

92
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 april 2018, nr. 200.218.245/01 ECLI:NL:GHARL:2018:3294 (mr. Koopman, mr. Idsardi, mr. Vermeulen) Noot L. de Roode
Kinderalimentatie. Afwijken wettelijke maatstaven. Overeenkomst.
Partijen zijn in een overeenkomst betreffende levensonderhoud bewust afgeweken van de wettelijke maatstaven. Art. 1:401 lid 5 BW biedt dan geen uitkomst. De rechter zal voor een wijziging art. 1:159 lid 3 BW naar analogie toepassen. Uitleg en bedoeling van een overeenkomst is van belang. Een gewone wijziging op basis van art. 1:401 lid 1 BW biedt uiteindelijk uitkomst.
[BW art. 1:401 lid 1, 4 en 5, 1:159 lid 3]

De destijds overeengekomen kinderalimentatie zou volgens de man in deze uitspraak primair op basis van art. 1:401 lid 5 BW en subsidiair op basis van art. 1:401 lid 1 BW op nihil moeten worden gesteld. Het hof oordeelt dat partijen bij het vaststellen van de kinderalimentatie bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven. Partijen hebben bewust geen rekening gehouden met de aflossing van de schuld van de man aan de vrouw. Hierdoor is art. 1:401 lid 5 BW niet aan de orde. Wel is de zwaardere stel- en bewijsplicht van art. 1:159 lid 3 BW aan de zijde van de man voor een wijziging volgens art. 1:401 lid 1 BW aan de orde. De man slaagt er niet in te voldoen aan deze zware stel- en bewijsplicht. Er is geen sprake van een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden dat een wijziging gerechtvaardigd is.

Voor eventuele andere nieuwe omstandigheden die zijn ontstaan na het sluiten van de overeenkomst geldt het gewone criterium van art. 1:401 lid 1 BW. De kinderalimentatie wordt uiteindelijk omlaag bijgesteld door de aangevoerde nieuwe omstandigheden en dus op basis van art. 1:401 lid 1 BW.

[Verzoekster],
wonende te [A],
verzoekster in hoger beroep,
verder te noemen: de vrouw,
advocaat: mr. A.M.B. Leerkotte te Utrecht,
en
[verweerder],
wonende te [A],
verweerder in hoger beroep,
verder te noemen: de man,
advocaat: mr. L. van Eck Rasmussen te Naarden.

Hof:

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst voor het geding in eerste aanleg naar de beschikking van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, van 7 april 2017, uitgesproken onder voormeld zaaknummer.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
– het beroepschrift met productie(s), ingekomen op 28 juni 2017;

– het verweerschrift met productie(s);
– een journaalbericht van mr. Leerkotte van 20 november 2017 met productie(s);
– een journaalbericht van mr. Van Eck Rasmussen van 23 november 2017 met productie(s);
– een journaalbericht van mr. Van Eck Rasmussen van 24 november 2017 met productie(s);
– een journaalbericht van mr. Leerkotte van 24 november 2017 met productie(s);
– een brief namens mr. Leerkotte van 5 december 2017.
2.2. De mondelinge behandeling heeft op 5 december 2017 plaatsgevonden. De man is in persoon verschenen, bijgestaan door zijn advocaat. De vrouw is in persoon verschenen.

3. De feiten

3.1. Het huwelijk van partijen is [in] 2013 ontbonden door echtscheiding.

3.2. De man en de vrouw zijn de ouders van:

– [de minderjarige1] (verder te noemen: [de minderjarige1]), geboren [in] 2005 en

– [de minderjarige2] (verder te noemen: [de minderjarige2]), geboren [in] 2009,

over wie partijen gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen. De kinderen hebben hun hoofdverblijf bij de vrouw.

3.3. Partijen zijn bij convenant van 6 december 2012 overeengekomen dat de man aan de vrouw een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] en [de minderjarige2] zal voldoen van € 500,= per maand. Dit is door de rechtbank vastgelegd in de beschikking van 7 februari 2013.

