

tussen de echtscheiding en het behandelde alimentatieverzoek en had de alimentatiegerechtigde niet of nauwelijks inspanningen verricht om, al dan niet gedeeltelijk, in het eigen levensonderhoud te voorzien. Het hof overweegt dan dat van de vrouw – vanwege het tijdsverloop – mocht c.q. mag worden verwacht dat zij zo veel mogelijk in haar eigen levensonderhoud zal (gaan) voorzien. In aanmerking nemende dat de vrouw niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij niet in staat was te werken, er geenszins was gebleken van enige inspanning om werk te vinden en zij haar uitgavenpatroon – ondanks grote tekorten – niet had aangepast, neemt het hof bij het bepalen van de behoefte van de vrouw een (fictieve) verdien capaciteit in aanmerking, welke wordt gesteld op het minimumloon. Het hof redeneert in dit verband dat vanwege de verstreken tijd na de echtscheiding, de lotsverbondenheid zoals die voortduurt na het huwelijk afneemt en de (oorspronkelijke) behoefte van de vrouw doet verbleken. Dit betekent dat de behoefte niet langer wordt bepaald aan de hand van de welstand van partijen tijdens het huwelijk maar op basis van de welstand van de onderhoudsgerechtigde ten tijde van de beoordeling van het alimentatieverzoek.

Hoewel het tijdsverloop een objectief bepaalbare omstandigheid is, blijkt uit voorgaande uitspraken dat enkel het verstrijken van de tijd niet voldoende wordt geacht om de lotsverbondenheid aan te tasten. Er dient ten minste nog sprake te zijn van een andere niet-financiële factor om de voortdurende solidariteit van het huwelijk te kunnen doorbreken.

Overigens valt op dat het hof omgekeerd evenredig oordeelt over het verzoek van de vrouw. De vrouw verzoekt immers om een gefaseerde verhoging van de alimentatie en zij krijgt daar een gefaseerde afbouwregeling voor terug. Aangezien de man niet expliciet om een afbouwregeling heeft verzocht, is het de vraag of het hof in dit geval ambtshalve de alimentatie heeft gelimiteerd ex art. 1:157 lid 3 BW. In een soortgelijke casus heeft de Hoge Raad hierover geoordeeld dat er geen sprake is van limitering in de zin van art. 1:157 lid 3 BW indien de rechter zijn beslissing baseert op de (verminderde) behoefte of draagkracht. De rechter mag immers rekening houden met de toekomstige omstandigheid dat de onderhoudsgerechtigde op enig moment in zijn/haar eigen levensonderhoud kan (gaan) voorzien met een nihilstelling tot gevolg (en dus geen beëindiging van de alimentatieplicht waarbij hoge motiveringseisen voor de rechter gelden) (Hoge Raad 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1335, Conclusie Hoge Raad (A-G) 30 januari 2004 ECLI:NL:PHR:2004:AO1335 en tevens Hoge Raad 29 maart 1985, NJ 1985/889).

Vermoedelijk zullen de discussies over de lotsverbondenheid in de (nabije) toekomst niet meer aan de orde zijn. In het Wetsvoorstel herziening van partneralimentatie (19 juni 2015, 34231) is de grondslag voor partneralimentatie immers niet langer de lotsverbondenheid maar een verlies aan verdien capaciteit als gevolg van keuzes die tijdens het huwelijk zijn gemaakt. Het recht op alimentatie wordt dan bepaald door het verlies aan verdien capaciteit vanwege het huwelijk. De bijdrage in het levensonderhoud vormt een compensatie voor de ontstane achterstand op de arbeidsmarkt die het gevolg is van het feit dat de alimentatiegerechtigde tijdens het huwelijk geen of minder tijd heeft kunnen besteden aan een carrière. Als het voorstel wordt aangenomen dan speelt het verlies aan welstand bij het einde van het huwelijk geen rol meer. Het uitgangspunt is dan de terugkeer van de onderhoudsgerechtigde naar de arbeidsmarkt. In de onderhavige uitspraak lijkt het of het hof een voorschot heeft genomen op het wetsvoorstel door te oordelen dat van de vrouw een eigen verantwoordelijkheid mag worden verwacht om in haar eigen levensonderhoud te gaan voorzien en haar een fictieve verdien capaciteit toe te kennen. Wellicht wordt hiermee

voorzichtig het standpunt van de rechterlijke macht over de gewijzigde grondslag uit het wetsvoorstel al weergegeven?

