

Personen- en familierecht

58

Uitleg art. 1:253c lid 2 BW

Hoge Raad

27 maart 2020, nr. 19/02804, ECLI:NL:HR:2020:533

(mr. E.J. Numann, mr. Van Buchem-Spapens, mr.

Tanja-van den Broek, mr. Wattendorff, mr. Lock)

(Concl. A-G Lückers)

Noot mr. M.E.M. Beijersbergen

Kinderen. Gezag.

[BW art. 1:253c, 1:251a]

Essentie: Kan de rechter gezamenlijk gezag toekennen indien hij oordeelt dat is voldaan aan het 'klemcriterium'?

Samenvatting: Hoewel de vertrekpunten van art. 1:251a BW (gezamenlijk gezag) en art. 1:253c BW (eenhoofdig gezag) te-gengesteld zijn, is in beide artikelen het behoud respectievelijk de verkrijging van gezamenlijk gezag het uitgangspunt en eenhoofdig gezag de uitzondering. De rechter heeft beide kernen beoordelingsruimte indien wordt voldaan aan het klemcriterium. 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 in te schatten welke van de twee kwaden het belang van het kind vermoedelijk het minst zal schaden.

[de moeder], wonende te [woonplaats],

verzoekster tot cassatie,

hierna: de moeder,

advocaat: N.C. van Steijn,

tegen

[de vader], wonende te [woonplaats],

verweerder in cassatie,

hierna: de vader,

advocaat: M.E. Bruning.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Lückers)

In deze zaak heeft de rechtbank op verzoek van de vader de ouders op grond van art 1:253c lid 2 BW gezamenlijk met het gezag belast over het – op dit moment – tweejarige kind. Het hof heeft die beschikking bekrachtigd en – kort gezegd – overwogen dat, hoewel sprake is van het klemcriterium van art. 1:253c lid 2 BW op grond waarvan het verzoek van de vader om hem mede met het gezag te belasten zou moeten worden afgewezen, het hof het toch in het belang van het kind acht dat de vader mede met het gezag over het kind wordt belast. Geklaagd wordt onder meer dat het hof door aldus te overwegen is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

1. Feiten en procesverloop

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹

1.1. Partijen zijn de ouders van [de minderjarige], geboren op [geboortedatum] 2017 te [geboorteplaats], hierna te noemen: de minderjarige. Aangezien de vader en de moeder niet gehuwd zijn (geweest), oefende de moeder na de geboorte van de minderjarige van rechtswege alleen het ouderlijk gezag over haar uit (op grond van art. 1:253b lid 1 BW).

1.2. Bij vonnis in kort geding van 4 oktober 2017 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht (verder: de rechtbank) een (voorlopige) omgangsregeling tussen de vader en de minderjarige vastgesteld onder verbeurte van een aan de moeder opgelegde dwangsom.

1.3. De vader heeft op 29 september 2017 een verzoekschrift ingediend bij de rechtbank en verzocht a) hem vervangende toestemming te verlenen tot erkenning van de minderjarige, b) te bepalen dat hij mede met de moeder wordt belast met het gezag over haar, en c) een zorgregeling vast te stellen.

1.4. Bij beschikking van 3 november 2017 heeft de rechtbank mr. A.M.P.M. Adank te Utrecht tot bijzondere curator benoemd in het kader van de procedure tot verlening van vervangende toestemming tot erkenning van de minderjarige.

1.5. Bij beschikking van 26 januari 2018 heeft de rechtbank een voorlopige omgangsregeling vastgesteld en bepaald dat de minderjarige bij de vader verblijft:

– in de eerste maand: eenmaal per week een uur, namelijk iedere zaterdag van 17.00 uur tot 18.00 uur;

– in de tweede en derde maand: eenmaal per week twee uur, namelijk iedere zaterdag van 16.00 uur tot 18.00 uur;

– vanaf de derde maand: tweemaal per week twee uur, namelijk iedere woensdag van 10.00 uur tot 12.00 uur en iedere zaterdag van 16.00 uur tot 18.00 uur.

De rechtbank heeft daarbij, uitvoerbaar bij voorraad, bepaald dat de omgang zal worden begeleid door een neutraal persoon uit het netwerk van de vader, tot de raad concludeert dat dit niet (meer) nodig is en de moeder veroordeeld om aan de vader een dwangsom te betalen van € 250,- per keer dat zij niet voldoet aan de omgangsregeling, tot een maximum van € 2.500,-. Daarnaast is de raad verzocht onderzoek te doen naar de vraag of sprake is van bezwaren die in de weg staan aan het recht op omgang tussen de vader en de minderjarige, en zo nee, welke omgangsregeling het meest in het belang van de minderjarige wordt geacht. Iedere verdere beslissing is aangehouden.

Onder 'Verloop van de procedure' heeft de rechtbank vermeld dat de verzoeken ten aanzien van de vervangende toestemming tot erkenning en het gezag in aparte procedures worden behandeld.

1.6. Bij beschikking van 25 juni 2018 heeft de rechtbank de vader vervangende toestemming verleend tot erkenning van de minderjarige en is de raad verzocht zijn onderzoek uit te breiden naar de vraag of gezamenlijk gezag in het belang van de minderjarige is. Iedere verdere beslissing over de omgang en het gezag is aangehouden in afwachting van het rapport van de raad.

1.7. De raad heeft op 27 juni 2018 gerapporteerd en geadviseerd.

¹ Ontleend aan de bestreden beschikking en de beschikkingen van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht van 3 november 2017, 26 januari 2018, 25 juni 2018 en 19 juli 2018.

1.8. Bij beschikking van 5 juli 2018 heeft de rechtbank de minderjarige onder toezicht gesteld van de gecertificeerde instelling voor de duur van een jaar, met ingang van 5 juli 2018. Deze beschikking is bij beschikking van het hof Arnhem-Leeuwarden van 17 januari 2019 bekrachtigd.

1.9. Bij beschikking van 19 juli 2018 heeft de rechtbank, uitvoerbaar bij voorraad, a) de ouders gezamenlijk belast met het gezag over de minderjarige, en b) een voorlopige omgangsregeling vastgesteld, inhoudende dat de minderjarige en de vader iedere week twee uur omgang met elkaar zullen hebben, waarbij het contact (duur en frequentie) tussen hen in overleg met de hulpverlening wordt vormgegeven volgens de aanwijzingen en inzichten van de hulpverlening, waarbij het contact begeleid zal zijn tot de hulpverlening of partijen in onderling overleg anders bepalen. Verder is de beslissing ten aanzien van de definitieve zorgregeling aangehouden.

