

ANNOTATIE

Gezamenlijk gezag bij klem of verloren raken van het kind.

W.M. Schrama

Annotatie bij Hoge Raad, 27-03-2020, ECLI:NL:HR:2020:533 (PFR-2020-0086)

Commentaar bij Hoge Raad 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:533: gezamenlijk gezag ondanks dat het kind klem of verloren kan raken tussen de ouders.

1. Dit is weer zo'n complexe scheidingszaak waar ouders nog voor het kind er goed en wel besef van heeft, meerdere procedures over haar gevoerd hebben. In dit geval ging het om ongehuwde ouders; de aard van hun relatie blijft onduidelijk in de uitspraken die gepubliceerd zijn. Of de moeder en de vader hebben samengewoond en of ze een relatie hebben gehad, is evenmin af te leiden uit de beschikkingen. Helder is wel dat er al snel, misschien zelfs al voor de geboorte van de dochter, ruzie tussen hen ontstaat. Het lijkt erop dat de moeder er alles aan gelegen is om de vader buiten beeld te houden, die juist betrokken wil zijn. Dit leidt ertoe dat er procedures zijn gevoerd over erkenning, gezag en omgang met betrekking tot het inmiddels 3-jarige meisje. Daarnaast is nog voor haar eerste verjaardag een ondertoezichtstelling uitgesproken, waarvan ook hoger beroep is ingesteld. Het verzet van de moeder laat zich ook zien in wrakingsverzoeken van een van de kinderrechtshouders die werden afgewezen. De moeder gaf geen toestemming voor de erkenning door de vader, maar rechtbank en hof deden dat wel. Vervolgens moest het gezamenlijk gezag geregeld worden, en over de omgang waren al de nodige procedures, ook in kort geding, gevoerd. Vast staat in de procedure dat de moeder op geen enkele wijze opening aan de vader biedt om betrokken te zijn in het leven van de minderjarige en actie voert, ook in de media, om hem buiten de deur te houden. Uit de beschikkingen komt naar voren dat de moeder stelt dat de man haar tijdens de relatie verkracht zou hebben, en dat er sprake was van agressie en controlerend, bedreigend en

denigrerend gedrag van zijn kant. Daarom zou ze uit zelfbescherming en bescherming van de minderjarige niet willen communiceren met de man. Het hof is daarop ingegaan, en concludeert dat zelfs als dit waar zou zijn, dit niet in weg staat aan omgang. De Hoge Raad gaat hier, ondank een hiertegen gericht cassatiemiddel, niet op in; advocaat-generaal (A-G) Lückers wel in onderdeel 3.

2. De kernvraag waar de Hoge Raad zijn licht over laat schijnen is de uitleg van artikel 1:253c lid 2 BW. Daarin is bepaald dat indien een verzoek tot gezamenlijk gezag is gedaan (en dus niet een gezagswisseling van de ene naar de andere ouder) en de andere ouder met gezamenlijk gezag hiermee niet instemt, dit verzoek slechts wordt afgewezen, indien: a) er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of b) afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is. In casu was vastgesteld dat er sprake was van een onaanvaardbaar risico dat de dochter klem of verloren zou komen te zitten tussen de ouders. Dat leidde tot de vraag of het verzoek moet worden afgewezen, omdat aan een van de twee gronden voldaan is. De Hoge Raad oordeelt, met de rechtbank en het hof, dat dit niet het geval is. Daarbij wordt een beroep gedaan op de samenhang tussen artikel 1:253c BW en artikel 1:251 BW.