3.4. De man heeft in een eerdere procedure, aangevangen op 28 augustus 2013, verzocht de kinderalimentatie op nihil te stellen. In hoger beroep heeft dit gerechtshof op 14 augustus 2014 dit verzoek afgewezen.

3.5. De man heeft de rechtbank bij inleidend verzoekschrift, binnengekomen bij de griffie van de rechtbank op 26 januari 2017, verzocht om het convenant van 6 december 2012 overeengekomen en bij beschikking van 7 februari 2013 vastgesteld door de rechtbank te wijzigen en de door de man aan de vrouw te betalen bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de minderjarigen op nihil te stellen althans op € 25,= per kind per maand, althans een in goede justitie nader te bepalen bijdrage.

3.6. De vrouw heeft hier tegen geen verweer gevoerd.

4. De omvang van het geschil

4.1. Bij de bestreden – uitvoerbaar bij voorraad verklaarde – beschikking is, met wijziging van de beschikking van rechtbank Zwolle-Lelystad van 7 februari 2013, de bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] en [de minderjarige2] (hierna ook: kinderalimentatie) met ingang van 7 april 2017 bepaald op nihil.

4.2. De vrouw is met ongenummerde grieven in hoger beroep gekomen van de bestreden beschikking. Deze grieven beogen het geschil in hoger beroep in volle omvang aan de orde te stellen. De vrouw verzoekt primair de bestreden beschikking te vernietigen en het verzoek van de man om de alimentatie op nihil te stellen en/of te verlagen alsnog af te wijzen en subsidiair de bestreden beschikking te vernietigen en een door het hof in goede justitie te bepalen bijdrage vast te stellen en met ingang van een in goede justitie te bepalen ingangsdatum.

4.3. De man voert verweer en hij verzoekt de vrouw niet-ontvankelijk te verklaren althans haar verzoek af te wijzen en de bestreden beschikking te bekrachtigen.

5. De motivering van de beslissing

Wijziging van omstandigheden

5.1. De man heeft zich in eerste aanleg primair op het standpunt gesteld dat de overeengekomen kinderalimentatie op grond van artikel 1:401 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is aangegaan met grove miskennen van de wettelijke maatstaven. Subsidiair heeft de man zich beroepen op artikel 1:401 lid 1 BW en heeft de man de rechtbank verzocht de door de man aan de vrouw te betalen bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen op nihil te stellen althans op € 25,= per kind per maand.

Artikel 1:401 lid 5 BW

5.2. Een overeenkomst betreffende levensonderhoud kan op grond van artikel 1:401 lid 5 BW worden gewijzigd of ingetrokken, indien zij is aangegaan met grove miskennen van de wettelijke maatstaven. Hiermee wordt bedoeld dat, uitgaande van dezelfde gegevens, er geen duidelijke wanverhouding mag bestaan tussen de onderhoudsbijdrage waartoe de rechter zou hebben beslist en die welke partijen zijn overeengekomen. Het gaat dan om gevallen waarin partijen zich wel op de wettelijke maatstaven hebben willen richten, maar – als gevolg van een onjuist inzicht in de betekenis van die maatstaven of doordat zij daarbij zijn uitgegaan van onjuiste en/of onvolledige gegevens – tot een resultaat zijn gekomen dat evident in strijd is met de uitkomst waartoe toepassing van die maatstaven zou hebben geleid.

