

de werkgever en werknemer reeds overeenstemming hebben bereikt te wijzigen, is in principe beperkt tot het eenzijdig wijzigingsbeding ex art. 7:613 BW. Is een dergelijk beding niet overeengekomen, dan kunnen arbeidsvoorwaarden – onder omstandigheden – alsnog eenzijdig gewijzigd worden op grond van de Stoof-Mammoetleer. Een (eenzijdige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst staat een werknemer doorgaans vrij. Die mogelijkheid is voldoende gewaarborgd in de opzegmogelijkheid van de werknemer, dan wel het werknemersverzoek tot ontbinding. De (financiële) consequenties van een dergelijke eenzijdige beëindiging mogen dan in casu voor de werknemer niet de meest fortuinlijke zijn, maar dat betekent nog niet dat als gevolg daarvan het belang van de werknemer zwaarder zou moeten wegen dan het belang van de werkgever.

Slotopmerkingen

14. Hoewel ook twee zwaluwen nog geen zomer maken en de uitspraken van het Scheidsrecht en de voorzieningenrechter zeer kritisch zijn ontvangen, is de praktijk in ieder geval weer even wakker geschud. Het is nu afwachten op de beantwoording van de prejudiciële vragen door de Hoge Raad. Naar mijn idee maakt een plicht om de arbeidsovereenkomst op grond van het goed werkgeverschap te beëindigen een grote inbreuk op de contractvrijheid van partijen en wordt bovendien afbreuk gedaan aan het huidige ontslagstelsel: de werkgever zou niet gedwongen moeten kunnen worden de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Ook niet indien de werknemer daartoe een 'redelijk' voorstel doet. In dat kader zal het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dan wel de wanprestatie opnieuw getoetst moeten worden met het oog op de huidige wetsontwikkelingen. Het lijkt mij dan ook dat het aan de wetgever is om nadere wetgeving tot stand te brengen op grond waarvan een arbeidsongeschikte werknemer zijn aanspraken op een transitievergoeding behoudt indien op zijn initiatief de (slapende) arbeidsovereenkomst wordt beëindigd.

15. Slaagt het verzoek ex art. 7:686 BW van de werknemer, anders dan voorheen, met de huidige ontwikkelingen wel, dan zit de werkgever mogelijk nog met een ander probleem. De Wet compensatie transitievergoeding voorziet enkel (zolang de naam al doet vermoeden) in de compensatie van de transitievergoeding. Daarop geldt slechts één uitzondering, namelijk voor de vergoeding die partijen overeenkomen wanneer de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd, gemaximeerd tot de hoogte van de wettelijke transitievergoeding. In de compensatie van een schadevergoeding ex art. 7:686 BW ter hoogte van de transitievergoeding wordt niet voorzien. Voor zover dat laatste niet een (al dan niet) honorabel belang voor de werkgever wordt geacht, kan dit een extra reden voor de werkgever vormen om zijn schade alvast te beperken en een slapend dienstverband uit eigen beweging te beëindigen. In dat geval kan de werkgever te zijner tijd een beroep doen op de Wet compensatie transitievergoeding, ter compensatie van in ieder geval het bedrag ter hoogte van de transitievergoeding op het moment van het verstrijken van de 104 weken arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

J. Janssen
AKD

Personen- en familierecht

83

Gezamenlijk doorgebrachte tijd met nieuwe partner is niet doorslaggevend voor vereiste 'samenwoning' bij een beroep op art. 1:160 BW

Hoge Raad
5 april 2019, nr. 18/03160, ECLI:NL:HR:2019:509
(mr. Van Buchem-Spapens, mr. Tanja-van den Broek, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Rank-Berenschot)
Noot R.A.H. Vullings

Samenwoning. Gezamenlijk doorgebrachte tijd. Volledig in samenwoning begeven.

[BW art. 1:160]

Essentie: Ondanks alle gezamenlijk in de woning doorgebrachte tijd is van 'samenwoning' geen sprake, nu dit samen zijn niet de kenmerken bezit die daarvan in een 'normaal te beschouwen huwelijk' verwacht mogen worden.

Samenvatting: In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat de man is geslaagd in het leveren van bewijs ten aanzien van de aanwezigheid van de vijf cumulatieve vereisten voor een geslaagd beroep op art. 1:160 BW. De rechtbank heeft daarbij ten aanzien van het criterium 'samenwoning' de door de vrouw en haar (inmiddels) ex-partner gezamenlijk in de woning doorgebrachte tijd doorslaggevend geacht. De vrouw en haar ex-partner hebben gedurende vier jaren een affectieve relatie van duurzame aard gehad en verbleven gedurende een groot deel van die relatie (vrijwel) dagelijks samen in de woning van de vrouw, waarbij de ex-partner ook bleef overnachten.

Uit het feit dat de ex-partner van de vrouw nimmer in de woning heeft verbleven wanneer de vrouw er niet was, zijn spullen niet permanent in de woning aanwezig waren (en de ex-partner van de vrouw zijn tijd individueel, en derhalve niet in de woning maar elders doorbracht), maakt het hof echter op dat de ex-partner de woning nooit als zijn woning is gaan beschouwen (hetgeen het hof gelet op het door hem omschreven gevoel begrijpelijk acht) en hij zich nimmer volledig in samenwoning met de vrouw heeft begeven, waarmee het hof tot de slotsom komt dat – mede gelet op de restrictieve uitleg die aan art. 1:160 BW wordt gegeven – geen andere conclusie kan volgen dan dat geen sprake is geweest van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW.

De A-G concludeert dat het het hof vrijstaat om aan de andere feiten en omstandigheden meer gewicht toe te kennen dan aan het frequente verblijf van de ex-partner van de vrouw in de woning. Zijn (feitelijke) oordeel is dus niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Terecht wordt door de man in cassatie aangevoerd dat het feit dat de partner van de alimentatiegerechtigde nog over een eigen woning beschikt, niet in de weg hoeft te staan aan het oordeel dat sprake is van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW. Dat neemt niet weg dat, gelijk in het onderhavige geval, andere omstandigheden

wel aan zo'n oordeel in de weg kunnen staan. Het hof heeft bovendien op basis van vorengenoemde feiten en omstandigheden en de restrictieve uitleg die aan art. 1:160 BW wordt gegeven, geoordeeld dat geen sprake is geweest van samenwonen ex art. 1:160 BW. Het door de ex-partner omschreven gevoel is dus niet van (doorslaggevend) gewicht geweest voor dit oordeel. Dit (feitelijke) oordeel getuigt ook daarom niet van een onjuiste rechtsopvatting en is bovendien (mede in het licht van het feit dat moet worden aangeknoopt bij een als 'normaal' te beschouwen huwelijk) niet onbegrijpelijk.

[de man], wonende te [woonplaats],
verzoeker tot cassatie,
advocaat: mr. M.A.J.G. Janssen,
tegen
[de vrouw], wonende te [woonplaats],
verweerster in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de man en de vrouw.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Rank-Berenschot)

In deze partneralimentatiezaak gaat het om de vraag of verweerster in cassatie (hierna: de vrouw) samenleeft met een man als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW, waardoor de (partner)alimentatieverplichting van haar voormalige echtgenoot, thans verzoeker tot cassatie (hierna: de man), is geëindigd. Het hof beantwoordt die vraag ontkennend op de grond dat geen sprake is van samenwoning. Tegen dit oordeel worden in cassatie door de man klachten gericht, mijns inziens tevergeefs.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten¹: (i) Partijen zijn op 4 december 1978 te Urmond, gemeente Stein, met elkaar gehuwd. Bij beschikking van 10 november 2010 heeft de rechtbank Maastricht (thans rechtbank Limburg) de echtscheiding tussen partijen uitgesproken. Op 19 januari 2011 is deze beschikking ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

(ii) Bij voornoemde beschikking van 10 november 2010 heeft de rechtbank Maastricht verder bepaald dat de man € 1.200,= per maand aan de vrouw zal betalen als bijdrage in de kosten van haar levensonderhoud (hierna ook: partneralimentatie) met ingang van 19 januari 2011.