1.10. De moeder is op 19 oktober 2018 in hoger beroep gekomen van de beschikking van 19 juli 2018. Zij heeft – voor zover van belang² – verzocht om die beschikking te vernietigen en, opnieuw beschikkende, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de verzoeken van de vader om gezamenlijk te worden belast met het ouderlijk gezag en om een zorg- dan wel omgangsregeling vast te stellen alsnog af te wijzen of de omgang te ontzeggen.

1.11. De vader heeft de minderjarige op 14 november 2018 erkend.

1.12. De vader heeft een verweerschrift tevens houdende incidenteel hoger beroep ingediend. In het principaal hoger beroep heeft de vader verweer gevoerd. In het incidenteel hoger beroep heeft de vader verzocht:

– primair: de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij de vader vast te stellen;

– subsidiair: te bepalen dat de raad onderzoek dient te verrichten of een uithuisplaatsing in het belang van de minderjarige is en naar de mogelijkheden die de vader daarin kan bieden; en

– uitsluitend in het geval dat het hof het verzoek van de moeder om partijen niet gezamenlijk met het gezag te belasten toewijst, te bepalen dat tussen de vader en de minderjarige de volgende omgangsregeling wordt vastgesteld:

– week één tot en met vier: twee uur begeleide omgang per week;

– week vier tot en met acht: vier uur begeleide omgang per week;

– week acht tot en met twaalf: zes uur begeleide omgang per week;

– week twaalf tot en met zestien: acht uur omgang per week, waarbij het eerste én het laatste uur onder begeleiding plaatsvindt;

– week zestien tot en met twintig: tien uur omgang per week, waarbij het eerste uur onder begeleiding plaatsvindt;

– week twintig tot en met vierentwintig: twaalf uur omgang per week, zonder begeleiding,

waarbij de tijden in overleg met jeugdbescherming worden vastgesteld, dan wel

een omgangsregeling te bepalen als het hof juist acht.

1.13. De moeder heeft verweer gevoerd tegen het incidenteel hoger beroep.

1.14. De zaak is op 19 februari 2019 door het hof mondeling behandeling behandeld. Tijdens die behandeling heeft de vader zijn verzoek om de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij hem te bepalen, ingetrokken.

1.15. Bij de bestreden beschikking van 12 maart 2019³ heeft het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem:

in het principaal hoger beroep:

de beschikking van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 19 juli 2018 bekrachtigd, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;

in het incidenteel hoger beroep:

de vader niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot wijziging van de hoofdverblijfplaats van de minderjarige en tot een onderzoek door de raad naar een uithuisplaatsing van de minderjarige;

in het principaal en incidenteel hoger beroep voorts:

het meer of anders verzochte afgewezen.

1.16. De moeder heeft tegen deze beschikking – tijdig⁴ – beroep in cassatie ingesteld.

1.17. In het verzoekschrift tot cassatie is op p. 2 onder 6. vermeld dat bij het opstellen van het verzoekschrift tot cassatie het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij het hof nog niet aanwezig was in het dossier, dat het is opgevraagd bij het hof en de moeder daarom een voorbehoud maakt om het middel te mogen aanvullen indien het proces-verbaal daartoe aanleiding geeft.

1.18. Op 3 juli 2019 is van de zijde van de moeder een brief bij de Hoge Raad ingekomen waarin de moeder te kennen geeft dat zij het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 19 februari 2019 op 2 juli 2019 heeft ontvangen. Naar aanleiding van het proces-verbaal heeft de moeder de onderdelen 2 en 3 aangevuld.

1.19. De vader heeft een verweerschrift ingediend, waarin hij zich refereert aan Uw oordeel.⁵

2. Bespreking van het cassatiemiddel

Inleiding

2.1. De moeder heeft één middel van cassatie voorgesteld. Naast een inleiding (onder 4 tot en met 6), bestaat het middel uit drie onderdelen.

Onderdeel 1

2.2. Bij de beschikking van 19 juli 2018 heeft de rechtbank Midden-Nederland het verzoek van de vader om gezamenlijk

2 In het beroepschrift heeft de moeder eveneens verzocht om schorsing van de werking van de uitvoerbaar verklaring bij voorraad van de beschikking van 19 juli 2018 te bevelen. Dit verzoek is bij beschikking van 18 december 2018 van het hof Arnhem-Leeuwarden afgewezen.

3 ECLI:NL:GHARL:2019:2197.

4 Het cassatierekest is op 12 juni 2019 bij de griffie van de Hoge Raad ingekomen.

5 De producties bij het verzoekschrift tot cassatie en het verweerschrift zijn niet geheel overeenkomstig. Zo zijn, onder meer, van de zijde van de vader overgelegd: de brief van 27 november 2018, gericht aan het hof, overgelegd met de producties 44 (bevestiging inschrijving uitspraak erkenning in geboorteregister), 45 (beschikking rechtbank Midden-Nederland van 23 november 2018 waarin het verzoek van de moeder tot vervallen verklaring van de schriftelijke aanwijzing is afgewezen) en 46 (proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 19 december 2017 van de rechtbank Midden-Nederland), het proces-verbaal van 19 december 2017 van de rechtbank Midden-Nederland en het proces-verbaal van 21 juni 2018 van de rechtbank Midden-Nederland. Deze stukken bevinden zich niet in het procesdossier van de moeder.

met het gezag te worden belast, toegekend op grond van voormeld art. 1:253c lid 1 BW. In hoger beroep heeft de moeder in grief 1 aangevoerd dat de vader de minderjarige ten tijde van die beschikking nog niet had erkend en dus nog niet tot het gezag bevoegd was, zodat de rechtbank het gezamenlijk gezag in strijd met de wet heeft toegekend. Het hof heeft geoordeeld dat de grief faalt en daartoe heeft het als volgt overwogen: 'Het hof stelt vast dat de vader [de minderjarige] op 14 november 2018 heeft erkend. Hij is dus inmiddels de tot het gezag bevoegde ouder van [de minderjarige] en kan naast de moeder worden belast met het gezag.'