3. A-G Lückers plaatst de toewijzing van gezag in de sleutel van de niet-nakoming van de omgangsregeling en concludeert, in navolging van A-G Langemeijer, dat de voor artikel 1:251a BW ontwikkelde maatstaf ook kan worden gebruikt bij verzoeken om gezamenlijk gezag ex artikel 1:253c lid 2 BW indien de voornaamste grond daarvoor is gelegen in het niet meewerken door de andere ouder aan het tot stand komen van een omgangsregeling. Ze wijst erop dat de huidige wettekst een nadere uitwerking is van het belang van het kind, dat op grond van artikel 3 IVRK altijd een eerste overweging vormt. Het een en ander betekent volgens haar dat weliswaar niet-nakoming van een omgangsregeling niet zonder meer grond oplevert voor toewijzing van het verzoek op grond van artikel 1:253c lid 2 BW, maar dat het uitgangspunt gezamenlijk gezag is. Afwijzing van het verzoek vindt slechts plaats indien hetzij het kind, kort gezegd, door de niet-nakoming van de omgangsregeling klem of verloren raakt tussen de ouders, hetzij die gezagswijziging anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is. Het hof acht eenhoofdig gezag onverantwoord nu de moeder zo duidelijk tegen het belang van de minderjarige ingaat. Artikel 1:253c lid 2 BW moet volgens de A-G aldus worden uitgelegd dat de term 'slechts' uitdrukkelijk wijst op terughoudend omgaan met afwijzing van een verzoek tot gezamenlijk gezag en dat een reden tot afwijzing kan zijn dat aan een van de twee gronden is voldaan, maar dat een rechter niet verplicht is het verzoek af te wijzen indien een kind weliswaar klem of verloren raakt, maar toewijzing van gezamenlijk gezag in het belang van het kind noodzakelijk is. Ze verwijst hierbij naar de parlementaire

geschiedenis. Daaruit blijkt dat de minister naar aanleiding van Kamervragen de vraag hoe het klemcriterium zich verhoudt tot artikel 3 IVRK aldus beantwoordde dat de formulering van artikel 1:253c lid 2 BW artikel 3 IVRK niet uit het oog verliest, aangezien het als zodanig in het belang van het kind is dat dit door beide ouders wordt verzorgd en opgevoed en dat de ouders dit met het gezag bekleed kunnen doen (*Kamerstukken I 2007/08, 29353, C, p. 4*).

4. De Hoge Raad volgt de A-G en wijst erop dat hoewel de vertrekpunten van artikel 1:251a BW (gezamenlijk gezag na scheiding) en artikel 1:253c BW (eenhoofdig gezag bij ongehuwde ouders) tegengesteld zijn, in beide gevallen gezamenlijk gezag de hoofdregel, en eenhoofdig gezag de uitzondering is. De Hoge Raad vervolgt in een korte beschikking dat (1) blijkens de wetsgeschiedenis is beoogd de gronden voor afwijzing van een verzoek tot verkrijging van gezamenlijk gezag in artikel 1:253c lid 2 BW in overeenstemming te brengen met de gronden voor toewijzing van eenhoofdig gezag na echtscheiding ex artikel 1:251a lid 1 BW. (2) Dat betekent dat de beide bepalingen op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd. (3) Bepaald is dat het bedoelde verzoek slechts wordt afgewezen op de twee vermelde gronden. Daaruit volgt niet dat de rechter, als een van die gronden zich voordoet, tot afwijzing van het verzoek gehouden is. (4) De door het onderdeel verdedigde uitleg dat voor toewijzing van het verzoek tot gezamenlijk gezag geen plaats is, is voorts niet in overeenstemming met de tekst van artikel 1:251a lid 1 BW, die luidt dat de rechter eenhoofdig gezag aan een ouder *kan* toekennen indien een van de genoemde gronden zich voordoet. Uit die formulering volgt dat de rechter, ook indien is voldaan aan het klemcriterium, ruimte heeft om het gezamenlijk gezag toch in stand te laten. (5) Deze uitleg strookt met het uitgangspunt dat bij deze beslissingen zoveel mogelijk recht moet worden gedaan aan het belang van het kind. In een geval als dit, waarin de met het gezag belaste ouder de andere ouder op geen enkele wijze een opening biedt om betrokken te zijn bij het leven van het kind, is het toewijzen van gezamenlijk gezag een van de instrumenten die de rechter moet kunnen benutten om het recht op *family life* tussen het kind en de andere ouder toch te verwezenlijken. Hoewel gezamenlijk gezag het risico in zich bergt dat het kind klem komt te zitten tussen de twee ouders, leidt eenhoofdig gezag ertoe dat de andere ouder geheel uit het leven van het kind wordt geweerd. De rechter moet dan de ruimte hebben om, uitgaande van de situatie ten tijde van zijn beslissing, in te schatten welke van de twee kwaden het belang van het kind vermoedelijk het minst zal schaden.

