

## **ARW 1 HC 7A, 15-10-2018, Burgerlijk recht: familierecht**

### **Inleiding**

Bijna alle artikelen van het familierecht staan in boek 1 BW of in boek 4 BW. Veel zaken bij de rechtbank zijn familierechtelijke zaken.

### **Afstammingsrecht**

Het afstammingsrecht is vastgelegd in **art. 1:197 e.v. BW**. Afstammingsrecht is een familierechtelijke betrekking tussen kind en ouders en tussen kind en bloedverwanten. De vraag is wie tot familierechtelijke betrekking tot wie staat. Het gaat hier om de juridische ouders en niet om de biologische ouders. Er ontstaan familierechtelijke verplichtingen bij geboorte van een kind en rechten voor de moeder, de vader en het kind. De gevolgen zijn dat het gezag, de omgang, het onderhoud, het erfrecht, de nationaliteit, de fiscaliteit en de achternaam van kind moeten worden vastgelegd.

### **Moeder en vader**

Wie is juridisch de moeder van het kind? Vroeger dacht men dat dit altijd duidelijk was en werd de uitdrukking **mater semper certa** gebruikt. Nu is moederschap vastgelegd in **art. 1:198 BW**. Er bestaan juridisch gezien twee moeders, namelijk de vrouw uit wie het kind is geboren of wie het kind heeft geadopteerd. Daarnaast kan er door huwelijk, erkenning en gerechtelijke vaststelling moederschap worden vastgesteld. Vaderschap is vastgelegd in **art. 1:199 BW**. Vaak ontstaat vaderschap door huwelijk. Door het huwelijk is hij de vader ook al is de geboorte binnen 306 dagen na de dood van de juridische vader. Vaderschap kan ook worden vastgesteld door erkenning, gerechtelijke vaststelling en adoptie. In een casus kan een iets ouder Italiaans echtpaar geen kinderen krijgen. Een draagmoeder uit Rusland wordt geïnsemineerd met het zaad van de man uit het echtpaar en hier werd 50.000 euro voor gevraagd. Toen het kind geboren was werd er in Rusland gesteld dat de draagmoeder de moeder is. De wensouders waren niet genetisch verwant, omdat er ander zaad was gebruikt dan het zaad van de wensvader. De wensmoeder neemt het kind mee naar Italië en had een valse geboorteaangifte gedaan. Italië weigert de registratie van het kind omdat draagmoederschap verboden is in Italië. Na acht maanden wordt het kind weggehaald bij de wensouders uit Italië. De Hoge Raad geeft de wensouders gelijk, maar ze krijgen het kind niet zomaar terug. De casus roept familierechtelijke en maatschappelijke vragen op. Mag dit in Nederland? Zijn de contracten afdwingbaar? Is het puur commercieel? Toch zijn er wel mogelijkheden, want het is toegestaan in bijvoorbeeld Griekenland en Californië. De middenweg is een commercieel verbod, zoals in Nederland en Canada. In sommige landen zijn alle vormen streng verboden, zoals in Frankrijk en Italië.

### **Relatievormen**

In een voorbeeld zijn A en B sinds 1992 samen. A heeft een miljoenenbedrijf en B deed het huishouden met drie kinderen, maar heeft veel harder gewerkt dan A. Als A en B gehuwd zijn is er een wettelijke regeling voor. Je kunt het voor een deel zelf regelen met de huwelijkse voorwaarden. Als A en B ongehuwd zijn is er geen wettelijke regeling voor. Ze kunnen dan een samenlevingscontract en testamenten opstellen, als ze boedelmenging wettelijk geregeld willen hebben.

Huwelijk en geregistreerd partnerschap lijken sprekend op elkaar, dus regels voor huwelijk mogen toegepast worden op geregistreerd partnerschap. In 2018 zijn er in Nederland 3,2 miljoen gehuwde partners en 1,0 miljoen ongehuwde partnerschap. In Europa waren er in 2015 zo'n 110 miljoen gehuwde paren, 2,2 miljoen huwelijkssluitingen, 1,0 miljoen echtscheidingen en 16 miljoen internationale paren.

