaamd Behretz), te Eindhoven, weduwe van L.L.J.J. Schellens, ten deze handelende in hare hoedanigheid van moeder-voogdes over haar minderjarigen zoon R.L.L.A.M. Schellens, te Eindhoven, tot het optreden in rechte ten deze gemachtigd bij beschikking van den Ktr. te Eindhoven, en voorts, voorzoveel nodig, als uitvoerster der uiterste wilsbeschikkingen van haar echtgenoot voornoemd en vruchtgebruikster van de in de dagvaarding in prima genoemde 624 aandelen;

2b. Mr. G.J.P. Cammelbeeck, adv en proc., te Eindhoven, in zijn hoedanigheid van toeziend voogd over den sub 2a genoemden minderjarige en van bewindvoerder over diens erfenis en verkrijging uit de nalatenschap van wijlen mevr. P.J.M. Keunen, weduwe van L.J.J. Schellens tot het optreden in rechte ten deze gemachtigd bij dezelfde beschikking v.d. Ktr. te Eindhoven;

2c. A.I. Schellens, te Nijmegen en,

2d. Mr. P.W. van der Ploeg, notaris, te Amsterdam, ten deze handelende als de overeenkomstig art. 5 van de statuten van L. Schellens en Co's Trijpfabriek NV door eiseres sub 2a in haar genoemde hoedanigheden, eiser sub 2b als toeziend voogd over den sub 2a genoemden minderjarige en eiseres sub 2c, aangewezen persoon tot uitoefening tegenover genoemde NV van alle rechten en bevoegdheden, verbonden aan 624 aandelen in genoemde NV, toebehorende aan den sub 2a genoemden minderjarige en de sub 2c genoemde gezamenlijk, eisers tot cassatie,

*tegen*

1. M.J.H. Schellens, te Lieshout, buiten gemeenschap van goederen gehuwd met E.Ch.M.J. de Haes, eveneens te Lieshout,

2. de naaml. venn. L. Schellens & Co's Trijpfabriek NV, te Eindhoven, verweersters in cassatie.

### Feiten

Op 29 maart 1955 verleent Mevr. P.J.M. Keunen, weduwe van L.J.J. Schellens, aan L. Schellens en Co's Trijpfabriek NV, gezeteld te Eindhoven, een optie tot koop van 71 aandelen in de NV, onder het beding dat de optie pas vanaf haar overlijden kan worden uitgeoefend. Eveneens op deze datum maakt moeder een tes-

tament waarin zij aan haar dochter M. Schellens de resterende 33 aandelen tegen inbreng van de waarde legateert. De aandelen van de NV zijn voor en na het overlijden van moeder als volgt verdeeld:

	voor overlijden	na afgifte legaat
– dochter J. Schellens:	25 aandelen	25 aandelen
– kinderen L. Schellens:	39 aandelen	39 aandelen
– dochter M. Schellens:	32 aandelen	65 aandelen
– moeder Schellens/nalatenschap:	104 aandelen	71 aandelen
totaal	200 aandelen	200 aandelen

- krachtens legaat verkreeg M. Schellens: 33 aandelen
- in de nalatenschap bevonden zich nog: 71 aandelen

Op 30 maart 1955 overlijdt moeder te Eindhoven. Zij laat als haar enige erfgenamen na twee nog in leven zijnde dochters, M. en J. Schellens, en drie kleinzonen, waarvan één geboren was uit het huwelijk van een vooroverleden dochter en twee geboren uit het huwelijk van een vooroverleden zoon. Tot haar nalatenschap behoren onder meer 104 aandelen in de vennootschap.

Op 15 juli 1955 geeft de NV aan de erven te kennen gebruik te willen maken van de optie. De afgifte van de aan M. Schellens gelegateerde aandelen heeft inmiddels al plaatsgevonden.

In de statuten van de NV is echter een blokkeringsregeling opgenomen op grond waarvan degene die een of meer aandelen zou willen vervreemden, deze eerst ter overname aan de overige aandeelhouders dient aan te bieden. Als door de overige aandeelhouders op meer aandelen gereflecteerd wordt dan aangeboden, dan schrijven de statuten in art. 9 lid 15 voor dat de toewijzing moet geschieden ‘zoveel mogelijk in evenredigheid van het aandelenbezit der reflectanten’. Rechtbank te ’s-Hertogenbosch en het Hof te ’s-Hertogenbosch oordelen dat de blokkeringsregeling ook geldt bij vervreemding aan de NV zelf. Ondanks de toepasselijkheid van de blokkeringsregeling, blijft de optieovereenkomst geldig.

De vraag die vervolgens opkomt luidt: moeten de erfgenamen de koopoptie gestand doen als erfgenamen van moeder Schellens, terwijl zij op grond van hun eigen aandelenbezit en ingevolge de door het Hof gegeven uitleg van de blokkeringsregeling, het recht hebben om te reflecteren op de aandelen? Het Hof te ’s-Hertogenbosch (Hof ’s-Hertogenbosch 28 mei 1957, *NJ* 1958, 129) vindt dat de overige erfgenamen mogen reflecteren op grond van hun eigen aandelenbezit. Dit oordeel wordt door de Hoge Raad overgenomen (HR 11 april 1958, *NJ* 1958, 302). Vervolgens komt in de onderhavige zaak de vraag aan de orde in welke verhouding de aandeelhouders mogen reflecteren op de 71 aangeboden aandelen. Mag dochter M. Schellens met 65 aandelen reflecteren (dus inclusief de 33 aan haar gelegateerde aandelen die inmiddels aan haar waren afgegeven), of slechts met 32 aandelen?

De overige erven Schellens vorderen van M. Schellens en de vennootschap voor recht te verklaren dat M. Schellens slechts met haar 32 aandelen mag reflecteren op de aangeboden aandelen. De Rechtbank te ’s-Hertogenbosch en het Hof te

**Verloop van de procedure**

's-Hertogenbosch wijzen deze vordering af. De overige erven gaan hiertegen in cassatie.

**Cassatiemiddel**

“S. en/of vt. van de art. 175 Gw, 20 R.O., 879, 880, 899, 921, 922, 923, 1001, 1002, 1004, 1005, 1006, 1009, 1090, 1093, 1112, 1115, 1122, 1129, 1146, 1147, 1167, 1168, 1332, 1333, 1335, 1337, 1338, 1339, 1354, 1356, 1374, 1494, 1501, 1510 BW, 39a, 39b, 39c K., 48, 59 Rv, doordien het Hof, op de in het arrest vervatte overwegingen, waarnaar te dezer plaatse wordt verwezen, ongegrond heeft geoordeeld de derde grief van de appellanten – nu eisers in cassatie – volgens welke M. Schellens – nu verweerster in cassatie onder 1) – de zogenaamde 33 legaat aandelen als erfgenaam had verkregen, en voorts heeft geoordeeld en beslist op deze basis, dat M. Schellens deze aandelen had verkregen als legataris, en dus de persoonlijkheid van de erflaatster niet, althans niet met betrekking tot deze aandelen en de te dien aanzien bestaande rechten en verplichtingen voortzette, noch de erflaatster onder algemene titel opvolgde, een en ander ten onrechte, en in strijd met de aangehaalde wetsartikelen, omdat indien een legaat is gemaakt aan een erfgenaam, deze de gelegateerde goederen verkrijgt onder algemene titel, aangezien

a. deze verkrijging, geschiedt bij scheiding, zijnde een rechtshandeling, waartoe alle deelgenoten medewerken, en die tengevolge heeft, dat een of meer hunner ten aanzien van alle of van enkele goederen der gemeenschap ophouden mede-eigenaar te zijn, zodat de erfgenaam-legataris geacht wordt onmiddellijk na het overlijden van de erflater te zijn opgevolgd in de eigendom der gelegateerde zaken, waarbij in het midden kan blijven of de medewerking van alle deelgenoten besloten is in de testamentaire beschikking van de erflater, wiens persoon zij voortzetten, of – eventueel mede – in de afgifte van de gelegateerde goederen, terwijl, voor zover men mocht aannemen, dat levering van de gelegateerde zaken dient te geschieden, de erfgenaam toch geacht moet worden onmiddellijk bij het overlijden in de eigendom te zijn opgevolgd, en het geleverde te houden onder algemene titel, en

b. een ‘legaat’ als hier verondersteld, gemaakt in een geval, waarin de erfgenamen, zoals hier, zijn de kinderen van de erflater, met anders is dan een boedelverdeling als bedoeld in de vijfde afdeling van de zestiende titel van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en

c. een legaat aan een kind-erfgenaam van goederen over te nemen uit de boedel tegen betaling of verrekening van de waarde daarvan, leidt tot een koop van de goederen uit de boedel, en dus dezelfde gevolgen heeft, als waren de goederen bij scheiding verkregen, en tenslotte

d. ook al zou een kind en erfgenaam, aan wie een legaat is gemaakt, in beginsel verkrijgen onder bijzondere titel, dit althans niet geldt voor een zodanig gedeelte van de gelegateerde goederen als waartoe de begunstigde als erfgenaam, en dus onder algemene titel, reeds gerechtigd was, zijnde in het geval van M. Schellens, een onverdeeld eenvierde gedeelte, en M. Schellens ook uit dezen hoofde, evenmin als de erflaatster, gerechtigd zou zijn van haar voorkeursrecht gebruik te maken met betrekking tot de gelegateerde 33 aandelen (casu quo de aandelen, die daarvoor in de plaats zijn getreden), althans 1/4 gedeelte daarvan.”;

Overwegende dat voorop worde gesteld dat het Hof de testamentaire beschikking waarbij aan M. Schellens 33 aandelen in de NV werden vermaakt, heeft uitgelegd als bevattende een legaat met den daaraan verbonden last de geldswaarde van die aandelen ten tijde van het overlijden met het erfdeel van M. Schellens als dochter van de erflaatster te verrekenen;

Overwegende dat het rechtskarakter van een legaat meebrengt dat hij die dit geniet, het gelegateerde goed verkrijgt onder bijzonderen titel;

Overwegende dat het middel berust op de stelling dat, indien, zoals hier, een legaat gemaakt is aan een persoon die tevens behoort tot de erfgenamen van den erflater, deze het gelegateerde goed niet, als andere legatarissen, onder bijzonderen titel, doch onder algemenen titel verkrijgt;

Overwegende dat als grond voor die stelling onder a wordt aangevoerd dat de verkrijging van de gelegateerde zaak alsdan geschiedt bij scheiding, ten onrechte evenwel, aangezien die zaak, ook indien aan een erfgenaam gelegateerd, niet behoort tot hetgeen tussen de erfgenamen moet worden gescheiden en gedeeld en de legataris de afgifte daarvan uit den onverdeelden boedel kan vorderen;

Overwegende dat onder b wordt aangevoerd dat een dergelijk legaat in een geval, waarin, zoals hier, de erfgenamen de kinderen zijn van den erflater, het karakter draagt van een boedelverdeling, als bedoeld in de art.1167 e.v. BW;

dat echter, al kan onder omstandigheden met een ouderlijke boedelverdeling, als in genoemde artikelen bedoeld, hetzelfde doel worden beoogd en bereikt als met een legaat, als hier gemaakt, en al is zelfs denkbaar dat de erflater, ofschoon zijn beschikking als legaat aanduidende, in werkelijkheid de ouderlijke boedelverdeling op het oog heeft, niettemin de genoemde figuren verschillende rechtsgevolgen kunnen hebben en daarom met mogen worden vereenzelvigd;

dat het Hof de onderhavige beschikking als legaat heeft uitgelegd en op die uitlegging het onder b gestelde afstuit;

Overwegende dat wat het onder c gestelde betreft de legataris die de hem gelegateerde zaak verkrijgt onder den last de waarde daarvan aan den boedel te vergoeden, ten aanzien van de hem aldus vermaakte zaak geen koper wordt, doch legataris blijft, ook al zouden aan zodanig legaat bepaalde aan den koop analoge gevolgen moeten worden verbonden, terwijl geen grond bestaat de positie van zulk een legataris anders te beoordelen, indien hij, behalve legataris, ook kind en erfgenaam van den erflater is;

dat daarom ook het onder c gestelde faalt;

Overwegende dat, wat tenslotte het onder d gestelde betreft, de omstandigheid dat blijkens 's hofs beslissing de onderhavige 33 aandelen aan M. Schellens – voor het geheel en niet slechts voor een gedeelte – als legaat werden vermaakt, meebracht dat de desbetreffende testamentaire beschikking haar voor het geheel in de positie van een legataris heeft gesteld en niet slechts voor zodanig gedeelte als waartoe zij tot die aandelen, zonder het legaat, als erfgename niet gerechtigd zou zijn geweest, waaruit volgt dat het legaat als de titel van verkrijging voor het geheel en niet slechts voor zodanig gedeelte van die aandelen behoort te worden aangemerkt;

dat zij mitsdien de haar als legaat vermaakte aandelen voor het geheel onder bijzonderen titel heeft verworven zodat het middel, ook wat het onder d aangevoerde betreft, ongegrond is;

Verwerpt het beroep. (...)

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1965, 126, m.nt. JHB. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 172 en 316; Pitlo-Van der Burght, nr. 116, 119, 194 en 248.1 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 88, 317, 447, 453, 454, 512 en 524, Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 936; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 390 en 543 en Asser-Perrick 6, nr. 365 en 375, alsmede Van der Ploeg, *Overzicht der Nederlandse rechtspraak*, WPNR 4879 (1965) en Van der Ploeg, *Verkrijgen wat men reeds heeft*, WPNR 5697 (1984).

De Hoge Raad is met dit arrest teruggekomen op zijn oude leer van HR 19 april 1861, W 2268 en HR 4 maart 1881, W 4622, dat het gelegateerde van rechtswege werd verkregen en volstaan kon worden met een legaat feitelijk af te geven.

Een legaat is in het nieuwe erfrecht een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent (art. 4:117 lid 1). Een legaat komt, tenzij het aan een of meer bepaalde erfgenamen of legatarissen is opgelegd, ten laste van de gezamenlijke erfgenamen (lid 2). Is de prestatie deelbaar, dan zijn de belaste erfgenamen ieder voor een deel, evenredig aan zijn erdeel, verbonden, tenzij de erflater anders heeft beschikt (lid 3). Naar huidig erfrecht verschaft een legaat een recht op afgifte van geld (dat altijd wordt geacht tot een nalatenschap te behoren) of van een goed der nalatenschap. Het verschil met het nieuwe erfrecht zit met name daarin dat ook wanneer de beschikking een vorderingsrecht betreft met betrekking tot een goed, niet zijnde geld, dat niet tot de nalatenschap behoort, in het nieuwe erfrecht gesproken wordt van een legaat. Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 145 e.v.

157

HOGE RAAD

11 mei 1984

Verhoeven-Peters

**Partijen**

Geertruida Elisabeth Verhoeven te Duiven (Gld.), eiseres tot cassatie,  
*tegen*

1. Johannes Christianus Gerard Peters, te Kerk Avezaath (gem. Buren, Gld.),
2. Marian Elisabeth Marie Peters, te Bemmelen,
3. Liduina Maria Grada Peters, te Zelhem, verweerders in cassatie.

**Feiten**

Verhoeven woont vanaf december 1975 samen met Peters. Op 10 december maakt Peters een testament waarin hij onder meer aan Verhoeven een levenslang recht van gebruik en bewoning van het woonhuis aan de Hogeweg 47 te Pannerden vermaakt. Peters overlijdt op 20 oktober 1977. Het legaat wordt niet juridisch geleverd, maar feitelijk blijft Verhoeven in het woonhuis zitten en oefent aldus de rechten van gebruik en bewoning uit. Bij de afwikkeling van de nalatenschap treden de erven in onderhandeling met Verhoeven over een eventuele afkoop van het legaat. Deze onderhandelingen leiden niet tot enig resultaat. Verhoeven vertrekt op 26 mei 1978 vrijwillig uit de woning. Zij geeft echter de erven per brief te kennen dat daarmee haar zakelijke rechten van gebruik en bewoning



niet zijn vervallen. De erven verkopen en leveren op 10 oktober 1978 het huis buiten Verhoeven om. De koopster trekt in de woning.

Verhoeven dagvaardt Peters c.s. bij de Rechtbank te Arnhem en vordert van hen schadevergoeding omdat zij het aan haar gelegateerd woonhuis aan een derde hebben vervreemd buiten haar om. De erven stellen dat ze door te vertrekken afstand heeft gedaan van de rechten van gebruik en bewoning. De Rechtbank gelast bij tussenvonnis de comparitie van partijen tot het verstrekken van inlichtingen en het beproeven van een vereniging. Peters c.s. tekenen hoger beroep aan. Het Hof te Arnhem vernietigt het vonnis van de Rechtbank en wijst de vordering alsnog af. Verhoeven stelt beroep in cassatie in.

**Verloop van de procedure**

### 3. Beoordeling van de middelen

3.1 Middel II onder 1 treft doel. Het Hof is ten onrechte ervan uitgegaan dat bij legatering van een bepaalde zaak de eigendom daarvan van rechtswege op de legataris overgaat. In overeenstemming met een reeds lang algemeen aanvaarde opvatting moet immers worden aangenomen dat een zodanig legaat slechts een verbintenis tot levering van de zaak in het leven roept. Daaraan kan niet afdoen dat de Hoge Raad in de vorige eeuw anders heeft geoordeeld en dat dit van belang kan zijn voor de gevolgen die moeten worden toegekend aan legaten die zo lang geleden zijn opgevallen dat zij onder invloed van die rechtspraak niet tot een leveringshandeling hebben geleid.

**Hoge Raad**

3.2 Het bovenstaande brengt, in verband met 's hofs vaststelling dat bij gebreke van enige overschrijving in de registers geen levering van het onderhavige recht van gebruik en bewoning heeft plaatsgevonden, mee dat het legaat nog moet worden nagekomen. Dit in aanmerking genomen, kan het beroep op wanprestatie dat in eerste aanleg door Verhoeven is gedaan, niet anders worden opgevat dan als mede omvattend een beroep op wanprestatie ter zake van de verbintenis tot nakoming van het legaat. Ook het derde middel treft derhalve in zoverre doel. 3.3 Uit het bovenstaande volgt dat 's hofs arrest niet in stand kan blijven en dat de middelen voor het overige geen bespreking behoeven. Uit het voorgaande vloeit voort dat de eerste appelgrief slaagt. 's Hofs oordeel met betrekking tot de overige appelgrievan bouwen voort op zijn hiervoor onder 1 onjuist bevonden uitgangspunt; na verwijzing zullen deze grieven in dit licht dus opnieuw moeten worden gezien.

### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het bestreden arrest;  
verwijst de zaak naar het Hof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing; (...).

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1985, 374, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 168-169; Pitlo-Van der Burght, nr. 64 en 119 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr., Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 205, *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 145 e.v. en Asser-Perrick 6B, nr. 429, alsmede Van Schilfgaarde, *Ars Aequi* 1984, p. 623 e.v. en Van Straaten, Legaat: titel voor overdracht of wijze van verkrijging? Kwartaalbericht Nieuw BW 1984, nr. 3, p. 99-100.

**158** Erfrecht – Rechtskarakter legaat

Vergelijk ook over het rechtskarakter van een legaat in het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Rechtskarakter legaat, nr. 156 opgenomen arrest.

**158** HOGE RAAD  
4 maart 1987  
**Legaat of uitvoering koop?**

**Partijen** Beroep in cassatie van X. te Z. tegen de uitspraak van het Hof te Arnhem van 16 juli 1985 betreffende de hem ter zake van de hierna te noemen verkrijging opgelegde aanslag in het recht van successie.

**Feiten** Op 28 augustus 1981 overlijdt A, weduwe van Y. Zij woont aan de D.-weg 1 te B. Mede op grond van het door haar gemaakte testament laat zij na tot haar enige erfgenaam de Gereformeerde Kerk te B, onder de last om aan X af te geven het huis met tuin aan de D.-weg 1 te B, tegen inbreng van f 6.000,- in contanten. X woont aan de D.-weg 3 te B dat hij met zijn echtgenote van A huurt. Op de dag dat het testament waarin dit legaat stond werd opgemaakt, 27 augustus 1971, werden ook nog andere stukken op het kantoor van de notaris getekend, namelijk:

- de verkoop en levering aan X van het huis aan de D.-weg 3 te B voor een koopprijs van f 10.000,- die hij schuldig bleef;
- een koopovereenkomst met betrekking tot de woning aan de D.-weg 1 te B voor de getaxeerde waarde van f 6.000,-.

X is niet aan A verwant; de relatie tussen hen was echter zeer goed. A werd door X en zijn echtgenote verzorgd. De muur tussen de twee woningen (twee onder één kap) werd zelfs doorbroken.

Op 21 december 1981 passeert de notaris een akte, waarbij de erfgenaam verklaart ter uitvoering van het legaat inzake het woonhuis aan de D.-weg 1 dit in eigendom over te dragen aan belanghebbende die verklaart dit in eigendom te aanvaarden, aan welke akte voormelde koopakte is vastgehecht, en welke akte eindigt met de verklaring:

“Ten slotte verklaarden de comparanten dat door de overdracht als hiervoor vermeld, tevens is voldaan aan de rechten en verplichtingen, voor zover voortvloeiende voor partijen uit de aan deze akte gehechte koopovereenkomst.” Ter zake van deze akte is geen overdrachtsrecht geheven.

In de aangifte voor het recht van successie wordt als waarde van het woonhuis een bedrag van f 6.000,- opgenomen; onder het passief wordt de verplichting opgenomen tot levering van de onroerende zaak, welke verplichting niet wordt gewaardeerd maar pro memorie wordt vermeld.

**Verloop van de procedure** De inspecteur verhoogt de waarde van het huis aan de D.-weg 1 te B tot aan het bedrag van de niet betwiste werkelijke waarde van het huis, f 65.000,-. De leve-

ringsverplichting krachtens de koopakte is gewaardeerd op nihil. Belanghebbende tekent daartegen bezwaar aan. De inspecteur handhaaft zijn standpunt in zijn uitspraak op het bezwaarschrift. Belanghebbende X gaat in hoger beroep bij het Hof te Arnhem. Het Hof bevestigt de uitspraak van de inspecteur. Belanghebbende gaat in cassatie bij de Hoge Raad.

4. *Beoordeling van de klachten*

4.1. Het Hof heeft vastgesteld: dat de erflaatster het in deze procedure bedoelde onroerend goed aan belanghebbende heeft verkocht voor f 6.000,-, over te dragen binnen drie maanden na haar overlijden; dat erflaatster het goed tevens aan belanghebbende heeft gelegateerd onder de last f 6.000,- in haar nalatenschap in te brengen; dat na het overlijden van erflaatster aldus ten gunste van belanghebbende twee vorderingsrechten tot overdracht van het onroerend goed bestonden; dat belanghebbende zich het goed deed overdragen ter uitvoering van zijn recht tot overdracht krachtens het legaat.

4.2. Uit voormelde vaststellingen vloeit voort dat belanghebbende het onroerend goed heeft verkregen krachtens erfrecht in de zin van art. 1 lid 1 onder 1e Successiewet 1956. Hieraan doet niet af dat als gevolg van bedoelde overdracht het uit de koopovereenkomst voortvloeiende geheel overeenkomstige recht tot overdracht teniet ging. Dit gevolg trad van rechtswege in door de overdracht ter uitvoering van het legaat. Aan de bepaling, bij de afgifte van het legaat gemaakt, dat daarmede tevens voldaan werd aan de verplichting uit de koopovereenkomst, komt daarom geen betekenis toe.

4.3. Voor zover de klachten inhouden dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste waarde van de verkrijging van belanghebbende, zijn de klachten ongegrond. Uit 's hofs uitspraak en de gedingstukken blijkt niet dat feiten zijn vastgesteld of aangevoerd waaruit kan volgen dat tegenover de waarde van het onroerend goed enige andere verbintenis van belanghebbende jegens de boedel stond dan tot inbreng van het bedrag van f 6.000,-. Uitgaande van de vastgestelde feiten heeft het Hof dan ook met juistheid geoordeeld dat de zuivere waarde van het legaat f 59.000,- bedroeg.

4.4. De klachten zijn derhalve ongegrond. 's Hofs uitspraak kan echter niet in stand blijven op de hierna onder 5 aan te geven grond.

(...)

6. *Beslissing*

De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het Hof, alsmede die van de inspecteur, en vermindert de aanslag tot een aanslag ten bedrage van f 29.058,- (...)

Hoge Raad

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1989, 223, m.nt. WMK, na het arrest met nr. 224 en BNB 1987, 150. Zie ook het hierna onder Erfrecht, Gemeenschap en verdeling nr. 170 opgenomen arrest.

Vergelijk over het arrest ook: Pitlo-Van der Burght, nr. 114 en 119; Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 109, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 543, en Linders, Recente rechtspraak WPNR 5838 (1987); Van Straaten, Erfrechtelijke afwikkeling van een economische eigendomsoverdracht van onroerend goed civielrechtelijke en fiscale aspecten, WPNR 5883-5884 en 5886 (1988).

Commentaar

## Erfrecht – Legaat en huwelijksgemeenschap

159

HOGE RAAD (BELASTINGKAMER)

23 april 1980

**Legaat vruchtgebruik**

- Partijen** Beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën tegen de uitspraak van het Hof te Amsterdam van 2 november 1978 betreffende de aanslag in het recht van successie, opgelegd aan X te Z., ter zake van haar verkrijging uit de nalatenschap van AX, overleden op 29 november 1975; (...).
- Feiten** A is met X in gemeenschap van goederen gehuwd. Zij hebben geen kinderen. A benoemt in zijn testament zijn zus tot enig erfgename. Aan X vermaakt hij het vruchtgebruik van de echtelijke woning. A overlijdt. De echtelijke woning behoort tot de ontbonden huwelijksgemeenschap, waarvan de helft wordt gevormd door de nalatenschap van A. Er vindt geen verdeling noch afgifte van het legaat plaats. Belanghebbende vindt dat het vruchtgebruik geheel ten laste van de nalatenschap mag worden gebracht. De inspecteur vindt dat dat slechts voor de helft mag.
- Verloop van de procedure** De inspecteur legt een aanslag successierecht aan de zuster van A op, waarbij het legaat van het vruchtgebruik met betrekking tot de echtelijke woning voor de helft in mindering is gebracht op haar verkrijging. Belanghebbende tekent daartegen bezwaar aan. De inspecteur handhaaft zijn standpunt in zijn uitspraak op het bezwaarschrift. Het Hof te Amsterdam vernietigt de aanslag en vermindert de aanslag zodanig, dat het legaat van het vruchtgebruik volledig in mindering komt op de verkrijging van de zus. De staatssecretaris gaat in cassatie.
- Cassatiemiddel** Overwegende dat de Staatssecretaris van Financiën als middel van cassatie heeft aangevoerd, onder toelichting als nagemeld:  
 “Schending van het Nederlands recht, met name van art. 17 Wet administratieve rechtspraak belastingzaken, art. 950 BW en van de art. 1 en 5 Successiewet 1956, doordat het Hof heeft verzuimd te beslissen over de aard van erflaters making aan zijn echtgenote en over de toepasselijkheid van art. 950 BW, zulks ten onrechte omdat zonder deze beslissingen geen inzicht bestaat in de gronden waarop de uitspraak van het Hof berust.  
 Toelichting  
 In geschil is de vraag welk bedrag door de erfgenamen op grond van het bepaalde in art. 5 eerste lid Successiewet 1956 in mindering mag worden gebracht op haar

erfrechtelijke verkrijging ter zake van het door de erflater aan zijn echtgenote besproken legaat. Daarvoor is het noodzakelijk te beslissen wat de aard is van dit legaat.

Indien het legaat, naar de bedoeling van erflater bestaat uit de making van een waarde overeenkomend met de waarde van het vruchtgebruik van het tot de huwelijksgemeenschap behorende onroerend goed, dan kan de beslissing van het Hof juist zijn en dient in cassatie van deze juistheid te worden uitgegaan.

Indien echter het legaat naar de bedoeling van erflater bestaat uit het specifieke vermogensbestanddeel dat wordt gevormd door het zakelijk recht van vruchtgebruik op het tot de huwelijksgemeenschap behorende onroerende goed, dan dient naar de mening van de staatssecretaris ervan te worden uitgegaan dat het legaat slechts betrekking heeft op de aan erflater toebehorende onverdeelde helft in dat onroerend goed. De onverdeelde wederhelft in dat onroerend goed behoort immers reeds in volle eigendom toe aan de echtgenote krachtens huwelijksgoederenrecht. Het is zonder bijzondere redenen niet goed denkbaar dat een erflater bij de making van vruchtgebruik van een tot de huwelijksgemeenschap behorend onroerend goed aan zijn echtgenote, voor ogen staat dat hij haar tevens vermaakt het vruchtgebruik van de reeds aan haar toekomende helft in het onroerend goed, althans indien het hem daarbij gaat om de making van het recht van vruchtgebruik als zodanig. Voor de beslissing op de vraag wat erfaters bedoeling was had het Hof aan de vraag naar de aard van de making niet voorbij mogen gaan.

De staatssecretaris merkt hierbij op dat indien zodanige making niet geschiedt aan de echtgenote maar aan een derde, dit onderscheid door de werking van art. 950 BW niet van successierechtelijke betekenis is. Bij making van een huwelijksgemeenschapsgoed aan een derde kan een erflater nooit ervan verzekerd zijn dat het vermaakte goed als zodanig aan de legataris zal toekomen, omdat dit door de scheiding van de ontbonden huwelijksgemeenschap en toedeling aan de langstlevende echtgenoot kan worden verhinderd.

De regel van art. 950 BW bewerkstelligt dat de legataris schadeloos wordt gesteld. Het legaat van een huwelijksgemeenschapsgoed aan een derde betreft dus steeds het geheel van het gelegateerde en dat moet ook, omdat de derde niet in dat goed is gerechtigd. Successierechtelijk gezien krijgt de legataris steeds de volle waarde van het tot de huwelijksgemeenschap behoord hebbende, hetzij in nature hetzij in de vorm van een schadeloosstelling.

De vraag of art. 950 BW van toepassing is op makingen van huwelijksgemeenschapsgoederen aan de echtgenote beantwoordt de staatssecretaris ontkennend. Voor makingen van een huwelijksgemeenschapsgoed aan een echtgenote die bedoeld zijn als makingen van de waarde is art. 950 BW naar zijn strekking niet van toepassing. In het algemeen zal men daarbij mogen uitgaan van de veronderstelde wil van de erflater dat de gehele gelegateerde waarde ten laste van zijn nalatenschap zal komen. Voor makingen van een huwelijksgemeenschapsgoed aan een echtgenote die bedoeld zijn als makingen van het vermogensbestanddeel als zodanig is art. 950 BW naar zijn strekking evenmin van toepassing en in feite heeft de echtgenote de daar neergelegde regel ook niet nodig, omdat zij steeds kan bewerkstelligen dat het als zodanig gelegateerde vermogensbestanddeel aan haar wordt toebedeeld bij scheiding en deling van de ontbonden huwelijksgemeenschap.

meenschap. Slechts in theorie is het geval te construeren dat het als zodanig gelegateerde vermogensbestanddeel waarin de echtgenote voor de helft is gerechtigd krachtens huwelijksgoederenrecht en waarvan de wederhelft haar is gelegateerd bij de scheiding en deling van de ontbonden huwelijksgemeenschap wordt toebedeeld aan de erfgenamen van de overleden huwelijkspartner. Bij makingen van vermogensbestanddelen als zodanig aan de echtgenote zal in het algemeen ervan uitgegaan moeten worden dat de overledene de veronderstelde wil had om te beschikken over zijn onverdeelde helft in het vermogensbestanddeel.

De staatssecretaris moge in dit verband verwijzen naar Asser-Meijers, Erfrecht, 7e druk, p. 123 en Klaassen-Eggens-Polak, Huwelijksgoederen- en erfrecht, 8e druk, p. 234.”;

**Hoge Raad**

Overwegende dienaangaande:

dat het Hof heeft vastgesteld, dat de erflater AX in zijn door de dood bekrachtigd testament heeft bepaald te legateren aan zijn echtgenote AX-Y, met wie hij in gemeenschap van goederen was gehuwd, het recht van vruchtgebruik van het perceel a-straat 6, te W., welk vruchtgebruik zal ingaan bij het overlijden van de testateur en zal eindigen bij het overlijden van de vruchtgebruikster;

dat het Hof heeft geoordeeld, dat het in overeenstemming is met het testament om het legaat voor het geheel in mindering van de nalatenschap te brengen;

dat in het middel vooreerst wordt aangevoerd dat het Hof heeft verzuimd te beslissen over de aard van erflaters making aan zijn echtgenote, omdat indien het legaat naar de bedoeling van de erflater bestaat uit het specifieke vermogensbestanddeel dat wordt gevormd door het zakelijk recht van vruchtgebruik op het tot de huwelijksgemeenschap behorend onroerend goed, ervan dient te worden uitgegaan dat dit legaat slechts betrekking heeft op de aan erflater toebehorende helft in dat onroerend goed;

dat deze stelling niet kan worden aanvaard;

dat ook een erflater die een specifiek tot de huwelijksgemeenschap behorend vermogensbestanddeel legateert aan zijn echtgenote, de bedoeling kan hebben, dat de waarde van dat vermogensbestanddeel voor het geheel ten laste van zijn nalatenschap komt;

dat het Hof heeft aangenomen, dat de erflater deze bedoeling heeft gehad;

dat de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt;

dat die rechter daarbij, gelet op het vorenoverwogene, niet gehouden is een uitdrukkelijk oordeel te geven als in het middel bedoeld;

dat het middel voorts de stelling bevat, dat het Hof een oordeel had moeten geven over de al dan niet toepasselijkheid van art. 950 BW;

dat deze stelling faalt, omdat ook indien overeenkomstig de toelichting op het middel zou moeten worden aangenomen dat art. 950 niet toepasselijk is op een legaat van een tot de huwelijksgemeenschap behorend goed aan de echtgenoot, het Hof het onderhavige legaat heeft kunnen uitleggen zoals het gedaan heeft;

dat het middel mitsdien niet gegrond is;

Verwerpt het beroep.

Erfrecht – Legaat en huwelijksgemeenschap

160

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1980, 587, m.nt. WMK en in BNB 1980, 174, m.nt. Scheltens. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 73-76; Pitlo-Van der Burght, nr. 39.2 en 64 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 99 en 180, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 144 en 233; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 241 en Asser-Perrick 6, nr. 188, en Smalbraak, B.W. 950 dwingend recht?, WPNR 5540 (1980); Rombach, Is art. 950 BW dwingend recht, geldt het bij legaat van gemeenschapsgoed aan de echtgenoot en komt dit legaat ten laste van de nalatenschap of de gemeenschap?, WPNR 5569 (1981); Friederichs, Artikel 950 BW, WPNR 5569 (1981); Smalbraak, Antwoord, WPNR 5569 (1981); Pleysier, Artikel 950, verleden en toekomst, WPNR 5582 (1981). Vergelijk ook art. 4:51 en *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 164-166.

Commentaar

160

HOGE RAAD  
26 november 1993

Ortgies-Kaat

Helena Katharina Ortgies, te Amersfoort, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Cornelis Kaat, te Amersfoort, verweerder in cassatie.

Partijen

Kaat sr. en Scholten zijn in gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd. Uit dit huwelijk wordt Kaat jr., hun enige zoon, geboren. Scholten overlijdt in 1962. Kaat Jr. en sr. zijn haar enige erfgenamen. Tot de ontbonden huwelijksgemeenschap, waarvan de nalatenschap deel uitmaakt, behoort een woonhuis. Kaat sr. hertrouwt na het maken van huwelijkse voorwaarden, inhoudende uitsluiting van elke huwelijksgemeenschap, in 1964 met Ortgies. Kaat sr. overlijdt in 1984. Hij heeft bij testament aan Ortgies het persoonlijke levenslange recht van bewoning gelegateerd. Kaat jr. is enig erfgenaam van Kaat sr. De vraag is of het legaat nietig is dan wel of Kaat sr. slechts over 3/4 kan beschikken, aangezien dat zijn aandeel in de ontbonden huwelijksgemeenschap Kaat-Scholten is. In het geding zijn art. 4:950 en 1013 BW.

Feiten

Kaat jr. dagvaardt Ortgies bij de Rechtbank te Utrecht en vordert te verklaren voor recht dat de bepaling in het testament betreffende het persoonlijke levenslange recht van bewoning van de woning nietig is, althans de bepaling te vernietigen. Later wijzigt hij zijn vordering aldus Ortgies te veroordelen een bedrag van f 16.000,- en van f 7.000,- te betalen en te verklaren voor recht dat Kaat jr. en Ortgies ieder voor de helft de premie voor de brandverzekering moeten betalen en Ortgies het gebruikersdeel van de onroerende zaakbelasting geheel. De Rechtbank wijst de vorderingen van Kaat jr. toe. Ortgies tekent tegen dit vonnis hoger beroep aan. Het Hof bekrachtigt het vonnis. Ortgies gaat in cassatie.

Verloop van de procedure

3.2. De Hoge Raad zal eerst onderdeel II van het middel behandelen. De Rechtbank heeft geoordeeld (r.o. 3.10) dat Kaat sr. bij testament slechts heeft

Hoge Raad

kunnen beschikken over zijn aandeel in het huis, zodat het legaat aan zijn weduwe alleen betrekking kan hebben op dit aandeel. Het Hof heeft, zoals blijkt uit zijn r.o. 4.10, dat oordeel als juist aanvaard. Onderdeel II voert, kort samengevat, tegen het oordeel van het Hof aan dat het legaat niet nietig is omdat – samengevat weergegeven – het gelegateerde goed behoorde tot een ontbonden huwelijksgemeenschap waarin de erflater en de erfgenaam de enige deelgenoten waren.

3.3. Hieromtrent heeft het volgende te gelden.

Wanneer een erflater die tot zijn overlijden met zijn enige erfgenaam deelgenoot was in een huwelijksgemeenschap, een recht heeft gelegateerd op een tot deze gemeenschap behorend goed, dan is dat legaat, niettegenstaande het bepaalde in de eerste volzin van art. 4:950 BW, voor het geheel geldig. Uit de tweede en derde volzin van die bepaling volgt dat een legaat dat een deelgenoot met betrekking tot een tot de gemeenschap behorend goed heeft gemaakt, rechtsgevolg heeft. Dat is volgens genoemde bepaling zelfs het geval wanneer het goed na het overlijden wordt toegeërd aan een ander dan de erfgenaam of erfgenamen.

Een legaat met betrekking tot een tot de gemeenschap behorend goed is evenmin nietig ingevolge het bepaalde bij art. 4:1013. Het goed behoorde immers mede toe aan de erflater, zodat niet gezegd kan worden dat het in de zin van laatstgenoemde bepaling een goed is 'van een ander'.

Het geval waarvan in het huidige geding sprake is, kenmerkt zich daardoor dat het aandeel van de erflater in de gemeenschap is overgegaan op zijn enige erfgenaam, die tevens de enige andere deelgenoot in de gemeenschap was, zodat een verdeling daarvan niet meer aan de orde komt. In zodanig geval kan het bij de tweede en derde volzin van art. 950 bepaalde geen toepassing vinden. Er bestaat in dat geval voor de erfgenaam immers geen beletsel om de wil van de erflater uit te voeren.

3.4. Uit het voorgaande volgt dat het onderdeel gegrond is en dat het bestreden arrest en het daarbij bekrachtigde vonnis van de Rechtbank, waarbij de – op (gedeeltelijke) nietigheid van het legaat gegronde – vordering van Kaat was toegewezen, niet in stand kunnen blijven.

De Hoge Raad kan de zaak zelf afdoen, hetgeen meebrengt dat het middel voor het overige geen behandeling behoeft.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Amsterdam van 7 mei 1992;

vernietigt het daarbij bekrachtigde vonnis van de Rechtbank te Utrecht van 18 april 1990, doch uitsluitend voor zover daarbij is toegewezen de vordering van Kaat strekkende tot veroordeling van Ortgies om een bedrag van f 16.000,-, vermeerderd met de wettelijke rente, te betalen;

wijst deze vordering af; (...).

#### Commentaar

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1994, 260, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook: Pitlo-Van der Burght, nr. 64, 114 en 182 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 171, 179 en 180, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 410, 480 en 548; Asser-Perrick 6, nr. 187; Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 230, en Huijgen, Legaat van een gemeenschappelijk goed, NTBR 1994, nr. 5, p. 113 e.v.



**Erfrecht – Legaat en huwelijksgemeenschap**

**160**

Vergelijk ook het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Uitleg testamenten nr. 151 opgenomen arrest, met name de verwijzing naar het nieuwe erfrecht. Art. 4:49 lid 1 bepaalt dat een ten laste van een erfgenaam gemaakt legaat van een bepaald goed, of van een op een bepaald goed te vestigen recht, vervalt indien het goed bij het openvallen van de nalatenschap daartoe niet behoort, tenzij uit de uiterste wil zelf is af te leiden dat de erflater de beschikking niettemin heeft gewild. Een goed geacht niet tot de nalatenschap te behoren, indien de erflater tot overdracht van het goed verplicht was en deze verbintenis met met zijn dood is tenietgegaan (lid 3). Kan in laatstgenoemd geval degene op wie de verplichting rust, zich het gelegateerde goed niet of slechts ten koste van een onevenredig grote opoffering verschaffen, dan is hij gehouden de waarde van het goed uit te keren (lid 2). Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 162-166.

## Erfrecht – Geclausuleerde making

**161** HOGE RAAD  
11 mei 1984

**Vier huizen**

- Partijen** M., te Schijndel, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
V., te Schijndel, verweerster in cassatie.
- Feiten** X en Y zijn met elkaar in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. Zij hebben twee dochters. Moeder Y overlijdt in 1956. Moeder heeft in haar testament haar echtgenoot onterfd en hem een legaat van het levenslang vruchtgebruik van de nalatenschap toegekend. De twee dochters zijn haar erfgenamen. In het testament is een uitsluitingsclausule opgenomen. Tot de ontbonden huwelijksgemeenschap, waarvan de nalatenschap van Y deel uitmaakt, behoren vier huizen. De dochters verkrijgen bij de verdeling in 1959 ieder het hoofdrecht met betrekking tot twee van deze huizen (de 'blote eigendom'), en vader X verkrijgt het vruchtgebruik. Een van de dochters is eveneens in algehele gemeenschap gehuwd. Dit huwelijk wordt door echtscheiding ontbonden. Haar ex stelt dat aangezien moeder voor de helft tot de huwelijksgemeenschap gerechtigd was, slechts één van de twee haar toegedeelde huizen onder de uitsluitingsclausule valt. Het andere huis zou uit het onverdeelde aandeel van de vader in de ontbonden huwelijksgemeenschap komen. Het in 1959 aan de vrouw toegedeelde komt immers slechts voor de helft uit de nalatenschap van moeder en voor de andere helft uit het vermogen van de vader.
- Verloop van de procedure** De man dagvaardt de vrouw en vordert voor recht te verklaren dat de goederengemeenschap waarin partijen zijn gehuwd, op de dag der ontbinding is samengesteld zoals de man aangeeft, met veroordeling van de vrouw om medewerking te verlenen aan de waardering en verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap. De Rechtbank te 's-Hertogenbosch gelast comparitie van partijen tot het verstrekken van inlichtingen en het beproeven van een minnelijke schikking. De man gaat in hoger beroep tegen dit vonnis, de vrouw in incidenteel hoger beroep. Het Hof te 's-Hertogenbosch bekrachtigt het tussenvonnissen van de Rechtbank. De man stelt vervolgens beroep in cassatie in.
- Hoge Raad** 3.2. Het middel faalt. Uit de boven weergegeven feiten volgt dat de in 1959 tot standgekomen – mogelijke partiële – scheiding en deling insloot een verdeling

van de nalatenschap van de moeder tussen de vrouw en haar zuster. Uit art. 1129 BW vloeit voort dat de vrouw de haar toen toegedeelde bloot eigendom van twee huizen geacht moet worden 'onmiddellijk' te hebben verkregen krachtens dezelfde rechtsgrond als die uit hoofde waarvan zij tezamen met haar zuster die nalatenschap heeft verkregen, nl. krachtens erfopvolging als erfgenamen van de moeder. Daaraan doet niet af dat die nalatenschap bestond in een aandeel in de huwelijksgemeenschap waarin de moeder met de vader van de vrouw was gehuwd, en dat derhalve om tot verdeling van de gemeenschappelijke goederen te geraken tevoren of te zelfder tijd ook deze huwelijksgemeenschap tussen de vader enerzijds en de beide erfgenamen anderzijds verdeeld diende te worden en dan ook – bij dezelfde akte – is verdeeld. Het Hof heeft daarom terecht geoordeeld dat de vrouw geacht moet worden beide huizen geheel uit de nalatenschap van de moeder te hebben verkregen, zodat deze huizen als gevolg van voormelde testamentsbepaling geen van beide vallen in de gemeenschap waarin zij met de man gehuwd was.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1985, 527, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook: Pitlo-Van der Burght, nr. 64 en 205; Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 431 en 465b, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 63, 566 en 568, en Pleysier, Enige gedachten over het 'Vier huizen arrest', WPNR 5798-5799 (1986). Vergelijk ook art. 3:186 lid 2 BW.