1.2. Bij inleidend verzoekschrift, ingediend op 23 juni 2015, heeft de man de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, verzocht (i) de beschikking van 10 november 2010 te wijzigen in die zin dat de partneralimentatie op nihil wordt gesteld met ingang van 1 januari 2013, (ii) de vrouw te veroordelen om aan de man te restitueren hetgeen hij reeds op basis van de beschikking van 10 november 2010 teveel heeft voldaan aan partneralimentatie, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2013 en (iii) de vrouw te veroordelen in de proceskosten, de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van de man en de kosten van het door de man ingeschakelde recherchebureau RBZ te Geleen.

1 Zie de bestreden beschikking van het hof 's-Hertogenbosch van 31 mei 2018, onder 3.1-3.2.

De man legt hieraan ten grondslag dat de vrouw al vanaf zomer 2012 samenleeft met [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) als waren zij gehuwd als bedoeld in art. 1:160 BW.

De vrouw heeft verweer gevoerd. Zij betwist dat sprake is van een samenleven in de zin van art. 1:160 BW.

1.3. Op 26 januari 2016 en 27 september 2016 hebben mondelinge behandelingen plaatsgevonden.

1.4. Bij (tussen)beschikking van 22 november 2016² heeft de rechtbank vastgesteld dat sprake is van een duurzame affectieve relatie tussen de vrouw en [betrokkene 1]. Wat betreft de overige voor 'samenleven' in de zin van artikel 1:160 BW geldende vereisten heeft de rechtbank, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, de man toegelaten te bewijzen dat tussen de vrouw en [betrokkene 1] vanaf 1 januari 2013 sprake is van samenwonen, wederzijdse verzorging en het voeren van een gemeenschappelijke huishouding.

1.5. Ter voldoening aan de hem verstrekte bewijsopdracht heeft de man zeven getuigen doen horen op 27 januari 2017 en 10 april 2017.³ De vrouw heeft afgezien van contra-enquête.

1.6. Bij (eind)beschikking van 13 juli 2017⁴ heeft de rechtbank geoordeeld dat de man is geslaagd in het leveren van bewijs ten aanzien van het samenwonen, de wederzijdse verzorging en het voeren van een gemeenschappelijke huishouding door de vrouw en [betrokkene 1].

De rechtbank heeft de beschikking van de rechtbank Maastricht van 10 november 2010 ten aanzien van de daarin vastgestelde partneralimentatie gewijzigd in die zin dat zij vaststelt dat de onderhoudsverplichting van de man jegens de vrouw is geëindigd op 1 januari 2013. Ook heeft de rechtbank de vrouw veroordeeld om aan de man terug te betalen hetgeen de man op basis van de beschikking van de rechtbank Maastricht van 10 november 2010 teveel heeft voldaan aan partneralimentatie, vermeerderd met wettelijke rente, en heeft de rechtbank de proceskosten tussen partijen gedeeltelijk gecompenseerd.

1.7. De vrouw is van deze beschikking in hoger beroep gekomen bij het hof 's-Hertogenbosch met het verzoek om de beschikking van 13 juli 2017 te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de man alsnog niet-ontvankelijk te verklaren in zijn verzoek, althans het verzoek van de man af te wijzen als onbevoegd dan wel ongegrond. Tevens heeft de vrouw het hof verzocht de man te veroordelen tot terugbetaling aan de vrouw van al hetgeen de vrouw aan de man – onverschuldigd – heeft betaald ter voldoening aan het bepaalde in de beschikking van 13 juli 2017, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van algehele terugbetaling.

1.8. De man heeft verweer gevoerd en is op zijn beurt in incidenteel hoger beroep gekomen van de beschikking van 13 juli 2017. De man verzoekt het hof de beschikking van 13 juli

2 Rb Limburg, zittingsplaats Maastricht, beschikking van 22 november 2016 betreffende alimentatie, zaaknummer: C/03/207768/FA RK 15-2109.

3 Rb Limburg, zittingsplaats Maastricht, p-v van de enquête aan de zijde van verzoeker, met gesloten deuren gehouden op 27 januari 2017, zaaknummer: C/03/207768/FA RK 15/2109 en Rb. Limburg, zittingsplaats Maastricht, p-v van de enquête aan de zijde van verzoeker, met gesloten deuren gehouden op 10 april 2017, zaaknummer: C/03/207768/FA RK 15/2109.

4 Rb Limburg, zittingsplaats Maastricht, beschikking van 13 juli 2017 betreffende alimentatie, zaaknummer: C/03/207768/FA RK 15-2109.

2017 te vernietigen uitsluitend voor zover het betreft de proceskostenveroordeling en de kosten van recherchebureau RBZ.

De vrouw heeft in incidenteel appel verweer gevoerd.

1.9. Op 20 maart 2018 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden.⁵

1.10. Bij beschikking van 31 mei 2018⁶ heeft het hof de beschikking waarvan beroep vernietigd en de inleidende verzoeken van de man afgewezen. Ook heeft het hof bepaald dat hetgeen de vrouw op grond van de beschikking van 13 juli 2017 aan de man heeft voldaan door de man dient te worden terugbetaald en heeft het de proceskosten gecompenseerd.

1.11. De man heeft bij verzoekschrift van 20 juli 2018 (tijdig) cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van het hof. De vrouw heeft afgezien van het voeren van verweer.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel richt zich tegen het oordeel van het hof onder (met name) rov. 5.2-5.9 van de bestreden beschikking en het daarin vermelde dictum. De klachten richten zich voornamelijk tegen rov. 5.5 waarin het hof als volgt oordeelt: “Samenwonen

5.5. Het hof zal eerst het vereiste van het samenwonen bespreken en overweegt ten aanzien daarvan als volgt.

Vaststaat dat de vrouw en [betrokkene 1] een affectieve relatie van duurzame aard met elkaar hebben gehad die ongeveer vier jaar heeft geduurd. Voorts is niet in geschil dat de vrouw en [betrokkene 1] gedurende een groot deel van die relatie (vrijwel) dagelijks samen in de woning van de vrouw hebben verbleven, waarbij [betrokkene 1] ook bleef overnachten. De rechtbank heeft de gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning doorslaggevend geacht om te komen tot de conclusie dat er sprake was van samenwonen. Het hof wijst er echter op dat niet in geschil is dat [betrokkene 1] nimmer in de woning heeft verbleven wanneer de vrouw er niet was en dat zijn spullen niet permanent in de woning aanwezig waren. Individueel bracht [betrokkene 1] zijn tijd derhalve niet in de woning maar elders door. Ook in hoger beroep is dit nog onweersproken gesteld. Dat [betrokkene 1], wanneer de vrouw er niet was, niet in de woning verbleef, had onder andere te maken met het feit dat de man nog kantoor hield in de woning en daar regelmatig was. [betrokkene 1] heeft daarover verklaard: ‘In de woning van [de vrouw] heb ik altijd het gevoel gehad dat er een verleden was. De woning heeft nooit gevoeld als mijn huis. Dat kwam ook omdat [de man] daar nog lang kantoor heeft gehad. Ik kwam hem geregeld tegen in de woning.’ Voor het hof staat vast dat [betrokkene 1] de woning nooit als zijn woning is gaan beschouwen en dat acht het hof gelet op het door hem omschreven gevoel begrijpelijk. [betrokkene 1] heeft zich derhalve nimmer volledig in samenwoning met de vrouw begeven. Dat de vrouw en [betrokkene 1] wel de intentie hadden om te gaan samenwonen, blijkt uit pogingen die zij hebben ondernomen om de woning in eigendom te verwerven. Die toekomstplannen zijn uiteindelijk niet geëffectueerd. Gelet op de restrictieve uitleg die aan artikel 1:160 BW wordt gegeven en de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden kan geen andere conclusie volgen dan dat geen sprake is geweest van samenwonen in de zin van dit artikel.”