Er bestaan vereisten voor het aangaan van een huwelijk. Een vereiste is het bereiken van een bepaalde leeftijd, in Nederland achttien, wat is vastgelegd in **art. 1:31 BW**. Daarnaast moeten de geestvermogens voldoende zijn voor een geldig huwelijk, wat is vastgelegd in **art. 1:32 BW**. Tevens moet er sprake zijn van monogamie, wat is vastgelegd in **art. 1:33 BW**. Ook mogen de potentiële echtgenoten geen nauwe bloedverwantschap hebben op grond van **art. 1:41 jo. 1:41a BW**. De huwelijksluiting is in Nederland strikt. Een huwelijk betekent een burgerlijk huwelijk en dat betekent dat het gebeurt voor een burgerrechtelijke ambtenaar. Er mogen geen religieuze plechtigheden plaatsvinden voor het juridische huwelijk, dit mag wel na het burgerlijk huwelijk. In het arrest **EHRM 2 nov 2010, Yigit v. Turkije** had er alleen een religieuze trouwerij plaatsgevonden tussen een man en een vrouw. De man overleed en de vrouw kreeg geen pensioen. Er werd geoordeeld dat **art. 8 EVRM** niet verplicht tot erkenning van een religieus huwelijk als civiel huwelijk. Huwelijksseinde vindt plaats door overlijden of echtscheiding. Echtscheiding eist een duurzame ontwrichting en anders mag er geen scheiding plaatsvinden. Bij een huwelijksseinde moet er veel worden geregeld. Als er kinderen in het huwelijk geboren zijn moet er een ouderschapsplan worden opgesteld, anders mag er niet gescheiden worden. Verder moet de gemeenschap van goederen worden verdeeld. Ook kan alimentatie worden geregeld.

Ongehuwd samenwonen betekent dat er juridisch niets geregeld is. Is ongehuwd samenwonen een bewuste gezamenlijke keuze om niet in het huwelijk te treden en zichzelf zo niet te binden aan rechten en plichten? Vaak is dit niet het geval, omdat mensen geen weet hebben van het recht. Gemeenschap van goederen, verrekening, woonrecht, alimentatie en erfrecht zijn niet van toepassing op ongeregistreerd partnerschap, omdat er niets voor geregeld is.

### **Huwelijksvermogensrecht**

Rechten en plichten van echtgenoten zijn opgenomen in **art. 1:81 e.v. BW**. Getrouwheid staat in **art. 1:81 BW**. Kosten van de huishouding zijn vastgelegd in **art. 1:84 BW jo. 1:85 BW**. Toestemming voor bepaalde rechtshandelingen is vastgelegd in **art. 1:88 BW jo. 89 BW**. Er zijn bepaalde rechtshandelingen waarvan de wetgever zegt dat het gezin beschermd moet worden, waardoor de een toestemming moet geven aan de ander voor de rechtshandeling, anders is de rechtshandeling vernietigbaar. In een casus krijgt Mark in 2015 een woning. In 2016 krijgt Mark een relatie met Vera. In 2017 trouwen Mark en Vera en ze betrekken Marks woning. In 2018 wil Mark zijn woning verkopen, maar hiervoor heeft hij de toestemming van Vera voor nodig. Als Vera niet wil tekenen, moet hij van de rechter vervangende toestemming vragen. Als hij toch zonder haar toestemming de woning verkoopt, kan Vera de verkoop vernietigen.

In een ander voorbeeld trouwen op december 2017 een man met tien miljoen en een vrouw met geen geld. Dan wordt de tien miljoen verdeeld over de twee en hebben ze beide vijf miljoen door de gemeenschap van goederen. Op 1 januari 2018 is de algehele gemeenschap van goederen afgeschaft en daarvoor kwam in de plaats de beperkte gemeenschap van goederen. Schulden vallen ook onder goederen. Algehele gemeenschap van goederen gold tot 1 januari 2018. Er is ook een overgangsrecht, want het algehele gemeenschap van goederen geldt nog steeds voor huwelijksvoor 2018. Bij algehele gemeenschap van goederen is er sprake van boedelmenging. Uitzonderingen op de boedelmenging zijn o.a. uitsluitingsclausule, wat bijvoorbeeld inhoudt dat de erfenis niet naar de echtgenoten van de kinderen gaat. Bij beperkte gemeenschap van goederen hoeft er geen uitsluitingsclausule te bestaan sinds 1 januari 2018. Er bestaat nog steeds boedelmenging, maar het is beperkt op grond van **art. 1:94 BW**. Uitzonderingen op de boedelmenging zijn voorhuwelijksse privégoederen, erfenissen, schenkingen en verknochte goederen.

Echtscheiding is vastgelegd in **art. 1:100 BW**. Bij echtscheiding moet er door de helft worden verdeeld. In het arrest **HR 7 dec 1990, Moordhuwelijk** werd bepaald dat verdeling bij helfte niet soms niet toegepast hoeft te worden op grond van redelijkheid en billijkheid. In het arrest **HR 30 maart 2012, Eigen schuld dikke bult?** ging het ook om deze verdeling. De regels over de huwelijkse voorwaarden zijn vastgelegd in **art. 1:114 e.v. BW**.