**Commentaar**

## Erfrecht – Legitieme portie

162

HOGE RAAD

30 november 1945

De Visser-Harms

- Partijen** Ha. Ja. deVisser, wed. van A. Harms, wonende te 's-Gravenhage, eischeres tot cassatie, incidenteel verweerster,  
*tegen*  
1. de NV de Centrale Arbeidersverzekerings- en Depositobank, te 's-Gravenhage, verweerster in cassatie, incidenteel eischeres in cassatie,  
*tegen*  
2. a. S.R. Foortse, wonende te 's-Gravenhage, als hoofd der algeheele gemeenschap van goederen, bestaande tusschen hem en zijn echtgenoot A.C.C.F.A. Harms, en 3 anderen, mede-verweerders in cassatie, incid. verweerders.
- Feiten** Antonie Harms is in derde echt gehuwd met De Visser. Hij overlijdt op 24 mei 1937. Uit zijn eerste huwelijk is één kind geboren, uit zijn tweede huwelijk drie kinderen. Zij zijn in het testament van Harms tot enige erfgenamen benoemd onder de last twee legaten uit te keren aan De Visser. Harms was tijdens leven werkzaam als gedelegeerd commissaris bij een bank op grond waarvan de weduwe recht krijgt op één jaarsalaris en een evenredig deel van de tantième. Bovendien krijgt zij twee uitkeringen uit levensverzekering. De Visser vindt dat zij recht heeft op dit geld, terwijl de kinderen menen dat deze aanspraken inbreuk maken op hun legitieme portie.
- Verloop van de procedure** De Visser enerzijds en de kinderen anderzijds vorderen van de bank dit bedrag op bij de Rechtbank te 's-Gravenhage. Deze vordering wordt door de Rechtbank aan de kinderen toegewezen, maar aan De Visser ontzegd. Het Hof te 's-Gravenhage bevestigt het vonnis. DeVisser gaat in cassatie.
- Cassatiemiddel** 1. S. of v.t. van de art. 158, 162, 235, 236, 237, 238, 879, 899, 899a, 949, 960, 961, 963a, 965, 966, 967, 968, 971, 973, 974, 1353, 1354, 1395, 1703, 1719 en 1724 BW en 48 Rv, door ten aanzien van de eerste in het arrest omschreven grief van appellante te beslissen, zooals hierboven weergegeven, ten onrechte, omdat, indien het sluiten van de ten processe bedoelde levensverzekeringen als uitingen van de normale zorg van den echtgenoot ten behoeve van het levensonderhoud van zijne echtgenoot na zijn overlijden is te beschouwen, die handeling of de daaruit voortvloeiende aanspraak op de uitkeringen niet als een schenking, gift

of bevoordeeling in den zin der wet, welke voor de berekening van het wettelijk erfdeel in aanmerking moet worden genomen, valt te beschouwen.

Naar mijn meening is hetgeen het middel zegt, dan ook juist.

De begrippen legitieme en natuurlijke verbintenis, of zoo men in de plaats daarvan wil stellen de moreele verplichting tot onderhoud, zijn in den loop der tijden gewijzigd en worden heden anders beschouwd dan een eeuw geleden.

Zeker is en blijft de legitieme onaantastbaar, zoolang de geldende wettelijke regeling van kracht zal zijn, doch dit neemt niet weg, dat de begrippen van wat wel en wat niet in den boedel behoort te vallen ter berekening dier legitieme, ruimer is geworden zonder, dat daardoor strijd is ontstaan met de wetsvoorschriften.

Zoowel de ontplooiing van het levensverzekeringwezen in het bijzonder als de ontwikkeling der natuurlijke verbintenis in het algemeen, doen, naar mijn oordeel, hun invloed gevoelen op de wijze waarop de bepalingen omtrent de legitieme en het dan hiermede samenhangende recht inbreng of inkorting te vorderen, moet worden toegepast.

Wanneer verweerders zeggen, dat een verzekering voor een niet-legitimaris niet alleen geen verplichting kan zijn, doch dat zij verboden is voor zoover zij de rechten der legitimarissen aantast, is dit mijns inziens de zaak omkeeren, want het moet juist blijken, dat die rechten worden aangetast, ten deze door verzekeringen welke ten doel hebben voor het levensonderhoud van die derde, de weduwe, te zorgen – een onderhoud waartoe de erflater bij zijn leven wettelijk verplicht was, en waarvoor hij moreel gebonden is, ook na zijn dood te zorgen, indien dit maar eenigszins mogelijk is.

Daarom ben ik met eischeres van oordeel, dat het noodzakelijk is in elk bijzonder geval na te gaan of door de maatregelen van den erflater voor het onderhoud zijner weduwe de wettelijke legitieme verkort is. De Rechtbank spreekt in haar dertigste rechtsoverweging als haar gevoelen uit, dat zij de waardeering van eischeres, als zoude de uitkeering van f 1.200,- op de levensverzekeringopolissen het karakter van niet-buitensporige normale zorg dragen voor levensonderhoud der weduwe, niet deelt. Zij ziet er blijkbaar een buitensporige zorg in, doch geeft daarvoor geen redenen op. Het Hof gaat echter verder, en beschouwt de getroffen voorzieningen zonder meer als giften welke bij de legitieme in aanmerking moeten worden genomen.

Eenzoo acht ik de stelling van verweerders, dat de verzorgingsplicht na doode inbreuk maakt op de legitieme, hetgeen dan tot gevolg heeft dat er geen natuurlijke verbintenis daartoe kan zijn, onvoldoenden grond om aan te nemen, dat het tegendeel, hetwelk eischeres harerzijds had aangevoerd, niet juist zou kunnen zijn.

Ook een levensverzekering kan als voldoening aan een natuurlijke verbintenis beschouwd worden, wanneer de beweegreden berust op het gezonde en redelijke beginsel, dat de man met een groot inkomen en een klein vermogen verplicht is er naar te streven zijn vrouw, wanneer zij weduwe mocht worden niet onverzorgd achter te laten. Liever beschouw ik een dergelijke handeling, zooals ik reeds opmerkte als een moreele verplichting, welke op den man rust en niet slechts gebonden is aan den tijd van diens leven.

**Conclusie A-G**

**Hoge Raad**

Overwegende omtrent het eerste principale middel:  
 dat de overtuiging, dat de langstlevende echtgenoot niet onverzorgd mag achterblijven, meer en meer veld heeft gewonnen en heden ten dage onder meer tot uiting komt hierin, dat zij, die als ambtenaar of in overheidsbedrijven werkzaam zijn, aan de na hun overlijden overblijvende echtgenoot een weduwenpensioen zien toegekend en dat dit ook het geval is ten opzichte van zeer velen, die in particuliere bedrijven van min of meer grooten omvang werkzaam zijn;  
 dat het, in overeenstemming hiermede, voor hen, die het vooruitzicht op een voldoende verzorging van hun weduwe niet hebben, naar algemeen gangbare opvattingen van moraal en fatsoen – bijzondere omstandigheden voorbehouden – als een onafwijsbare plicht wordt beschouwd om, indien noodig, naar de mate van het mogelijke te zorgen voor het onderhoud van de weduwe;  
 dat de vervulling van dezen plicht zoozeer beantwoordt aan hetgeen de echtgenooten van elkaar mogen verlangen, dat daarmede – voorzooverre de verzorging, gelet op de omstandigheden waaronder de echtgenooten leefden en de langstlevende achterblijft, het redelijke niet te buiten gaat – voldaan wordt aan een verplichting van den eenen echtgenoot jegens de ander, welke als een natuurlijke verbintenis moet worden erkend;  
 dat daarom de nakoming van zoodanige verzorgingsverplichting – hetzij bij handeling onder de levenden, hetzij bij uiterste wilsbeschikking – is voldoen aan een verbintenis en niet is schenking;  
 dat derhalve ook een levensverzekering door den man gesloten teneinde na zijn dood in het onderhoud van de vrouw te voorzien, voorzooverre niet te buiten gaande hetgeen noodig is voor een verzorging, die overeenkomstig het voorafgaande, als voorwerp eener natuurlijke verbintenis tusschen de echtelieden moet worden erkend, niet leidt tot een schenking en niet, wat de daaruit voortvloeiende uitkeeringen betreft, wordt getroffen door de bepalingen betreffende inkorting wegens inbreuk op het wettelijk erfdeel of ongeoorloofde bevoordeeling van de tweede of verdere echtgenoot;  
 dat mitsdien het middel terecht zich keert tegen 's hofs oordeel, dat het voor de vraag of de ten processe bedoelde twee uitkeeringen krachtens levensverzekeringen door Harms ten behoeve van zijn echtgenoot gesloten, als giften voor de berekening van het wettelijk erfdeel in aanmerking komen, onverschillig is of deze uitkeeringen uitgingen zouden zijn van een normale zorg van Harms voor het onderhoud van zijn weduwe;  
 Overwegende ten aanzien van het tweede principale middel:  
 dat het Hof op den enkelen grond, dat Harms ingevolge de arbeidsvoorwaarden, waaronder hij bij de Bank werkzaam was, bij ontstentenis van weduwe en kinderen zelf over de bij zijn overlijden door de werkgeefster toegezegde uitkeering de beschikking zou hebben gehad – 'een recht dat hij te gelde had kunnen maken en dat dus tot zijn boedel behoorde' –, heeft geoordeeld, dat de uitkeering welke krachtens deze arbeidsvoorwaarden door het overlijden van Harms aan zijn weduwe toekomt, is een voordeel door Harms aan haar ten koste van zijn boedel toegekend;  
 dat het middel terecht dit oordeel bestrijdt;  
 dat toch, blijkens de eigen overwegingen van het Hof, de weduwe haar recht op uitkeering heeft gekregen ter gelegenheid van de wijziging van de arbeidsvoor-

waarden, aan welke bevoordeeling Harms niet kon tornen, en niet krachtens een recht van Harms om zelf een begunstigde aan te wijzen, welk recht aan Harms is toegekend alleen voor het geval de rechtstreeksche toekenning van een recht, wegens het ontbreken van de in aanmerking komende personen, geen gevolg kon hebben;

dat nu de weduwe een recht op uitkeering verkreeg, Harms zelf geen beschikingsrecht over de uitkeering heeft bekomen en dus dit recht geen deel uitmaakte van zijn boedel;

dat het Hof mitsdien aan de hand van de gestelde feiten opnieuw zal moeten oordeelen, of de weduwe door de toekenning van voormelde uitkeeringen is bevoordeeld uit het vermogen van den erflater dan wel uit dat van de Bank;

Overwegende dat het incidenteele cassatiemiddel voor behandeling niet in aanmerking komt, nu door de vernietiging van het bestreden arrest, waartoe de gegrondbevinding van de principale middelen leidt, de geheele kostenveroordeeling in appél komt te vervallen en daarover opnieuw zal moeten worden beslist; dat de Bank zich, wat de hoofdzaak betreft, omtrent het ingestelde beroep in cassatie aan het oordeel van den Hoogen Raad heeft gerefereerd met verzoek de in het ongelijk gestelde partij ook in haar kosten te veroordeelen;

Vernietigt het bestreden arrest van het Hof te 's-Gravenhage;

Verwijst het geding naar dit Hof ten einde de zaak met inachtneming van deze uitspraak verder te behandelen en te beslissen; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1946, 62. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 22-27, 100 en 134-136; Pitlo-Van der Burght, nr. 69 en 75.2 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 7, 83a, 193-194 en 205, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 52, 505, 543 en 628; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 55, 268 en 475 en Asser-Perrick 6, nr. 6, 109, 199, 238 en 250, en Eggens, De natuurlijke verbintenis in het erfrecht, *WPNR* 3966-3967 (1947); Kuyk en Veegens, De natuurlijke verbintenis en haar ontwikkeling in de praktijk, preadvies Broederschap der Notarissen 1947; Van Oven, Na vijf jaar DeVisser-Harms, *WPNR* 4151-4153 (1950).

Commentaar

In het nieuwe erfrecht wordt de verzorgingsaanspraak van de langstlevende echtgenoot en van de geregistreerde partner op geheel eigen wijze geregeld in Afdeling 1 van Titel 2A, Boek 4, handelende over de wettelijke verdeling en in Afdeling 2 van die titel, handelende over de andere wettelijke rechten. De niet-opeisbaarheid van de vorderingen van de legitimarissen is op dezelfde wijze geregeld als die van de kinderen bij de wettelijke verdeling op grond van art. 4:13. Vergelijk art. 4:81 lid 2.

Zolang goederen der nalatenschap kunnen worden belast met een vruchtgebruik krachtens art. 4:29 of art. 4:30, is de vordering niet opeisbaar (art. 4:81 lid 3). Zolang een vruchtgebruik krachtens art. 4:29 of art. 4:30 bestaat, is de vordering evenmin opeisbaar, voor zover de langstlevende echtgenoot of partner daarvoor is verbonden (lid 4). Goederen die met een vruchtgebruik krachtens art. 4:29 of art. 4:30 zijn belast, alsmede het vruchtgebruik, kunnen voor de vordering niet worden uitgewonnen. Makingen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis zijn evenwel inkortbaar, zie art. 4:87 lid 2, maar aan makingen ten behoeve van de langstlevende partner kan de voorwaarde worden verbonden.

den dat de vordering van een legitimaris eerst bij overlijden van de partner opeisbaar is. Vergelijk ook art. 4:82 en *Handboek Erfrecht* (2006), Van Mourik, p. 9 e.v. en Waaijer, p. 304 e.v. en 358 e.v.

Voor lanstlevende testamenten die onder oud recht zijn gemaakt geldt art. 129 lid 1 Overgangswet: Indien een erflater voor het in werking treden van de wet ten behoeve van zijn niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of zijn geregistreerde partner een uiterste wilsbeschikking heeft gemaakt en de nalatenschap nadien is opengevallen, is de vordering van een legitimaris, voor zover deze ten laste zou komen van de echtgenoot of geregistreerde partner, eerst opeisbaar na diens overlijden. Hetzelfde geldt in het geval van een uiterste wilsbeschikking ten behoeve van een andere levensgezel, indien deze met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voerde.

163

HOGE RAAD

10 januari 1969

Prof. Geyl

**Partijen**

1. W.E. Geyl, te New Lambton, New South Wales, Australië,  
 2. C.M. Geyl, te 's-Gravenhage, eisers tot cassatie,  
*tegen*  
 G. Kremer, wed. van Prof. Dr. P.C.A. Geyl, te Utrecht, verweerster in cassatie.

**Feiten**

Prof. Geyl is in tweede echt gehuwd met Kremer. Uit zijn eerste huwelijk zijn twee kinderen geboren. In zijn testament, opgemaakt op 19 juli 1961, vermaakt Geyl aan zijn tweede echtgenote het legaat van het levenslange vruchtgebruik van zijn gehele nalatenschap onder benoeming van zijn twee kinderen uit zijn eerste huwelijk tot enige erfgenamen. De twee kinderen krijgen bovendien ieder een legaat van f 10.000,-. Geyl overlijdt op 31 december 1966 te Utrecht. De kinderen doen ten aanzien van het legaat van het vruchtgebruik een beroep op hun legitieme portie en kiezen er gelet op art. 4:965 voor, de beschikking niet uit te voeren en het beschikbare deel uit te keren. Ondertussen gaan de kinderen Geyl onderling al over tot verdeling van vaders nalatenschap. Zij verklaren daarbij 1/4e gedeelte van het saldo der nalatenschap te zullen uitkeren aan Kremer. Deze stelt door de werking van art. 4:965 mede-eigenaar te zijn geworden van de goederen der nalatenschap.

**Verloop van de procedure**

Kremer vordert bij de Rechtbank te Utrecht van de kinderen Geyl: a. verdeling van de nalatenschap en benoeming van een boedelnotaris; en: b. aan Kremer af te geven 1/4e gedeelte van de goederen der nalatenschap, dan wel de waarde van die goederen in geld. De Rechtbank wijst de vordering toe en beveelt de sequestratie van de boedelbestanddelen. De kinderen Geyl gaan tegen dit vonnis in hoger beroep. Het Hof te Amsterdam bekrachtigt evenwel het vonnis van de Rechtbank. Zij gaan in cassatie.



Overwegende dat partijen Geyl 's hofs uitspraak bestrijden met het navolgende middel van cassatie:

Cassatiemiddel

“S. of v.t. van het Nederlandse recht en niet in acht nemen van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het Hof ten aanzien van de eerste der opgeworpen grieven heeft overwogen als vervat in de r.o. 3 tot en met 8 van het bestreden arrest, zulks ten onrechte, omdat slechts de erfgenamen partij zijn bij een boedelscheiding en dus ook bij een van de boedelscheiding deel uitmakende boedelbeschrijving, en de goede trouw nimmer kan medebrengen, dat een ander dan de erfgenamen – hoe zeer die ander ook als legataris of anderszins belang heeft bij de afwikkeling van de boedel – op straffe van nietigheid van de desbetreffende handeling bij een dergelijke handeling betrokken moet worden”; (...)

Overwegende hieromtrent:

Hoge Raad

dat de erflater bij testament aan ieder van zijn kinderen een geldsom heeft vermaakt, hen tot zijn erfgenamen heeft benoemd en aan zijn echtgenote het levenslang vruchtgebruik van zijn gehele nalatenschap heeft gelegateerd;

dat dit vruchtgebruik inbreuk maakte op het wettelijk erfdeel van de kinderen, aangezien de kinderen er recht op hebben de in hun wettelijk erfdeel begrepen goederen vrij te ontvangen, onbezwaard met enige daarop door de erflater bij wege van making gelegde last;

dat de kinderen derhalve met een beroep op hun wettelijk erfdeel tegen de making konden opkomen;

dat, indien art. 965 BW niet in de wet ware opgenomen, de inroeping van het wettelijk erfdeel ten gevolge zou hebben dat het vruchtgebruik zou vervallen voor zover het zich uitstrekt over de in het wettelijk erfdeel begrepen goederen en voor het overige in stand zou blijven, zodat de erfgenamen hun wettelijk erfdeel onbezwaard zouden ontvangen en daarenboven de met vruchtgebruik belaste eigendom van het beschikbare deel der nalatenschap;

dat de wetgever van oordeel was, dat aldus zonder reden tekort zou worden gedaan aan de vrijheid van de erflater om over het beschikbare deel volledig te beschikken, weshalve in art. 965 is bepaald dat de erfgenamen de keuze hebben om hetzij de making te eerbiedigen hetzij ‘de eigendom van het beschikbaar gedeelte’ aan de vruchtgebruiker af te staan;

dat, indien de erfgenamen het laatste verkiezen, het bepaalde in art. 965 meebrengt dat aan de inroeping van het wettelijk erfdeel het rechtsgevolg is verbonden dat de vruchtgebruiker de eigendom van het beschikbare gedeelte verwerft, hetgeen betekent dat hij medeëigenaar van de goederen der nalatenschap wordt; dat in dat geval daarom de scheiding en deling van de nalatenschap en de daarvan deel uitmakende boedelbeschrijving niet zonder medewerking van de vruchtgebruiker tot stand kunnen worden gebracht;

dat hetzelfde geldt, indien de erfgenamen die beroep doen op hun wettelijk erfdeel, verklaren de waarde van het beschikbare deel in geld aan de vruchtgebruiker te zullen uitkeren;

dat zij daartoe bevoegd zijn, omdat enerzijds de uitkering in geld evenzeer als de afstand van de eigendom beantwoordt aan de gedachte welke aan art. 965 ten grondslag ligt – dat de waarde van het beschikbare deel ten volle aan de vruchtgebruiker ten goede dient te komen – en anderzijds de uitkering in geld strookt

met de opzet van de erflater, dat het eigendomsrecht op de tot de nalatenschap behorende goederen aan de erfgenamen zal toekomen; dat, indien de erfgenamen verkiezen de waarde van het beschikbare deel in geld aan de vruchtgebruiker uit te keren, de scheiding en deling van de door de inroeping van het wettelijk erfdeel ingetreden medeëigendom – met medewerking van de vruchtgebruiker – aldus dient te geschieden dat de goederen aan de erfgenamen worden toegescheiden tegen een uitkering in geld aan de vruchtgebruiker; dat uit het voorgaande blijkt dat het cassatiemiddel op een onjuiste rechtsopvatting berust;  
Verwerpt het beroep; (...)

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1970, 176, m.nt. KW. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 133 en 324; Pitlo-Van der Burght, nr. 85, 88 en 120 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 190, 225 en 230, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 512, en Van der Ploeg, De afstand overeenkomstig art. 965 BW van het beschikbaar deel, WPNR 5027 (1969).

Onder het nieuwe erfrecht bestaat de legitimaire aanspraak niet meer in goederen, doch in geld. Art. 4:63 lid 1 bepaalt dat de legitieme portie van een legitimaris het gedeelte van de *waarde* van het vermogen van de erflater is, waarop de legitimaris in weerwil van giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken. In verband hiermee bepaalt art. 4:80 lid 1 dat een legitimaris die daarop aanspraak maakt, terzake van hetgeen hem als legitieme portie toekomt, een vordering in geld heeft op de gezamenlijke erfgenamen dan wel, wanneer de nalatenschap is verdeeld overeenkomstig art. 4:13, op de als erfgenaam achtergelaten echtgenoot van de erflater.

Vergelijk ook de imputatieregels van art. 4:71 e.v., vermeld in het commentaar bij het onder Erfrecht; Legitieme portie, nr. 162 opgenomen arrest, en *Handboek Erfrecht* (2006), Waaijer, p. 304 en 315 e.v.

164

HOGE RAAD

12 mei 1972

**Meerzicht**

**Partijen**

1. Renskje van der Dong, te Nietap, gemeente Roden,
2. Roelfke van der Dong, te Nietap, gemeente Roden,
3. Trijntje van der Dong, te Duurswoude, gemeente Opsterland, eiseressen tot cassatie, tevens incidenteel verweersters,  
*tegen*  
Bareld van der Dong, te Matsloot, Roderwolde, gemeente Roden, verweerder in cassatie, tevens incidenteel eiser,  
*en tegen*  
Roelof van der Dong, te Oostwold, gemeente Leek, mede-verweerder in cassatie.

Vader en moeder Van der Dong-Erenstein hebben vijf kinderen: Renskje, Roelfke, Trijntje, Roelof en Bareld. Moeder Aaltje Erenstein overlijdt op 21 juli 1951. In haar op 2 december 1949 opgemaakt testament komt het volgende voor:

Feiten

“Ik legateer aan mijnen echtgenoot Egbert van der Dong in de plaats van het erfdeel bij versterf, hetwelk de wet aan hem toekent het vruchtgebruik mijner gehele nalatenschap, zulks ter voorziening in zijn levensonderhoud en met vrijstelling van de verplichting om deswege zekerheid te stellen.

Onder bezwaar van voorschreven vruchtgebruik legateer ik:

ten eerste aan mijn zoon Bareld van der Dong, paviljoenhouder, wonende te Matsloot, onder Roderwolde, en voor het geval deze voor of tegelijk met mij mocht komen te overlijden aan zijn wettige kinderen of afstammelingen als bij plaatsvervulling en zulks onder de verplichting om daarvoor in mijne nalatenschap in te brengen de helft van eenentwintig duizend gulden: de onverdeelde helft in de navolgende goederen:

1. Een paviljoen en verdere getimmerte, alsmede het recht der vaste, altijddurende onopzegbare in alle liniën en graden van bloedverwantschap verervende beklemming van erf, tuin en weiland, staande en gelegen te Matsloot onder Roderwolde, kadastraal bekend gemeente Roden sectie A nummer 334, groot 1.85.90 hectare, doende jaarlijks op de eerste november tot vaste huur de som van f 37,-.

2. Een perceel weiland gelegen naast het vorige perceel, kadastraal bekend gemeente Roden, sectie A, nummer 335 groot 71.60 are.”

Vader Egbert van der Dong overlijdt op 6 april 1961. In zijn op 25 januari 1961 opgemaakt testament komt het volgende voor:

“Ik legateer aan:

1. mijn zoon Bareld van der Dong, paviljoenhouder, wonende te Roderwolde, Meerzicht:

mijn onverdeelde helft in:

a. een paviljoen ‘Meerzicht’ en verdere getimmerten, alsmede het recht der vaste, altijddurende, onopzegbare in alle liniën en graden van bloedverwantschap verervende beklemming van erf, tuin en weiland, staande en gelegen te Matsloot onder Roderwolde, kadastraal bekend gemeente Roden, sectie A, nummer 334, groot 1.85.90 hectare, doende jaarlijks op de eerste November tot vaste huur de som van f 37,-;

b. een perceel weiland gelegen naast het vorige perceel kadastraal bekend gemeente Roden, sectie A, nummer 335 groot 71.60 are, onder verplichting om de waarde van dat aandeel in mijn nalatenschap in te brengen,

en voorts:

ik wens:

a. dat de waarde van de gelegateerde onroerende goederen zal worden vastgesteld door drie deskundigen, te benoemen op verzoek van de meest gereede partij, door de Heer kantonrechter te Assen.

b. dat gemelde legaten zullen worden uitgekeerd binnen zes maanden na mijn overlijden.

c. dat gemelde waarden zullen worden ingebracht bij de scheiding en deling van mijn nalatenschap.”

De vraag komt op wat onder 'de onverdeelde helft' in beide testamenten moet worden verstaan. Renskje c.s. doen een beroep op hun legitieme portie: door het legaat hebben zij geen recht meer op de goederen der nalatenschap.

**Verloop van de procedure**

Bareld vordert afgifte van het gelegateerde. De Rechtbank te Groningen verklaart hem na drie tussenvonnissen niet ontvankelijk aangezien de legaten inbreuk maken op de aan de overige erfgenamen toekomende legitieme porties. Het Hof te Leeuwarden wijst de vordering van Bareld toe: de overige erfgenamen, Renskje c.s., zouden hun recht om zich op hun legitieme te beroepen hebben verwerkt. Renskje c.s. gaan in cassatie. Bareld stelt incidenteel cassatieberoep in.

**Hoge Raad**

Overwegende omtrent de onderdelen 1 en 2 van het middel:  
 dat het Hof er kennelijk van is uitgegaan: dat tussen de echtgenoten Van der Dong-Erenstein algehele gemeenschap van goederen heeft bestaan; dat deze gemeenschap is ontbonden door het overlijden van moeder Van der Dong en niet is gescheiden en gedeeld; dat de litigieuze onroerende goederen tot de ontbonden gemeenschap behoren; dat tot de tot deze gemeenschap behorende goederen na het overlijden van vader Van der Dong gerechtigd zijn de vijf kinderen als erfgenamen van moeder en van vader Van der Dong;  
 dat de voormelde onderdelen strekken ten betoge dat, nu geen scheiding en deling van de gemeenschap heeft plaatsgevonden en in het bijzonder de gelegateerde helften in de litigieuze onroerende goederen niet aan de erfgenamen van de resp. erflaters zijn aanbedeeld, de vordering van Bareld tot afgifte van die goederen afstuit op art. 950, tweede zin BW, althans dat de legaten nietig zijn op grond van de art. 1004 en 1013;  
 dat een redelijke uitlegging van art. 950, tweede zin, meebrengt deze bepaling niet toepasselijk te achten op een geval als het onderhavige, waarin de gemeenschap niet is gescheiden en gedeeld en waarin de erfgenamen van de vooroverleden echtgenoot tevens zijn de erfgenamen van de inmiddels ook overleden andere echtgenoot, zodat de tot de gemeenschap behorende goederen aan deze erfgenamen gezamenlijk zijn gaan toebehoren;  
 dat toch in zodanig geval niet de mogelijkheid bestaat – met het oog op welke mogelijkheid art. 950, tweede zin, is geschreven – dat de erfgenamen van de ene echtgenoot door een scheiding en deling van de gemeenschap, in verband met de terugwerkende kracht van zodanige scheiding en deling, geacht moeten worden nimmer de eigendom van bepaalde tot de gemeenschap behorende goederen te hebben gehad omdat die goederen aan de andere echtgenoot resp. aan zijn of haar erfgenamen zijn toebedeeld;  
 dat derhalve in het onderhavige geval voor de erfgenamen van de echtgenoten geen beletsel bestaat om de wil van hun erflaters uit te voeren;  
 dat het beroep op art. 1004 faalt omdat niet valt in te zien waarom de onderhavige makingen niet zouden betreffen bepaalde goederen als bedoeld in dit artikel, en het beroep op art. 1013 omdat de onderhavige makingen niet kunnen worden aangemerkt als betrekking te hebben op een goed van een ander als bedoeld in gemeld artikel;  
 dat deze onderdelen dus tevergeefs zijn voorgesteld;  
 Overwegende omtrent de onderdelen 3 en 4:

dat het Hof de eerste grief, die gericht was tegen de beslissing van de Rechtbank dat door het litigieuze legaat aan het wettelijk erfdeel van Renskje c.s. te kort is gedaan, heeft verworpen, doch de tweede grief gegrond heeft bevonden; dat de hier bedoelde onderdelen zich richten tegen 's hofs beslissing op de tweede grief;

dat het Hof, oordelende dat blijkens de toelichting de strekking van deze grief is te betogen dat Renskje c.s. haar recht om zich tegen 'de aangevallen testamentaire beschikking' te verzetten, hebben verwerkt, kennelijk bedoelt: de beide testamentaire beschikkingen; dat, anders dan onderdeel 3 betoogt, 's hofs arrest op dit punt niet onduidelijk is en het Hof, de tweede grief aldus uitleggend, zijn taak als appelrechter niet heeft overschreden;

dat de klacht van het derde onderdeel derhalve faalt;

dat het vierde onderdeel gericht is tegen 's hofs beslissing dat Bareld zich tegenover de stelling van Renskje c.s. dat door de meergenoemde testamentaire beschikkingen tekort werd gedaan aan haar wettelijk erfdeel, terecht op rechtsverwerking heeft beroepen;

dat bij de beoordeling van dit onderdeel moet worden voorop gesteld dat het Hof niet heeft aangenomen, dat Renskje c.s. door, vóórdat zij in het onderhavige geding haar standpunt bepaalden, blijk te geven de thans door haar aangevallen testamentaire beschikkingen te willen accepteren, stilzwijgend afstand hebben gedaan van haar recht zich met een beroep op haar wettelijk erfdeel tegen die beschikkingen te keren;

dat het Hof dit terecht niet heeft aangenomen, daar, wil aan een handeling de betekenis van het doen van een dergelijke afstand van recht kunnen worden toegekend, daarvoor bij de handelende vereist is kennis van het recht hetwelk hij laat varen, en Renskje c.s. in het onderhavige geding uitdrukkelijk hebben ontkend dat zij vóór dat geding hebben geweten dat zij zich met een beroep op haar wettelijk erfdeel tegen de bedoelde testamentaire beschikkingen konden verzetten, terwijl door Bareld het tegendeel ook niet was gesteld;

dat 's hofs aanvaarding van het door Bareld tegenover Renskje c.s. gedane beroep op rechtsverwerking hierop berust dat onder de door het Hof geschetste omstandigheden 'het geldend maken door Renskje c.s. van haar recht op de legitieme portie moet worden geacht in strijd te zijn met de beginselen van goede trouw welke mede de rechtsverhouding tussen partijen als medegerechtigden tot de nalatenschap bepaalden';

dat, ingeval een rechthebbende bij wie de kennis van zijn recht ontbreekt, door zijn gedragingen bij de wederpartij het vertrouwen wekt dat hij zijn rechten prijs geeft, hieruit op zich zelf niet volgt dat hij zijn rechten niet meer geldend mag maken, doch bijkomende omstandigheden kunnen meebrengen, dat de uitoefening van die rechten met de goede trouw in strijd is;

dat dit in het bijzonder het geval zal kunnen zijn, indien de wederpartij door hetgeen hij op grond van dat vertrouwen heeft gedaan, in een ongunstiger toestand is gekomen dan hij zonder dien zou zijn geweest;

dat Bareld echter niet heeft gesteld dat hij er nadeel van heeft ondervonden, dat Renskje c.s. zich eerst in het onderhavige geding en niet eerder op haar wettelijk erfdeel hebben beroepen;

dat de door het Hof aan zijn oordeel ten grondslag gelegde omstandigheden hierop neerkomen: 1. dat Renskje c.s. er door haar in 's hofs arrest omschreven gedragingen blijk van hebben gegeven dat zij destijds de thans aangevallen testamentaire beschikkingen hebben willen accepteren, en 2. dat zij aanvankelijk mede blijk hebben gegeven er volkomen content mee te zijn dat Bareld eigenaar van het ten processe bedoelde paviljoen c.a. zou worden en dat het haar alleen ging om de grootte van het bedrag hetwelk zij in contanten zouden ontvangen; dat echter, nu onweersproken door Renskje c.s. is gesteld dat zij aanvankelijk van het bestaan van de rechten die zij als legitimarissen konden laten gelden, in onwetendheid hebben verkeerd, de enkele omstandigheid dat zij toen blijk hebben gegeven de testamentaire beschikkingen van haar ouders te willen accepteren, de conclusie dat de goede trouw haar verbood daarop terug te komen, niet kan rechtvaardigen;

dat ook de omstandigheid dat Renskje c.s. er destijds blijk van hebben gegeven er volkomen content mee te zijn dat Bareld het hem gelegateerde onroerend goed zou krijgen en dat het haar alleen ging om de grootte van het bedrag dat zij in contanten zouden ontvangen, noch op zichzelf noch in verband met het voorafgaande meebrengt dat zij thans in strijd met de goede trouw handelen, door zich, in afwijking van haar aanvankelijk standpunt, tegen de afgifte van dat goed als legaat te verzetten en te verlangen dat het als onderdeel van de boedel in de boedelscheiding tussen alle erfgenamen wordt begrepen;

dat immers, al zou dit verlangen niet zijn ingegeven door de wens dat dit onroerend goed aan haar zelf of aan een harer zou worden toegescheiden, doch Renskje c.s. hiermede slechts hebben willen ondervangen de bezwaren die voor haar, naar zij hebben gesteld, aan de uitvoering van de onderhavige testamentaire beschikkingen zijn verbonden – t.w. het moeten afgeven van het gelegateerde goed alvorens de daartegenover staande vordering op Bareld vaststaat en kan worden geldend gemaakt, en het gebonden zijn aan volgens haar te lage taxaties – ook hieruit niet volgt dat Renskje c.s., door zich met dit doel voor ogen op haar rechten als legitimarissen in een gedeelte van de tot de boedel behorende goederen te beroepen, tegenover Bareld onredelijk hebben gehandeld;

dat 's hofs beslissing dat onder de genoemde omstandigheden het geldend maken door Renskje c.s. van haar recht op de legitieme portie met de goede trouw in strijd was, dus niet kan worden aanvaard en het vierde onderdeel gegrond is;

Met betrekking eerst tot het incidentele beroep:

Overwegende dat het middel zich in al zijn onderdelen richt tegen 's hofs beslissing op de eerste grief,

Overwegende dat het Hof er bij de behandeling van de eerste grief terecht van uit is gegaan dat de in art. 960 B.W. bedoelde legitieme portie bestaat in een gedeelte van de tot de boedel behorende goederen;

Overwegende omtrent onderdeel 1 van het middel:

dat dit onderdeel zich keert tegen 's hofs overweging met betrekking tot de eerste grief, ad 1, voor zover luidende: 'dat de erfflater niet tevoren aan dat, ieder hunner gelijkelijk toekomende recht afbreuk mag doen door – gelijk i.c. – de boedelbestanddelen aan verdeling onder de legitimarissen te onttrekken';

dat het onderdeel betoogt dat een algemene regel volgens welke de erfflater niet tevoren aan het aan ieder van de legitimarissen gelijkelijk toekomende recht op

toescheiding van goederen afbreuk mag doen door de bestanddelen aan de verdeling onder de legitimarissen te onttrekken, niet bestaat, hetgeen bij pleidooi aldus is toegelicht dat bedoelde afbreuk in verschillende gevallen tot stand kan worden gebracht, bijv. door een verblijvensbeding in huwelijkse voorwaarden en in vennootschapscontracten;

dat echter het Hof, overwegende als voormeld, slechts bedoelt dat een erflater niet, zoals in het onderhavige geval, door aan een van de legitimarissen een legaat te bespreken te kort mag doen aan het recht van de andere legitimarissen om hun legitieme portie in de vorm van tot de boedel behorende goederen te ontvangen; dat het onderdeel, dat van een andere lezing van 's hofs arrest uitgaat, mitsdien feitelijke grondslag mist;

Overwegende omtrent onderdeel 2:

dat dit onderdeel strekt ten betoge dat een legaat waarbij aan een van de legitimarissen enig goed is gelegateerd onder verplichting om de waarde in te brengen in de nalatenschap, door de andere legitimarissen niet kan worden aangetast met de stelling dat door het legaat inbreuk wordt gemaakt op hun recht om de legitieme in de vorm van tot de boedel behorende goederen te ontvangen;

dat dit betoog niet als juist kan worden aanvaard;

dat toch art. 960 aan de daar genoemde erfgenamen zonder enige beperking een gedeelte der 'goederen' toekent, terwijl art. 967, eerste lid, geheel in het algemeen aan 'legitimarissen' een inkortingsvordering verleent en in het bijzonder voor legitimarissen onderling geen beperking inhoudt als in dit onderdeel bepleit;

dat weliswaar een boedelverdeling als bedoeld in art. 1167 kan meebrengen dat legitimarissen geen goederen ontvangen, maar dat zulks moet worden beschouwd als een uitzondering op de regel dat legitimarissen hun legitieme dienen te ontvangen in de vorm van tot de boedel behorende goederen;

dat dit onderdeel dus tevergeefs is voorgesteld;

Overwegende omtrent onderdeel 3:

dat dit onderdeel kennelijk strekt ten betoge dat het Hof te dezen is voorbij gegaan aan het bepaalde in art. 972, tweede lid;

dat dit betoog faalt omdat Bareld in dit geding niet overeenkomstig gemelde bepaling heeft aangeboden om in gereed geld op te leggen hetgeen Renskje c.s. toekomt;

Overwegende omtrent onderdeel 4:

dat dit strekt ten betoge dat een legaat als het onderhavige niet door de andere legitimarissen kan worden aangetast met de stelling dat het legaat te kort doet aan hun recht om de legitieme te ontvangen in de vorm van goederen, indien na vernietiging van het legaat toch niet aan ieder van de legitimarissen een gedeelte van de goederen van de nalatenschap kan worden toebedeeld, waarbij het onderdeel kennelijk uitgaat van de in hoger beroep niet bestreden vaststelling van de Rechtbank dat de beide paviljoens Meerzicht en De Hoge Ma met enig land en met recht van beklemming van ander land (gelegateerd aan resp. Bareld en Roelof) de enige bestanddelen van de boedel zijn;

dat echter de omstandigheid dat na vernietiging van het legaat toch niet aan ieder van de legitimarissen een gedeelte van de goederen van de nalatenschap kan worden toebedeeld, er niet aan in de weg staat dat de andere legitimarissen de inkorting van het legaat vorderen; dat het belang van de andere legitimarissen

bij vernietiging van het legaat daarin is gelegen dat alsdan de goederen betrokken moeten worden in de scheiding en deling, bij gelegenheid van welke scheiding en deling de andere legitimarissen als medegerechtigden tot die goederen voor hun belangen kunnen opkomen;

dat dit onderdeel derhalve tevergeefs is voorgesteld;

Overwegende omtrent onderdeel 5:

dat hierin blijkens de toelichting wordt betoogd dat de litigieuze testamentaire beschikkingen als een verdeling en scheiding in de zin van art. 1167 zijn bedoeld; dat dit betoog daarop afstuit dat het Hof de betreffende beschikkingen heeft uitgelegd als legaten, welk oordeel, als van feitelijke aard, in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst;

Overwegende omtrent onderdeel 6:

dat dit onderdeel betoogt dat een redelijke wetstoepassing meebracht of kon meebrengen dat de onderhavige beschikkingen werden omgezet in een verdeling en scheiding als bedoeld in art. 1167 BW;

dat Bareld zich in de feitelijke instanties nimmer op een zodanige omzetting heeft beroepen, zodat Renskje c.s. te dier zake geen verweer hebben kunnen voeren en in het bijzonder niet in de gelegenheid zijn geweest om de redelijkheid van een zodanige omzetting – welke redelijkheid te dezen afhangt van de omstandigheden van het geval – te betwisten;

dat dit meebrengt dat gemeld beroep in dit stadium niet meer met vrucht kan worden gedaan;

dat dus ook dit onderdeel tevergeefs is voorgesteld;

Overwegende dat het incidentele beroep derhalve moet worden verworpen, terwijl uit het vorenstaande volgt dat het vijfde onderdeel van het middel in het principale beroep geen bespreking behoeft;

Overwegende dat, nu het vierde onderdeel van het middel in het principale beroep gegrond is, 's hofs arrest moet worden vernietigd in voege als hierna te melden;

Overwegende dat de Hoge Raad de zaak zelf kan afdoen, nu uit de beslissing op het vierde onderdeel van het middel in het principale beroep volgt dat de door Bareld in hoger beroep aangevoerde tweede grief ongegrond is;

dat dit laatste in het bijzonder meebrengt dat het eindvonnis van de Rechtbank moet worden bekrachtigd;

Overwegende dat zulks betekent dat de litigieuze goederen in de scheiding en deling tussen partijen zullen moeten worden betrokken;

Overwegende dat in dit verband opmerking verdient dat, waar de verhouding van partijen als gerechtigden in een boedel mede wordt beheerst door de goede trouw, partijen zich bij de scheiding en deling in overeenstemming met de goede trouw moeten gedragen en dat zulks kan meebrengen, in het bijzonder gelet op de omstandigheid dat naar 's hofs vaststelling het betreffende onroerend goed van ouds door Bareld is geëxploiteerd, dat Renskje c.s. er aan hebben mee te werken dat het paviljoen aan Bareld wordt toebedeeld;

Overwegende dat de Hoge Raad in de familierelatie van partijen aanleiding vindt de kosten van het geding in hoger beroep en in cassatie te compenseren;

Vernietigt 's hofs arrest voor zover daarbij is vernietigd het vonnis van de Rechtbank van 8 maart 1968 en het vonnis van 28 maart 1969 en voor zover het Hof opnieuw heeft rechtgedaan;



Bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank van 8 maart 1969, voor zover door het Hof vernietigd, en het vonnis van 28 maart 1969;  
 Compenseert de kosten op het geding in hoger beroep gevallen in diër voege dat iedere partij haar eigen kosten zal dragen;  
 Verwerpt het incidentele cassatieberoep; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1973, 53, m.nt. KW. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 123-126, 134, 398 en 402; Pitlo-Van der Burght, nr. 64, 65, 83, 86, 194, 210, 247, 248.1 en 251 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr.177, 187, 177, 187, 236 en 512, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 923 en 936; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 241, 544 en 575; Asser-Perrick 6, nr. 187. Vergelijk ook over de legitieme naar nieuw erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Legitieme portie, nr. 163 opgenomen arrest.

**Commentaar**

165

**HOGE RAAD**  
 21 december 1973

**Prof. Mulder**

P. Mulder, te Amsterdam, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
 M.C. Ronner, te Oegstgeest, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Prof. Mulder huwt in eerste echt met De Clerq Zubli, uit welk huwelijk worden geboren drie meerderjarige kinderen. Dit huwelijk wordt door echtscheiding ontbonden. Vervolgens hertrouwt Mulder buiten gemeenschap van goederen met Ronner. Uit dit huwelijk worden geen kinderen geboren. Op 31 augustus 1962 maakt Mulder een testament op met de volgende inhoud: "Ik herroep alle vroegere uiterste wilsbeschikkingen. Als nu opnieuw beschikkende verklaar ik, ter nakoming van de op mij rustende verplichting tot verzorging van mijn echtgenote Marie Cornelia Ronner, aan haar, overeenkomstig het bepaalde in art. 1167 e.v. BW toe te delen alle activa van mijn nalatenschap, onder de verplichtingen voor haar rekening te nemen alle passiva van mijn nalatenschap, de kosten van lijkbezorging, de bij mijn overlijden verschuldigde successierechten en de kosten van boedelafwikkeling en om uit te keren aan mijn andere erfgenamen hun zuivere erfdelen, welke erfdelen echter eerst opvorderbaar zullen zijn bij het overlijden van mijn genoemde echtgenote en ter zake van welke erfdelen geen rente zal verschuldigd zijn";

**Feiten**

Het huwelijk wordt ontbonden door het overlijden van Mulder. P. Mulder, één van de drie kinderen uit het eerste huwelijk, kan zich met de niet-opeisbaarheid van de vordering niet verenigen en doet een beroep op zijn legitieme portie.

Mulder vordert bij de Rechtbank te 's-Gravenhage met een beroep op zijn legitieme nietigverklaring van de clause van niet-opeisbaarheid en uitbetaling van zijn legitieme. Uitdrukkelijk ziet de vordering niet op vernietiging van de ouder-

**Verloop van de procedure**

lijke boedelverdeling op grond van art. 4:1170 BW. De Rechtbank verklaart hem niet-ontvankelijk. De Rechtbank overweegt onder meer dat de clause van niet-opeisbaarheid met een beroep op de legitieme alleen kan worden bestreden door een beroep te doen op art. 4:1170 BW. De clause maakt immers deel uit van de ouderlijke boedelverdeling. Het Hof te 's-Gravenhage bekrachtigt het vonnis. P. Mulder gaat in cassatie.

**Cassatiemiddel**

‘Schending van het recht, doordien het Hof heeft overwogen en beslist zoals vermeld in de r.o. 2 (slot) en 4 van het bestreden arrest, waarnaar hier wordt verwezen, en op de daarin vermelde gronden heeft bekrachtigd het vonnis waarvan beroep, waarbij Mulder niet-ontvankelijk is verklaard in zijn oorspronkelijke vordering, ten onrechte en om de navolgende redenen:

a. In een geval als het onderhavige, waarin de erflater bij testament (of notariële akte) een ouderlijke boedelverdeling heeft gemaakt overeenkomstig de bepalingen van art. 1167 e.v. B.W. en op een wijze als in r.o. 4 weergegeven, staat het een legitimaris, die van oordeel is dat door en ten gevolge van deze verdeling inbreuk is gemaakt op de legitieme portie, welke de bepalingen van art. 960 ex B.W. hem toekennen vrij een vordering op de voet van art. 967 B.W. in te stellen tegen degeen, die door de desbetreffende verdeling ten koste van zijn legitieme portie is bevoordeeld, zulks geheel onafhankelijk van de vraag, of de desbetreffende verdeling ook grond heeft voor een betwisting op de voet van art. 1170 B.W. Het Hof heeft dan ook ten onrechte aangenomen, dat art. 1170, lid 1, B.W. ten opzichte van art. 960 B.W. als *lex specialis* dient te worden beschouwd. Noch de bewoordingen, noch doel en strekking, noch de geschiedenis van de totstandkoming van art. 1170 (lid 1) B.W. geven steun aan de door het Hof gehuldigde opvatting, doch veeleer aan het tegendeel daarvan. Reeds om deze redenen had het Hof niet tot bekrachtiging van het vonnis a quo, waarbij Mulder niet-ontvankelijk is verklaard in zijn oorspronkelijke vordering, mogen komen.

b. In ieder geval staat het in een geval als het onderhavige, waarin de legitimaris slechts wenst op te komen tegen de bepalingen in de ouderlijke boedelverdeling, dat de – onder meer aan hem uit te keren – zuivere erfdelen eerst opvorderbaar zullen zijn bij het overlijden van de echtgenote van de erflater en dat ter zake daarvan geen rente verschuldigd zal zijn (zoals door het Hof in r.o. 4 weergegeven), doch voor het overige de ouderlijke boedelverdeling intact wenst te laten, de legitimaris vrij zijn legitieme portie op de voet van art. 967 B.W. – zoals het Hof het uitdrukt – rauwelijks in contanten op te vorderen van degeen, die door de ouderlijke boedelverdeling ten koste van de legitieme portie is bevoordeeld. Het Hof heeft dan ook ten onrechte geoordeeld, dat de hierbedoelde bepalingen van het testament slechts langs de weg van art. 1170, lid 1, B.W. kunnen worden aangetast; (...)