5 Hof 's-Hertogenbosch, p-v van het verhandelde ter terechtzitting met gesloten deuren van 20 maart 2018, zaaknummer: 200.255.182/01.

6 Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2304.

2.2. Alvorens de verschillende klachten van de man te bespreken, schets ik eerst kort het juridisch kader met betrekking tot (samenleven in de zin van) art. 1:160 BW.

Juridisch kader

2.3. Artikel 1:160 BW bepaalt dat een verplichting van een gewezen echtgenoot om uit hoofde van echtscheiding levensonderhoud te verschaffen aan de wederpartij eindigt, wanneer deze opnieuw in het huwelijk treedt, een geregistreerd partnerschap aangaat dan wel is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd of als hadden zij hun partnerschap laten registreren.

Volgens vaste jurisprudentie van Uw Raad is sprake van een samenleven in de zin van art. 1:160 BW als aan de volgende vijf cumulatieve vereisten is voldaan: er moet sprake zijn van (1) een affectieve relatie, die (2) van duurzame aard is; (3) wederzijdse verzorging; (4) samenwoning en (5) het voeren van een gemeenschappelijke huishouding.⁷

In de onderhavige zaak draait het om de vierde eis, te weten of sprake is van ‘samenwoning’.

2.4. Voor de uitleg van art. 1:160 BW dient aansluiting te worden gezocht bij de kenmerken van een als ‘normaal’ te beschouwen huwelijk. Een van die kenmerken is dat de echtgenoten met elkaar samenwonen, zo oordeelde Uw Raad in 2005.⁸ Dat de eis dat echtgenoten jegens elkander tot samenwoning verplicht zijn bij de Wet van 31 mei 2001, Stb. 275 is geschrapt, heeft volgens Uw Raad niet tot gevolg dat de rechter ook in een geval waarin niet aan het samenwoningsvereiste wordt voldaan tot het oordeel zou kunnen komen dat sprake is van samenleven als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW.⁹

2.5. Bij de invulling van het vereiste samenwonen wordt aansluiting gezocht bij de moderne maatschappij. Zo is in de feitenrechtspraak geoordeeld dat samenwonen ook kan betekenen dat de betrokkenen kiezen voor een invulling van hun dagelijkse leven waarbij zij niet iedere dag en nacht met elkaar doorbrengen en waarbij zij niet alle financiële middelen met elkaar delen.¹⁰

7 Zie o.m. HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:724, NJ 2016/238, JPF 2016/81, m.nt. P. Vlaardingerbroek, JIN 2016/103, m.nt. M. Peeters, rov. 3.4, HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1246, NJ 2013/542, rov. 3.6, HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5961, NJ 2005/381, m.nt. S.F.M. Wortmann, rov. 3.4 en HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5303, NJ 2001/691, rov. 3.3.

8 HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5961, NJ 2005/381, m.nt. S.F.M. Wortmann, rov. 3.4. Zie voor eerdere jurisprudentie o.a. HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4364, NJ 1982/374, m.nt. E.A.A. Luijten, rov. 2, waarin wordt gesproken van “die volledige, tot lotsverbondenheid leidende levensgemeenschap (...), welke het kenmerk is van een normaal huwelijk”, HR 10 april 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4179, NJ 1981/348 en HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1557, NJ 1995/299, m.nt. J. de Boer, rov. 3.3.

9 HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5961, NJ 2005/381, m.nt. S.F.M. Wortmann, rov. 3.4.

10 Zie hof Arnhem-Leeuwarden 21 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3188, rov. 5.6 en hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:245, rov. 7.15. Zie ook Rb Limburg (kort geding) 28 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9373, rov. 4.4.2 en Rb Gelderland 10 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:181, rov. 4.14. Zie hierover eveneens de noot van S.N. Biesheuvel en E.A. Slappendel onder Hof Den Haag 29 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2379, JIN 2018/203.

Ook het feit dat de betrokkenen beiden nog een eigen woning aanhouden, hoeft op zichzelf niet uit te sluiten dat sprake is van samenleven als gehuwden. Uw Raad sanctioneerde in 2004 het oordeel van het hof dat ondanks het feit dat betrokkenen allebei een eigen woning aanhielden, sprake was van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW, nu de woning van de man slechts als postadres werd gebruikt.¹¹ In 2005 oordeelde Uw Raad echter dat het oordeel van het hof dat, gelet op de omstandigheden dat de betrokkenen een eigen huis hebben, dat ieder zelf de lasten van het eigen huis draagt en dat één van de betrokkenen door de week regelmatig in zijn eigen huis verblijft, tussen de betrokkenen niet een zodanige mate van samenwoning bestaat dat de vrouw is gaan samenwonen met een ander als waren zij gehuwd ex art. 1:160 BW, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.¹²

Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2013 dat in het geval van twee eigen woningen voor het aannemen van samenwoning wel duidelijk zal moeten worden dat het zwaartepunt van het verblijf in één van de twee woningen ligt, dan wel dat betrokkenen het grootste deel van de tijd bij elkaar doorbrengen wisselend in de ene en de andere woning.¹³

2.6. Het uitzonderlijke en onherroepelijke karakter van de in art. 1:160 BW besloten liggende sanctie vergt dat deze bepaling restrictief wordt uitgelegd, hetgeen meebrengt dat niet snel mag worden aangenomen dat is voldaan aan de door deze bepaling gestelde eisen voor de beëindiging van de verplichting levensonderhoud te verschaffen. Hieruit vloeit onder meer voort dat de omstandigheid dat aan sommige voorwaarden voor de toepassing van art. 1:160 BW is voldaan, geen invloed heeft op de stelplicht en bewijslast ter zake van de andere voorwaarden van die bepaling.¹⁴

2.7. Blijkens rov. 5.2 van de bestreden beschikking heeft het hof de juiste maatstaf vooropgesteld voor het beantwoorden van de vraag of de vrouw is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW:

“5.2. Voor een bevestigende beantwoording van de vraag of de vrouw in de zin van art. 1:160 BW is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd, is vereist dat tussen hen (i) een affectieve relatie bestaat (ii) van duurzame aard die (iii) meebrengt dat zij elkaar wederzijds verzorgen, (iv) met elkaar samenwonen en (v) een gemeenschappelijke huishouding voeren. Het uitzonderlijke en onherroepelijke karakter van de in artikel 1:160 BW besloten liggende sanctie vergt dat deze bepaling restrictief wordt uitgelegd, hetgeen meebrengt dat niet snel mag worden aangenomen dat is voldaan aan de door deze bepaling gestelde eisen voor de beëindiging van de verplichting

levensonderhoud te verschaffen (vgl. onder meer HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:724, NJ 2016/238). De toepassing van deze bepaling heeft immers tot gevolg dat de betrokkene die met een ander is gaan samenleven als waren zij gehuwd, definitief een aanspraak op levensonderhoud jegens de gewezen echtgenoot verliest. De stelplicht en bewijslast van een samenleving in de zin van artikel 1:160 BW rust op de alimentatieplichtige.”