5. We lopen de argumentatie van de Hoge Raad na. Ik ben geneigd te denken dat argumenten 1 en 2 – dezelfde uitleg van beide bepalingen vanwege de wetsgeschiedenis – geen steek houden. Weliswaar laten de wetsgeschiedenis en de bepalingen zien dat gezamenlijk gezag de nieuwe norm werd, maar de uitgangssituaties zijn dermate verschillend dat er ook goede redenen kunnen zijn voor een eigen uitleg van iedere bepaling. Dat er één uitleg gevolgd zou moeten worden volgt niet uit de wetsgeschiedenis. De Hoge Raad verwijst (via de voetnoot)

naar de zin dat ‘Door toevoeging van de grond vermeld onder b wordt het toetsingscriterium voor het verzoek van een ouder om met het gezamenlijk gezag te worden belast waarmee de andere ouder niet instemt, in overeenstemming gebracht met het criterium vermeld in artikel 1:251a BW’. Dat betekent echter nog niet dat de uitleg hetzelfde zou moeten zijn. Ik sluit me op dit punt aan bij wat Wortmann schrijft in haar *NJ*-noot (*NJ* 2020/167). Los van de wetsgeschiedenis overtuigt dit punt ook niet, juist omdat de uitgangsposities anders zijn. Daar kan men overigens ook anders over denken: zie Nuytinck, AA20200480. Het zijn wat mij betreft twee verschillende verhalen: in het ene geval zijn ouders getrouwd geweest, hebben altijd gezamenlijk gezag gehad en is er na scheiding een verzoek tot eenhoofdig gezag ingediend. Dat is wezenlijk anders dan het geval waarin ouders niet hebben samengewoond, maar wel samen een kind krijgen, bijvoorbeeld na een avontuurtje. Dat in beide gevallen het uitgangspunt is dat gezamenlijk gezag het belang van het kind het meeste recht doet, betekent niet dat de uitlegnorm hetzelfde moet zijn; eerder zou ik ervoor pleiten om ruimte te hebben om rekening te houden met de initiële verschillen. Dat de parallel tussen beide artikelen in feite een spiegelbeeld is – en dus juist niet hetzelfde – (er is gezamenlijk gezag bij scheiding en er moet geoordeeld worden over een verzoek om eenhoofdig gezag en vice versa) blijkt ook uit de rechtspraak die hieronder bij argument 3 genoemd wordt waarin het om een verzoek om eenhoofdig gezag gaat (2010-uitspraak) versus een verzoek om gezamenlijk gezag (2014-uitspraak); dat kan leiden tot dezelfde uitkomsten en interpretatie, maar dat hoeft niet zo te zijn.

Argument 3 dat een gelijklopende uitleg van beide bepalingen ertoe leidt dat toewijzing toch mogelijk is, wordt niet goed gemotiveerd. In de tekst van de uitspraak lijkt dit punt los te staan van de argumenten 1 en 2. De ontbrekende schakel lijkt hier eerdere rechtspraak van de Hoge Raad^[1] te zijn waarin voor artikel 1:251a BW is bepaald dat een gezagswijziging (van gezamenlijk naar eenhoofdig) aan de orde kan zijn in het kader van de niet-nakoming van een omgangsregeling. In de conclusie van A-G Langemeijer bij een beschikking van de Hoge Raad uit 2014^[2] – die wordt vermeld in de conclusie van de A-G en in een voetnoot van de Hoge Raad in de onderhavige zaak – wordt de brug geslagen tussen beide bepalingen. Langemeijer overwoog in 2014 dat de in het kader van artikel 1:251a BW ontwikkelde maatstaf ook kan worden gebruikt wanneer het gaat om een artikel 1:253c-verzoek tot het verkrijgen van gezamenlijk gezag als de voornaamste grond voor dat verzoek gelegen is in het niet meewerken door de andere ouder aan het tot stand komen van een omgangsregeling. De Hoge Raad gaat er in de 2014-uitspraak niet expliciet op in.^[3] Daarom was het – zo vermoed ik – moeilijk om deze redenering expliciet uit te schrijven.