**Hoge Raad**

Overwegende, omtrent dit middel: dat het Hof op grond van de vaststelling dat de betreffende testamentaire bepalingen over de niet-opeisbaarheid en de renteloosheid van de vorderingen van de kinderen van de erflater op diens weduwe ter zake van overbedeling een ‘wezenlijk deel uitmaken van de door de erflater gemaakte boedelverdeling’, concludeert dat ook deze bepalingen slechts langs de weg van art. 1170, eerste lid B.W. kun-

nen worden aangetast, en wel omdat genoemd wetsvoorschrift 'ten opzichte van art. 960 van dat Wetboek als *lex specialis* te beschouwen' zou zijn; dat het middel deze opvatting terecht bestrijdt; dat de mogelijkheid van een boedelverdeling als voorzien in de art. 1167 e.v. B.W. slechts in zóver een inperking meebrengt van het aan legitimarissen in de art. 960 e.v. toegekende recht op hun wettelijk erfdeel, dat zij in geval van een zodanige boedelverdeling er geen aanspraak op kunnen maken, hun wettelijk erfdeel in goederen van de nalatenschap te ontvangen; dat deze mogelijkheid dus onverlet laat de aanspraak van legitimarissen op de verkrijging van waarden tot het beloop van hun wettelijk erfdeel; dat de in art. 1170 voorziene bevoegdheid tot het betwisten van een ouderlijke boedelverdeling in de in dat artikel aangegeven gevallen, andere rechtsgevolgen heeft – immers de nietigheid van de boedelverdeling – dan een vordering tot inkorting tegen degeen door wiens bevoordeling aan het wettelijk erfdeel te kort is gedaan; dat dan ook noch aan de strekking van de in art. 1167 geregelde boedelverdeling, noch aan de in art. 1170 voorziene mogelijkheid tot betwisting een argument kan worden ontleend om legitimarissen, aan wier wettelijk erfdeel als een gevolg van een zodanige verdeling te kort wordt gedaan, de hiervoor bedoelde vordering tot inkorting te ontzeggen; dat daaraan ook niet af kan doen, dat de testamentaire bepalingen waardoor een legitimaris in zijn wettelijk erfdeel wordt verkort, een wezenlijk deel uitmaken van de door de erflater gemaakte boedelverdeling; dat dit laatste immers wèl van belang kan zijn voor de toepassing van art. 1170 op de betreffende verdeling, maar niet voor de vordering van een legitimaris tot inkorting tegen degeen wiens bevoordeling aan het wettelijk erfdeel te kort doet; dat onderdeel a van het middel dus gegrond is en onderdeel b geen bespreking behoeft; Vernietigt het bestreden arrest; Verwijst de zaak naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing met inachtneming van deze uitspraak; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1974, 308, m.nt.WK. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 123-126 en 401-408; Pitlo-Van der Burght, nr. 65 en 246-251 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 190 en 512, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 936, 945 en 949.

Vergelijk ook over de legitieme naar nieuw erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Legitieme portie, nr. 163 opgenomen arrest.

**Commentaar**

**166** HOGE RAAD  
19 maart 1982

**Erven Bal**

- Partijen** Arie Izaak Bal, te Sint-Michielsgestel, eiser tot cassatie van een tussen hem en Jan Bal enerzijds en na te noemen verweerster anderzijds gewezen arrest,  
*tegen*  
1. Cornelia Maria Bal, echtgenote van H.A. Korsten, te Schijndel,  
2. Hennie Bal, echtgenote van F.J. van Hamond, te Den Dungen,  
3. Marina Cornelia Bal, echtgenote van A. de Raden, te Schijndel, verweersters in cassatie.
- Feiten** Moeder Schipper zit in een onverdeeldheid met haar drie dochters met betrekking tot een winkel-woonhuis. Zij gaan tot verdeling hiervan over en wel aldus dat moeder het levenslange recht van gebruik en bewoning toegedeeld krijgt en de drie dochters het hoofdrecht oftewel de blote eigendom. De drie dochters nemen in het kader van deze verdeling de verplichting op zich wegens overbedeling aan moeder uit te keren een bedrag van f 8.750,-. Moeder overlijdt op 27 augustus 1978. Erfgenamen zijn haar drie dochters en de twee zonen, Arie Izaak en Jan Bal. De broers vinden dat hun legitieme portie door deze verdeling is aangetast. De vraag is of op deze casus art. 4:969 toepasselijk is. Van belang is nog dat moeder haar onderbedelingsvordering op de drie dochters op 10 juni 1973 (3 maal f 2.000,-) en op 17 maart 1974 (3 maal f 916,-), kwijtscheldt.
- Verloop van de procedure** De broers vorderen vernietiging van de verdeling wegens schending van hun legitieme portie. De Rechtbank te 's-Hertogenbosch heeft de vordering afgewezen. Het Hof te 's-Hertogenbosch bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank. Alleen Arie Izaak gaat in cassatie.
- Hoge Raad** Overwegende daaromtrent: (...)  
2. Blijkens 's hofs r.o. 3 hebben de gebroeders zich in hun eerste grief erover beklaagd dat de Rechtbank heeft overwogen dat de toedeling van het ten processe bedoelde onroerend goed bij de akte van april 1973 aan de gezusters niet onder het vermoeden van art. 969 BW kan worden gebracht. Het Hof heeft deze grief verworpen, oordelend dat art. 969 te dezen niet toepasselijk is. Dit oordeel steunt op twee zelfstandige gronden: a. art. 969, dat, voor zover hier van belang, spreekt van een voorbehoud van vruchtgebruik, dient niet te worden toegepast op het onderhavige geval, waarin sprake is van een recht van gebruik en bewoning (r.o. 4 t/m 6); b. de toedeling van een goed bij scheiding en deling is niet een 'vervreemding' als bedoeld in art. 969 (r.o. 7).  
Onderdeel A van het middel, subonderdelen 1 t/m 8, richt zich tegen het oordeel onder a; onderdeel A, subonderdeel 9, richt zich tegen het oordeel onder b. De Hoge Raad zal eerst het oordeel onder a bezien.

3. Het onweerlegbaar wettelijk vermoeden, vervat in art. 969, dat wegens zijn rigide karakter vrij algemeen aan kritiek bloot staat (concl. A-G. no. 3, eerste alinea), is tenslotte niet overgenomen in de Wet van 11 september 1969, Stb. 392, tot vaststelling van Boek 4 NBW (voor de wetsgeschiedenis zij verwezen naar de weergave in de concl. van de A-G, no. 3). Bij deze stand van zaken dient de toepassing van art. 969 te worden beperkt tot de daarin omschreven gevallen, hetgeen betekent dat, nu te dezen niet sprake is van een lijfrente of een vruchtgebruik, het artikel buiten toepassing moet blijven. Opmerking verdient dat weliswaar in art. 4.3.3.4a – zoals in subonderdeel 3 van onderdeel A van het middel wordt aangevoerd – sprake is van ‘giften, bestaande in de vervreemding van een goed door de erflater tegen verschaffing door de wederpartij van een aan het leven van de erflater gebonden recht’, maar dat het hier gaat om een bepaling die een waarderingsmaatstaf inhoudt (‘worden gewaardeerd als ...’), terwijl de vraag of er sprake is van een gift – anders dan onder art. 969 – ter vrije beoordeling van de rechter zal staan. De gesignaleerde verruiming in het nieuwe recht moet derhalve worden gewaardeerd tegen de achtergrond van het vervallen van het wettelijk vermoeden. Waar dit wettelijk vermoeden, dat de wetgever van het nieuwe recht niet meer heeft gewild, thans nog geldt, kan een extensieve interpretatie, als door het middel bepleit, niet worden aanvaard.

4. Het vorenstaande brengt mee dat ’s hofs bovenbedoelde oordeel onder a, wat er zij van de motivering, juist is, zodat het middel, voor zover het zich daartegen richt, tevergeefs is voorgesteld, en voorts dat het middel, voor zover het zich richt tegen het oordeel onder b, geen bespreking behoeft.

5. Onderdeel B van het middel, subonderdelen 10 en 11, is gericht tegen r.o. 10 van ’s hofs arrest.

6. Uit de in subonderdeel 10 aangevallen passage van r.o. 10 volgt niet dat het Hof eraan heeft voorbijgezien dat de gebroeders zich hebben beroepen op de waarde van het onroerend goed ten tijde van de sterfdag, maar dat, nu het desbetreffende taxatierapport is gedateerd maart 1979, de waarde op dat tijdstip – naar het Hof de stellingen van de broers heeft begrepen – overeenkomt met de waarde op de sterfdag. Aldus verstaan is deze passage niet onbegrijpelijk.

7. Subonderdeel 10, slot, en subonderdeel 11 richten zich tegen ’s hofs oordeel dat ‘te dezen slechts van belang is de waarde op het tijdstip van de scheiding en toedeling in april 1973’. Het Hof onderzoekt hier – blijkens r.o. 9 – de vraag of de toedeling op 17 april 1973 een ‘materiële bevoordeling’ van de gezusters inhield. Mede in het licht van de r.o. 11 t/m 13, komt die vraag erop neer of, gelet op de waarde van de blote eigendom van het goed ten tijde van de scheiding en deling enerzijds en het door de gezusters wegens overbedeling te betalen bedrag anderzijds, sprake is van een bevoordeling van de gezusters. Waar het Hof oordeelt dat ‘te dezen’ slechts van belang is de waarde van het goed op het tijdstip van scheiding en deling, brengt het tot uitdrukking dat voor de beantwoording van de vraag of te dezen sprake is van een materiële bevoordeling van de gezusters in voormelde zin, dient te worden uitgegaan van de waarde van het goed op het tijdstip van scheiding en deling. Dit oordeel is juist. De daartegen gerichte klacht faalt derhalve.

8. Onderdeel B, subonderdelen 12 en 13, is gericht tegen r.o. 14. Het Hof stelt vast dat de gezusters op 17 april 1973 voor het bedrag van de overbedeling een

schuldbekentenis ter zake van geldlening tegen de toen niet ongebruikelijke rente van 6% 's jaars hebben afgegeven aan M.L. Schipper, en vervolgt dan: 'zijnde het voor de beoordeling van de hierbedoelde op 17 april 1973 gerealiseerde rechtshandeling niet relevant of M.L. Schipper in latere jaren kwijtschelding van de desbetreffende schuld heeft gegeven'. Blijkens de memorie van grieven hebben de gebroeders, zoals in subonderdeel 12 wordt vermeld, gesteld dat deze kwijtscheldingen in dier voege hebben plaatsgevonden dat f 2.000,- aan ieder der gezusters op 10 juni 1973 is kwijtgescholden en het restant of f 916,- aan ieder harer op 17 maart 1974. Tegen de achtergrond van deze stellingen is niet begrijpelijk dat het Hof spreekt over een kwijtschelding 'in latere jaren'. Deze discrepantie zou juist van belang kunnen zijn, nu het Hof niet aangeeft waarom de gestelde kwijtscheldingen 'niet relevant' zijn voor de beoordeling van de op 17 april 1973 gerealiseerde rechtshandeling. In dit verband verdient immers opmerking dat de vermelde stellingen van de gebroeders kennelijk de strekking hebben te betogen dat uit de binnen een jaar gevolgde kwijtscheldingen moet worden afgeleid dat aan de toebedeling van het goed in april 1973 het karakter toekomt van een schenking van dat goed aan de gezusters. Als dat betoog juist zou zijn, zou er in feite sprake zijn van een gift van dat goed in de zin van art. 968, zij 't onder voorbehoud van het aan het leven van de erflaatster gebonden recht van gebruik en bewoning, met het gevolg dat voor de in art. 968 bedoelde bijtelling moet worden uitgegaan van de waarde van het goed op het ogenblik van het overlijden van de erflaatster. De door de subonderdelen 12 en 13 aan de orde gestelde kwestie is dus voor de beslissing van de zaak van belang.

Nu de desbetreffende klachten gegrond zijn, kan het arrest van het Hof niet in stand blijven;

Vernietigt het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 22 oktober 1980;

Verwijst de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof te Arnhem;  
(...)

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1983, 250, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 103-106; Pitlo-Van der Burght, nr. 75, 78 en 230 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 210, 212 en 234, alsmede Asser-Perrick 6, nr. 203 en 210, en Van Straaten, Verkoop, schenking of geen van beide? WPNR 5736 (1985) en Heuff, Inkorting door legitimarissen in geval van vervreemding gevolgd door kwijtschelding, WPNR 5659 (1983).

In art. 4.3.3.6 kwam soortgelijke bepaling voor. Bij de behandeling van het nieuwe erfrecht is deze bepaling echter door aanvaarding van een amendement komen te vervallen. Vergelijk MvA Vaststellingswet 3771, nr. 6, p. 4748. Vgl. ook HR 31 maart 2000, *NJ* 2000, 576.

**167** HOGE RAAD  
4 november 1994  
**Erven Oerlemans**

Johannes Franciscus Oerlemans, te Hoogerheide, gemeente Woensdrecht, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
Catharina Johanna Maria Oerlemans, te Gedinne, België, verweerster in cassatie.

**Partijen**

Johannes en Catharina Oerlemans zijn de enige erfgenamen van hun kort na elkaar in 1968 overleden ouders. Kort voor zijn overlijden verpacht vader de boerderij voor 30 jaar aan Johannes. Het pachtcontract is bij uitspraak van de bevoegde pachtrechter in 1976 geldig bevonden. Bij vonnis van 20 mei 1988 worden beide partijen veroordeeld om tot verdeling van de nalatenschap over te gaan. Een notaris maakt op 20 februari 1989 een proces verbaal van zwaarigheden op. Op basis van dit proces-verbaal start Catharina een procedure tegen Johannes. Door haar wordt met een beroep op art. 4:1129 oud BW betoogd dat ieder van de erfgenamen als verpachter gerechtigd is geweest tot de pachtsommen vanaf het moment van overlijden: de helft moet aan Catharina worden betaald in privé en niet aan de boedel. Voorts wordt betoogd dat de verpachting zo kort voor overlijden een bevoordeling inhoudt.

**Feiten**

Catharina vordert bij de Rechtbank te Breda voor recht te verklaren dat de nalatenschap de bestanddelen zoals in de boedelbeschrijving opgenomen bevat, dat Johannes tot inbreng van de pachtsommen verplicht is en dat Johannes moet meewerken aan de verdeling zoals door haar voorgesteld. Johannes tekent hoger beroep aan tegen een tussenvonnis van de Rechtbank, waarbij de Rechtbank o.m. oordeelt dat de verpachting geen inbrengplichtige schenking oplevert. Johannes wordt toegelaten zich uit te laten over enkele door Catharina overgelegde stukken en hem wordt gelast een door hem genoemde akte in het geding te brengen. Tegen dit tussenvonnis gaat Johannes in hoger beroep bij het Hof te 's-Hertogenbosch. Catharina stelt incidenteel hoger beroep in en vermeerdert haar eis. Het Hof heeft het ten principale en incidenteel beroepen vonnis bekrachtigd onder gedeeltelijke gegrondbevinding van de grieven betreffende de bevoordelingskwestie en daarbij tevens Johannes toegelaten bewijs te leveren. Johannes stelt hiertegen beroep in cassatie in.

**Verloop van de procedure**

*Middelen 8 t/m 10: houdt de verpachting aan Johannes een bevoordeling in die moet worden ingebracht?*

**Conclusie A-G**

25. De middelen 8 t/m 10 zijn gericht tegen de volgende overwegingen van het Hof:

“4.13 (...) Aan Catharina kan worden toegegeven dat de verpachting door de erflater, kort voor zijn overlijden, aan Johannes mogelijksterwijs een bevoordeling van Johannes inhield in die zin dat Johannes na toedeling aan hem van de ver-

pachte grond (en alsdan door vermenging tenietgaan van de pacht) vrij verkoopbare grond overhoudt, terwijl Catharina na toedeling van de grond aan haar verpachte, dus minder vrij verkoopbare, grond overhoudt. Nu de Rechtbank (rechtstoverweging 3.49) aanstuurt op een feitelijke verdeling van het onroerend goed, te taxeren naar verpachte staat (r.o. 3.56), is zulk een uitkomst niet denkbeeldig. (...) Johannes heeft evenwel tot verweer aangevoerd dat – als hem al enig voordeel toekwam door de verpachting – er geen sprake van een schenking was, maar van nakoming van een natuurlijke verbintenis (een dringende verplichting van moraal en fatsoen om hem te belonen voor de voor zijn vader verrichte werkzaamheden). Nu Catharina zulks betwist, ligt het op de weg van Johannes om feiten en omstandigheden aan te tonen waaruit de juistheid van zijn stelling kan blijken. (...)”

26. *Middel 8* bevat de klacht dat het in de eerste, hierboven aangehaalde, volzin vervatte oordeel van het Hof onbegrijpelijk is omdat onduidelijk is welk voordeel Johannes door de verpachting kan verkrijgen aangezien hij na toescheiding ook onverpachte, vrij verkoopbare, grond had overgehouden indien de grond niet aan hem was verpacht.

In *middel 9* wordt betoogd dat verpachting tegen een normale pacht prijs geen bevoordeling kan inhouden.

*Middel 10* komt op tegen 's hofs beslissing Johannes te belasten met het bewijs van zijn stelling dat de vader met de verpachting aan hem een natuurlijke verbintenis nakwam. Volgens dit middel is het Hof ten onrechte ervan uitgegaan dat een eventueel voordeel voor Johannes een bevoordeling is die ingevolge art. 1132 (oud) BW als schenking moet worden ingebracht; het Hof zou hebben miskend dat voor het aannemen van een dergelijke schenking een bevoordelingsbedoeling van de erflater is vereist, en dat op Catharina terzake de stelplicht en bewijslast rust.

27. De middelen 8 en 9 zien er kennelijk aan voorbij dat ook de aan Johannes toe te scheiden verpachte onroerende grond moet worden gewaardeerd naar de bij die boedelscheiding geldende toestand van 'verpachte staat'. (Ik verwijs hier naar Uw arrest van 20 juni 1975, NJ 1976, 414, met uitvoerige noot van WK en naar de conclusie van de Advocaat-Generaal Berger. Zie ook Asser-Meijers-Van der Ploeg, 1988, nr. 204 en nr. 467). Juist de omstandigheid dat gewaardeerd moet worden 'in verpachte staat' brengt mee dat Johannes bevoordeeld wordt ten opzichte van Catharina in geval (een deel van) de verpachte grond aan hem wordt toegescheiden. Doordat de pacht overeenkomst als gevolg van die toescheiding aan pachter Johannes tenietgaat (het Hof refereert daar terecht aan), verkrijgt Johannes immer realiter grond 'vrij van pacht' terwijl zijn verkrijging wordt gewaardeerd op de (veel) lagere waarde die aan de grond in verpachte staat toekwam. De verpachting door de vader aan Johannes houdt in geval van toescheiding van (een deel van) de verpachte grond aan Johannes derhalve per definitie een vermogensoverheveling naar en daarmee een bevoordeling van Johannes in. De middelen 8 en 9 miskennen dat het Hof met zijn bestreden overweging kennelijk daarop ziet.

28. Nu is Johannes inderdaad – middel 10 betoogt dat terecht – eerst tot inbreng gehouden indien hier ook sprake was van een schenking, dat wil zeggen indien bij de vader ook de bedoeling tot bevoordeling voorzat. Aan het middel kan



eveneens worden toegegeven dat op Catharina terzake de stelplicht en in beginsel ook de bewijslast rust.

Het Hof heeft dit alles naar mijn oordeel echter niet miskend. Het Hof heeft kennelijk geoordeeld dat Catharina aan haar stelplicht had voldaan. Dit oordeel kan moeilijk als onbegrijpelijk worden gekwalificeerd nu Catharina in het kader van haar incidentele appel tegen het oordeel van de Rechtbank dat van een schenking aan Johannes geen sprake is, het volgende aanvoerde (memorie van antwoord, tevens houdende incidenteel appel, p. 10/11): 'Er is hier wel degelijk sprake van bevoordeling. (...) Dat er bij vader een schenkingsbedoeling voorzat, is waarschijnlijk en dient in ieder geval voorondersteld te worden (...)'. Johannes heeft vervolgens bij zijn memorie van antwoord in het incidenteel appel, p. 3, summier op het betoog van Catharina gereageerd met de stelling dat de vader door de verpachting aan zijn zoon 'die decennia voor een grijpstuiver op de boerderij heeft moeten werken', een verplichting uit moraal en fatsoen is nagekomen, zodat geen sprake is van bevoordeling. Kennelijk heeft het Hof echter tevens geoordeeld – mede in het licht van hetgeen partijen in dit verband aanvoerden – dat althans in het onderhavige geval aangenomen mag worden dat bij de vader, die – naar tussen partijen vaststaat – vlak voor zijn overlijden de litigieuze grond voor dertig jaar aan zijn zoon verpachtte, de bedoeling voorzat zijn zoon aldus boven zijn dochter te bevoordelen, tenzij Johannes slaagt in het bewijs van zijn stelling dat de vader met de verpachting een natuurlijke verbintenis is nagekomen, en wel om hem te belonen voor de werkzaamheden die hij 'decennia voor een grijpstuiver op de boerderij' voor zijn vader verrichtte. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting; onbegrijpelijk acht ik het evenmin. Voor het overige kan 's hofs oordeel in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Mijn *conclusie* strekt tot verwerping van het beroep.

3.1. Middel 1 richt zich met een rechts- en een motiveringsklacht tegen het in de r.o. 4.2 en 4.3 vervatte oordeel van het Hof dat ter zake van voormelde pacht-overeenkomst aan de onverdeelde boedel pachtsommen verschuldigd zijn over de periode na het overlijden van de erflaters. Met een beroep op art. 54 Pachtwet juncto art. 1129 (oud) BW wordt betoogd dat ieder van beide erfgenamen vanaf het overlijden der erflaters geacht moet worden verpacht(st)er te zijn geworden van het hem (haar) toekomende deel van de verpachte onroerende goederen, zodat niet aan de boedel maar aan Catharina zelf voor het haar toekomende deel de pachtsommen verschuldigd zijn.

Dit betoog faalt reeds omdat ingevolge art. 101 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek art. 1129 (oud) op de onderhavige boedelscheiding niet meer van toepassing zal zijn doch deze zal worden beheerst door art. 3:186 BW, zodat levering van het toegedeelde zal moeten plaatsvinden.

3.2. Middel 3 klaagt erover dat het Hof in r.o. 4.2 ten onrechte en onvoldoende gemotiveerd de vordering van Catharina met betrekking tot de achterstallige pacht niet heeft aangemerkt als een invordering door haar van verschenen pachtsommen, zodat, naar het middel aanvoert, ingevolge art. 128 of 129 Pachtwet de pachtrechter bij uitsluiting bevoegd is, zeker nu Johannes ter zake van deze rechtsovereenkomst gedeeltelijk een beroep op verjaring heeft gedaan.

Hoge Raad

Ook dit middel treft geen doel. Uit de verwerving van middel 1 vloeit reeds voort dat de verschenen achtsonnen deel uitmaken van de onverdeelde boedel en begrijpelijkerwijze heeft het Hof de door Catharina in het kader van deze zwaarighedenprocedure geclaimde helft van de verschuldigde pachtsommen aangemerkt als een vordering tot scheiding en deling van de aan de boedel toekomende pachtsommen. Met juistheid heeft het Hof voorts geoordeeld dat, nu de geldigheid van de pachtvereenkomst en de daaruit voortvloeiende verschuldigdheid van de pachtsommen tussen partijen vaststaat, die vordering behoort tot de competentie van de gewone rechter. Het door Johannes gedane beroep op verjaring brengt daarin geen verandering, zoals hierna bij de bespreking van de middelen 2, 4 en 5 nog zal blijken.

(...)

Voor het overige wordt terecht opgekomen tegen de door het Hof in r.o. 4.5 toegekende stuitende werking aan de tussen partijen ten overstaan van de Grondkamer en de Centrale Grondkamer gevoerde verzoekschriftprocedures, die niet zien op de thans aan de orde zijnde rechtsvordering ter zake van de pachtsommen die in de verdeling dienen te worden betrokken, zodat de klachten in zoverre gegrond zijn.

Zulks leidt evenwel niet tot cassatie omdat de stukken van het geding geen andere conclusie toelaten dan dat Catharina bij memorie van antwoord terecht heeft aangevoerd dat het door Johannes gedane beroep op verjaring in strijd is met de goede trouw. Tot deze conclusie noopt met name het feit dat in het ten processe overgelegde vonnis in de procedure voor de Pachtkamer van het kantongerecht te Bergen op Zoom, mede op grond van het door Johannes in die procedure ingenomen, hiervoor onder 3.4 weergegeven standpunt, is overwogen dat de vordering van Catharina tot voldoening van pacht vóór de scheiding en deling van de nalatenschappen in strijd is met de beginselen van goede trouw en billijkheid; daarom werd zij in die eis niet ontvangen.

Nu Johannes derhalve zelf (mede) heeft bewerkstelligd dat de pachtrechter zich heeft onthouden van een beoordeling van de vordering van Catharina tot inning van verschenen pachtsommen, kan hij haar thans niet te goeder trouw tegenwerpen dat zij vervolgens heeft nagelaten ten behoeve van de boedel de verjaring van nieuw verschenen pachttermijnen door het uitbrengen van exploiten te stuiten.

3.6. In middel 7 wordt opgekomen tegen het in de r.o. 4.7 en 4.16 vervatte oordeel van het Hof dat de kwestie van de eigenaarslasten in deze procedure niet aan de orde kan komen omdat deze lasten niet voorkomen in het proces-verbaal van zwaarigheden.

Het middel faalt. Terecht heeft het Hof geoordeeld dat de omvang van het onderhavige geding wordt bepaald door het proces-verbaal van zwaarigheden; de uitleg van dat proces-verbaal is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt en kan in cassatie niet op haar juistheid worden getoetst; de uitleg van het Hof is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. De in het middel nog vervatte klacht dat het Hof ten onrechte oordeelde dat de Rechtbank in gelijke zin overwoog, behoeft geen bespreking, nu dat oordeel 's hofs beslissing niet draagt.

Eveneens kan worden voorbijgegaan aan de klacht dat het oordeel van het Hof in strijd is met de in r.o. 4.16 door het Hof overwogen mogelijkheid van verreke-

ning van de eigenaarslasten in geval aan Catharina enig bedrag zou worden toegekend uit hoofde van het door Johannes in te brengen pachtersvoordeel, (aangezien) deze klacht zich richt tegen een overweging ten overvloede van het Hof. 3.7. De middelen 8 tot en met 10 keren zich tegen r.o. 4.13 van het Hof.

Middel 8 acht onbegrijpelijk 's hofs oordeel dat de verpachting door de vader, kort voor zijn overlijden, van de boerderij met grond aan Johannes, hem zou kunnen bevoordelen, aangezien hij, ook als de grond niet aan hem was verpacht, na toescheiding onverpachte grond zou hebben verkregen.

Het middel miskent dat tengevolge van de verpachting de grond voor de scheiding en deling moet worden gewaardeerd in verpachte staat, terwijl Johannes – anders dan Catharina – na de scheiding en deling door tenietgaan van de pachtvereenkomst de beschikking krijgt over vrij van pacht verkoopbare grond. Anders dan middel 9 betoogt, neemt derhalve het feit dat sprake was van een pachtvereenkomst tegen een normale pachtprijs, niet weg dat sprake kan zijn van bevoordeling van Johannes door bedoelde verpachting.

De middelen 8 en 9 treffen derhalve geen doel.

Middel 10 bevat tenslotte de klacht dat het Hof eraan voorbij is gegaan dat, wil sprake zijn van een tot inbreng verplichtende schenking, de erflater de bedoeling moet hebben gehad de begiftigde te bevoordelen, hetgeen Catharina had te stellen en te bewijzen, zodat onjuist en onbegrijpelijk is dat het Hof aan Johannes het bewijs oplegt dat sprake was van nakoming van een natuurlijke verbintenis.

Ook dit middel faalt.

Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het Hof uit het feit dat de verpachting kort voor het overlijden van de vader plaatsvond, bij wege van vermoeden afgeleid dat de door Catharina gestelde schenkingsbedoeling bij de vader aanwezig was, zodat het aan Johannes was dit vermoeden te ontzenuwen door het hem opgelegde bewijs.

Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde ook geen nadere motivering.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep; (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1996, 485, m.nt. WMK. Zie ook over deze zaak HR 18 november 1977, *NJ* 1978, 590, m.nt. WK. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 75.

**Commentaar**

## Erfrecht – Gemeenschap en verdeling

168

HOGE RAAD

9 mei 1980

Van Bakel-Roymans

- Partijen** M.J.N.A. van Bakel, te Waalre (N.B.), eiser tot cassatie,  
*tegen*  
P.J. Roymans, te Waalre (N.B.), verweerder in cassatie.
- Feiten** De vijf erven Swane verkopen hun aandeel in de eigendom van een aantal onroerende zaken (drie panden te Waalre) aan Van Bakel en Roymans. Van Bakel is na deze transactie voor drie/vijfde gedeelte gerechtigd, Roymans voor twee/vijfde gedeelte. Beide deelgenoten willen het hoekhuis Markt 1 toegedeeld krijgen. Van Bakel woont erin. De twee andere panden liggen aan beide zijden van Markt 1: aan de ene zijde een waardeloos koetshuis (Markt 2) en aan de andere zijde een lager getaxeerd pand (Willibrorduslaan 2). Willibrorduslaan 2 en Markt 1 zijn feitelijk niet te scheiden.  
Er wordt een proces-verbaal van zwaarigheden door de notaris opgesteld. Uit dat proces-verbaal blijkt dat Van Bakel het gehele terrein wil verdelen in twee gedeelten: het kleinste gedeelte met Markt 1 en Willibrorduslaan 2 zou aan hem toegedeeld worden, het grootste gedeelte met het koetshuis aan Roymans. Roymans verwerpt dit voorstel.
- Verloop van de procedure** Van Bakel betreft Roymans in een zwaarighedenprocedure (art. 697 oud Rv). Hij vordert bij de Rechtbank te 's-Hertogenbosch dat de verdeling zal geschieden zoals hij heeft aangegeven. Roymans vordert dat de drie panden tussen hen onderhands zullen worden geveild, dan wel openbaar worden verkocht. De Rechtbank vindt dat openbare verkoop moet plaatsvinden. De vordering van Van Bakel wordt daarom afgewezen en de subsidiaire vordering van Roymans toegewezen. Het Hof te 's-Hertogenbosch bekrachtigt het vonnis. Van Bakel gaat in cassatie tegen deze uitspraak.
- Hoge Raad** Van Bakel heeft een bijzonder belang bij het pand Markt 1, weergegeven in onderdeel I sub 2 en 3 van het middel, erop neerkomende dat hij sinds 1938 met zijn gezin in het pand heeft gewoond, tot 1973 als huurder, en dat hij daar als kunstschilder zijn atelier heeft en daar zijn kostbare schilderijenverzameling heeft ondergebracht. Hij heeft betoogd dat de eisen van de goede trouw op die grond meebrengen dat de panden Markt 1 en Willibrorduslaan 2, of desnoods het

gehele perceel, aan hem moeten worden toegedeeld onder de verplichting de door deskundigen te begroten overwaarde aan Roymans te voldoen. Roymans heeft daartegenover openbare verkoop van het perceel voorgesteld. Hij heeft daarbij dit belang dat hij aldus in staat wordt gesteld om het gehele perceel in eigendom te verwerven, zodat hij met zijn echtgenote in het pand Markt 1 kan gaan wonen en het ongebouwde gedeelte als tuin bij die woning kan gebruiken en daarop zo nodig een of meer garages kan laten bouwen.

2. Onderdeel I van het middel berust op de gedachte dat in geval tot een gemeenschap een woonhuis behoort, bij toedeling waarvan één der deelgenoten een bijzonder belang heeft omdat hij daarin vanouds met zijn gezin heeft gewoond en waarmee hij ook overigens op een wijze als door Van Bakel aangevoerd persoonlijk verbonden is, de eisen van goede trouw meebrengen dat hij op toedeling van dat huis tegen vergoeding van de eventuele overwaarde aanspraak heeft, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen, die dit anders maken. Deze gedachte is op zichzelf niet onjuist. Maar het onderdeel miskent dat het antwoord op de vraag of het bijzondere belang van de deelgenoot in een bepaald geval inderdaad tegenover de belangen van de andere deelgenoten de doorslag moet geven, onder meer afhangt van de aard van de gemeenschap en de wijze waarop de deelgenoten hun aandelen hebben verkregen, alsook van het gewicht van eventuele bijzondere belangen van de andere deelgenoten, mede in verband met de samenstelling van de gemeenschap en de wijze waarop deze in kavels kan worden gesplitst. In het licht van de onder 1 opgesomde omstandigheden waarvan in cassatie moet worden uitgegaan, kan niet worden gezegd dat het Hof door te oordelen als boven weergegeven enige rechtsregel heeft geschonden. Daarbij moet in aanmerking worden genomen, dat bij de door het Hof gekozen oplossing de belangen van Van Bakel in zoverre in het oog worden gehouden dat ook deze bevoegd is zich bij de openbare verkoop de eigendom van het gehele perceel te verwerven.

Onderdeel I stuit hierop in zijn geheel af. Hetzelfde geldt voor onderdeel II sub 1.

3. Onderdeel II faalt ook voor het overige. Met de woorden 'gelijke kansen' heeft het Hof kennelijk slechts op het oog gehad de kansen om het litigieuze perceel bij de openbare verkoop te verwerven. Op de in dit onderdeel vermelde verdere omstandigheden behoefde het Hof niet in te gaan.

Ook onderdeel III faalt. Het komt op tegen een feitelijk oordeel van het Hof omtrent de geloofwaardigheid van de uitingen van Roymans, dat geen nadere motivering behoefde.

4. Onderdeel IV verliest uit het oog dat de beslissing van de Rechtbank omtrent de in eerste aanleg ontstane proceskosten het Hof niet bond bij zijn beslissing omtrent de proceskosten in hoger beroep. Ook dit onderdeel wordt derhalve vergeefs voorgesteld;

Verwerpt het beroep; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1981, 283, m.nt. WMK en WHH. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 352, Pitlo-Van der Burght, nr. 22 en 194, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 544 en 575.

Commentaar

169

HOGE RAAD

10 januari 1986

Waardering woning en bijstandswet

- Partijen** De gem. Katwijk, waarvan de zetel is gevestigd te Katwijk, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*
1. Arie van der Plas, te IJmuiden,
  2. Willem van der Plas, te Nijkerk,
  3. Maartje Catharina van der Plas, echtgenote van Van Egmond, te Wassenaar, verweerders in cassatie.
- Feiten** Vader Van der Plas overlijdt op 21 oktober 1976. Moeder Van der Plas en haar drie kinderen gaan bij akte op 9 augustus 1979 over tot verdeling van de woning. Op grond van de verdeling worden de drie kinderen eigenaar van de woning aan de Annadwarsstraat 12 te Katwijk, die in bewoonde staat getaxeerd was op f 65.000,-. Wegens overbedeling dienen de kinderen aan moeder een bedrag van f 40.625,- te voldoen. Moeder is voor 5/8e gedeelte eigenaar. Moeder krijgt het levenslange recht van huur van de woning. De kinderen voldoen de vordering voor een bedrag van f 13.627,-. Op 14 november 1981 verlaat moeder de woning en wordt zij opgenomen in Huize Salem te Katwijk. Vanaf 23 juli 1982 verleent de gemeente haar bijstand op grond van de Algemene Bijstandswet. Tot 1 februari 1984 belopen de kosten in totaal f 38.918,-. Daarna wordt de bijstand voortgezet met f 2.400,- per maand. De woning aan de Annadwarsstraat 12 wordt op 28 december 1981 verkocht; de netto-opbrengst is f 80.211,-.
- Verloop van de procedure** De gemeente Katwijk wendt zich tot de kantonrechter te 's-Gravenhage met verzoek tot verhaal op grond van art. 59a Algemene Bijstandswet (oud) jegens de drie kinderen Van der Plas. De gemeente vordert 5/8e maal f 80.211,- verminderd met het reeds door de kinderen betaalde bedrag van de overbedelingsvordering, zijnde in totaal f 36.505,-. De kantonrechter wijst het verzoek toe. Van der Plas c.s. gaan tegen deze beschikking in hoger beroep bij de Rechtbank te 's-Gravenhage. De Rechtbank vernietigt de beschikking van de kantonrechter en wijst de vordering toe, maar voor een lager bedrag, te weten f 14.398,-. De Rechtbank gaat hierbij onder meer uit van de waarde van de woning in bewoonde staat ad f 65.000,-. Het te vorderen bedrag wordt als volgt berekend: 5/8e maal f 65.000,- verminderd met: a. f 13.627,- en met b. f 2.600,- en f 10.000,-, zijnde reiskosten van de kinderen om hun moeder te zien en een gekapitaliseerd bedrag aan huur die moeder aan de kinderen verschuldigd was. De gemeente stelt tegen deze beschikking beroep in cassatie in.
- Hoge Raad** 3. *Beoordeling van het middel*  
3.1. Onderdeel a strekt ten betoge dat de Rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat bij de berekening van het op Van der Plas c.s. te verhalen bedrag dient

te worden uitgegaan van de waarde welke volgens het taxatierapport ten tijde van de scheiding en deling viel toe te kennen aan de woning 'in bewoonde staat'.

In hetgeen de Rechtbank dienaangaande heeft overwogen ligt besloten dat alle partijen bij de boedelscheiding zich bij hun beslissing omtrent de wijze van scheiden en delen uitsluitend hebben laten leiden door de wens om, binnen de grenzen van hun toenmalige financiële mogelijkheden, de moeder in staat te stellen de woning te blijven bewonen. Gegeven die – naar de toenmalige vooruitzichten redelijke – wens strookte het, aldus kennelijk de Rechtbank, met de eisen van redelijkheid en billijkheid om aan Van der Plas c.s. de woning toe te delen en aan de moeder een levenslang recht om de woning te huren alsmede een vordering wegens overbedeling, berekend naar de waarde van de woning in verhuurde staat.

Daarvan uitgaande heeft de Rechtbank, wat er verder zij van haar motivering, terecht geoordeeld dat de omstandigheid dat bij de berekening van de vordering wegens overbedeling is uitgegaan van de waarde van de woning 'in bewoonde staat', niet de slotsom wettigt dat de moeder door in te stemmen met voormelde wijze van scheiden en delen aan Van der Plas c.s. een schenking heeft gedaan in de zin van art. 59a ABW. Het onderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden.

3.2. Onderdeel b keert zich tegen het oordeel van de Rechtbank daarop neerkomend dat nu a. Van der Plas c.s. ten einde de moeder zo lang mogelijk zelfstandig te laten wonen aanzienlijke kosten hebben gemaakt en b. die kosten in zoverre mede ten voordele van de gemeente hebben gestrekt dat door de hulp van Van der Plas c.s. de noodzaak tot opname van de moeder in een verzorgingshuis en dus van bijstandverlening aan de moeder naar de toekomst is verschoven, de billijkheid meebrengt dat met deze aanzienlijke kosten gedeeltelijk rekening wordt gehouden in het kader van de onderwerpelijke verhaalsvordering. In dit oordeel ligt besloten dat in de gegeven omstandigheden de gemeente bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit heeft kunnen komen dat te dezen bij het op de voet van voormeld wetsartikel verhalen van de kosten van de aan de moeder verleende bijstand met bedoelde uitgaven in het geheel geen rekening behoefde te worden gehouden. Aldus begrepen geeft het oordeel van de Rechtbank geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het naar de eis der wet met redenen omkleed. Het onderdeel stuit daarop af.

3.3. Onderdeel c ziet eraan voorbij dat de Rechtbank, overwegend dat geen huurovereenkomst als bedoeld in de akte van scheiding en deling tot stand is gekomen, kennelijk het oog heeft op het ontbreken van een schriftelijke huurovereenkomst. Gelet op het vervolg van haar overwegingen moet worden aangenomen dat zij is uitgegaan van een stilzwijgende huurovereenkomst, met een bepaalbare en door haar op f 300,- per maand vastgestelde huur. De Rechtbank heeft aldus – anders dan het middel veronderstelt – rekening gehouden met verschuldigde huur.

Ook onderdeel c faalt derhalve.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep. (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1986, 342. Zie ook HR 11 maart 1977, *NJ* 1978, 98, m.nt. EAAL; Leegwaarde. Vergelijk over het arrest ook: Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 429.

**Commentaar**

170 HOGE RAAD  
4 maart 1987

**Verdeling of uitvoering koop?**

**Partijen** Beroep in cassatie van X. te Z., gem. B., tegen de uitspraak van het Hof te 's-Gravenhage van 5 februari 1985 betreffende de heffing van overdrachtsbelasting op aangifte voldaan ter zake van de hierna vermelde verkrijging.

**Feiten** De ouders van belanghebbende verkopen op 24 maart 1966 aan haar een woning voor een bedrag van f 12.000,-, waarvan een bedrag groot f 9.000,- wordt voldaan door verrekening. De akte bevat de volgende bepaling:

“1. De koopovereenkomst is aangegaan onder de opschortende, niet terugwerkende, voorwaarde dat de koopster de eerststervende van verkopers zal overleven.

2. Het restant van de koopprijs zal moeten worden voldaan binnen zes maanden nadat de sub 1 gemelde opschortende voorwaarde is vervuld, aan handen en tegen kwitantie van verkopers c.q. hun rechtverkrijgenden. Betaling van die restant koopprijs zal moeten geschieden in goed gangbaar Nederlands geld, zonder enige korting of terughouding, met dien verstande evenwel dat compensatie zal kunnen geschieden met bedragen die de koopster van de verkopers te vorderen heeft.

(...)

3. Na betaling van het restant van de koopprijs zal de koopster zich de eigendom van haar gekochte kunnen verschaffen door overschrijving van een afschrift van deze akte in de openbare registers, waarbij dienen te worden overgelegd: een bewijsstuk afgegeven door de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand, waaruit de vervulling van de sub 1 gemelde opschortende voorwaarde blijkt, alsmede een kwitantie of bewijs van storting in de consignatiekas van de restant koopsom van drieduizend gulden, eventueel verminderd met het in compensatie gebrachte bedrag en voorts wanneer compensatie heeft plaatsgehad, de bewijsstukken waaruit het bestaan van de gecompenseerde vorderingen van koopster op verkopers blijkt.

4. De koopster zal haar gekochte direct bij de vervulling der sub 1 vermelde opschortende voorwaarde in genot kunnen aanvaarden en moet de lasten en belastingen die daarvan geheven worden betalen vanaf de dag van aanvaarding.

5. (...) De gehele koopovereenkomst is nog aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat voormeld onroerend goed aan de koopster wordt toebedeeld krachtens boedelscheiding van de nalatenschap van haar ouders of een daarvan.”

Op 25 november 1982 overlijdt de vader van belanghebbende. Moeder verwerpt de nalatenschap van vader. Erfgenamen van vader zijn belanghebbende en haar zus, ieder voor de helft. De ouders van belanghebbende waren in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. De moeder verklaart bij akte op 8 december 1983 verleden de woning over te dragen ‘ter uitvoering van de overeenkomst van verkoop en koop’ van 24 maart 1966. De waarde van de woning bedroeg toen



f 81.000,-. De inspecteur registratie en successie heft hierover overdrachtsbelasting. Belanghebbende stelt dat sprake is van een verkrijging die is aan te merken als verdeling van een huwelijksgemeenschap of nalatenschap.

De inspecteur wijst het bezwaarschrift af. Het hoger beroep van belanghebbende heeft evenmin resultaat: het Hof te 's-Gravenhage bevestigt de uitspraak van de inspecteur. Belanghebbende gaat in cassatie.

**Verloop van de procedure**

*4. Beoordeling van het middel*

**Hoge Raad**

4.1 Het middel stelt in zijn primaire onderdeel de vraag aan de orde of art. 1122 lid 2 BW ook van toepassing is op het geval waarin een door een van de deelgenoten in de nalatenschap reeds van de erflater gekocht onroerend goed ter uitvoering van die koopovereenkomst door de deelgenoten aan de koper wordt overgedragen. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord. De strekking van genoemd artikel is slechts een overdracht, die geschiedt ter uitvoering van een tussen de deelgenoten in de gemeenschap tot stand gekomen overeenkomst welke tot de overdracht verbindt, gelijk te stellen met een verkrijging bij de verdeling van de gemeenschap. Dat is niet anders indien, zoals in het onderhavige geval, de koopovereenkomst tussen de erflater en de deelgenoot was gesloten onder een opschortende voorwaarde die door het overlijden van de verkoper in vervulling is gegaan.

Het primair aangevoerde onderdeel van het middel, dat van een andere opvatting uitgaat, faalt derhalve.

4.2 Ook het subs. voorgestelde onderdeel van het middel faalt. Indien, zoals hier, een deelgenoot in een nalatenschap een tot de boedel behorend goed van de erflater heeft gekocht, verkrijgt die deelgenoot door de levering dat goed in zijn geheel ter uitvoering van de koop.

**5. Beslissing**

De Hoge Raad verwerpt het beroep. (...)