5.3. In bovengenoemde beschikking van 14 augustus 2014 heeft het hof in verband met het eerdere wijzigingsverzoek van de man het volgende overwogen:

“4.5. Partijen zijn het erover eens dat zij bij het overeenkomen van de bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen geen rekening hebben gehouden met de aflossing van de man op de schuld aan de vrouw. Het hof acht aannemelijk geworden dat partijen hier destijds bewust voor hebben gekozen en dus bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat – nadat in het met behulp van een mediator tot stand gekomen convenant ten aanzien van de kosten kinderen is opgenomen dat deze kosten door partijen gezamenlijk zijn begroot op € 670,= per maand en dat de man een bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de beide minderjarige kinderen van € 500,= per maand zal voldoen – ten aanzien van de huwelijkse voorwaarden in artikel 4 het volgende is opgenomen:

‘1. Ingevolge de tussen partijen geldende huwelijkse voorwaarden dient bij ontbinding van het huwelijk door echtscheiding tussen partijen te worden afgerekend alsof zij in wettelijke gemeenschap van goederen waren gehuwd. Ingevolge de huwelijkse voorwaarden wordt in deze verrekening niet betrokken, voor zover thans nog van toepassing: de vordering van € 40.000,= van de vrouw op de man.

2. Het bedrag van € 40.000,= dient door de man aan de vrouw te worden terugbetaald, zonder verrekening met overige bestanddelen van de huwelijksgemeenschap.

3. De man zal het bedrag van € 40.000,= renteloos aan de vrouw kunnen terugbetalen, in een periode van maximaal 5 jaar, met ingang van het jaar 2013.

[...].

Hieruit volgt dat voornoemde schuld van de man aan de vrouw in het kader van de totstandkoming van het echtscheidingsconvenant uitdrukkelijk aan de orde is geweest. De vrouw heeft daarover ter zitting verklaard dat, toen zij met de man ging samenwonen, de man een schuld had van € 25.000,=. Deze schuld heeft zij vanuit haar vermogen (gevormd door de gerea-

liseerde overwaarde bij verkoop van haar eigen woning) afgelost. De rest van haar vermogen heeft zij geïnvesteerd in de gezamenlijke woning van partijen. Onder die omstandigheden kon zij er niet mee akkoord gaan dat bij de berekening van de draagkracht van de man ten behoeve van de kinderalimentatie rekening werd gehouden met de aflossing van de schuld van € 40.000,=.

Ter zitting heeft de man erkend dat in vorenbedoelde zin over deze schuld is gesproken, maar dat hem niet is voorgehouden wat de gevolgen daarvan zouden zijn als daarmee bij de beoordeling van zijn draagkracht geen rekening zou worden gehouden. Voor zover de man daarmee heeft willen stellen dat hij in dit verband onvoldoende, dan wel onjuist zou zijn voorgelicht door de mediator, heeft hij deze stelling naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwd, zodat het hof daaraan voorbijgaat. Datzelfde geldt voor de stelling van de man dat bij de totstandkoming van het convenant de behoefte van de kinderen niet juist zou zijn berekend, hetgeen door de vrouw gemotiveerd is betwist en gelet op de bewoordingen van het convenant – dat aangeeft dat partijen de kosten gezamenlijk hebben begroot – ook niet aannemelijk is.”

5.4. Uit voorgaande overweging van het hof volgt dat partijen bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven hetgeen betekent dat wijziging op grond van artikel 1:401 lid 5 niet mogelijk is. Het is aan de man om, ten opzichte van de beschikking van dit hof van 14 augustus 2014, nieuwe feiten en/of omstandigheden aan te voeren waaruit blijkt dat de overeengekomen kinderalimentatie is aangegaan met grove miskennen van de wettelijke maatstaven. Het hof is van oordeel dat de man in zijn verzoekschrift in eerste aanleg en in zijn verweerschrift in dit hoger beroep uitsluitend dezelfde feiten en omstandigheden heeft aangevoerd. Het hof sluit daarom aan bij de beschikking van dit hof van 14 augustus 2014 waarin is overwogen dat partijen bij het overeenkomen van de bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven.

