

Personen- en familierecht

111
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 april 2018, nr. 200.211.218/01 ECLI:NL:GHSHE:2018:1543 (mr. Ackermans-Wijn, mr. Van Winkel, mr. Drent) Noot L. van Straten
Hoofdverblijfplaats. Co-ouderschapsregeling. Kinderalimentatie. Zorgkorting. Ouderschapsverlof. Verwijtbaar inkomensverlies. Fictief inkomen. Geldigheidsduur voorlopige voorzieningen. Terugbetalingsverplichting.
Leidt het opnemen van ouderschapsverlof tot een verwijtbaar, voor herstel vatbaar, inkomensverlies aan de zijde van de man?
[BW art. 1:247 lid 4, 1:401; Rv art. 826]

In geschil is de zorg- en contactregeling en de hoofdverblijfplaats van de twee minderjarige kinderen. De vrouw wenst beide kinderen op haar adres in te schrijven, terwijl de man de voorkeur geeft aan inschrijving van één kind op ieders adres. De man heeft ouderschapsverlof opgenomen om uitvoering te kunnen geven aan de door de rechtbank vastgestelde co-ouderschapsregeling. Vanwege het opnemen van ouderschapsverlof door de man dient volgens de vrouw te worden uitgegaan van een fictief (hoger) inkomen dan het daadwerkelijke inkomen aan de zijde van de man. Het hof oordeelt dat het opnemen van ouderschapsverlof geen verwijtbaar, voor herstel vatbaar, inkomensverlies oplevert nu de man dit met geen ander doel heeft opgenomen dan waarvoor het bedoeld is: de zorg voor de kinderen. Een co-ouderschapsregeling wordt het meest in het belang van de kinderen geacht en de man heeft er alles aan gedaan om deze regeling te kunnen uitvoeren.

[Appellante],
wonende te [woonplaats],
verzoekster in het principaal hoger beroep,
verweerster in het incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: de vrouw,
advocaat: mr. B.L.A. Ruijs te Oss,
tegen
[verweerder],
wonende te [woonplaats],
verweerder in het principaal hoger beroep,
verzoeker in het incidenteel hoger beroep,
hierna te noemen: de man,
advocaat: mr. M.A. Stoffijn te 's-Hertogenbosch.
In zijn hoedanigheid als omschreven in artikel 810 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is in de procedure gekend:
de Raad voor de Kinderbescherming,
regio Zuidoost Nederland, locatie [locatie],
hierna te noemen: de raad.

Hof:

1. *Het verloop van het geding in eerste aanleg*
Het hof verwijst voor het verloop van het geding in eerste aan-

leg naar de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 9 december 2016, uitgesproken onder voormeld zaaknummer.

2. *Het geding in hoger beroep*

2.1. De vrouw is bij beroepschrift met producties, ter griffie ingekomen op 7 maart 2017, in hoger beroep gekomen van voormelde beschikking van 9 december 2016.
2.2. De man heeft op 19 april 2017 een verweerschrift, tevens houdende incidenteel hoger beroep, met producties ingediend.
2.3. De vrouw heeft op 1 juni 2017 een verweerschrift op het incidenteel hoger beroep met producties ingediend.
2.4. Bij het hof zijn voorts de volgende stukken ingekomen:
– een journaalbericht van de zijde van de vrouw van 17 maart 2017 met bijlagen, ingekomen op 20 maart 2017;
– een journaalbericht van de zijde van de man van 8 februari 2018 met bijlagen, ingekomen op 9 februari 2018;
– een journaalbericht van de zijde van de vrouw van 9 februari 2018 met bijlagen, ingekomen op 9 februari 2018.
2.5. De mondelinge behandeling heeft op 22 februari 2018 plaatsgevonden. Partijen zijn in persoon verschenen, bijgestaan door hun advocaten. Namens de raad was mevrouw [verteenwoordiger van de raad] aanwezig.

3. *De feiten*

3.1. Het hof gaat uit van de volgende feiten.
3.2. Partijen zijn met elkaar gehuwd op 19 november 2007 te Vught.
3.3. Partijen zijn de ouders van:
– [minderjarige 1], geboren op [geboortedatum] 2009 te [geboorteplaats] (hierna: [minderjarige 1]);
– [minderjarige 2], geboren op [geboortedatum] 2013 te [geboorteplaats] (hierna: [minderjarige 2]).
3.4. Partijen zijn gezamenlijk belast met het ouderlijk gezag over de kinderen.
3.5. Bij beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 24 maart 2016 zijn voorlopige voorzieningen tussen partijen getroffen.

