

In hoger beroep vordert de werknemer subsidiair de billijke vergoeding van de derde categorie op grond art. 7: 683 lid 3 BW, dat, voor zover relevant, luidt:

‘Indien de rechter in hoger beroep (...) oordeelt dat het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen(...), kan hij de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen.’

Aan deze billijke vergoeding is niet de voorwaarde verbonden van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever, maar een andere voorwaarde, namelijk de omstandigheid dat het verzoek van de werkgever tot ontbinding ten onrechte is toegewezen. Concreet betekent dit dat ten minste één grief doel moet treffen, met vernietiging van de ontbindingsbeschikking tot gevolg. Eerst indien de ontbindingsbeschikking is vernietigd, komt herstel van de arbeidsovereenkomst in beeld, maar het hof is niet gehouden daar toe over te gaan. Het is mogelijk dat herstel van de arbeidsovereenkomst niet meer in de rede ligt, bijvoorbeeld doordat in hoger beroep inmiddels veel tijd is verstreken. In de plaats hiervan kan de rechter in hoger beroep, op verzoek maar ook ambtshalve, een billijke vergoeding toekennen.¹⁷ De appelrechter is niet verplicht om het een of het ander te doen. De appelrechter kan ook constateren dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte is ontbonden en het vervolgens daarbij laten.¹⁸

In de plaats van te oordelen dat de kantonrechter te Rotterdam in deze zaak het verzoek tot ontbinding van de werkgever ten onrechte heeft toegewezen, onderschrijft het gerechtshof herhaaldelijk uitdrukkelijk zijn overwegingen en bekrachtigt het gerechtshof Den Haag de (ontbindings)beschikking. De vernietiging van de beschikking die noodzakelijk is voor toepassing van art. 7:683 lid 3 BW blijft dientengevolge uit, waardoor het gerechtshof Den Haag aan het herstel van de arbeidsovereenkomst of het toekennen van een billijke vergoeding eenvoudigweg niet toekomt. Dit ligt besloten in zijn oordeel en het gerechtshof Den Haag spelt dit niet met zoveel woorden uit. Voor een juist oordeel is dit niet noodzakelijk, maar het had wel tot een beter begrip bij werknemer kunnen leiden. Gelet op een door de A-G aangehaalde passage uit zijn beroepschrift lijkt de werknemer namelijk te redeneren dat door afwijzing van het verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst de ontbinding in stand blijft, een andere volgorde dan die van art. 7:683 lid 3 BW.¹⁹ Het mislopen van de billijke vergoeding heeft overigens niet tot gevolg dat werknemer, in de woorden van A-G Hartlief, met lege handen komt te staan. Ten gevolge van de vernietiging van het ontslag op staande voet is aan hem een loonvordering toegewezen van acht maandsalarissen, vermeerderd met de wettelijke verhoging van 20%, een bedrag dat wellicht, indien de billijke vergoeding in hoger beroep zou zijn toegewezen, hierop (gedeeltelijk) in mindering zou zijn gebracht. In de ontbindingsprocedure heeft werknemer een transitievergoeding ontvangen van ruim € 20.000 bruto.

Deze zaak illustreert duidelijk de complexiteit van het huidige ontslagrecht en is hierdoor leerzaam voor de praktijk. Uit deze zaak blijkt weer eens de noodzaak dat advocaten en cliënten als schakers vooruit moeten denken en de gevolgen van hun processuele keuzes, de zetten die zij maken, van tevoren zo volledig mogelijk moeten proberen te doorgronden. Het is hierbij van belang dat we ons realiseren dat een geslaagd verzoek tot vernietiging van een ontslag op staande voet mogelijk kan leiden tot toewijzing van een (voorwaardelijk) verzoek tot ontbinding van de (herleefde) arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:669 lid 3 sub g BW, aangezien een verstoring van de arbeidsverhouding in dergelijke omstandigheden relatief snel wordt aangenomen.²⁰ Een juiste inschatting van de proceskansen in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure kan van grote waarde zijn voor de keuze die een werknemer op grond van art. 7:681 lid 1 BW (uiteindelijk) dient te maken: de vernietiging verzoeken of toch opteren voor de billijke vergoeding.

mr. drs. J.C.A. Ettema
Ettema Advocatuur B.V.