2.3. Onderdeel 1 van de moeder richt zich tegen dit oordeel. De moeder voert daarin het volgende aan. Het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omdat de moeder als ouder van de minderjarige, gelet op het door art. 8 EVRM gewaarborgde recht op eerbiediging van haar gezinsleven, een rechtens relevant belang erbij heeft om de rechtmatigheid van de toekenning van het gezamenlijk gezag te laten toetsen. Indien de rechtbank immers niet bevoegd was om het gezamenlijk gezag toe te kennen ten tijde van de beschikking is deze onrechtmatig verleend en had de vader niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in zijn verzoek of had dit verzoek moeten worden afgewezen, aldus de moeder.

2.4. Het is juist dat de vader op het moment dat hij door de rechtbank gezamenlijk met het gezag over de minderjarige werd belast, nog niet daartoe bevoegd was. Hij was immers nog niet de tot het gezag bevoegde ouder, zoals lid 1 van art. 1:253c BW vereist en aan de biologische vader die met het kind in een als familie- en gezinsleven in de zin van art. 8 EVRM aan te merken betrekking staat, komt die bevoegdheid niet toe.⁶

Echter de appelrechter beoordeelt als feitenrechter, binnen de grenzen van het hoger beroep (en met inachtneming van art. 8 EVRM) het geschil opnieuw naar de toestand ten tijde van zijn beslissing.⁷ Ten tijde van de beslissing van het hof had de vader de minderjarige erkend en was hij de tot het gezag bevoegde ouder.

Onderdeel 1 van de moeder faalt dan ook.

Onderdeel 2

2.5. In rechtsoverweging 5.9 van de bestreden beschikking komt het hof – kort gezegd – tot het oordeel dat het in het belang van de minderjarige is dat de ouders samen met het gezag over de minderjarige zijn belast. Daartoe heeft het hof het volgende overwogen:

'Met de moeder is het hof van oordeel dat er een onaanvaardbaar risico bestaat dat [de minderjarige] klem of verloren raakt tussen de ouders zonder dat hierin binnen afzienbare tijd verbetering valt te verwachten. Deze vaststelling zou *in beginsel* (mijn cursivering A-G) moeten betekenen dat alleen de moeder het gezag over [de minderjarige] zou moeten hebben. Toch is het hof in deze zaak van oordeel dat het in het belang van [de minderjarige] is dat de ouders samen het gezag hebben en houden. De moeder biedt immers op geen enkele wijze opening aan de vader om betrokken te zijn in het leven van [de minderjarige]. Zij gaat hierin zo ver dat zij de rol van vaders in het algemeen, en de vader in het bijzonder, in het leven van kinderen bagatelliseert en hierover de publiciteit

zoekt. Het hof is niet gebleken van enig aanknopingspunt of vooruitzicht dat de opstelling van de moeder op dit punt zal veranderen. Evenmin is gebleken dat de moeder hulp heeft ingeschakeld om haar weerstand tegen contact met de vader, ook als dit alleen contact met betrekking tot [de minderjarige] betreft, weg te nemen. De moeder stelt dat zij aan zichzelf werkt door middel van meditatie, yoga, mindfulness en hypnotherapie. Het is het hof niet gebleken dat deze methoden zijn gericht op het verminderen of wegnemen van de barrière van de moeder jegens de vader. Enige (medische) onderbouwing ontbreekt in dit kader ook. Zij veronachtzaamt hierdoor op grove wijze haar verplichting de ontwikkeling van de banden tussen [de minderjarige] en haar vader te bevorderen. Het hof is van oordeel dat de moeder hierdoor zo duidelijk tegen het belang van [de minderjarige] handelt, dat het onverantwoord zou zijn dat zij als enige het gezag over [de minderjarige] heeft. Het hof acht deze beslissing, ook al is voldaan aan het zogeheten klem of verloren criterium toch verantwoord, omdat [de minderjarige] onder toezicht van de GI is gesteld.'

2.6. De moeder klaagt in *onderdeel 2* dat het hof met deze redenering uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting, omdat art. 1:253c lid 2 sub a BW geen uitzondering toelaat. Indien voldaan is aan het zogenoemde 'klemcriterium' dient het gezamenlijk gezag te worden afgewezen, aldus de moeder. Daaraan doet in haar visie niet af dat de moeder tegen het belang van de minderjarige zou handelen of dat de minderjarige onder toezicht van de gecertificeerde instelling is gesteld. Dit speelt geen rol en het hof motiveert bovendien niet waarom de ondertoezichtstelling zijn beslissing verantwoord maakt, aldus de moeder. In de aanvulling op het verzoekschrift stelt de moeder dat de overweging van het hof inzake de ondertoezichtstelling onbegrijpelijk is nu de opmerking van de raad over de gecertificeerde instelling als tussenpersoon ziet op de omgang en de raad juist opmerkt dat het bij ouderlijk gezag moeilijker te zeggen is.

2.7. Niet ter discussie staat dat de moeder op geen enkele wijze opening aan de vader biedt om betrokken te zijn in het leven van de minderjarige. Na de geboorte van de minderjarige op [geboortedatum] 2017, heeft de vader tot april 2017 geen contact met de minderjarige gehad, daarna is er vanaf april 2017 eerst wekelijks en daarna twee wekelijks onder begeleiding van een kennis van de moeder in (voornamelijk) een hotel gedurende korte tijd omgang geweest. Sinds 26 augustus 2017 is er, ondanks diverse vastgestelde omgangsregelingen op straffe van dwangsommen en een ondertoezichtstelling (zoals vermeld onder 1), geen contact meer geweest tot in ieder geval de bestreden beschikking. Uit het dossier (en de bestreden beschikking) blijkt dat de moeder de publiciteit opzoekt, zo heeft zij een platform opgericht waarin zij de rol van vaders in het algemeen en die van de vader in het bijzonder, in het leven van kinderen bagatelliseert. Bij het hof heeft de raad laten weten, dat de huidige situatie, waarin de vader uit het leven van de minderjarige wordt gebannen en waarin zelfs sprake is van ouderverstoting, door de moeder wordt gecreëerd.