4. *De omvang van het geschil*

In principaal en incidenteel hoger beroep

4.1. Bij de bestreden beschikking is de echtscheiding tussen partijen uitgesproken, bepaald dat [minderjarige 1] hoofdverblijfplaats zal hebben bij de man en [minderjarige 2] bij de vrouw en een regeling inzake de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken vastgesteld waarbij de kinderen in week 1 van vrijdagavond 18.00 uur tot dinsdagavond 18.00 uur en in week 2 van zondagavond 18.00 uur tot woensdagavond 18.00 uur bij de man verblijven. Ook is in die beschikking een regeling voor de vakanties vastgesteld. Voorts is bepaald dat de man € 112,61 per maand dient te betalen aan de vrouw als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [minderjarige 2] (hierna ook: kinderalimentatie), met ingang van de datum van de bestreden beschikking, wat betreft de nog niet verschenen termijnen telkens bij vooruitbetaling te voldoen. Tot slot is bepaald dat de man gerechtigd is op zondagen met [minderjarige 1] Marokkaanse les te bezoeken en dat de Marokkaanse lessen voor [minderjarige 1] zullen worden gecontinueerd op de zondagen in de huidige moskee.
4.2. De grieven van de vrouw in principaal hoger beroep zien op de hoofdverblijfplaats van [minderjarige 1], de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken (hierna ook: zorgregeling) en de kinderalimentatie. De vrouw heeft ook een voorwaardelijke grief geformuleerd ten aanzien van de ingangsdatum van de kinderalimentatie.

4.3. De vrouw verzoekt in principaal hoger beroep om bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de bestreden beschikking te vernietigen en te bepalen:

A. dat de beide minderjarige kinderen hun hoofdverblijfplaats zullen hebben bij de vrouw;

B. dat een verdeling van de zorg- en opvoedingstaken geldt waarbij de man de zorg heeft voor de kinderen:

Week 1: maandag 07.30 – 18.00;

Week 2: maandag 07.30 – 18.00;

Week 3: maandag 07.30 – 18.00 en zaterdag 09.00 – maandagavond 18.00 uur;

Week 3 loopt door in week 1.

C. te bepalen dat de man dient bij te dragen in de kosten van de minderjarige kinderen met een bedrag van € 171,= per kind per maand;

D. voor zover de grief ten aanzien van de kinderalimentatie ongegrond zou zijn, te bepalen dat de kinderalimentatie wordt vastgesteld met ingang van de datum van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de burgerlijke stand;

E. ten aanzien van de kerstvakantie te bepalen dat deze wordt verdeeld bij helfte.

4.4. De man verzoekt de verzoeken onder A tot en met D van de vrouw af te wijzen als ongegrond, althans niet bewezen, en het verzoek van de vrouw onder E toe te wijzen en de bestreden beschikking op dit punt te wijzigen c.q. aan te vullen.

4.5. De grieven van de man in incidenteel hoger beroep zien op de ingangsdatum van de hoofdverblijfplaats van [minderjarige 1] en de zorgregeling, de zorgverdeling tijdens de kerstvakantie, de kinderalimentatie en de terugbetaling van teveel betaalde kinderalimentatie over de maand december 2016.

4.6. De man verzoekt in incidenteel hoger beroep bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad

– de bestreden beschikking te bekrachtigen (het hof begrijpt: ten aanzien van de hoofdverblijfplaats van de kinderen en de zorgregeling)

– en tevens te bepalen dat:

I. de hoofdverblijfplaats van [minderjarige 1] met ingang van 14 december 2016 bij de man wordt vastgesteld, althans met ingang van een datum door uw gerechtshof in billijkheid te bepalen;

II. de zorg- en contactregeling van kracht is per 14 december 2016, althans per een ingangsdatum door uw gerechtshof in billijkheid te bepalen;

III. de zorg- en opvoedingstaken tijdens de kerstvakantie bij helfte worden verdeeld, door partijen in onderling overleg te bepalen;

– de bestreden beschikking te vernietigen ten aanzien van de kinderalimentatie en te bepalen dat:

IV. vanwege de gelijkwaardige zorgverdeling, alsmede de gelijkwaardige inkomens van partijen, het redelijk en billijk is dat elk der partijen de kosten van het bij hem/haar wonende kind voor zijn/haar rekening neemt en dat over en weer geen kinderalimentatie behoeft te worden betaald,

althans subsidiair dat de man met ingang van 9 december 2016 een bijdrage dient te voldoen aan de vrouw in de kosten van verzorging en opvoeding van [minderjarige 2] van € 43,= per maand en de vrouw met ingang van 9 december 2016 een bijdrage dient te voldoen aan de man in de kosten van verzorging en opvoeding van [minderjarige 1] van € 88,= per maand, althans de bijdragen van de man en de vrouw in de kosten van de minderjarige kinderen vast te stellen op een bedrag zoals uw gerechtshof billijk acht;

V. de vrouw het bedrag aan teveel ontvangen alimentatie over de maan december 2016 ad € 141,06 aan de man moet terugbetalen.

4.7. De vrouw heeft verweer gevoerd in het incidenteel hoger beroep. Zij verzoekt de grieven van de man ongegrond te ver-

klaren met uitzondering van de grief die ziet op de verdeling van de kerstvakantie.

4.8. Het hof zal de grieven in principaal en incidenteel hoger beroep gezamenlijk beoordelen en per onderwerp bespreken.

5. De motivering van de beslissing

In het principaal en het incidenteel hoger beroep

Echtscheiding

5.1. Het hof stelt allereerst vast dat door de vrouw vol appel is ingesteld tegen de bestreden beschikking. Nu zij echter geen grief heeft aangevoerd tegen de daarbij uitgesproken echtscheiding en ook ter zitting desgevraagd niet naar voren heeft gebracht dat zij zich wenst te verzetten tegen de door de rechtbank uitgesproken echtscheiding, zal het hof het verzoek in zoverre afwijzen.

