

11 Wijziging/intrekking alimentatieverplichting

Artikel 1:401 BW regelt de voorwaarden waaronder wijziging of intrekking van een rechterlijke uitspraak of een overeenkomst betreffende levensonderhoud mogelijk is.

Voor het bijzondere geval dat partijen zijn overeengekomen dat wijziging van omstandigheden geen grond zal kunnen zijn om bij rechterlijke uitspraak wijziging te verzoeken van hetgeen zij betreffende levensonderhoud zijn overeengekomen (beding van niet-wijziging), maar dat desondanks op grond van wijziging van omstandigheden wijziging wordt verzocht van hetgeen zij met betrekking tot levensonderhoud zijn overeengekomen, geldt niet de regeling van artikel 1:401 BW maar de regeling van artikel 1:159 lid 3 BW.

Het gaat in deze bepaling om uitspraken of overeenkomsten *betreffende* levensonderhoud. Daaronder vallen ook uitspraken waarbij een verzochte bijdrage tot levensonderhoud is afgewezen of ingetrokken, en overeenkomsten waarbij van een bijdrage tot levensonderhoud is afgezien.

De rechter aan wie wijziging of intrekking van een rechterlijke uitspraak of een overeenkomst betreffende levensonderhoud wordt verzocht, zal, als hij voor die wijziging of intrekking voldoende gronden aanwezig acht, bij het nemen van de beslissing tot welk gevolg die wijziging moet leiden dezelfde maatstaven moeten hanteren als gelden voor het vaststellen van een onderhoudsverplichting. Is eenmaal een wijziging vastgesteld, dan dient de rechter de uitkering tot levensonderhoud opnieuw vast te stellen, rekening houdende met terzake dienende omstandigheden.¹⁶¹

Terugbetaling

Bij nihilstelling of verlaging van de alimentatie dient de rechter een beslissing tot terugbetaling voldoende te motiveren.¹⁶²

161 HR 24 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7672.

162 HR 14 april 2006, NJ 2006, 257, RvdW 2006, 390, RFR 2006, 311; HR 22 september 2006, NJ 2006, 519, RvdW 2006, 876, FJR 2007, 77, RFR 2006, 516, EB 2007, 9, JPF 2006, 256; HR 10 november 2006, NJ 2006, 609, RvdW 2006, 1061, RFR 2007, 32, FJR 2007, 47; zie ook HR 20 september 2002, NJ 2003, 47; HR 25 januari 2008, BB9246; HR 28 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4844; HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9288; HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:232 en A.G.J. van Lokven, 'Teveel ontvangen alimentatie: terug betalen of niet?', EB 2009, p. 143-145.

Bij wijziging of intrekking dient de rechter op grond van artikel 1:402 lid 1 BW tevens de dag vast te stellen vanaf welke het nieuw vastgestelde bedrag verschuldigd is of vanaf welke dag het bedrag ophoudt verschuldigd te zijn. Dat kan zijn een datum vóór of na de dag van de uitspraak of de dag van de uitspraak.¹⁶³

Wijziging van de draagkracht kan niet leiden tot wijziging van de verschuldigde bijdrage over een periode voorafgaand aan wijziging van de draagkracht. Voor de periode voordien is beslissend of de uitkering toen voldeed aan de wettelijke maatstaven.¹⁶⁴

Bij verlaging van een bijdrage met terugwerkende kracht kan de rechter terugbetaling in gedeeltes toestaan. Voorop staat echter dat de rechter terughoudend met een wijziging met terugwerkende kracht dient om te gaan. Alimentatie is consumptief van aard en een terugbetalingsverplichting dient gemotiveerd te worden als een partij gemotiveerd aangeeft waarom terugbetaling niet van hem of haar verlangd kan worden.¹⁶⁵

Kwijtschelding van ontstane achterstand in de betaling is niet mogelijk. Wel is mogelijk nihilstelling van de onderhoudsbijdrage met terugwerkende kracht of vaststelling van de verschuldigde bijdrage op het bedrag dat feitelijk is betaald. Is echter niet betaald, dan hoeft er niet behoedzaam gebruik te worden gemaakt van de bevoegdheid van de rechter de wijziging van de alimentatie te laten ingaan op een voor zijn uitspraak gelegen datum.¹⁶⁶

Met betrekking tot de door de rechter te bepalen ingangsdatum van een (gewijzigde) onderhoudsverplichting gelden blijkens vaste rechtspraak van de Hoge Raad (zie HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB4757, NJ 2008/27, en HR 25 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB9246, NJ 2008/65) de volgende regels:

- i) De rechter die beslist op een verzoek tot wijziging van een eerder vastgestelde bijdrage in het levensonderhoud, zal in het algemeen behoedzaam gebruik moeten maken van zijn bevoegdheid de wijziging te laten ingaan op een vóór zijn uitspraak gelegen datum, met name indien dit ingrijpende gevolgen kan hebben voor de onderhoudsgerechtigde in verband met een daardoor in het leven geroepen verplichting tot terugbetaling van hetgeen in de daaraan voorafgaande periode in feite is betaald of verhaald.
- ii) Deze behoedzaamheid geldt ook voor de rechter in hoger beroep die met ingang van een vóór zijn uitspraak gelegen datum een zodanige wijziging brengt in de door de rechter in eerste aanleg vastgestelde of gewijzigde

¹⁶³ HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2305.

¹⁶⁴ HR 19 november 1982, NJ 1983, 494, m.nt. EAAL.

¹⁶⁵ HR 5 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD3713, HR 3 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1988, HR 16 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9882.

¹⁶⁶ HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8095.

bijdrage dat deze kan leiden tot de hiervoor bedoelde ingrijpende gevolgen.

- iii) Deze behoedzaamheid brengt mee dat de rechter naar aanleiding van hetgeen partijen hebben aangevoerd, zal moeten beoordelen of, en in hoeverre, in redelijkheid van de onderhoudsgerechtigde terugbetaling kan worden verlangd van hetgeen in overeenstemming met diens behoefte aan levensonderhoud reeds is uitgegeven, en dat de rechter, indien dit naar zijn oordeel het geval is, van zijn beoordeling rekenschap zal moeten geven in de motivering.

In het vorenstaande ligt besloten dat de rechter die een onderhoudsverplichting verlaagt met ingang van een vóór zijn uitspraak gelegen datum, steeds aan de hand van hetgeen ten processe is gebleken, zal moeten beoordelen in hoeverre een daaruit voortvloeiende terugbetalingsverplichting in redelijkheid kan worden aanvaard (vgl. HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2288, *NJ* 2009/304, en HR 4 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5310, *NJ* 2011/514). Hij is derhalve bij die beoordeling niet afhankelijk van een door de onderhoudsgerechtigde gevoerd, op die terugbetaling betrekking hebbend verweer.¹⁶⁷

De wettelijke regeling maakt in enige opzichten onderscheid naar gelang hetgeen tussen partijen betreffende levensonderhoud geldt is vastgesteld in een rechterlijke uitspraak dan wel in een tussen partijen gesloten overeenkomst.

11.1 Wijziging van een rechterlijke uitspraak

Artikel 1:401 BW vermeldt twee gronden waarop een rechterlijke uitspraak betreffende levensonderhoud bij latere rechterlijke uitspraak kan worden gewijzigd of ingetrokken:

- a) indien de oorspronkelijke uitspraak nadien *door wijziging van omstandigheden* ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen (lid 1);
- b) indien de oorspronkelijke uitspraak *van de aanvang af niet heeft beantwoord aan de wettelijke maatstaven* doordat bij die uitspraak is uitgegaan van onjuiste of onvolledige gegevens (lid 4).

11.1.1 *Wijziging van omstandigheden*

Het dient te gaan om wijziging ten opzichte van de omstandigheden zoals deze zijn vastgelegd bij de rechterlijke uitspraak waarvan wijziging wordt ver-

¹⁶⁷ HR 25 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:1001. Zie ook HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:232 en HR 4 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:365.

zoekt. Niet van belang is of zich een wijziging heeft voorgedaan ten opzichte van een omstandigheid die destijds, in het geding dat leidde tot de uitspraak, door een partij is aangevoerd maar door de rechter niet als vaststaand is aangemerkt.¹⁶⁸

De rechter die over de verzochte wijziging heeft te beslissen, is niet gebonden aan oordelen omtrent de omstandigheden in de beslissing waarvan wijziging wordt verzocht.¹⁶⁹