Artikel 1:401 lid 1 BW

5.5. In het geval waarin partijen bij het aangaan van de alimentatieovereenkomst bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, dient het hof in het kader van een op artikel 1:401 lid 1 BW gegrond wijzigingsverzoek artikel 1:159 lid 3 BW naar analogie toe te passen. Dit betekent dat de rechter slechts tot wijziging van de overeenkomst betreffende levensonderhoud mag overgaan indien de verzoeker stelt en de rechter aannemelijk oordeelt dat na het tot stand komen van de overeenkomst een zo ingrijpende wijziging van omstandigheden is ingetreden dat de wederpartij, in het licht van alle bestaande omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Hierbij dient de rechter zoveel mogelijk aan te sluiten bij wat partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond. Op de man ligt een zwaardere stel- en bewijsplicht. Dit zware criterium geldt echter alleen voor de posten waarvan destijds bewust is afgeweken. Dit betrof de aflossing van de schuld van € 40.000 van de man aan de vrouw. Voor overige na de overeenkomst zich voortdoende nieuwe omstandigheden geldt het gewone criterium van artikel 1:401 lid 1 BW.

5.6. De man stelt dat er sprake is van een wijziging van omstandigheden en deze wijziging van omstandigheden is op zich, maar in elk geval in onderlinge samenhang bezien zo ingrijpend dat een wijziging van de eerder overeengekomen alimentatie gerechtvaardigd is ex artikel 1:159 lid 3 BW. De man stelt de volgende wijzigingen: het inkomen van de man is aanzienlijk gedaald nu hij in loondienst is bij [B] (hierna: [B]) en hij geen

eigen onderneming meer heeft, de man heeft een problematische schuldenlast van ongeveer € 125.000,=, het fiscaal voordeel voor kinderalimentatie is vervallen, de financiële situatie van de vrouw is gewijzigd, er is een wijziging in de opvangkosten van de kinderen omdat de man betwist dat de opvangkosten net zo hoog zijn als ten tijde van het opstellen van het convenant en een zorgkorting van ten minste 25% is gerechtvaardigd. De vrouw stelt dat er op zich wel wijzigingsomstandigheden zijn maar zij is van mening dat deze wijzigingen niet tot een nihil-stelling en/of aanpassing van de alimentatie moeten leiden en dat er dus niet sprake is van een relevante wijziging. De vrouw is het niet eens met de stelling van de man dat zijn inkomen aanzienlijk is gedaald. De man verdient bij [B] immers meer dan de € 25.000 waarvan partijen ten tijde van de scheiding uitgaven, aldus de vrouw.

5.7. Nu de man heeft gesteld dat sprake is van een wijziging van omstandigheden en de vrouw dit niet heeft betwist is hij ontvankelijk in zijn verzoek en rechtvaardigt dat een herbeoordeling van zijn draagkracht. Het hof dient vervolgens te beoordelen of de gestelde wijzigingen van omstandigheden ook relevante wijzigingen zijn en tot wijziging van de door de man te betalen kinderalimentatie dienen te leiden.

De ingangsdatum van de wijziging

5.8. De rechtbank heeft de ingangsdatum van de gewijzigde onderhoudsverplichting van de man in de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen op 7 april 2017 gesteld. Nu daartegen geen grieven zijn gericht, zal het hof in hoger beroep eveneens van deze datum uitgaan.

De behoefte van de kinderen

5.9. Evenmin is in geschil dat de (basis)behoefte in 2012 is gesteld op € 670,= per maand voor beide kinderen exclusief kinderopvang. Geïndexeerd naar 2017 bedraagt de behoefte afgerond € 717,= per maand voor beide kinderen. Partijen zijn ter zitting overeengekomen dat de (basis)behoefte dient te worden verhoogd met de kinderopvangkosten ten bedrage van € 145,=. De totale behoefte bedraagt dan afgerond € 862,= (te weten € 717,= + € 145,=). Het hof zal derhalve van dit bedrag uitgaan.

De draagkracht van de man

5.10. Het hof zal bij de berekening van het netto besteedbaar inkomen van de man uitgaan van de door de man overgelegde salarisspecificaties van augustus, september en oktober 2017. Uit deze salarisspecificaties blijkt een bruto maandinkomen van € 2.311,97. Hierbij dient te worden opgeteld 8% vakantiegeld (zijnde: afgerond € 185,= per maand). Het totale bruto inkomen van de man bedraagt derhalve € 29.964,= per jaar.