E.A. Slappendel
La Gro Advocaten

220

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
6 oktober 2015, nr. 200.170.464/01
ECLI:NL:GHARL:2015:7700
(mr. Jonkman, mr. Idsardi, mr. De Ruijter)
Noot V.T.M. Smeets

Ouderlijk gezag. Zorgregeling. Ernstige bezwaren minderjarigen.

Het hof oordeelt dat de man voortaan alleen zal zijn belast met het gezag. Voorts komt het hof tot de conclusie dat met de ernstige bezwaren van de minderjarige kinderen en strijd met andere zwaarwegende belangen van hen is voldaan aan de ontzeggingsgronden van art. 1:377a lid 3 sub c en d BW, en wijst het verzoek van de vrouw om een omgangsregeling af.

[BW art. 1:251a lid 1, 1:253n lid 2, 1:253a lid 4 jo. 1:377a lid 3, 1:377a lid 3 sub c en d]

Het huwelijk van partijen is in 2012 ontbonden. Uit hun huwelijk zijn twee thans nog minderjarige kinderen geboren. Minderjarige 1 is geboren in 1999, minderjarige 2 in 2003.

Partijen hebben tot 25 februari 2015 het gezamenlijk gezag over de minderjarigen. De minderjarigen hebben hun hoofdverblijf bij de man. Vanaf begin 2013 is er geen contact tussen de vrouw en de minderjarigen.

Het geschil betreft de wijze waarop in het gezag over de minderjarigen dient te worden voorzien en de contactregeling tussen de vrouw en de minderjarigen.

Ten aanzien van het gezag komt het hof tot het oordeel dat het in het belang van de minderjarigen noodzakelijk is dat de man voortaan alleen zal zijn belast met het gezag. Daarbij komt dat de minderjarigen hebben aangegeven angst te hebben gekregen voor de vrouw en dat zij verwachten dat zich problemen blijven voordoen als zij mede belast blijft met het gezag. Tevens scheidt het weinig vertrouwen dat de vrouw onduidelijkheid laat bestaan over haar huidige psychische gesteldheid.

Het hof wijst het verzoek van de vrouw om een omgangsregeling af. Ten aanzien van de omgang met de vrouw hebben de minderjarigen ernstige bezwaren naar voren gebracht. Zij hebben al lange tijd geen contact met haar, zijn bang voor haar en hebben behoefte aan rust. Daarnaast acht het hof omgang ook anderszins in strijd met zwaarwegende belangen van de minderjarigen. Het hof ziet geen aanleiding voor een raadsonderzoek.

Het hof bekrachtigt de beschikking van de rechtbank voor zover aan hoger beroep onderworpen.

[verzoekster],
wonende te [A],

verzoekster,

verder te noemen: de vrouw,

advocaat: mr. M. Horsten-van Gemeren, kantoorhoudend te Emmen,

tegen
[verweerder],
wonende te [B],
verweerder,
verder te noemen: de man,
advocaat: mr. H.Q.N. Renon, kantoorhoudend te Assen.

Hof:

1 *Het geding in eerste aanleg*

1.1 Het hof verwijst naar de beschikking van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, van 25 februari 2015, uitgesproken onder voormeld zaaknummer.

2 *Het geding in hoger beroep*

2.1 Bij beroepschrift, ingekomen ter griffie van het hof op 20 mei 2015, is de vrouw in hoger beroep gekomen van voormelde beschikking. De vrouw verzoekt het hof die beschikking te vernietigen en opnieuw rechtdoende te bepalen dat:

- het verzoek van de man om voortaan alleen belast te zijn met het gezag over de beide minderjarige kinderen van partijen alsnog wordt afgewezen;
- tussen de vrouw en de kinderen alsnog de door haar in eerste instantie verzochte contactregeling wordt toegewezen;
- dan wel dat het hof een zodanige beslissing neemt als het hof in goede justitie vermeent te behoren.

2.2 Bij verweerschrift, ingekomen ter griffie van het hof op 9 juli 2015, heeft de man het verzoek van de vrouw in hoger beroep bestreden en geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring dan wel afwijzing van het verzoek met bekrachtiging van de bestreden beschikking.

2.3 Het hof heeft voorts kennisgenomen van de overige stukken waaronder het journaalbericht met bijlagen van mr. Horstenvan Gemenen van 16 juli 2015.

2.4 De minderjarige kinderen van partijen [de minderjarige1] en [de minderjarige2] zijn op 3 september 2015 buiten aanwezigheid van partijen gehoord door een raadsheer-commissaris.