Gronden die tot wijziging of intrekking kunnen leiden, kunnen van financiële aard zijn, bijvoorbeeld wijziging in de behoefte van de alimentatiegerechtigde of in de draagkracht van de alimentatieplichtige, maar ook van niet-financiële aard zijn, bijvoorbeeld wangedrag. Gaat het om wijziging van een als voorlopige voorziening tijdens de scheidingsprocedure opgelegde bijdrage in het levensonderhoud, dan zullen niet-financiële gronden geen rol kunnen spelen. Het enkele tijdsverloop sedert de vorige uitspraak kan op zichzelf niet als wijziging van omstandigheden in de zin van artikel 1:401 lid 1 BW worden aangemerkt, aangezien het op de toekomst gerichte karakter van alimentatiebeschikkingen in die vorige uitspraak als een natuurlijk uitgangspunt ligt besloten.¹⁷⁰

Wordt door de rechter een wijziging van omstandigheden aangenomen waardoor de eerdere uitspraak betreffende levensonderhoud heeft opgehouden aan de wettelijke maatstaven te voldoen, dan heeft hij bij zijn beslissing tot wijziging rekening te houden met alle ten tijde van de beslissing bestaande relevante omstandigheden. De rechter moet bij zijn beslissing blijven binnen de grenzen van het wijzigingsverzoek en kan dus niet uitgaan van een wijziging van omstandigheden waarop door de verzoeker geen beroep is gedaan.¹⁷¹ Hij wordt niet beperkt tot een vergelijking van de behoeften van de alimentatiegerechtigde ten tijde van de eerdere uitspraak en die ten tijde van zijn beslissing.¹⁷²

Een al vastgestelde wijziging van omstandigheden geeft de rechter de vrijheid de alimentatie ex nunc opnieuw vast te stellen en daarbij de oorspronkelijke uitgangspunten van een convenant buiten beschouwing te laten.¹⁷³

168 HR 29 januari 1989, *NJ* 1989, 717, m.nt. EAAL.

169 HR 11 juni 1982, *NJ* 1983, 399, m.nt. EAAL.

170 HR 7 december 1990, *NJ* 1991, 201, m.nt. EAAL; zie ook HR 4 februari 2000, *FJR* 2000, 119, *RvdW* 2000, 40C, *EB* 2000, 30.

171 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 450.

172 HR 22 januari 1982, *NJ* 1982, 175.

173 HR 4 februari 2000, *RvdW* 2000, 40C, *EB* 2000, 30, *FJR* 2000, 36.

Artikel 1:401 BW heeft niet enkel het oog op een onvoorzienbare wijziging van omstandigheden.¹⁷⁴ Het enkele feit dat een gewijzigde omstandigheid voorzienbaar was, impliceert niet dat daarmee rekening is gehouden en sluit dus niet uit dat sprake is van een wijziging van omstandigheden als bedoeld in artikel 1:401 BW.¹⁷⁵

Wijziging van een uitspraak omtrent levensonderhoud met ingang van een toekomstig onzeker tijdstip is in beginsel mogelijk. Dan moet echter met ingang van dat tijdstip, indien dit intreedt, sprake zijn van een wijziging van omstandigheden waardoor de uitspraak vanaf dat tijdstip ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen.¹⁷⁶

Wordt tussen partijen een debat gevoerd over de vraag of zich een wijziging van omstandigheden als bedoeld in artikel 1:401 BW heeft voorgedaan, dan moet aan de motivering van de beslissing tot wijziging van de alimentatie de eis worden gesteld dat daarin inzicht wordt gegeven in de gedachtegang die de rechter heeft geleid tot zijn oordeel, dat grond bestaat voor toepassing van die bepaling.¹⁷⁷

Wanneer een partij bij een overeenkomst betreffende levensonderhoud na het sluiten daarvan te weten komt dat de feitelijke omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst anders waren dan hij/zij toen aannam, kan het verkrijgen van deze wetenschap niet worden aangemerkt als een wijziging van omstandigheden in de zin van artikel 1:401 BW.¹⁷⁸

Indien in de omstandigheden die tot wijziging leiden geen verandering meer kan optreden, dienen aan de beslissing tot wijziging hoge motiveringseisen te worden gesteld.

De draagkracht van de alimentatieplichtige wordt niet alleen bepaald door zijn inkomen, maar ook door de lasten die uit dat inkomen moeten worden bestreden. Verlaging van de alimentatie die kinderen ontvangen van hun vader, zonder dat hun behoefte aan alimentatie is afgenomen, kan leiden tot lastenverzwaring bij de stiefouder van die kinderen. Voor zover het hof dit een en ander niet heeft miskend, is zijn oordeel onbegrijpelijk nu zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom de stelling van de man m.b.t. de verlaging van de alimentatie die voor zijn stiefkinderen wordt ontvangen, niet kan

174 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 450.