2.8. Bij ouderverstoting (ook wel aangeduid als oudervervreemding en parental alienation) gaat het om de situatie waarin een kind zonder valide redenen een ouder niet meer wil zien. De ouder-kindrelatie is aanvankelijk goed, maar gaandeweg wordt het kind heel onredelijk en is soms zelfs bang voor deze ouder. Deze kinderen lijken te reageren op een complexe en voor hen beangstigende dynamiek binnen de ouderlijke scheiding, wat verergerd kan worden door hun

6 HR 12 juni 1987, NJ 1989/98, m.nt. E.A. Alkema, E.A.A. Luijten, herhaald in HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 789.

7 Asser/Bakels, Hammerstein en Wesseling-van Gent 4, 2018, nrs. 4 en 6.

eigen kwetsbaarheid. Ouderverstoting is meest restrictieve vorm van 'gatekeeping'. (Gatekeeping verwijst naar de houding en het gedrag van een ouder die er op gericht zijn de kwaliteit van de relatie van de andere ouder met het kind te beïnvloeden.) Vanuit de wetenschap bestaat er kritiek op de theorie over de ouderverstoting, maar uit twee recente reviews blijkt dat 1) er veel overeenstemming bestaat tussen kinderen, ouders en professionals over de gedragingen van 'vervreemdende' ouders, en 2) het gedrag van een ouder dat leidt tot 'oudervervreemding' kan worden beschouwd als een vorm van huiselijk geweld. De onderzoekers van het WODC rapport pleiten dan ook voor meer onderzoek naar situaties waarin kinderen contact weigeren met een ouder⁸. Naar aanleiding van de motie van kamerlid Westerveld⁹, is een expertteam opgericht, dat voor 1 juli 2020 oplossingsrichtingen zal presenteren over ouderverstoting.^{10,11}

2.9. In een geval zoals dit waarin de met het gezag belaste ouder niet meewerkt aan de totstandkoming of de uitvoering van een omgangsregeling en daarvoor geen of onvoldoende aanmerkelijk geworden gronden aanvoert, wordt een actieve opstelling verlangd van de rechter¹². De rechter kan diverse maatregelen nemen. In het recente WODC-onderzoek¹³ worden de volgende genoemd:

'Instrumenten om naleving van afspraken over contact/omgang te bevorderen/(laten) wijzigen van afspraken

1. Door ouders onderling
2. Met behulp van mediation/hulpverlening
3. Door de rechter

Civielrechtelijke instrumenten

Specifieke (familie)rechtelijke instrumenten

4. Mediation/omgangsbemiddeling
5. Forensische mediatie/ouderschapsonderzoek
6. Omgangsbegeleiding, Begeleide OmgangsRegeling (BOR) en omgangshuizen
- Algemene familierechtelijke instrumenten – Boek 1 BW*
8. Bijzondere curator
9. (Omgangs)ondertoezichtstelling
10. Gezagswijziging
11. Wijziging van de hoofdverblijfplaats van het kind
12. Gezagsbeëindiging

13. Opschorting, vermindering of ontzegging van partner- of kinderalimentatie

14. Aansporend boetebeding

Algemene civielrechtelijke dwangmiddelen – Rv

15. Dwangsom

16. Lijfswang

17. Afgifte met behulp van de sterke arm (politie)

Strafrechtelijke instrumenten

18. Onttrekking aan het gezag/desbevoegd opzicht¹⁴

2.10. In deze zaak heeft het hof om de ouderverstoting een halt toe te roepen en een omgangsregeling tot stand te kunnen brengen naast de ondertoezichtstelling en het opleggen van dwangsommen, er specifiek voor gekozen de vader samen met de moeder te belasten met het gezamenlijk ouderlijk gezag.

Uw raad heeft op 9 juli 2010¹⁵ als volgt overwogen met betrekking tot het verzoek van de vader om hem met het eenhoofd gezag te belasten omdat de moeder haar medewerking niet verleende aan de omgangsregeling:

'Niet-nakoming van een omgangsregeling levert niet zonder meer grond op voor een gezagswijziging op de voet van art. 1:251a BW. Daarvoor is slechts plaats indien hetzij (het onaanvaardbare risico bestaat dat) het kind als gevolg van die niet-nakoming klem of verloren raakt tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt, hetzij die gezagswijziging anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is. De beslissing dat een zodanige gezagswijziging noodzakelijk is dient, vanwege het ingrijpende karakter daarvan, aan hoge motiverings-eisen te voldoen.'

2.11. Op grond van art. 1:253c lid 2 BW wordt het verzoek van een ouder die nooit het gezamenlijk gezag heeft gehad om gezamenlijk met het gezag te worden belast, en de andere ouder met het gezamenlijk gezag niet instemt, *slechts* 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 (het klemcriterium), of

b. afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

2.12. AG Langemeijer heeft in zijn conclusie¹⁶ bij uw uitspraak van 17 januari 2014 te kennen gegeven dat de onder 2.9 in het kader van art. 1:251a BW ontwikkelde maatstaf ook kan worden gebruikt wanneer het gaat om een verzoek tot het verkrijgen van gezamenlijk gezag indien de voornaamste grond voor dat verzoek is gelegen in het niet meewerken door de andere ouder aan het tot stand komen van een omgangsregeling. Ik deel zijn visie. Daarbij wijs ik erop dat de huidige wettekst een nadere uitwerking is van het belang van het kind. Dit belang

8 Ik verwijs voor nadere informatie over gatekeeping, ouderverstoting e.d. naar het WODC-onderzoek 'Naleving van contact-/omgangsafspraken na scheiding. Een rechtsvergelijkend en sociaalwetenschappelijk perspectief', Onderzoek uitgevoerd in opdracht van het WODC, Ministerie van Justitie en Veiligheid, 2019, p. 125-130.

9 Kamerstukken II, vergaderjaar 2018-2019, 28 345, nr. 215.

10 Kamerstukken II, vergaderjaar 2018-2019, 33 836, nr. 44, p. 2.

11 Het expertteam heeft speciale aandacht voor:
– de methodieken om signalen van ouderverstoting adequaat in kaart te brengen voor de verschillende (juridische en gedragswetenschappelijke) professionals;
– de benodigde kennis (en de lacunes daarin) bij de betrokken professionals en een plan om de lacunes te dichten;
– de interventies om tijdig en effectief in te kunnen grijpen.