Personen- en familierecht

76

Het aanspreken van de biologische vader voor betaling van kinderalimentatie bij het bestaan van een juridische vader

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
2 maart 2023, nr. 200.313.093, ECLI:NL:GHARL:2023:1839
(mr. Moes, mr. Phaff, mr. Kuijpers)
Noot mr. M. Arnold

Kinderalimentatie. Doorbreken gesloten stelsel onderhoudsplichtigen. Art. 8 EVRM.

[BW art. 1:394; EVRM art. 8]

Essentie: Vaststelling van door de biologische vader verschuldigde kinderalimentatie, ondanks het feit dat er sprake is van een (andere) juridische vader. Doorbreking wettelijk stelsel van art. 1:394 BW jo. art. 8 EVRM. Van de moeder kan niet worden gevergd de juridische vader aan te spreken; van de juridische vader kan niet worden gevergd kinderalimentatie te betalen.

Samenvatting: Partijen komen tot echtscheiding door aanvang van de procedure in 2021. Uit hun relatie zijn twee kinderen geboren, te weten kind 1 (2009) en kind 2 (2012). De man

17 *Kamerstukken I 2013/14, 33818, C.*, p. 115.

18 A.R. Houweling (red.), *Hoofdstukken ontslagrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 276.

19 Nr. 3.21: ‘(...) 6.2 (...) Het valt moeilijk te verdedigen dat, wanneer in hoger beroep de arbeidsovereenkomst niet zou worden hersteld en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in stand zou blijven, werknemer in dat geval geen billijke vergoeding toe zou komen terwijl werknemer in beide gevallen zijn baan verliest.’

20 De beschikking d.d. 4 mei 2023 van de kantonrechter Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2023:3755) is hiervan een mooi voorbeeld. Een timmerman met een vlekkeloos dienstverband van 25 jaar wordt op staande voet ontslagen nadat hij tijdens een kritische jubileum-speech, ‘een roast’, zijn leidinggevenden diep had beledigd. De kantonrechter vernietigde het ontslag op staande voet, maar nam vrij snel aan dat de arbeidsverhouding was verstoord, op grond waarvan het voorwaardelijke verzoek tot ontbinding werd toegewezen.

is de biologische vader van beide kinderen, maar uitsluitend juridische vader van kind 2. De juridische vader van kind 1 is de ex-partner (X) van de vrouw, met wie zij van 2005 tot medio 2009 is gehuwd. Met de biologische vader van de kinderen heeft zij vanaf 2008 een relatie. Kind 1 wordt in 2009, binnen 300 dagen na de echtscheiding geboren, waarmee X als juridisch vader wordt gekwalificeerd.

In de echtscheidingsprocedure van partijen verzoekt de vrouw – onder meer – een vaststelling van een door de man verschuldigde bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van beide kinderen. De rechtbank wijst het verzoek voor kind 2 toe, maar verklaart de vrouw niet-ontvankelijk in haar verzoek voor kind 1. Reden: de man is niet de juridische vader en daarmee geen procespartij ter zake.

De vrouw gaat in appel tegen deze beslissing. De vraag die in appel door het hof beantwoord moet worden, is of de man gehouden kan worden een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van kind 1 te betalen. Dit is uitsluitend mogelijk indien het gesloten wettelijk stelsel van onderhoudsplichtigen wordt doorbroken. Uit art. 1:392 lid 1 sub a BW volgt immers dat de ouders (dus de juridische moeder en vader) onderhoudsplichtig zijn jegens hun kind en uit art. 1:394 BW volgt dat de biologische vader uitsluitend kan worden aangesproken ter zake een te leveren onderhoudsbijdrage indien er geen juridische vader is.

Doorbreking van het gesloten stelsel is evenwel mogelijk via een beroep op art. 8 EVRM, inhoudende dat er sprake is van family life tussen de biologische vader en het kind. Voorts volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad dat doorbreking met name moet worden aangenomen voor het geval dat blijkt dat (1) de juridische vader niet in staat is om in het levensonderhoud van het kind te voorzien of dat zulks op een andere grond niet in rechte kan worden afgedwongen, dan wel dat (2) van de moeder redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij de juridische vader ter zake aanspreekt.