Verdeling van de zorg- en opvoedingstaken

5.2. De vrouw heeft zich primair op het standpunt gesteld dat een co-ouderschapsregeling niet in het belang van de kinderen is. Gelijkwaardig ouderschap betekent niet per definitie dat een zorgverdeling bij helfte aangewezen is. De vrouw nam tijdens het huwelijk het overgrote deel van de zorgtaken voor haar rekening. De man werkte na de geboorte van de kinderen fulltime en de vrouw parttime en daar hebben partijen destijds bewust voor gekozen. Bovendien hebben partijen andere opvattingen over de opvoeding van de kinderen en vormt de communicatie tussen partijen een probleem. Zo heeft de man zonder overleg ouderschapsverlof opgenomen. De vrouw vermoedt dat de man alleen om financiële redenen co-ouderschap wil. Verder heeft de vrouw ter zitting nog gesteld dat met name de zoon van partijen er moeite mee heeft als hij de vrouw langere tijd niet ziet, vooral in de vakanties.

Subsidiair, voor het geval het hof het toch aangewezen acht om een co-ouderschapsregeling vast te stellen, stelt de vrouw een regeling voor waarbij de wisselmomenten niet steeds op andere dagen zijn om de kinderen meer rust en structuur te bieden.

5.3. De man wenst dat de door de rechtbank vastgestelde co-ouderschapsregeling wordt bekrachtigd. De vrouw was tijdens huwelijk vaker afwezig dan zij stelt, ook vanwege haar studie. De man droeg op die momenten de zorg voor de kinderen (hij werkte in ploegendienst). De man kon destijds niet minder werken, omdat het gezin anders niet kon rondkomen. Het verbreken van de relatie maakt dat er sprake is van een nieuwe situatie. De vrouw is daarna pas minder gaan werken. De man heeft ervoor gekozen om twee dagen per week ouderschapsverlof op te nemen, zodat hij ongeveer de helft van de tijd voor de kinderen kan zorgen. Het ouderschapsverlof is besproken en de vrouw heeft daar haar vrije dagen op afgestemd. De man heeft geen oneigenlijke motieven voor co-ouderschap. De man wil een actieve rol als vader vervullen. De man merkt geen onrust bij de kinderen. Als de kinderen in de zomervakantie aangeven dat zij de vrouw te lang niet hebben gezien, dan is de man bereid om mee te denken over oplossingen.

5.4. Het hof overweegt als volgt.

Op grond van artikel 1:253a van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) kunnen geschillen omtrent de gezamenlijke uitoefening van het gezag, waaronder de bepaling van de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken, op verzoek van de ouders of van één van hen aan de rechter worden voorgelegd. De rechter neemt een zodanige beslissing als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt.

5.5. Het hof is op basis van de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting van oordeel dat de rechtbank terecht en op

juiste gronden heeft geoordeeld en beslist zoals zij heeft gedaan. In hoger beroep is niet gebleken van feiten of omstandigheden die kunnen leiden tot een andersluidend oordeel. Er is sprake van twee capabele ouders die beiden invulling kunnen geven aan de verzorging en opvoeding van de kinderen. De man heeft ouderschapsverlof opgenomen en is daardoor in staat om invulling te geven aan de in de bestreden beschikking bepaalde co-ouderschapsregeling. Verder hebben partijen ter zitting afgesproken om een traject te gaan volgen waarbij het uitgangspunt is dat de communicatie op ouder niveau wordt hersteld en partijen in de toekomst samen afspraken kunnen maken over de kinderen. Hierbij kan gedacht worden aan de module 'Ouderschap Blijft'. Zij zullen zich hiervoor melden bij het Centrum voor Jeugd en Gezin. Van de ouders wordt verwacht dat zij alles in het werk stellen om dit traject te laten slagen. Verder is het hof niet, althans onvoldoende gebleken dat de kinderen niet goed zouden gedijen onder de in de bestreden beschikking vastgestelde co-ouderschapsregeling of dat het belang van [minderjarige 1] en [minderjarige 2] zich om andere redenen tegen de huidige co-ouderschapsregeling verzet. Het hof zal de bestreden beschikking in zoverre bekrachtigen.

5.6. Nu partijen het erover eens zijn dat (ook) de kerstvakantie bij helfte dient te worden verdeeld, zal het hof dit in aanvulling op de bestreden beschikking bepalen.

Hoofdverblijf

5.7. Ook een geschil omtrent de beslissing bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft betreft een geschil omtrent de gezamenlijke uitoefening van het gezag en kan op grond van artikel 1:253a BW op verzoek van de ouders of van één van hen aan de rechter worden voorgelegd. De rechter neemt een zodanige beslissing als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt.