2.8. Het oordeel over de vraag of aan de genoemde vijf voorwaarden (en in dit geval met name de vierde voorwaarde) is voldaan, is zozeer verweven met een waardering van de omstandigheden van het geval dat dit in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst.¹⁵ Deze waardering is niet zelden in zodanige mate afhankelijk van moeilijk nauwkeurig onder woorden te brengen, gevoelsmatige appreciaties, dat aan de motivering van bedoeld oordeel niet te strenge eisen mogen worden gesteld, zo oordeelde Uw Raad in 1982.¹⁶ In 1999 kwam Uw Raad echter tot het oordeel dat aan de motivering van een bevestigende beantwoording van die vraag, juist in verband met de ernstige gevolgen voor de onderhoudsgerechtigde, hoge eisen moeten worden gesteld.¹⁷

Deze motiveringseisen gaan echter niet zo ver dat de rechter voor elk van de vijf vereisten afzonderlijk telkens de feiten en omstandigheden zou moeten aangeven waarop het oordeel berust dat aan het desbetreffende vereiste is voldaan. Wel is het nodig dat uit de beschikking blijkt waarop het oordeel berust dat aan elk van deze vereisten is voldaan. Het oordeel moet voor de lezer begrijpelijk zijn in het licht van de door het hof aan zijn oordeel ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden.¹⁸

Beoordeling klachten

2.9. Volgens het cassatieverzoekschrift onder 2.1.1 (p. 26) gaat het in cassatie om de vraag of het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting dan wel een onbegrijpelijke gedachtegang met zijn oordeel dat het beroep van de man op art. 1:160 BW reeds niet slaagt omdat geen sprake is van ‘samenwonen’. In het cassatieverzoekschrift onder 3.9-3.19 (p. 53-56) kunnen in dit verband verschillende klachten worden onderscheiden.

Klachten in cassatieverzoekschrift onder 3.9-3.13: het hof heeft een te strenge maatstaf gehanteerd

2.10. De eerste reeks klachten (in het cassatieverzoekschrift onder 3.9-3.13) komt er (kort gezegd) op neer dat het hof een te strenge maatstaf zou hebben gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of aan het samenwoningsvereiste van art. 1:160 BW is voldaan.

In 3.9 en 3.10 ligt de eerste klacht besloten dat rechtens onjuist dan wel onvoldoende begrijpelijk is dat het hof zijn oordeel in rov. 5.5 van de bestreden beschikking dat niet is voldaan aan het samenwoningsvereiste ex art. 1:160 BW (per saldo) daar-

11 HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7380, rov. 4.1. Zie voor recente zaken in de feitenrechtspraak waarin samenwoning ex art. 1:160 BW werd aangenomen terwijl de betrokkenen eigen woningen aanhielden: hof Arnhem-Leeuwarden 7 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4501, rov. 2.8 en Rb Limburg (kort geding) 28 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9373, rov. 4.4.2.

12 HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5961, NJ 2005/381, m.nt. S.F.M. Wortmann, rov. 3.4.

13 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9123, rov. 5.7. Zie hierover Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/675.

14 Zie o.m. HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:724, NJ 2016/238, JPF 2016/81, m.nt. P. Vlaardingerbroek, JIN 2016/103, m.nt. M. Peeters, rov. 3.4 en HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2058, NJ 2014/143, m.nt. S.F.M. Wortmann, rov. 3.4.2. Zie ook: Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/674 waarin ook oudere uitspraken worden genoemd.

15 Vgl. HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5961, NJ 2005/381, m.nt. S.F.M. Wortmann, rov. 3.4. Zie ook conclusie A-G Wesseling-van Gent vóór HR 20 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:921, NJ 2016/267, onder 2.21 onder verwijzing naar HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4364, NJ 1982/374.

16 HR 2 april 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4364, NJ 1982/374, rov. 1.

17 HR 17 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3884, NJ 2000/122, rov. 3.6. Zie ook Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/675.

18 Conclusie A-G Wesseling-van Gent vóór HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:724, NJ 2016/238, JPF 2016/81, m.nt. P. Vlaardingerbroek, JIN 2016/103, m.nt. M. Peeters, onder 2.5 onder verwijzing naar de conclusie van A-G Langemeijer vóór HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1246, NJ 2013/542, onder 2.14.

op heeft gegrond dat, kort samengevat, de door de rechtbank omschreven “gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning” niet doorslaggevend kan zijn omdat – kort gezegd – [betrokkene 1] nimmer in de woning van de vrouw (hierna: de woning) heeft verbleven wanneer de vrouw er niet was, zijn spullen niet permanent in de woning aanwezig waren en [betrokkene 1] individueel zijn tijd (derhalve) niet in de woning doorbracht, waarna het hof concludeert dat [betrokkene 1] de woning nooit als zijn woning is gaan beschouwen (hetgeen het hof gelet op het door hem omschreven gevoel begrijpelijk acht) en zich nimmer volledig in samenwoning met de vrouw heeft gegeven.

Geklaagd wordt dat het hof (ondanks de terughoudendheid die moet worden betracht bij de beantwoording van de vraag of de alimentatiegerechtigde de aanspraak op alimentatie ex art. 1:160 BW heeft verloren) te streng is geweest bij de beoordeling of aan het samenwoningsvereiste is voldaan. Gelet op de in cassatie vaststaande feiten en/of de in deze relevante stellingen van de man¹⁹ en het relevante juridisch kader²⁰, zou het hof in rov. 5.5 blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans een niet begrijpelijke gedachtegang hebben gebezigd. Kennelijk acht het hof doorslaggevend, zo vervolgt de klacht, althans hecht het hof meer belang aan het feit dat, ervan uitgaande dat [betrokkene 1] een eigen woning aanhield, hij nooit zelf in de woning (alleen) verbleef, zijn spullen daar niet permanent (en volledig) waren, en hij zich daar niet, kort gezegd, thuis voelde in verband met de door rov. 5.5 omschreven situatie.

In dit verband zou volgens de *tweede klacht* (onder 3.11-3.12) rechtens onjuist dan wel zonder nadere motivering onvoldoende begrijpelijk zijn dat “de gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning” niet, althans niet (voldoende) doorslaggevend kan zijn om te komen tot de conclusie dat er wel sprake was van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW. De klacht voert hiertoe aan dat “de gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning” volgens de in cassatie vaststaande feiten en/of de in deze relevante stellingen van de man²¹, zodanig van inhoud en intensief was dat er werd samengewoond zoals in art. 1:160 BW bedoeld, waaraan niet af zou kunnen doen dat – althans formeel gezien – [betrokkene 1] een eigen woning had. De man wijst in dit verband op uitspraken van Uw Raad uit 2004²² en 2016²³ en benadrukt dat in de zaak die ten grondslag lag aan de beschikking van Uw Raad van 2016 het feit dat de partner een eigen woning aanhield, er niet aan in de weg stond dat werd samengeleefd als waren zij gehuwd zoals bedoeld in art. 1:160 BW.

De *derde klacht* ligt besloten in het cassatieverzoekschrift onder 3.13. Rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering die ontbreekt onvoldoende begrijpelijk, is volgens de man dat de in cassatie vaststaande feiten en/of de stellingen van de man²⁴ niet voldoende zijn om te concluderen dat er sprake is geweest van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW. De in

rov. 5.5 aangehaalde “gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning” is in de zin van art. 1:160 BW wel degelijk rechtens relevant en voldoende om tot samenwoning ex art. 1:160 BW te concluderen, aldus de man. Het feit dat [betrokkene 1] formeel een eigen woning had en/of de door het hof in rov. 5.5 omschreven omstandigheden kunnen daar volgens de man niets aan afdoen, waarbij hij verwijst naar het in het cassatieverzoekschrift weergegeven juridisch kader en de besproken literatuur en rechtspraak.²⁵

2.11. Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke bespreking. 2.12. In de klachten wordt verwezen naar de in cassatie vaststaande feiten en/of de in deze relevante stellingen van de man, die ’s hofs oordeel in rov. 5.5 onjuist dan wel onbegrijpelijk zouden maken.