Het hof overweegt dat voornoemde omstandigheden zich voordoen in onderhavige kwestie en wijst het verzoek van de vrouw toe. Het hof komt daarmee tot vaststelling van een door de biologische vader verschuldigde bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind.

[Verzoekster], wonende te [woonplaats 1],
verzoekster in hoger beroep,
verder te noemen: de vrouw,
advocaat: mr. E. Kocabas-Güler te Zoetermeer,
en
[verweerder], wonende te [woonplaats 2],
verweerder in hoger beroep,
verder te noemen: de man.

1. De procedure in eerste aanleg

Het hof verwijst voor het geding in eerste aanleg naar de beschikking van de rechtbank Gelderland, locatie Arnhem, van 21 maart 2022, uitgesproken onder voormeld zaaknummer (verder ook te noemen: de bestreden beschikking).

2. De procedure in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
– het beroepschrift met producties, ingekomen op 21 juni 2022;
– een journaalbericht van mr. Abd Rabou (kantoorgenoot van mr. Kocabas-Güler) van 19 augustus 2022 met producties.
2.2. De mondelinge behandeling heeft op 26 januari 2023 plaatsgevonden. De vrouw is in persoon verschenen, bijge-

staan door haar advocaat. De man heeft zich bij brief van 6 januari 2023 afgemeld voor de zitting.

2.3. Na de mondeling behandeling is met toestemming van het hof binnengekomen een journaalbericht van mr. Kocabas-Güler van 2 februari 2023 met bijlage. In die bijlage geeft de bewindvoerder van de vrouw toestemming voor het voeren van deze gerechtelijke procedure.

3. De feiten

3.1. De vrouw is [in] 2005 te Polen gehuwd met [naam1]. De echtscheiding tussen de vrouw en de heer [naam1] is op 14 juli 2009 door de Poolse rechtbank uitgesproken.

3.2. [in] 2009 is [de minderjarige1], geboren te [plaats1] in Polen (hierna: [de minderjarige1]). Uit de overgelegde geboorteakte van [de minderjarige1] blijkt dat [naam1] zijn juridische vader is. De man is de biologische vader van [de minderjarige1].

3.3. De man en de vrouw hebben sinds 2008 een affectieve relatie en zijn [in] 2014 te [plaats1] (in Polen) met elkaar gehuwd. Zij hebben beiden de Poolse nationaliteit.

[in] 2012 is [de minderjarige2] te [woonplaats2] (hierna: [de minderjarige2]) geboren.

4. Het geschil

4.1. Bij verzoekschrift van 22 juni 2021 heeft de man de rechtbank verzocht bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad de echtscheiding uit te spreken, kosten rechtens.

4.2. Bij verweerschrift, tevens zelfstandige verzoeken, heeft de vrouw de rechtbank verzocht, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en met ingang van 15 september 2021:

I. het verzoek van de man ten aanzien van de echtscheiding toe te wijzen;

En bij wijze van zelfstandige verzoeken

II. tussen partijen, gehuwd [in] 2014 te [plaats1] (Polen), de echtscheiding uit te spreken;

III. het hoofdverblijf van [de minderjarige1] en [de minderjarige2] te bepalen bij de vrouw;

IV. te bepalen dat de man, ingaande per 1 januari 2018, een nader te bepalen bijdrage dient te leveren in de kosten van verzorging en opvoeding van de minderjarigen, telkens bij vooruitbetaling, voor de 1e dag van iedere kalendermaand, aan de vrouw te voldoen;

V. althans een zodanige beschikking te wijzen als de rechtbank juist acht;

VI. kosten rechtens.

4.3. Bij aanvullend verzoek van 25 november 2021, heeft de vrouw de rechtbank verzocht:

I. te bepalen dat de man, ingaande per 1 januari 2018, dient bij te dragen in de kosten van verzorging en opvoeding van de minderjarigen ten bedrage van € 191,00 per kind per maand, telkens bij vooruitbetaling, voor de 1e dag van iedere kalendermaand, aan de vrouw te voldoen;

II. althans een zodanige beschikking te wijzen als de rechtbank juist acht;

III. kosten rechtens.

4.4. Bij beschikking van 19 juli 2021 heeft de kantonrechter van rechtbank Gelderland de goederen van de vrouw onder bewind gesteld.