5.8. Het hof acht het bepalen van de hoofdverblijfplaats van ieder van de kinderen bij een van de ouders het meest recht doen aan de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken. Niet is gebleken dat het belang van [minderjarige 1] en [minderjarige 2] zich hiertegen verzet. Bovendien brengt deze verdeling fiscale voordelen met zich mee voor ieder van de ouders. Het hof zal de bestreden beschikking, waarin de hoofdverblijfplaats van [minderjarige 1] bij de man is bepaald en de hoofdverblijfplaats van [minderjarige 2] bij de vrouw, bekrachtigen.

Ingangsdatum

5.9. De man heeft verzocht te bepalen dat het hoofdverblijf van [minderjarige 1] met ingang van 14 december 2016 bij de man is en dat de zorgregeling van kracht is per 14 december 2016. De vaststelling hiervan is (nog) van belang gelet op lopende (bezwaa)procedures over (onder andere) de kinderbijslag en kindgebonden budget. Doordat de vrouw ten onrechte geen uitvoering heeft gegeven aan de in de bestreden beslissing vastgestelde zorgregeling en hoofdverblijfplaats van de kinderen en zij is blijven vasthouden aan de voorlopige voorzieningen, heeft de man zijn opgenomen ouderschapsverlof niet kunnen besteden aan verzorging en contact met de kinderen en is de man toeslagen, kindgebonden budget en kinderbijslag misgelopen, aldus de man.

5.10. Volgens de vrouw blijft de beschikking voorlopige voorzieningen van kracht zolang de echtscheidingsbeschikking niet is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. De vrouw heeft dan ook naar haar mening terecht vastgehouden aan de beschikking voorlopige voorzieningen en nog geen uitvoering hoeven geven aan de zorgregeling en de wijziging van de hoofdverblijfplaats van [minderjarige 1] zoals bepaald in de bestreden beslissing.

5.11. Het hof is, onder meer gelet op de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de huidige tekst van artikel 826 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv), van oordeel dat uit artikel 826 lid 1 en onder b Rv volgt dat voorlopige voorzieningen met betrekking tot kinderen, buiten het geval waarin in het echtscheidingsgeding een voorziening in het gezag is verzocht of de rechter daarop ambtshalve beslist, slechts dan eindigen op het moment van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking indien in het echtscheidingsgeding geen met die voorlopige voorzieningen corresponderende nevenvoorzieningen zijn verzocht. Indien een dergelijke nevenvoorziening, zoals in dit geval, wel is verzocht, eindigt de daarmee corresponderende voorlopige voorziening zodra de desbetreffende beslissing in het hoofdgeding in kracht van gewijsde is gegaan of, indien de getroffen nevenvoorziening uitvoerbaar bij voorraad is, daags nadat de beschikking is verstrekt of verzonden, met dien verstande dat het de rechter in het hoofdgeding in beginsel vrijstaat aan een beslissing terugwerkende kracht te geven, bijvoorbeeld indien het een bijdrage in de verzorging en opvoeding van een kind betreft (zie hierover uitvoerig Gerechtshof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1642).

5.12. Uit het voorgaande volgt dat de beslissingen in de bestreden beschikking van rechtswege van kracht zijn vanaf de dag nadat die beschikking is verstrekt of verzonden, nu die beslissingen uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard. Vanaf genoemde dag hebben de voorlopige voorzieningen die op de kinderen betrekking hebben, hun kracht verloren en gelden de door de rechtbank vastgestelde nevenvoorzieningen. De vrouw was derhalve gehouden de bestreden beslissing van de rechtbank uit te voeren. Het hof zal het verzoek van de man, te bepalen dat het hoofdverblijf van [minderjarige 1] met ingang van 14 december 2016 bij de man is en dat de zorgregeling van kracht is per 14 december 2016, toewijzen.

Kinderalimentatie

5.13. Partijen zijn het erover eens dat de behoefte van de [minderjarige 1] en [minderjarige 2], en daarmee de kinderalimentatie, onjuist door de rechtbank is berekend. Het hof zal de kinderalimentatie opnieuw berekenen.

Ingangsdatum

5.14. Het hof overweegt dat hetgeen is opgenomen onder 5.11. over de ingangsdatum van de nevenvoorzieningen ten aanzien van de kinderen, ook geldt indien er bij nevenvoorziening een kinderalimentatie wordt vastgesteld terwijl er eerder ook een voorlopige voorziening is getroffen over kinderalimentatie. In dit geval heeft de rechtbank de ingangsdatum voor de kinderalimentatie vastgesteld op 9 december 2016. Het hof ziet in hetgeen de vrouw heeft aangevoerd geen reden om hiervan af te wijken.

Behoefte

5.15. Partijen zijn het erover eens dat het eigen aandeel van de ouders in de kosten van de kinderen in 2016 € 438,- per kind per maand bedroeg.