Ten eerste staan volgens de man, gelet op rov. 5.5 van de bestreden beschikking van het hof, de volgende feitelijke oordelen in cassatie (veronderstellenderwijs) vast (deze zijn door de man opgesomd in het cassatieverzoekschrift onder 3.4):

(i) vaststaat dat de vrouw en [betrokkene 1] een affectieve relatie van duurzame aard met elkaar hebben gehad die ongeveer vier jaar heeft geduurd;

(ii) niet in geschil is dat de vrouw en [betrokkene 1] gedurende een groot deel van die relatie (vrijwel) dagelijks samen in de woning van de vrouw hebben verbleven, waarbij [betrokkene 1] ook bleef overnachten²⁶;

(iii) de rechtbank heeft de gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning doorslaggevend geacht om te komen tot de conclusie dat er sprake was van samenwonen; en

(iv) de vrouw en [betrokkene 1] hadden wel de intentie om te gaan samenwonen, welke intentie blijkt uit pogingen die zij hebben ondernomen om de woning in eigendom te verwerven. Ten tweede wijst de man op de (veronderstellenderwijs) in cassatie vaststaande feiten zoals die volgens hem uit rov. 2.3 (onder ‘Het samenwonen’) van de eindbeschikking van de rechtbank kunnen worden gedestilleerd, welke feiten het hof blijkens zijn rov. 5.5 (aangehaald onder (iii)) niet als onjuist dan wel onbegrijpelijk heeft verworpen en die bovendien, zo voert de man aan, door hem uitdrukkelijk in eerste aanleg en appel naar voren zijn gebracht (opgesomd in het cassatieverzoekschrift onder 3.7²⁷):

a. volgens de getuigenverklaring van de vrouw had zij vanaf januari 2013 een volwaardige affectieve relatie met [betrokkene 1] en waren zij vaak bij elkaar in de woning van de vrouw: in het eerste jaar een paar maal per week en later nagenoeg iedere dag;

b. de getuige [betrokkene 1] verklaart dat de affectieve relatie is begonnen in 2012. Verder verklaart hij specifiek dat hij na ‘een verkenningsfase’ van drie maanden gedurende zeven dagen per week bij de vrouw was en daar ook zeven nachten per week bleef slapen;

19 Zoals weergegeven onder 3.4 en 3.7 (en 3.8) van het cassatieverzoekschrift.

20 Zoals geschetst in hoofdstuk 2 van het cassatieverzoekschrift en samengevat onder 3.1.

21 De man verwijst in dit verband wederom naar 3.4 en 3.7 van het cassatieverzoekschrift.

22 HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7380.

23 HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:724, NJ 2016/238, JPF 2016/81, m.nt. P. Vlaardingerbroek, JIN 2016/103, m.nt. M. Peeters.

24 Wederom wordt door de man verwezen naar 3.4 en 3.7 van het cassatieverzoekschrift.

25 Zie het in hfdst. 2 van het cassatieverzoekschrift besproken juridisch kader en de onder 2.3.17 besproken literatuur en rechtspraak.

26 De man verwijst in dit verband ook naar de gelijkkluidende stellingen van de man in zijn in deze relevante processtukken (m.n. prod. 3, aangevuld met prod. 13, en prod. 7 en het verweerschrift van de man in appel d.d. 4 december 2017 – welke stukken zijn aangehaald in het cassatieverzoekschrift onder 1.5, 1.6, 1.8 en 1.13) en de in rechte afgelegde getuigenverklaringen (die zijn aangehaald onder 1.9 van het cassatieverzoekschrift).

27 Onder verwijzing door de man naar de gelijkkluidende stellingen van de man ter zake en naar de diverse in deze relevante getuigenverklaringen zoals aangehaald onder 1.5, 1.6, 1.8, 1.9 resp. 1.13 van het cassatieverzoekschrift.

c. de getuige [getuige 2] verklaart ook dat [betrokkene 1] vrijwel altijd in de woning van de vrouw verbleef;

d. de getuige [getuige 1], de zoon van [betrokkene 1], verklaart eveneens dat [betrokkene 1] vanaf dat hij in december 2012 het ouderlijk huis aan hem had verkocht steeds bij de vrouw verbleef;

e. verder blijkt uit de als productie 7 door de man overgelegde schriftelijke verklaring van [getuige 1] van 11 januari 2016 dat [betrokkene 1] tegen hem heeft gezegd dat hij zich niet op het adres van de vrouw wilde laten inschrijven omdat anders de alimentatie van de vrouw zou vervallen. [getuige 1] heeft tijdens zijn getuigenverhoor te kennen gegeven bij de inhoud van die brief te blijven en [betrokkene 1] heeft in zijn getuigenverklaring bevestigd dit tegen zijn zoon gezegd te hebben;

f. [betrokkene 1] verklaart verder dat hij vanaf het moment dat het hem en de vrouw duidelijk was dat recherchebureau RBZ onderzoek had gedaan, wel nog dagelijks bij de vrouw was, maar er minder bleef slapen;

g. het rapport van recherchebureau RBZ en de bevindingen van de man, die zijn vastgelegd door middel van foto's van onder meer de auto van [betrokkene 1] die bij de vrouw of in de buurt van de woning van de vrouw geparkeerd staat, dragen in het licht van de hiervoor weergegeven verklaringen nader bij tot het bewijs dat sprake was van samenwoning van de vrouw en [betrokkene 1]; en

h. RBZ constateert in de observatieverslagen dat [betrokkene 1] dagelijks in de woning van de vrouw aanwezig is en daar de nacht doorbrengt alsmede dat de auto van [betrokkene 1] aanwezig is bij de woning van de vrouw of in de nabije omgeving daarvan in een tijdsbestek van 18 dagen in de periode van 19 maart 2016 tot en met 21 april 2015.

2.13. Het hof heeft bij zijn oordeel dat tussen de vrouw en [betrokkene 1] geen sprake is geweest van 'samenwonen' in de zin van art. 1:160 BW in aanmerking genomen dat vaststaat dat de vrouw en [betrokkene 1] een affectieve relatie met elkaar hebben gehad die ongeveer vier jaar heeft geduurd en dat de vrouw en [betrokkene 1] gedurende een groot deel van die relatie (vrijwel) dagelijks samen in de woning van de vrouw hebben verbleven, waarbij [betrokkene 1] ook bleef overnachten. Het hof stelt vast dat de rechtbank *de gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning* doorslaggevend heeft geacht om te komen tot de conclusie dat sprake is van samenwonen. Het hof wijst er echter op dat:

(i) niet in geschil is dat [betrokkene 1] nimmer in de woning heeft verbleven wanneer de vrouw er niet was (dit had onder andere te maken met het feit dat de man nog kantoor hield in de woning en daar regelmatig was); en

(ii) dat zijn spullen niet permanent in de woning aanwezig waren,

hetgeen volgens het hof tot de gevolgtrekking leidt dat:

(iii) [betrokkene 1] zijn tijd individueel derhalve niet in de woning maar elders doorbracht.

Voor het hof staat vast dat [betrokkene 1] de woning nooit als zijn woning is gaan beschouwen, hetgeen het hof gelet op het door hem omschreven gevoel begrijpelijk acht. [betrokkene 1] heeft zich derhalve, zo vervolgt het hof, nimmer volledig in samenwoning met de vrouw begeven. Het hof komt tot de slotsom dat gelet op (a) de restrictieve uitleg die aan art. 1:160 BW wordt gegeven en (b) de hiervoor genoemde feiten en omstandigheden, geen andere conclusie kan volgen dan dat geen sprake is geweest van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW.