4.5. Bij de bestreden beschikking heeft de rechtbank:

‘4.1. de echtscheiding uitgesproken tussen de partijen, die met elkaar gehuwd zijn [in] 2014 in [plaats1] (in Polen);

4.2. de vrouw niet ontvankelijk verklaard in de verzoeken om de hoofdverblijfplaats van:

– [de minderjarige1], geboren [in] 2009 te [plaats1] (in Polen) bij haar te bepalen en haar verzoek om ten aanzien van [de minderjarige1] een bijdrage in de kosten van zijn verzorging en opvoeding te bepalen;

4.3. bepaald dat het minderjarige kind [de minderjarige2], geboren [in] 2012 te [woonplaats2], haar hoofdverblijfplaats bij de vrouw zal hebben;

4.4. bepaald dat de man met ingang van 25 november 2021 als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige2] aan de vrouw zal betalen € 191 per maand, vanaf nu telkens bij vooruitbetaling te voldoen;

4.5. bepaald dat de onder 4.3 en 4.4 genoemde beslissingen uitvoerbaar zijn bij voorraad;

4.6. bepaald dat iedere partij de eigen kosten van deze procedure draagt;

4.7. het meer of anders verzochte afgewezen.'

4.6. De vrouw is met één grief in hoger beroep gekomen van de beschikking van 21 maart 2022. De vrouw verzoekt de bestreden beschikking voor wat betreft de kinderalimentatie te vernietigen (het hof begrijpt: voor zover de vrouw niet-ontvankelijk is verklaard in haar verzoek om kinderalimentatie ten behoeve van [de minderjarige1]) en opnieuw rechtdoende te bepalen dat:

I. de man met ingang van 25 november 2021 als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] € 191,- per maand zal betalen, telkens bij vooruitbetaling voor de 1e dag van iedere kalendermaand aan de vrouw te voldoen; II. althans een zodanige beschikking af te geven als het hof juist acht.

4.7. De man heeft geen verweer gevoerd.

5. De overwegingen voor de beslissing

5.1. Op grond van artikel 3 van de Alimentatieverordening (Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008) is de Nederlandse rechter – onder meer – bevoegd indien het alimentatieverzoek als nevenverzoek in de echtscheidingsprocedure is ingediend en de Nederlandse rechter in die procedure bevoegd is (sub c). De rechtbank heeft terecht rechtsmacht aangenomen met betrekking tot het verzoek van de vrouw om een bijdrage van de man in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen. Ook het hof is in hoger beroep bevoegd om van de zaak kennis te nemen.

5.2. De vrouw heeft niet gegriefd tegen toepassing door de rechter van Nederlands recht, zodat het hof evenals de rechtbank Nederlands recht zal toepassen.

5.3. De rechtbank heeft de vrouw niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek om een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] omdat de man niet de juridische vader is van [de minderjarige1].

5.4. De vraag die beantwoord moet worden is of de man gehouden kan worden een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] te betalen. Onbetwist is gesteld dat de man de biologische vader is van [de minderjarige1]. De juridische vader van [de minderjarige1], de heer [naam1], is de ex-echtgenoot van de vrouw. Volgens de wet is hij onderhoudsplichtig voor [de minderjarige1]. Het wettelijke stelsel van onderhoudsverplichtingen kan op grond van artikel 8 EVRM doorbroken worden in gevallen waarin de aanspraak op de wettige ouder niets oplevert, of waarin van de onderhoudsgerechtigde niet gevraagd kan worden de wettige ouder aan te spreken.