Draagkracht

Man

5.16. Volgens de vrouw is er aan de zijde van de man sprake van verwijtbaar, voor herstel vatbaar, inkomensverlies vanwege het opnemen van ouderschapsverlof en daarom dient volgens haar te worden uitgegaan van een fictief inkomen. Het hof is van oordeel dat niet gebleken is dat de man het

ouderschapsverlof heeft opgenomen met een ander doel dan waarvoor het bedoeld is, nl. om meer voor de kinderen te kunnen zorgen, en dat het de man, gelet op artikel 1:247 lid 4 BW en de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken tussen partijen, niet kan worden verweten dat hij ouderschapsverlof heeft opgenomen. Gelet hierop kan van hem op dit moment niet worden gevegd dat hij weer meer gaat werken om zijn oude inkomen weer terug te krijgen.

5.17. De man stelt dat in verband met zijn opgenomen ouderschapsverlof uitgegaan moet worden van een arbeidsinkomen van € 1649,28 bruto per vier weken, vermeerderd met 8 % vakantietoeslag. Dit inkomen is door de vrouw onvoldoende weersproken, zodat het hof daarvan zal uitgaan. Bovendien staat vast dat de man ouderschapsverlof heeft opgenomen om uitvoering te kunnen geven aan de in de bestreden beschikking bepaalde zorgregeling. Dat vooralsnog geen uitvoering is gegeven aan die regeling, zodat een deel van het ouderschapsverlof van de man verloren is gegaan, doet daaraan niet af. Immers het is aan de vrouw te wijten dat de man het ouderschapsverlof niet heeft kunnen benutten, nu zij heeft geweigerd aan de door de rechtbank vastgestelde regeling haar medewerking te verlenen. Anders dan de man, houdt het hof wel rekening met kindgebonden budget gelet op de beslissing over de hoofdverblijfplaats van [minderjarige 1]. Rekening houdend met de relevante fiscale aspecten leidt dit tot een totaal inkomen van € 2150,= netto per maand. Het hof verwijst naar de aangehechte en gewaarmerkte draagkrachtberekening die deel uitmaakt van deze beschikking. Op basis van de draagkrachtformule 2016 bedraagt de draagkracht van de man: $70\% [2.150 - (0,3 \times 2.150 + 890)] = € 430,=$ per maand.

Vrouw

5.18. De man heeft gesteld dat aan de zijde van de vrouw dient te worden uitgegaan van een grotere verdien capaciteit en een fictief inkomen. Het hof is, met de vrouw, van oordeel dat de vrouw op dit moment niet in staat kan worden geacht om een hoger inkomen te verwerven dan zij feitelijk doet.

5.19. De vrouw heeft haar arbeidsinkomen gesteld op € 17197,= bruto per jaar te vermeerderen met kindgebonden budget. Dit inkomen is door de man onvoldoende weersproken, zodat het hof daarvan uit zal gaan. Rekening houdend met de relevante fiscale aspecten komt dit neer op een inkomen van € 1775,= netto per maand. Het hof verwijst naar de aangehechte en gewaarmerkte draagkrachtberekening die deel uitmaakt van deze beschikking. Op basis van de draagkrachtformule 2016 bedraagt de draagkracht van de vrouw: $70\% [1.775 - (0,3 \times 1.775 + 890)] = € 246,=$ per maand.

Verdeling draagkracht

5.20. Het hof gaat ervan uit dat iedere ouder kinderbijslag en kindgebonden budget ontvangt voor het kind dat bij hem/haar hoofdverblijf heeft. Verder zijn partijen het erover eens dat iedere ouder alle kosten van het kind betaalt dat bij hem/haar hoofdverblijf heeft, met uitzondering van de kosten van het verblijf bij de andere ouder. De kinderen verblijven ongeveer evenveel bij de man als bij de vrouw. In zoverre wordt geacht sprake te zijn van een gelijke verdeling van de kosten. De zorgkorting kan achterwege blijven.

5.21. Het eigen aandeel in de kosten van de kinderen bedraagt (€ 438,= * 2 =) € 876,= per maand. De draagkracht van partijen tezamen bedraagt (€ 430,= + € 246,=) € 676,=, ofwel € 338,= per kind per maand. Aangezien de draagkracht van partijen onvoldoende is om in de behoefte van de kinderen te voorzien, kan een draagkrachtvergelijking achterwege blijven. Om ervoor te zorgen dat hiervan voor ieder kind evenveel beschikbaar is

dient de man (€ 430,= -/ - € 338,=) € 92,= per maand aan de vrouw te betalen. Het hof zal de bestreden beschikking in zoverre vernietigen en de kinderalimentatie opnieuw bepalen.

Terugbetaling

5.22. Vaststaat dat de man over de maand december 2016 € 141,06 teveel aan kinderalimentatie aan de vrouw heeft voldaan. Het hof is van oordeel dat de terugbetaling door de vrouw aan de man in redelijk kan worden aanvaard. Dat geldt ook voor een terugbetalingsverplichting die ontstaat voor zover de man meer heeft betaald en/of er meer op hem is verhaald dan hij sedert 9 december 2016 verschuldigd is.

Het gaat om relatief geringe bedragen en niet gebleken is dat terugbetaling leidt tot ingrijpende gevolgen voor de vrouw.

6. De slotsom

In het principaal en het incidenteel hoger beroep

6.1. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, zal het hof de bestreden beschikking gedeeltelijk vernietigen en gedeeltelijk bekrachtigen en beslissen als volgt.