2.14. Ik lees dit oordeel van het hof aldus dat – ondanks alle gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning – er in dit geval van samenwonen als vereist voor de toepassing van 1:160 BW

geen sprake is geweest, nu dit samenzijn niet de kenmerken bezat die men van samenzijn in een 'normaal te beschouwen huwelijk' zou mogen verwachten. [betrokkene 1] heeft niet met de vrouw samengewoond, maar is veel meer veelvuldig bij haar 'op bezoek' geweest waarbij hij steeds zijn eigen spullen meebracht en weer meenam, hij niet in de woning verbleef als de vrouw er niet was en de woning nooit als zijn thuis heeft beschouwd. Dit had te maken met het feit dat de man nog lang kantoor hield in de woning en [betrokkene 1] de man ook geregeld tegenkwam in de woning. De vrouw en [betrokkene 1] hebben wel de *intentie* gehad om te gaan samenwonen hetgeen blijkt uit pogingen die zij hebben ondernomen om de woning in eigendom te verwerven, maar deze toekomstplannen zijn uiteindelijk niet geëffectueerd, aldus het hof in rov. 5.5.

2.15. Voorop staat, als opgemerkt, dat dit oordeel van het hof omtrent de vraag of aan het vereiste van samenwoning is voldaan, als zijnde verweven met een waardering van de omstandigheden, in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden getoetst en dat aan het oordeel dat aan het vereiste van samenwoning niet is voldaan, geen hoge eisen worden gesteld.

Voor zover de klachten het feitelijk oordeel van het hof dat geen sprake is van samenwoning bestrijden als rechtens onjuist c.q. te streng, miskennen zij dan ook de grenzen van de toetsing in cassatie.

Voor zover de klachten erop berusten dat het hof heeft geoordeeld dat de gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning niet doorslaggevend *kan* zijn om te komen tot de conclusie dat er sprake was van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW, falen deze klachten bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het oordeel van het hof houdt immers niet in dat de gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning van de alimentatiegerechtigde nooit kan leiden tot de conclusie dat sprake is van samenwonen als vereist voor de toepassing van art. 1:160 BW. Het oordeel van het hof houdt in dat, gezien de omstandigheden genoemd in rov. 5.5 en de restrictieve uitleg die aan art. 1:160 BW wordt gegeven, de gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning *in dit geval* niet tot het oordeel leidt dat sprake is van de vereiste samenwoning.

Wat betreft de in het cassatieverzoekschrift onder 3.4 en 3.7 opgesomde (veronderstellenderwijs) in cassatie vaststaande feiten (en stellingen) – die in de kern allemaal zien op de hoeveelheid tijd die de vrouw en [betrokkene 1] gezamenlijk in de woning zouden hebben doorgebracht – geldt dat deze alle door het hof zijn meegewogen bij zijn oordeel in rov. 5.5. Het hof heeft immers in aanmerking genomen dat niet in geschil is dat de vrouw en [betrokkene 1] gedurende een groot deel van hun relatie (vrijwel) dagelijks samen in de woning hebben verbleven, waarbij [betrokkene 1] ook bleef overnachten. Het hof heeft echter tevens duidelijk aangegeven welke feiten en omstandigheden hem niettemin tot het oordeel hebben gebracht dat van samenwonen in dit (bijzondere) geval geen sprake is. Het stond het hof vrij om aan die andere feiten en omstandigheden meer gewicht toe te kennen dan aan het frequente verblijf van [betrokkene 1] in de woning. Zijn (feitelijke) oordeel is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. De door de man aangehaalde uitspraken van Uw Raad uit 2004²⁸ en 2016²⁹ maken het bovenstaande mijns inziens niet anders. Terecht wordt door de man aangevoerd dat het feit dat de partner van de alimentatiegerechtigde nog over een eigen

28 HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7380.

29 HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:724, NJ 2016/238, JPF 2016/81, m.nt. P. Vlaardingerbroek, JIN 2016/103, m.nt. M. Peeters.

woning beschikt niet in de weg hoeft te staan aan het oordeel dat sprake is van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW. Dat neemt niet weg dat, gelijk in het onderhavige geval, andere omstandigheden wel aan zo'n oordeel in de weg kunnen staan.³⁰ Daar komt bij dat de feiten en omstandigheden die door het hof in rov. 5.5 zijn aangedragen voor zijn oordeel dat van samenwoning geen sprake is, in de door de man aangehaalde jurisprudentie niet aan de orde waren. Gelet op het voorgaande falen de klachten.

Klacht in cassatieverzoekschrift onder 3.14-3.15: het hof heeft miskend dat het moest kijken naar de feitelijke situatie

2.16. In het cassatieverzoekschrift onder 3.14-3.15 ligt de vierde klacht van de man besloten, inhoudende dat het hof met zijn oordeel in rov. 5.5 heeft miskend dat voor de vraag of voldaan is aan het samenwoningsvereiste ex art. 1:160 BW gekeken moet worden naar de feitelijke situatie. Volgens het middel is sprake van samenwoning in de zin van art. 1:160 BW indien op basis van de vaststaande feiten en omstandigheden – feitelijk gezien – moet worden geconcludeerd dat sprake is van samenwonen.³¹

Anders gezegd: gelet op de in cassatie vaststaande feiten en/of de stellingen van de man was de feitelijke situatie zódanig dat 's hofs oordeel in rov. 5.5 dat het door [betrokkene 1] "omschreven gevoel" van (doorslaggevend) belang is (ook gecombineerd met de overige door het hof in rov. 5.5 bedoelde feiten) blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans een onvoldoende begrijpelijke gedachtegang inzake het samenwoningsvereiste ex art. 1:160 BW, aldus het middel.

2.17. Ook deze klacht kan niet slagen.

Het hof heeft bij zijn oordeel dat geen sprake is van samenwoning in de zin van art. 1:160 BW wel degelijk gekeken naar de feitelijke situatie. Dit blijkt uit rov. 5.5 waarin het hof de volgende feiten en omstandigheden opsomt die bijdragen aan zijn oordeel: (i) [betrokkene 1] heeft nimmer in de woning verbleven wanneer de vrouw er niet was, (ii) de spullen van [betrokkene 1] waren niet permanent in de woning aanwezig, en (iii) individueel bracht [betrokkene 1] zijn tijd derhalve niet in de woning maar elders door. Dat [betrokkene 1] niet in de woning verbleef wanneer de vrouw er niet was had onder andere te maken met het feit dat de man nog kantoor hield in de woning en daar regelmatig was. Dit feit komt ook terug in de verklaring van [betrokkene 1] die door het hof wordt aangehaald ("In de woning van [de vrouw] heb ik altijd het gevoel gehad dat er een verleden was. De woning heeft nooit gevoeld als mijn huis. Dat kwam ook omdat [de man] daar nog lang kantoor heeft gehad. Ik kwam hem geregeld tegen in de woning."). Het hof oordeelt dat het voor hem vaststaat dat [betrokkene 1] de woning nooit als zijn woning is gaan beschouwen en dat acht het hof gelet op het door hem omschreven gevoel begrijpelijk.

Het hof heeft op basis van bovengenoemde feiten en omstandigheden en de restrictieve uitleg die aan art. 1:160 BW wordt gegeven, geoordeeld dat geen sprake is geweest van samenwonen ex art. 1:160 BW. Het door [betrokkene 1] omschreven gevoel is dus niet van (doorslaggevend) gewicht geweest voor

dit oordeel. Dit (feitelijke) oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is bovendien (mede in het licht van het feit dat moeten worden aangeknoopt bij een als 'normaal' te beschouwen huwelijk) niet onbegrijpelijk.