5.5. Het hof is, anders dan de rechtbank, van oordeel dat in dit geval plaats is voor doorbreking van het wettelijk stelsel. De juridische vader van [de minderjarige1] woont in Polen. De

heer [naam1] is aangemerkt als juridisch vader omdat [de minderjarige1] is geboren binnen 300 dagen na de echtscheiding. De moeder heeft onweersproken gesteld dat zij een procedure is gestart in Polen tot ontkenning vaderschap van de heer [naam1]. Aangezien de man, zijnde de biologische vader van [de minderjarige1], niet in die procedure is verschenen heeft de rechtbank in Polen geen uitspraak gedaan.

De vrouw heeft gesteld dat zij samen met de man [de minderjarige1] heeft opgevoed. De juridisch vader van [de minderjarige1] heeft hem nooit gezien. Het hof vindt dat in deze omstandigheden niet van de vrouw kan worden gevergd dat zij de juridisch vader van [de minderjarige1] in Polen aanspreekt op een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1]. Ook kan van de juridische vader niet worden gevergd dat hij kinderalimentatie moet betalen voor [de minderjarige1].

5.6. Het is wel in het belang van [de minderjarige1] dat een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding wordt betaald. Het hof vindt dat de man deze bijdrage moet betalen omdat tussen [de minderjarige1] en zijn biologische vader een als familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM aan te merken betrekking bestaat. Het hof vindt ook belangrijk dat de man op de mondelinge behandeling bij de rechtbank heeft verklaard dat hij het door de vrouw verzochte bedrag aan kinderalimentatie voor zijn beide kinderen wil betalen. In de bestreden beschikking staat namelijk dat door en namens de man is verklaard dat hij kan instemmen met de door de vrouw verzochte bijdrage en dat hij bereid is om een bedrag van € 191,- (per kind) per maand te betalen aan kinderalimentatie. Anders dan de rechtbank zal het hof daarom het verzoek van de vrouw alsnog toewijzen.

6. De slotsom

Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, slaagt de grief van de vrouw. Het hof zal de bestreden beschikking, voor wat betreft de bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1], vernietigen en beslissen als volgt.

7. De beslissing

Het hof, beschikkende in hoger beroep: vernietigt de beschikking van de rechtbank Gelderland, locatie Arnhem, van 21 maart 2022, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, en in zoverre opnieuw beschikkende:

bepaalt dat de man aan de vrouw met ingang van 25 november 2021 als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] € 191,- per maand zal betalen, telkens bij vooruitbetaling voor de 1e dag van iedere kalendermaand aan de vrouw te voldoen; verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

De casus

In onderhavige procedure is sprake van (ex-)echtgenoten (de man en de vrouw) met de Poolse nationaliteit. De procedure in eerste aanleg betreft de echtscheidingsprocedure. In deze procedure bij de rechtbank is de echtscheiding uitgesproken tussen partijen en zijn beslissingen genomen ten aanzien van verzochte nevenvoorzieningen betreffende twee minderjarige kinderen.

De vrouw is in Polen in 2005 in het huwelijk getreden met X die, evenals partijen, de Poolse nationaliteit heeft. Tussen hen

beiden is in juli 2009 door de Poolse rechtbank de echtscheiding uitgesproken. In datzelfde jaar is binnen 300 dagen na de echtscheiding kind 1 geboren. Ten gevolge daarvan is X als juridisch vader van kind 1 aangemerkt.

De biologische vader van kind 1 is echter de man met wie zij in 2008 een relatie heeft gekregen. Uit de relatie van de vrouw en die man (de partijen in deze procedure) wordt in 2012 een tweede kind geboren, van welk kind de man – anders dan van kind 1 – logischerwijs wel de juridische vader is.

In Polen is door de vrouw op enig moment – onduidelijk is wanneer – nog wel een procedure gestart tot ontkenning van het vaderschap van X betreffende kind 1, maar omdat X in deze procedure niet is verschenen, komt de Poolse rechtbank niet tot een uitspraak. Daarmee is X dus juridisch vader gebleven.

De man en de vrouw, die tijdens hun relatie naar Nederland zijn verhuisd, gaan vervolgens scheiden. Door de man is daartoe in juni 2021 bij de rechtbank Gelderland de echtscheidingsprocedure aangevangen. De vrouw dient in de procedure een verweerschrift in met zelfstandige verzoeken, waarin zij onder meer verzoekt tot vaststelling van het hoofdverblijf van beide kinderen haar en vaststelling van een door de man verschuldigde bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van beide kinderen.