7. De beslissing

In het principaal en het incidenteel hoger beroep

Het hof:

vernietigt de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 9 december 2016, voor zover het betreft de kinderalimentatie, en opnieuw rechtdoende:

bepaalt dat de man aan de vrouw met ingang van 9 december 2016 als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [minderjarige 2], geboren op [geboortedatum] 2013 te [geboorteplaats], € 92,= per maand zal betalen, de toekomstige termijnen telkens bij vooruitbetaling te voldoen;

bekrachtigt de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 9 december 2016, voor het overige;

bepaalt aanvullend dat de in die beschikking gegeven beslissingen ten aanzien van de hoofdverblijfplaats en de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken van kracht zijn vanaf 14 december 2016;

vult die beschikking tenslotte aan ten aanzien van de verdeling van zorg- en opvoedingstaken en bepaalt dat de kerstvakantie bij helfte tussen partijen wordt verdeeld;

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het meer of anders verzochte.

NOOT

Zorg- en contactregeling en hoofdverblijfplaats kinderen

De vrouw is het niet eens met de door de rechtbank vastgestelde co-ouderschapsregeling waarbij de hoofdverblijfplaats van het oudste minderjarige kind bij de man is vastgesteld en van het jongste minderjarige kind bij de vrouw. De vrouw acht de co-ouderschapsregeling niet in het belang van de kinderen.

De vrouw stelt dat zij tijdens het huwelijk het grootste deel van de opvoeding van de minderjarige kinderen op zich heeft genomen. Hiervoor voert zij aan dat partijen er gezamenlijk voor hebben gekozen dat de vrouw, na de geboorte van de kinderen, parttime is gaan werken en dat de man fulltime is blijven werken. De vrouw was volgens de man tijdens het huwelijk echter vaker afwezig dan zij stelt, onder andere vanwege het volgen van een studie. Op die momenten kwam de zorg voor de kinderen voor rekening van de man. Tijdens het huwelijk konden partijen zich niet veroorloven dat de man structureel minder ging werken, want dan had het gezin niet rond kunnen komen. De man is van mening dat er thans sprake is van een nieuwe situatie, nu

partijen hun relatie hebben verbroken. Pas na het verbreken van de relatie is de vrouw minder gaan werken. De man heeft twee dagen per week ouderschapsverlof opgenomen, hetgeen met de vrouw is besproken. De vrouw heeft hierop haar vrije dagen afgestemd.

In de praktijk zie je vaak dat de verzorgende ouder een beroep doet op de zorgregeling zoals ouders die uitvoerden tijdens het huwelijk. Na een scheiding is er voor beide partijen sprake van een nieuwe situatie, waarbij niet enkel en alleen teruggerepen kan worden op de regeling zoals deze tijdens het huwelijk werd uitgevoerd. Indien de man mogelijkheden heeft om ouderschapsverlof op te nemen om een groter deel van de zorg voor de kinderen voor zijn rekening te nemen, kan hier niet zomaar aan worden voorbij gegaan. De vrouw voert aan dat “het recht van een kind op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders” in art. 1:247, lid 4 BW niet per se een verdeling bij helfte betekent. Op 1 maart 2009 is de ‘Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding’ in werking getreden. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat dit ouders niet verplicht tot een fiftyfifty-verdeling (HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7407). De rechter moet in een specifieke situatie beoordelen welke regeling het meest in het belang van de minderjarigen is. Volgens de vrouw hebben ouders verschillende opvattingen over de opvoeding van de kinderen en is de communicatie tussen ouders niet goed. Zo heeft de man zonder overleg met de vrouw ouderschapsverlof opgenomen. De vrouw vermoedt dat de man alleen om financiële redenen co-ouderschap wil. Het hof acht het van belang dat de man met zijn werkgever heeft geregeld dat hij ouderschapsverlof kan opnemen op de dagen dat de kinderen bij hem zijn, waardoor hij in staat is invulling te geven aan de door de rechtbank vastgestelde co-ouderschapsregeling. Voorts hebben de ouders ingestemd met het volgen van een traject om de communicatie te verbeteren (gedacht wordt aan ‘Ouderschap Blijft’). Het hof benadrukt dat van ouders wordt verwacht dat zij alles in het werk stellen om dit traject te laten slagen.

Volgens het hof is de co-ouderschapsregeling, zoals vastgesteld in de bestreden beschikking van de rechtbank, het meest in het belang van de kinderen. Het hof acht het bepalen van de hoofdverblijfplaats van ieder van de kinderen bij één van de ouders het meest recht doen aan de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken. Bovendien brengt deze verdeling fiscale voordelen met zich mee, welke ouders anders laten liggen (kindgebonden budget met alleenstaande ouderkop en inkomensafhankelijke combinatiekorting). Deze fiscale voordelen tellen mee bij de bepaling van de draagkracht van de ouders. Hierdoor zal de gezamenlijke draagkracht van ouders stijgen, wat de kinderen ten goede komt. Let wel: een rechtbank of gerechtshof zal zich bij de vaststelling van een zorg- en contactregeling niet enkel laten leiden door fiscale voordelen. Het belang van de kinderen bij de betreffende zorg- en contactregeling staat voorop. Het is echter ook niet wenselijk om bepaalde fiscale voordelen waarop aanspraak gemaakt kan worden, te laten liggen (vgl. Rb. Overijssel 1 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3362, Hof Amsterdam 25 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2029).