5.11. Het vorenstaande in ogenschouw nemende heeft het hof het netto besteedbaar inkomen van de man aan de hand van de tarieven 2017-1 berekend op een bedrag van € 1.870,= per maand.

5.12. Uitgaande van de formule blijkens de draagkrachttabel van 2017 (te weten: $70\% [NBI - (0,3 \times NBI + 905)]$) en een netto besteedbaar inkomen van € 1.870,= per maand, heeft de man een draagkracht van afgerond € 283,= per maand.

5.13. Het hof zal, gelet op de zorgregeling tussen de vader en [de minderjarige1] en [de minderjarige2], uitgaan van een percentage aan zorgkorting van 25% en zal de zorgkorting berekenen over de (basis)behoefte van de kinderen aangezien de vrouw de kinderopvangkosten voor haar rekening neemt. De zorgkorting bedraagt dan € 179,= per maand (te weten: 25% van € 717,=).

5.14. De man heeft gesteld dat er sprake is van een problematische schuldenlast van ongeveer € 125.000,=, maar het hof is van oordeel dat de man onvoldoende stukken heeft overgelegd

om bij de berekening van de draagkracht van de man rekening te kunnen houden met deze schuldenlast. De door de man in het geding gebrachte schuldhulpvereenkomst, berekening van het vrij te laten bedrag en (geanonimiseerde) crediteurenlijst geven naar het oordeel van het hof onvoldoende inzicht in de volledige schuldenlast van de man. De man heeft niet inzichtelijk gemaakt wie de crediteuren zijn en wat de oorzaak van de schulden is.

5.15. Gelet op het hierboven overwogene is het hof van oordeel dat er sprake is van een relevante wijziging van omstandigheden. De bijdrage van de man aan de vrouw in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] en [de minderjarige2] wordt door het hof berekend op € 104,= per maand voor beide kinderen, derhalve € 52,= per kind per maand (te weten: € 283,= minus € 179,=).

5.16. De man heeft nog aangevoerd dat rekening moet worden gehouden met een hoger inkomen van de vrouw. De vrouw heeft ter zitting aangegeven dat de door de man hierbij gehanteerde salarisstroken een vertekening van haar inkomen geven omdat zij een restitutie in verband met jarenlang te laag ontvangen salaris heeft ontvangen in die periode. Geen van partijen heeft een draagkrachtvergelijking ingebracht. Nu gelet op de hoogte van de behoefte van de kinderen en het berekende aandeel van de man, de vrouw zelf nog een bedrag van € 579,= per maand als haar aandeel in de kosten van de kinderen houdt, acht het hof het hiervoor berekende aandeel van de man gelet op de inkomens van partijen, voorzover deze in de procedure aanneemelijk zijn geworden, niet te hoog.

6. De slotsom

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

7. De beslissing

Het hof, beschikkende in hoger beroep: vernietigt de beschikking van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Lelystad, van 7 april 2017, en in zoverre opnieuw beschikkende;

wijzigt de beschikking van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 7 februari 2013 en bepaalt dat de man aan de vrouw met ingang van 7 april 2017 als bijdrage in de kosten van verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] en [de minderjarige2] € 52,= per kind per maand zal betalen, de toekomstige termijnen telkens bij vooruitbetaling te voldoen;

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

NOOT

Hetgeen partijen overeenkomen in een overeenkomst met betrekking tot alimentatie is bindend. Wijziging van deze overeenkomst is mogelijk op basis van art. 1:401 lid 5 BW. De overeenkomst moet dan met grove miskenning van de wettelijke maatstaven zijn aangegaan.

Het deel in de overeenkomst waarbij partijen bewust zijn afwijken van de wettelijke maatstaven kan alleen aan de hand van art. 1:159 lid 3 BW worden gewijzigd. Wil de andere partij hiervan afwijken dan geldt er een zware stel- en bewijsplicht. Daarnaast kunnen zich andere wijzigingen van omstandigheden voordoen op basis van art. 1:401 lid 1 BW. De vraag is of deze omstandigheden dan relevant zijn en tot wijziging van de alimentatie leiden.

