

ANNOTATIE

Voor een GI als voogd is artikel 1:377a BW over omgang van toepassing; de GI mag dan niet voor het eerst in hoger beroep een zelfstandig verzoek doen. Annotatie bij Hoge Raad 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:943.

mr. B. Laterveer

Annotatie bij Hoge Raad, 19-05-2017, ECLI:NL:HR:2017:943 (PFR-2017-0150)

Casus

In 2012 is de moeder ontheven van het gezag over twee kinderen (de minderjarigen). De voogdij over de minderjarigen berust bij een gecertificeerde instelling (GI).

In dit geding verzoekt de moeder primair in het gezag over de minderjarigen te worden hersteld, en subsidiair om intensivering van de omgangsregeling. De rechtbank wijst het primaire verzoek af en wijzigt de voorwaarden van de omgangsregeling enigszins. De moeder komt in hoger beroep. De GI verweert zich daartegen en verzoekt de bestreden beschikking te bekrachtigen. Tijdens de mondelinge behandeling verzoekt de GI het hof aanvullend de moeder de omgang te ontzeggen voor de duur van zes maanden. Dat verzoek had de GI ook gedaan bij de rechtbank. Het hof ontzegt de moeder de omgang met de minderjarigen voor de duur van zes maanden, daar het van oordeel is dat gezien de actuele situatie omgang ernstig nadeel zal opleveren voor de geestelijke ontwikkeling van de minderjarigen. De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het Hof Den Haag van 21 september 2016 (ECLI:NL:HR:2017:943 en ECLI:NL:PHR:2017:226).

De beschikking van de Hoge Raad raakt twee, voor de rechtspraak in jeugdzaken belangrijke thema's die ik achtereenvolgens kort zal bespreken.

Omgang en voogdij

Als het gezag van de ouder(s) wordt beëindigd en vervolgens een GI wordt belast met de voogdij, heeft de GI de zeggenschap over de invulling van de omgang met de ouders. Tot deze beschikking was niet duidelijk welke rechten en verplichtingen een GI had in het kader van voogdij waar het de omgang tussen de ouder(s) zonder gezag en hun kind(eren) betreft. Kan een GI bijvoorbeeld eerdere rechterlijke beslissingen over de omgang naast zich neerleggen? Ik was – net als A-G Wissink in zijn conclusie – van mening dat artikel 1:377a en 1:377e BW, op grond waarvan de rechtbank onder meer op verzoek van 'degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind' omgang kan vaststellen, wijzigen of ontzeggen, analoog dienden te worden toegepast. De Hoge Raad heeft nu beslist dat analoge toepassing niet nodig is, omdat artikel 1:377a en 1:377e BW aldus moeten worden uitgelegd dat de daarin aan de ouders toegekende bevoegdheid mede toekomt aan een GI die belast is met de voogdij. Of een GI in een nauwe persoonlijke betrekking tot de minderjarigen staat, doet volgens de Hoge Raad niet ter zake. De Hoge Raad baseert die beslissing op de overweging dat het tot de zorg en de verantwoordelijkheid van een GI behoort dat zij het recht van de betrokken minderjarige op omgang met de niet met het gezag belaste ouder in acht neemt, evenals het recht op en de verplichting tot omgang van die ouder met zijn kind. Dat vloeit voort uit het belang van het kind, dat volgens de Hoge Raad ook kan meebrengen dat het recht op omgang met een ouder al dan niet voor bepaalde tijd aan een ouder wordt ontzegd.

Uit de beschikking meen ik onder meer op te maken dat de GI zich in het kader van voogdij niet alleen op grond van artikel 1:377a en 1:377e BW tot de rechter *kan* wenden, maar zich op grond van artikel 1:377e BW ook tot de rechter *moet* wenden als zij aanpassing wenst van een eerder vastgestelde omgangsregeling.

Omvang rechtsstrijd in hoger beroep

Een ander onderdeel van het cassatieberoep klaagt dat het hof heeft miskend dat de GI niet is opgekomen tegen de door de rechtbank vastgestelde omgangsregeling en niet voor het eerst in hoger beroep een zelfstandig verzoek tot ontzegging kan doen. De Hoge Raad is het daarmee eens. Het hof diende te beslissen op het verzoek van de moeder tot uitbreiding van de omgangsregeling en het daartegen door de GI gevoerde verweer. Artikel 362 Rv belet volgens de Hoge Raad dat voor het eerst in hoger beroep een zelfstandig verzoek wordt gedaan. Het hof heeft volgens de Hoge Raad dan ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door dat verzoek van de GI niettemin in het hoger beroep te betrekken.

In gezag- en omgangszaken, maar ook in kinderbeschermingskwesties, is het niet ongebruikelijk dat de feitelijke omstandigheden na de uitspraak in eerste aanleg wijzigen. De Hoge Raad is zich hiervan bewust, zoals blijkt uit HR 28 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9226, naar welke uitspraak de Hoge Raad in deze beschikking ook verwijst. De Hoge Raad overwoog toen onder meer dat de appèlrechter bij de vaststelling van een omgangsregeling rekening mag – en in beginsel ook moet – houden met een grief of wijziging van een verzoek die na het verzoek- of verweerschrift wordt aangevoerd of plaatsvindt, omdat partijen er belang bij hebben dat een omgangsregeling bij de vaststelling daarvan berust op een juiste en volledige waardering van omstandigheden ten tijde van de uitspraak in hoger beroep. Anders zouden zij op grond van artikel 1:377e BW immers wijziging van die uitspraak kunnen vragen. Daarmee heeft de Hoge Raad destijds een praktische uitzondering gemaakt op de regel van artikel 347 lid 1 Rv, waaruit volgens de Hoge Raad voortvloeit dat de rechter in beginsel niet hoeft te letten op grieven die in een later stadium dan de memorie van grieven of de memorie van antwoord (in het geval van een incidenteel appèl) worden aangevoerd (HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959). De Hoge Raad ziet, in tegenstelling tot de A-G, thans helaas geen ruimte het verzoek van de GI als het aanvoeren van een grief en in zoverre als het instellen van incidenteel appèl aan te merken, hetgeen in zaken als voorliggend in dit stadium van de procedure nog mogelijk is. Het gevolg dat er nadien dus wellicht alsnog een procedure in eerste aanleg zal moeten worden gevoerd over hetzelfde onderwerp, is volgens de Hoge Raad kennelijk ondergeschikt aan het recht van partijen op behandeling van (nieuwe) verzoeken in twee feitelijke instanties. De Hoge Raad doet wel de handreiking dat het hof weliswaar geen voor het eerst in hoger beroep gedaan verzoek in behandeling kan nemen, maar wel de omstandigheden die ten grondslag liggen aan dat verzoek. Die omstandigheden kunnen er in een zaak als de onderhavige toe leiden dat het verzoek van de moeder in beroep niet wordt gehonoreerd, met als ondergrens de omgangsregeling waartegen de moeder is opgekomen, omdat anders buiten de rechtsstrijd van partijen wordt getreden.

Bob Laterveer is werkzaam als stafjurist bij de Rechtbank Den Haag en als medewerker verbonden aan het Landelijk Bureau Vakinhoud rechtspraak. Hij is afgestudeerd in het notarieel recht aan de Universiteit Leiden en korte tijd werkzaam geweest als kandidaat-notaris voordat hij in 2002 overstapte naar de rechtspraak. Hij is sinds 2015 secretaris van de expertgroep jeugdrechters, een landelijk overlegorgaan van jeugdrechters en raadsheren belast met de behandeling van jeugdzaken.