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1989, 224, m.nt. WMK en BNB 1987, 149. Zie ook Erfrecht, Rechtskarakter legaat, nr. 158, van deze bundel. Vergelijk over het arrest ook: Pitlo-Van der Burght, nr. 194 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 446, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 543 en Linders, Recente rechtspraak WPNR 5838 (1987).

**Commentaar**

**171**

**HOGE RAAD**  
7 december 1990

**Moordhuwelijk**

L. te A., eiser tot cassatie,  
*tegen*

**Partijen**

1. Franciscus Wilhelmus Johannes Maria Brouwers, te Houston, Verenigde Staten van Amerika,

**172 Erfrecht – Gemeenschap en verdeling**

2. Dorothea Maria Wilhelmina Brouwers, echtgenote van R.C. Waller, te Amsterdam, verweerders in cassatie.

**Commentaar** Zie onder Huwelijksvermogensrecht; De wettelijke gemeenschap van goederen nr. 90.

**172 HOGE RAAD**  
18 maart 1994

**Van Tholen-Nationale-Nederlanden**

**Partijen** Theodora Maria van Tholen-Kemna, te Heiloo, eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij NV, te Rotterdam, verweerster in cassatie.

**Commentaar** Zie onder Huwelijksvermogensrecht; De wettelijke gemeenschap van goederen nr. 93.

**173 HOGE RAAD**  
11 april 2003

**Inbreng**

**Partijen** [eiser], wonende te [woonplaats],  
EISER tot cassatie,  
*tegen*  
1. [verweerder 1], wonende te [woonplaats],  
2. [verweerster 2], wonende te [woonplaats],  
VERWEERDERS in cassatie,

**Feiten** Partijen, [eiser], [verweerder 1] en [verweerster 2], zijn de kinderen van het echtpaar [betrokkene 1 en 2]. De moeder, [betrokkene 2], is overleden op 10 december 1983. De vader van partijen, [betrokkene 1], is overleden op 14 januari 1997. Partijen waren tezamen met hun vader – als kinderen onderscheidenlijk echtgenoot – de erfgenamen van de moeder. Zowel de vader als de moeder heeft op 11 januari 1980 een testament opgemaakt ten overstaan van notaris J.A. Janse de Jonge te Middelburg.. De vader heeft in zijn testament de hem toekomende landbouwpercelen aan zijn kinderen, ieder voor een bepaald deel, gelegateerd onder de verplichting tot inbreng in de nalatenschap van f 9.000,- per hectare.

Bij akte, verleden voor genoemde notaris op 3 maart 1986, is de nalatenschap van de moeder verdeeld tussen haar erfgenamen. Bij deze akte zijn aan [eiser], [verweerder 1] en [verweerder 2] (onder meer) de nader in die akte omschreven (landbouw-)percelen toegescheiden tegen een (inbreng-)waarde van f 9.000,- per hectare en zijn de overige percelen aan de vader toegescheiden tegen de waarde vermeld in de successie-aangifte, zijnde f 13.000,- per hectare.

De vader heeft enkele van de door hem uit de nalatenschap van zijn echtgenote verkregen percelen op 28 augustus 1986 verkocht en geleverd aan de echtgenoot van zijn dochter [verweerder 2] tegen een prijs van f 41.980,-. Hij heeft van een ander perceel op 3 juli 1986 het bouwland ter grootte van 2.80.00 ha. verkocht en geleverd aan [verweerder 1] tegen een prijs van f 25.200,-.

[Eiser], [verweerder 1] en [verweerder 2] zijn de erfgenamen van de vader.

4.2. In dit geding hebben [verweerder 1] en [verweerder 2] – kort gezegd – verdeling van de nalatenschap van hun vader gevorderd alsmede een verklaring voor recht dat tot de nalatenschap behoort een door de vader aan [eiser] gedane schenking van f 55.000,-, die (inclusief rente) door [eiser] in de nalatenschap moet worden ingebracht. Deze schenking bestond uit een kwijtschelding op een door de vader op 29 april 1976 aan [eiser] verstrekte lening van f 200.000,-. [Eiser] heeft de vordering bestreden en gesteld dat de kwijtschelding ertoe strekte om hem te compenseren voor het als materiële schenking te kwalificeren voordeel dat [verweerder 1] en [verweerder 2] hebben genoten uit de hier voor in 4.1 (iv) genoemde transacties. Nu hij nimmer inbreng van deze materiële schenkingen heeft gevorderd, acht hij het in strijd met de redelijkheid en billijkheid om van hem wel te verlangen dat hij de aan hem gedane schenking inbrengt. In voorwaardelijke reconventie heeft [eiser] (onder meer) gevorderd [verweerder 1] en [verweerder 2] te veroordelen tot inbreng van voormelde materiële schenkingen, door hem begroot op f 114.050,- voor [verweerder 1] en f 69.560,- voor [verweerder 2], uitgaande van het verschil tussen de werkelijke waarde van f 50.000,- per ha. en de door [verweerder 1] en [verweerder 2] betaalde koopprijs.

4.3. De Rechtbank heeft de vordering van [verweerder 1] en [verweerder 2] geheel toegewezen. Met betrekking tot de vordering van [eiser] heeft de Rechtbank – samengevat weergegeven – als volgt overwogen. Het is de bedoeling van de erfgenamen van de moeder geweest de landbouwpercelen te verdelen tussen de drie kinderen. Ter oplossing van daarbij gerezen problemen is een nadere verdeling voorgesteld; overeenkomstig dat voorstel zijn bij akte van 3 maart 1986 landbouwpercelen toegescheiden aan de vader en de drie kinderen, waarbij aan de aan de kinderen toegescheiden percelen een waarde werd toegekend van f 9.000,- per hectare. Uitgaande van de wens om alle landbouwpercelen in handen te doen komen van [eiser], [verweerder 1] en [verweerder 2] dient de verkoop van de aan de vader toegescheiden percelen aan [verweerder 1] en (de echtgenoot van) [verweerder 2] niet te worden beschouwd als bevoordeling uit vrijgevigheid. Nu de percelen echter beneden de prijs van f 13.000,- per hectare, de prijs waarvoor ze aan de vader waren toegescheiden, aan [verweerder 1] en (de echtgenoot van) [verweerder 2] zijn verkocht, zijn [verweerder 1] en [verweerder 2] bevoordeeld door het verschil tussen de door hen werkelijk betaalde prijs en de bij de toedeling aan de vader in aanmerking genomen prijs van f 13.000,-. Een en ander

Verloop van de procedure

brengt mee dat [verweerder 1] f 8.288,- en [verweester 2] f 5.107,- in de nalatenschap van vader moet inbrengen.

4.4. [Eiser] heeft hoger beroep ingesteld. In cassatie is van belang de grief (grief 1) gericht tegen bovenvermeld oordeel van de Rechtbank, waarin zowel het oordeel van de Rechtbank over de bevoordeling uit vrijgevigheid als de wijze waarop de Rechtbank de inbreng berekende, wordt bestreden. [Eiser] heeft de door [verweerder 1] gestelde verpachting van de grond vóór de verkoop betwist. [Verweerder 1] en [verweester 2] hebben incidenteel geappelleerd en betoogd dat van enige schenking geen sprake is geweest.

Het Hof heeft het incidentele beroep verworpen. De eerste grief van [eiser] heeft het Hof ten dele gegrond geoordeeld. Het heeft daartoe – samengevat weergegeven – het volgende overwogen.

De verkoop door vader in 1986 van kort daarvoor door hem voor f 13.000,- per hectare uit de nalatenschap van zijn vrouw overgenomen grond aan [verweerder 1] (voor f 9.000,- per hectare) en aan [verweester 2] (voor f 11.596,- per hectare) strekte ter bevoordeling van [verweerder 1] en [verweester 2]. (r.o. 4)

De Rechtbank heeft dit voordeel op goede gronden bepaald op het verschil tussen de prijs waarvoor de vader de grond (uit de nalatenschap) had overgenomen en de prijs waarvoor de grond door hem aan [verweerder 1] en [verweester 2] is verkocht. Uit het vermogen van de vader is niet meer dan dit verschil ten goede gekomen aan [verweerder 1] en [verweester 2]. (r.o. 5)

Het arrest van de Hoge Raad van 4 november 1994, nr. 15237, NJ 1996, 485 doet hier niet aan af. In het onderhavige geval waren de toegedeelde stukken grond, naar het Hof begrijpt, op een enkel stuk na, verpacht aan degenen aan wie zij zijn toegedeeld. De stukken grond die vader in 1986 heeft verkocht, had hij voordien voor de verpachte waarde van f 13.000,- overgenomen. In dat licht was het gerechtvaardigd dat vader een uit de nalatenschap van de moeder van partijen komend onverpacht stuk land alsnog verpachtte aan [verweerder 1], aan wie hij dat stuk land kort daarop heeft doorverkocht als sequel van de verdeling van die nalatenschap. De vader heeft door deze verpachting op zijn rol als tussenpersoon niet meer toegelegd dan f 4.000,- per hectare. De grief faalt dus voorzover die strekte tot verhoging van de in te brengen waarde. (r.o. 6)

**Cassatiemiddel**

(Uit de conclusie van de A-G:)

Het cassatiemiddel bestaat uit vier genummerde onderdelen waarin vanuit verschillende invalshoeken klachten worden gericht tegen het oordeel van het Hof dat de Rechtbank het door [verweerder 1] verkregen voordeel op goede gronden heeft bepaald op f 4.000,- per hectare. Het middel strekt naar de kern genomen ten betoge dat het door [verweerder 1] verkregen voordeel behoorde te worden vastgesteld door middel van een vergelijking van de door [verweerder 1] betaalde koopprijs met de werkelijke waarde van de grond in onverpachte staat en niet, zoals het Hof deed, met de prijs waarvoor de vader de grond uit de boedel van de moeder had verkregen.

**Conclusie A-G**

10. Het gaat in de onderhavige zaak om de verplichting tot inbreng inzake een vóór de inwerkingtreding, op 1 januari j.l., van het nieuwe erfrecht opengevallen nalatenschap. Voor deze inbrengverplichting blijft derhalve ingevolge de alge-

mene bepaling van art. 69 Overgangswet het oude recht gelden. Zie de MvT bij het wetsvoorstel houdende het overgangsrecht bij Boek 4 en Titel 3 van Boek 7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 26 822, nr 3, p. 27) waar het volgende wordt opgemerkt: “De verplichting tot inbreng, in de huidige wet geregeld in de art. 1132-1145, en in de nieuwe wet in de art. 4.5.2.3 tot en met 4.5.2.8 (lees: 4.5.4.3 tot en met 4.5.4.8; inmiddels: art. 4:229 t/m 4:233; DVL), is een verplichting die ontstaat of althans effect verkrijgt bij het overlijden van de erflater. Ingevolge art. 69 Ow. blijft het huidige recht derhalve gelden voor de inbrengverplichtingen die bestaan ten opzichte van de, voor de inwerkingtreding van het nieuwe Boek 4 opengevallen, nalatenschappen. Dit geldt zowel voor de aanwijzing van degenen die tot inbreng zijn verplicht als voor de omvang van hun inbrengverplichting en voor de waardering van de tot inbreng nopende giften.”

Art. 4:1132 (oud) BW bepaalt dat erfgenamen in nederdalende lijn alle schenkingen onder de levenden welke zij van de erflater hebben genoten, moeten inbrengen, tenzij de giften met uitdrukkelijke vrijstelling van inbreng zijn gedaan, of de begiftigden bij authentieke akte of bij uiterste wil van de verplichting tot inbreng zijn ontheven; voor alle andere erfgenamen geldt deze verplichting alleen indien de erflater de inbreng uitdrukkelijk heeft bevolen of bedongen. (Naar nieuw recht geldt daarentegen voor alle erfgenamen, ook voor descendenten, dat giften die de erflater bij leven aan hen heeft gedaan slechts moeten worden ingebracht voorzover de erflater dit, hetzij bij de gift, hetzij in zijn uiterste wil, heeft voorgeschreven; zie art. 4:229 BW. Aanvankelijk was de oude regeling gehandhaafd, eerst voor giften die voor inkorting vatbaar zijn, later voor giften die de erflater heeft gedaan om de erfgenaam een huwelijksgoed of een gevestigde stand te verschaffen of om tot betaling van zijn schulden te strekken; wel was bepaald dat voor afwijking niet langer een uitdrukkelijke vrijstelling was vereist. Zie Parl. Gesch. Boek 4, p. 1039, 1041 en 1043. De bepaling werd bij de zogenaamde Bezemwet (Invoeringswet Boek 4, tweede gedeelte (nadere wijziging van Boek 4)) geschrapt op de grond dat de uitsluiting van inbreng bij giften aan erfgenamen in nederdalende lijn vrijwel standaard wordt gemaakt zodat het beter is in de wet ook deze groep erfgenamen slechts tot inbreng te verplichten als de erflater dit heeft voorgeschreven (Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 27 021, nr. 3, p. 26.)

Het begrip “schenking onder de levenden” zoals opgenomen in art. 4:1132 (oud) BW omvat naar algemene opvatting zowel de formele als de materiële schenking, zodat iedere bevoordeling uit vrijgevigheid door de erflater aan zijn erfgenamen in de nederdalende lijn binnen de werkingssfeer van het artikel valt: Asser-Perlick, *Erfrecht*, 12e druk 1996, nr. 474, Pitlo-Van der Burght, *Erfrecht*, 9e druk 1997, nr. 225 en Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, Tweede gedeelte: *Erfrecht*, 10e druk 1989, p. 364-366 met verdere verwijzingen naar rechtspraak. Daarbij dient het vereiste van vrijgevigheid (de bevoordelingsbedoeling) in geobjectieerde zin te worden verstaan: voor het aannemen van vrijgevigheid is voldoende dat degene die is verarmd, de verrijking van de andere partij heeft gewild: HR 15 juni 1994, *NJ* 1995, 577, m.nt. WMK. In deze zaak – handelend over de toepassing van de Successiewet op een zeer aanzienlijke overbedeling bij de verdeling van een huwelijksgemeenschap – bracht zulks mee dat geen aandacht kon worden geschonken aan het door de begunstigde voor de

gewenste overbedeling gestelde motief van gewetensbezwaren tegen een gelijke verdeling. De beslissing in dit arrest – die zowel inhoudelijk als in de gebruikte terminologie aansluit bij de regeling van de schenking en de gift in art. 7:175 respectievelijk 7:186 BW – beperkt zich niet tot dit geval maar heeft algemene gelding, ook voor art. 4:1132 (oud) BW; vgl. J.E. Kasdorp, *Compendium Erfrecht*, 5e druk 1998, p. 167 en Pitlo-Van der Burght, t.a.p. Dit betekent dat voor toepassing van art. 1132 volstaat dat ten laste van de erflater verrijking van een erfgenaam heeft plaatsgevonden en dat de erflater deze verrijking heeft gewild; het artikel mist eerst toepassing ingeval de bevoordeling strekt tot voldoening aan een (natuurlijke) verbintenis.

11. In HR 4 november 1994, *NJ* 1996, 485 m.nt. WMK, werd in een geval dat enige verwantschap vertoont met het onderhavige, toepassing gegeven aan art. 4:1132 (oud) BW. In deze zaak ging het om een erflater die een boerderij met grond had verpacht aan zijn zoon, aan wie het land na zijn overlijden zou worden toegedeeld. Uit het feit dat deze verpachting kort voor het overlijden van de vader plaatsvond kon het Hof, naar het oordeel van de Hoge Raad, bij wege van vermoeden afleiden dat bij de vader de bedoeling aanwezig was tot schenking van het voordeel dat de zoon zou verkrijgen doordat de grond bij de scheiding en deling moet worden gewaardeerd in verpachte staat terwijl de zoon na de toedeling aan hem door het aldan tenietgaan van de pachtovereenkomst de beschikking krijgt over grond vrij van pacht; de zoon diende vervolgens te bewijzen dat – zoals hij had gesteld – de vader met de verpachting had voldaan aan een natuurlijke verbintenis.

Uit dit arrest blijkt dat bij toepassing van art. 4:1132 (oud) BW moet worden uitgegaan van een geobjectiveerd schenkingsbegrip, zodat achterliggende motieven zoals een onverplichte beloning voor verrichte werkzaamheden of de wens tot continuering van een boerenbedrijf door één van de kinderen, in beginsel geen afbreuk zullen kunnen doen aan de bevoordelingsbedoeling. Ook annotator Kleijn stelt vast dat uit dit arrest blijkt dat “de veel verbreide mening dat de verpachting (of overdracht tegen verpachte waarde) door de ouder(s) aan één der kinderen (bijna) nooit een schenking is, niet meer als algemeen geldend mag worden beschouwd” en dat de bevoordeling sneller wordt aangenomen dan veelal wordt gedacht. Omdat bij het verlenen van een ‘blijversrecht’ in agrarische (familie)-verhoudingen inbreng van de schenking meestal tegen de bedoeling van de ouder in zal gaan, noopt deze uitspraak de ouder zich te beraden om een vrijstelling van inbreng te verlenen in dit soort gevallen zolang de wetgever nog niet heeft ingegrepen, aldus Kleijn. Zoals hiervoor reeds bleek, heeft het door Kleijn gewenste ingrijpen van de wetgever inmiddels plaatsgevonden. Terzijde merk ik in dit verband op dat de door Kleijn aangehaalde “veel verbreide mening” vermoedelijk samenhangt met de door de fiscus gevolgde praktijk om over de hier bedoelde bevoordeling geen schenkingsrecht te heffen. Zie onder meer HR 26 maart 1997, *BNB* 1997, 186 m.nt. J. Zwemmer. De daartoe strekkende resolutie is inmiddels ingetrokken wegens de overlapping met de kwijtscheldingsregeling van art. 26 Invorderingswet. Overigens was deze vrijstelling gebonden aan de voorwaarden dat de erfgenaam/bedrijfsopvolger het bedrijf nog geruime tijd voortzet en dat ook de familieleden in hun onderlinge verhouding van deze fictieve waarde uitgaan; zie nader: H. Schuttevåer en J.W. Zwemmer, *De Nederlandse Successiewetgeving*, 5e druk 1998, p. 182-183 en 246-247.

12. In de onderhavige zaak dient te worden vooropgesteld dat is gesteld noch overigens is gebleken dat de erflater, vader [betrokkene 1], aan [verweerder 1] op enig moment een vrijstelling van inbreng heeft verleend; evenmin is met zoveel woorden betoogd dat vader [betrokkene 1] de bedoeling tot vrijstelling (ondubbelzinnig) tot uitdrukking heeft gebracht. [Eiser] en [verweerder 1] hebben daarentegen uitsluitend gedebatteerd over de vraag of, en zo ja in hoeverre, de verpachting en verkoop aan [verweerder 1] een bevoordeling inhield. Het standpunt van [verweerder 1] luidde, primair, dat er van bevoordeling zijnerzijds geen sprake was nu het de wil van zowel de vader als de moeder was de percelen land tussen de erfgenamen te verdelen op basis van de waarde van f 9.000,- per hectare en dat het aan [eiser] te wijten is dat een gelijke verdeling niet is tot stand gebracht. Subsidiair stelde [verweerder 1] zich op het standpunt dat als er al sprake is van een inbrengverplichting wegens materiële bevoordeling, het relevante voordeel dient te worden berekend zoals de Rechtbank heeft gedaan.

13. Uit (de opbouw van) het bestreden arrest moet worden afgeleid dat het Hof [verweerder 1] in zijn subsidiaire stellingname is gevolgd. In r.o. 4 besliste het Hof, kennelijk in zoverre afwijkend van het oordeel van de Rechtbank, dat de verkoop van de grond beneden de toen geldende marktprijs voor f 9.000,- per hectare aan [verweerder 1] en [verweerder 2] – en niet aan [eiser] – ongeacht uit welke motieven voortgekomen, strekte tot bevoordeling van de kopers en hen verplichtte tot inbreng van het daarmee gemoeide voordeel. Vervolgens oordeelde het Hof in r.o. 5 dat de Rechtbank dit voordeel voor [verweerder 1] “op goede gronden” heeft bepaald op een bedrag van f 4.000,- per hectare, zijnde het verschil tussen de prijs waarvoor de vader die grond kort voor de verkoop had overgenomen en de door [verweerder 1] betaalde prijs. Volgens het Hof is uit het vermogen van de vader “niet minder maar ook niet meer ten goede gekomen aan [verweerder 1]”. Ter motivering van dat oordeel heeft het Hof, anders dan de Rechtbank deed, aandacht besteed aan de verpachting, althans aan de verkoop tegen de waarde in verpachte staat. In dit verband achtte het Hof doorslaggevend dat vader [betrokkene 1] “door deze verpachting op zijn rol als tussenpersoon in 1986” niet meer heeft toegelegd dan f 4000,- per hectare. Hiertoe overwoog het Hof enerzijds dat de vader de onverpachte grond voor de verpachte waarde van f 13.000,- per hectare had overgenomen en anderzijds dat de overige stukken grond reeds waren verpacht aan degenen aan wie zij zijn toegedeeld; het Hof concludeerde dat het “gerechtvaardigd” was dat vader [betrokkene 1] de grond alsnog aan [verweerder 1] verpachtte alvorens deze “als een sequel van de verdeling van die nalatenschap” aan hem te verkopen. In dit verband achtte het Hof kennelijk voorts van belang dat voordat de Hoge Raad zijn arrest van 4 november 1994, NJ 1995, 485 had gewezen, het “gebruikelijk was om grond die aan een deelgerechtigde was verpacht aan die deelgerechtigde voor de waarde verpacht toe te delen zonder rekening te houden met de bevoordeling die eventueel bij de voorafgaande verpachting aan hem had voorgezeten”.

14. Het tegen deze beslissingen gerichte middel slaagt. Het middel betoogt, in met name zijn vierde onderdeel, met juistheid dat als gevolg van de scheiding en deling van de nalatenschap van de moeder tot het vermogen van de vader is gaan behoren de objectieve waarde van het litigieuze, aan [verweerder 1] verkochte, perceel in onverpachte staat, door [verweerder 1] gesteld op f 50.000,- per ha. Evenzeer juist is het uitgangspunt van datzelfde middelonderdeel dat nu de nala-

tenschap van de moeder volledig gescheiden en gedeeld was, er rechtens geen reden bestond om de grond alsnog “als een sequel van de verdeling van die nalatenschap” aan [verweerder 1] te verpachten en te verkopen. Kennelijk is het Hof ervan uitgegaan dat de verpachting aan [verweerder 1] is geschied met het oog op de daarop volgende verkoop aan [verweerder 1]. Mede gezien het hiervoor genoemde arrest van 4 november 1994, betoogt het middel terecht dat vader [betrokkene 1] door de – onverplichte – verpachting en daaropvolgende verkoop ten laste van zijn vermogen [verweerder 1] een voordeel heeft gegund dan wel [verweerder 1] heeft verrijkt met het verschil tussen de werkelijke waarde in onverpachte staat en de door [verweerder 1] betaalde koopprijs. Het is dit bedrag dat, om met het Hof te spreken, uit het vermogen van de vader aan [verweerder 1] ten goede is gekomen. Het middel klaagt derhalve terecht dat ’s hofs oordeel dat de vader door de verpachting “op zijn rol als tussenpersoon niet meer heeft toegelegd dan f 4000,- per hectare” blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel dat dit oordeel onbegrijpelijk is. Zoals het middel eveneens met juistheid aanvoert is dit oordeel niet toereikend voor ’s hofs beslissing dat [verweerder 1] uitsluitend het bedoelde bedrag behoeft in te brengen, zodat ook deze beslissing, zo niet rechtens onjuist, minstgenomen onvoldoende is gemotiveerd. Voorzover zou moeten worden aangenomen dat het Hof wel heeft onderkend dat vader [betrokkene 1] [verweerder 1] heeft bevoordeeld dan wel verrijkt met het verschil tussen de waarde van de grond in onverpachte staat en de door [verweerder 1] betaalde koopprijs maar niettemin op andere gronden van oordeel was dat dit voordeel niet volledig behoefde te worden ingebracht is dat oordeel bij gebreke van een nadere motivering onbegrijpelijk. Indien het Hof in dat verband zou hebben gemeend dat uit het motief dat naar ’s hofs oordeel bij vader [betrokkene 1] heeft voorgezeten, namelijk het voltooien van de door hem gewenste verdeling van de gronden, volgt dat de vader ter zake van het verschil tussen de werkelijke waarde en de door hem betaalde koopprijs van f 13.000,- niet de bedoeling tot bevoordeling heeft gehad, zou dat oordeel – gelet op hetgeen hiervoor onder 10-11 werd vooropgesteld – evenzeer blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. ’s hofs arrest zal dan ook – voorzover tussen [eiser] en [verweerder 1] gewezen – niet in stand kunnen blijven; verwijzing zal moeten volgen.

**Conclusie** De conclusie strekt niet-ontvankelijkverklaring van eiser tot cassatie in zijn cassatieberoep gericht tegen het bestreden arrest voorzover gewezen tussen hem en verweester in cassatie sub 2 en tot vernietiging van het bestreden arrest voorzover gewezen tussen thans eiser tot cassatie en verweerder in cassatie sub 1 met verwijzing ter verdere behandeling en beslissing.

**Hoge Raad** 4.5. Het middel strekt naar de kern genomen ten betoge dat het door [verweerder 1] verkregen voordeel behoorde te worden vastgesteld door middel van een vergelijking van de door [verweerder 1] betaalde koopprijs met de werkelijke waarde van de grond in onverpachte staat en niet, zoals het Hof deed, met de prijs waarvoor de vader de grond uit de boedel van de moeder had verkregen, althans dat het Hof zijn oordeel niet toereikend heeft gemotiveerd.  
4.6.1. Nu de nalatenschap van de vader is opgevallen vóór de inwerkingtreding



op 1 januari 2003 van het nieuwe erfrecht, dient op grond van het bepaalde in art. 69 Ow NBW de onderhavige verplichting tot inbreng beoordeeld te worden naar het voordien geldende recht. Bij de toepassing van art. 4:1132 (oud) BW moet worden uitgegaan van een geobjectiveerd schenkingsbegrip; de motieven die tot de bevoordeling hebben geleid, zijn in beginsel niet van belang voor de vraag of de schenking moet worden ingebracht; voor het aannemen van vrijgevigheid is voldoende dat degene die is verarmd, de verrijking van de andere partij heeft gewild (vgl. HR 15 juni 1994, nr. 28840, *NJ* 1995, 577 en HR 4 november 1994, nr. 15237, *NJ* 1996, 485). Het Hof heeft in overeenstemming met deze regel in r.o. 4 terecht aangenomen dat [verweerder 1] tot inbreng verplicht was.

4.6.2. Kennelijk is het Hof ervan uitgegaan dat de verpachting aan [verweerder 1] is geschied met het oog op de daarop volgende verkoop, en dat beide transacties voor het bepalen van de hoogte van de bevoordeling als één geheel moeten worden beschouwd. Onderdeel 4 wijst terecht erop dat nu de nalatenschap van de moeder geheel was gescheiden en gedeeld, er rechtens geen reden meer bestond om de grond alsnog “als een sequel van de verdeling van die nalatenschap” aan [verweerder 1] te verpachten en te verkopen. De onverplichte verpachting en daarop volgende verkoop hebben dan ook voor [verweerder 1] een voordeel opgeleverd gelijk aan het verschil tussen de werkelijke waarde in onverpachte staat en de door [verweerder 1] betaalde koopprijs. ’s hofs oordeel dat de vader door de verpachting “op zijn rol als tussenpersoon niet meer heeft toegelegd dan f 4.000,- per hectare” is dan ook niet toereikend voor ’s hofs oordeel dat [verweerder 1] slechts f 4.000,- per hectare hoefde in te brengen. Van het hiervoor vermelde “geobjectiveerde schenkingsbegrip” moet immers niet alleen worden uitgegaan bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een verplichting tot inbreng, maar ook bij het bepalen van de hoogte van de inbreng. Indien het Hof zou hebben gemeend dat de vader met de verpachting en verkoop aan [verweerder 1] slechts een door hem en zijn echtgenote voorgenomen verdeling van de gronden wenste uit te voeren en dat een bevoordelingsbedoeling daarom niet aanwezig was, is het Hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het Hof wel heeft onderkend dat de vader [verweerder 1] heeft beoordeeld met het verschil tussen de waarde van de grond in onverpachte staat en de door [verweerder 1] betaalde koopprijs, maar niettemin op andere gronden van oordeel was dat dit voordeel niet volledig behoefde te worden ingebracht, is dat oordeel bij gebreke van een nadere motivering onbegrijpelijk. Het middel slaagt derhalve.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart [eiser] niet-ontvankelijk in zijn beroep tegen het arrest van het Hof te ’s-Gravenhage van 20 december 2000 voorzover gewezen tussen hem en [verweerder 2];

(...)

vernietigt het arrest van het Hof te ’s-Gravenhage van 20 december 2000 voorzover gewezen tussen [eiser] en [verweerder 1];

verwijst het geding naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2003, 493, m.nt. WMK.

Commentaar

## Erfrecht – Executele

174

HOGE RAAD

21 november 2008

Bevoegdheid executeur

**Partijen**

[Eiser],  
 wonende te [woonplaats],  
 EISER tot cassatie, verweerder in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,  
*tegen*  
 [Verweerder],  
 wonende te [woonplaats],  
 VERWEERDER in cassatie, eiser in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep.

**Feiten**

Partijen zijn broers. Zij zijn door hun tante [betrokkene 1] (hierna: de erflaatster) in haar uiterste wil van 10 januari 1991 aangewezen als haar enige erfgenamen. In het testament heeft de erflaatster eiser in het principaal cassatieberoep (in navolging van de gedingstukken hier aangeduid als: [eiser]) benoemd tot uitvoerder van haar uiterste wilsbeschikkingen, beredderaar van haar boedel en besteller van haar uitvaart en begrafenis, met de macht tot inbezitting van de zaken van haar nalatenschap zo lang de vereffening voortduurt. De erflaatster is overleden op 2 oktober 2000. Op 17 oktober 2000 heeft notaris [de notaris] te [plaats] de verklaring van executele afgegeven. In opdracht van [eiser] heeft [A] Accountants en Belastingadviseurs te [plaats] een boedelbeschrijving opgemaakt. Op 29 juni 2001 heeft [eiser] aangifte van de successierechten gedaan. De aangifte is verzorgd door [A] Accountants en Belastingadviseurs. Volgens de aangifte bestond de nalatenschap onder meer uit inboedelgoederen, banksaldi en (na splitsing) 4.782,6408 aandelen Robeco. De koers van het aandeel Robeco bedroeg op de datum van overlijden van de erflaatster: € 44,88. De successierechten hebben € 165.667,44 bedragen. Op 9 november 2001 heeft [eiser] aan verweerder in het principaal cassatieberoep (hierna aangeduid als: [verweerder]) het testament en de aangifte successierechten overhandigd. Op 16 november 2001 heeft [eiser] 2.202,6408 aandelen Robeco verkocht om de successierechten te kunnen voldoen. Op dezelfde dag heeft hij 1.290 aandelen [dat is de helft van de resterende aandelen, noot A-G] overgeboekt naar de rekening van [verweerder]. De koers van het aandeel Robeco bedroeg op dat tijdstip: € 14,85.

[Verweerder] heeft bij exploit van 24 december 2003 [eiser] gedagvaard voor de rechtbank Middelburg en gevorderd, kort gezegd:

**Verloop van de procedure**

– de verdeling van de nalatenschap te gelasten, met benoeming van een notaris en een onzijdig persoon om de partij te vertegenwoordigen die weigerachtig is aan de bevolen verdeling mee te werken,

– deze verdeling te doen geschieden naar de waarde van de goederen van de nalatenschap op 31 oktober 2000, waarop in mindering strekken de ten laste van de beide erfgenamen komende successierechten en de legaten die ingevolge het testament zijn toegekend,

– te bepalen dat alle aandelen die op het tijdstip van overlijden aan de erflaatster toebehoorden aan [eiser] zullen worden toegescheiden, onder gehoudenheid van [eiser] om de helft van de waarde daarvan in te brengen bij de verdeling en te bepalen dat het alsdan door [eiser] aan [verweerder] te betalen bedrag zal worden vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 31 oktober 2000, althans 10 april 2001, tot de dag van betaling,

– althans [eiser] te veroordelen om mee te werken aan een zodanige verdeling als de rechtbank juist en billijk voorkomt.

[Eiser] heeft de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft, na een comparitie van partijen te hebben gelast, bij vonnis van 14 juli 2004 de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft [verweerder] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage en bij memorie van grieven zijn vordering gewijzigd. Primair luidt de eis in hoger beroep overeenkomstig de vorderingen in eerste aanleg. Subsidiair heeft [verweerder] gevorderd, kort gezegd:

\* voor recht te verklaren dat [eiser] als executeur-testamentair in strijd met zijn wettelijke verplichtingen heeft gehandeld, dat [eiser] daarmee onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en dat dit aan [eiser] kan worden toegerekend, met veroordeling van [eiser] tot vergoeding van de schade die [verweerder] heeft geleden ter zake van het koersverlies als gevolg van de verkoop van aandelen door [eiser] op 16 november 2001 zonder overleg met [verweerder], welke schade € 37.436,- beloopt, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 31 oktober 2000, althans een latere ingangsdatum,

\* althans nietig te verklaren dan wel te vernietigen de rechtshandeling van [eiser] als executeur-testamentair op 16 november 2001 tot verkoop, respectievelijk verdeling van tot de nalatenschap behorende aandelen zonder overleg met [verweerder], met bepaling dat alle aandelen die op de dag van overlijden aan de erflaatster toebehoorden aan [eiser] zullen worden toegescheiden onder gehoudenheid van [eiser] om de helft van de waarde daarvan in te brengen in de nalatenschap, althans met veroordeling van [eiser] tot vergoeding van de schade die [verweerder] heeft geleden ten belope van € 37.436,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 31 oktober 2000, althans een latere ingangsdatum.

Bij arrest van 1 november 2006, verbeterd bij herstelarrest van 17 januari 2007, heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de verdeling van de nalatenschap althans de voltooiing daarvan bevolen met als peildatum voor de waardering 2 oktober 2000, met benoeming van een notaris ten overstaan van wie de akte van verdeling zal worden verleden en van een onzijdige persoon voor elk van partijen en met bepaling dat [eiser] aan [verweerder]

der] met ingang van 10 april 2002 wettelijke rente verschuldigd is over het bedrag dat hij uit hoofde van overbedeling aan [verweerder] moet voldoen.

**Hoge Raad**

4. Inleidende beschouwingen

4.1 Alvorens de tegen deze oordelen gerichte klachten te behandelen, wordt met betrekking tot de verplichtingen van een executeur, in het bijzonder ten aanzien van een onder zijn beheer vallende effectenportefeuille, en de gevolgen van een handelen of nalaten in strijd met die verplichtingen, het volgende vooropgesteld. In deze zaak dient daarbij ingevolge art. 133 Overgangswet nieuw BW het tot 1 januari 2003 geldende erfrecht tot uitgangspunt genomen te worden, nu het gaat om de beoordeling van de door [eiser] als executeur verrichte gedragingen in de periode vanaf de aanvang van de executele tot 16 november 2001.

4.2 De executeur aan wie, zoals hier het geval is, het bezit van de goederen van de nalatenschap is toegekend en die is aangesteld tot beredderaar van de boedel, is bevoegd met uitsluiting van anderen het beheer over de goederen van de nalatenschap te voeren. Op grond van deze bevoegdheid mag hij het beheer naar eigen inzicht voeren en de keuzes maken die hem ten behoeve van dat beheer geraden voorkomen, zij het dat hij daarbij de zorg van een goed executeur moet betrachten. Hij is bevoegd om goederen van de nalatenschap te verkopen ten behoeve van de afwikkeling van de nalatenschap, bijvoorbeeld teneinde een schuld uit een legaat of een (andere) schuld van de nalatenschap te voldoen.

Voor de aan het beheer te ontleen bevoegdheden kan voorts aansluiting worden gezocht bij art. 3:170 lid 2 BW, volgens welke bepaling onder beheer begrepen zijn alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn; dit omvat ook daden van beschikking die door een normale exploitatie van het goed worden gevorderd (vgl. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 581). Ook op deze grond kan de executeur derhalve bevoegd zijn tot verkoop van onder zijn beheer vallende goederen. Met betrekking tot een aandelenportefeuille kan dit de bevoegdheid meebrengen de samenstelling daarvan te wijzigen, of de portefeuille te verkopen teneinde de opbrengst op andere wijze te beleggen, een en ander bijvoorbeeld met het oog op een beter rendement dan wel het beperken van koersrisico's.

4.3 Bij de taken en bevoegdheden van een executeur met bezit, tevens boedelberedderaar, past niet dat hij in persoon zonder meer het risico zou moeten dragen van een waardedaling van bepaalde goederen. Dat zal pas het geval kunnen zijn indien hij, gegeven zijn bevoegdheid tot zelfstandig beheer, in de zorg van een goed executeur tekortschiet door geen maatregelen te treffen ter voorkoming van dreigend nadeel voor de erfgenamen. De omstandigheid dat hij de bevoegdheid had een bepaald goed te verkopen dat (aan het einde van de executele) in waarde blijkt te zijn gedaald, is dan ook onvoldoende om hem jegens de rechthebbenden aansprakelijk te houden voor het geleden nadeel. Voor die aansprakelijkheid is nodig dat de executeur is tekortgeschoten in de zorg van een goed executeur doordat hij niet (tijdig) van zijn bevoegdheid tot verkoop van dat goed gebruik heeft gemaakt (bijvoorbeeld bij goederen waarvan aangenomen moet worden dat die door bederf waardeloos worden). Het ligt op de weg van de rechthebbenden om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen, die het oordeel rechtvaardigen dat aan dit vereiste is voldaan.

Meer in het bijzonder geldt met betrekking tot (het beheer van) een aandelenportefeuille, dat in de aard daarvan besloten ligt dat de waarde in de loop van de tijd kan fluctueren. Met het oog daarop kan de van de executeur te verlangen zorg meebrengen dat hij de portefeuille geheel of gedeeltelijk te gelde maakt en de opbrengst, zij het mogelijk tegen een lager rendement, vastzet teneinde daarmee in ieder geval de schulden van de nalatenschap, waaronder de successierechten, te kunnen voldoen. Tot een dergelijke verkoop is hij in beginsel bevoegd (zie de slotalinea van 4.2). Maar ook hier geldt dat het enkele niet gebruik maken van deze bevoegdheid onvoldoende is om de executeur aansprakelijk te houden voor het nadeel van de rechthebbenden indien de aandelen bij het einde van de executele in waarde gedaald zijn (evenmin als hij aansprakelijk gehouden kan worden vanwege het enkele feit dat hij wel tot verkoop is overgegaan terwijl de aandelen nadien juist in waarde zijn gestegen). Het zal van de door de rechthebbenden te stellen en zo nodig te bewijzen verdere omstandigheden afhangen of geoordeeld kan worden dat de executeur, door niet (of juist wel) tot verkoop over te gaan, is tekortgeschoten in de zorg van een goed executeur. In dat verband kunnen onder meer de aard van de portefeuille (hoog of laag risico), de verwachting van deskundigen omtrent het verdere koersverloop, en alternatieve beleggingsmogelijkheden van belang zijn.

4.4 Indien in het licht van de concrete omstandigheden van het geval geoordeeld moet worden dat de executeur is tekortgeschoten in de van hem te vergen zorg, is hij, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend, aansprakelijk jegens de rechthebbenden die als gevolg daarvan benadeeld zijn. Hij is op die grond gehouden de schade van de benadeelden te vergoeden.

Indien de executeur tevens mede-erfgenaar is, is voorts niet uitgesloten dat hij, in zijn hoedanigheid van deelgenoot, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden is om bij de verdeling van de nalatenschap genoeg te nemen met een bepaalde wijze van toedeling en/of een van het tijdstip van de verdeling afwijkende peildatum voor de waardering, indien daardoor het nadeel van zijn mede-erfgenaam geheel of gedeeltelijk kan worden goedge maakt. Zo is denkbaar dat een executeur die aansprakelijk is voor een waardevermindering van tot de nalatenschap behorende aandelen, in zijn hoedanigheid van erfgenaar alle aandelen krijgt toebedeeld, onder gehoudenheid om aan de andere erfgenaam een vergoeding wegens overbedeling te voldoen die is berekend naar de peildatum waarop hij tekortschoot in de zorg van een goed executeur.

4.5 Naar huidig recht – waarin de executeur, voor zover de erflater niet anders heeft beschikt, van rechtswege is belast met het beheer van de goederen der nalatenschap (art. 4:144 lid 1 BW) – geldt het hiervoor overwogene eveneens.

5. Beoordeling van het middel in het principale beroep

5.1 Vooropgesteld wordt dat in rov. 5 van het bestreden arrest ligt besloten dat [eiser] zonder meer schadeplichtig is jegens [verweerder]. Het hof is immers van oordeel dat het handelen van [eiser] nadat de nalatenschap is opengevallen, voor diens rekening en risico behoort te komen omdat [eiser] inbreuk heeft gemaakt op de rechten van [verweerder] als erfgenaar en zich heeft gedragen in strijd met de op hem rustende verplichtingen als executeur door [verweerder] niet tijdig op de hoogte te stellen van diens erfgenaamschap en van zijn benoeming tot executeur, en door geen, of in onvoldoende mate, maatregelen te treffen ter ver-

mijding van het risico van een koersdaling van de tot de nalatenschap behorende effecten.

5.2 Uit hetgeen het hof in rov. 4 en 5 heeft overwogen en in het dictum van zijn arrest heeft beslist kan, in onderlinge samenhang, geen andere conclusie volgen dan dat het hof van oordeel was dat de schade die [verweerder] heeft geleden als gevolg van de door het hof aangenomen schending door [eiser] van diens verplichtingen als executeur, dient te worden vergoed door bij de verdeling van de nalatenschap in afwijking van de gebruikelijke peildatum uit te gaan van de datum waarop de nalatenschap is opengevallen. Wat het hof zich daarbij precies heeft voorgesteld, kan in het midden blijven op grond van hetgeen hierna wordt overwogen, maar opmerking verdient dat in het geval van een verdeling van de aandelen bij helfte, zoals het hof hier tot uitgangspunt heeft genomen, vaststelling van een peildatum voor de waardebepaling van die aandelen geen vordering wegens overbedeling van de ene erfgenaam op de andere kan teweeg brengen, aangezien die peildatum geldt voor de waardebepaling van de aan elke erfgenaam toegedeelde aandelen.

5.3 Het hof is bij zijn in rov. 5 neergelegde oordeel uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel heeft het zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Indien het hof heeft geoordeeld dat op [eiser] als executeur zonder meer de verplichting rustte om het risico van koersdaling van de aandelen na het openvallen van de nalatenschap te voorkomen door de aandelen direct tegen de toen geldende koers te verkopen, en dat hij jegens [verweerder] schadeplichtig is omdat hij zulks heeft nagelaten, is het blijkens hetgeen hiervoor in 4.3 is overwogen uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het hangt immers van de – door [verweerder] te stellen en te bewijzen – verdere omstandigheden af of geoordeeld kan worden dat [eiser], door niet (tijdig) tot verkoop over te gaan, is tekortgeschoten in de zorg van een goed executeur.

Indien het hof dit niet heeft miskend, heeft het zijn oordeel dat [eiser] als executeur in strijd met zijn verplichtingen heeft gehandeld door de aandelen niet (tijdig) na het openvallen van de nalatenschap te verkopen, onvoldoende gemotiveerd. Tegen de door [verweerder] gestelde aansprakelijkheid heeft [eiser] immers in de feitelijke instanties ten verwere aangevoerd, kort gezegd, dat van algemene bekendheid is dat de koerswaarde van aandelen fluctueert en dat het risico van koersdaling inherent is aan het houden van aandelen; dat van speculatie door hem geen sprake is geweest en dat het onderhavige aandelenfonds van Robeco juist algemeen bekend staat als een zeer defensief fonds; dat hij evenveel nadeel heeft geleden door het koersverlies als [verweerder]; dat [verweerder] zelf altijd in het bezit is geweest van eigen aandelen en die aandelen – ook in de onderhavige periode – nimmer heeft verkocht; dat hij ([eiser]) heeft gehandeld overeenkomstig het advies van banken de aandelen te behouden tot zich een structureel opgaande koersontwikkeling zou hebben voorgedaan (bij pleidooi in hoger beroep aldus gepreciseerd dat een bankmedewerker van ABN AMRO hem adviseerde de aandelen vast te houden tot betere tijden zouden aanbreken); dat het enkele feit dat koersverlies is opgetreden onvoldoende grond is voor aansprakelijkheid; en dat [verweerder] in gebreke blijft aan te geven waaruit de geschonden norm (onrechtmatigheid), de causaliteit en de schade bestaan. Het hof heeft

deze stellingen in het geheel niet besproken en daarom zijn oordeel dat [eiser] jegens [verweerder] aansprakelijk is onvoldoende gemotiveerd.

Indien het hof heeft geoordeeld dat [eiser] in strijd met zijn verplichtingen als executeur heeft gehandeld omdat hij [verweerder] niet (direct) op de hoogte heeft gesteld van zijn mede-erfgenaamschap en van het feit dat hijzelf tot executeur was benoemd, en dat dit reeds leidt tot zijn aansprakelijkheid voor het uit het koersverlies voortvloeiende nadeel van [verweerder], heeft het hof miskend dat daarmee het causaal verband tussen deze gedragingen en de schade wegens koersverlies nog niet gegeven is, en dat de stelplicht en bewijslast ook te dien aanzien op [verweerder] rusten. Ook voor het oordeel omtrent dit causaal verband zijn de zojuist weergegeven stellingen die [eiser] ten verweere heeft aangevoerd van belang, aangezien in deze stellingen besloten ligt dat ook indien [eiser] ter zake van het beheer van de aandelen met [verweerder] zou hebben overlegd, geen andere handelwijze zou zijn gevolgd. Het hof heeft, door deze stellingen niet te bespreken, ook zijn oordeel omtrent het causaal verband onvoldoende gemotiveerd.