In onderhavige uitspraak heeft de man primair een beroep gedaan op art. 1:401 lid 5 BW en subsidiair op art. 1:401 lid 1 BW.

Het subsidiaire standpunt heeft succes gehad en de kinderalimentatie is verlaagd.

Interessant is met name het primaire standpunt van de man. Hierdoor word je je bewust van de verschillende leden van art. 1:401 BW.

Bij een beroep op art. 1:401 lid 5 BW dient er eerst getoetst te worden of er sprake is van bewust afwijken van de wettelijke maatstaven. In deze uitspraak hebben partijen een afbetaling van een schuld bewust niet meegenomen in de draagkracht van de alimentatieplichtige. Dit betrof een schuld van de alimentatieplichtige aan de alimentatiegerechtigde. Partijen hebben dit laten vaststellen via een mediator en op basis van het Haviltex-criterium is van belang wat de bedoeling van partijen was destijds. Het hof heeft geoordeeld dat partijen bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven.

Art. 1:159 lid 3 BW

Indien wordt vastgesteld dat partijen bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven bij het vaststellen van alimentatie, is art. 1:401 lid 5 BW *niet* van toepassing. Art. 1:159 lid 3 BW dient dan naar analogie te worden toegepast (zie onder meer de beschikkingen van de Hoge Raad van 23 oktober 1987 met ECLI:NL:HR:1987:AD0015 en 18 december 2015 met ECLI:NL:HR:2015:3635):

“De rechter mag in dat geval slechts tot een wijziging van de overeenkomst betreffende levensonderhoud overgaan indien de verzoeker stelt en de rechter aannemelijk oordeelt dat na het tot stand komen van de overeenkomst een wijziging van omstandigheden is ingetreden die meebrengt dat de andere partij, in het licht van alle dan bestaande omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten” (Rb. Noord-Holland 16 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9442). In deze beschikking was geen rekening gehouden met het toekomstige pensioen. Dit is geen onvoorzienbare omstandigheid. Dit kan niet leiden tot een volkomen wanverhouding en niet was gebleken dat verzoeker in betalingsnood verkeerde. De enkele omstandigheid dat de alimentatiegerechtigde door het ontvangen van het pensioen (waarmee geen rekening was gehouden) meer te besteden had dan de alimentatieplichtige maakte niet dat het convenant gewijzigd moest worden.

Er moet voor een wijziging sprake zijn van een zeer ingrijpende wijziging van omstandigheden en van een volkomen wanverhouding tussen wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond en wat zich in werkelijkheid heeft voorgedaan.

In een vrij recente noot bij de uitspraak van het Hof Amsterdam van 21 juni 2016 nr. 200.177.563/01 (zie «JIN» 2016/7) ben ik reeds uitgebreid ingegaan op art. 1:159 lid 3 BW zodat ik voor een verdere toelichting op dit artikel daarnaar verwijs.

Art. 1:401 lid 5 BW

Indien partijen niet bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven bij het vaststellen van alimentatie in een overeenkomst, is een beroep op art. 1:401 lid 5 BW mogelijk. Art. 1:401 lid 5 BW luidt als volgt: “Een overeenkomst betreffende levensonderhoud kan ook worden gewijzigd of ingetrokken, indien zij is aangegaan met grove miskennen van de wettelijke maatstaven”. Wat wordt er bedoeld met grove miskennen van de wettelijke maatstaven? Er wordt hierbij uitgegaan van dezelfde gegevens en er mag geen duidelijke wanverhouding bestaan tussen de onderhoudsbijdrage waartoe de rechter zou hebben beslist en die welke partijen zijn overeengekomen (bron: Wortmann, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:401 BW, aant. 6). Partijen zijn