Klacht in cassatieverzoekschrift onder 3.16-3.18: feiten en stellingen aangevoerd in verband met de overige vereisten van art. 1:160 BW maken 's hofs oordeel onjuist dan wel onbegrijpelijk

2.18. De vijfde klacht (cassatieverzoekschrift onder 3.16-3.18) komt er in essentie op neer dat het bestreden oordeel van het hof – dat geen sprake was van samenwoning – rechtens onjuist althans onbegrijpelijk is in het licht van de (veronderstellenderwijs) in cassatie vaststaande feiten en omstandigheden die de rechtbank tot het (niet door het hof behandelde) oordeel hebben gebracht dat voldaan is aan de overige eisen die in art. 1:160 BW worden gesteld, te weten een duurzame affectieve relatie, wederzijdse verzorging en een gemeenschappelijke huishouding. Het zou daarbij gaan om de feiten zoals die naar voren komen uit de door de rechtbank in rov. 2.3 van haar eindbeschikking van 13 juli 2017 onder 'Gemeenschappelijke huishouding en wederzijdse verzorging' weergegeven getuigenverklaringen (en worden opgesomd in het cassatieverzoekschrift onder 3.8), alsmede de (niet door het hof verworpen) stellingen van de man ter zake in zijn verzoekschrift in appel, p. 9-12. De klacht neemt tot uitgangspunt dat de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het oordeel dat voldaan is aan de overige vereisten van art. 1:160 BW ook mogen meewegen bij de beoordeling van de vraag of voldaan is aan het samenwoningsvereiste ex art. 1:160 BW.

2.19. Deze klacht faalt eveneens. Hiervoor is aangegeven dat volgens vaste jurisprudentie van Uw Raad eerst sprake is van een samenleven in de zin van artikel 1:160 BW als aan vijf cumulatieve vereisten is voldaan. Samenwonen is één van deze cumulatieve vereisten.

Volgens vaste rechtspraak moet ieder vereiste voor de toepassing van art. 1:160 BW afzonderlijk worden gesteld en zonnig bewezen. De omstandigheid dat aan sommige voorwaarden van art. 1:160 BW is voldaan, heeft geen invloed op de stelplicht en bewijslast ter zake van de andere voorwaarden van die bepaling.³² Anders dan het middel suggereert, volgt uit de rechtspraak van Uw Raad, in het bijzonder de beschikking van 22 april 2016, niet dat het hof bevoegd – laat staan gehouden – zou zijn om feiten en omstandigheden die de rechtbank hebben geleid tot het oordeel dat aan het ene vereiste is voldaan, ambtshalve mede te betrekken in zijn oordeel omtrent een ander vereiste. De stellingen van de man waarnaar het middel verwijst zijn betrokken in het kader van het verweer tegen grief 2 van de vrouw, waarmee zij zich keerde tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake was van een gemeenschappelijke huishouding en wederzijdse verzorging. Deze stellingen mocht het hof dan ook niet betrekken bij zijn oordeel omtrent het vereiste van samenwoning.

2.20. In het cassatieverzoekschrift onder 3.19 ligt een voortbouwklacht besloten, die het lot van de voorgaande klachten deelt.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

30 Bovendien blijkt uit (andere) rechtspraak tevens dat het hebben van afzonderlijke eigen woningen ook kan bijdragen aan het oordeel dat van samenwonen geen sprake is. Zie deze conclusie onder 2.5.

31 Het middel verwijst naar het in hfdst. 2 van het cassatieverzoekschrift geschetste juridisch kader (met name onder 2.3.12 en 2.3.14-2.3.16).

32 HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:724, NJ 2016/238, JPF 2016/81, m.nt. P. Vlaardingerbroek, JIN 2016/103, m.nt. M. Peeters, rov. 3.4 (en 3.7) onder verwijzing naar HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1246, NJ 2013/542.

Hoge Raad*1. Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de beschikkingen in de zaak C/03/207768/FA RK 15-2109 van de rechtbank Limburg van 22 november 2016 en 13 juli 2017;
- b. de beschikkingen in de zaak 200.225.182/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 7 december 2017 en 31 mei 2018.

De beschikkingen van het hof zijn aan deze beschikking gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof van 31 mei 2018 heeft de man beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

De vrouw heeft geen verweerschrift ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van de man heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

NOOT

Dat de zinsnede "... dan wel is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd of als hadden zij hun partnerschap laten registreren" van art. 1:160 BW een lastig nauwkeurig te bepalen begrip is, blijkt wel weer uit de uitspraken van de rechtbank en het hof die in vorengenoemde kwestie tot cassatie hebben geleid.

In eerste aanleg heeft de rechtbank geoordeeld dat de man is geslaagd in het leveren van bewijs ten aanzien van de aanwezigheid van de vijf cumulatieve vereisten waaraan volgens vaste jurisprudentie moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van een samenleven in de zin van art. 1:160 BW (zie onder meer HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:724, NJ 2016/238), te weten:

1. een affectieve relatie; die
2. van duurzame aard is;
3. wederzijdse verzorging;
4. samenwoning;
5. het voeren van een gemeenschappelijke huishouding.

De rechtbank heeft daarbij ten aanzien van het vierde criterium 'samenwoning' de door de vrouw en haar (inmiddels) ex-partner gezamenlijk doorgebrachte tijd in de woning doorslaggevend geacht. De vrouw en haar ex-partner hebben immers gedurende vier jaren een affectieve relatie van duurzame aard gehad en verbleven gedurende een groot deel van die relatie (vrijwel) dagelijks samen in de woning van de vrouw, waarbij de ex-partner ook bleef overnachten.

Uit het feit dat de ex-partner van de vrouw nimmer in de woning heeft verbleven wanneer de vrouw er niet was, zijn spullen niet permanent in de woning aanwezig waren (en de ex-partner van de vrouw zijn tijd individueel, en derhalve niet in de woning maar elders doorbracht), maakt het hof echter op dat de ex-partner de woning nooit als zijn woning is gaan beschouwen (hetgeen het hof gelet op het door hem omschreven gevoel begrijpelijk acht) en hij zich nimmer volledig in samenwoning met de vrouw heeft begeven, waarmee het hof tot de slotsom komt dat – mede gelet op de restrictieve uitleg die aan art. 1:160 BW wordt gegeven – geen andere conclusie kan volgen dan dat geen sprake is geweest van samenwonen in de zin van art. 1:160 BW.

De uitspraak van het hof en de overwegingen van de A-G in voormelde conclusie zijn in lijn met de geldende rechtspraak op dit gebied. Hierbij wordt verwezen naar het volgende.

Ten eerste heeft de Hoge Raad eerder geoordeeld dat voor de uitleg van art. 1:160 BW aansluiting dient te worden gezocht bij de kenmerken van een als 'normaal' te beschouwen huwelijk, waarvan samenwoning door echtgenoten er één is. Schrapping van de eis dat echtgenoten jegens elkander tot samenwoning verplicht zijn bij de Wet van 31 mei 2001, Stb. 275, heeft volgens de Hoge Raad niet tot gevolg dat de rechter ook in een geval waarin niet aan het samenwoningsvereiste wordt voldaan, tot het oordeel zou kunnen komen dat sprake is van samenleven als waren zij gehuwd in de zin van art. 1:160 BW (HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5961, NJ 2005/381). Bij invulling van het vereiste samenwonen wordt echter wel aansluiting gezocht bij de moderne maatschappij. Dat betekent dat van samenwonen ook sprake kan zijn in de situatie waarin men ervoor kiest niet alle dagen en nachten met elkaar door te brengen en de situatie waarin men allebei een eigen woning aanhoudt (HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ7380). In dat laatste geval moet wel het zwaartepunt van het verblijf in één van de twee woningen liggen, dan wel moet er sprake zijn van de situatie dat men het grootste deel van de tijd bij elkaar doorbrengt wisselend in de ene en de andere woning (Hof Arnhem-Leeuwarden 21 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9123).