175 HR 7 november 1980, *NJ* 1981, 344, m.nt. E.AAL en HR 17 maart 1989, *NJ* 1989, 855, m.nt. E.AAL.

176 HR 20 februari 1981, *NJ* 1981, 480.

177 HR 4 februari 1983, *NJ* 1983, 628.

178 HR 9 juni 2000, *RvdW* 2000, 145C, *FJR* 2000, 205.

leiden tot een als relevante wijziging van omstandigheden aan te merken las-tenverzwaring en daardoor draagkrachtvermindering van de man.¹⁷⁹

11.1.2 *Van de aanvang af niet beantwoord aan de wettelijke maatstaven*

De verzoeker die wijziging verzoekt, dient aannemelijk te maken dat de rechter van onjuiste of onvolledige gegevens is uitgegaan en dat daardoor de vastgestelde alimentatie van de aanvang af niet aan de wettelijke maatstaven voldeed. Uit de eerdere uitspraak waarvan wijziging wordt verzocht, hoeft niet te blijken welke gegevens dat zijn. Dat geldt ook als de te wijzigen uitspraak niet op enig onderzoek berust, omdat de wederpartij zich aan het oordeel van de rechter heeft gerefereerd.¹⁸⁰

Een toekomstverwachting waarop de rechter zijn uitspraak omtrent een alimentatieverzoek heeft gebaseerd, kan een onjuist of onvolledig gegeven in de zin van artikel 1:401 lid 2 BW opleveren wanneer die verwachting niet uitkomt.¹⁸¹ Met de grond voor wijziging of intrekking als bedoeld in artikel 1:401 lid 4 BW is gelijk te stellen dat de uitspraak van de aanvang af niet heeft beantwoord aan de wettelijke maatstaven doordat zij berustte op een vergissing. De bevoegdheid op die grond wijziging te verzoeken staat open, ook als de benadeelde partij de vergissing heeft kunnen bemerken vóór afloop van de termijn voor hoger beroep, maar dat rechtsmiddel niet heeft aangewend om de vergissing te doen herstellen.¹⁸²

Voor de toepassing van artikel 1:401 lid 4 BW is voldoende dat de rechter bij de vaststelling van de onderhoudsbijdrage is uitgegaan van onjuiste (of onvolledige) gegevens. Hieronder valt ook het geval waarin door onzorgvuldig handelen van de advocaat van de vrouw is uitgegaan van onjuiste gegevens met betrekking tot de behoefte van de vrouw. De bevoegdheid op die grond wijziging te verzoeken staat ook open als de vrouw de vergissing heeft kunnen bemerken voor de afloop van de beroepstermijn, maar dat rechtsmiddel niet heeft aangewend om de vergissing te doen herstellen.¹⁸³

Voor wijziging van een rechterlijke uitspraak op de in artikel 1:401 lid 4 BW genoemde grond is noodzakelijk, maar ook voldoende, dat de verzoeker aannemelijk maakt dat bij de uitspraak is uitgegaan van onjuiste of onvolledige gegevens en dat deze als gevolg daarvan van de aanvang af niet aan de wette-

179 HR 19 december 2008, *NJ* 2009/24.

180 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 525.

181 HR 8 juli 1980, *NJ* 1981, 613.

182 HR 1 oktober 1976, *NJ* 1977, 276, m.nt. EAAL en HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 450.

183 HR 28 mei 2004, *NJ* 2004, 475, *EB* 2004, 128, *RvdW* 2004, 77 en HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 269, *RFR* 2006, 332, *RvdW* 2006, 417, *FJR* 2006, 226.

lijke maatstaven heeft beantwoord.¹⁸⁴ Daaronder moet mede worden begrepen het geval dat dit laatste is veroorzaakt door een vergissing van de rechter. De omstandigheid dat tegen de uitspraak waarvan wijziging wordt verzocht een rechtsmiddel openstaat of heeft opengestaan, staat aan toepassing van dit voorschrift niet in de weg.¹⁸⁵

Uit het hiervoor overwogene en, meer in detail, uit hetgeen in de conclusie van de advocaat-generaal onder 2.2 tot en met 2.19 is vermeld, vloeit voort dat de reikwijdte van artikel 1:401 lid 4 in de rechtspraak ruim wordt opgevat. Daaronder valt ook een geval als het onderhavige waarin het hof weliswaar eerst de juiste feitelijke gegevens omtrent de uiteenlopende fiscale inkomens van de man over drie jaren in zijn beschikking heeft vermeld, doch vervolgens zijn oordeel, naar onmiskenbaar uit de beschikking blijkt, zonder enige redengeving slechts op een van deze jaarinkomens heeft gebaseerd, en aldus klaarblijkelijk toch van onvolledige feitelijke gegevens is uitgegaan.¹⁸⁶