Ten aanzien van kind 2 wijst de rechtbank de verzoeken van de vrouw toe, alwaar de vrouw ten aanzien van de verzoeken voor kind 1 evenwel niet-ontvankelijk wordt verklaard. De reden daarvan is dat de man niet de juridische vader van kind 1 is, met als gevolg dat hij niet als procespartij dient te gelden bij verzoeken betreffende kind 1. Tegen deze beslissing gaat de vrouw in appel met één grief en ze verzoekt het gerechtshof alsnog tot vaststelling van een door de man verschuldigde bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van kind 1 te komen, zulks met gelijktijdige vernietiging van de beslissing van de rechtbank ter zake.

Het gesloten stelsel van onderhoudsplichtigen

Het hof overweegt dat de vraag die in appel beantwoord moet worden, is of de man gehouden kan worden een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van kind 1 te betalen. Het is een terechte vraag die het hof opwerpt, omdat de wet immers voorziet in een gesloten stelsel van onderhoudsplichtigen. Uit art. 1:392 lid 1 sub a BW volgt dat de ouders van een kind onderhoudsplichtig zijn jegens dat kind. Uit art. 1:394 BW volgt verder dat de verwekker van een kind (de biologische vader) dat alleen een moeder heeft, verplicht is als ware hij ouder tot het voorzien in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind.

Uit deze wettelijke bepalingen volgt derhalve dat – indien er sprake is van een juridische moeder én vader – deze personen onderhoudsplichtig zijn jegens hun kind. Uitsluitend indien er geen juridische vader is, is de biologische vader onderhoudsplichtig jegens het kind. Daarmee is het gesloten wettelijke stelsel van onderhoudsplichtigen gegeven.

Doorbreking van het gesloten stelsel

Dit gesloten stelsel kan echter doorbroken worden. Niet voor het eerst is de sleutel daartoe gelegen in het internationale Europese recht, meer specifiek art. 8 EVRM. Voor internationaal recht geldt in Nederland het uitgangspunt van ‘interne werking’, hetgeen betekent dat dit recht automatisch doorwerkt in de nationale rechtsorde. Naast de interne werking is er tevens sprake van ‘rechtstreekse werking’ van internatio-

naal recht, zulks voor zover een verdragsbepaling zich daarvoor leent. Een en ander volgt uit art. 93 van de Grondwet. Wil er sprake zijn van rechtstreekse werking, dan moet een norm zonder verdere wettelijke tussenkomst voldoende duidelijk zijn om er een recht aan te kunnen ontleenen.¹ Art. 8 EVRM is daar een voorbeeld van, waar deze bepaling het recht garandeert van eenieder op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn briefwisseling. Het hieruit voortvloeiende *family life* heeft grote invloed op onze rechtspraak en wetgeving.

Uit het reeds geschetste wettelijke gesloten stelsel volgt dat het recht van het kind om op grond art. 1:394 BW zijn/haar biologische vader aan te spreken slechts bestaat zolang het kind niet in een familierechtelijke betrekking tot een vader staat. Oftewel: zodra er een juridische vader is, is deze onderhoudsplichtig. Dat doorbreking hiervan op grond van art. 8 EVRM evenwel aan de orde kan zijn, heeft de Hoge Raad in zijn beschikking van 26 april 1996² voor het eerst overwogen. Uit deze beschikking volgt dat indien tussen de biologische vader en het kind *family life* in de zin van art. 8 EVRM bestaat – oftewel een nauwe persoonlijke betrekking – de biologische vader als onderhoudsplichtige kan worden aangesproken door het kind ondanks het feit dat er reeds een (andere) juridische vader is.

De Hoge Raad overweegt dat dit mogelijk moet zijn omdat het in zoverre een positieve verplichting oplegt om het kind een aanspraak op levensonderhoud jegens zijn biologische vader toe te kennen. Daarbij overweegt de Hoge Raad verder dat dit met name moet worden aangenomen voor het geval dat blijkt dat (1) de juridische vader niet in staat is om in het levensonderhoud van het kind te voorzien of dat zulks op een andere grond niet in rechte kan worden afgedwongen, dan wel dat (2) van de moeder redelijkerwijs niet kan worden gevergd dat zij de juridische vader ter zake aanspreekt.