2.5 De mondelinge behandeling van de zaak heeft op 7 september 2015 plaatsgevonden. Partijen en hun advocaten zijn daarbij verschenen. Voors is namens de Raad voor de Kinderbescherming (verder te noemen: de raad) in het kader van zijn adviseerende taak verschenen, mw. [C].

3 *De vaststaande feiten*

3.1 Partijen zijn met elkaar gehuwd geweest.

3.2 Uit het huwelijk zijn twee thans nog minderjarige kinderen geboren:

– [in] 1999 in de gemeente [D] [de minderjarige1] (verder te noemen:

[de minderjarige1]) en;

– [in] 2003 in de gemeente [E] [de minderjarige2] (verder te noemen:

[de minderjarige2]).

3.3 Het huwelijk is [in] 2012 ontbonden door inschrijving van de echtscheidingsbeschikking van de rechtbank Assen van 12 september 2012 in de registers van de burgerlijke stand.

3.4 Partijen zijn (tot de hier bestreden beschikking van 25 februari 2015) gezamenlijk belast geweest met het ouderlijk gezag over [de minderjarige1] en [de minderjarige2]. De kinderen hebben hun hoofdverblijf bij de man.

3.5 Vanaf begin januari 2013 vindt er geen omgang meer plaats tussen de vrouw en de kinderen.

3.6 De man heeft op 18 december 2014 een verzoekschrift ingediend bij de rechtbank met de strekking dat hij voortaan alleen

zal worden belast met het ouderlijk gezag over [de minderjarige1] en [de minderjarige2].

3.7 De vrouw heeft daartegen verweer gevoerd en tevens zelfstandige verzoeken gedaan aan de rechtbank tot vaststelling van, kort gezegd, een nader te bepalen zorg- en informatieregeling naar de mogelijkheden die de raad daartoe zal aangegeven.

3.8 In de – uitvoerbaar bij voorraad verklaarde – bestreden beschikking heeft de rechtbank bepaald dat de man voortaan alleen zal zijn belast met het gezag over [de minderjarige1] en [de minderjarige2], aan de man een informatieplicht opgelegd en het meer of anders verzochte afgewezen. Hiertegen richt zich het hoger beroep van de vrouw.

4 *De motivering van de beslissing*

4.1 Het geschil betreft de wijze waarop in het gezag dient te worden voorzien over de minderjarigen [de minderjarige1] en [de minderjarige2] en de contactregeling tussen de vrouw en de minderjarigen.

Het gezag

4.2 Ingevolge artikel 1:251a, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) kan de rechter op verzoek van (een van) de ouders bepalen dat het gezag over de minderjarige aan een van hen toekomt indien:

- er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zal raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zal komen, of
- wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

De rechter kan daartoe ingevolge het vierde lid van voormeld artikel ook ambtshalve beslissen op voormelde gronden indien de minderjarige van twaalf jaar of ouder daar prijs op stelt.

4.3 Artikel 1:253n lid 2 BW – dat artikel 1:251a, eerste lid, BW van overeenkomstige toepassing verklaart – bepaalt dat op verzoek van de niet met elkaar gehuwde ouders of een van hen het gezamenlijk gezag kan worden beëindigd indien nadien de omstandigheden zijn gewijzigd.

4.4 De rechtbank heeft in de bestreden beschikking gemotiveerd aangegeven dat en waarom naar haar oordeel aan voormelde wettelijke criteria voor wijziging van het gezag is voldaan in het onderhavige geval. Daartoe heeft de rechtbank onder meer gewezen op de omstandigheid dat de man sinds het uiteengaan van partijen is belast met de zorg voor de kinderen en de feitelijke uitoefening van het gezag, dat de man tot twee maal toe een procedure tegen de vrouw heeft moeten beginnen omdat zij haar medewerking weigerde aan respectievelijk de verkoop van de voormalige echtelijke woning en verkrijging van paspoorten voor de kinderen, dat de kinderen veel hebben meegeregren van de strijd tussen hun ouders en momenteel geen contact meer met de vrouw willen en dat de vrouw haar stelling dat het beter met haar gaat sinds het onderzoek van de raad onvoldoende heeft onderbouwd.

4.5 De vrouw is blijkens haar beroepschrift en de daarop gegeven toelichting een andere mening toegedaan ten aanzien van de noodzaak van de gezagswijziging. Zij stelt in het bijzonder dat de man heeft geprobeerd haar zoveel mogelijk uit het leven van de kinderen te houden door het frustreren van de omgang tussen haar en de kinderen en anderzijds door haar niet te betrekken bij het nemen van beslissingen met betrekking tot de kinderen.