11.1.3 *Overeenkomst of rechterlijk uitspraak?*

Is hetgeen partijen betreffende levensonderhoud zijn overeengekomen vervolgens in een veroordeling door de rechter vastgelegd conform hetgeen partijen in dat opzicht overeenkwamen, dan moet in beginsel worden aangenomen dat die veroordeling geen verdere strekking heeft dan om de partij ten behoeve van wie de veroordeling is uitgesproken, een executoriale titel te verschaffen om zo nodig de nakoming in zoverre van de overeenkomst in rechte te kunnen afdwingen. Dat brengt mee dat de overeenkomst, ook voor wat betreft een eventueel daarvan deel uitmakend beding van niet-wijziging, door de veroordeling onverlet wordt gelaten. Dit is slechts anders indien uit de rechterlijke uitspraak van een verdergaande strekking blijkt.¹⁸⁷ Blijkt uit die uitspraak niet van een verdergaande strekking, dan zal bij een beding van niet-wijziging die uitspraak niet kunnen worden gewijzigd wegens wijziging van omstandigheden volgens de regeling van artikel 1:401 BW, maar slechts op grond van de bepaling van artikel 1:159 lid 3 BW.

11.2 **Wijziging van overeenkomst betreffende levensonderhoud**

De regeling van artikel 1:401 BW – en daarmee ook die van artikel 1:402a BW – is beperkt tot overeenkomsten houdende een regeling van een op de wet gegronde verplichting tot levensonderhoud. Is een overeenkomst tot het ver-

184 HR 21 april 2006, nr. R05/080, ECLI:NL:HR:2006:AU9734, NJ 2006, 269.

185 Vgl. HR 15 november 1996, nr. 8785, ECLI:NL:HR:1996:ZC2201, NJ 1997, 450 en HR 28 mei 2004, nr. R03/104, ECLI:NL:HR:2004:AO4015, NJ 2004, 475

186 HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5026.

187 HR 17 maart 1972, NJ 1972, 332.

strekken van levensonderhoud niet op de wet gegrond, zoals een overeenkomst tot het verstrekken van levensonderhoud na het einde van een samenwoning zonder huwelijk, dan kan wijziging van zulke overeenkomst in beginsel niet worden gebaseerd op de regeling van artikel 1:401 BW en vindt ook geen wijziging van rechtswege plaats op grond van artikel 1:402a BW. Dat is slechts anders indien uitleg van de overeenkomst van partijen meebrengt dat de toegezegde uitkering tot levensonderhoud aan de regelingen van de artikelen 1:401 en 402a BW onderworpen is.¹⁸⁸

Artikel 1:401 BW vermeldt twee gronden waarop een overeenkomst betreffende levensonderhoud bij latere rechterlijke uitspraak kan worden gewijzigd of ingetrokken:

- a) indien die overeenkomst nadien *door wijziging van omstandigheden* ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen (lid 1);
- b) indien die overeenkomst is aangegaan *met grove miskenning van de wettelijke maatstaven* (lid 5).

Overeenkomsten waarbij wordt afgezien van een andere onderhoudsuitkering dan voor een echtgenoot na echtscheiding, zijn op grond van artikel 1:400 lid 2 BW nietig. Slechts (ex-)echtgenoten kunnen op grond van artikel 1:158 BW overeenkomen dat de een jegens de ander afziet van een bijdrage in het eigen levensonderhoud.

Ook kan de mogelijkheid wijziging of intrekking van een onderhoudsverplichting te verzoeken niet bij overeenkomst worden uitgesloten, behalve indien het betreft een onderhoudsuitkering na echtscheiding voor een van de ex-echtgenoten (artikel 1:159 lid 1 BW).

11.2.1 *Wijziging van omstandigheden*

Voor een wijziging van een overeenkomst betreffende levensonderhoud op grond van wijziging van omstandigheden geldt mutatis mutandis het hiervoor onder 11.1.1 gestelde met betrekking tot wijziging van een rechterlijke uitspraak op grond van wijziging van omstandigheden.