Argument 4 gaat in op de tekst van artikel 1:253c BW en artikel 1:251a BW. Artikel 1:253c BW luidt: ‘het verzoek (om gezamenlijk gezag) wordt slechts afgewezen, indien’, terwijl artikel

1:251a BW luidt: ‘de rechter kan (...) bepalen dat het gezag (...)’. De Hoge Raad beroept zich op de tekstuele uitleg van artikel 1:253c BW waaruit niet volgt dat de rechter, als een van die gronden zich voordoet, tot afwijzing van het verzoek gehouden is. Dit vind ik begrijpelijk. Als ondersteunend argument wordt een beroep gedaan op het ‘kan’, uit artikel 1:251a BW dat hoewel dat niet voorkomt in artikel 1:253c BW, gelet op de procureur-generaal, ook in de context van deze bepaling geldt.

Argument 5 ten slotte, dat deze uitleg van artikel 1:253c BW (en dus ook art. 1:251a BW) strookt met de ratio dat zoveel mogelijk recht moet worden gedaan aan het belang van het kind, snijdt wat mij betreft evenzeer hout.

Ik kan me vinden in de beslissing, al vind ik de eerste drie argumenten niet overtuigend en ook de motivering aan de korte kant. Ik zou de redenering versterken met een verdragsconforme uitleg van artikel 1:253c lid 2 BW: zowel artikel 3 IVRK als artikel 8 EVRM pleiten ervoor de bepaling zo uit te leggen dat het gezamenlijk gezag wordt toegewezen in het belang van het kind. De oplossing die Wortmann voorstelt, namelijk dat er geen sprake zou zijn van een klem of verloren zitten *tussen* de ouders, maar vooral bij de moeder, is subtiel maar tegelijk niet in lijn met de gangbare uitleg van klem of verloren zijn. Ik deel wel haar zorg dat dit, als beide ouders een rol moeten gaan spelen, ingewikkeld wordt, maar het is dan, zoals de Hoge Raad het formuleert, een keuze tussen welke optie van de twee kwaden het minst schadelijk is.

6. Wat frustrerend is, is dat een ouder in staat is de macht naar zich toe te trekken. Waar zonder conflict erkenning en gezamenlijk gezag bij ongehuwde ouders doorgaans gewoon geregeld zijn en gelijkwaardig ouderschap na scheiding daarmee het uitgangspunt is, kan een ouder door dwars te liggen ernstig bemoeilijken dat de andere ouder in een gelijkwaardige positie komt. Dat is dan ook de reden waarom het hele debat door de A-G en de Hoge Raad in de sleutel geplaatst moet worden van ‘een rol voor de vader in het leven van zijn dochter’ en niet een gelijkwaardige rol, zoals het geval zou moeten zijn. Gezamenlijk gezag moet zo gebruikt worden om het frustreren en uitbannen van de andere ouder tegen te gaan, in plaats van waarvoor het in feite bedoeld is: gelijkwaardig ouder te worden. Ook het nieuwe wetsvoorstel zou in casu geen oplossing hebben geboden, omdat de erkenning hier na vervangende toestemming van de rechter tot stand gekomen is, wat betekent dat de bestaande procedure voor een verzoek tot gezamenlijk gezag nog steeds gevolgd dient te worden.

[1] HR 10 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4301, *NJ* 2010/437 m.nt. J. de Boer.

[2] Concl. A-G 25 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1136.

[3] HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91.