4.6 De man heeft de desbetreffende grief van de vrouw bestreden onder meer middels een toelichting op de situatie van partijen tijdens en na het huwelijk en de weerslag daarvan op de kinderen.

4.7 Het hof komt na eigen onderzoek tot dezelfde beoordeling als de rechtbank in eerste aanleg, namelijk dat de onderhavige ge-

zagswijziging noodzakelijk is in het belang van de kinderen. Het hof neemt de overwegingen van de rechtbank in de bestreden beschikking over, maakt die tot de zijne en verwijst daar kortheids-halve naar. In aanvulling daarop, naar aanleiding van hetgeen in hoger beroep is aangevoerd, overweegt het hof nog het volgende.

4.8 Evenals de rechtbank verwacht het hof dat zich nieuwe strubbelingen zullen voordoen tussen partijen, met de nodige gevolgen voor de kinderen, bij voortdurend van het gezamenlijk gezag. De vrouw heeft in dit verband haar stelling dat het thans beter met haar gaat sinds het rapport en advies van de raad van 28 maart 2013 – waaraan zij destijds haar medewerking heeft onthouden – onvoldoende onderbouwd met relevante bescheiden, hetgeen naar 's hofs oordeel wel op haar weg had gelegen. In de stukken vindt het hof in dit verband steun voor de – onvoldoende door de vrouw betwiste – stelling van de man dat de vrouw zowel tijdens als na het huwelijk kampte met psychiatrische problematiek. De man heeft bijvoorbeeld in dit verband gewezen op een aantal incidenten, die de nodige impact hebben gehad op de kinderen, zoals het incident waarbij de vrouw de kinderen niet liet vertrekken en het incident waarbij zij om haar moverende redenen een mes heeft gepakt (naar aanleiding van een bezorging). De kinderen hebben aangegeven dat zij angst hebben gekregen voor de vrouw, zij het [de minderjarige] in heviger mate dan [de minderjarige2]. De vrouw heeft die incidenten naar het oordeel van het hof onvoldoende betwist. Tot de stukken behoort voorts onder meer een proces-verbaal van het verhandelde ter zitting van de voorzieningenrechter op 24 januari 2014 waarin ook melding wordt gemaakt van “psychiatrische beperkingen voortkomend uit een depressie” bij de vrouw, waarbij partijen hebben afgesproken dat de vrouw zich daarvoor onder behandeling zal laten stellen middels een vrijwillige opname dan wel anderszins. De vrouw heeft daaraan blijkbaar geen gevolg gegeven.

4.9 Het intakeverslag van de GGZ Drenthe van 8 juni 2015 dat de vrouw heeft overgelegd doet geen verslag van enige behandeling van de vrouw en geeft voorts onvoldoende inzage in haar huidige psychische gesteldheid reeds gelet op het ontbreken van een ter zake doende hulpvraag bij de vrouw. De vrouw ervaart, mede blijkens dat verslag van de GGZ, geen klachten in haar persoonlijk functioneren en heeft geen behoefte aan een persoonlijkheidsonderzoek. Zij heeft zich tot de GGZ gewend omdat zij contact met de kinderen wil en “omdat de rechter dat wil” maar ziet zelf het nut er niet van in. Het hof leidt daaruit af dat de vrouw nog steeds onvoldoende inzicht heeft in haar persoonlijke problematiek. Anders dan namens de vrouw ter zitting is verdedigd, kan het hof uit het voormelde verslag van de GGZ Drenthe niet afleiden dat de vrouw geen hulp nodig heeft. Die stelling berust naar het oordeel van het hof op een onjuiste lezing dan wel weging van de inhoud van dat verslag, hetwelk immers niet is gebaseerd op een uitgebreid persoonlijkheids-onderzoek dan wel psychologisch onderzoek in engere zin (het systematisch vastleggen van objectieve en subjectieve psychiatrische symptomen, aanwezig op het moment van het onderzoek) maar voornamelijk op de verklaringen van de vrouw die voortbouwen op haar stelling dat zij zelf geen hulpvraag heeft. Het hof laat het ontbreken van duidelijkheid in deze procedure omtrent haar psychische gesteldheid voor rekening en risico van de vrouw. Het hoeft voorts geen betoog dat het bij de kinderen weinig vertrouwen schept dat de vrouw onduidelijkheid heeft laten bestaan omtrent haar huidige psychische gesteldheid. Daarbij hebben de kinderen gemotiveerd aangegeven dat en waarom zij willen dat de man alleen de beslissingen over hen kan nemen. Ook [de minderjarige] en [de minderjarige2] verwachten dat zich problemen zullen blijven voordoen wanneer de moeder mede belast blijft met het gezag over hen.