Geldigheid voorlopige voorzieningen

Voorts is tussen partijen in geding de geldigheid van de voorlopige voorzieningen. De vrouw stelt zich op het standpunt dat de voorlopige voorzieningen (zorg- en contactregeling en hoofdverblijfplaats) van kracht blijven zolang de echtscheidingsbeschikking nog niet is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. De vrouw heeft hoger beroep aangetekend tegen de echtscheidingsbeschikking. Dit is voor haar

reden om de zorg- en contactregeling zoals vastgelegd in de voorlopige voorzieningen uit te voeren in plaats van de nadien in de echtscheidingsbeschikking vastgelegde co-ouderschapsregeling. Dit is voor de vrouw tevens reden om de hoofdverblijfplaats van de oudste minderjarige op het adres van de man nog niet door te voeren.

De regeling met betrekking tot de geldigheid van voorlopige voorzieningen is complex. Voorlopige voorzieningen met betrekking tot kinderen – met uitzondering van het geval waarin in de echtscheidingsprocedure een voorziening in het gezag is verzocht of de rechter daarop ambtshalve beslist – eindigen op het moment van inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand indien in het echtscheidingsgeding geen met die voorlopige voorzieningen corresponderende nevenvoorzieningen zijn verzocht (art. 826 lid 1 sub b Rv). In de onderhavige zaak is in de echtscheidingsprocedure wél om een nevenvoorziening verzocht. Daarom eindigen de daarmee corresponderende voorlopige voorzieningen zodra de desbetreffende beslissing in het hoofdgeding in kracht van gewijsde is gegaan of, indien de getroffen nevenvoorzieningen uitvoerbaar bij voorraad zijn, de dag nadat de beschikking is verstrekt of verzonden. Hierbij staat het de rechter vrij aan een beslissing terugwerkende kracht toe te kennen, bijvoorbeeld bij de vaststelling van kinderalimentatie. Het voorgaande betekent dat de beslissingen in de bestreden echtscheidingsbeschikking van rechtswege van kracht zijn vanaf de dag nadat die beschikking is verstrekt of verzonden, nu de beslissingen uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard. Vanaf dat moment hebben de voorlopige voorzieningen die op de kinderen betrekking hebben hun kracht verloren en gelden de door de rechtbank vastgestelde nevenvoorzieningen. Dit betekent dat de vrouw gehouden was de bestreden beslissingen in de beschikking van de rechtbank uit te voeren. Gelet op het voorgaande bepaalt het hof dat de co-ouderschapsregeling met ingang van 14 december 2016 van kracht is en dat de hoofdverblijfplaats van de oudste minderjarige met ingang van 14 december 2016 bij de man wordt vastgesteld (vgl. Hof Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1642).

Kinderalimentatie

De man heeft ouderschapsverlof opgenomen om de co-ouderschapsregeling te kunnen uitvoeren. De vrouw verwijt de man dat hij een deel van zijn inkomen vrijwillig heeft opgegeven. Zij meent dat er sprake is van verwijtbaar, voor herstel vatbaar inkomensverlies. Zij verzoekt het hof uit te gaan van een fictief (hoger) inkomen aan de zijde van de man. Het hof passeert dit standpunt, nu niet is gebleken dat de man het ouderschapsverlof heeft opgenomen met een ander doel dan waarvoor het bedoeld is, te weten de zorg voor de kinderen. Gelet op het recht van de kinderen op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders (art. 1:247 lid 4 BW) en de door de rechtbank vastgelegde co-ouderschapsregeling, kan de man niet verweten worden dat hij ouderschapsverlof heeft opgenomen. Van de man kan dan ook niet worden gevergd dat hij weer meer gaat werken om zijn oude inkomen terug te krijgen.

De man heeft op zijn beurt betoogd dat aan de zijde van de vrouw rekening gehouden moet worden met een grotere verdien capaciteit en een fictief hoger inkomen. De redenen waarom de man dit standpunt inneemt, worden in het arrest niet vermeld, maar ik vermoed dat deze zien op het feit dat de vrouw pas na het verbreken van de relatie minder is gaan werken en dus tijdens het huwelijk een hoger inkomen had. Daarnaast zou een rol kunnen spelen dat de man na de scheiding meer zorgtaken voor zijn rekening neemt en de vrouw daardoor meer tijd aan haar werk zou kunnen besteden. Het hof gaat niet mee in het

betoog van de man en oordeelt dat van de vrouw niet kan worden verwacht dat zij in zo'n korte tijd al een hoger inkomen kan verwerven dan haar huidige inkomen.