De op het vorenstaande gerichte klachten van de onderdelen 2.2 – 2.7 zijn derhalve gegrond. Deze onderdelen, alsmede de overige onderdelen van het middel, behoeven verder geen behandeling.

6. Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep

6.1 Nu het bestreden arrest in het principale beroep wordt vernietigd, is de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, vervuld.

6.2 Onderdeel 1 bevat een aantal rechts- en motiveringsklachten met betrekking tot rov. 4 van het arrest van het hof voor zover daarin zou zijn geoordeeld dat verdeling van de nalatenschap heeft plaatsgevonden doordat [verweerder] daaraan zijn medewerking heeft verleend door de hem feitelijk toebedeelde effecten niet te weigeren en door deze te hebben behouden. Deze klachten kunnen evenwel bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof overweegt weliswaar in zijn rov. 4 dat door het feitelijk aanvaarden van de effecten door [verweerder] sprake is van een verdeling als bedoeld in art. 3:182 BW, doch heeft daarop onmiddellijk doen volgen dat de verdelingshandeling niet is voltooid. Ook al is niet zonder meer duidelijk wat het hof in dit verband voor ogen heeft gestaan, dan nog laat het arrest geen andere lezing toe dan dat naar het oordeel van het hof van een (voltooide) verdeling van de nalatenschap geen sprake is geweest, nu het hof in rov. 6 uitdrukkelijk heeft overwogen dat het de verdeling van de nalatenschap zal gelasten en deze vervolgens in het dictum van zijn arrest heeft bevolen.

6.3 Ook onderdeel 2 kan niet tot cassatie leiden, omdat het onderdeel onvermeld laat op grond waarvan de daarin bedoelde stelling van [verweerder] een essentiële stelling was waaraan het hof niet had mogen voorbijgaan.

7. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 1 november 2006; verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch;

174

Erfrecht – Executele

---

(...)  
in het incidentele beroep:  
verwerpt het beroep;  
(...)  
(...)

**Commentaar** Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2009, 116, m.nt. S. Perrick, en in LJN: BD5985.



## Erfrecht – Schenking

175

**HOGE RAAD**

26 maart 1965

**De Rooy-De Rooy**

J.W.A. de Rooy, te Tilburg, eiser tot cassatie, tevens incidenteel verweerder in cassatie,

*tegen*

L.J.M.A. de Rooy c.s., verweerders in cassatie, tevens incidenteel eiseressen tot cassatie.

**Partijen**

J.C.A.M. De Rooy-Janssen is sinds het overlijden van haar echtgenoot commanditaire vennoot in de commanditaire vennootschap 'Wollenstoffenfabriek de Rooy van Dijk' te Tilburg. Enig beherend vennoot is J.W.A. de Rooy jr. In art. 10 van de vennootschapsakte, opgemaakt in 1943, is bepaald dat de goederen die tot het vermogen van de commanditaire vennootschap behoren, tegen het gemiddelde van de verkoopwaarde en de bedrijfswaarde verblijven aan de beherende vennoot. Deze bepaling wordt bij notariële akte van 23 juli 1955 gewijzigd in die zin dat wanneer de commanditaire vennootschap zou worden ontbonden door overlijden of opzegging door de weduwe, de activa voor de boekwaarde verblijven aan de beherend vennoot. Uitdrukkelijk wordt bepaald dat de weduwe in deze afwijking bewilligt omdat zij zulks billijk acht wegens de aanzienlijke winstaandelen die zij sinds haar toetreding als commanditaire vennoot heeft genoten. Moeder De Rooy overlijdt op 13 juni 1959. Haar enige erfgenamen zijn de zusters De Rooy en zoon De Rooy. Bij de verdeling van de nalatenschap ontstaan zwarigheden. De zusters vinden dat moeder door die wijziging aan hun broer een schenking heeft gedaan.

**Feiten**

De zusters vorderen van hun broer in de nalatenschap in te brengen de waarde van de schenking die door voormelde akte, waarbij art. 10 van de oorspronkelijke overeenkomst van commanditaire vennootschap is gewijzigd, is gedaan. De Rechtbank te Breda verklaart de zusters niet ontvankelijk. Het Hof te 's-Hertogenbosch bevestigt het vonnis van de Rechtbank maar bepaalt ook, naar aanleiding van de nadere vordering van de zusters De Rooy, dat de wijziging van art. 10 nietig is omdat het een beding over een nog niet opgevalen nalatenschap (art. 1370, lid 2 oud BW) zou zijn. Hiertegen komt De Rooy jr. op in cassatie. De zusters voorzien zich van het instellen van (incidenteel) cassatieberoep.

**Verloop van de procedure**

**Hoge Raad**

Overwegende, aangaande het eerste onderdeel van het principale middel: dat blijkens het bestreden arrest bij de overeenkomst van 1955 in de vennootschapsovereenkomst een wijziging is aangebracht die meebracht dat, in geval van ontbinding van de vennootschap door overlijden van de commanditaire vennote (de weduwe), de activa van de vennootschap die aan de enige beherende vennoot (de Rooy jr.) zouden verblijven op een andere wijze zouden worden gewaardeerd;

dat, terwijl volgens de oorspronkelijke overeenkomst als waarde van de activa moest worden genomen het gemiddelde tussen verkoop- en bedrijfswaarde ten dage van de ontbinding, volgens de wijzigingsovereenkomst de boekwaarde der goederen bij de opstelling van de verblijvensbalans maatstaf zou zijn;

dat het Hof heeft geoordeeld dat deze wijzigingsovereenkomst moet worden aangemerkt als een beding aangegaan over een nog niet opengevallen nalatenschap hetwelk, als strijdig met art. 1370, lid 2 B.W., voor nietig zou moeten worden gehouden;

dat het onderdeel dit oordeel terecht bestrijdt;

dat immers een vennootschappelijk verblijvensbeding, aangegaan voor het geval van ontbinding der vennootschap bij overlijden van een vennoot, inhoudt een regeling van de rechtsgevolgen van de ontbinding van de vennootschap waarvan de overleden vennoot deel uitmaakte, en niet een regeling omtrent diens nalatenschap als zodanig; dat er geen grond bestaat om anders te oordelen ten aanzien van een overeenkomst waarbij in de in het verblijvensbeding vervatte voorwaarden wijziging wordt gebracht;

dat het onderdeel derhalve in zoverre gegrond is, en het bestreden arrest niet in stand kan blijven;

Overwegende thans aangaande het voorwaardelijk voorgedragen incidentele middel:

dat de zusters de Rooy haar primaire vordering hebben gebaseerd op de stelling dat in 1955 een schenking onder de levenden in de zin van art. 1132 B.W. heeft plaatsgevonden welke de Rooy jr. tot inbreng van de waarde van die schenking in de nalatenschap van de weduwe – de moeder van partijen – verplicht;

dat, hoewel het Hof, de subsidiaire vordering van de zusters de Rooy toewijzende, op deze stelling geen beslissing heeft gegeven, het de juistheid van die stelling wel in zoverre heeft aanvaard dat naar 's hofs oordeel de weduwe, door bij de in 1955 met de Rooy jr. aangegane overeenkomst toe te stemmen in de wijziging van hetgeen in de oorspronkelijke vennootschapsovereenkomst was bepaald omtrent de waardering van de aan de Rooy jr. te verblijven activa 'onverplicht, om niet en met het oogmerk van bevoordeling van de Rooy jr. met deze een voor haar erven onereuze wijze van afrekening overeenkwam';

dat echter, ook indien van de juistheid van deze, in het tweede onderdeel van het principale middel bestreden, zienswijze wordt uitgegaan, van een aan inbreng onderworpen schenking als in art. 1132 bedoeld toch geen sprake zou zijn;

dat de figuur welke de wetgever bij de in art. 1132 gegeven regeling op het oog heeft, is die waarin een erfgenaam reeds tijdens het leven van de erflater door een schenking in het genot wordt gesteld van een deel van diens vermogen, en de wet, door de aldaar onder 1e genoemde erfgenamen, in tegenstelling tot die onder 2e genoemd, behoudens een uitdrukkelijke vrijstelling van de zijde van de

erflater, tot inbreng te verplichten, ten aanzien van eerstbedoelde erfgenamen zodanige schenkingen, voor zover de erflater op de in de wet voorgeschreven wijze niet van een tegengestelde bedoeling heeft doen blijken, behandelt alsof de erflater aan de begiftigde een voorschot heeft gegeven op hetgeen hem bij het overlijden van de erflater als erfgenaam zal toekomen;

dat deze regeling berust op de overweging, dat naar het oordeel van de wetgever in het algemeen een gelijke behandeling van de afstammelingen van de erflater redelijk is, en dat moet worden uitgegaan van de veronderstelling dat een erflater die niet uitdrukkelijk heeft blijk gegeven een of meer van hen boven de anderen te willen bevoordelen – hetgeen hem overigens, behoudens het omtrent het wettelijk erfdeel voorgeschrevene, vrijstaat – overeenkomstig dit door de wetgever redelijk geachte beginsel heeft willen handelen;

dat een figuur als die waaraan de wetgever bij die regeling moet hebben gedacht, zich in het in dit geding aan de orde gestelde geval echter niet voordoet;

dat immers in dit geval de overeenkomst tussen de weduwe de Rooy en de Rooy jr. welke de zusters de Rooy als een aan inbreng onderworpen schenking beschouwen, niet tot gevolg had dat de Rooy jr. tijdens het leven van de weduwe een voordeel ten deel viel dat als een voorschot op het hem uit haar nalatenschap toekomende erfdeel zou kunnen worden aangemerkt, doch die overeenkomst, naar de stellingen van de zusters de Rooy, een bevoordeling van de Rooy jr. beoogde waarvan het profijt door hem zou worden genoten wanneer bij het overlijden van de weduwe de tussen haar en hem bestaande vennootschap zou worden ontbonden en de daartoe behorende activa aan hem zouden verblijven;

dat, indien ten aanzien van deze overeenkomst het bij art. 1132 onder 1e bepaalde toepasselijk zou worden geacht, de overeenkomst de daarmede volgens de zusters de Rooy beoogde uitwerking, waarin, nu geen schending van haar wettelijk erfdeel was gesteld, niets ongeoorloofds school, praktisch zou missen;

dat een overeenkomst als deze zozeer afwijkt van de figuur waaraan de wetgever bij de in art. 1132 gegeven regeling heeft gedacht, en de veronderstelling dat de erflater de inbreng van een voordeel als bij zulk een overeenkomst toegekend zou hebben kunnen wensen, zo ongerijmd is, dat, al zou voor de toepassing van andere wettelijke voorschriften in zulk een overeenkomst mogelijk wèl een materiële schenking kunnen worden gezien, niet valt aan te nemen, dat de wetgever ook deze heeft willen begrijpen onder hetgeen hij in art. 1132 met de daar genoemde 'schenkingen onder de levenden' bedoeld heeft uit te drukken;

dat hieruit volgt dat het voorwaardelijk voorgedragen incidentele middel faalt;

Overwegende dat wegens de gegrondheid van het eerste onderdeel van het principale middel het bestreden arrest moet worden vernietigd, terwijl dit middel voor het overige geen bespreking behoeft;

Overwegende dat de Rechtbank de zusters de Rooy in haar (primaire) vordering tot inbreng niet-ontvankelijk had verklaard op grond van haar oordeel dat de bevoordeling, indien zij al als een schenking zou moeten worden aangemerkt, zou zijn geweest een schenking ter zake des doods;

Overwegende dat voor het geval dit oordeel juist mocht worden bevonden, de zusters de Rooy in hoger beroep haar eis hebben vermeerderd met een subsidiaire vordering tot nietigverklaring, in verband met het in het tweede lid van art. 1703 BW bepaalde, van de overeenkomst van 1955, althans van een gedeelte daarvan;

176

Erfrecht – Schenking

Overwegende dat het in art. 1703, lid 2, vervatte verbod van andere schenkingen dan schenkingen onder de levenden betrekking heeft op formele schenkingen, en reeds hierom de zusters de Rooy in haar subsidiaire vordering niet kunnen worden ontvangen nu van een formele schenking te dezen geen sprake is;  
 Overwegende dat de door de zusters de Rooy aangevoerde grieven, gericht tegen de gronden van de door de Rechtbank gegeven uitspraak, niet tot vernietiging van het vonnis kunnen leiden, nu de Rooy jr. reeds op andere dan de door de Rechtbank aangegeven gronden niet tot inbreng verplicht kan worden geacht;  
 Overwegende dat het door de Rooy jr. voorwaardelijk ingestelde incidenteel appel tegen het vonnis van de Rechtbank niet aan de orde komt;  
 Overwegende dat de Hoge Raad ten principale recht kan doen;  
 Verwerpt het incidentele cassatieberoep;  
 Vernietigt het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 17 december 1963, waarvan beroep;  
 Verklaart verweersters in cassatie niet-ontvankelijk in haar hoger beroep ingestelde subsidiaire vordering;  
 Bekrachtigt met wijziging van gronden het vonnis van de Rechtbank te Breda van 29 mei 1962; (...).

Commentaar

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1966, 328, m.nt. JHB en *Ars Aequi* 1968, p. 94-101, m.nt. EAAL. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 45, 46, 103, 364 en 365; Pitlo-Van der Burght, nr. 37, 221, 225 en 230 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 206, 470 en 474, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 326 en 900; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 29 en 350 en Asser-Perrick 6, nr. 210, en Van der Ploeg, *Overzicht der Nederlandse Rechtspraak*, WPNR 4880 (1965). In het nieuwe erfrecht/schenkingsrecht worden verblijfsbedingen zonder redelijke tegenprestatie als gift beschouwd. Voor zover het beding meebrengt dat het wordt toegepast in geval van overlijden van degene aan wie het goed toebehoort, wordt de gift voor het in Boek 4 bepaalde betreffende inkorting en vermindering aangemerkt als een legaat ten laste van de gezamenlijke erfgenamen. Vergelijk art. 4:126 en *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 148 e.v.

176

HOGE RAAD  
 1 oktober 1993

Ontvanger-Pellicaan

Partijen

De ontvanger der directe belastingen, te Gorinchem, eiser tot cassatie,  
*tegen*  
 Klazina Maria Pellicaan, te Gorinchem, verweerster in cassatie.

Feiten

Pellicaan komt met Van der Vlies op 24 augustus 1982 bij notariële akte, door partijen 'maatschap' genoemd, een samenlevingsovereenkomst overeen. In de akte is het beding opgenomen, inhoudende dat bij beëindiging door overlijden

van één van partijen het gemeenschappelijk vermogen zal verblijven aan de langstlevende zonder dat deze tot enige vergoeding gehouden is, onder de verplichting om alle gemeenschappelijke schulden voor zijn rekening te nemen. Op 28 augustus 1982 overlijdt Van der Vlies. Het gemeenschappelijk huis wordt bij het kadaster ten name van Pellicaan gesteld. De ontvanger legt op 1 april 1986 op grond van drie dwangbevelen executoriaal beslag op de woning voor een totaalbedrag van f 11.000,- wegens achterstallige premie- en belastingschulden. Pellicaan is pas bij brief van 16 november 1984 op de hoogte gesteld van deze schulden. In de procedure vordert Pellicaan dat het beslag wordt opgeheven. De ontvanger doet een beroep op art. 1377 (oud) BW en stelt dat de bepaling in de samenlevingsovereenkomst paulianeus is.

Pellicaan vordert bij de Rechtbank te Dordrecht dat het beslag zal worden opgeheven. De Rechtbank wijst de vordering toe. Het Hof te 's-Gravenhage bekrachtigt het vonnis. De ontvanger gaat in cassatie.

**Verloop van de procedure**

3.3. Onderdeel 1 van het middel verwijt het Hof dat het voorbij is gegaan aan de stelling van de ontvanger dat Pellicaan bij de overeenkomst van 24 augustus 1982 niets wezenlijks inbracht en derhalve reeds door het enkele sluiten van de overeenkomst, als gevolg van hetgeen in de art. 2 en 3 daarvan is bepaald, aanzienlijk is bevoordeeld. Het onderdeel faalt op de gronden vermeld onder 6 van de conclusie OM.

**Hoge Raad**

3.4. Onderdeel 2 berust op de veronderstelling dat het Hof uit de omstandigheid dat de overeenkomst van 24 augustus 1982 een handeling anders dan om niet was, zou hebben afgeleid dat de schuldeisers van J.A. van der Vlies door die handeling niet zijn benadeeld in de zin van art. 1377 lid 1 BW (oud).

Voor deze veronderstelling biedt 's hofs arrest evenwel geen steun, zodat het onderdeel feitelijke grondslag mist.

3.5. Onderdeel 3 klaagt erover dat het Hof heeft miskend dat waar art. 1377 lid 1 spreekt, kort gezegd, van wetenschap van benadeling, zulks mede omvat: behoren te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van de overeenkomst zou zijn.

Na te hebben vastgesteld dat Pellicaan bij het aangaan van de overeenkomst niet wist dat daarvan benadeling van schuldeisers van Van der Vlies het gevolg zou zijn, heeft het Hof geoordeeld dat geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken, op grond waarvan wetenschap van benadeling in de zin van art. 1377 bij Pellicaan moet worden aangenomen (r.o. 12 slot). Met 'wetenschap van benadeling in de zin van art. 1377', heeft het Hof kennelijk niet alleen het oog op: weten dat benadeling het gevolg van de rechtshandeling zou zijn, maar, in overeenstemming met vaste rechtspraak op dit punt, ook op 'behoren te weten'. In het oordeel van het Hof ligt aldus besloten dat niet alleen wanneer Pellicaan kennis zou hebben gedragen van benadeling, maar ook wanneer zij zodanige kennis had behoren te dragen, het beroep op art. 1377 zou kunnen slagen. Ook dit onderdeel mist feitelijke grondslag.

3.6. Onderdeel 4a klaagt, kort samengevat, dat het oordeel van het Hof dat Pellicaan bij het aangaan van de overeenkomst niet wist dat zulks benadeling van schuldeisers van Van der Vlies tot gevolg zou hebben, onjuist althans onbegrijpe-

lijk is omdat door de werking van art. 2 en 3 van de overeenkomst en ook door de kans van vooroverlijden van Van der Vlies, de overeenkomst naar aard en strekking benadeling van schuldeisers van Van der Vlies inhield.

De klacht faalt. De overeenkomst hield niet alleen in dat tussen partijen een gemeenschap ontstond (art. 2 en 3), maar ook dat bij overlijden van één van partijen het gemeenschappelijk vermogen zou verblijven aan de langstlevende (art. 12). Of het gemeenschappelijk vermogen geheel zou worden verkregen door Pellicaan dan wel door Van der Vlies was aldus afhankelijk van de onzekere gebeurtenis van het vooroverlijden van Van der Vlies respectievelijk Pellicaan. Het Hof heeft dan ook, in het voetspoor van de Rechtbank, met juistheid de overeenkomst gekwalificeerd als een kansovereenkomst zonder bevoordelingsbedoeling. Nu het Hof voorts, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld dat niet is gebleken dat de sterftkans van Van der Vlies bij het aangaan van de overeenkomst aanzienlijk groter was dan die van Pellicaan of dat Pellicaan wist dat de sterftkans aanzienlijk groter was, mocht het Hof ervan uitgaan dat bij het aangaan van de overeenkomst de kans dat het gemeenschappelijk vermogen zou verblijven aan Pellicaan ongeveer even groot was als de kans dat het vermogen zou verblijven aan Van der Vlies, in welk laatste geval van benadeling van schuldeisers van Van der Vlies geen sprake zou zijn. Nu voor de nietigheid op grond van art. 1377 van een meerzijdige rechtshandeling anders dan om niet, is vereist dat degene met wie de schuldenaar handelde, wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg zou zijn, is voor nietigheid van de onderhavige overeenkomst niet voldoende dat Pellicaan wist of behoorde te weten dat de handeling de kans op benadeling van een of meer schuldeisers schiep. Het door het onderdeel bestreden oordeel van het Hof geeft derhalve niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk.

3.7. Onderdeel 4b gaat uit van de opvatting dat voor toepassing van art. 1377 weten of behoren te weten dat door de overeenkomst het risico wordt geschapen van vermindering van de feitelijke verhaalsmogelijkheden van schuldeisers van Van der Vlies, moet worden gelijk gesteld met weten of behoren te weten dat de overeenkomst benadeling van schuldeisers kon opleveren. Het onderdeel faalt omdat, zoals volgt uit hetgeen is overwogen onder 3.6, voor nietigheid van de onderhavige overeenkomst niet voldoende is dat Pellicaan wist of behoorde te weten dat de handeling de kans op benadeling van een of meer schuldeisers schiep.

3.8. Onderdeel 4c bouwt voort op de onderdelen 4a en 4b en moet het lot daarvan delen.

3.9. Onderdeel 5 strekt ten betoge dat het Hof het recht heeft geschonden door uit te gaan van de opvatting dat wetenschap van benadeling in de zin van art. 1377 slechts aanwezig is indien degene met wie de schuldenaar handelde, wist of behoorde te weten dat de schuldenaar feitelijk schulden had of zou krijgen, en onvoldoende verhaal voor zijn schuldeisers bood of (later) zou gaan bieden.

Voor zover het onderdeel veronderstelt dat het Hof ervan zou zijn uitgegaan dat die opvatting in haar algemeenheid juist is, mist het feitelijke grondslag. Voor wat de schuldenpositie van Van der Vlies betreft, heeft het Hof op grond van de omstandigheden van het onderhavige geval – te weten dat Pellicaan ten tijde van het aangaan van de overeenkomst geen kennis droeg noch behoefde te dragen

van de ten processe bedoelde premie- en belastingschulden en dat het door Van der Vlies ingebrachte huis ten opzichte van de schuld waarmee het hypotheccair was belast, een voor het aflossen van de premie- en belastingschulden genoegzame overwaarde had – geoordeeld dat van wetenschap van benadeling bij Pelli- caan geen sprake was. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvat- ting, terwijl het Hof ook niet in zijn motiveringsplicht is te kort geschoten. Het onderdeel wordt dus tevergeefs voorgesteld.

3.10. Onderdeel 6 bouwt op de voorgaande onderdelen voort en moet dus het lot daarvan delen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep; (...).

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1994, 257, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 37 en 66 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 206, alsmede Asser-Perrick 6, nr. 211.

**Commentaar**

Vergelijk art. 4:126, waarin in lid 1 is bepaald dat een schenking of andere gift, voor zover deze de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker of gever wordt uitgevoerd, en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker of gever is uitgevoerd, voor de toepassing van hetgeen in Boek 4 BW is bepaald betreffende inkorting en vermindering wordt aangemerkt als een legaat ten laste van de gezamenlijke erfgenamen. Deze bepaling is ingevolge lid 2 letter a van overeenkomstige toepassing op onder meer een beding dat een goed van een der partijen onder opschortende voorwaarde of onder opschortende tijds- bepaling zonder redelijke tegenprestatie op een ander overgaat of kan over- gaan, voor zover het beding wordt toegepast in geval van overlijden van degene aan wie het goed toebehoort; wederkerigheid van het beding geldt niet als tegenprestatie. Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), F. Schols, p. 148 e.v.

177

**HOGE RAAD**

7 februari 1997

**Verblijvsbeding en legitieme**

A.W. te A., eiser tot cassatie,  
*tegen*

**Partijen**

1. A.M.C.N. te A., verweerster in cassatie, niet verschenen,
2. L.N. te A., verweerster in cassatie,
3. J.M.N. te Alkmaar, verweerder in cassatie.

H., weduwe van N., woont samen met haar drie uit het huwelijk geboren kinde- ren en met W, haar nieuwe partner. In het testament wordt W. benoemd tot voogd over haar minderjarige kinderen en is voorts bepaald dat wanneer W. voor H. zou zijn overleden, H.'s erfgenamen zouden zijn haar kinderen en de kinderen

**Feiten**

van W. H. en W. hebben een samenlevingsovereenkomst bij notariële akte, op 13 maart 1979 opgemaakt, gesloten. Daarin is onder meer bepaald dat bij overlijden van een partij aan de langstlevende de gemeenschappelijke zaken zouden verblijven zonder enige vergoeding van de waarde van die zaken, maar met de verplichting om de gemeenschappelijke schulden voor zijn rekening te nemen. Tot de goederen behoort ook het woonhuis. Op 15 juli 1980 overlijdt H. W. laat het woonhuis bij het kadaster op zijn naam stellen. Blijkens de successie-aangifte bedroeg het saldo van de nalatenschap f 5.484,-. W. heeft het huis op 15 augustus 1984 verkocht voor f 140.000,-. De kinderen vinden dat hun legitieme is geschonden.

**Verloop van de procedure**

De kinderen N. vorderen van W. dat hij hen hun aandeel in de nalatenschap betaalt, welk aandeel berekend wordt op de helft van de waarde van het huis na aftrek van de restant hypotheekschuld. De Rechtbank te Alkmaar wijst de vorderingen tot inkorting toe. Het Hof te Amsterdam bekrachtigt de vonnissen. W. gaat in cassatie.

**Cassatiemiddel**

Schending van het recht, inz. art. 967 BW en/of tot nietigheid leidend verzuim van vormen, doordat het Hof heeft overwogen als vermeld in zijn arrest, inz.:

(...)

ten onrechte, om de navolgende redenen, te lezen in hun onderling verband en samenhang.

1. Ingevolge art. 967 (in de hier van toepassing zijnde versie) kunnen de giften of schenkingen, hetzij onder de levenden, hetzij bij uiterste wil gemaakt, welke aan het wettelijk erfdeel mochten te kort doen, bij het openvallen der nalatenschap worden verminderd op de vordering van de legitimarissen.

Het Hof heeft vastgesteld dat in casu sprake was van 'een kansovereenkomst zonder bevoordelingsbedoeling', hetwelk onverenigbaar is met de kwalificaties giften of schenkingen als bedoeld in art. 967. Door niettemin dat artikel hier van toepassing te achten heeft het Hof het recht geschonden.

2. Zoal een kansovereenkomst zonder bevoordelingsbedoeling onder omstandigheden als een gift of schenking in de zin van art. 967 zou kunnen worden beschouwd, had het Hof niet mogen nalaten te motiveren waarom dat in casu het geval zou zijn gelet op zijn feitelijke vaststellingen in ovv. 4.2 en 4.3. Als het Hof bedoelt dat in casu zulks het geval zou zijn doordat de legitimarissen worden benadeeld doordat ten gevolge van een verblijvingsbeding goederen aan de nalatenschap worden onttrokken, is zulks onbegrijpelijk, althans onvoldoende met redenen omkleed in het licht van de wederkerigheid van het verblijvingsbeding en 's hofs feitelijke vaststelling dat in casu sprake is van een kansovereenkomst zonder bevoordelingsbedoeling.

3. Onbegrijpelijk is ook wat het Hof bedoelt met 'artikel 7.3.12b van het nieuwe Burgerlijke Wetboek' en 'de wetgever', nu enkel kan worden bedoeld op een artikel in een wetsontwerp dat slechts aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal is aangeboden.

4. In casu gaat het om een verblijvingsbeding, vervat in een notariële akte dd. 13 maart 1979, en ingeroepen door eiser tot cassatie na het overlijden van de erflater van verweerders in cassatie op 15 juli 1980. Zo het al rechtens toelaatbaar zou zijn te anticiperen op art. 7.3.12b Ontwerp-B.W., dan kan dit in elk geval niet



terugwerken naar hetgeen is geschied vóór de indiening van het betreffende wetsontwerp.

3.3 Het Hof heeft vooropgesteld dat de inbreng van H. en W. ter zake van het woonhuis nagenoeg gelijk was, en dat ook een ongelijke toerekening van de hypothecaire lening, zoals door de kinderen N. verdedigd, geen rechtens relevant verschil in de verhouding van de inbreng tot gevolg heeft (r.o. 4.2). Het Hof heeft voorts overwogen dat op grond van de in r.o. 4.3 van zijn arrest weergegeven feiten en omstandigheden H. en W. bij het aangaan van de samenlevingsovereenkomst ervan konden uitgaan dat de kans dat het gemeenschappelijk vermogen op grond van het daarin opgenomen verblijfsbeding aan H. zou verblijven ongeveer even groot was als dat dit aan W. zou verblijven. Daaraan verbindt het Hof de slotsom dat sprake was van een kansovereenkomst zonder bevoordelingsbedoeling (r.o. 4.4). Deze slotsom is in cassatie niet bestreden.

Hoge Raad

3.4 Nu bij het onderhavige verblijfsbeding geen bevoordelingsbedoeling aanwezig was, kan het niet worden aangemerkt als een gift of schenking in de zin van art. 967 (oud) BW Onderdeel 1, dat klaagt dat het Hof dit artikel ten onrechte van toepassing heeft geacht, treft derhalve doel.

De gegrondbevinding van onderdeel 1 brengt mee dat onderdeel 2 geen bespreking behoeft.

De onderdelen 3 en 4 hebben betrekking op de motivering van het hiervoor onjuist bevonden rechtsoordeel van het Hof, zodat zij eveneens buiten behandeling kunnen blijven.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Amsterdam van 15 juni 1995; verwijst het geding naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing; (...).

Het arrest is gepubliceerd in RvdW 1997, 39. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 37, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 350. Vergelijk ook voor het nieuwe erfrecht/schenkingsrecht het commentaar bij het onder Erfrecht; Gemeenschap en verdeling nr. 168 opgenomen arrest.

Commentaar

178

HOGE RAAD  
13 februari 2004

Meerwaardebeding

[Eiser], wonende te [woonplaats],

EISER tot cassatie,

tegen

[Verweerster], wonende te [woonplaats],

VERWEERSTER in cassatie,

niet verschenen.

Partijen

**Feiten**

De moeder was in algehele gemeenschap van goederen gehuwd met [betrokkene 2], de vader van [eiser] en [verweerster] (de vader). De vader dreef een melkveebedrijf. Uit de stukken valt af te leiden dat [eiser] op zijn zeventiende in dit bedrijf is komen meewerken.

Op 1 januari 1974 zijn de vader (toen 60 jaar oud) en [eiser] (toen 29 jaar oud) met betrekking tot het melkveebedrijf een vennootschap onder firma aangegaan onder de naam [A].

Deze vennootschap is bij notariële akte van 17 juni 1976 vastgelegd.(1) Blijkens art. 4 van de daarin opgenomen statuten heeft de vader (per 1 januari 1974) in de vennootschap onder meer ingebracht zijn veehoudersbedrijf en de daarbij behorende onroerende zaken, bestaande uit grond, de boerderij en verdere opstallen (totale oppervlakte 34.63.30 ha). Daarbij is vastgelegd dat de vader:

“(…) zich de stille reserves nu, en eventueel in de toekomst aanwezig in de voormelde onroerende goederen begrepen opstallen, uitdrukkelijk voorbehoudt.”

Voorts is in de statuten onder meer het volgende bepaald:

Artikel 5

1. De vennoten worden voor hetgeen zij in geld of goederen in de vennootschap inbrengen in de boeken der vennootschap gecrediteerd op de daartoe te hunnen behoeve te openen rekening ten belope van het bedrag of de waarde dier goederen (...).

Artikel 15

De vennootschap eindigt:

a. door opzegging door een der vennoten aan de andere vennoot, mits dit geschiedt met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden tegen het einde van een boekjaar;

b. (...)

c. door overlijden (...) van de vennoten of één hunner (...);

d. (...).

Artikel 16

1. Bij het eindigen der vennootschap is ieder der vennoten in het vermogen der vennootschap gerechtigd voor het bedrag waarvoor hij ingevolge het bepaalde in art. 5 in de boeken der vennootschap is gecrediteerd, vermeerderd of verminderd met zijn aandeel in de winst of het verlies gemaakt of geleden blijkens de verlies- en winstrekening (...), met dien verstande dat op deze na beëindiging van de vennootschap op te maken balans de onroerende en roerende lichamelijke zaken zullen worden geschat op de wijze als is voorgeschreven boedelscheidingen waarbij minderjarigen zijn betrokken en waarbij, ingeval van voortzetting der vennootschap door één der vennoten de onroerende goederen gewaardeerd dienen te worden naar de agrarische gebruikswaarde voor de veehouderij.

Artikel 17

1. Ingeval van eindigen der vennootschap [in de gevallen van art. 15] heeft de andere vennoot het recht de zaken der vennootschap voort te zetten. (...).

2. Het zelfde geldt ingeval een vennoot ontbinding heeft gevraagd en verkregen heeft, in welk geval de vennoot die ontbinding gevraagd en verkregen heeft de zaken van de vennootschap voortzet. (...).

Artikel 18

1. (...) de vennoot die aldus de zaken der vennootschap wenst voort te zetten, zal het recht hebben te verlangen dat de zaken der vennootschap aan hem worden overgedragen onder gehoudenheid alle passiva der vennootschap voor zijn rekening te nemen. (...).

3. De vennoot die de zaken der vennootschap voortzet is alsdan uitsluitend gehouden tot uitkering aan de anderen vennoot (...) van het aan deze blijkens het in artikel 16 bepaalde toekomende (...) zoals hierna in artikel 19 is bepaald.

Artikel 19

1. Bij voortzetting der zaken in de gevallen in artikel 18 bedoeld, zal de uitkering die ex artikel 16 door de voortzettende vennoot verschuldigd is, moeten plaatsvinden in veertig halfjaarlijkse termijnen, waarvan de eerste vervalt zes maanden na het eindigen der vennootschap, de tweede weer zes maanden later en zo vervolgens onder bijbetaling van een rente van zes procent per jaar over het onafgeloste gedeelte. (...).

3. Gemelde uitkering is te allen tijde aflosbaar.

Artikel 21

Ieder der vennoten is voor een gelijk deel gerechtigd in de activa en passiva der vennootschap, behoudens het in art. 4 gemelde voorbehoud, gemaakt door [de vader] ten aanzien van de in de opstellen aanwezige stille reserves, onder verplichting tot verrekening van de gecrediteerde bedragen.

Deze bepaling zal zoveel mogelijk toepassing vinden in geval van liquidatie, onverminderd het bepaalde in art. 16.

De vader is op 15 oktober 1983 overleden. Bij leven had hij een zgn. langstlevende testament gemaakt met een ouderlijke boedelverdeling, waarbij alle tot zijn nalatenschap (tot welke nalatenschap de kinderen medegerechtigd waren) behorende baten aan zijn echtgenote werden toegeedeeld.<sup>(2)</sup> Op grond daarvan werd de moeder gerechtigd tot het gehele aandeel van de vader in de vof, namelijk voor de helft ingevolge huwelijksvermogensrecht en voor de andere helft krachtens erfrecht.

In augustus 1984 is een concept-aangifte successierecht – met daarbij gevoegd een balans van de vof per 31 december 1982 en per 15 oktober 1982 – alsmede een concept akte van scheiding en deling van de ontbonden huwelijksgemeenschap en de nalatenschap opgesteld. Naar het Hof in cassatie verder onbestreden heeft vastgesteld is kennelijk in 1984 de verdeling van de nalatenschap van de conform deze concepten tot stand gekomen.

Na het overlijden van de vader heeft de moeder (toen bijna 68 jaar oud) de vof met [eiser] (inmiddels bijna 39 jaar oud) voortgezet. Het Hof heeft aangenomen dat deze voortzetting (kennelijk) heeft plaatsgevonden op de voet van de akte van 17 juni 1976. Volledigheidshalve valt op te merken dat [eiser] na het overlijden van de vader derhalve geen gebruik heeft gemaakt van het in art. 18 van (de statuten in) de vennootschapsakte opgenomen recht van toescheiding van het aandeel van de vader in de goederen van de vof in verband met het beëindigen van die vennootschap wegens het overlijden van zijn vader.

In 1985 heeft de vof ruim 14 ha grond bijgekocht voor een bedrag van f 37.500,- per ha. Voorts is in of omstreeks datzelfde jaar aan de vof een referentiehoeveelheid melk (melkquotum) toegekend.

Blijkens de jaarstukken van de vof over 1990 bedroeg het kapitaal van de moeder per 31 december 1990 f 311.023,-.

Bij notariële akte van 31 december 1991 is de vof tussen [eiser] en de moeder ontbonden en is het vennootschapsvermogen geheel aan [eiser] toegedeeld(3). Zakelijk weergegeven vermeldt deze akte daaromtrent het volgende:

- de moeder en [eiser] zijn de enige firmanten van de vof [A];
- tot het vermogen van deze vof behoren onder meer grond met boerderij en loopstalschuur, ter grootte van 49.15.20 ha, alsmede een op die grond ‘rustend’ melkquotum;
- de moeder en [eiser] zijn overeengekomen de vof per 1 januari 1991 te ontbinden en het vermogen van de vennootschap aldus te verdelen dat dit in volle eigendom aan [eiser] wordt toegedeeld;
- ter uitvoering hiervan wordt “de volle eigendom van voormelde onroerende goederen, alsmede van voormelde referentiehoeveelheid melk” aan [eiser] toegedeeld;

De waarde van het aldus door de moeder aan [eiser] toegescheiden aandeel is door partijen vastgesteld op f 283.000,-. Dit bedrag is door [eiser] van zijn moeder geleend. Met het oog hierop is een – naar het Hof verder onbestreden heeft vastgesteld: per abuis niet ondertekende(4) – schuldbekentenis opgesteld, waarin [eiser], zakelijk weergegeven, verklaart(5):

- dat hij met de moeder de vof [A] heeft gevoerd;
- dat deze vennootschap per 1 januari 1991 is ontbonden, waarna hij de onderneming (als eenmanszaak) heeft voortgezet;
- dat hij conform de art. 16, 18 en 19 van de vennootschapsakte de waarde van het aandeel van de moeder in het vermogen van vennootschap in 40 halfjaarlijkse termijnen mag betalen;
- dat de moeder hem “bij deze” een geldlening verstrekt van f 283.000,- tegen een rente van 6% per jaar, te voldoen in halfjaarlijkse termijnen, voor het eerst op 1 januari 1992.

In 1993 heeft [eiser] op verlangen van zijn bank een deel van de grond (9 ha) waarop hij zijn melkveebedrijf exploiteerde verkocht. Hierbij heeft hij winst geboekt, aangezien de gerealiseerde verkoopprijs hoger was dan de prijs die hij in 1991 bij de ontbinding van de vennootschap onder firma aan moeder heeft betaald. Hierbij dient wel in aanmerking te worden genomen dat [eiser] een deel van de verkoopsom weer heeft benut om andere grond (4,5 ha) te kopen die hij is gaan gebruiken in het kader van zijn bedrijf. Het restant van de verkoopsom heeft hij op verlangen van de bank gebruikt tot aflossing van de bestaande financiering van zijn bedrijf, die kennelijk in de ogen van de bank nogal krap was. Op 23 mei 1995 is de moeder overleden.

Eiser in cassatie ([eiser]) en verweerster in cassatie ([verweerster]) zijn broer en zus. Samen met hun vijf andere broers en zussen zijn zij elk voor één zevende deel gerechtigd tot de nalatenschap van hun op 23 mei 1995 overleden moeder, [betrokkene 1] (de moeder). Bij de afwikkeling van deze nalatenschap is tussen [verweerster] en [eiser] een geschil gerezen, dat heeft geleid tot de onderhavige procedure. Inzet daarvan is kort gezegd dat [verweerster] meent dat haar legitieme portie geschonden is. Zij poogt deze schending via ‘inkorting’ ongedaan te maken. Het Hof heeft, anders de Rechtbank, haar hierin gevolgd en [eiser] bevo-

len een nader te bepalen bedrag aan de nalatenschap te betalen. In cassatie maakt [eiser] hiertegen bezwaar.

Bij de afwikkeling van de nalatenschap van de moeder is tussen [eiser] en [verweerster] een geschil ontstaan, dat heeft geleid tot de onderhavige procedure. Kort gezegd stelt [verweerster] zich op het standpunt dat [eiser] bij de toedeling van het aandeel van de moeder in het vermogen van de vof op niet onaanzienlijke wijze is bevoordeeld en wel dusdanig dat haar legitieme aanspraken zijn geschonden. Zakelijk weergegeven heeft [verweerster] in dat verband onder meer aangevoerd:

**Verloop van de procedure**

- a. dat het aandeel van de moeder in het vermogen van de vof bij de toedeling daarvan aan [eiser] in strijd met de vennootschapsakte volledig is gewaardeerd tegen de agrarische waarde en dat [eiser] aldus is bevoordeeld;
- b. dat [eiser] voorts is bevoordeeld doordat het melkquotum tegen een waarde van nihil aan hem is overgedragen;
- c. dat tussen de moeder en [eiser] geen afrekening heeft plaatsgevonden van de stille reserves in de opstallen, zodat hij ook op dit punt is bevoordeeld.

Op deze gronden heeft [verweerster] [eiser] op 16 januari 1996 gedagvaard voor de Rechtbank Alkmaar en vorderingen ingesteld die kort gezegd strekten tot (1) vaststelling van de omvang van de materiële bevoordeling, (2) inbreng van deze bevoordeling in de nalatenschap van de moeder en (3) inkorting daarop op de voet van art. 4:967 BW(oud).

Tijdens de daaropvolgende procedure heeft [verweerster] haar vorderingen een aantal malen gewijzigd en/of aangevuld. De strekking is daarbij echter steeds hetzelfde gebleven.

Na bij tussenvonnis een deskundigenbericht te hebben gelast, heeft de Rechtbank bij vonnis van 10 augustus 2000 de vorderingen afgewezen.<sup>(6)</sup> [Verweerster] is vervolgens van dit eindvonnis en van de daaraan voorafgaande tussenvonnissen van 1 oktober 1998 en 6 mei 1999 in hoger beroep gekomen bij het Hof Amsterdam. [Eiser] heeft in hoger beroep verweer gevoerd en incidenteel geappelleerd. Voor zover in cassatie nog van belang heeft het debat zich in hoger beroep vooral toegespitst op de volgende punten:

1. dienden in het kader van de ontbinding van de vof en de scheiding en deling van het vermogen van de vof alleen de onroerende zaken (standpunt [verweerster]) of alle goederen (standpunt [eiser]) van dat vermogen te worden gewaardeerd en afgerekend tegen de 'agrarische waarde'?

Tussen partijen is niet in geschil dat onder 'agrarische waarde' in dit verband dient te worden verstaan de waarde waarbij voortzetting van de exploitatie van het bedrijf door [eiser] nog net lonend, hetgeen wordt bepaald door de (maximale) financieringsmogelijkheden. De economische of verkeerswaarde van een goed is doorgaans hoger. Op vrije markt zal er wellicht een bieder naar voren komen die bereid is een hogere prijs te betalen dan de agrarische waarde. De agrarische waarde van een goed wordt immers beïnvloed door de financiële positie van een bedrijf. Naarmate een bedrijf zwaarder is gefinancierd, zal de agrarische waarde van de tot het bedrijf behorende activa lager zijn. In de praktijk liggen de prijzen bij familiale overdracht van goederen die tot agrarische bedrijven behoren lager dan bij overdracht aan derden<sup>(7)</sup>.

2. In hoeverre is van belang dat de moeder noch in 1984 (bij gelegenheid van de voortzetting van de vof door de moeder en [eiser] na het overlijden van de vader) noch in 1991 (in het kader van de ontbinding van de vof) een meerwaardeclausule(8) heeft bedongen ten aanzien van de onroerende zaken en het melkquotum?

Dit punt is een rol gaan spelen nadat de door de Rechtbank benoemde deskundigen naar aanleiding van de (rest)vraag of hun onderzoek nog aanleiding gaf tot verdere opmerkingen, het volgende hebben opgemerkt:

“Tevens geven ondergetekenden te kennen dat het hun heeft bevreemd, dat er bij de overdracht van de onderneming, waarbij de overdracht heeft plaatsgevonden tegen de agrarische waarde (en de voorbehouden meerwaarden bij aanvang van de firma niet te gelde zijn gemaakt door erflaatster), geen meerwaardeclausule bij de overdracht is bedongen door de erflaatster.

In 1993 verkoopt [eiser] 9.11.60 ha van het overgenomen land voor f 319.060,-. Door deze verkoop wordt er door [eiser] een winst gerealiseerd van f 169.000,-, waardoor er een aanzienlijke vermogensstijging is ontstaan.”

Na memoriewisseling is het Hof in zijn arrest van 18 april 2002 tot de volgende conclusies gekomen:

1. In het kader van de ontbinding van de vof en de toescheiding van het aandeel van de moeder in het vermogen van de vof moet de waarde van dit aandeel worden gesteld op f 377.443,-. Door middel van de geldleningconstructie heeft [eiser] daarvoor echter slechts f 283.000,- betaald. Het verschil, f 94.443,-, levert een materiële schenking van de moeder aan [eiser] op (r.o. 4.27, 4.28 en 4.44-4.45);

2. Door het ontbreken van een meerwaardeclausule heeft ook een deel van de in 1993 door [eiser] bij de verkoop van grond gerealiseerde winst als materiële schenking te gelden. Het Hof begroot deze schenking op f 85.875,- (r.o. 4.37-4.42 en 4.46);

3. Het voorgaande brengt mee dat voor een bedrag van (f 94.443,- + f 85.575,- =) f 180.018,- moet worden ‘ingekort’. Gelet op het bepaalde in art. 4:967 lid 2 BW betekent dit dat [eiser] van dit bedrag een zodanig groot bedrag in de nalatenschap moet laten terugkeren, dat de schulden van de nalatenschap volledig kunnen worden voldaan. Van hetgeen daarna nog van dit bedrag resteert, komt dan vervolgens aan [verweerster] 3/4 x éénzevende gedeelte als haar legitieme portie toe. Omdat nog niet duidelijk hoe groot het negatieve saldo van de nalatenschap van de moeder zonder de inkorting beloopt, kan het Hof [eiser] niet veroordelen tot concrete bedragen (r.o. 4.48).

Op deze gronden heeft het Hof vervolgens in het dictum van zijn arrest het bestreden eindvonnis van 10 augustus 2000 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, [eiser] veroordeeld tot, kort gezegd, hetgeen hiervoor onder (3) werd weergegeven.

Hetgeen het Hof in dit kader ten aanzien van de hiervoor genoemde geschilpunten heeft overwogen, zal, voor zover nodig, hierna bij de bespreking van het cassatiemiddel aan de orde komen.