Voorts is van belang dat het uitzonderlijke en onherroepelijke karakter van de in art. 1:160 BW besloten liggende sanctie vergt dat deze bepaling restrictief wordt uitgelegd, hetgeen meebrengt dat niet snel mag worden aangenomen dat is voldaan aan de door deze bepaling gestelde eisen voor de beëindiging van de verplichting levensonderhoud te verschaffen.

Het hof lijkt in onderhavige zaak aansluiting te hebben gezocht bij de kenmerken die van een samenzijn in een 'normaal te beschouwen huwelijk' zouden mogen worden verwacht. Nu de ex-partner van de vrouw steeds zijn eigen spullen meebracht en weer meenam, hij niet in de woning verbleef als de vrouw er niet was, hij de woning van de vrouw nimmer als zijn woning heeft beschouwd (omdat hij de man, die daar kantoor hield, geregeld in de woning tegenkwam) en zich nimmer volledig in samenwoning met de vrouw heeft begeven, is geen sprake van die kenmerken en is aan het criterium samenleving niet voldaan. Dat het hof daarbij voorbijgaat aan het feit dat de vrouw en haar ex-partner ongeveer vier jaar een affectieve relatie van duurzame aard hebben gehad, waarbij zij (vrijwel) dagelijks samen in de woning van de vrouw verbleven en daar ook overnachten en zij de intentie hadden om te gaan samenwonen, welke intentie blijkt uit de pogingen die zij hebben ondernomen om de woning in eigendom te verwerven, is – gelet op het feit

dat art. 1:160 BW restrictief moet worden uitgelegd – niet onbegrijpelijk.

De hiervoor genoemde in de rechtspraak verankerde uitgangspunten en de conclusie van de A-G geven richting, maar beantwoording van de vraag of voldaan is aan het vereiste van samenwoning, blijft casuïstisch. Ter illustratie wijs ik op enkele recente uitspraken.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog in de uitspraak van 16 april 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:3586) dat ook het rapport dat de man in het geding had gebracht onvoldoende aanknopingspunten bevatte voor de conclusie dat er sprake was van een situatie van samenleving als bedoeld in art. 1:160 BW.

De observatieperiode bedroeg ongeveer drieënhalve maand, waarbinnen op veertien afzonderlijke dagen (veelal meerdere malen per dag) observaties waren gedaan. In een aantal gevallen werd de vrouw samen met en/of ten huize van haar partner gesignaleerd, terwijl herhaaldelijk de auto van de vrouw zich bij de woning van haar partner bevond, ook op observatiemomenten waarbij zij niet in persoon ten huize van haar partner is gezien. Dit was echter niet voldoende om samenleving aan te nemen.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in de uitspraak van 14 maart 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:2341) voor invulling van het vereiste van samenwoning de door de vrouw en haar partner doorgebrachte tijd wel doorslaggevend geacht om aan te nemen dat sprake is van samenwoning. Het hof oordeelde dat gelet op het feit dat in de observatieperiode (de man had een detectiebureau ingehuurd) de vrouw en haar partner elkaar (bijna) dagelijks zagen in de woning van de partner of het appartement van de vrouw en het samenzijn vele avonden en ochtenden achter elkaar betrof, voldoende was komen vast te staan dat de vrouw en haar partner feitelijk samenwoonden. Dat de vrouw ook af en toe elders verbleef, in haar eigen woning of bij anderen, en dat er sprake was van (een samenzijn in) twee woningen maakte dat niet anders.

Het Hof Den Haag oordeelde (net als de rechtbank in eerste aanleg) in de tussensbeslissing van 21 februari 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:369) dat uit de Facebookberichten die de man in het geding had gebracht, een beeld naar voren kwam van een relatie die de uiterlijke verschijningsvorm heeft van een affectieve relatie en samenleving als bedoeld in art. 1:160 BW, op grond waarvan het hof door de man voorshands aangetoond achtte dat de vrouw samenwoonde als was zij gehuwd met haar partner. Uit die berichten bleek dat de vrouw en haar partner zich eind 2014 op sociale media presenterden als een stel. In die berichten werd gedeeld dat zij samen de zorg voor een hondje en het stiefkleinkind van de partner van de vrouw hadden en de vrouw verklaarde ook haar liefde voor haar partner in één van die berichten. De partner noemde de vrouw na een ongeval zijn verpleegster in huis. Dat de vrouw en haar partner hun relatie ten tijde van de procedure typeerden als een warme vriendschap deed naar het oordeel van het hof aan de inhoud van de eerdere berichten niet af. In de eindbeslissing van 29 augustus 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:2379) heeft het hof vervolgens geoordeeld dat de vrouw niet geslaagd was door middel van tegenbewijs de stelling van de man dat zij en haar partner samenwoonden als waren zij gehuwd, te ontzenuwen. De vijf vereisten worden door het hof in deze uitspraken niet afzonderlijk besproken. Ten aanzien van het criterium samenwoning heeft het hof meegewogen dat de kinderen van de man de vrouw en haar partner vaak bij de Albert Heijn zagen, de vrouw regelmatig in de vroege ochtend bij de bushalte in de

buurt van de woning van haar partner heeft gestaan, het vermoeden van structurele aanwezigheid van de vrouw in de woning van haar partner en het feit dat de vrouw geen duidelijkheid had verschaft over haar verblijfplaats nadat zij bij de man was weggegaan.

De Rechtbank Oost-Brabant achtte in de uitspraak van 4 september 2017 de door de vrouw met haar partner doorgebrachte tijd ook van doorslaggevende aard voor aanname van het vereiste van samenwoning. De rechtbank stelde vast dat tussen partijen niet in geschil was dat de vrouw in de periode van 1 augustus 2015 tot en met 10 februari 2016 59%, dus het merendeel van de tijd, met haar partner had doorgebracht.

Kijkende naar de feitenrechtspraak op het gebied van art. 1:160 BW kan in ieder geval worden geconcludeerd dat de volgende omstandigheden regelmatig (al dan niet in samenhang gezien) tot de slotsom leiden dat aan het vereiste van samenwoning is voldaan:

- betrokkenen brengen het merendeel van de tijd samen door en eten en slapen samen;
- betrokkenen gedragen zich allebei als bewoner van de woning(en) waarin zij regelmatig samen verblijven;
- betrokkenen verblijven ook in de woning van de ander op de momenten dat de ander daar niet verblijft;
- betrokkenen beschikken allebei over een sleutel van woning(en) waarin zij regelmatig samen verblijven;
- betrokkenen hebben spullen van henzelf bij de ander in de woning staan;
- betrokkenen hebben sociale contacten in de omgeving van de woning van de ander.

R.A.H. Vullings

Van Nuenen Verger en Vullings advocaten | mediators

84

Valt loon van niet-benoemde vereffenaar onder vereffeningskosten?

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
14 maart 2019, nr. 200.251.562_01,
ECLI:NL:GHSHE:2019:990

(mr. Venhuizen, mr. Zweers-van Vollenhoven, mr. Molin)
Noot I.K. Decupere

Kosten vereffening nalatenschap. Overgangperiode.

[BW art. 4:206 lid 3]

Essentie: De wet bepaalt dat alleen een door de rechter benoemde vereffenaar recht heeft op loon. Echter, ook de kosten van een niet-benoemde vereffenaar kunnen onder omstandigheden als vereffeningskosten worden aangemerkt.

Samenvatting: Art. 4:206 lid 3 BW bepaalt dat alleen een vereffenaar die door de rechter is benoemd recht heeft op loon. Sinds december 2017 is dit ook opgenomen in de Handleiding erfrechtprocedures kantonrechter (de Handleiding). In het onderhavige geval heeft het hof echter geoordeeld dat de kosten van een niet-benoemde vereffenaar ook als vereffeningskosten konden worden aangemerkt, omdat deze vereffening reeds was aangevangen vóór de wijziging van de Handleiding