Voor wat betreft de ingangsdatum voor de kinderalimentatie sluit het hof aan bij de ingangsdatum zoals door de rechtbank bepaald, te weten 9 december 2016. Het hof houdt vanaf dat moment rekening met een co-ouderschapsregeling. Het feit dat die co-ouderschapsregeling op dat moment feitelijk nog niet is gaan lopen komt door toedoen van de vrouw, nu zij heeft geweigerd aan de door de rechtbank vastgestelde regeling haar medewerking te verlenen. Gelet op de beslissing over de hoofdverblijfplaats van de kinderen, houdt het hof aan beide zijden rekening met kindgebonden budget met alleenstaande ouderkop.

Het jongste kind (geboren in 2013) wordt ingeschreven bij de vrouw, het oudste kind (geboren in 2009) bij de man. Het hof gaat ervan uit dat iedere ouder kinderbijslag en kindgebonden budget ontvangt voor het kind dat bij hem of haar het hoofdverblijf heeft. Daarnaast gaat het hof ervan uit dat de ouder alle kosten voldoet van het kind dat bij hem/haar het hoofdverblijf heeft, met uitzondering van de kosten van het verblijf bij de andere ouder. Het hof gaat uit van de volgende uitgangspunten:

- behoefte kinderen: € 438,= per kind per maand (in totaal € 876,= per maand);
- draagkracht man: € 430,= per maand;
- draagkracht vrouw: € 246,= per maand;
- gezamenlijke draagkracht ouders: € 430,= + € 246,= = € 676,=;
- tekort in draagkracht: € 876,= – € 676,= = € 200,= (€ 100,= per ouder);
- zorgkorting: 35% * € 876,= = € 307,=;
- draagkracht man: € 430,= – (€ 307,= – € 100,=) = € 223,= per maand oftewel € 112,= per kind per maand;
- draagkracht vrouw: € 246,= – (€ 307,= – € 100,=) = € 39,= per maand oftewel € 20,= per kind per maand).

Het hof verrekent de over en weer te betalen bedragen en komt per saldo uit op een door de man aan de vrouw te betalen bedrag van € 92,= per maand voor het jongste kind. Dit lijkt een correcte berekening, ware het niet dat de vrouw de kinderalimentatie voor het jongste kind ontvangt. Tussen de kinderen zit een leeftijdsverschil van 4 jaren. Hierdoor wordt de vrouw de laatste 4 jaren ten onrechte met € 20,= per maand gekort.

Gebleken is dat de man over de maand december 2016 € 141,06 te veel heeft voldaan alsook de daaropvolgende maanden te veel heeft voldaan. Het hof is van oordeel dat de terugbetaling door de vrouw aan de man in redelijkheid kan worden aanvaard, nu het maandelijks om een relatief gering bedrag gaat en niet gebleken is dat terugbetaling ingrijpende gevolgen heeft voor de vrouw.

L. van Straten
Van Straten Familierecht

112

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
17 mei 2018, nr. 200.220.347/01
ECLI:NL:GHSHE:2018:2153
(mr. Pellis, mr. Schaafsma-Beversluis, mr. Van Winkel)
Noot A.M.E. Derks

Vernietiging erkenning door ander. Vervangende toestemming erkenning.

Partijen hebben een affectieve relatie gehad. Tijdens de zwangerschap van de vrouw hebben partijen de relatie beëindigd. Hoewel bekend was dat de man de verwekker was en de minderjarig wilde erkennen, heeft de vrouw voorafgaand aan de geboorte toestemming verleend aan haar stiefvader tot erkenning van de minderjarige. De man heeft verzocht om vernietiging van de erkenning en het verlenen van vervangende toestemming voor de erkenning van de minderjarige.

[BW art. 1:205, 1:204]

Het hof is van oordeel dat de man redelijkerwijs niet tijdig om vervangende toestemming had kunnen vragen. Dat de man bekend was met het feit dat hij de verwekker was van de op dat moment nog ongeboren minderjarige, brengt niet met zich mee dat de man ten tijde van de relatie van partijen al een verzoek om vervangende toestemming had in te dienen en/of zijn gedachten daarover al had op te maken. Ook in de periode waarin partijen overleg hadden over de gevolgen van de beëindiging van hun relatie, zou het naar het oordeel van het hof onwenselijk zijn geweest als de man rauwelijk een verzoek tot vervangende toestemming had ingediend.

[Appellante],
wonende te [woonplaats],
appellante,
hierna te noemen: de vrouw,
advocaat: mr. Th. Kremers,
tegen

[verweerder],
wonende te [woonplaats],
verweerder,
hierna te noemen: de man,
advocaat: mr. M.J. van Lingen.

Als belanghebbenden in deze zaak worden aangemerkt:
– mr. M.J.E.M. Edelmann, in haar hoedanigheid van bijzondere curator (ex. art. 1:212 BW) van de hierna nader te noemen [minderjarige], kantoorhoudende te [kantoorplaats], hierna te noemen: de bijzondere curator,
– de heer [de stiefvader van de vrouw], hierna te noemen: de stiefvader van de vrouw.

In zijn hoedanigheid als omschreven in artikel 810 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is in de procedure gekend:

de Raad voor de Kinderbescherming,
vestiging [vestigingsplaats],
hierna te noemen: de raad.