4.10 De enkele niet nader onderbouwde stelling van de vrouw dat de man zoveel mogelijk heeft geprobeerd de vrouw buiten het leven van de kinderen te houden door het frustreren van de omgang en door haar niet te betrekken bij het nemen van beslissingen met betrekking tot de kinderen, welke stelling overigens door de man is betwist, is onvoldoende voor het hof om anders te oordelen over de noodzakelijkheid van onderhavige gezagswijziging. Het hof hecht er in dit verband aan op te merken dat niet het belang van de vrouw hier doorslaggevend is maar dat van de kinderen.

De omgangsregeling

4.11 Een verzoek om omgang kan slechts worden afgewezen indien sprake is van een of meer van de hierna volgende in artikel 1:377a lid 3 genoemde ontzeggingsgronden (welke in artikel 1:253a lid 4 BW van overeenkomstige toepassing zijn verklaard):

- omgang zou ernstig nadeel opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind, of
- de ouder of degene die in een nauwe persoonlijke betrekking staat tot het kind moet kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat worden geacht tot omgang, of
- het kind dat twaalf jaren of ouder is, heeft bij zijn verhoor van ernstige bezwaren tegen omgang met zijn ouder of met degene met wie hij in een nauwe persoonlijke betrekking staat doen blijken, of
- omgang is anderszins in strijd met zwaarwegende belangen van het kind.

4.12 Het hof is gebleken dat [de minderjarige] en [de minderjarige2] in hoger beroep zelf ernstige bezwaren naar voren hebben gebracht tegen de omgang met de vrouw waardoor naar 's hofs oordeel de ontzeggingsgrond bedoeld in artikel 1:377a lid 3 onder c BW van toepassing is. Voor hervatting van het contact met de vrouw zien de kinderen op dit moment geen ruimte. Zij hebben daartoe onder meer gewezen op het feit dat zij al geruime tijd geen contact meer met de vrouw hebben en dat zij bang zijn voor de vrouw als gevolg van haar gedrag in het verleden. Volgens de kinderen was de vrouw vaak onvoorspelbaar, emotioneel (veel geschreeuw) en hebben zich diverse incidenten voorgedaan die zij als bedreigend althans als zeer onprettig hebben ervaren, zoals de keer dat de vrouw hen niet liet vertrekken na afloop van een omgangsmoment. Met name op [de minderjarige] heeft dat incident een grote indruk gemaakt. De kinderen voelen zich niet op hun gemak bij de vrouw. Bij de man is het momenteel rustig en stabiel en op school gaat het goed met de kinderen. [de minderjarige2] zit sinds kort in de brugklas (Havo) en [de minderjarige] zit in de vierde klas van het Atheneum.

4.13 Daarnaast kan het hof de rechtbank volgen in haar overweging dat het belang van de kinderen bij rust dient te prevaleren, zeker nu de vrouw niet aannemelijk heeft gemaakt dat haar situatie wezenlijk is veranderd en zij heeft gewerkt aan haar problematiek. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat het op de weg van de vrouw had gelegen om haar stellingen betreffende haar psychische gesteldheid te onderbouwen met relevante bescheiden, gelet op de voorgeschiedenis van de zaak waaronder begrepen de eerdere beslissingen over de omgang tussen de vrouw en de kinderen. Onder verwijzing naar hetgeen het hof hiervóór onder 4.7 en 4.8 heeft overwogen constateert het hof dat die noodzakelijke onderbouwing ook in hoger beroep nog ontbreekt. Verder is het hof gebleken dat de vrouw nog steeds het verblijf van de kinderen bij de man niet kan ondersteunen en dat de vrouw in het verleden de kinderen ernstig heeft belast met negatieve uitlatingen over de man. Een en ander bezien in onderlinge samenhang leidt het hof tot de conclusie dat omgang tussen de vrouw en de kinderen in strijd zou

zijn met zwaarwegende belangen van de kinderen, zodat ook de ontzeggingsgrond in het hiervoor aangehaalde artikel 1:377 lid 3 onder d BW van toepassing is.

4.14 Gelet op het voorgaande ziet het hof geen aanleiding voor een raadsonderzoek waarbij het hof mede betreft dat de kinderen zich daartegen hebben uitgesproken, dat de vrouw nog geen inzage heeft gegeven in haar huidige psychische gesteldheid door middel van een persoonlijkheidsonderzoek en de vrouw eerder niet mee heeft willen werken aan een raadsonderzoek. In de gegeven omstandigheden is een nieuw raadsonderzoek daarom naar het oordeel van het hof niet zinvol en te belastend voor de kinderen.