12 HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91, NJ 2014/154 m.nt. S.F.M. Wortmann, JIN 2014/33 m.nt. M.M. Schouten

13 'Naleving van contact-/omgangsafspraken na scheiding. Een rechtsvergelijkend en sociaalwetenschappelijk perspectief', Onderzoek uitgevoerd in opdracht van het WODC, Ministerie van Justitie en Veiligheid, 2019, p. 52. Ik verwijs ook naar de conclusie van AG Langemeijer ECLI:NL:PHR:2013:1136 onder 2.9 bij HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91.

14 Overigens concluderen de onderzoekers in het WODC rapport dat, ondanks de taak van de rechter om zich actief op te stellen, een helder kader ontbreekt waaruit blijkt in welke situatie welk instrument wordt ingezet en in welke volgorde. ('Naleving van contact-/omgangsafspraken na scheiding. Een rechtsvergelijkend en sociaalwetenschappelijk perspectief', Onderzoek uitgevoerd in opdracht van het WODC, Ministerie van Justitie en Veiligheid, 2019, p. 312-313).

15 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM4301, NJ 2010/437 m.nt. S.F.M. Wortmann.

16 Conclusie AG Langemeijer ECLI:NL:PHR:2013:1136 onder 2.15 bij HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91.

vormt op grond van art. 3 IVRK altijd een eerste overweging.¹⁷ Het een en ander betekent dat weliswaar niet-nakoming van een omgangsregeling niet zonder meer grond oplevert voor een toekenning van het gezamenlijk gezag op grond van art. 1:253c lid 2 BW, maar uitgangspunt is gezamenlijk gezag en (mijn onderstreping en cursivering A-G) afwijzing van het verzoek vindt *slechts* plaats indien hetzij (het onaanvaardbare risico bestaat dat) het kind *als gevolg van die niet-nakoming* klem of verloren raakt tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering komt, hetzij die gezagswijziging anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

2.13. Dit betekent dat het hof niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, nu het heeft vastgesteld dat de moeder niet alleen de omgangsregeling niet nakomt, maar zelfs op geen enkele wijze opening biedt aan de vader om betrokken te zijn in het leven van de minderjarige. Het hof heeft in rov. 5.7 vastgesteld dat de moeder op grove wijze haar verplichting de ontwikkeling van de banden tussen de minderjarige en haar vader te bevorderen veronachtzaamt. Het hof acht het onverantwoord nu de moeder zo duidelijk tegen het belang van de minderjarige ingaat dat zij als enige het gezag heeft. Art. 1:253c lid 2 BW moet mijns inziens aldus worden uitgelegd dat de in dit artikel genoemde term *slechts* uitdrukkelijk wijst op terughoudend omgaan met afwijzing van het verzoek tot gezamenlijk gezag en dat een reden tot afwijzing *kan* zijn dat het kind klem of verloren raakt of afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is, maar dat een rechter niet verplicht is het verzoek af te wijzen indien een kind weliswaar klem of verloren raakt, maar toewijzing in het belang van het kind noodzakelijk is. Ik vind daarvoor ook steun in de Memorie van Antwoord bij wetsvoorstel 29 353 Wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag¹⁸ waarin is opgenomen:

‘Uitgangspunt is immers ook hier dat gezamenlijk gezag van de ouders in het belang van het kind is. De belangen van de ouder die steeds het eenhoofdige gezag heeft gehad en van het kind wegen in een situatie waarin de andere ouder om het gezamenlijk gezag vraagt uiteraard zwaar. Maar dit kan en mag op zich niet betekenen dat zij voorgaan in de zin dat het verzoek van de andere ouder reeds om deze reden wordt afgewezen. Niet zozeer dient beslissend te zijn dat deze ouder het gezag nooit heeft uitgeoefend als wel de reden waarom daarvan geen sprake is geweest. In situaties waarin *het belang van het kind* (mijn cursivering A-G) een andere beslissing vereist, de verhoudingen er werkelijk niet naar zijn dat tot gezamenlijk gezag kan worden overgegaan, kan de grond van het tweede lid van artikel 253c *zonodig* (mijn cursivering A-G) toepassing vinden.’

2.14. Het hof heeft bij de bestreden beschikking overwogen dat het zijn beslissing toch verantwoord acht ook al is voldaan aan het klemcriterium, omdat de minderjarige onder toezicht

van de gecertificeerde instelling is gesteld. De klacht van de moeder dat die overweging onbegrijpelijk is, faalt. Het hof heeft naar ik begrijp met zijn overweging tot uitdrukking willen brengen dat de aanwezigheid van de gezinsvoogd ervoor zal zorgen dat uitoefening van het gezamenlijk gezag op juiste wijze zal kunnen plaatsvinden en dat daarmee het risico op het klem of verloren raken tussen de ouders zal verminderen.

Onderdeel 3

2.15. In onderdeel 3 klaagt de vrouw dat het hof bij zijn oordeel in rechtsoverweging 5.7 voorbij is gegaan aan de stellingen van de vrouw, die inhouden dat de man zich tijdens hun relatie schuldig heeft gemaakt aan onder meer verkrachting, agressie en controlerend, bedreigend en denigrerend gedrag. De vrouw heeft daarbij gesteld dat zij uit zelfbescherming en bescherming van de minderjarige daarom op geen enkele wijze wil communiceren met de man. Het hof heeft, aldus de vrouw, op geen enkele wijze in rechtsoverweging 5.7 de juistheid van de stellingen van de vrouw onderzocht. Zonder enige toelichting vindt de vrouw het onbegrijpelijk dat het hof van oordeel is dat de vrouw onder deze omstandigheden tegen het belang van de minderjarige zou handelen, dan wel is het onbegrijpelijk waarom het hof de vrouw dergelijke verwijten maakt zonder de door haar aangevoerde omstandigheden inhoudelijk te onderzoeken. In haar aanvulling op het cassatieberoep heeft de vrouw verder aangevoerd dat het oordeel van het hof des te meer onbegrijpelijk is, aangezien de raad ter zitting heeft laten weten dat als alles wat de vrouw zou hebben aangevoerd waar zou zijn, het advies wat betreft het gezag – kort gezegd – lastiger te geven is.