onopzettelijk door onjuist inzicht of onjuiste gegevens van de wettelijke maatstaven afgeweken (HR 15 november 1996, *NJ* 1997/45). Het gaat om gevallen waarin partijen zich wel op de wettelijke maatstaven hebben willen richten maar als gevolg van onjuiste en onvolledige gegevens tot een resultaat zijn gekomen dat evident in strijd is met de uitkomst waartoe toepassing van die maatstaven zou hebben geleid. Ook kan grove miskennen zich voordoen wanneer de toekomstverwachting van partijen te optimistisch of te weinig realistisch was. Het kan ook zo zijn dat degene die de berekeningen heeft gemaakt (mediator/scheidingsmakelaar/advocaat) een fout heeft gemaakt.

Voor een geslaagd beroep op art. 1:401 lid 5 BW worden zware eisen gesteld aan de stelplicht van de partij die de wijziging verzoekt. In de jurisprudentie ben ik één uitspraak tegengekomen waarin een beroep op art. 1:401 lid 5 BW is geslaagd; dit betreft de uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA9619). De Hoge Raad oordeelt dat het hof heeft miskend dat de alimentatieplichtige door betaling van alimentatie onder de 90%-grens van het bestaansminimum terecht komt. Reeds uit dit feit zou moeten volgen dat deze overeenkomst is aangegaan met grove miskennen van de wettelijke maatstaven van art. 1:401 lid 5 BW. Deze zaak is terugverwezen naar het hof. Uit andere uitspraken komt naar voren dat het beroep op art. 1:401 lid 5 BW uiteindelijk werd gewijzigd naar op een beroep op art. 1:159 lid 3 BW of art. 1:401 lid 1 BW.

Art. 1:401 lid 4 BW

Ik zou lid 4 van art. 1:401 BW niet onbenoemd willen laten. Op lid 4 kun je een beroep doen als een rechterlijke uitspraak betreffende alimentatie van aanvang af niet aan de wettelijke maatstaven heeft beantwoord doordat er van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan.

In de jurisprudentie is terug te vinden dat er regelmatig een beroep wordt gedaan op lid 4 en lid 5. Lid 4 ziet op een uitspraak van een rechter en lid 5 ziet op een overeenkomst. Soms is er sprake van een overeenkomst én een uitspraak. Deze kwestie was ook aan de orde in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA9619). Er is in zo'n geval sprake van een overeenkomst en art. 1:401 lid 5 BW is dan van toepassing (zie HR 19 november 1982, nr. 6163, *NJ* 1983/494).

Conclusie is dat er meestal een beroep wordt gedaan op art. 1:401 lid 1 BW voor een wijziging van alimentatie. Hierbij is het gewone criterium van wijziging van omstandigheden aan de orde. Dit lid van art. 1:401 BW heeft een grote reikwijdte en geen zware stel- en bewijsplicht. Uiteraard moet er wel een relevante wijziging van omstandigheden aan de orde zijn.

Een beroep op de leden 4 en 5 van art. 1:401 BW kunnen echter van groot belang zijn in het kader van de terugwerkende kracht. Bij een geslaagd beroep op de leden 4 of 5 kan de uitspraak of overeenkomst zelfs ingetrokken worden aangezien deze vanaf aanvang niet voldeden aan de wettelijke maatstaven. Dit kan dan weer leiden tot terugbetaling aangezien de uitspraak of overeenkomst met terugwerkende kracht wordt ingetrokken. Ik ben van mening dat de leden 4 en 5 in die zin vaak onbenut blijven en onvoldoende in een procedure worden aangevoerd. Dit zorgt er wellicht voor dat er weinig jurisprudentie is met een geslaagd beroep op art. 1:401 lid 5 BW.

Tot slot zijn er nog andere mogelijkheden om een overeenkomst met betrekking tot alimentatie te wijzigen, door bijvoorbeeld een beroep te doen op nietigheid of vernietiging van de overeenkomst op basis van bijvoorbeeld dwaling, bedrog e.d.