### **ARW 1 HC 7B, 16-10-2018, Burgerlijk recht: familierecht**

#### **Beschermingsmaatregelen**

Er zijn drie wettelijke beschermingsmaatregelen, namelijk curatele, bewind en mentorschap. Daarnaast is er nog een onwettelijke beschermingsmaatregel, namelijk het levenstestament of volmacht. **Curatele** is de zwaarste ingreep, omdat een persoon gestript wordt van een hoop bevoegdheden. De curator moet heel veel dingen overnemen. Iemand wordt onder curatele gesteld op grond van de lichamelijke of geestelijke toestand, zoals drank- of drugsmisbruik. Er gelden sinds kort kwaliteitseisen voor curatele, bewind en mentorschap. Als de curator professioneel te werk gaat, dan moet hij aan allerlei voorwaarden voldoen. De kantonrechter stelt iemand onder curatele, maar kijkt eerst of een lichtere maatregel beter is dan de zware maatregel curatele en dit wordt subsidiariteit genoemd. Er bestaat ook een register voor mensen die onder curatele zijn gesteld. Als iemand onder curatele is gesteld dan wordt diegene handelingsonbekwaam ex **art. 1:378 e.v. BW**. Er bestaat een verschil tussen **handelingsbekwaamheid** en wilsbekwaamheid. De rechtshandeling van een onbekwame is vernietigbaar. Onbekwamen zijn mensen die onder curatele zijn gesteld of die minderjarig zijn. Bij uitzondering is een minderjarige wel handelingsbekwaam. Een minderjarige kan met veronderstelde toestemming handelen of op grond van een handlichting, testament, arbeidsovereenkomst, etc. Naast curatele kan het vermogen van mensen onder **bewind** gesteld worden. De persoon van wie het vermogen onder bewind gesteld wordt is de rechthebbende, maar die is niet handelingsbevoegd. Bewind wordt gesteld op grond van een lichamelijke of geestelijke toestand, zoals verkwisting of problematische schulden. De kantonrechter stelt iemand onder bewind. De kantonrechter heeft daarnaast een controlerende rol, want de bewindvoerder moet jaarlijks gecontroleerd worden. Bewind omvat een gigantische hoeveelheid zaken. Het gevolg van bewind is dat de rechthebbende handelingsonbevoegd wordt, ex **art. 1:431 e.v. BW**. Mentorschap heeft betrekking op niet-vermogensrechtelijke belangen, zoals verzorging, verpleging. **Mentorschap** bestaat vaak in combinatie met bewind ex **art. 1:450 e.v. BW**. Een niet wettelijke beschermingsmaatregel is het **levenstestament**, wat je zelf kunt regelen. Het is een volmacht of opdracht, waarin geregeld wordt wat er gebeurt als die persoon tijdelijk niet in staat is om te handelen. Er is een afbakening met curatele, bewind en mentorschap en deze gaan altijd voor, omdat die wettelijk geregeld zijn. Bij een levenstestament is er geen toezicht.

#### **Erfrecht**

Boek 4 BW is het beste uittreksel van het boek over het erfrecht. Erfrecht regelt de overgang van vermogen en is te vergelijken met het faillissementsrecht. Bij erfrecht wordt er eerst naar huwelijksvermogensrecht gekeken, daarna naar erfrecht. Erfrecht bij versterf, ook wel **ab intestaat erfrecht** genoemd, wordt geregeld door de wetgever. Erfrecht bij testament is het zelf regelen binnen het erfrecht. Er zijn drie keuzes voor de erfgenamen. Ten eerste is er de **zuivere aanvaarding**, waarbij er volmondig 'ja' wordt gezegd op de nalatenschap. Dan is er sprake van opvolging onder algemene titel, waardoor alle rechten en plichten overgaan op de erfgenaam. Het is onvoorwaardelijk en omvat ook het privévermogen. Ten tweede bestaat er de mogelijkheid tot **beneficiaire aanvaarding**. Dan wordt er 'ja, maar' gezegd op de nalatenschap. Bij beneficiaire aanvaarding is het privévermogen veilig en is er formele vereffening. Bij beneficiaire aanvaarding moet er wel griffierecht worden betaald. Tot slot kan er ook **verwerping** van de nalatenschap plaatsvinden.