2.16. Het hof heeft het hiervoor bedoelde verweer van de moeder weliswaar niet als zodanig benoemd in zijn motivering over het gezag maar dat naar mijn mening wel meegenomen in zijn beoordeling. Aanknopingspunt daarbij is voor mij rov. 5.13 betreffende de omgang, waarin is overwogen: ‘Zelfs indien alle door de moeder geuite beschuldigingen waar zijn, hetgeen niet is komen vast te staan, kan het contact met de vader op een voor [de minderjarige] veilige wijze tot stand komen’. In het oordeel van het hof ligt dan ook besloten dat de stellingen van de moeder (die het hof heeft weergegeven onder rov. 5.4), gelet op de betwisting van de vader (weergegeven in rov. 5.5) niet zijn komen vast te staan en dat het hof die van onvoldoende gewicht acht om daaraan de gevolgtrekking te verbinden dat de verzochte gezagswijziging niet in het belang van de minderjarige is. Dit oordeel, dat is verweven met waardering van feitelijke aard die in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst, is niet onbegrijpelijk en in lijn met het rapport van de raad van 27 juni 2018¹⁹ waarin het volgende staat:

‘Het negatieve beeld wat moeder ervaart bij vader, is binnen het onderzoek van de RvdK niet als zodanig naar voren gekomen. Vanuit verschillende informanten (te weten de politie, Veilig Thuis, werkgevers van vader, de huisarts van vader en het buurtteam van vader) komen geen signalen naar voren dat bij vader sprake is van agressief of grensoverschrijdend gedrag. Vader wordt gekenmerkt als een persoon die erg geduldig is in zijn contacten met patiënten en ten aanzien van de hulpverlening wordt een beeld geschetst dat vader betrokken is bij [de minderjarige] en vanuit de zorg voor de situatie hulpverlening pro-actief inschakelt, waarbij hij in de samen-

17 Naar aanleiding van Kamervragen heeft de Minister de vraag hoe het klemcriterium zich verhoudt tot art. 3 IVRK aldus beantwoord dat de indieners van het amendement bij de formulering van 1:253c lid 2 BW art. 3 IVRK niet uit het oog zijn verloren, 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*, vergaderjaar 2007-2008, 29 353, C (MvA), p. 4.

18 Eerste Kamer 2007/2008, 29353, C, p. 3 en 4.

19 Overgelegd als productie 15 bij het beroepschrift, in cassatie overgelegd als productie 1, p. 17.

werking met de hulpverlening en de RvdK bereid is tot het geven van openheid. Er is nog geen vervolg gegeven aan de aangifte van de moeder tegen vader op 13 april 2018. Vanuit bovenstaande informatie wordt door de RvdK geconcludeerd dat er geen directe zorgen zijn dat omgang tussen vader en [de minderjarige] voor [de minderjarige] fysiek of emotioneel onveilig is. Daarbij moet wel gesteld worden dat de RvdK geen zicht heeft kunnen krijgen op de opvoedershandelen van vader, omdat er geen sprake is van contact tussen vader en [de minderjarige].⁷

Onderdeel 3 slaagt evenmin.

2.17. De slotsom is dat alle onderdelen falen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Procesverloop

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

a. de beschikkingen in de zaak C/16/447294/FO RK 17-1607 en C/16/447294/FO RK 17-1608 van de rechtbank Midden-Nederland van 26 januari 2018, 25 juni 2018 en 19 juli 2018;

b. de beschikkingen in de zaak 200.248.241/01 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 18 december 2018 en 12 maart 2019.

De moeder heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest en het aanvullend verzoekschrift zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit. De vader heeft een verzoekschrift tot referte ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.L.C.C. Lückers strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

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

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Partijen zijn de ouders van een in 2017 geboren dochter (hierna: de dochter).

(ii) De moeder oefende sinds de geboorte van de dochter van rechtswege als enige het ouderlijk gezag over haar uit.

(iii) Nadat hij daartoe van de rechtbank vervangende toestemming had verkregen, heeft de vader de dochter op 14 november 2018 erkend.

(iv) Bij beschikking van 5 juli 2018 heeft de rechtbank de dochter voor de duur van een jaar onder toezicht gesteld. Deze beschikking is in hoger beroep bekrachtigd.

2.2.1. In deze procedure heeft de vader onder meer verzocht te bepalen dat hij samen met de moeder wordt belast met het gezag over de dochter. De rechtbank heeft dat verzoek toegewezen.

2.2.2. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd.²⁰ Daartoe heeft het overwogen:

‘5.6. De raad heeft ter mondelinge behandeling geadviseerd het gezamenlijk gezag over [de dochter] te handhaven. De huidige situatie, waarbij de vader uit het leven van [de dochter] wordt gebannen en waarin volgens de raad zelfs sprake is

van ouderverstoting, wordt uitsluitend door de moeder gecreëerd. Door de angst van de moeder voor de vader en haar weerstand tegen hem groeit [de dochter] op met een negatief beeld van de vader. De raad ziet ook niet dat deze situatie op korte termijn zal verbeteren. De moeder weigert iedere andere hulp dan de hulp die zij zelf juist acht. Daarnaast handelt de moeder niet in het belang van [de dochter] door de media en de publiciteit op te zoeken. De raad heeft daarom ook grote zorgen over [de dochter]. De raad doelt daarmee niet op de dagelijkse verzorging van [de dochter] maar op haar persoonlijkheidsontwikkeling op lange termijn. Om deze situatie te doorbreken overweegt de raad zelfs een uithuisplaatsing van [de dochter] te verzoeken.

5.7. Het hof overweegt als volgt. Met de moeder is het hof van oordeel dat er een onaanvaardbaar risico bestaat dat [de dochter] klem of verloren raakt tussen de ouders zonder dat hierin binnen afzienbare tijd verbetering valt te verwachten. Deze vaststelling zou in beginsel moeten betekenen dat alleen de moeder het gezag over [de dochter] zou moeten hebben. Toch is het hof in deze zaak van oordeel dat het in het belang van [de dochter] is dat de ouders samen het gezag hebben en houden. De moeder biedt immers op geen enkele wijze opening aan de vader om betrokken te zijn in het leven van [de dochter]. Zij gaat hierin zo ver dat zij de rol van vaders in het algemeen, en de vader in het bijzonder, in het leven van kinderen bagatelliseert en hierover de publiciteit zoekt. Het hof is niet gebleken van enig aanknopingspunt of vooruitzicht dat de opstelling van de moeder op dit punt zal veranderen. Evenmin is gebleken dat de moeder hulp heeft ingeschakeld om haar weerstand tegen contact met de vader, ook als dit alleen contact met betrekking tot [de dochter] betreft, weg te nemen. (...) Zij veronachtzaamt hierdoor op grove wijze haar verplichting de ontwikkeling van de banden tussen [de dochter] en haar vader te bevorderen. Het hof is van oordeel dat de moeder hierdoor zo duidelijk tegen het belang van [de dochter] handelt, dat het onverantwoord zou zijn dat zij als enige het gezag over [de dochter] heeft. Het hof acht deze beslissing, ook al is voldaan aan het zogeheten klem of verloren criterium toch verantwoord, omdat [de dochter] onder toezicht van de GI is gesteld.’