Voor wijziging van een overeenkomst betreffende levensonderhoud is niet meer vereist dan dat zij ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen als gevolg van een wijziging van aan de overeenkomst ten grondslag liggende omstandigheden, met welke wijziging partijen ten tijde van de overeenkomst geen rekening hadden gehouden, ook al was de mogelijkheid van die wijziging toen te voorzien (in casu de onjuist gebleken veronderstelling dat de

¹⁸⁸ HR 6 januari 1978, NJ 1978, 466, m.nt. ARB.

vrouw in de gelimiteerde periode in staat zou zijn om zich in voldoende mate inkomsten uit arbeid te verwerven).¹⁸⁹

11.2.2 *Grove miskennis van de wettelijke maatstaven*

Onduidelijk is of artikel 401 lid 5 BW van toepassing is op hetgeen ouders onderling overeenkomen met betrekking tot het bedrag dat de niet met de dagelijkse zorg belaste ouder ten behoeve van de kinderen zal moeten uitkeren. Dat ten behoeve van de kinderen uit te keren bedrag dient immers door de rechter op de voet van artikel 1:406 BW zelfstandig met inachtneming van de wettelijke maatstaven te worden vastgesteld.¹⁹⁰ De Hoge Raad was in 2007 van oordeel dat het hof terecht heeft geoordeeld dat in een geval waarin het gaat om een in een convenant vastgelegde en vervolgens ook door de rechter op hetzelfde bedrag vastgestelde kinderalimentatie, voor wijziging of intrekking wegens te geringe draagkracht – buiten het geval van artikel 1:401 lid 1 BW – voldaan dient te worden aan de maatstaf van artikel 1:401 lid 5 ("aangegaan met grove miskennis van de wettelijke maatstaven") en niet aan die van artikel 1:401 lid 4 BW juist is (zie HR 19 november 1982, *NJ* 1983, 494).¹⁹¹

In HR 6 april 2012, BV2361, concludeerde de A-G echter dat, anders dan het middel kennelijk veronderstelt, de rechter die de kinderalimentatie vaststelt, zelfstandig oordeelt met inachtneming van de wettelijke maatstaven, zonder daarbij gebonden te zijn aan hetgeen de ouders ter zake onderling zijn overeengekomen. Dit impliceert dat de rechter kan afwijken van een overeenkomst tussen de ouders, ook zonder dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 1:401 BW, volgens welke voorwaarden van relevante gewijzigde omstandigheden of van een grove miskennis van de wettelijke maatstaven sprake dient te zijn. Zie ook: Hof 's-Gravenhage 20 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX0457 en Hof Amsterdam 30 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ3893.

Zonnenberg acht dit in strijd met de contractsvrijheid van ouders en niet logisch gelet op de sinds maart 2009 bestaande verplichting van ouders om in een ouderschapsplan afspraken op te nemen over de kosten van verzorging en opvoeding van hun minderjarige kinderen.¹⁹² Het is de vraag of ouders bewust mogen afwijken van de wettelijke maatstaven bij kinderalimentatie als men ervan uitgaat dat kinderalimentatie van openbare orde is.¹⁹³ Naar analo-

189 HR 1 juli 1994, *NJ* 1994, 597.

190 HR 24 november 1972, *NJ* 1973, 288, m.nt. EAAL en HR 1 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1689.

191 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9619.

192 L.H.M. Zonnenberg, 'Kinderalimentatie en contractsvrijheid', *EB* 2012, nr. 7/8, p. 148-150.

193 Zie conclusie voor HR 1 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1689, met name rov. 2.43.

gie van HR 1 november 2019 ga ik ervan uit dat dit alleen mag als dit bewust afwijken in het voordeel van de kinderen is.

Er is slechts sprake van grove miskenning van de wettelijke maatstaven als die maatstaven evident zijn miskend. De rechter kan dus een overeengekomen bijdrage in het levensonderhoud slechts wijzigen indien het bedrag daarvan in een evidente wanverhouding staat tot de gegevens waarvan partijen bij de overeenkomst zijn uitgegaan. Niet voldoende is dat de rechter op grond van die gegevens een ander bedrag zou hebben toegewezen dan partijen zijn overeengekomen.