4.15 Aangezien ook overigens niets is aangevoerd dat tot een ander oordeel leidt betekent het voorgaande dat het hoger beroep van de vrouw faalt.

5. De slotsom

5.1 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de bestreden beschikking zal worden bekrachtigd voor zover aan dit hoger beroep onderworpen.

6. De beslissing

Het gerechtshof:
bekrachtigt de beschikking waarvan beroep voor zover aan dit hoger beroep onderworpen;
wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

NOOT

In bovenstaande uitspraak heeft de mening van de minderjarigen zowel ten aanzien van het gezag als de omgang een belangrijke rol gespeeld bij het oordeel van het hof om de man alleen te belasten met het gezag over de minderjarigen en om geen omgangsregeling vast te stellen tussen de vrouw en de minderjarigen. In de praktijk zal een uitspraak als deze ertoe leiden dat de moeder geen rol meer zal spelen in het leven van de minderjarigen. Er hangt dus nogal wat af van de mening van een minderjarige. Juist als het om minderjarigen gaat, is zorgvuldigheid van groot belang. In deze annotatie wordt nader ingegaan op het recht van een minderjarig kind om zijn mening te geven in een gerechtelijke procedure op beslissingen aangaande het gezag en contact of omgang.

Art. 12 Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind (IVRK)

Art. 12 IVRK geeft een kind dat in staat is zijn eigen mening te vormen het recht die mening vrij te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen. Aan die mening dient een passend belang te worden gehecht in overeenstemming met de leeftijd en rijpheid van het kind. Volgens art. 12 IVRK houdt dit recht in juridische procedures in dat het kind in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling.

In paragraaf 134 van de General Comment No. 12 (2009) van het VN-Comité voor de Rechten van het Kind zijn negen eisen opgenomen inzake het horen van een kind, waarin nationale wetgeving met het oog op een goede werking van art. 12 IVRK moet voorzien.¹ Deze eisen beogen een effectief, ethisch en betekenisvol verhoor waarbij recht wordt gedaan aan de mening van een kind. De eisen zijn hieronder puntsgewijs samengevat:

a. transparant en informatief – het kind moet op een bij de

leeftijd en situatie passende wijze op de hoogte worden gebracht van zijn rechten over en tijdens het verhoor;

- b. vrijwilligheid – deelname aan het verhoor is vrijwillig en deelname kan ook tijdens het verhoor worden beëindigd. Het is aan het kind wat het tijdens het verhoor naar voren wil brengen;
- c. respect – respect voor de mening van het kind, hetgeen vraagt om een goede inschatting van de sociale context van de omgeving van het kind, rijpheid en de capaciteiten van het kind en begrip van de sociale context van de omgeving van het kind;
- d. relevantie – het onderwerp dat met het kind wordt besproken moet relevant zijn voor zijn leven, maar tegelijk moet er ruimte zijn voor het kind om zaken die het relevant vindt, te bespreken;
- e. kindvriendelijk – de omgeving en methode van verhoor moeten aansluiten op de capaciteiten en leeftijd van het kind;
- f. ieder verhoor is maatwerk – ieder kind is immers uniek;
- g. goede training van de personen die het gesprek afnemen;
- h. veiligheid van het kind moet worden gewaarborgd en ook het kind moet weten waar het passende hulp kan vinden indien nodig;
- i. terugkoppeling naar het kind van hoe de uitkomst van het verhoor in het proces is gebruikt en een evaluatie van het gesprek moet mogelijk zijn.

Art. 809 Rechtsvordering (Rv)

Art. 12 IVRK is geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving in art. 809 Rv. Op grond van die bepaling roept de rechter een minderjarige op om te worden gehoord in zaken waarin de rechter een beslissing neemt die de minderjarige betreffen. Voor wat betreft zaken die het levensonderhoud van de minderjarige betreffen, geldt dat een minderjarige van 16 jaar of ouder in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn mening kenbaar te maken. Voor alle overige zaken betreffende minderjarigen geldt dat een minderjarige van 12 jaar of ouder die gelegenheid moeten krijgen. De rechter mag een minderjarige jonger dan 16 respectievelijk 12 jaar in de gelegenheid stellen zijn mening kenbaar te maken. Ik merk overigens op dat art. 12 IVRK dit leeftijdsonderscheid niet kent.