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 2 van het middel klaagt dat het hof in zijn hiervoor in 2.2.2 aangehaalde oordeel uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Indien is voldaan aan het zogenoemde ‘klemcriterium’, dient het verzoek om de ouders met het gezamenlijk gezag over het kind te belasten, te worden afgewezen. Daaraan doet niet af dat de moeder tegen het belang van de dochter zou handelen of dat de dochter onder toezicht van de gecertificeerde instelling is gesteld, aldus het onderdeel.

3.1.2. Art. 1:253c lid 1 BW bepaalt dat de tot het gezag bevoegde ouder van het kind die nimmer het gezag gezamenlijk met de moeder uit wie het kind is geboren heeft uitgeoefend, de rechtbank (onder meer) kan verzoeken de ouders met het gezamenlijk gezag over het kind te belasten. Lid 2 bepaalt voor het geval het verzoek ertoe strekt de ouders met het gezamenlijk gezag te belasten en de andere ouder met gezamenlijk gezag niet instemt, dat het 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

20 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:2197.

b. afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

De onder a. genoemde afwijzingsgrond wordt in de praktijk aangeduid als het 'klemcriterium'.

3.1.3. Art. 1:253c BW vormt voor ongehuwde ouders de pendant van de regeling van het ouderlijk gezag na ontbinding van het huwelijk. In laatstbedoelde situatie is uitgangspunt dat de ouders het gezag over hun minderjarige kinderen gezamenlijk blijven uitoefenen (art. 1:251 lid 2 BW). Op grond van art. 1:251a lid 1 BW kan de rechter echter bepalen dat het gezag over een kind aan één ouder toekomt, indien is voldaan aan het klemcriterium of wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

3.1.4. Hoewel de vertrekpunten van de art. 1:251a BW (gezamenlijk gezag) en 1:253c BW (eenhoofdig gezag) derhalve tegengesteld zijn, is in beide gevallen (het behoud, respectievelijk de verkrijging van) gezamenlijk gezag het uitgangspunt, en eenhoofdig gezag de uitzondering. Blijkens de wetsgeschiedenis is beoogd de gronden voor afwijzing van een verzoek tot verkrijging van gezamenlijk gezag in art. 1:253c lid 2 BW in overeenstemming te brengen met de gronden voor toewijzing van eenhoofdig gezag na echtscheiding (art. 1:251a lid 1 BW).²¹ Dat betekent dat de beide bepalingen op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd.

3.1.5 Het onderdeel stelt aan de orde of de rechter bij de toepassing van art. 1:253c lid 2 BW nog beoordelingsruimte heeft indien is voldaan aan het klemcriterium. Het wijst erop dat in zodanig geval volgens de tekst van de bepaling het verzoek tot het toekennen van gezamenlijk gezag wordt afgewezen.

Deze uitleg is onjuist. 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. De door het onderdeel verdedigde uitleg is voorts niet in overeenstemming met de tekst van art. 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.

3.1.6. Deze uitleg strookt met het uitgangspunt dat bij beslissingen als hier aan de orde, 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.²² 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.

3.1.7. Het onderdeel faalt dus.

3.2. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom

hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

NOOT

In deze zaak gaat het om de vraag of de rechter gezamenlijk gezag kan toekennen indien hij oordeelt dat is voldaan aan het zogeheten 'klemcriterium'.

Partijen zijn de ouders van een in 2017 geboren dochter. De moeder oefende sinds de geboorte van de dochter van rechtswege alleen het ouderlijk gezag over haar uit (ex art. 1:253b lid 1 BW). De vader verzocht de rechtbank om vervangende toestemming voor erkenning. Nadat hij daartoe van de rechtbank vervangende toestemming had verkregen, heeft de vader de dochter op 14 november 2018 erkend. Bij beschikking van 5 juli 2018 van de rechtbank is de dochter voor de duur van een jaar onder toezicht gesteld. Deze beschikking is in hoger beroep bekrachtigd.

In de onderhavige procedure verzocht de vader onder meer om te bepalen dat hij samen met de moeder met het gezag zou worden belast (ex art. 1:253c BW). De rechtbank heeft dat verzoek toegewezen. Bij beschikking van 12 maart 2019 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden de beschikking van de rechtbank bekrachtigd (ECLI:NL:HR:2019:2197). Door het hof is het volgende overwogen:

'De raad heeft ter mondelinge behandeling geadviseerd het gezamenlijk gezag over de dochter te handhaven. De huidige situatie, waarbij de vader uit het leven van de dochter wordt gebannen en waarin volgens de raad zelfs sprake is van ouderverstoting wordt uitsluitend door de moeder gecreëerd. Door de angst van de moeder voor de vader en haar weerstand tegen hem groeit de dochter op met een negatief beeld van de vader. De raad ziet ook niet dat deze situatie op korte termijn zal verbeteren. De moeder weigert iedere andere hulp dan de hulp die zij zelf juist acht. Daarnaast handelt de moeder niet in het belang van de dochter door de media en publiciteit op te zoeken. De raad heeft daarom ook grote zorgen over de dochter. De raad doelt daarmee niet op de dagelijkse verzorging van de dochter, maar op haar persoonlijkheidsontwikkeling op lange termijn. Om deze situatie te doorbreken, overweegt de raad zelfs een uithuisplaatsing van de dochter te verzoeken (r.o. 5.6). Met de moeder is het hof van oordeel dat er een onaanvaardbaar risico bestaat dat de dochter klem of verloren raakt tussen de ouders zonder dat hierin binnen afzienbare tijd verbetering valt te verwachten. Deze vaststelling zou in beginsel moeten betekenen dat alleen de moeder het gezag over de dochter zou moeten hebben. Toch is het hof in deze zaak van oordeel dat het in het belang van de dochter is dat de ouders samen het gezag hebben en houden. De moeder biedt immers op geen enkele wijze opening aan de vader om betrokken te zijn in het leven van de dochter. Zij gaat hierin zo ver dat zij de rol van vaders in het algemeen, en de vader in het bijzonder, in het leven van kinderen bagatelliseert en hierover de publiciteit zoekt. Het hof is niet gebleken dat de moeder hulp heeft ingeschakeld om haar weerstand tegen contact met de vader, ook als dit alleen contact met betrekking tot de dochter betreft, weg te nemen. (...) Zij veronachtzaamt hierdoor op grove wijze

²¹ Zie Kamerstukken II 2007/08, 29353, nr. 22, blz. 1 en Kamerstukken I 2007/08, 29353, C, p. 3 en 4.