[Eiser] heeft tegen het arrest van het Hof tijdig(9) beroep in cassatie ingesteld. [Verweerster] is in cassatie niet verschenen, waarna tegen haar verstek is verleend. Het beroep is vervolgens nog schriftelijk toegelicht.

(Uit de conclusie van de A-G):

Middelonderdeel I richt zich in het bijzonder tegen r.o. 4.26, 4.27 en 4.28 van het arrest van het Hof. Deze rechtsoverwegingen luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

“.....[Verweerster] heeft gelijk in haar bewering dat de vraagstelling aan de deskundigen in zoverre onjuist was, dat in art. 16 van de vennootschapsstatuten slechts is bepaald dat in het daar bedoelde geval de onroerende zaken naar de agrarische waarde dienen te worden gewaardeerd. [verweerster] betoogt eveneens terecht dat in de vennootschapsstatuten niets is bepaald omtrent de aan de overige vermogensbestanddelen toe te kennen waarde. Het Hof zal derhalve thans bezien welke waarde, voor de toepassing van genoemd art. 16, dient te worden toegekend aan de overige vermogensbestanddelen van de vennootschap”.

“.....Ten aanzien van de bedrijfsinventaris en het vee valt echter niet in te zien waarom eveneens een agrarische waarde zou moeten gehanteerd. In het bijzonder bieden de vennootschapsstatuten daarvoor geen enkel aanknopingspunt.....”

“.....De bedrijfsinventaris en het vee dienen in aanmerking te worden genomen voor de (helft van) hun waarden in het economische verkeer van respectievelijk f 35.000,- en f 123.600,- , zijnde f 79300,-.....”

Het onderdeel noemt deze overwegingen rechtens onjuist dan wel onbegrijpelijk. Het meent vooral dat de waardering van het vee en de bedrijfsinventaris tegen de economische waarde niet in overeenstemming is met r.o. 4.37, waarin het Hof overweegt dat aan de vennootschap tussen moeder en zoon klaarblijkelijk de bedoeling ten grondslag lag dat de zoon te zijner tijd het bedrijf alleen zou kunnen voortzetten, tegen een vergoeding aan de erflater en/of haar erfgenamen tot een zodanig bedrag dat voortzetting van de exploitatie van het bedrijf nog juist haalbaar en bedrijfseconomisch verantwoord is. Daarmee lijkt het Hof in deze overweging als grondslag van de waardering voor het gehele bedrijf eerder aan de agrarische waarde te refereren dan aan de waarde in het economisch verkeer. Het onderdeel wijst er verder op dat de waardering van het vee en de bedrijfsinventaris naar de waarde in het economisch verkeer ook moeilijk in overeenstemming te brengen is met de verdiscontering van de opstallenschuld in de agrarische waarde van de opstallen.

### 3. Bespreking van het middel

3.1. Namens [eiser] is één middel van cassatie voorgesteld, dat is opgebouwd uit drie onderdelen. Ter inleiding op de behandeling van de daarin vervatte klachten maak ik eerst de volgende opmerkingen.

Toepasselijk recht

3.2. Nu de nalatenschap van de moeder reeds is opengefallen in mei 1995 – derhalve (ver) vóór de inwerkingtreding van op 1 januari 2003 van het nieuwe erfrecht – dient de onderhavige kwestie op grond van het bepaalde in art. 69 Ow NBW te worden beoordeeld naar het voordien geldende recht. (10)

Inbreng, legitieme portie en inkorting

3.3. Zie ik het goed, dan beroept [verweerster] zich in deze zaak op (schending van) haar legitieme portie en de daarbij behorende ‘inkortingsregeling’ van art. 4:967 BW(oud). In de processtukken van partijen wordt echter ook met enige regelmaat gesproken over ‘inbreng’. Het is goed in het oog te houden dat het hier twee verschillende figuren van erfrecht betreft, elk met eigen regels.

Cassatiemiddel

Conclusie A-G

3.4. Bij inbreng gaat het, voor zover hier van belang, om het volgende. Art. 4:1132 BW(oud) bepaalt dat de erfgenamen alle schenkingen die zijn van de erflater tijdens diens leven hebben genoten, dienen in te brengen in de nalatenschap. Daarbij maakt de wet een onderscheid tussen de erfgenamen in neerdalende lijn (kort gezegd: kinderen en kleinkinderen) en andere erfgenamen. Daarbij geldt ten aanzien van de eerste categorie dat zij steeds tot deze inbreng verplicht zijn, tenzij de erflater hen daarvan bij de schenking heeft vrijgesteld of bij (latere) akte heeft ontheven. Voor de tweede categorie geldt het omgekeerde: zij hoeven niet in te brengen, tenzij de erflater dit uitdrukkelijk heeft 'bevolen of bedongen'. Toegespit op de eerste categorie – [verweester] en [eiser] behoren daar immers toe – berust deze verplichting tot inbreng op de wil van de wetgever (en niet op de veronderstelde wil van de erflater) dat afstammeling bij de verdeling van de nalatenschap gelijk worden behandeld. Teneinde dit te bereiken, wordt bij hetgeen de erflater feitelijk heeft nagelaten opgeteld hetgeen zijn kinderen bij leven reeds bij wege van gift hebben ontvangen. Aan de hand van de aldus gecreëerde 'fictieve nalatenschap' kan dan worden berekend wat aan ieder kind als 'erfdeel bij versterf' toekomt.

3.5. Inkorting ziet daarentegen op de van het voorgaande te onderscheiden legitieme portie, zoals geregeld in de art. 4:960-976 BW(oud). Uitgangspunt voor deze regeling is dat het versterferrecht, waartoe als ik het goed zie ook de inbrengregeling behoort, in die zin van regelend recht is, dat het de erflater vrijstaat daarvan bij testament (of soms: bij codicil) vanaf te wijken. Zoals hiervoor werd opgemerkt kan hij voorts bepalen of een bepaalde schenking later al dan niet moet worden ingebracht. Daarmee staat het de erflater in beginsel vrij bepaalde erfgenamen bij versterf te onterven. Ten aanzien van erfgenamen bij versterf in rechte neerdalende lijn (ook hier, kort gezegd: kinderen en kleinkinderen) heeft de wetgever dit echter onoirbaar geacht. Aan deze erfgenamen – de legitimarissen – kent de wet daarom dwingendrechtelijk een gegarandeerde aanspraak toe op een bepaalde fractie van de nalatenschap: de legitieme portie (ook wel: wettelijk erfdeel (11)).

3.6. Art. 4:960 BW(oud) definieert de legitieme portie als: "een gedeelte van de goederen die aan de bij de wet aangewezen erfgenamen in rechte neerdalende lijn wordt toegekend en waarover de erflater, noch bij wege van gift onder levenden, noch bij uiterste wil, heeft mogen beschikken". Hoe dit gedeelte, deze fractie dient te worden berekend is terug te vinden in de art. 4:961 en 4:968 BW(oud). Kort gezegd komt deze regeling op het volgende neer:

1. Er dient eerst 'een opsomming' te worden gemaakt van alle goederen waarover de erflater op het moment van overlijden beschikt;
2. daarbij dient dan te worden opgeteld 'het beloop' van alle goederen waarover de erflater bij gift onder levenden heeft beschikt; waarna
3. het aldus verkregen bedrag verminderd dient te worden met de schulden;
4. Aan de hand van de aldus verkregen 'legitieme massa' wordt dan vervolgens de legitieme portie worden berekend. Dit gebeurt door hiervan een evenredig te deel te nemen (in dit geval eenzevende) en dit te vermenigvuldigen met één van de in art. 4:961 BW(oud) genoemde breuken (in dit geval driekwart). Bij de bepaling van hetgeen de legitimaris uiteindelijk toekomt dient hiervan dan natuurlijk weer wel te worden afgetrokken hetgeen hij van de erflater heeft ontvangen (art. 4:968).



3.7. Zoals uit het voorgaande volgt, bestaat er in zoverre een raakvlak met de inbrengverplichting van art. 4:1132 dat ook bij de vaststelling van de legitieme portie rekening moet worden gehouden met giften die de erflater bij leven heeft gedaan. In zoverre zou ook hier kunnen worden gesproken van 'inbrengen', zij het dat het karakter daarvan wezenlijk anders is: de inbreng betreft alle giften bij leven, ongeacht een eventuele vrijstelling van inbreng in de zin van art. 4:1132. Tegen deze achtergrond komt het mij voor dat waar in deze zaak wordt gesproken over 'inbreng', daarmee wordt bedoeld het in aanmerking nemen van de door [verweerster] gestelde giften aan [eiser] bij de vraag naar (de schending van) haar legitieme.

3.8. Hoewel de regeling van de art. 4:960-967 van dwingend recht is, komt de legitieme portie de legitimaris niet van rechtswege toe. De legitimaris moet daarop een beroep doen. Het is hier waar de door [verweerster] ingeroepen inkortingregeling van art. 4:967 BW(oud) in beeld komt: indien een legitimaris meent dat door een (materiële of formele) schenking bij leven of bij testament afbreuk is gedaan aan zijn legitieme portie (dat wil zeggen dat de nalatenschap na uitvoering van een eventueel testament en na 'oneigenlijke inkorting' (12) niet voldoende is om de legitiemes te voldoen), kan hij deze schenking of making door 'inkorting' teniet doen. Dit teniet doen moet aldus worden verstaan dat de betrokken legitimaris de legitieme schendende schenking(en) of making(en) kan vernietigen. De werking van de inkorting is geregeld in de art. 4:972 e.v. Over deze werking valt veel te zeggen. (13) Hier is van belang dat inkorting op een materiële schenking in beginsel leidt tot een vordering jegens de begiftigde tot voldoening in geld aan de legitimaris van het bedrag van de bevoordeling, voor zover de legitimaris in zijn legitieme tekort komt. Is de nalatenschap negatief, dan dient daarbij nog wel te worden bedacht dat ingevolge het bepaalde in art. 4:967 lid 2 BW (oud) de legitimarissen van de inkorting niets genieten ten nadele van de schuldeisers, hetgeen een uitwerking is van de gedachte dat hetgeen wordt ingekort strikt genomen (eerst) tot de boedel (de nalatenschap) gaat behoren. Dit brengt mee dat in een dergelijk geval meer moet worden ingekort dan het bedrag van (het tekort op) de legitieme portie. (14) Dit is volgens mij wat het Hof in zijn dictum heeft gedaan: het heeft bepaald dat de begunstiging van [eiser] zover moet worden ingekort dat ook (eerst) de schulden kunnen worden voldaan.

Bespreking van de onderdelen

3.9. Ik ga nu over tot de behandeling van de verschillende middelonderdelen.

(...)

3.12. Het onderdeel treft mijns inziens doel. Uitgangspunt is dat de rechtsbetrekkingen tussen deelgenoten in een gemeenschap beheerst worden door de redelijkheid en billijkheid (art. 3:166 lid 3 BW). Dit uitgangspunt dient uiteraard ook in acht te worden genomen bij het tot stand brengen van een scheiding en deling tussen de deelgenoten. Uit art. 3:185 lid 1 BW blijkt nog eens met zoveel woorden dat de wetgever dit ook zo ziet. In dit artikel is immers bepaald dat de rechter bij verschil van mening tussen de deelgenoten op vordering van de meest gereede partij de wijze van verdeling dient vast te stellen, naar billijkheid rekening houdend met de belangen van partijen en het algemeen belang. Uit de wetsgeschiedenis is op te maken dat met algemeen belang bedoeld is het belang van de

continuïteit van bedrijfsvoering. De gedachte hierbij is dat de wijze van waardering van gezamenlijk ondernemingsvermogen niet mag leiden tot liquidatie van een in essentie gezond bedrijf. Het is maatschappelijk ongewenst wanneer de voortzettende vennoot bij een te hoge prijsbepaling tot liquidatie is gedwongen. Het belang van de gezonde voortzetting van de onderneming kan prevaleren boven belang van niet-voortzettende familieleden. Er zijn hier morele en maatschappelijke factoren in het spel. Ook de redelijkheid en billijkheid zullen zich in het algemeen er tegen verzetten dat een deelgenoot zijn onderneming zou moeten staken als gevolg van een te hoge waardering en daarmee zijn bron van inkomsten zou verliezen (15). Het ondernemingsvermogen is voor de voortzettende ondernemer een bron van inkomsten en geen bron van speculatie. Labohm wijst er overigens mijns inziens terecht op dat voortzetting van een onderneming door bij voorbeeld een zoon op voor deze aantrekkelijke voorwaarden onder toememende druk staat van de individualisering van de maatschappij en de inmiddels in vele gevallen minder sterke familietraditie. (16) Dit geding is wellicht een voorbeeld van deze maatschappelijke trend.

3.13. Voor de waardebeoordeling van goederen met het oog op een verdeling is primair van belang hetgeen de vennootschapsovereenkomst hieromtrent bepaalt. (17) Nu de vennootschapsovereenkomst – anders dan over de waardering van het onroerend goed – niets expliciet bepaalt over de waardering van het vee en de bedrijfsinventaris, komt toepassing van de hierboven genoemde maatstaven van redelijkheid en billijkheid in aanmerking. Daarbij dient uiteraard ook de aard van de tussen moeder en [eiser] geldende rechtsverhouding, zoals deze in de vennootschap onder firma was tot stand gebracht, te worden meegewogen (18). In dit licht klaagt het onderdeel mijns inziens terecht dat het Hof niet inzichtelijk heeft gemaakt of het de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid heeft toegepast en of het daarbij de bijzondere rechtssfeer waarin de betrokken vennootschap onder firma functioneerde heeft meegewogen. Als het deze maatstaven wel heeft toegepast, heeft het Hof niet duidelijk gemaakt, op welke wijze toepassing ervan hem heeft gebracht tot het hanteren van de economische waarde voor de waardebeoordeling van het vee en de bedrijfsinventaris.

3.14. Het op dit cruciale punt ontbreken van een toereikende motivering klemmt te meer nu het Hof in r.o. 4.37 heeft aangegeven dat het de bedoeling van de moeder en [eiser] was hem bij ontbinding van de vennootschap in de gelegenheid te stellen het bedrijf voort te zetten. Dit wijst in de richting dat de betrokken partijen voor de waardering van de tot het gezamenlijke bedrijf behorende goederen er niet zonder meer vanuit zijn gegaan dat waardering daarvan in geval van voortzetting van het bedrijf tegen economische waarde zou dienen plaats te vinden. Ik wijs erop dat [eiser] er voor het Hof een beroep op heeft gedaan dat bij de waardering van het vennootschapsdeel van moeder waartoe het vee en de bedrijfsinventaris behoren met zijn bijzondere omstandigheden rekening gehouden dient te worden (19).

3.15. Middelonderdeel II maakt er bezwaar tegen dat het Hof het niet-bedingen van een meerwaardeclausule als een materiële schenking van moeder aan [eiser] heeft beschouwd. Het onderdeel richt zich in het bijzonder tegen r.o. 4.38 en 4.39. Deze luiden, voor zover hier relevant, als volgt:

“.....gebruikelijk is...dat in het belang van andere belanghebbenden, zoals in

een geval als het onderhavige de erflaatster en de andere kinderen, in de vennootschapsovereenkomst een 'meerwaardebeding' (waarop de deskundigen kennelijk doelen) met een bepaalde termijn wordt opgenomen.

In de onderhavige vennootschapsstatuten is een dergelijk meerwaardebeding niet opgenomen. Het is ook niet opgenomen in de scheiding en deling die op 31 oktober 1991 ten aanzien van het vennootschapsvermogen tot stand is gebracht. Doordat een dergelijk meerwaardebeding ontbreekt, is [eiser] door deze scheiding en deling bevoordeeld. Die bevoordeling zal door erflaatster zijn gedaan uit liberaliteit, naar uit de omstandigheden volgt en ook niet voldoende is bestreden. Indien [eiser] nu binnen de bedoelde termijn na 1 januari 1991 de onroerende zaken verkoopt en indien in de opbrengst van het verkochte goed een meerwaarde is begrepen, heeft die meerwaarde te gelden als door [eiser] genoten materiele schenking die door inkorting in de nalatenschap kan terugkeren. In de omstandigheden van het geval is een termijn van tien jaar van 1 januari 1991 af niet ongebruikelijk te achten; deze termijn kan ook als redelijk worden aangemerkt."

3.16. Het Hof doet vervolgens voor de toepassing van de inkortingsregeling, als ware er in het vennootschapscontract of in de afspraken over de scheiding en deling wel een meerwaarderegeling was opgenomen. Toepassing daarvan leidt er volgens het Hof toe dat f 85.575,- in de nalatenschap dient terug te keren.

3.17. Het onderdeel voert met name aan dat het Hof verzuimd heeft te onderzoeken of het geheel van rechten en plichten uit de vennootschapsovereenkomst het fingersen van een meerwaardeclausule in deze overeenkomst of in de afspraken over scheiding en deling wel rechtvaardigt.

3.18. Voor de beoordeling van het onderdeel is het volgende van belang. Het begrip materiële schenking wordt in de literatuur gedefinieerd als iedere rechtshandeling, waardoor een derde ten koste van het vermogen van het vermogen van de erflater, is bevoordeeld en deze bevoordeling het uitgesproken of kennelijke doel van de rechtshandeling is geweest. Volgens de Hoge Raad moet hierbij worden uitgegaan van een geobjectiveerd schenkingsbegrip: voor het aannemen van een materiële schenking is voldoende dat degene die is verarmd, de bevoordeling van de ander heeft gewild; de motieven die de verarmde daarvoor heeft gehad, zijn daarbij niet van belang. (20) Hierin ligt besloten dat het moet gaan om bevoordeling uit vrijgevigheid, zodat alleen dan van een materiële schenking worden gesproken als er ook een bevoordelingsbedoeling is geweest. Het bewijs daarvan zal doorgaans alleen zijn te putten uit de gedragingen van partijen en uit de overige omstandigheden van het geval, zodat een oordeel daaromtrent in hoge mate is verweven met waarderingen van feitelijke aard. (21)

3.19. Tegen deze achtergrond treft de hiervoor genoemde klacht doel. Als goederen bij voortzetting van een onderneming aan de voortzettende ondernemer tegen een lagere prijs worden overgedragen dan de economische waarde, houdt dit op zich zelf bevoordeling van de voortzetter in. Het cruciale punt is echter of in een geval als het onderhavige sprake is geweest van een bedoeling van de moeder om [eiser] te bevoordelen. Juist op dit punt is het arrest van het Hof onvoldoende gemotiveerd. Het Hof volstaat in r.o. 4.39 met een verwijzing naar de omstandigheden en naar een onvoldoende bestrijding door [eiser] van de door het Hof veronderstelde liberaliteit. Het is mij onduidelijk welke omstandigheden

het Hof op het oog heeft. Daar komt bij dat in de memorie van grieven tevens aanvulling van eis slechts terzijde in de toelichting op grief X door [verweerster] melding wordt gemaakt van het ontbreken van een meerwaardebeding. Hierdoor kan van [eiser] niet verwacht worden dat hij voor het Hof uitgebreid ingaat op het al dan niet aanwezig zijn van een bevoordelingsbedoeling bij moeder.

3.20. Ten overvloede neem ik de vrijheid nog op een ander punt te wijzen. Ik betwijfel of het werkelijk zo juist is om de meerwaardeclausule toe te passen op de verkoop in 1993 door [eiser] van 9 ha bedrijfsgrond. Ik wijs terug naar 1.12 van deze conclusie. De verkoop van de bedrijfsgrond is verricht op verlangen van de bank van [eiser]. De verkoopopbrengst heeft [eiser] gebruikt om een vervangend stuk grond aan te schaffen en de financiering van het door hem gedreven veebedrijf te verbeteren. Het Hof heeft al deze omstandigheden in r.o. 4.41 vastgesteld. De verkoopprijs is dus in het bedrijf geherinvesteerd. Niet is gebleken dat [eiser] de verkoopopbrengst in de privé-sfeer heeft aangewend. Wel zal door de verbetering van de financiering van het bedrijf van [eiser] de agrarische waarde ervan zijn gestegen. Niet is gebleken dat [eiser] daarvan in de privé-sfeer voordeel heeft gehad. Uit de literatuur is mij duidelijk geworden dat het gebruikelijk is dat op de meerwaardeclausule allerlei beperkingen worden aangebracht, met name als een met een verkoop geboekte winst in het bedrijf wordt geherinvesteerd (22). Ik aarzel dan ook of de terugbetaling van een deel van de verkoopwinst die het Hof heeft bevolen in een geval als het onderhavige werkelijk zo voor de hand liggend en gebruikelijk is als het Hof kennelijk heeft verondersteld.

3.21. Volledigheidshalve merk ik voorts nog op dat het onderdeel ook nog de rechtsklacht bevat dat het Hof (mogelijk) heeft miskend dat voor het aannemen van een materiële schenking een handelen is vereist. Een niet-handelen – in dit geval: het niet bedingen van een meerwaardeclausule – kan daarmee nimmer als gift worden gekwalificeerd.

3.22. Over de vraag of men iemand ook door een niet-handelen (niet-doen) kan bevoordelen, bestaat in de literatuur geen eenstemmigheid. Asser-Van der Ploeg-Perrick beantwoordt deze vraag ontkennend. (23) Pitlo-Van der Burght meent daarentegen dat dit onder omstandigheden wel degelijk het geval kan zijn: handelen en stilzitten kunnen twee verschijningsvormen van hetzelfde rechtens relevante feit zijn, zij het dat het als gift aanmerken van een niet-doen wel hoge eisen stelt aan de door de rechter te hanteren motivering. (24) Ik sluit mij hierbij aan. Het door Asser-Van der Ploeg-Perrick ingenomen standpunt komt mij te formalistisch voor en kan in het licht van het voorgaande ook makkelijk verzanden in woordspelletjes. Bedoelde rechtsklacht dient mijns inziens dan ook te falen.

3.23. Middelonderdeel 3 maakt bezwaar tegen de beslissing van het Hof in r.o. 4.13, onder b en 4.20 dat moeder terzake van stille reserves in de opstallen in beginsel een vorderingsrecht op de vennootschap had. Dit vorderingsrecht gaat terug op een voorbehoud dat de vader in art. 4 van de vennootschapsakte in 1974 terzake van stille reserves 'nu en in de toekomst' in het vennootschapsvermogen had gemaakt.

3.24. Voor zover [verweerster] belang heeft bij haar klacht – het Hof heeft immers de hoogte van deze reserves op nul vastgesteld –, meen ik dat de klacht gegrond is. De beslissing van het Hof over een in beginsel aan de moeder toekomend vorderingsrecht terzake stille reserves in de opstallen is niet, althans niet

zonder meer begrijpelijk tegen de achtergrond van hetgeen het Hof in r.o. 4.19 heeft overwogen. In deze r.o. gaat het Hof er immers vanuit dat in 1984 bij de scheiding en deling van de huwelijksgemeenschap van moeder en de vader en van de nalatenschap van de vader met de vordering van de vader op de vennootschap terzake van stille reserves rekening is gehouden. Dit wijst erop dat dit vorderingsrecht is afgewikkeld. Het is dan zonder nadere motivering niet begrijpelijk dat het Hof er in r.o. 4.13 onder b en r.o. 4.20 nog van een bestaand vorderingsrecht uitgaat

3.25. De conclusie uit het voorgaande is dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven. [Eiser] betoogt dat de Hoge Raad de zaak zelf kan afdoen door bekrachtiging van het eindvonnis van de Rechtbank. Ik betwijfel dat. De verschillende onderdelen treffen immers alle doel vanwege motiveringsgebreken. Mijns inziens brengt dit mee dat na cassatie nieuwe afwegingen van feitelijke aard moeten worden gemaakt. Er dient dus verwijzing te volgen.

#### 4. Conclusie

Deze strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing van de zaak naar een ander Hof.

3.4.1. De klachten van onderdeel I zijn gericht tegen de overwegingen van het Hof met betrekking tot het hiervoor in 3.3 onder (a) vermelde oordeel. Deze overwegingen laten zich als volgt samenvatten. De Rechtbank heeft de door haar benoemde deskundigen gevraagd de aan het vennootschapsdeel van de moeder toe te kennen agrarische waarde te bepalen. Deze vraagstelling was in zoverre onjuist dat in art. 16 van de vennootschapsstatuten slechts is bepaald dat in een geval als dit de onroerende zaken naar de agrarische waarde dienen te worden gewaardeerd. In die statuten is niets bepaald omtrent de aan de overige vermogensbestanddelen toe te kennen waarde (r.o. 4.26). Ten aanzien van de bedrijfsinventaris en het vee valt niet in te zien waarom de agrarische waarde zou moeten worden gehanteerd. De vennootschapsstatuten bieden daarvoor geen enkel aanknopingspunt (r.o. 4.27). De bedrijfsinventaris en het vee dienen in aanmerking te worden genomen naar hun waarde in het economische verkeer, hetgeen leidt tot een bijtelling van f 79.300,-, zodat de waarde van het vennootschapsaandeel van de moeder per 1 januari 1991 moet worden gesteld op (f 298.143,- + f 79.300,- =) f 377.443,-.

Hoge Raad

3.4.2. De onderdelen I.2.3 tot en met I.2.6 – onderdeel I.2.1 mist feitelijke grondslag, terwijl onderdeel I.2.2 geen klacht bevat – komen erop neer dat het Hof geen inzicht heeft gegeven in de gedachtengang die geleid heeft tot zijn oordeel dat, voor beantwoording van de vraag of de moeder in 1991 een materiële schenking aan [eiser] heeft gedaan, de bedrijfsinventaris en het vee in aanmerking moeten worden genomen naar hun waarde in het economische verkeer en niet naar hun – lagere – agrarische waarde. Dit wordt als volgt uitgewerkt. Voor zover het Hof voor zijn oordeel slechts bepalend heeft geacht de letterlijke tekst van de vennootschapsstatuten en niet de overige omstandigheden van het geval – de bedoeling van [eiser] en zijn moeder dat hij het bedrijf te zijner tijd alleen zou kunnen voortzetten, het feit dat de rechtsbetrekking tussen deelgenoten wordt beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, het algemeen belang dat gelegen is in de continuïteit van de bedrijfsvoering – heeft het blijk gegeven

van een onjuiste rechtsopvatting. Zou het Hof zich wel rekenschap hebben gegeven van de te dezen toepasselijke maatstaf, dan valt met geen mogelijkheid in te zien hoe het Hof heeft kunnen komen tot zijn oordeel dat de bedrijfsinventaris en het vee niet naar de agrarische waarde, maar naar de waarde in het economische verkeer in aanmerking dienen te worden genomen. Onderdeel I.2.7 voegt hieraan nog toe dat het maken van een onderscheid in die zin dat deels wordt gewaardeerd tegen de agrarische waarde en deels tegen de waarde in het economische verkeer ook onverenigbaar is met de door het Hof tot uitgangspunt genomen definitie van het begrip agrarische waarde, te weten “het bedrag dat maximaal kan worden gefinancierd bij een nog net lonende exploitatie”. Bij dat uitgangspunt leidt immers, zoals het Hof met betrekking tot de waardering van “de opstallenschuld” (r.o. 4.27: “deze is verdisconteerd in de agrarische waarde van de opstallen, zodat zij voor de toepassing van art. 16 van de vennootschapsstatuten buiten beschouwing dient te blijven”) wel lijkt te hebben ingezien, iedere verhoging van de schuldpositie van de vennootschap tot een verlaging van de, voor de agrarische waarde bepalende, financieringsruimte met eenzelfde bedrag.

3.4.3. Het gaat hier om de vraag welke maatstaf moet worden aangelegd bij de waardering van vermogensbestanddelen – bedrijfsinventaris en vee – in het kader van de verdeling in 1991 van de gemeenschap van een vennootschap onder firma ter uitoefening van een melkveebedrijf, in een geval waarbij enerzijds uitgangspunt moet zijn dat de vennootschapsstatuten ten aanzien van de onroerende zaken waardering tegen agrarische waarde voorschrijven, terwijl daarin enig voorschrift omtrent de bij de waardering van de andere vermogensbestanddelen toe te passen maatstaf ontbreekt, en anderzijds dat het de bedoeling van de beide vennoten ([eiser] en zijn moeder) was dat een van hen ([eiser]) te zijner tijd het (familie)bedrijf zou kunnen voortzetten, welke bedoeling ook is verwezenlijkt.

3.4.4. In een dergelijk geval is, zoals het Hof blijktens zijn oordeel dat bij het melkquotum moet worden uitgegaan van de agrarische waarde ten aanzien van dat vermogensbestanddeel wél heeft onderkend (r.o. 4.27), niet beslissend dat de vennootschapsstatuten alleen de onroerende zaken noemen als vermogensbestanddelen die tegen agrarische waarde gewaardeerd moeten worden. In de eerste plaats zal mede in aanmerking genomen moeten worden a) dat ook naar het in 1991 geldende recht de rechtsbetrekkingen tussen deelgenoten in een gemeenschap worden beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, die in het algemeen in de weg staan aan een waardering die voortzetting van een (nog juist lonend) bedrijf onmogelijk maakt en b) dat het steeds de bedoeling van de beide vennoten ([eiser] en zijn moeder) is geweest dat een van hen ([eiser]) het bedrijf na de ontbinding van de vennootschap zou kunnen voortzetten tegen voldoening van een vergoeding waarbij exploitatie van het bedrijf nog juist lonend was. Daarnaast dient de aard van de rechtsverhouding tussen de deelgenoten te worden meegewogen. Deze wordt in dit geval gekenmerkt door het feit dat het hier gaat om de samenwerking in het kader van een in familieverband uitgeoefend melkveebedrijf waarin eerst de vader, nadien (vanaf omstreeks 1962) de vader en [eiser] (met ingang van 1 januari 1974 als vennoten), en vervolgens (vanaf 1983) [eiser] en, zij het in in aanmerkelijk mindere mate, zijn moeder activiteiten hebben ontplooid. Voor zover het Hof een en ander heeft miskend,

geeft zijn hier aan de orde zijnde oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting; voor zover het dat niet heeft gedaan is dit oordeel zonder nadere, door het Hof niet gegeven motivering, onbegrijpelijk. De onderdelen I.2.3 tot en met I.2.6 slagen. Onderdeel I.2.7 daarentegen faalt, nu het berust op het onjuiste uitgangspunt dat het gegeven dat de onroerende zaken gewaardeerd dienen te worden tegen agrarische waarde zonder meer in de weg staat aan het hanteren van een andere waarderingsmaatstaf bij de overige vermogensbestanddelen.

3.5.1. De klachten van onderdeel II keren zich tegen (de motivering van) het oordeel van het Hof (r.o. 4.38–4.42) dat – nu het gebruikelijk is om in gevallen als het onderhavige, waarin een regeling is getroffen die erop is gericht dat de overblijvende vennoot het bedrijf kan voortzetten, in de vennootschapsovereenkomst een meerwaardeclausule op te nemen – het ontbreken van een dergelijke clausule in de vennootschapsstatuten alsook in de akte van scheiding en deling een materiële schenking (ten bedrage van f 85.575,-, zijnde ongeveer de helft van de bij de grondverkoop in 1993 gerealiseerde winst) door de moeder aan [eiser] oplevert omdat, naar uit de omstandigheden volgt en ook niet (voldoende) is bestreden, het niet bedingen van die clausule door de moeder uit liberaliteit is geschied.

3.5.2. Het onderdeel houdt onder II.2.9 onder meer in dat het Hof door aldus te oordelen heeft miskend dat voor iedere schenking een handelen is vereist en dat een niet-handelen nimmer een schenking kan opleveren. Dit betoog kan echter in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard: bevoordeling uit vrijgevigheid kan onder omstandigheden ook plaatsvinden door een niet-handelen. Evenmin kan als juist worden aanvaard dat, bij het ontbreken van een meerwaardeclausule in de vennootschapsovereenkomst tussen [eiser] en zijn moeder, in de in overeenstemming met die overeenkomst afgewikkelde scheiding en deling hoe dan ook geen (materiële) schenking van de moeder aan [eiser] kan zijn gelegen, gegeven het feit dat deze laatste bij die scheiding en deling slechts datgene heeft verkregen waarop hij contractueel recht had. In zoverre faalt het onderdeel derhalve.

3.5.3. Het onderdeel bevat voorts de klacht dat zonder nadere, door het Hof niet gegeven, motivering niet valt in te zien dat het, uiterlijk bij de scheiding en deling, niet bedingen door de moeder van een meerwaardeclausule zijn grond vindt in vrijgevigheid.

3.5.4. Op het ontbreken van die clausule is voor het eerst gewezen in het advies van de door de Rechtbank benoemde deskundigen: zij uitten in verband met de bij de grondverkoop in 1993 behaalde winst hun bevreemding over het feit dat in 1991 geen meerwaardeclausule was overeengekomen. Daarna heeft [verweerster] zich in haar conclusie na deskundigenbericht op het standpunt gesteld “dat in een omstandigheid als de onderhavige een in alle redelijkheid denkend adviseur van moeder/erflaatster er voor had zorggedragen dat op zijn minst bij de overdracht een meerwaardeclausule was bedongen”, en dat dit mede betrokken diende te worden bij de beoordeling van de waardebepaling. In reactie daarop heeft [eiser] gewezen op de samenhang tussen de verkoop van de ongeveer 9.11 ha en de aankoop van 4.5 ha en betoogd dat hij, wanneer in 1991 wel een meerwaardeclausule zou zijn overeengekomen, niet tot die beide transacties zou zijn overgegaan omdat hij de aankoop dan niet had kunnen financieren, waaraan hij toevoegde dat de vorderingen van [verweerster] voor zover deze ervan uitgingen

dat de waarde van het aandeel van de moeder meer beliep dan f 298.143,- zouden moeten worden afgewezen omdat de latent aanwezige meerwaarde in het bedrijf niet als “een materiële bevoordeling” is aan te merken. In hoger beroep heeft [verweester] wat het punt van de meerwaardeclausule betreft ermee volstaan in de toelichting op grief X op te merken dat zich met betrekking tot de verkoop van landerijen na 1991 de omstandigheid wreekt dat zo’n clausule niet is opgenomen, waaraan zij in grief XI toevoegde dat de Rechtbank de verruiming van de betalingscapaciteit van de vennootschap in 1993 bij de vaststelling van de waarde had moeten betrekken omdat [eiser] ook al in 1989, althans op het moment dat hij het bedrijf overnam, tot verkoop had kunnen overgaan. Hetgeen [eiser] daartegenover heeft gesteld komt neer op een herhaling van zijn eerdere betoog.

3.5.5. In het licht van dit debat wordt de hiervoor onder 3.5.3 weergegeven klacht terecht voorgesteld. Naar het oordeel van het Hof volgt, zoals hiervoor in 3.5.1 is vermeld, allereerst uit “de omstandigheden” dat het ontbreken van een meerwaardeclausule op vrijgevigheid van de moeder berust. Klaarblijkelijk is het Hof bij dit oordeel ervan uitgegaan dat, zoals in een geval als dit immers voor het aannemen van vrijgevigheid is vereist, de moeder ook daadwerkelijk in de positie verkeerde een dergelijke clausule zonder meer te kunnen bedingen. Het onderdeel wijst er evenwel terecht op dat zonder nadere, door het Hof niet gegeven motivering, niet begrijpelijk is hoe het Hof tot dit oordeel heeft kunnen komen. Het Hof, dat in het midden laat welke omstandigheden het hier op het oog heeft, heeft weliswaar geoordeeld (r.o. 4.38) dat het gebruikelijk is om, ter voorkoming van – kort gezegd – verzilvering van de meerwaarde door de voortzettende zoon, een voor een zekere termijn geldende meerwaardeclausule op te nemen, maar dat is onvoldoende om te kunnen oordelen dat het slechts van de wil van de moeder afhankelijk is geweest dat een dergelijke clausule achterwege is gebleven. Nu in het debat over die clausule hooguit impliciet aan de orde is geweest dat te dezen van vrijgevigheid aan de zijde van de moeder sprake zou zijn geweest, is ook ’s hofs oordeel dat [eiser] niet (voldoende) heeft bestreden dat het niet opnemen van een meerwaardeclausule op vrijgevigheid berustte zonder nadere, door het Hof niet gegeven toelichting, onbegrijpelijk.

3.6. De klachten van onderdeel III kunnen, nu het Hof de opstallenschuld voor de toepassing van art. 16 van de vennootschapsstatuten op nihil heeft gesteld, wegens gemis aan belang niet tot cassatie leiden.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Amsterdam van 18 april 2002;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof te Arnhem;

(...).

#### Commentaar

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2004, 653, m.nt. WMK.



## Erfrecht – Ouderlijke boedelverdeling

179

**HOGE RAAD**

19 september 1969

**Makkumse obv**

De P-G bij de Hoge Raad der Nederlanden, eiser tot cassatie in het belang der wet van een arrest van het Hof te Leeuwarden van 28 februari 1968, welk arrest is gewezen tussen A. Wijnstra, G. Veenstra en J.W. Veenstra, als appellanten, tevens voorwaardelijk incidenteel geïntimeerden, en D. Veenstra en de rechtspersoonlijkheid bezittende voogdijvereniging 'Tot Steun', te Leeuwarden, in haar hoedanigheid van voogdes over A. Veenstra, als geïntimeerden, tevens voorwaardelijk incidenteel appellanten.

**Partijen**

Veenstra is in eerste echt gehuwd geweest. Daaruit zijn vier kinderen geboren. Hij huwt in tweede echt met Wijnstra. Bij testament beschikt Veenstra over zijn nalatenschap, inhoudende onder meer een ouderlijke boedelverdeling als bedoeld in art. 4:1167 BW. De vorderingen uit de ouderlijke boedelverdeling zijn op grond van het testament renteloos en pas opeisbaar bij overlijden van Wijnstra. Veenstra overlijdt op 9 augustus 1963. De kinderen stellen dat deze bepaling benadeling voor meer dan een kwart oplevert en vorderen vernietiging van de verdeling.

**Feiten**

De kinderen vorderen vernietiging van de gemaakte verdeling bij de Rechtbank te Leeuwarden. Een van de kinderen vraagt de Rechtbank bovendien dat wanneer de Rechtbank mocht vinden dat er toch een geldige ouderlijke boedelverdeling is, de clause van renteloosheid zou worden aangepast in die zin dat er wel een rente verschuldigd zal zijn, en wel van 5%. De Rechtbank wijst de vordering tot vernietiging van de ouderlijke boedelverdeling af, maar de vordering van de ene erfgenaam toe. Het Hof te Leeuwarden vernietigt het vonnis van de Rechtbank en verklaart de verdeling nietig. Tegen dit arrest komt de procureur-generaal bij de Hoge Raad op en stelt een vordering tot cassatie in het belang van de wet in.

**Verloop van de procedure**

“dat het Hof art. 1170 juncto art. 1167 B.W., althans het recht, heeft geschonden door aan te nemen, althans door er van uit te gaan, dat de testator bij de beschikking onder 3 van het testament 'de verdeling' overeenkomstig art. 1167 heeft gemaakt; subsidiair – voor het geval de Hoge Raad mocht oordelen dat de testator, onder 3 van het testament bepalende:

**Cassatiemiddel**

‘Ik bepaal dat alle door mij na te laten activa zullen worden verkregen door mijn genoemde echtgenote, onder gehoudenheid harerzijds om:

- a. alle passiva voor haar rekening te nemen en als eigen schulden te voldoen, hieronder begrepen de successierechten, boedelkosten en begrafeniskosten;
  - b. aan ieder van mijn overige erfgenamen wegens overbedeling uit te keren een bedrag in contanten, overeenkomende met het erfdeel van ieder hunner’
- de verdeling overeenkomstig art. 1167 heeft gemaakt –, dat het Hof art. 1170 juncto art. 1167 B.W., althans het recht, heeft geschonden, door aan te nemen dat de testator, onder 3 van het testament bepalende ‘Ik bepaal dat deze uitkeringen eerst bij het overlijden van mijn genoemde echtgenote behoeven te geschieden en dat door haar van deze bedragen geen rente zal behoeven te worden vergoed, een en ander ter voldoening aan de wettelijke verzorgingsplicht van echtgenoten onderling’, ‘de’ verdeling overeenkomstig art. 1167 B.W. heeft gemaakt, en wel ‘de verdeling’, welke betwistbaar is uit hoofde van benadeling, meer dan een vierde bedragende, en voorts, door aan te nemen dat de testator, aldus bepalende, ‘de’ verdeling heeft gemaakt, welke door D. Veenstra terecht uit dien hoofde is betwist’; (...).

**Hoge Raad**

Overwegende omtrent het primaire onderdeel van het middel: dat dit onderdeel blijkt de toelichting steunt op de stelling dat een verdeling waarbij alle goederen aan de langstlevende echtgenoot worden toebedeeld, onder gehoudenheid van deze om de schulden te voldoen en aan ieder van de overige erfgenamen wegens overbedeling een bedrag aan contanten uit te keren, niet zou zijn een verdeling en scheiding als bedoeld in de art. 1167 e.v. B.W.; dat gemelde artikelen aan een zodanige wijze van verdeling echter niet in de weg staan, zodat dit onderdeel faalt;

Overwegende omtrent het subsidiaire onderdeel van het middel: dat dit onderdeel berust op de stelling dat de bepaling in het onderhavige testament, inhoudende dat de uitkeringen wegens overbedeling eerst bij het overlijden van de langstlevende echtgenote behoeven te geschieden en dat door haar van deze bedragen geen rente zal behoeven te worden vergoed, naar haar aard vreemd is aan ‘de verdeling overeenkomstig art. 1167 gemaakt’, als bedoeld in art. 1170 BW;

dat echter het Hof terecht heeft geoordeeld dat bedoelde bepaling deel uitmaakt van gemelde verdeling, nu deze bepaling meebrengt dat in het onderhavige geval, voor zover hier van belang, de langstlevende echtgenote alle goederen verkrijgt, waartegenover de overige erfgenamen verkrijgen niet een vordering wegens overbedeling zonder meer, maar een vordering wegens overbedeling, welke vordering tot het overlijden van de langstlevende echtgenote niet opeisbaar zal zijn en waarover laatstgenoemde geen rente behoeft te vergoeden;

dat mitsdien ook dit onderdeel faalt;

Verwerpt het beroep.

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1969, 402, m.nt. KW. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 401-408; Pitlo-Van der Burght, nr. 247 en 251 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 508 alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 936 en 945; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 91 en 92, en Luijten, *Ars Aequi* 1970,

p. 110-116; Rombach, De ouderlijke boedelverdeling na 19 september 1969, WPNR 5075-5076 (1970); Coebergh, De ouderlijke boedelverdeling, WPNR 5065 (1969) en Lubbers, Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, WPNR 5090 (1970). De ouderlijke boedelverdeling van art. 4:1167 oud BW is in het nieuwe erfrecht als zodanig niet teruggekeerd. Wel kent afdeling 4.3.1 een bijzondere wettelijke verdeling ten behoeve van de langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner. Mogelijk is ook dat de langstlevende echtgenoot of geregistreerde partner tot enig erfgenaam wordt benoemd, waarbij de vorderingen van de legitimarissen op grond van art. 4:82, voor zover deze ten laste zouden komen van de making, eerst opeisbaar zijn na diens overlijden. Zulks kan op overeenkomstige wijze worden verbonden aan een making ten behoeve van een andere levensgezel, indien deze met de erflater een gemeenschappelijke huishouding voert en een notarieel verleden samenlevingsovereenkomst is aangegaan. Vergelijk ook *Handboek Erfrecht* (2006), Van Mourik, p. 9 e.v. en Waaijer, p. 304 e.v. en 358 e.v.

180

HOGE RAAD  
25 juli 1978

Lijntje en Tanna

Lijntje Elisabeth Munters, echtgenote van Willem Nelemans, te Zevenbergen, eiseres tot cassatie,

Partijen

*tegen*

1. Tanna Willemijna Munters, te Dordrecht,
2. Antje Arlène van Kluyve, te Heukelum,
3. Johanna Lucretia Wilhelmina van Kluyve, te Utrecht,
4. Victoria Janna Tanna van Kluyve, te Hayngen (Zwitserland),
5. Wilhelmina Maria Hendrika van Kluyve, te Alphen aan den Rijn,
6. Tanna Willemijna van Kluyve, te Utrecht,
7. Alice Désirée van Kluyve, te Utrecht, verweersters in cassatie,

en

1. Tanna Willemijna Munters, te Dordrecht,
2. Antje Arlène van Kluyve, te Heukelum,
3. Johanna Lucretia Wilhelmina van Kluyve, te Utrecht,
4. Victoria Janna Tanna van Kluyve, te Hayngen (Zwitserland),
5. Wilhelmina Maria Hendrika van Kluyve, te Alphen aan den Rijn,
6. Tanna Willemijna van Kluyve, te Utrecht,
7. Alice Désirée van Kluyve, te Utrecht, eiseressen tot cassatie,

*tegen*

Lijntje Elisabeth Munters, echtgenote van Willem Nelemans, verweerster in cassatie, te Zevenbergen.

**Feiten** Uit het huwelijk van Cornelis Krijn Munters en Antje Arlène Punt, in gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd, zijn twee dochters geboren: Tanna en Lijntje. Tanna heeft zes kinderen. Vader en moeder maken op 22 oktober 1959 eensluidende testamenten inhoudende onder meer een ouderlijke boedelverdeling van alle goederen ten behoeve van de langstlevende van hen en wanneer de langstlevende komt te overlijden een ouderlijke boedelverdeling van onroerende zaken ten behoeve van hun dochter Lijntje. Op 3 maart 1961 maken zij op hun testamenten een aanvulling, inhoudende onder meer dat Tanna wordt onterfd en dat daarvoor in de plaats haar kinderen tot erfgenamen worden benoemd. In het aanvullend testament is tevens de *cautio Socini*, oftewel privatieve clausule opgenomen: voor het geval een erfgenaam zich tegen de uiterste wil verzet, wordt hij in de legitieme gesteld waarbij het vrijkomende deel de overige erfgenamen toekomt. Moeder overlijdt op 29 oktober 1965, vader op 12 november 1970. Dochter Tanna kan zich met haar onterving niet verenigen en doet een beroep op haar legitieme portie in beide nalatenschappen. Bij de verdeling ontstaan zwarigheden: Tanna vindt dat de ouderlijke boedelverdeling nietig is omdat zij is overgeslagen. Bovendien is men het oneens over de aandelen van de erfgenamen in de nalatenschappen. Lijntje stelt zich op het standpunt dat doordat Tanna en haar kinderen zich tegen het testament hebben verzet, alleen Tanna haar legitieme erft.