In een latere beschikking in 2011 heeft de Hoge Raad vervolgens overwogen dat de voornoemde criteria evenwel geen limitatieve opsomming vormen, wat ook wel volgt uit de bevestigingen ‘met name’. ‘Andere dan de in die beschikking genoemde omstandigheden van het geval [kunnen] een rol (...) spelen bij de doorbreking van het wettelijk stelsel van afdeling 1 van titel 17 boek 1 BW’, aldus de Hoge Raad.³ In die zaak werd daarmee overwogen dat de biologische vader náást de juridische vader moet kunnen worden aangesproken op zijn onderhoudsplicht jegens zijn kind, ook als in rechte de onderhoudsbijdrage van de juridische vader kan worden afgedwongen. De omstandigheden van dat geval waren dat de biologische vader van twee kinderen tevens de stiefvader van de moeder in kwestie was, alwaar de biologische vader de moeder (zijn stiefdochter) had misbruikt en daarvoor is veroordeeld. Waar de juridische vader wel draagkracht had, maar niet volledig aan zijn onderhoudsverplichting kon voldoen, kon de moeder naast de juridische vader dus ook de biologische vader aanspreken.

Een ander voorbeeld waarin met succes het gesloten wettelijk stelsel werd doorbroken, is een uitspraak van de rechtbank Den Haag uit 2016.⁴ In die procedure was sprake van twee kinderen die zijn erkend door de man die (nadien) met

1 Vlg. HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62, *Jur.* 1963, 1 (*Van Gend en Loos*).

2 HR 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2542, m.nt. De Boer.

3 HR 18 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9841.

4 Rb. Den Haag 26 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9983.

hun moeder is gehuwd. De biologische vader van de kinderen was evenwel de ex-partner van de moeder met wie zij een affectieve relatie heeft gehad. De kinderen hebben ook op regelmatige basis omgang met hun biologische vader, waarmee er dan ook sprake is van *family life* in de zin van art. 8 EVRM. In die procedure speelden verder nog andere verzoeken rond het vaderschap, gezag en omgang, welke in deze noot evenwel niet besproken worden.

In de onderhavige casus werd door de moeder – met verwijzing naar de hiervoor besproken beschikking van de Hoge Raad uit 2011 – gesteld dat er sprake was van een situatie waarin de juridische ouders niet volledig in staat waren de kinderen te onderhouden en dat om die reden de biologische vader werd aangesproken een onderhoudsbijdrage te leveren. Van belang is te noemen dat uit de overwegingen van de rechtbank niet expliciet volgt dat inhoudelijke toetsing van de stellingen van de moeder heeft plaatsgevonden; het is daardoor niet duidelijk of getoetst is of de juridische ouders daadwerkelijk niet volledig in staat waren om de kinderen te onderhouden. Dit kan het gevolg zijn van het feit dat de biologische vader zich in de procedure bereid heeft verklaard tot voldoening van een bijdrage, zij het wel met verweer ter zake de door de moeder verzochte hoogte. Zijn ter zitting gedane aanbod werd door de moeder nadien aanvaard, waarna de rechtbank een door de biologische vader verschuldigde bijdrage conform zijn aanbod in de beschikking heeft bepaald.

Geen doorbreking van het gesloten stelsel

Een voorbeeld waarbij het gesloten stelsel ondanks een beroep op art. 8 EVRM niet werd doorbroken, is de uitspraak van de rechtbank Limburg uit 2018.⁵ In die procedure betrof het de vaststelling van een onderhoudsbijdrage voor één kind (van partijen), alwaar de vader met zijn huidige partner tevens een kind had gekregen én haar drie kinderen uit eerdere relaties had erkend. Dientengevolge diende de vader zijn draagkracht over vijf kinderen te verdelen, om welke reden de moeder een beroep deed op de doorbrekingsregel van art. 1:394 BW jo. art. 8 EVRM. Zij stelde dat wat betreft de (andere) drie kinderen rekening diende te worden gehouden met (een mogelijke aanspraak op een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding jegens) de biologische vaders. De rechtbank ging evenwel niet mee met dit beroep van de vrouw op de doorbrekingsregel 'nu niet is gebleken dat tussen de biologische vaders en deze kinderen een als familie- en gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking bestaat'. Het bestaan van *family life* en daarmee toepassing van art. 8 EVRM is logischerwijs dus essentieel om het gesloten stelsel te doorbreken. Het is de poort waar partijen allereerst doorheen moeten, wil een dergelijk verzoek slagen.