### **Wettelijk erfrecht**

Ab intestaat erfrecht is vastgelegd in **art. 4:9-12 BW**. In **art. 4:10 BW** staat dat er vier parentelen bestaan. De omvang van het erfdeel wordt op twee manieren bepaald. Bij eigen hoofde wordt de erfenis verdeeld in gelijke delen en bij plaatsvervulling is het staaksgewijze, wat betekent dat het verdeeld wordt over de plaatsvervangers. Let op bij de tweede parentele, dit zijn bijvoorbeeld halfbroers en -zussen, want die krijgen de helft van volle zonen en dochters. In een voorbeeld overlijdt A. A laat twee kinderen C en D achter en heeft geen testament, dus de kinderen krijgen allebei de helft. D heeft zelf drie kinderen. Als D overlijdt voordat A overlijdt dan krijgen de drie kinderen van D bij plaatsvervulling alle drie een deel van de erfenis van D. De wettelijke verdeling van het wettelijk erfrecht is nu anders dan voorheen. Als A een woning, geld en een kunstwerk had en er was geen testament opgesteld, dan krijgt de echtgenoot B alles en de kinderen C en D niets ex **art. 4:13 BW**. De kinderen krijgen een geldvordering op de echtgenoot evenredig aan de grote van hun erfdeel. De kinderen kunnen dit opeisen als de echtgenoot ook overlijdt. Er zit aan dit systeem een risico, namelijk dat B het geld verkwist. Daar kunnen de kinderen in beginsel niets aan doen.

### **Uiterste wil**

De uiterste wil is een eenzijdige rechtshandeling en het is herroepelijk ex **art. 4:42 BW**. De uiterste wil is erg persoonlijk, dus een curator kan geen testament maken voor een curandus. De vorm van een uiterste wil is een notariële akte. Er kan ook eigenhandig een testament worden gemaakt, maar die moet wel ondertekend worden. Bij codicil kan het dan aan iemand worden gegeven. Bij de notaris moet er voorlichting en bewijs zijn en de bewoordingen zijn vaak ook ingewikkeld. De inhoud van de uiterste wil bevat vaak de erfgenamen, een legaat, een executele en soms een bewind. Dit is een ander bewind dan hetgeen met bewind wordt bedoeld als beschermingsmaatregel. Iemand die een apart deel krijgt van het nalatenschap heet een legataris. In **art. 4:115 BW** staat dat er in het testament kan vastgelegd worden wie de erfgenamen onder algemene titel zijn. Dit heet ook wel **erfstelling**. In de uiterste wil wordt ook een executeur aangewezen. Er kan ook een beperking aan de erfenis worden gesteld in de uiterste wil, zoals een testamentair bewind op het erfdeel van een kind. De vrijheid van de uiterste wil is beperkt op grond van openbare orde ex **art. 4:44** en **art. 4:59 BW** en bescherming door de legitieme portie en andere wettelijke rechten. Een voorbeeld van een testament dat misschien wel met de openbare orde stoorde is het testament van Charles Millar uit 1926. Hij liet zijn een deel van zijn geld na aan de vrouw in Toronto die in de tien jaar naar zijn dood de meeste kinderen verwekte, wat bekend staat als de Millar mother race. In art. 4:59 BW staat dat de rechtshandeling van mensen die geld nalaten aan hun verzorger vernietigd mag worden, omdat ze te afhankelijk zijn van de verzorger.

De **legitieme portie** is neergelegd in **art. 4:63 e.v. BW**. Kinderen hebben recht op een legitieme portie. Ook als A zijn kind C onterft, heeft C nog recht op zijn legitieme portie, dus de helft van wat hij normaal zou krijgen. Als A een nalatenschap van 600.000 euro heeft, dan gaat alles naar echtgenoot B. Kind C krijgt een vordering van 100.000 op echtgenoot B en kind D krijgt een vordering van 200.000 op B. De vordering is niet opeisbaar als B nog leeft. De berekening van de legitieme portie gebeurt door de massa te delen. De massa bestaat uit de goederen, minus de schulden, plus schenkingen ex **art. 4:67 BW**. Deze massa wordt door de helft gedeeld door het aantal personen in 1<sup>e</sup> parentele.

In art. 4:28 e.v. BW zijn **andere wettelijke rechten** neergelegd en dit is eigenlijk het verlengde van de legitieme portie. De andere wettelijke rechten zijn net als de legitieme portie dwingend recht. Deze artikelen dienen ook als een vangnet bij nalatenschap of een ontbonden huwelijksgemeenschap. De echtgenoot heeft verder het recht op vruchtgebruik op de woning, inboedel en andere goederen als deze behoeftig is. De minderjarige kinderen hebben recht op de **som ineens** voor levensonderhoud, studie en meer. In een voorbeeld is A getrouwd met B en scheiden ze. Zij hebben samen een kind K van twaalf. A is trouwt opnieuw met S. A overlijdt en S en K zijn erfgenamen. S krijgt alles, maar K kan zijn erfdeel opeisen en K kan de soms ineens eisen, omdat K minderjarig