**Verloop van de procedure** Tanna spant bij de Rechtbank te Breda een zwarighedenprocedure aan. De Rechtbank verklaart de ouderlijke boedelverdelingen nietig omdat de verdeling niet is gedaan tussen alle kinderen. Lijntje komt van dit vonnis in hoger beroep en Tanna stelt incidenteel hoger beroep in. Het Hof te 's-Hertogenbosch bekrachtigt het vonnis. Zowel Lijntje als Tanna gaan in cassatie.

**Hoge Raad** Overwegende met betrekking tot het cassatieberoep van Lijntje:  
 Het beroep van Tanna en haar kinderen op niet-ontvankelijkheid van Lijntje dient te worden verworpen. Ten aanzien van het geschilpunt betreffende de geldigheid van de ouderlijke boedelverdelingen is Lijntje door het Hof in het ongelijk gesteld en zij heeft dus belang bij haar cassatieberoep waarin de beslissing van het Hof op dit punt wordt bestreden;  
 Overwegende met betrekking tot middel I van Lijntje:  
 Terecht heeft het Hof, uitgaande van de in r.o. 3 genoemde onterving van Tanna, geoordeeld dat in het onderhavige geval de boedelverdelingen nietig zijn, daar zij niet zijn gemaakt tussen alle kinderen die ten tijde van het overlijden van de betrokken erflater in leven waren, en dat daaraan niet afdeed dat Tanna door beroep te doen op haar wettelijk erfdeel erfgename werd. Tevergeefs wordt dit oordeel in de onderdelen A en D bestreden. De onderdelen B en C missen feitelijke grondslag; zij gaan beide er van uit, dat Tanna zou hebben berust in haar onterving, c.q. dat zij op haar eigen verzoek zou zijn onterfd, hetgeen door het Hof niet is vastgesteld. Onderdeel E bevat geen tegen het arrest van het Hof gerichte, voor behandeling in cassatie vatbare klacht;  
 Overwegende met betrekking tot middel II van Lijntje:  
 Volgens dit middel zouden de wettelijke regels betreffende de uitleg van testamenten het Hof hebben moeten nopen om de krachtens art. 1169 BW nietige

boedelverdeling op te vatten als een legaat van onroerende zaken, teneinde aldus de bedoeling van de testamenten zoveel mogelijk tot haar recht te doen komen. Het Hof heeft echter kennelijk aangenomen dat de erflaters, naar zij in de testamenten tot uiting hebben gebracht, niet anders dan een testamentaire boedelverdeling tot stand hebben willen brengen. Dit oordeel dat feitelijk van aard is, kan in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst.

Het verdere gedeelte van middel II, bevattende een berekening van hetgeen – uitgaande van de juistheid van het in dit middel verdedigde standpunt – aan Tanna, onderscheidenlijk Lijntje uit de nalatenschappen van haar ouders zou toekomen, behoeft geen bespreking nu bedoeld standpunt onjuist is.

Het cassatieberoep van Lijntje is dus ontvankelijk, maar moet worden verworpen;

Overwegende met betrekking tot het cassatieberoep van Tanna en van Tanna's kinderen:

De onderdelen I-III van het in dit beroep voorgestelde middel bestrijden 's hofs beslissing met betrekking tot het tweede geschilpunt dat in cassatie nog aan de orde is, namelijk de erfporties van Lijntje, Tanna en (eventueel) Tanna's kinderen. Ten aanzien hiervan heeft het Hof geoordeeld dat de berekening van de erfdelen zoals Lijntje die heeft gesteld de juiste is en dat Tanna's kinderen, nu hun moeder zich op haar legitieme heeft beroepen, niet in de nalatenschappen meedelen. Deze beslissing wordt in de onderdelen I-III van het middel bestreden, maar daar de juistheid van het in die onderdelen ingenomen standpunt geen invloed heeft op de positie van Tanna, doch alleen op die van haar kinderen, is in zoverre Tanna niet-ontvankelijk in haar cassatieberoep, als hebbende daarbij geen belang.

Daartegenover zijn de kinderen niet-ontvankelijk wat betreft onderdeel IV, daar dit zich keert tegen hetgeen het Hof ten aanzien van het voorwaardelijk incidenteel appel, uitsluitend door Tanna ingesteld, heeft overwogen;

Overwegende met betrekking tot de onderdelen I-III:

Deze onderdelen zijn gegrond. Lijntje heeft in de procedure, in overeenstemming met het in het proces-verbaal van zwaarigheden door haar ingenomen standpunt, zoals weergegeven in het op dit punt in hoger beroep niet bestreden vonnis van de Rechtbank, steeds verdedigd dat de kinderen van Tanna, omdat zij zich tegen de uiterste wil van hun grootouders zouden hebben verzet, tot geen van de beide nalatenschappen gerechtigd zijn. Aldus wordt in het arrest grief III van Lijntje weergegeven. Het stond het Hof niet vrij, zich buiten het kader van de rechtsstrijd van partijen bevende, de uitsluiting van de kinderen aan te nemen op een andere grond dan de door Lijntje aangevoerde, namelijk op grond van een door het Hof aangenomen bedoeling van de erflaters voor het geval dat Tanna een beroep zou doen op haar legitieme portie.

De gegrondheid van deze onderdelen heeft tot gevolg, dat het arrest wat betreft de daarin vervatte beslissing, dat de kinderen van Tanna zijn uitgesloten van de nalatenschappen en dat de berekening van de erfdelen zoals Lijntje die heeft gemaakt de juiste is, moet worden vernietigd en dat de beslissing van de Rechtbank ten aanzien van dit punt in stand blijft. Hieruit volgt dat Tanna bij de klacht van onderdeel IV, betreffende het achterwege blijven van de behandeling van haar incidenteel appel – mede in verband met 's Hogen Raads beslissing

**181 Erfrecht – Ouderlijke boedelverdeling**

omtrent de kosten – geen belang heeft, daar de voorwaarde waaronder dit appel is ingesteld, nu de door haar primair voorgestane verdeling in stand blijft, niet is vervuld;

In de zaak nr. 11264:

Verwerpt het beroep; (...)

In de zaak nr. 11285:

Verklaart Tanna niet ontvankelijk in haar beroep voor wat betreft de onderdelen I-III en de kinderen van Tanna niet-ontvankelijk voor wat betreft onderdeel IV, Vernietigt het arrest van het Hof te 's-Hertogenbosch van 22 juni 1977 gewezen tussen partijen doch alleen voor wat betreft de beslissing dat de kinderen van Tanna geen deelgenoten zijn in de nalatenschappen van hun grootouders en dat de berekening van de erfdelen zoals Lijntje die heeft gemaakt de juiste is, alsmede wat de kostenveroordeling betreft; (...).

**Commentaar** Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1979, 352, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 397-398 en 404; Pitlo-Van der Burght, nr. 248 en 249 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 507 en 512, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 921 en 940, alsmede Lubbers, *Overzicht der Nederlandse Rechtspraak*, WPNR 5514 (1980) en Pleysier, *De arresten Lijntje en Tanna*, WPNR 5531 (1980).

Vergelijk ook over de ouderlijke boedelverdeling en het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Ouderlijke boedelverdeling, nr. 180 opgenomen arrest.

**181** HOGE RAAD (BELASTINGKAMER)  
5 juli 1982

**Overeenkomst erfgenamen en obv**

**Partijen** Beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën tegen de uitspraak van het Hof te 's-Gravenhage van 22 september 1981 betreffende de aan X te Z opgelegde aanslag tot naheffing van overdrachtsbelasting ter zake van na te melden verkrijging; (...)

**Feiten** Op 8 november 1979 overlijdt de moeder van belanghebbende. Zij was in gemeenschap van goederen gehuwd met de vader van belanghebbende. De erflater liet als erfgenamen na haar echtgenoot, belanghebbende en de zuster van belanghebbende. In het testament is een ouderlijke boedelverdeling opgenomen. Bij een notariële akte van 10 juni 1980 wordt de verdeling van de gemeenschap van goederen en de nalatenschap geregeld, afwijkend van de ouderlijke boedelverdeling. Het hoofdrecht (ofwel de blote eigendom) van de woning wordt toegedeeld aan de dochters en de vader krijgt het levenslang vruchtgebruik daarvan. Bij de registratie van deze akte wordt geen overdrachtsbelasting afgedragen. De inspecteur vindt dat de toedeling ter gelegenheid van de verdeling een voor de dochters

belastbare verkrijging voor de overdrachtsbelasting vormt en legt een naheffingsaanslag op.

Belanghebbende tekent bezwaar aan tegen de aanslag. De inspecteur blijft bij de aanslag. Het Hof te 's-Gravenhage vernietigt de aanslag van de inspecteur. De staatssecretaris gaat in cassatie. Hij betoogt dat de ouderlijke boedelverdeling gewoon geldig is en dat die verdeling niet tot stand kon worden gebracht. De toedeling moet volgens hem worden beschouwd als een aan de heffing van overdrachtsbelasting onderworpen verkrijging die niet valt onder art. 3 onder b Wet op Belastingen van Rechtsverkeer.

**Verloop van de procedure**

Overwegende dienaangaande:

dat het Hof klaarblijkelijk heeft aanvaard het door belanghebbende in haar beroepschrift voor het Hof verdedigde standpunt dat de erfgenamen de bevoegdheid hebben de op grond van de art. 1167 e.v. BW tot stand gebrachte boedelverdeling bij onderling goedvinden ongedaan te maken;

dat dit uitgangspunt onjuist is;

dat immers evenbedoelde boedelverdeling door de erflater tot stand wordt gebracht en de erfgenamen niet een andere dan de reeds tot stand gebrachte boedelverdeling kunnen bewerkstelligen;

dat zulks meebrengt dat belanghebbende en haar zuster de blote eigendom van het onroerend goed niet hebben verkregen krachtens een scheiding als bedoeld in art. 3 aanhef en onderdeel b Wet op belastingen van rechtsverkeer;

dat het middel mitsdien gegrond is;

Overwegende dat 's hofs uitspraak niet in stand kan blijven en verwijzing moet volgen voor een onderzoek van het subs. geschilpunt;

Vernietigt de uitspraak van het Hof;

Verwijst het geding naar het Hof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing der zaak in meervoudige kamer met inachtneming van dit arrest.

**Hoge Raad**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1983, 685, m.nt. WMK.

Zie ook Hof Amsterdam 13 december 1982, *NJ* 1984, 238. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 400; Pitlo-Van der Burght, nr. 248.2 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 511 en 512, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 926 en Asser-Perrick 6, nr. 405, alsmede Perrick, Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, WPNR 5721 (1984).

Vergelijk ook over de ouderlijke boedelverdeling en het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Ouderlijke boedelverdeling nr. 179 opgenomen arrest.

**Commentaar**

**Partijen**

1. Franciscus van der Kammen, te Rossum,  
 2. Jacobus Coenradus Josephus van der Kammen, te Rossum, in hun hoedanigheid van voogd resp. toezienend voogd over:  
 – Johanna Wilhelmina Francisca van der Kammen, geboren 6 juni 1971 en,  
 – Gerarda Michelle Dorothea van der Kammen, geboren 22 mei 1975, verzoekers tot cassatie.

**Feiten**

Van der Velden is gehuwd in gemeenschap van goederen met Van der Kammen, uit welk huwelijk zes kinderen zijn geboren. Bij testament opgemaakt op 29 februari 1984 beschikt zij over haar nalatenschap, inhoudende onder meer een ouderlijke boedelverdeling waarbij zij aan haar echtgenoot alle goederen toedeelt onder de verplichting om alle schulden op zich te nemen en de kinderen een vordering schuldig te erkennen ter grootte van hun erfdeel. Op 5 mei 1984 overlijdt Van der Velden. Drie van de kinderen zijn ten tijde van haar overlijden nog minderjarig. Het accountants- en belastingadviesbureau van de NCB maakt een boedelbeschrijving op ten behoeve van de kantonrechter te Tiel met bijbehorende bescheiden. Tevens wordt de kantonrechter verzocht in de plaats van de door de vader als voogd over zijn minderjarige kinderen te stellen zekerheid voor de vorderingen van de kinderen, te mogen volstaan met het jaarlijks toezenden aan de kantonrechter van de jaarstukken betreffende het bedrijfs- en privé-vermogen. In een bijbehorende brief worden door het bureau van het NCB de volgende stellingen betrokken:

“5.1. Terzake van de ouderlijke boedelverdeling:

5.1.1. De ouderlijke boedelverdeling waarbij minderjarigen zijn betrokken behoeft geen goedkeuring door de kantonrechter.

5.1.2. Bij zulk een verdeling is geen notariële akte van scheiding en deling nodig.

5.1.3. De art. 1123 en 1124 BW zijn van toepassing indien goederen gewaardeerd moeten worden in die zin dat de kantonrechter de taxateurs benoemt.

5.1.4. Terzake van de benadeling voor meer dan een kwart op grond van onjuiste taxatie dient de actie door de voogd te worden ingesteld: de kantonrechter kan indien de voogd naar zijn oordeel zijn/haar functie niet goed uitoefent terzake optreden tegen de voogd op grond van de voogdijbepalingen (zie ook 6.2.3).

5.1.5. Eventuele bekrachtiging door de voogd is eveneens een voogdijkwestie: indien de voogd naar het oordeel van de kantonrechter zijn/haar functie niet goed uitoefent kan hij terzake tegen de voogd optreden op grond van de voogdijbepalingen (zie ook 6.2.2).

6.2. terzake van de voogdijbepalingen:

6.2.1. In de boedelbeschrijving ex art. 1:338 BW moet worden opgenomen de vordering van de minderjarige op de moeder die is voortgevloeid uit de ouderlijke boedelverdeling.



De hoogte van de vordering is berekend volgens de bepalingen van het testament.

6.2.2. De voogd heeft geen akte van bekrachtiging te ondertekenen als de langstlevende dit niet eist (zie ook 5.1.5).

6.2.3. Indien de kantonrechter tot de conclusie komt dat er sprake is van een benadeling voor meer dan een kwart kan hij de voogd en bij tegenstrijdig belang de toezien voogd opdragen de actie uit art. 1170 BW in te stellen.

Het bureau wijst in dit verband op het risico dat de kantonrechter loopt dat alsdan de bepaling in het testament gaat werken bij protest door een van de afstammelingen de betreffende afstammeling in de legitieme wordt gesteld (zie ook 5.1.4).

6.2.3. (...). Indien de langstlevende op grond van het testament ter zake van de vorderingen wegens onderbedeling van de overige deelgenoten zekerheid moet stellen, en de toezien voogd niettemin van de langstlevende (in hoedanigheid van schuldenaar) geen zekerheid vordert tast dat de deugdelijkheid van de boedelbeschrijving niet aan.

6.2.4. Indien het testament geen zekerheidstelling door de langstlevende terzake van de schulden uit de overbedeling voorschrijft kunnen de afstammelingen dat niet vorderen.

Toepassing van art. 1:363 BW zou een oneigenlijk gebruik van dat artikel zijn.”

De griffier van het kantongerecht is het met deze standpunten niet eens.

De kantonrechter doet uitspraak op verschillende punten. De verzoekers gaan tegen deze uitspraak in hoger beroep bij de Rechtbank. De Rechtbank te Arnhem vernietigt de uitspraak van de kantonrechter gedeeltelijk. Daarvan gaan verzoekers in cassatie bij de Hoge Raad.

**Verloop van de procedure**

1. Indien en voor zover met de toegezonden onderhandse akte bedoeld is te voldoen aan het vereiste van art. 1:353 lid 1 BW, te weten de aanvaarding onder het voorrecht van boedelbeschrijving, dan verklaart de kantonrechter voor recht dat de voogd gehandeld heeft of nagelaten te handelen, in strijd met de wet en deswege aansprakelijk moet worden gehouden.

**De uitspraak van de kantonrechter**

2. Indien en voor zover met de toegezonden onderhandse akte bedoeld is om machtiging te verkrijgen om een making, waaraan lasten of voorwaarden zijn verbonden, aan te nemen, dan wordt die machtiging geweigerd, nu een dergelijke machtiging de kantonrechter niet noodzakelijk, nuttig of wenselijk blijkt te zijn.

3. Indien en voor zover met de toegezonden onderhandse akte bedoeld is om goedkeuring te verkrijgen op een waardering van tot de nalatenschap behorende vermogensbestanddelen, die lager ligt dan de werkelijke waarde daarvan, dan wordt deze goedkeuring geweigerd.

4. Indien en voor zover met de toegezonden onderhandse akte bedoeld is goedkeuring te verkrijgen op een in onderhandse vorm opgestelde boedelbeschrijving zonder dat van eenstemmigheid bij de gerechtigden is gebleken of kunnen blijken, dan wordt die goedkeuring geweigerd.

5. Indien en voor zover met de toegezonden onderhandse akte bedoeld is om machtiging te verkrijgen om de boedelscheiding tot stand te brengen, anders dan bij akte verleden of te verlijden door een notaris, benoemd op de voet van art.

1120 BW onder voorafgaande goedkeuring van de kantonrechter, dan wordt die machtiging geweigerd.

6. Indien en voor zover de toegezonden onderhandse akte bedoeld is als een akte van boedelscheiding, dan is deze nietig.

7. Indien en voor zover de toegezonden onderhandse akte bedoeld is machtiging te verkrijgen om te kunnen beschikken over goederen van de minderjarigen, of hun aandeel daarin, dan wordt die machtiging geweigerd, nu een dergelijke machtiging de kantonrechter niet noodzakelijk, nuttig of wenselijk voorkomt.

8. Indien en voor zover met de toegezonden onderhandse akte bedoeld is machtiging te verkrijgen om de aan de minderjarigen toekomende gelden te beleggen en belegd te houden in het gemengde privé- en bedrijfsvermogen van de vader-voogd, dan wordt die machtiging geweigerd nu een dergelijke machtiging de kantonrechter niet noodzakelijk, nuttig of wenselijk voorkomt.

9. Indien en voor zover met de toegezonden onderhandse akte bedoeld is machtiging te verkrijgen om af te zien van het stellen van zekerheid, dan wordt deze machtiging geweigerd nu deze de kantonrechter niet noodzakelijk, nuttig of wenselijk voorkomt.

10. Indien en voor zover met de toegezonden onderhandse akte bedoeld is goedkeuring te verkrijgen op de overgelegde financiële gegevens met betrekking tot vermogensbestanddelen, waarin minderjarigen medegerechtigd zijn, dan wordt die goedkeuring geweigerd.

**De uitspraak van de Rechtbank**

Beschikkende in hoger beroep.

1. Vernietigt de beschikking van de kantonrechter te Tiel op 25 juni 1986 gegeven op de volgende punten (waarbij de Rechtbank de nummering van de onder 34 van zijn beschikking gegeven uitspraken van de kantonrechter volgt):

a. de uitspraak onder 1. dat de voogd i.c. aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn verzuim de nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving te aanvaarden;

b. de uitspraak onder 5, dat machtiging voor de boedelscheiding wordt geweigerd in zoverre het betreft de verdeling van de nalatenschap;

c. de uitspraken onder 2, 5, 6, 7, 8, 9 en 10;

en bekrachtigt de beschikking voor het overige:

en in zoverre opnieuw beschikkende:

2. Machtigt de appellanten de verdeling van de thans ontbonden huwelijksgemeenschap tot stand te brengen des dat alle vermogensbestanddelen aan de langstlevende worden toegescheiden onder toescheiding aan de overige deelgenoten van een vordering wegens overbedeling.

3. Weigert de verklaring voor recht dat appellanten gehandeld hebben conform hun wettelijke verplichtingen op de volgende punten:

a. het niet overleggen van een in notariële vorm opgemaakte boedelbeschrijving van de huwelijksgoederengemeenschap en de daarin begrepen nalatenschap;

b. het niet overleggen van een in notariële vorm opgemaakte verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap;

c. het niet aanvaarden der nalatenschap onder het voorrecht van boedelbeschrijving;

d. het niet doen waarden van het bedrijfsvermogen conform de wettelijke bepalingen;

- e. het betrekken van het verdeelde onroerend goed in de berekening voor de waarde-bewoond;
- f. het niet-inleveren van een beschrijving van het vermogen der minderjarigen voldoende aan de eisen van art. 680 Rv.
4. Verklaart voor recht dat de appellant sub 2, in plaats van het stellen van zekerheid voor het vruchtgebruik van langstlevende, jaarlijks de jaarstukken van zijn bedrijf aan de kantonrechter ter inzage voor kan leggen.

*4. Boedelbeschrijving*

Conclusie A-G

4.1. Indien een minderjarige gedurende de voogdij iets krachtens erfopvolging of making verkrijgt, moet de voogd blijkens art. 1:342 jo. de art. 1:338-1:341 BW een boedelbeschrijving maken, behoudens een beperking bij verkrijging van kleinere bedragen als bedoeld in art. 1:339. De boedelbeschrijving moet door de voogd bij de kantonrechter worden ingeleverd (art. 1:338 lid 3). Zie over de taak van de toeziende voogd art. 1:314 BW. Voorschriften over vorm en inhoud van de boedelbeschrijving zijn te vinden in de art. 678 t/m 682 Rv.

4.2. Art. 678 lid 1 Rv bepaalt, dat de boedelbeschrijving, indien daaromtrent de belanghebbenden eenstemmig zijn, onderhands kan worden opgemaakt tenzij de wet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt. De wet heeft met betrekking tot de boedelbeschrijving van de art. 1:338-1:342 BW evenwel niet het tegendeel bepaald, zodat mag worden aangenomen, dat geen notariële akte vereist is. Zie ook Burgerlijke Rechtsvordering, (losbl.) A.P. Funke, art. 678, aant. 4, verwijzend naar de MvT op het vroegere art. 497 BW van 1830, later art. 444 van 1837, waarin reeds uitdrukkelijk was bepaald dat de boedelbeschrijving door de voogd onderhands kon worden opgemaakt.

4.3. Indien bij een o.b.v. slechts de overbedelingsvordering van de minderjarige op de langstlevende ouder zou worden beschouwd als hetgeen krachtens erfopvolging of making in de zin van art. 1:342 BW wordt verkregen, zou de boedelbeschrijving heel kort kunnen zijn, te weten slechts een omschrijving van die vordering behoeven in te houden. Ik acht het moeilijk verdedigbaar, dat de voogd daarmee zou kunnen volstaan. Het beloop van de vordering is rechtstreeks afhankelijk van de aard en waarde van de boedelbestanddelen en de voogd (c.q. de kantonrechter) zal moeten kunnen beoordelen of de waardebepaling op de juiste wijze is geschied, of de legitieme is geschonden enz. Als de langstlevende ouder tevens de voogd is zal dit in het algemeen geen problemen opleveren (bij tegenstrijdig belang zal de toeziende voogd moeten optreden, zie art. 1:313 BW), maar de voogd kan ook een ander zijn, bijv. als de langstlevende ouder uit de ouderlijke macht is ontzet.

4.4. Als de voogd of de toeziende voogd hun verplichtingen niet of niet behoorlijk nakomen, heeft de kantonrechter weinig machtsmiddelen. Van een goedkeuring is hier geen sprake. De kantonrechter kan de voogd en de toeziende voogd oproepen (art. 1:340 lid 2), hij zou de machtigingen en goedkeuringen van de art. 1:345 e.v. BW kunnen weigeren, zolang er geen behoorlijke boedelbeschrijving is opgemaakt, hij zou zekerheidstelling kunnen bevelen (art. 1:363 BW) en in het uiterste geval de RvdK kunnen inlichten (art. 1:365 letter b en 1:366 BW), waarna de Raad de Rechtbank ontzetting van de voogd (art. 1:367 jo. 1:327 lid 1 letter b BW) of van de toeziende voogd (art. 1:368 BW) zou kunnen vragen.

4.5. Art. 1119 BW maakt duidelijk onderscheid tussen de boedelbeschrijving en de boedelscheiding, waarna vervolgens art. 1120 uitsluitend voor de boedelscheiding voorschriften geeft. Waarborgen voor de minderjarige voor wat betreft de boedelbeschrijving moeten worden gezocht in Boek 1.

Zoals bleek in punt 3 hiervóór is het van belang om te bepalen of c.q. in hoeverre de handelingen die bij een o.b.v. na het overlijden van de erflater nog moeten worden verricht resulterend in de vaststelling van de overbedelingsvordering van de minderjarige onder het begrip boedelbeschrijving dan wel boedelscheiding vallen.

Ondanks de wel gebezigde uitdrukking, dat deze handelingen de o.b.v. voltooien (zie de punten 3.1.3 en 3.1.4) hebben deze handelingen in hun totaliteit een beschrijvend karakter. Ik acht daarop art. 1120 BW niet van toepassing. Juist het contractuele element rechtvaardigt naar mijn mening de eis van een notariële akte in dat artikel, welk element in de o.b.v. zelf, alsook in de afwikkeling daarvan geheel ontbreekt.

Voor de vaststelling van de overbedelingsvordering zal de voogd (als hij tevens de langstlevende is, zal hij bij de 'moderne' o.b.v. in de regel een tegenstrijdig belang hebben en zal de toeziende voogd voor de rechten van de minderjarige moeten opkomen) de machtiging van de kantonrechter (niet de 'goedkeuring') ex art. 1:345 BW moeten vragen, welke machtiging hij – vanzelfsprekend – slechts zal krijgen als de kantonrechter voldoende inzicht heeft in de samenstelling van de boedel en akkoord gaat met de waardering van de bestanddelen ervan.

**Hoge Raad**

3.2. Onderdeel 1 keert zich tevergeefs tegen het oordeel van de Rechtbank dat de voogd in strijd met de wet heeft nagelaten de onderhavige nalatenschap te aanvaarden onder het voorrecht van boedelbeschrijving en tegen het daarop berustende dictum van de bestreden uitspraak onder 3, aanhef en onder c (weigering voor recht te verklaren dat appellanten conform hun wettelijke verplichtingen hebben gehandeld in zoverre de nalatenschap niet onder het voorrecht van boedelbeschrijving is aanvaard). De omstandigheid dat zuivere aanvaarding door de voogd nietig is en dat, ondanks zodanige aanvaarding, de nalatenschap voor wat de rechtspositie van de onder voogdij staande minderjarige betreft geldt als beneficiair aanvaard, brengt niet mee dat de voogd niet een verklaring van de beneficiaire aanvaarding overeenkomstig art. 1075 in verbinding met art. 1070 BW behoeft af te leggen. Het afleggen van die verklaring, die wordt ingeschreven in het daartoe bestemde register, is – anders dan het onderdeel stelt – niet zonder zin, immers zij is van belang ter voorkoming of opheffing van onzekerheid bij derden omtrent de rechtstoestand der nalatenschap.

3.3. Onderdeel 2 bestrijdt r.o. 14 van de bestreden beschikking en betreft in die bestrijding kennelijk ook het met die overweging verband houdende dictum onder 3, aanhef en onder b (weigering voor recht te verklaren dat appellanten conform hun wettelijke verplichtingen hebben gehandeld voor zover zij niet hebben overgelegd een in notariële vorm opgemaakte verdeling van de huwelijks-goederengemeenschap). Blijkens r.o. 14 is de Rechtbank van oordeel dat bij een ouderlijke boedelverdeling als de onderhavige, waarbij de erflater aan de langstlevende echtgenoot toebedeelt zijn aandeel in gemeenschap waarin hij met de langstlevende is gehuwd, onder verplichting voor deze om aan ieder van zijn

mede-erfgenamen de waarde van diens erfdeel uit te keren, de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap niet bij wege van een door de erflater bij testament tot stand gebrachte verdeling der nalatenschap tussen de afstammelingen en de langstlevende kan plaatsvinden, zodat de kantonrechter bij aanwezigheid van minderjarige erfgenamen de verdeling moet goedkeuren. De Rechtbank gaat daarbij kennelijk ervan uit dat in zodanig geval art. 1117 lid 2 van toepassing is en dat mitsdien voldaan moet worden aan de in art. 1120 gegeven voorschriften. Daarop berusten de door haar gestelde eisen: goedkeuring door de kantonrechter van een in notariële vorm opgemaakte verdeling.

Aldus is de Rechtbank uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. De langstlevende, die vóór het overlijden van de erflater reeds voor de helft tot elk goed van de gemeenschap gerechtigd was, wordt door dat overlijden ingevolge de hier bedoelde testamentaire boedelverdeling voor het geheel tot elk goed gerechtigd. Aldus is ten aanzien van de erfgenamen de boedelscheiding voltooid in dier voege dat voor een door hen tot stand te brengen boedelscheiding geen plaats meer is en het geval van art. 1117 tweede lid in verbinding met art. 1120 zich niet voordoet. De Rechtbank heeft dus ten onrechte een door de erfgenamen opgemaakte notariële akte verlangd en ten onrechte de verdeling onderworpen geacht aan de goedkeuring van de kantonrechter. Onderdeel 2 slaagt dus.

3.4. Onderdeel 3.1 keert zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat de door de voogd en de toezijnde voogd overgelegde boedelbeschrijving niet voldoet aan de wettelijke eis dat deze in notariële vorm is opgemaakt (r.o. 15) en tegen het daarop aansluitende dictum onder 3. aanhef en onder a.

Vooropgesteld moet worden dat de kantonrechter in zijn r.o. 16 (door de Rechtbank weergegeven onder 9. (16) van haar beschikking) had geoordeeld dat 'ex art. 678 Rv (...) de boedelbeschrijving in de notariële vorm (zal) moeten geschieden' omdat minderjarigen niet geacht kunnen worden eenstemmig te zijn met andere belanghebbenden ten aanzien van de vorm van de boedelbeschrijving. Dit oordeel is door verzoekers met hun vierde appelgrief bestreden met een verwijzing naar art. 1:313 BW en met het betoog dat van onenigheid tussen de erfgenamen niet is gebleken. Deze bestrijding oordeelde de Rechtbank klaarblijkelijk op zich zelf gegrond: zij verenigde zich immers wel met het oordeel van de kantonrechter dat indien minderjarigen tot de nalatenschap zijn gerechtigd en ter uitvoering van een ouderlijke boedelverdeling als de onderhavige op te maken boedelbeschrijving notarieel moet worden verleden, maar baseerde dat oordeel op een andere grondslag: de Rechtbank grondde dat oordeel klaarblijkelijk daarop dat alsdan art. 1120 BW toepassing moet vinden.

Het onderdeel voert terecht aan dat ingeval van een eenstemmigheid te dien aanzien van belanghebbenden als bedoeld in art. 678 de boedelbeschrijving niet in notariële vorm behoeft te worden opgemaakt. Art. 678 maakt slechts een uitzondering voor het geval de wet uitdrukkelijk het tegendeel voorschrijft. Zodanig uitdrukkelijk voorschrift ontbreekt voor het onderhavige geval. Het komt niet voor in Afdeling 12 titel 15 Boek 1 BW, noch – voor het zich hier voordoende geval van een boedelbeschrijving bij 'afzonderlijke' akte – in art. 1119. In aanmerking genomen dat art. 1119 onderscheid maakt tussen boedelbeschrijving en boedelscheiding, moet worden aangenomen dat de in art. 1120 gestelde eis van een notariële akte alleen geldt voor de in die bepaling behandelde boedelscheiding.

3.5 Onderdeel 3.2 stelt de vraag aan de orde of een boedelbeschrijving als de onderhavige door de kantonrechter moet worden goedgekeurd, zoals de Rechtbank heeft geoordeeld (r.o. 15; dictum voor zover de Rechtbank de uitspraak van de kantonrechter sub 4 – waarin hij van het goedkeuringsvereiste uitgaat – heeft bekrachtigd).

Voor zover het onderdeel betoogt dat – anders dan de Rechtbank kennelijk heeft aangenomen – art. 1120 geen voorschrift behelst voor boedelbeschrijvingen, is het, gelet op het aan het slot van 3.3 overwogene, gegrond. Opmerking verdient echter het volgende.

In een geval als het onderhavige dient de boedelbeschrijving het beloop van de vordering van de minderjarige erfgenaam op de langstlevende echtgenoot te bevatten. Wanneer namens de minderjarige aan het tot stand komen van de boedelbeschrijving wordt meegewerkt, kan daaruit een prijsgeven van rechten worden afgeleid, en daarom behoeft de voogd, of in geval van tegenstrijdig belang, de toezienend voogd dan wel de bijzondere curator, ingevolge art. 1:345, aanhef en onder a BW, voor die medewerking, evenals voor een uitdrukkelijk prijsgeven van rechten, machtiging van de kantonrechter.

3.6 Het onder 3.3-3.5 overwogene leidt ertoe, dat de beschikking van de Rechtbank moet worden vernietigd voor zover de beschikking van de kantonrechter met betrekking tot de uitspraak onder 4 is bekrachtigd en voor wat betreft de weigering van verklaringen voor recht als vermeld in het dictum onder 3, aanhef en onder a en b. De Hoge Raad zal de zaak in zoverre verwijzen naar de Rechtbank ter verdere behandeling en beslissing. Voor het overige moet het beroep worden verworpen.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van de Rechtbank te Arnhem van 16 september 1987, doch alleen voor zover daarbij de beschikking van de kantonrechter te Tiel van 25 juni 1986 met betrekking tot de uitspraak onder 4 is bekrachtigd en voor wat betreft de weigering van verklaringen voor recht als vermeld in het dictum onder 3, aanhef en onder a en b;

verwijst de zaak in zoverre naar de Rechtbank ter verdere behandeling en beslissing;

verwerpt het beroep voor het overige. (...)

#### Commentaar

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1989, 239, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook Klaassen-Eggens-Luijten, p. 279-280; Pitlo-Van der Burght, nr. 173 en 250 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 321, 511 en 512, alsmede Klaassen-Luijten-Meijer, nr. 767, 792, 793, 925, 928 en 937; Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 163 en Asser-Perrick 6, nr. 68, en Nuytinck, De Hoge Raad en de huwelijks-gemeenschap, WPNR 5925 (1989), met reactie van Van der Ploeg en naschrift van Nuytinck in WPNR 5945 (1990); Hoogland, (Nogmaals) de kantonrechter, de testamentaire ouderlijke boedelverdeling en de zekerheidstelling door de langstlevende ouder-voogd, WPNR 6005 (1991) en Van Emden, Het kantongerechtstoezicht, WPNR 6225 (1996). Vergelijk ook over de ouderlijke boedelverdeling en het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Ouderlijke boedelverdeling, nr. 179 opgenomen arrest.

Art. 4:193 lid 1 bepaalt dat een wettelijke vertegenwoordiger van een erfgenaam voor deze niet zuiver kan aanvaarden en behoeft voor verwerping een machtiging van de kantonrechter. Hij is verplicht een verklaring van beneficiare aanvaarding of van verwerping af te leggen binnen drie maanden vanaf het tijdstip waarop de nalatenschap, of een aandeel daarin, de erfgenaam toekomt. Heeft hij de termijn laten verlopen, dan geldt de nalatenschap als door de erfgenaam beneficiair aanvaard (lid 2).

183

HOGE RAAD  
1 februari 1991

Obv en bijstandswet

De gemeente Eindhoven, verzoekster tot cassatie,  
*tegen*

1. Anthonia Carolina Johanna Janssen, te Best,
2. Dirk Gerard Joseph Janssen, te Ede,
3. Maria Anthonia Wilhelmina Janssen, te Oosterbeek,
4. Carola Louisa Anthonia Janssen, te Oss,
5. Carel Gerard Herman Joseph Janssen, te Riel,
6. Arnold Christiaan Joseph Janssen, te Revesby, New South Wales, Australië, verweerders in cassatie.

Partijen

Janssen en Witte zijn met elkaar gehuwd. Zij hebben zes kinderen. In 1974 gaan zij naar de serviceflat Kortonjo te Eindhoven. Mevr. Janssen overlijdt op 9 januari 1975 te Eindhoven. In haar testament heeft zij een ouderlijke boedelverdeling gemaakt. Aan Janssen sr. zijn alle goederen toegedeeld onder de verplichting alle schulden voor zijn rekening te nemen en aan de kinderen hun erfdeel bij versterf schuldig te blijven. De vorderingen aan de kinderen zijn pas opeisbaar bij overlijden en dragen een rente van 4%. De nalatenschap beloopt f 306.600,-. Ieder kind heeft derhalve een vordering van f 43.800,-. Janssen doet een aantal keren tevergeefs een poging om bijstand te verkrijgen. Bij onderhandse akte van 7 februari en 26 april 1984 draagt Janssen sr. aan de kinderen Janssen, die zich op het standpunt stellen dat hun legitieme porties door de ouderlijke boedelverdeling geschonden zouden zijn ter grootte van een bedrag van f 32.850,-, een hypothecaire vordering over en worden enkele schulden van de kinderen verrekend met de vorderingen uit de ouderlijke boedelverdeling. Over een periode van 8 februari tot 1 januari 1985 verleent de gemeente aan Janssen een bijstandsuitkering. Op 1 september 1985 overlijdt Janssen sr. De gemeente Eindhoven zoekt verhaal op de kinderen door te stellen dat de overdracht van de hypothecaire vordering een schenking is.

Feiten

De gemeente Eindhoven vordert bij de kantonrechter te Eindhoven op grond van art. 59a Bijstandswet van de kinderen verleende bijstand aan vader terug wegens door deze aan hen gedane schenking. De kantonrechter wijst het verzoek af. De

Verloop van de procedure

gemeente gaat in hoger beroep bij de Rechtbank te 's-Hertogenbosch. Deze bekrachtigt de uitspraak van de kantonrechter. De gemeente Eindhoven stelt beroep in cassatie in bij de Hoge Raad.

**Hoge Raad**

De gemeente komt tegen de beslissing van de Rechtbank op met een in acht onderdelen uiteenvallend middel.

3.2. De onderdelen 1 en 2 bestrijden tevergeefs de verwerping door de Rechtbank van de stelling van de gemeente, dat de kinderen Janssen hun legitieme portie niet meer konden opeisen omdat zij, volgens de gemeente, 'in het testament van hun moeder zouden hebben berust'.

De Rechtbank heeft deze stelling van de gemeente klaarblijkelijk in die zin opgevat, dat de gemeente daarmee heeft betoogd dat de kinderen Janssen, uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend, afstand hebben gedaan van het aan hen als legitimarissen in de art. 960 e.v. BW toegekende recht op hun wettelijk erfdeel. In het kader van die stelling, zoals zij deze heeft opgevat, heeft de Rechtbank onderzocht of uit de door de gemeente aangevoerde omstandigheden kan worden afgeleid dat de kinderen op enigerlei wijze uiting hebben gegeven aan hun wil om dit recht prijs te geven, en is zij tot de slotsom gekomen dat dit niet het geval is. Kort samengevat heeft de Rechtbank geoordeeld, dat van zodanige 'berusting' noch uit enig schriftelijk stuk noch anderszins is gebleken en dat zulks met name niet kan worden afgeleid uit (a) de vermelding in de successie-aangifte 'dat de kinderen in het testament hebben berust', omdat – aldus de Rechtbank – de successie-aangifte een verklaring van fiscale strekking namens erfgenamen aan de inspecteur inhoudt en niet blijkt dat de kinderen betrokken waren bij die aangifte welke door de vader als executeur-testamentair is gedaan, noch uit (b) het feit dat geen van de kinderen binnen drie maanden na het overlijden van hun moeder het testament, al dan niet in rechte, heeft betwist, noch uit (c) het feit dat de vader ingevolge het testament de door de kinderen ter zake van hun verkrijgingen uit het testament verschuldigde successierechten heeft voldaan, en evenmin uit (d) het feit dat de kinderen 'gedurende een aantal jaren' geen aanspraak hebben gemaakt op hun wettelijk erfdeel.

Voor zover onderdeel 1 erover klaagt dat de Rechtbank bij de beantwoording van de vraag of sprake is van de door de gemeente gestelde 'berusting' ten onrechte niet de 'omstandigheden van het geval' in aanmerking heeft genomen, gaat het van een verkeerde lezing van de bestreden beschikking uit en mist het feitelijke grondslag. Voor zover het onderdeel op een juiste lezing van het bestreden oordeel berust, falen de daartegen gerichte rechts- en motiveringsklachten, evenals alle klachten van onderdeel 2, dat stelt, en in zijn subonderdelen (a) tot en met (g) nader uitwerkt, dat de Rechtbank op onjuiste dan wel ontoereikende gronden de hiervoren weergegeven stelling van de gemeente heeft verworpen. Immers, het betreffende oordeel van de Rechtbank, dat inhoudt dat uit de door de gemeente aangevoerde omstandigheden – zowel iedere omstandigheid op zichzelf als alle omstandigheden tezamen in onderling verband beschouwd – niet kan worden afgeleid dat de kinderen Janssen het recht op hun wettelijk erfdeel hebben willen prijsgeven, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en kan, gebaseerd als het is op een waardering door de Rechtbank van de feitelijke omstandigheden van het geval, voor het overige niet op zijn juistheid worden onderzocht, terwijl



het ook zonder nadere motivering niet onbegrijpelijk is, noch innerlijk tegenstrijdig.

3.3. Onderdeel 3 verwijt de Rechtbank van een onjuiste rechtsopvatting te zijn uitgegaan door met betrekking tot de stelling van de gemeente, dat de kinderen Janssen 'het recht om hun legitieme portie in te roepen hebben verwerkt', te oordelen dat die stelling reeds daarom geen doel kan treffen omdat rechtsverwerking te dezen slechts aan de orde had kunnen komen in de verhouding tussen D. Janssen en zijn kinderen en de gemeente zich daarin niet kan mengen. Het onderdeel berust op de opvatting dat ook een derde, zoals de gemeente, die daartoe een gerechtvaardigd belang heeft, zich kan beroepen op 'rechtsverwerking als hier bedoeld'.

Het onderdeel treft evenwel geen doel. De Rechtbank heeft in haar bestreden oordeel tot uitdrukking gebracht dat, indien al zou moeten worden aangenomen dat de kinderen Janssen een houding hebben aangenomen die naar de eisen van de goede trouw niet te verenigen valt met de uitoefening van het recht op de legitieme, de gemeente zich daarop niet kan beroepen. Of een dergelijk beroep mogelijk is, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, waarbij opmerking verdient dat de vraag of rechtsverwerking mag worden aangenomen, moeilijk kan worden beantwoord los van de houding die degene jegens wie het mogelijk verwerkte recht bestaat, te dier zake inneemt. De Rechtbank heeft kennelijk aangenomen dat de omstandigheden van het onderhavige geval aan een zodanig beroep in de weg staan. Aldus heeft de Rechtbank niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

3.4.1. De onderdelen 4 t/m 7, die de verhouding aan de orde stellen tussen de ouderlijke boedelverdeling, de testamentaire making ten behoeve van de langstlevende echtgenoot ter voldoening aan een verzorgingsplicht, de legitieme portie en art. 59a lid 1 ABW, komen op tegen overwegingen van de Rechtbank, welke als volgt kunnen worden samengevat:

i. Geen steun in het recht vindt het standpunt van de gemeente, dat – althans bij toepassing van de ABW – aan de rechten van de kinderen op hun legitieme portie moet worden voorbijgegaan op grond dat ingevolge het testament de vorderingen wegens overbedeling in het kader van de op de erflater rustende verzorgingsverplichting niet opeisbaar zijn tijdens het leven van de vader. De vorderingen van de kinderen op hun vader zijn werkelijke schulden, welke in mindering komen op het vermogen van de vader. Uit het testament blijkt overigens niet dat erflater deze verzorgingsverplichting zodanig zwaar heeft willen doen zijn, dat daardoor de erfrechtelijke aanspraken van de kinderen volledig tenietgaan;

ii. Voldoening door de vader van de schulden aan zijn kinderen tot het beloop van hun wettelijk erfdeel is derhalve geen schenking in de zin van art. 59a ABW.

3.4.2. Een boedelverdeling als voorzien in de art. 1167 e.v. brengt geen andere inperking mee van het aan legitimarissen in de art. 960 e.v. toegekende recht op hun wettelijk erfdeel, dan dat zij er geen aanspraak op kunnen maken het wettelijk erfdeel in goederen te ontvangen, in plaats van in waarden (HR 21 december 1973, NJ 1974, 308). Aan een zodanige boedelverdeling kunnen niet met vrucht lasten worden verbonden welke ertoe strekken dat de legitimaris het wettelijk erfdeel niet vrij en onbezwaard kan ontvangen. Dit is niet anders in het geval van een testamentaire ouderlijke boedelverdeling als hier aan de orde is, ook al strekt

deze tot voldoening van een als natuurlijke verbintenis te beschouwen verzorgingsverplichting van de erflater jegens de overlevende echtgenoot. De Rechtbank heeft immers – feitelijk en niet onbegrijpelijk – vastgesteld dat uit het testament niet blijkt dat de erflaatster deze verzorgingsverplichting zó zwaar heeft willen laten wegen dat daardoor de erfrechtelijke aanspraken van haar kinderen volledig zouden tenietgaan. Hierin ligt besloten dat voldoening van de vorderingen van de kinderen, erop neerkomend dat hun de legitieme tijdens het leven van de overlevende echtgenoot in waarden wordt uitgekeerd, voldoening aan een opeisbare schuld oplevert.

Een dergelijke voldoening geeft geen aanleiding tot verhaal krachtens art. 59a lid 1 ABW. Weliswaar heeft de wetgever de term ‘schenking’ in die bepaling niet beperkt tot de betekenis die deze term heeft in art. 1703 BW maar daaraan een ruimere betekenis toegekend en wel – overeenkomstig hetgeen daaromtrent is opgemerkt in de MvA – ‘iedere bevoordeling uit vrijgevigheid’, doch dit brengt niet mee dat daaronder mede de voldoening van een opeisbare schuld als hier bedoeld kan worden begrepen.