Terug naar de casus

Met voornoemde uiteenzetting van de Hoge Raad en voorbeelden uit lagere rechtspraak is het zaak om terug te keren naar de onderhavige uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Zijn de omstandigheden van het geval dusdanig dat het wettelijk gesloten stelsel doorbroken kan worden én de biologische vader dus kan worden aangesproken ondanks het aanwezig zijn van een juridisch vader? Het gerechtshof komt – anders dan de rechtbank – tot die conclusie en oordeelt dat er plaats is voor doorbreking van

het wettelijk stelsel. Het hof merkt op dat de juridische vader van kind 1 (eerder in deze annotatie X genoemd) in Polen woont en juridisch vader is geworden omdat kind 1 binnen 300 dagen na de echtscheiding van X en de moeder van kind 1 is geboren. Waar door de vrouw zonder resultaat getracht is dit vaderschap te ontkennen, X kind 1 nooit heeft gezien én kind 1 door de vrouw juist met de man (de biologische vader) is opgevoed, maken deze omstandigheden tezamen dat van de vrouw niet kan worden gevegd dat zij X, als de juridisch vader van kind 1, in Polen aanspreekt op een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding. Wat opvallend is, is dat het hof daarnaast ook overweegt dat van X niet gevegd kan worden dat hij kinderalimentatie moet betalen voor kind 1. Daarmee wordt immers niet vanuit het kind gereedeneerd, wat in art. 8 EVRM in beginsel wel centraal staat. Althans, waar het aankomt op de uitleg dat deze bepaling een positieve verplichting voor het kind realiseert een ouder aan te spreken voor een onderhoudsbijdrage. De vraag is dan of het hof dit ook had overwogen indien de biologische vader geen verhaal zou bieden voor een onderhoudsbijdrage en X als juridische ouder juist wel.

Het hof overweegt vervolgens dat tussen kind 1 en de man (biologische vader) sprake is van *family life* in de zin van art. 8 EVRM, waarmee hij dus kan worden aangesproken voor voldoening van een bijdrage. Tot slot geeft het hof aan het ook belangrijk te vinden dat de man op de mondelinge behandeling bij de rechtbank heeft verklaard dat hij bereid is het door de vrouw voor beide kinderen verzochte bedrag te betalen. Het hof komt daarmee tot toewijzing van het verzoek van de vrouw.

Conclusie

De uitspraak van het gerechtshof biedt een spaarzame doorbreking van het gesloten stelsel van onderhoudsplichtigen. De omstandigheden van het geval laten het hof ook wel gerechtvaardigd tot deze doorbreking komen en eenieder zal dat ook gevoelsmatig als zodanig ervaren bij lezing van de uitspraak. Tegelijkertijd is wel duidelijk dat dit een zeer uitzonderlijke toepassing is van art. 8 EVRM en dat vermoedelijk ook zal blijven. De voorbeelden in de rechtspraak zijn immers schaars waar de van belang zijnde omstandigheden casuïstisch en uitzonderlijk zijn. Dit maakt dat een gesloten wettelijk stelsel kan blijven bestaan en 'logisch' blijft voelen. Tegelijkertijd voelt een doorbreking daarvan ook logisch en gerechtvaardigd in het specifieke geval. En dat is nu juist waar de rechtstreekse werking van art. 8 EVRM haar doel behaalt: het aanvullen en niet zozeer corrigeren van het nationale recht.

mr. M. Arnold

advocaat en mediator bij Van Lelyveld Advocaten

⁵ Rb. Limburg 8 november 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:11983.