Van een evidente miskenning van de wettelijke maatstaven kan sprake zijn indien partijen in het convenant zijn uitgegaan van een gerechtvaardigde toekomstverwachting die door een latere wijziging van omstandigheden zich niet heeft gerealiseerd, of indien de toekomstverwachting waarvan partijen in het convenant zijn uitgegaan niet gerechtvaardigd was, te optimistisch of te weinig realistisch was doordat partijen uitgingen van onjuiste of onvolledige gegevens.¹⁹⁴

Gezien de grote vrijheid die de wetgever aan de echtgenoten heeft willen laten om zelf overeen te komen met betrekking tot hun levensonderhoud na scheiding, kan er alleen sprake zijn van grove miskenning van de wettelijke maatstaven in de zin van artikel 1:401 lid 5 BW indien de echtgenoten zich wel op die maatstaven hebben willen richten, maar als gevolg van onjuist inzicht in de betekenis van die maatstaven of omdat zij uitgingen van onjuiste of onvolledige gegevens tot een resultaat zijn gekomen dat evident in strijd is met de uitkomst waartoe de toepassing van die maatstaven zou hebben geleid.¹⁹⁵ Zijn partijen bij het convenant bewust afgeweken van de wettelijke maatstaven, dan kan artikel 1:401 lid 5 geen toepassing vinden.¹⁹⁶ De Hoge Raad heeft echter op 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3635 geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat partijen op specifieke punten bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven, niet rechtvaardigt om aan te nemen dat zij ook jegens de overige posten, feiten of omstandigheden die voor het bepalen van de hoogte van het verschuldigde levensonderhoud van belang zijn, bewust zijn afgeweken van de wettelijke maatstaven. Ten tweede leidt de toepassing van de wettelijke maatstaven in beginsel tot een redelijk evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van beide partijen. Dit pleit ervoor de inbreuk op dit evenwicht en de gevolgen daarvan zich niet verder te doen uitstrekken dan partijen zijn overeengekomen. Ten derde heeft de beschikking van 23 oktober

194 HR 19 november 1982, *NJ* 1983, 101.

195 HR 15 november 1974, *NJ* 1976, 122, m.nt. EAAL.

196 HR 15 november 1974, *NJ* 1976, 122, m.nt. EAAL en HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 438, m.nt. EAAL.

1987 (ECLI:NL:HR:1987:AD0015, *NJ* 1988/438) ten gevolge dat het wettelijk uitgangspunt van artikel 1:401 lid 1 BW – dat een overeenkomst betreffende levensonderhoud bij latere rechterlijke uitspraak kan worden gewijzigd of ingetrokken, wanneer zij nadien door wijziging van omstandigheden ophoudt aan de wettelijke maatstaven te voldoen – in geval van een bewuste afwijking van de wettelijke maatstaven niet langer onverkort geldt. Maar met de rechterlijke bevoegdheid tot wijziging van overeengekomen levensonderhoud wordt het wezenlijke belang gediend dat een wijziging in draagkracht of behoefte van een van de betrokken partijen kan worden verdisconteerd in de (dan door de rechter nader te bepalen) hoogte van het levensonderhoud. De door partijen overeengekomen inbreuk op deze bevoegdheid moet daarom niet ruimer worden uitgelegd dan de desbetreffende overeenkomst noodzakelijk meebrengt.

11.3 Wijziging ondanks beding van niet-wijziging

Wijziging van een overeenkomst ondanks een beding van niet-wijziging is slechts mogelijk indien de omstandigheden zo ingrijpend zijn gewijzigd dat de ex-echtgenoot naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet langer aan het beding van niet-wijziging mag worden gehouden. Er moet sprake zijn van een flagrante onbillijkheid, een situatie waarin een volslagen wanverhouding is ontstaan tussen wat partijen bij het sluiten van het convenant voor ogen stond en wat zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en wel zo dat het in hoge mate onbillijk zou zijn als de ene ex-echtgenoot de andere thans aan het beding zou houden.¹⁹⁷

Die wanverhouding moet veroorzaakt zijn door wijziging van omstandigheden, en in aanmerking moet worden genomen wat partijen aan mogelijke toekomstige omstandigheden voor ogen hebben gehad.¹⁹⁸

In een procedure waarin in weerwil van een beding als bedoeld in artikel 1:159 lid 3 BW wijziging van de overeengekomen bijdrage wordt verzocht, moeten zware eisen worden gesteld zowel aan de stelplicht van de partij die de wijziging verzoekt als aan de motivering door de rechter die de ingrijpende beslissing neemt dat deze partij niet langer kan worden gehouden aan een overeenkomst waarvan zij nu juist in een uitdrukkelijk beding de onwijzigbaarheid had aanvaard, met als mogelijk bijkomend gevolg dat door deze beslissing eventuele bij diezelfde overeenkomst getroffen regelingen betreffende