Anders dan art. 12 IVRK, kent de hoorplicht van art. 809 Rv twee uitzonderingen. De eerste uitzondering is geregeld in het eerste lid en ziet op zaken die naar het oordeel van de rechter van kennelijk ondergeschikt belang zijn. Voorts mag op grond van art. 809 lid 3 BW onder bepaalde voorwaarden van verhoor worden afgezien, indien het horen niet kan worden afgewacht zonder onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige.

Bij beantwoording van de vraag of een zaak van kennelijk ondergeschikt belang is, wordt aangesloten bij de in art. 902b (oud) BW genoemde gevallen, zoals bijvoorbeeld benoeming van een bijzonder curator en ontslag van de voogdij in een aantal in de wet geregelde gevallen.

Soms doet zich het geval voor dat de uitnodiging voor het verhoor de minderjarige niet heeft bereikt. De vraag is of dan van horen kan worden afgezien op de grond dat het horen niet tot een andere beslissing zou leiden. Deze vraag is door de Hoge Raad beantwoord in zijn uitspraak van 1 november 2013.² De Hoge Raad stelt voorop dat art. 809 Rv niet voorschrijft dat de rechter een minderjarige (van 12 jaar of ouder) moet horen alvorens te beslissen, maar (slechts) in de gelegenheid moet stellen zijn mening kenbaar te maken. Aangenomen dat van de uitzonderingen uit lid 1 en lid 3 geen sprake is, overweegt de Hoge Raad het volgende over de verplichting om de minderjarige in staat te stellen zijn mening kenbaar te maken. De rechter kan daarvan op de voet van art. 809 lid 1 Rv in verbinding met art. 802 Rv afzien, indien naar zijn oordeel aannemelijk is dat de

1 General Comment No. 12 (CRC/C/GC/12) 2009, p. 26-27.

2 HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1084.

minderjarige wegens een ernstige lichamelijke of geestelijke stoornis niet in staat is zich een mening te vormen. Voorts kan van het horen van een minderjarige worden afgezien, indien naar zijn oordeel aannemelijk is dat de minderjarige niet wil worden gehoord. Tevens kan van verhoor worden afgezien, indien naar het oordeel van de rechter te vrezen valt dat het bieden van die gelegenheid de gezondheid van de minderjarige zal schaden. De Hoge Raad concludeert dat er geen grond is om van horen af te zien op de grond dat dit uiteindelijk niet van invloed zal zijn op de te nemen beslissing.

Beslissingen aangaande het gezag

Voor wat betreft beslissingen aangaande het gezag in een echtscheidingsprocedure³ bestaat in beginsel geen plicht om de minderjarige op te roepen, omdat het gezamenlijk gezag na echtscheiding voortduurt (art. 1:251 lid 2 BW). Een rechterlijke beslissing over het gezag is derhalve niet noodzakelijk. De rechter onderzoekt om die reden ook niet of voortzetting van het gezamenlijk gezag na echtscheiding in het belang van de betrokken minderjarige is.

Met de invoering van art. 1:251a BW heeft de wetgever de minderjarige de mogelijkheid gegeven zelfstandig en op informele wijze aan de rechter zijn mening kenbaar te maken tot het voortduren van het gezamenlijk gezag na echtscheiding. Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 4 april 2008⁴ volgt dat de wetgever daarmee niet heeft willen uitsluiten dat die informele rechtsingang nog kan worden gebruikt ná de echtscheidingsprocedure. De minderjarige moet ten minste eenmaal in de gelegenheid worden gesteld zijn mening kenbaar te maken. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat de informele rechtsingang na de beëindiging van de echtscheidingsprocedure niet meer kan worden gebruikt indien de rechter in die procedure naar aanleiding van een verzoek tot toekenning van eenhoofdig gezag een beslissing heeft gegeven. In een dergelijk geval heeft de rechter zich omtrent het voortduren van het gezamenlijk gezag een oordeel gevormd en een beslissing gegeven, die slechts op de voet van art. 1:253n BW (beëindiging van gezamenlijk gezag) of art. 253o BW (wijziging van eenhoofdig ouderlijk gezag) kan worden gewijzigd. In een dergelijk geval staat het de rechter niet vrij ambtshalve de eerdere rechterlijke beslissing te wijzigen.

Beslissingen aangaande contact of omgang

Ten aanzien van zaken aangaande het contact (in de situaties waarin beide ouders met het gezag zijn belast) of omgang (met de niet met het gezag belaste ouder) mag de rechter pas beslissen nadat hij een minderjarige van 12 jaar of ouder in de gelegenheid heeft gesteld zijn mening kenbaar te maken (art. 809 lid 1 Rv). De rechter is niet verplicht een minderjarige jonger dan 12 jaar te horen en een beslissing om van dat verhoor af te zien hoeft niet te worden gemotiveerd.