De onderdelen 4 t/m 7 stuiten in al hun klachten op het voorgaande af. Opmerking verdient nog dat de Rechtbank het testament niet aldus heeft uitgelegd dat de erflaatster met de ouderlijke boedelverdeling ook in die voege aan een jegens de overlevende echtgenoot bestaande verzorgingsplicht heeft willen voldoen dat de aan die echtgenoot gegeven bevoegdheid tot intering van de boedel jegens de legitimarissen wordt gewaarborgd door aan hun vordering opeisbaarheid gedurende het leven van die echtgenoot te onthouden. Anders dan onderdeel 7 aanvoert zou een dergelijke uitleg bovendien niet tot een andere uitkomst hebben geleid. De voldoening van (de contante waarde van) die vordering aan de kinderen gedurende het leven van de overlevende echtgenoot, zou dan weliswaar een niet opeisbare schuld hebben betroffen, maar ook dit levert geen schenking in de zin van art. 59a ABW op, nu ook de rechtsgrond van die betaling die schuld is (art. 1305 BW, art. 6:39 lid 2 NBW) en niet een bevoordeling uit vrijgevigheid.

3.5 Onderdeel 8 strekt ten betoge, dat de Rechtbank is voorbijgegaan aan het subsidiaire standpunt van de gemeente, dat de vordering van de kinderen Jansen niet opeisbaar was, zodat dit de waarde van die vordering negatief beïnvloedde en het meerdere (meer dan de contante waarde) uitbetaalde derhalve als een schenking dient te worden beschouwd.

Dit betoog faalt reeds omdat in het onderhavige geval ervan moet worden uitgegaan dat de betaling aan de legitimarissen ter (gedeeltelijke) voldoening van een opeisbare schuld strekte.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt de beroepen; (...).

#### Commentaar

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1992, 259, m.nt. WMK. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 69, 70 en 251 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 508 en 512, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 109 en 142.

Vergelijk ook over de ouderlijke boedelverdeling en het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Ouderlijke boedelverdeling, nr. 179 opgenomen arrest.

**184** HOGE RAAD (BELASTINGKAMER)  
17 januari 1996

**Voorwaardelijke obv**

De Staatssecretaris van Financiën, eiser tot cassatie.

**Partijen**

Op 11 juli 1989 overlijdt A, vader van belanghebbende. In zijn testament heeft hij een ouderlijke boedelverdeling gemaakt, onder meer inhoudende:

**Feiten**

“I. Ik herroep alle vroeger door mij gemaakte uiterste wilsbeschikkingen.  
II. Voor het geval mijn huwelijk met B door mijn overlijden wordt ontbonden, beschik ik als volgt:

A. Ik benoem tot mijn enige erfgenamen mijn voornoemde echtgenote en de uit mijn huwelijk met haar geboren kinderen, zulks tezamen en voor gelijke delen.

B. enz.

C. Gebruik makende van de uit artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek voortvloeiende bevoegdheid, verdeel ik mijn nalatenschap tussen mijn genoemde echtgenote en mijn afstammelingen, tenzij mijn echtgenote en mijn afstammelingen in onderling overleg binnen zes maanden na mijn overlijden bij notariële akte te kennen hebben gegeven een andere verdeling te wensen, als volgt:

1. Ik deel toe aan mijn genoemde echtgenote alle tot mijn nalatenschap behorende activa, onder verplichting voor haar:

a. om voor haar rekening te nemen, als haar eigen schulden te voldoen en haar mededeelgenoten deswege te vrijwaren, alle tot mijn nalatenschap behorende passiva, begrafeniscasu quo crematiekosten, de boedelkosten en alle terzake van mijn overlijden verschuldigde successierechten;

b. om wegens overbedeling uit te keren aan ieder van haar deelgenoten een bedrag gelijk aan de waarde van het erfdeel van de betrokken deelgenoot, verminderd met diens aandeel in de begrafeniscasu quo crematiekosten en de boedelkosten en met het te zijnen laste komende successierecht;

2. aan ieder van mijn overige erfgenamen deel ik toe diens gemelde vordering wegens overbedeling ten laste van mijn echtgenote.”

In een notariële akte van 10 januari 1990 wordt door c.q. namens de erfgenamen onder meer verklaard dat zij de ouderlijke boedelverdeling niet in werking willen doen treden, maar de nalatenschap op andere wijze willen verdelen. Onder meer aan één der erfgenamen wordt een bedrijfspand toegedeeld onder de verplichting de waarde ad f 500.000,- in de nalatenschap in te brengen. Deze verdeling is uiteindelijk geëffectueerd bij akte op 21 december 1990 verleden. De inspecteur legt een naheffingsaanslag op wegens de door hem geconstateerde verkrijging. De vraag is of sprake is van een belastbare verkrijging in de zin van art. 2 Wet op Belastingen van Rechtsverkeer. De inspecteur stelt dat de tenzij-clausule in het testament ongeldig is wegens strijd met het karakter van de ouderlijke boedelverdeling.

**Verloop van de procedure** De belanghebbende tekent tegen het opleggen van de naheffing bezwaar aan. Dit bezwaar wordt verworpen. Belanghebbende gaat hiertegen in hoger beroep. Het Hof te Amsterdam geeft belanghebbende gelijk. De Staatssecretaris van Financiën gaat in cassatie.

**Hoge Raad** 3.2. Voor het Hof was tussen partijen in geschil of de verkrijging van genoemd bedrijfspand onder de eerder geschetste omstandigheden voor de toepassing van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: de Wet) als een belaste verkrijging moest worden aangemerkt.

Door belanghebbende werd deze vraag ontkennend beantwoord. Daarbij stelde hij zich, kort samengevat en voor zover thans van belang, op het standpunt dat de ouderlijke boedelverdeling doordat uitvoering was gegeven aan de 'tenzij-clausule' niet tot stand was gekomen en dat daarom de hiervóór in 3.1.5. genoemde akte, bij welke akte het bedrijfspand hem was toegescheiden, de eigenlijke scheiding en deling behelsde, en derhalve geacht moest worden in de zin van art. 3 van de Wet te hebben geleid tot een verkrijging krachtens 'scheiding van een huwelijksgemeenschap of nalatenschap, waarin de verkrijger was gerechtigd als rechtverkrijgende onder algemene titel'.

Door de Inspecteur werd bedoelde vraag daarentegen bevestigend beantwoord. Daarbij stelde zij zich op het standpunt dat de 'tenzij-clausule', als zijnde in strijd met het karakter van de ouderlijke boedelverdeling, ongeldig was en daarom ingevolge art. 4:935 BW voor niet geschreven moest worden gehouden en dat de ouderlijke boedelverdeling derhalve onvoorwaardelijk tot stand was gekomen, zodat de niet belaste verkrijging van art. 3 van de Wet reeds in die boedelverdeling was gelegen, waarna de uit de hiervóór in 3.1.5. genoemde akte blijkende verkrijging een normaal belaste verkrijging was.

Het Hof heeft overeenkomstig het standpunt van belanghebbende beslist. Het cassatiemiddel van de staatssecretaris is daartegen gericht. In de toelichting op het middel wordt onder meer nog verwezen naar de bepaling van art. 1292 (oud) BW, volgens welke alle verbintenissen nietig zijn 'indien derzelve vervulling alleenlijk afhangt van den wil van dengenen die verbonden is', iets wat de nietigheid van de door het Hof als een ontbindende voorwaarde aangemerkte 'tenzij-clausule' zou meebrengen, nu daarbij immers de gelding van de ouderlijke boedelverdeling uitsluitend afhankelijk werd gesteld van de wil van de betrokken erfgenamen.

3.3. Uitgangspunt dient te zijn het aan het erfrecht ten grondslag liggende beginsel van de testeervrijheid. In het midden kan blijven in hoeverre dit beginsel meebrengt dat een erfflater ook buiten het geval van art. 4:1167 BW bij uiterste wil een verdeling van zijn nalatenschap aan zijn erfgenamen kan opleggen. Doch met dit beginsel als uitgangspunt en bij gebreke van duidelijke wettelijke aanknopingspunten in andere zin, valt niet in te zien waarom in de gevallen waarin hij zulks op de voet van art. 1167 wél kan, hij niet tevens bevoegd zou zijn om – binnen de grenzen die de wet aan de testeervrijheid in het algemeen stelt en van de art. 1169 en 1170 – aan deze beschikking voorwaarden of voorzieningen te verbinden of haar op andere wijze te beperken of nader te regelen, zoals hij haar ook, naar art. 1168 uitdrukkelijk toelaat, tot een deel van de nalatenschap kan beperken.

Art. 1292, eerste zin (oud) BW kan aan deze bevoegdheid niet afdoen, nu deze in het huidige BW niet teruggekeerde bepaling slechts een (overbodige) regel betreffende de rechtspositie van een schuldenaar gaf.

Uit een en ander volgt dat een ouderlijke boedelverdeling door de erflater, op de wijze als hier is gebeurd, gemaakt kan worden onder voorbehoud van de hiervóór in 3.1.3. weergegeven 'tenzij-clausule', die erop neerkomt dat de verdeling niet geldt indien de gezamenlijke erfgenamen binnen de in die clausule vermelde termijn verklaren in onderling overleg een andere verdeling te wensen. Het middel faalt derhalve.

Vervolgens verwerpt de Hoge Raad het beroep.

Het arrest is gepubliceerd in VN 1996, p. 689 en BNB 1996, 112. Vergelijk over het arrest ook: Pitlo-Van der Burght, nr. 128 en 248.2 en Asser-Van der Ploeg-Perrick, nr. 512, alsmede Pitlo-Van der Burght, Ebben, nr. 113 en 221, en Perrick, Een erflater mag aan een ouderlijke boedelverdeling een voorwaarde verbinden, WPNR 6214 (1996), Luijten.

Commentaar

De obv 'si (non) voluero?', WPNR 6231 (1996). B.M.E.M. Schols, De voorwaardelijke obv onvoorwaardelijk ofwel de weg naar de vrijheid geopend! WPNR 6308 (1998).

Vergelijk ook over de ouderlijke boedelverdeling en het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Ouderlijke boedelverdeling, nr. 179 opgenomen arrest.

185

HOGE RAAD  
10 mei 1996

Obv tussen alle afstammelingen

L. S. (de dochter), te Z., eiseres tot cassatie,  
*tegen*

Partijen

1. J.S., te Z.,

2. H.S., te R. (de zoons), verweerders in cassatie.

De ouders S. zijn in gemeenschap van goederen gehuwd. Partijen zijn de drie uit het huwelijk geboren kinderen. Vader drijft met behulp van de kinderen een eenmanszaak in interieurartikelen. Dochter L. werkt sinds 1949 in de zaak. Bij akte van 18 juni 1973, kort voor het overlijden van moeder, sluiten vader, moeder en dochter L. en de schoonzoon een vennootschap onder firma met de bedoeling om daarin de eenmanszaak en enige onroerende zaken in te brengen. Moeder is echter uitgesloten van de winst. Bij testament van 3 augustus 1973 beschikt moeder over haar nalatenschap als volgt:

Feiten

"II. Ik *sluit* mijn zoon H.S. en diens afstammelingen *uit* als erfgenaam of erfgenamen mijner nalatenschap.

III. *Voor het geval ik vóór mijn echtgenoot, D.S., mocht komen te overlijden, maak ik bij deze de scheidings- en verdeling mijner nalatenschap als volgt:*

Ik deel toe:

A. *aan mijn echtgenoot*, ter voldoening aan mijn verzorgingsplicht jegens hem, *alle goederen en rechten*, welke tot mijn nalatenschap zullen blijken te behoren, zulks onder de last en de verplichting voor hem, wegens de daardoor plaatshebbende overbedeling:

B. *aan ieder* der in mijn nalatenschap als mijn erfgenamen optredende *afstammelingen* (...) een *vordering* in contanten ten laste van mijn echtgenoot wegens de aan deze gedane overbedeling, voor ieder hunner ten bedrage van het hem of haar in mijn nalatenschap toekomende.

De sub B *toegedeelde vordering of vorderingen* in contanten ten laste van mijn echtgenoot zal of zullen eerst *opeisbaar* zijn bij zijn overlijden, alsmede wanneer hij eventueel zou hertrouwen, zou worden verklaard in faillissement of onder curatele zou worden gesteld.

(...)

Mocht door *wetswijziging* of welke andere oorzaak dan ook vorenstaande beschikking niet uitvoerbaar zijn, dan maak ik ter voldoening aan mijn verplichting mijn echtgenoot zo goed mogelijk behoorlijk verzorgd achter te laten, subsidiair voorts nog de volgende beschikkingen:

A. Ik *legateer* (...) aan mijn echtgenoot, *alle roerende en onroerende zaken*, welke tot mijn nalatenschap blijken te behoren (...).

B. Ik benoem mijn echtgenoot, tot mijn *enige en algehele* erfgenaam, echter onder de last en verplichting voor hem om aan mijn nakomelingen in contanten uit te keren datgene, waarop zij recht hebben en ik verzoek aan hen uitdrukkelijk om het hun toekomende *niet* op te vorderen.”

Moeder overlijdt op 16 november 1973; vader op 12 augustus 1979. Vader heeft geen testament gemaakt. De zoons H. en J. berusten niet in het testament van moeder en beroepen zich op hun legitieme. Zij vinden dat de ouderlijke boedelverdeling nietig is omdat die niet tussen alle kinderen is gemaakt. Dochter L. vindt dat het wel geldig is omdat H., door zich op zijn legitieme te beroepen, erfgenaam is geworden en als zodanig conform het bepaalde sub III-B van het testament in de verdeling is betrokken. H. en J. vinden bovendien dat de vennootschapsovereenkomst nietig is omdat hun moeder geen winstaandeel had.

**Verloop van de procedure**

De twee zonen J. en H. dagvaarden hun zus L. voor de Rechtbank te Utrecht en vorderen nietigverklaring van het testament, dat – kort gezegd – voor het overlijden van moeder geen vennootschap onder firma heeft bestaan en dat tot verdeling van de nalatenschap dient te worden overgegaan. De Rechtbank wijst alle gevraagde vorderingen af. De twee zonen gaan in hoger beroep bij het Hof te Amsterdam. Bij eindarrest vernietigt het Hof het vonnis van de Rechtbank en wijst alle vorderingen toe, daarbij onder meer het testament van moeder nietig verklarend. Dochter L. gaat hiertegen in cassatie.

**Hoge Raad**

4.4.1. De Rechtbank heeft geoordeeld dat onder de ‘in mijn nalatenschap als erfgenamen optredende afstammelingen’, als vermeld in het hiervoor in 4.1. onder (iv) geciteerde testament, ook moet worden begrepen die erfgenaam, die doordat hij zich op zijn wettelijk erfdeel heeft beroepen, erfgenaam is geworden, zodat de stelling dat het testament van de moeder nietig is, feitelijke grondslag mist.

Het Hof heeft de tegen dat oordeel gerichte appelgrief 1 gegrond geoordeeld. Daartegen keert zich onderdeel 2.

4.4.2. Het Hof is terecht ervan uitgegaan dat art. 1169 BW niet meebrengt dat aan het vereiste voor geldigheid van de ouderlijke boedelverdeling, dat deze tussen alle kinderen moet plaatsvinden, is voldaan door de enkele omstandigheid dat het overleden kind een beroep doet op zijn legitieme portie (HR 25 juli 1978, NJ 1979, 352). Voor zover het onderdeel tegen dat oordeel opkomt, faalt het derhalve.

4.4.3. Het Hof heeft voorts geoordeeld dat met betrekking tot de legitieme portie geldt, dat daarop de enig toelaatbare inbreuk is dat de legitieme niet in nature behoeft te worden uitgekeerd, en dat het recht van een kind op zijn legitieme dus niet beperkt kan worden in die zin dat hij daar eerst aanspraak op kan maken indien zich in de toekomst een in het testament omschreven omstandigheid voordoet. Dit brengt mee – aldus het Hof – dat onder de in art. III B van het testament genoemde erfgenamen niet begrepen kan worden het kind dat aanspraak maakt op zijn legitieme portie. Hiertegen keert zich het middel onder 2. en 2.1. terecht.

Voor zover het Hof heeft aangenomen dat art. 1169 BW zich ertegen verzet art. III B uit te leggen zoals de Rechtbank heeft gedaan, is het Hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Beslissend voor de geldigheid van de ouderlijke boedelverdeling is immers of het onderhavige testament aldus moet worden uitgelegd dat het overleden kind dat een beroep doet op zijn legitieme portie, *volgens dat testament* in de verdeling wordt betrokken. Bij een bevestigende beantwoording van die vraag verzet art. 1169 BW zich met tegen de geldigheid van die verdeling. Voor zover het Hof heeft aangenomen dat het enkele feit dat H. als kind dat aanspraak maakt op zijn legitieme portie, de nietigheid zou kunnen inroepen van de in art. III B van het testament opgenomen clausele waarin de uitgestelde opeisbaarheid van de aan de legitimarissen toekomende vorderingen is geregeld, eraan in de weg staat dat hij onder de in dat artikel genoemde erfgenamen begrepen kan worden, is dat oordeel niet toereikend gemotiveerd. Zonder nadere motivering die door het Hof niet is gegeven, valt niet in te zien waarom die clausele niet tevens betrekking kan hebben op een legitimaris, die, zoals hier, aanspraak maakt op zijn legitieme portie. Zo die clausele aldus moet worden opgevat, is zij immers geldig, zij het dat de alsdan in de verdeling betrokken legitimaris haar kan vernietigen.

4.5. Het Hof heeft aan zijn vaststelling dat de ouderlijke boedelverdeling nietig is de conclusie verbonden dat het testament van de moeder nietig is. Hiertegen keert zich het middel onder 2.2. terecht. Immers, eerstvermelde nietigheid laat onverlet het overigens in het testament bepaalde, hiervoor in 4.1. onder (iv) weergegeven. Dit brengt tevens mee, zoals het middel terecht betoogt, dat ook de grond is komen te ontvallen aan de op de nietigheid van het testament gebaseerde verklaring voor recht als hiervoor omschreven in 4.3. onder (b).

4.6. Onder 2.3. keert zich het middel tegen het oordeel van het Hof dat, nu het voor het overlijden van de moeder gesloten vennootschapscontract nietig is, dit betekent dat voor het overlijden van de moeder geen vennootschap onder firma heeft bestaan, ook niet tussen de vader, L. en de schoonzoon. Het middel strekt ten betoeg dat het Hof niet had mogen volstaan met de overweging dat op grond

van art. 7A:1672 BW de door de deelnemers bij de akte van 18 juni 1973 beoogde vennootschap nietig was, maar had moeten onderzoeken of de strekking van deze nietig geachte overeenkomst niet in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken, overeenkomst beantwoordde, dat aangenomen moet worden dat die andere overeenkomst zou zijn gesloten, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien. Daarbij heeft het middel het oog op conversie in een vennootschap onder firma tussen de vader, L. en de schoonzoon.

In deze door het middel beoogde omzetting van de overeenkomst van 18 juni 1973 in een overeenkomst van vennootschap tussen de vader, L. en de schoonzoon zou de moeder haar positie als contractspartij verliezen. Dit brengt mee dat de door het middel bepleite conversie niet kan plaatsvinden, aangezien de strekking van een vennootschapsovereenkomst tussen vier personen niet geacht kan worden te beantwoorden aan die van een vennootschapsovereenkomst tussen drie van die vier personen.

In de namens L. gegeven schriftelijke toelichting wordt de stelling dat er een vennootschap onder firma was tussen de vader, L. en de schoonzoon, primair gebaseerd op partiële nietigheid van de overeenkomst van 18 juni 1973. Daargelaten dat deze stelling in het middel niet valt te lezen, kan een daarop gebaseerde klacht ook daarom niet tot cassatie leiden, omdat een dergelijk beroep op partiële nietigheid een onderzoek van feitelijke aard zou vergen waarvoor in cassatie geen plaats is (HR 26 maart 1993, *NJ* 1993, 329).

In zoverre faalt het middel derhalve ook.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart L. niet-ontvankelijk in haar beroep tegen het arrest van het Hof te Amsterdam van 14 juli 1994;

vernietigt het arrest van het Hof te Amsterdam van 16 februari 1995;

verwijst het geding naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing; (...)

**Commentaar**

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 1996, 692, m.nt. WMK en Ma. Vergelijk over het arrest ook Pitlo-Van der Burght, nr. 249 en 251, alsmede Perrick, De ouderlijke boedelverdeling en het onterfde kind dat een beroep op zijn legitieme doet, WPNR 6244 (1996).

Vergelijk ook over de ouderlijke boedelverdeling en het nieuwe erfrecht het commentaar bij het hiervoor onder Erfrecht; Ouderlijke boedelverdeling, nr. 179 opgenomen arrest.



186

HOGE RAAD

30 juni 2000

Bewijskracht verklaring van erfrecht

L., te R., eiseres tot cassatie,  
*tegen*  
 de gezamenlijke erfgenamen van M., laatstelijk te B.

**Partijen**

De man vordert (vanwege zijn gezondheidstoestand in kort geding) een bedrag van *f* 57.077,- vermeerderd met de wettelijke rente, van de vrouw wegens te veel betaalde alimentatie. De vrouw vordert in reconventie op haar beurt uit hoofde van gedeeltelijke boedelscheiding een bedrag van *f* 23.850,-, en ter zake van haar aandeel in het pensioen van de man een bedrag van *f* 12.898,88. De vordering van de man wordt toegewezen en die van de vrouw gedeeltelijk ook. De vrouw is van dit vonnis in hoger beroep gekomen, met dagvaarding van de gezamenlijke erfgenamen van de man, die kort vóór het vonnis was overleden.

**Feiten**

De vrouw heeft in hoger beroep betwist dat de vriendin van de overleden man erfgenaam van de man is. De vrouw heeft daartoe aangevoerd dat de vriendin van de overleden man ten tijde van het overlijden niet (meer) samenwoonde met de man, hetgeen, zoals hierboven al bleek, de in het testament gestelde voorwaarde was. Het Hof verwerpt dit verweer. In cassatie wordt geklaagd over de motivatie van de verwerping van dit verweer. Het Hof heeft voor de legitimatie van de vriendin van de overleden man als rechtsopvolgster van de eiser in dit kort geding genoeg genomen met de verklaring van erfrecht. De vrouw maakt hiertegen bezwaar en stelt dat het Hof zelfstandig had behoren te onderzoeken of de vriendin van de overleden man ten tijde van het overlijden samenwoonde met de man, nu dit de in het testament gestelde voorwaarde was. De vraag is of de verklaring van erfrecht dwingend bewijst dat de enige vriendin van de man de erfgename van de man is.

De president heeft bij vonnis van 12 november 1996 in conventie *f* 51.208,- toegewezen als onverschuldigd betaalde alimentatie. In reconventie wees de president aan de vrouw de post pensioenrechten ad *f* 12.898,88 toe, alles met wettelijke rente. Het in conventie en in reconventie meer of anders gevorderde werd afgewezen. De man is op 8 november 1996, kort na de terechtzitting in eerste aanleg, overleden. De vrouw heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de president. De appèldagvaarding is op de voet van art. 4, aanhef en onder 6 b, Rv uitgebracht aan het adres van de procureur van de man, ten name van de gezamenlijke erfgenamen. De vrouw heeft van grieven gediend. Daarbij heeft zij in conventie het spoedeisend belang bij toewijzing van de vordering betwist. In reconventie bestreed zij de afwijzing van haar vordering van *f* 23.850,- (in appèl wordt gesproken van een vordering van *f* 23.851,-). Vervolgens is een memorie van antwoord ingediend namens “de gezamenlijke erfgenamen van de man”.

**Verloop van de procedure**

Nadat de vrouw zich bij akte ter rolle had afgevraagd wie achter die aanduiding schuil ging(en), heeft de procureur van de gezamenlijke erfgenamen bij akte ter rolle uiteengezet dat de man op voorhand aan zijn advocaat had verzocht de procedure na het overlijden voort te zetten en dat de procedure wordt voortgezet in opdracht van mw. P., die bij testament van de man d.d. 13 augustus 1992 is aangewezen als diens enige erfgename.

Bij tussenarrest van 8 oktober 1997 heeft het Hof te Leeuwarden de gezamenlijke erfgenamen in de gelegenheid gesteld een verklaring van erfrecht in het geding te brengen.

Nadat de erfgenamen ingevolge het tussenarrest van het Hof van 8 oktober 1997 een verklaring van erfrecht in het geding hadden gebracht, heeft het Hof in zijn eindarrest van 9 september 1998 overwogen dat op basis van de overgelegde verklaring van erfrecht de vriendin van de overleden man, wonende in Thailand, gerechtigd is als enige erfgenaam van de man de onderhavige procedure te voeren. Vervolgens heeft het Hof het vonnis van de President bekrachtigd. Tegen het eindarrest van het Hof heeft de vrouw beroep in cassatie ingesteld.

**Hoge Raad**

3.3.1. Onderdeel 1 klaagt dat het Hof uitsluitend de verklaring van erfrecht ten grondslag heeft gelegd aan zijn vaststelling dat de vriendin van de overleden man als enige erfgenaam van de man gerechtigd is de onderhavige procedure te voeren. Het onderdeel treft doel. Het Hof heeft, aldus overwegende, hetzij blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het rechtskarakter van de verklaring van erfrecht, die voor wat betreft de slotsom van de notaris ten aanzien van de vraag wie als erfgenaam moet worden aangemerkt, geen dwingende bewijskracht heeft, maar slechts bewerkstelligt dat een derde die op zodanige verklaring afgaat, te dien aanzien als te goeder trouw geldt, hetzij zijn vaststelling ontoereikend gemotiveerd, nu zonder nadere motivering niet duidelijk is op welke gronden het Hof tegenover de betwisting door de vrouw heeft aangenomen dat de in het testament opgenomen voorwaarde was vervuld dat de man ten tijde van zijn overlijden samenwoonde met de vriendin van de overleden man.

3.3.2. Onderdeel 2 strekt ten betoge dat, ook indien zou moeten worden aangenomen dat [de vriendin van de overleden man] de enige erfgenaam van de man is, zij toch niet gerechtigd is de onderhavige procedure te voeren, nu de uit de nalatenschap verkregen goederen onder bewind zijn gesteld. Het onderdeel is gegrond. Het bewind houdt in dat de erfgenaam wiens goederen onder bewind zijn gesteld, ten aanzien van die goederen zelfstandige beheers- en beschikkingsbevoegdheid mist, hetgeen meebrengt dat hij met betrekking tot die goederen ook niet eisende of verwerende in rechte kan optreden. Onderdeel 3, dat voortbouwt op onderdeel 2 en inhoudt dat niet de vriendin van de overleden man maar de bewindvoerder de onderhavige procedure had behoren te voeren, is derhalve eveneens gegrond.

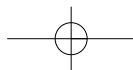
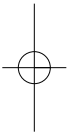
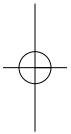
4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Hof te Leeuwarden van 9 september 1998; verwijst het geding naar het Hof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing.

Het arrest is gepubliceerd in *NJ* 2001, 389 m.nt. HJS. Vergelijk ook HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602. Zie ook over het karakter van de verklaring van erfrecht *Handboek Erfrecht* (2006), Verstappen, p. 419 e.v., alsmede Verstappen, WPNR 6352 en 6357 (1999).

**Commentaar**



## Chronologisch register per instantie

### HOGE RAAD

- 3 april 1914 (NJ 1914, 721) / 369  
 25 april 1929 (NJ 1929, 1319) / 370  
 21 juni 1929 (NJ 1929, 1325) / 375  
 21 januari 1944 (NJ 1944/45, 120) / 277  
 30 november 1945 (NJ 1946, 62) / 434  
 17 januari 1964 (NJ 1965, 126) / 418  
 22 januari 1965 (NJ 1966, 177) / 389  
 26 maart 1965 (NJ 1966, 328) / 479  
 9 april 1965 (NJ 1966, 178) / 392  
 10 januari 1969 (NJ 1970, 176) / 438  
 19 september 1969 (NJ 1969, 402) / 503  
 17 maart 1971 (NJ 1971, 136) / 254  
 12 mei 1972 (NJ 1973, 53) / 440  
 8 december 1972 (NJ 1973, 496) / 342  
 21 december 1973 (NJ 1974, 308) / 447  
 11 januari 1974 (NJ 1974, 187) / 395  
 28 november 1975 (NJ 1976, 466) / 242  
 2 april 1976 (NJ 1976, 450) / 279  
 14 januari 1977 (NJ 1977, 613) / 1  
 11 maart 1977 (NJ 1978, 98) / 256  
 16 december 1977 (NJ 1978, 616,  
 NJ 1992, 649) / 398  
 25 juli 1978 (NJ 1979, 352) / 505  
 15 december 1978 (NJ 1979, 427) / 243  
 28 maart 1980 (NJ 1980, 378) / 103  
 23 april 1980 (NJ 1980, 587) / 426  
 9 mei 1980 (NJ 1981, 283) / 458  
 21 november 1980 (NJ 1981, 193) / 280  
 16 januari 1981 (NJ 1981, 312) / 333  
 27 november 1981 (NJ 1982, 503) / 258  
 19 maart 1982 (NJ 1983, 250) / 450  
 16 april 1982 (NJ 1982, 580) / 345  
 5 juli 1982 (NJ 1983, 685) / 508  
 25 februari 1983 (NJ 1983, 696) / 245  
 8 april 1983 (NJ 1984, 159) / 347  
 27 mei 1983 (NJ 1984, 146) / 262  
 1 juli 1983 (NJ 1984, 181) / 134  
 9 september 1983 (NJ 1984, 535) / 114  
 11 mei 1984 (NJ 1985, 374) / 422  
 11 mei 1984 (NJ 1985, 527) / 432  
 8 juli 1985 (NJ 1986, 358) / 337  
 25 oktober 1985 (NJ 1986, 308) / 372  
 10 januari 1986 (NJ 1986, 342) / 460  
 11 april 1986 (NJ 1986, 622) / 282  
 7 november 1986 (NJ 1987, 526) / 136  
 9 januari 1987 (NJ 1987, 927) / 338  
 16 januari 1987 (NJ 1987, 912) / 339  
 4 maart 1987 (NJ 1989, 223) / 424  
 4 maart 1987 (NJ 1989, 224) / 462  
 13 maart 1987 (NJ 1988, 190) / 72  
 20 mei 1987 (NJ 1988, 231) / 246  
 12 juni 1987 (NJ 1988, 39) / 263  
 12 juni 1987 (NJ 1988, 150) / 283  
 4 december 1987 (NJ 1988, 610) / 286  
 4 december 1987 (NJ 1988, 678) / 288  
 8 januari 1988 (NJ 1988, 857) / 78  
 22 april 1988 (NJ 1989, 386) / 115  
 9 september 1988 (NJ 1989, 239) / 510  
 25 november 1988 (NJ 1989, 529) / 289  
 23 december 1988 (NJ 1989, 700) / 264  
 20 januari 1989 (NJ 1989, 766) / 290  
 23 juni 1989 (NJ 1989, 732) / 350  
 27 oktober 1989 (NJ 1990, 324) / 116  
 10 november 1989 (NJ 1990, 523) / 118  
 1 december 1989 (NJ 1990, 189) / 119  
 1 december 1989 (NJ 1990, 189) / 334  
 9 februari 1990 (NJ 1990, 767) / 81  
 19 september 1990 (NJ 1992, 649) / 401  
 5 oktober 1990 (NJ 1991, 395) / 18  
 7 december 1990 (NJ 1991, 593) / 266  
 7 december 1990 (NJ 1991, 593) / 463  
 30 januari 1991 (NJ 1992, 191) / 292  
 1 februari 1991 (NJ 1992, 259) / 517  
 18 oktober 1991 (NJ 1992, 421) / 268  
 10 januari 1992 (NJ 1992, 651) / 294  
 15 mei 1992 (NJ 1993, 486) / 295  
 11 juni 1993 (NJ 1993, 560) / 94

Chronologisch register per instantie

25 juni 1993 (NJ 1994, 31) / 269  
 1 juli 1993 (NJ 1994, 105) / 11  
 1 oktober 1993 (NJ 1994, 257) / 482  
 26 november 1993 (NJ 1994, 260) / 429  
 28 januari 1994 (NJ 1994, 687) / 106  
 18 februari 1994 (NJ 1994, 463) / 297  
 18 maart 1994 (NJ 1995, 410) / 271  
 18 maart 1994 (NJ 1995, 410) / 464  
 15 april 1994 (NJ 1994, 608) / 42  
 29 april 1994 (NJ 1995, 561) / 248  
 4 november 1994 (NJ 1996, 485) / 453  
 2 december 1994 (NJ 1995, 548) / 354  
 29 september 1995 (NJ 1996, 88) / 299  
 6 oktober 1995 (NJ 1996, 105) / 362  
 20 oktober 1995 (NJ 1996, 174) / 3  
 20 oktober 1995 (NJ 1997, 215) / 20  
 22 december 1995 (NJ 1996, 419) / 96  
 12 januari 1996 (NJ 1996, 352) / 21  
 12 januari 1996 (NJ 1996, 352) / 334  
 17 januari 1996 (VN 1996, 689) / 521  
 19 januari 1996 (NJ 1996, 617) / 300  
 26 april 1996 (NJ 1997, 119) / 121  
 10 mei 1996 (NJ 1996, 692) / 523  
 8 november 1996 (NJ 1997, 471) / 138  
 17 januari 1997 (NJ 1997, 483) / 45  
 17 januari 1997 (NJ 1997, 483) / 341  
 31 januari 1997 (NJ 1998, 327) / 404  
 7 februari 1997 (NJ 1997, 595) / 485  
 21 februari 1997 (NJ 1998, 205) / 303  
 28 maart 1997 (NJ 1997, 581) / 305  
 3 oktober 1997 (NJ 1998, 383) / 307  
 24 oktober 1997 (NJ 1999, 96) / 48  
 24 oktober 1997 (NJ 1999, 395) / 23  
 24 oktober 1997 (FJR 1997/295) / 273  
 26 maart 1999 (NJ 1999, 654) / 25  
 11 februari 2000 (NJ 2000, 259) / 12  
 14 april 2000 (NJ 2000, 689) / 250  
 23 juni 2000 (NJ 2001, 347) / 309  
 30 juni 2000 (NJ 2001, 103) / 62  
 30 juni 2000 (NJ 2001, 389) / 527  
 27 oktober 2000 (NJ 2001, 104) / 63  
 3 november 2000 (NJ 2001, 418) / 83  
 17 november 2000 (NJ 2001, 349) / 406  
 1 december 2000 (NJ 2001, 390) / 111  
 9 februari 2001 (NJ 2001, 216) / 28  
 16 februari 2001 (NJ 2001, 571) / 51  
 2 maart 2001 (NJ 2001, 583) / 311  
 2 maart 2001 (NJ 2001, 584) / 314  
 13 april 2001 (NJ 2002, 4) / 86  
 29 juni 2001 (NJ 2001, 598) / 73  
 10 augustus 2001 (NJ 2002, 278) / 123  
 26 oktober 2001 (NJ 2002, 93) / 315  
 9 september 2002 (LJN: AF0059) / 412  
 11 april 2003 (LJN: AF3410) / 464  
 27 juni 2003 (NJ 2003, 524) / 275  
 11 juli 2003 (NJ 2004, 173) / 252  
 31 oktober 2003 (NJ 2004, 315) / 53  
 16 januari 2004 (LJN: AN8282, NJ 2004, 487) / 377  
 30 januari 2004 (NJ 2004, 294) / 127  
 6 februari 2004 (NJ 2004, 250) / 88  
 13 februari 2004 (LJN: AN8172) / 487  
 18 juni 2004 (NJ 2004, 399) / 318  
 24 september 2004 (NJ 2005, 16) / 66  
 1 oktober 2004 (NJ 2005, 1) / 320  
 12 november 2004 (NJ 2005, 248) / 56  
 3 december 2004 (LJN: AR0196) / 408  
 4 februari 2005 (NJ 2005, 422) / 75  
 13 mei 2005 (LJN: AS4167) / 358  
 3 juni 2005 (NJ 2005, 381) / 31  
 9 september 2005 (AA 2006, p. 46-51) / 322  
 27 januari 2006 (NJ 2008, 564) / 324  
 21 april 2006 (NJ 2006, 584) / 68  
 8 september 2006 (NJ 2006, 491) / 34  
 6 oktober 2006 (NJ 2008, 565) / 326  
 19 januari 2007 (NJ 2007, 62) / 335  
 30 maart 2007 (NJ 2007, 609) / 5  
 13 april 2007 (RvdW 2007, 394) / 13  
 4 mei 2007 (NJ 2007, 405) / 38  
 8 juni 2007 (LJN: BA2507, NJ 2008, 220) / 366  
 5 oktober 2007 (LJN: BA6756, NJ 2008, 296) / 384  
 30 november 2007 (NJ 2008, 310) / 99  
 1 februari 2008 (NJ 2008, 556) / 328  
 15 februari 2008 (NJ 2008, 106) / 59  
 28 maart 2008 (NJ 2008, 190) / 40  
 4 april 2008 (NJ 2008, 494) / 90  
 4 april 2008 (NJ 2008, 506) / 92  
 25 april 2008 (NJ 2008, 394) / 330  
 14 november 2008 (NJ 2009, 52) / 129  
 21 november 2008 (LJN: BD5985, NJ 2009, 116) / 472  
 19 december 2008 (NJ 2009, 136) / 130

---

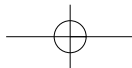
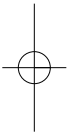
Chronologisch register per instantie

---

**EUROPEES HOF VOOR DE**

**RECHTEN VAN DE MENS**

13 juni 1979 (A 31) / 140  
28 november 1984 (A 87) / 149  
28 mei 1985 (A 94) / 152  
17 oktober 1986 (A 106) / 155  
18 december 1986 (A 112) / 158  
8 juli 1987 (A 121) / 164  
24 maart 1988 (A 130) / 169  
21 juni 1988 (A 138) / 176  
28 november 1988 (A 144) / 180  
22 juni 1989 (A 156) / 183  
7 juli 1989 (A 160) / 188  
22 februari 1994 (A 280-B) / 191  
26 mei 1994 (A 290) / 195  
27 oktober 1994 (A 297-C) / 198  
24 februari 1995 (A 307-B) / 204  
22 april 1997 (NJ 1998, 235) / 210  
25 januari 2000 (NJ 2002, 239) / 218  
17 december 2002 (NJ 2004, 632) / 225  
13 februari 2003 (NJ 2003, 587) / 231  
22 januari 2008 (NJ 2008, 456) / 236





## Roepnamenregister

Aannemersbedrijf / 311  
Abdulaziz, Cabales en Balkandi / 152  
Admiraal / 389  
Afrekening belegde besparingen I / 300  
Afrekening belegde besparingen II / 305  
Afrekening belegde besparingen III / 307  
Afstand van alimentatie / 21, 334  
Afwijzing adoptie / 68  
Alimentatie en schuldsanering / 129  
Alimentatie ex-vriendin / 123  
Alimentatie in natura / 118  
Alimentatie studierend kind / 114  
Alimentatie vader/stiefvader / 115  
Ambtshalve wijziging gezamenlijk gezag op informeel verzoek kind / 90  
Aruba en homohuwelijk / 13  
Baartman/Huijbers / 282  
Beding van niet-wijziging / 34  
Begrip 'woonstede' / 1  
Benoeming bijzondere curator / 75  
Benoeming mentor niet nodig / 138  
Beroep pleegouders tegen beëindiging uithuisplaatsing / 83  
Berrehab / 176  
Bescherdingsbewind / 134  
Betekenis registers burgerlijke stand / 3  
Bevoegdheid executeur / 472  
Bewind of curatele? / 136  
Bewijskracht verklaring van erfrecht / 527  
Bigamie / 11  
Bijstandsschuld / 262  
Bloemendaalse horeca / 288  
Boedelmenging is geen gift / 254  
Boerenplaatsje / 377  
Boon/Van Loon / 258  
Bruinsma/Smit / 339  
Burghartz / 191  
Conflict curandus/curator / 106  
Curatele en echtscheiding / 103  
De Helmondse Kledingbokser / 286  
De Rooy-De Rooy / 479

### Roepnamenregister

---

De uitsluitingsclausule dwingt / 280  
De Visser-Harms / 434  
Doorbreking gesloten stelsel alimentatieplichten / 121  
Dozy-clausule / 303  
Draagplicht belastingschulden / 269  
Dubbele villa / 369  
E.B. tegen Frankrijk, Weigering toestemming tot eenpersoonsadoptie aan lesbische vrouw is discriminerend / 236  
Eisen te stellen aan verbreking 'family life' / 94  
Elisabeth / 375  
Erfrechtelijke positie onwettig niet erkend kind / 45  
Eriksson / 183  
Erven Bal / 450  
Erven Gaasbeek / 350  
Erven Hoitsma / 342  
Erven Oerlemans / 453  
Erven Sanders / 345  
Erven Van der Kammen / 510  
Family life: ook bij potentiële relatie tussen biologische vader en kind / 99  
Gaskin / 188  
Geboorteakte interseksuele of 'niet-geseksueerde' persoon / 5  
Gedrag der echtgenoten / 318  
Gedwongen ontheffing, ondanks duurzame bereidheid om kind elders te laten opvoeden / 92  
Geen verrekening van invaliditeitspensioen / 264  
Gezag opdragen aan derde na echtscheiding? / 81  
Gezag vader of moeder? / 78  
Grafrecht / 372  
Grondslag alimentatieverplichting / 28  
Hilversumse horeca / 289  
Holland/Beek / 263  
Honorering huishoudelijke arbeid / 292  
Ignaccolo-Zenide / 218  
Ik herroep ... / 412  
Inbreng / 464  
Informatieplicht van notaris / 290  
Inkomsten uit arbeid / 326  
Jeroen / 96  
Johnston / 158  
Katwijkse boedelscheiding / 333  
Keegan / 195  
Kelders/Fortis / 252  
Kortdurend huwelijk / 38  
Kriek/Smit / 283  
Kriek/Smit à l'inverse / 294  
Kroon / 198  
Leeftijdsverschil bij stiefouderadoptie / 62

Roepnamenregister

Leegwaarde-arrest / 256  
 Legaat of uitvoering koop? / 424  
 Legaat saldo bankrekening / 401  
 Legaat vruchtgebruik / 426  
 Lijntje en Tanna / 505  
 Limitering alimentatie / 25, 130  
 Maastrichtse woning I / 242  
 Maastrichtse woning II / 243  
 Makkumse obv / 503  
 Man vrouw maatschap / 330  
 Marckx-arrest / 140  
 McMichael / 204  
 Meer machtigingen tot uithuisplaatsing tegelijkertijd / 88  
 Meerwaardebeding / 487  
 Meerzicht / 440  
 Melkquotum / 299  
 Misbruik van bevoegdheid ten aanzien van vetorecht bij stiefouderadoptie / 63  
 Modehuis 'Nolly' / 279  
 Moordhuwelijk / 266, 463  
 'Mijn echtgenote alsmede haar twee zonen' / 404  
 Natuurlijke verbintenis / 320  
 Nielsen / 180  
 Nietigverklaring huwelijk / 12  
 Nihilbeding kinderalimentatie / 119, 334  
 Nihilstelling, geen beëindiging / 127  
 Obv en bijstandswet / 517  
 Obv tussen alle afstammelingen / 523  
 Odièvre / 231  
 Olsson I / 169  
 Omgangsondertoezichtstelling / 86  
 Omzetting natuurlijke verbintenis / 362  
 Onredelijk geachte weigering bij handlichting / 72  
 Ontkenning vaderschap door bijzondere curator namens minderjarige / 53  
 Ontkenning vaderschap door vader / 59  
 Ontvanger-Pellicaan / 482  
 Onwettig, niet erkend kind / 341  
 Orgies-Kaat / 429  
 Overeenkomst erfgenamen en obv / 508  
 Pensioenverevening / 23  
 Pensioenverweer I / 18  
 Pensioenverweer II / 20  
 Peildatum / 315  
 Prof. Geyl / 438  
 Prof. Mulder / 447  
 Pseudo-gemeenschap / 328  
 Psychische overmacht / 116  
 Rasmussen / 149

### Roepnamenregister

---

Rechtsverwerking / 246  
Redelijkheid van vervalbeding / 309  
Rees / 155  
Rekening en verantwoording door gevolmachtigde? / 358  
Rekening en verantwoording over gevoerd beheer / 354  
Reparatiehuwelijk / 295  
Samenleven met een ander als waren zij gehuwd I / 31  
Samenleven met een ander als waren zij gehuwd II / 40  
Samenlevingscontract scheidt géén maatschap / 337  
Samenloop met onrechtmatige daad / 335  
Samenwoning scheidt géén alimentatieplicht / 338  
Schaaphok/Schilder / 245  
Schellens-Schellens-II / 418  
Schuld wegens verduisterde gelden / 268  
Schwanen/Hundscheid II / 324  
Soetelieve/Stienstra / 250  
Sonnevanck / 297  
Taak raad voor de kindbescherming / 73  
Ter Kuile/Kofman / 248  
Termijnoverschrijding / 48  
Twee curatoren / 111  
Uitleg erfstelling / 408  
Uitsluitingsclausule / 406  
Valkenhorst / 42  
Van Bakel-Roymans / 458  
Van de Brandhof-Erven Mulder-I / 347  
Van de Water/Van Hemme / 277  
Van der Wilt-Van Laar / 398  
Van Doveren / 370  
Van Duin-Maria Leek / 395  
Van Es-Ponjee / 392  
Van Tholen/Nationale-Nederlanden / 271, 464  
Venema / 225  
Verblijvsbeding en legitieme / 485  
Verbod van grootouderadoptie / 66  
Verdeling of uitvoering koop? / 462  
Vergoeding letselschade verkocht / 273  
Verhoeven-Peters / 422  
Vernietiging door verwekker van erkenning door niet-verwekker / 56  
Vernietiging huwelijkse voorwaarden / 322  
Vervangende toestemming tot erkenning / 51  
Verzorgingsvruchtgebruik / 366  
Vier huizen / 432  
Visserijbedrijf / 314  
Voorwaardelijke obv / 521  
W. tegen V.K. / 164  
Waardering woning en bijstandswet / 460

---

**Roepnamenregister**

---

X, Y en Z tegen Verenigd Koninkrijk / 210  
Zaaksvervanging fidei commissaire goederen / 384  
Zweedse vrouw / 275