197 HR 12 november 1982, *NJ* 1983, 81.

198 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985, 114.

andere financiële gevolgen van de echtscheiding eveneens op losse schroeven komen te staan.¹⁹⁹

Wijziging van een overeengekomen bijdrage ondanks een beding van niet-wijziging is slechts mogelijk 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 wederpartij in het licht van alle dan bestaande omstandigheden naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Gezien de autonomie van partijen de financiële gevolgen van hun scheiding zelf te regelen, zal de rechter bij zijn oordeel of aan deze voorwaarde is voldaan en, zo dat het geval is, bij de uitoefening van zijn bevoegdheid tot wijziging terughoudendheid moeten betrachten. Zoveel mogelijk zal aansluiting moeten worden gezocht bij wat partijen bij hun overeenkomst voor ogen stond; tevens zal moeten worden gelet op het verband dat kan zijn beoogd tussen de regeling betreffende het levensonderhoud en eventuele door partijen getroffen regelingen van andere aard.²⁰⁰

Een beding van niet-wijziging laat onverlet de mogelijkheid een beroep te doen op het bepaalde in artikel 1:401 lid 5 BW; deze bepaling heeft immers geen betrekking op wijziging van omstandigheden, maar op grove miskenning van de wettelijke maatstaven. Zijn partijen bewust afgeweken van de wettelijke maatstaven, dan is artikel 1:401 lid 5 BW niet van toepassing.²⁰¹

11.4 **Wijziging kinderalimentatie naar aanleiding van HR 9 oktober 2015**

Sinds 1 januari 2013 beveelt de Expertgroep Alimentatienormen aan om het Kindgebonden Budget af te trekken van de behoefte van het kind. Die aanbeveling gold ook vanaf 1 januari 2015 toen het KGB hoger werd en onder omstandigheden verhoogd werd met de AOK. Door de uitspraak van de Hoge Raad van 9 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3011 is de afspraak dat het KGB inclusief AOK niet in mindering komt op de behoefte van het kind maar opgeteld dient te worden bij het netto inkomen van de ouder die het KGB ontvangt. De uitkomst van de berekening van alimentatie kan dus heel anders zijn. De vraag of deze uitspraak een wijziging van omstandigheden oplevert, is door de Hoge Raad beantwoord op 21 december 2018.²⁰²

199 HR 15 juli 1985, NJ 1986, 489 en HR 30 januari 1998, NJ 1998, 349; zie ook HR 9 september 2005, RFR 2005, 572, JPF 2005, 479, FJR 2006, 31, HR 8 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8415 en HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7278, HR 27 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7355.

200 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 438, m.nt. EAAL en HR 22 december 2006, NJ 2007, 22.

201 HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 438, m.nt. EAAL.

202 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2381.

In cassatie staat vast dat partijen hun afspraken hebben afgestemd op de aanbeveling van de Expertgroep Alimentatienormen. Zij zijn niet bewust afgeweken van de wettelijke maatstaven. De na de totstandkoming van de overeenkomst uit de prejudiciële beslissing gebleken inhoud van de wettelijke begrippen behoefte en draagkracht is niet een wijziging van een omstandigheid die aan de vaststelling van de onderhoudsplicht ten grondslag heeft gelegen. De prejudiciële beslissing vormt daarom niet een in artikel 1:401 lid 1 BW bedoelde wijziging van omstandigheden.

De prejudiciële beslissing kan wel meebrengen dat een overeenkomst betreffende levensonderhoud is aangegaan met grove miskenning van de wettelijke maatstaven (artikel 1:401 lid 5 BW). Het hof heeft geoordeeld dat er een wanverhouding bestaat tussen het resultaat waartoe partijen zijn gekomen door het aangaan van de overeenkomst betreffende levensonderhoud met inachtneming van de aanbeveling van de Expertgroep Alimentatienormen, en de bijdrage die zij zouden hebben afgesproken met inachtneming van de prejudiciële beslissing.

Het hof heeft daaraan het oordeel verbonden dat de overeenkomst is aangegaan met grove miskenning van de wettelijke maatstaven en dat zij derhalve kan worden gewijzigd. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk. Ten overvloede wordt opgemerkt dat de prejudiciële beslissing tevens kan meebrengen dat een rechterlijke uitspraak betreffende levensonderhoud van de aanvang af niet aan de wettelijke maatstaven heeft beantwoord doordat bij die uitspraak van onjuiste gegevens is uitgegaan (artikel 1:401 lid 4 BW).