²² Vgl. HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:91, rov. 3.5.

haar verplichting de ontwikkeling van de banden tussen de dochter en haar vader te bevorderen. Het hof is [van; red.] oordeel dat de moeder hierdoor zo duidelijk tegen het belang van de dochter handelt, dat het onverantwoord zou zijn dat zij als enige het gezag over de dochter heeft. Het hof acht deze beslissing, ook al is voldaan aan het zogeheten klem of verloren criterium toch verantwoord, omdat de dochter onder toezicht van de gecertificeerde instelling is gesteld (r.o. 5.7):

De moeder heeft tegen de beschikking van het hof cassatie ingesteld. Zij meent dat het hof in zijn (voornoemde) oordeel uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Indien volgens haar is voldaan aan het zogenoemde 'klemcriterium' moet het verzoek om de ouders met het gezamenlijk gezag over een kind te belasten, worden afgewezen. Daaraan doet niet af dat de moeder tegen het belang van de dochter zou handelen of dat de dochter onder toezicht van de gecertificeerde instelling is gesteld.

Art. 1:253c lid 1 BW bepaalt dat de tot het gezag bevoegde ouder van het kind die nimmer het gezag gezamenlijk met de moeder uit wie het kind is geboren heeft uitgeoefend, de rechtbank kan verzoeken de ouders met het gezamenlijk gezag over het kind te belasten. Lid 2 bepaalt voor het geval het verzoek ertoe strekt de ouders met het gezamenlijk gezag te belasten en de andere ouder met gezamenlijk gezag niet instemt, dat het 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 komt; of
b. afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

De onder a. genoemde afwijzing wordt in de praktijk aangegeleid als het 'klemcriterium' en is overgenomen uit de jurisprudentie (o.a. HR 10 september 1999, NJ 2000/20).

Hoewel de situatie een andere is dan die van ouders die op enig moment (als gevolg van hun huwelijk of geregistreerd partnerschap) gezamenlijk het gezag hebben uitgeoefend, is hier hetzelfde criterium als bij gezag na scheiding van toepassing. Art. 1:253c BW vormt aldus voor ongehuwde ouders de pendant van de regeling van het ouderlijk gezag na ontbinding van het huwelijk. In laatstbedoelde situatie is uitgangspunt dat de ouders het gezag over hun minderjarige kinderen gezamenlijk blijven uitoefenen (art. 1:251 lid 2 BW). Op grond van art. 1:251a lid 1 BW kan de rechter echter bepalen dat het gezag over een kind aan één ouder toekomt indien is voldaan aan het klemcriterium of wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is. Hoewel de vertrekpunten van art. 1:251a BW (gezamenlijk gezag) en art. 1:253c BW (eenhoofdig gezag) tegengesteld zijn, is in beide gevallen het behoud respectievelijk de verkrijging van gezamenlijk gezag het uitgangspunt, en eenhoofdig gezag de uitzondering. Blijkens de wetsgeschiedenis is beoogd de gronden voor afwijzing van een verzoek tot verkrijging van gezamenlijk gezag in art. 1:253c lid 2 BW in overeenstemming te brengen met de gronden voor toewijzing van eenhoofdig gezag na echtscheiding (art. 1:251a lid 1 BW). Dat betekent dat de beide bepalingen op dezelfde wijze moeten worden uitgelegd.

Het onderdeel stelt aan de orde of de rechter bij de toepassing van art. 1:253c BW nog beoordelingsruimte heeft indien is voldaan aan het klemcriterium. Het wijst erop dat in zodanig geval volgens de tekst van de bepaling het verzoek tot het toekennen van gezamenlijk gezag *wordt* afgewezen. Deze uitleg is onjuist. Bepaald is dat het bedoelde verzoek *slechts*

wordt afgewezen op de twee vermelde gronden. Daaruit volgt niet dat de rechter, als een van de gronden zich voordoet, tot afwijzing van het verzoek gehouden is. De door het onderdeel verdedigde uitleg is voorts niet in overeenstemming met de tekst van art. 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. Deze uitleg strookt met het uitgangspunt dat bij beslissingen als hier aan de orde zo veel 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. Vgl. HR 17 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:91, r.o. 3.5): 'Indien de rechter de gronden welke de met het gezag belaste ouder aanvoert om geen medewerking te verlenen aan de totstandkoming of de uitvoering van een omgangsregeling ongenoegzaam acht, dient hij op korte termijn alle in het gegeven geval gepaste maatregelen te nemen om de met het gezag belaste ouder ertoe te bewegen daaraan alsnog medewerking te verlenen. Deze gehoudenheid rust op de uit art. 8 EVRM voortvloeiende verplichting van de nationale autoriteiten, onder wie de rechter, zich zo veel mogelijk in te spannen om het recht op family life tussen ouders en hun kinderen mogelijk te maken (vgl. EHRM 17 april 2012, zaak 805/09). (...) Van de rechter kan daarbij temeer een actieve opstelling worden verlangd naarmate voor de weigering van de met het gezag belaste ouder minder, of zelfs geen, goede en voldoende aannemelijk gemaakte gronden worden aangevoerd.' Hoewel gezamenlijk gezag het risico in zich bergt dat het kind klem komt te zitten tussen 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. Dit betekent dat de rechter bij de toepassing van art. 1:253c BW nog beoordelingsruimte heeft indien is voldaan aan het klemcriterium.

mr. M.E.M. Beijersbergen

advocaat en mediator bij Van Hilten Advocaten & Mediators