Procespositie minderjarigen

Een minderjarige is geen formele partij in procedures tussen hun ouders en wordt dat door het horen ook niet. De minderjarige moet steeds door zijn ouder(s) of voogd worden vertegenwoordigd. Als strijd bestaat tussen de belangen van de ouder(s) en de minderjarige, biedt art. 1:250 BW de mogelijkheid dat de minderjarige wordt vertegenwoordigd door een bijzonder curator. Daarnaast heeft de minderjarige van 12 jaar of ouder de

mogelijkheid om de rechter op informele wijze zijn wensen ten aanzien van het gezag of contact of omgang kenbaar te maken. De rechter neemt dan een beslissing op grond van respectievelijk art. 1:251a, 1:253a en 1:377g BW. Dit geldt ook voor een minderjarige jonger dan 12 jaar die in staat wordt geacht zijn belangen goed in te schatten.

Het verhoor

Ik onderschrijf het belang van het recht van een minderjarige om in een voor hem zware periode te vertellen wat hij belangrijk vindt en om zijn zorgen te kunnen uiten, waarbij er een moment is, dat er ook even tijd voor hem is en er ook even naar hem wordt geluisterd door een neutraal persoon in een situatie waarin iedereen om hem heen partij kiest. Dit recht is reeds gewaarborgd in art. 809 Rv.⁵ Echter, de uitspraak van de rechter dient ook recht te doen aan art. 8 EVRM (het recht op "family life"). Mijns inziens wordt dat recht gewaarborgd als de rechter naar aanleiding van het verhoor tot een zorgvuldige belangenafweging kan komen.

Ten aanzien van het verhoor ben ik van mening dat de eisen van het Comité door iedere rechter in acht zouden moeten worden genomen om te zorgen dat de mogelijkheid van de minderjarige om zijn mening kenbaar te maken goed wordt benut en het (lange termijn) belang van de minderjarige is gediend met de uitkomst. Onderdeel daarvan is in hoeverre een minderjarige de gevolgen van zijn mening voldoende kan overzien. Gezien de eisen van het Comité zou de rechter afhankelijk van de situatie en de rijpheid van de minderjarige in overweging moeten nemen een deskundige te vragen het verhoor te begeleiden.

De afweging van de rechter zal maatwerk moeten zijn. Immers, elke situatie is anders, maar ook elk kind is anders. Daarbij zal de rechter onder meer de geschiedenis van de relatie van partijen, het verloop van de scheiding en de aanwezigheid van contra-indicaties kunnen afwegen. Daarnaast zal de rechter in zijn overwegingen dienen mee te nemen of de beslissing ten aanzien van het gezag en/of de invulling van het contact of omgang van tijdelijke of definitieve aard zal zijn. Een aandachtspunt daarbij is dat in geval van ontzeggen van omgang of contact, het initiatief tot herstel bij de minderjarige kan komen te liggen. In een situatie waarin niet aannemelijk is dat herstel in de toekomst op voorhand is uitgesloten, dient de rechter de inschatting te maken of de minderjarige te zijner tijd het initiatief tot het zoeken van contact met de betreffende ouder kan nemen. Het is immers onwenselijk dat het recht dat de minderjarige zijn mening kenbaar mag maken, een drempel vormt voor contact of omgang in de toekomst.

Bovenstaande uitspraak geeft weinig informatie over de wijze waarop het verhoor van de minderjarige heeft plaatsgevonden. Het is daarom moeilijk de vraag te beantwoorden of het verhoor volgens de eisen van het Comité is geschied en zo niet, of de uitspraak bij toepassing van die eisen anders zou hebben geluid. De wettelijke basis om een minderjarige in staat te stellen zijn of haar mening kenbaar te maken is er. Aanvullende eisen om dat recht optimaal te kunnen benutten en een zorgvuldige belangenafweging op maat zijn nodig om dat recht optimaal te kunnen invullen. Dergelijke procedurele waarborgen nemen echter niet weg dat de verantwoordelijkheid primair bij partijen ligt. Partijen zijn of gaan weliswaar als partners uit elkaar, maar zullen altijd samen ouders van hun (minderjarige) kinderen blijven.

V.T.M. Smeets
Wille Donker advocaten

3 Waar wordt gesproken over echtscheiding dient tevens scheiding van tafel en bed of ontbinding van een geregistreerd partnerschap te worden gelezen.

4 HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2241.

5 Zie ook paragraaf 6 van het Procesreglement gezag en omgang rechtbanken 2015.