

# Zware inspanningsverplichting voor de rechter in omgangszaken

EB 2014/61

In zijn uitspraak van 17 januari 2014 (ECLI:NL:HR:2014:91, EB 2014/41) heeft de Hoge Raad expliciet bepaald dat op de rechter(lijke macht) een zware inspanningsverplichting rust om het wederzijdse recht op omgang tussen ouder en kind daadwerkelijk tot stand te laten komen.

## 1. De situatie

De situatie was als volgt. Partijen hebben ruim vier jaar een relatie gehad, waaruit in 2008 een dochter is geboren. De vader heeft zijn dochter erkend en de moeder oefent alleen het gezag over haar uit. Kort na de geboorte van de dochter is de relatie tussen partijen verbroken en is moeder met haar dochter via een blijf-van-mijn-lijfhuis ergens anders gaan wonen. Het feit dat moeder in een blijf-van-mijn-lijf huis terecht is gekomen, wijst op huiselijk geweld. Na het verbreken van de relatie heeft vader ongeveer negen weken omgang met zijn dochter gehad. Op welke manier en hoe vaak wordt niet in de uitspraak vermeld. Vervolgens is de omgang in overleg voorlopig stopgezet, omdat vader moeder een 'time-out' wilde geven.

Vader heeft in september 2009 de rechtbank verzocht een omgangsregeling vast te stellen, waarbij hij heeft voorgesteld om de omgang geleidelijk op te bouwen tot uiteindelijk een co-ouderschap. Tevens verzocht vader een informatie-regeling en gezamenlijk gezag. Moeder stelde als voorwaarde dat de omgang onder begeleiding dient plaats te vinden. Vervolgens verzocht de rechtbank de Raad voor de kindbescherming (hierna: de Raad) om een onderzoek ten aanzien van de omgang en het gezag. De Raad concludeerde dat er geen contra-indicaties zijn voor omgang, mits de omgang in een omgangshuis wordt begeleid en adviseert een geleidelijke opbouw van de begeleide omgang, omdat de dochter intussen al jaren geen contact met vader heeft gehad. Daarnaast noemde de Raad het risico van de verstoorde communicatie tussen de ouders: moeder heeft nauwelijks vertrouwen in de omgang van vader met de dochter. Volgens de Raad hebben beide ouders ondersteuning van professionals nodig om de omgang passend en adequaat te laten verlopen. De rechtbank bepaalde vervolgens in meerdere tussenschikkingen dat er begeleide omgang, onder andere via een omgangshuis, dient plaats te vinden.

Moeder stopte vervolgens de omgang in het omgangshuis, bracht niets tegen de conclusies van de Raad in, maar bleef haar medewerking aan omgang weigeren. Vier tussenschikkingen en twee jaar later zag de rechtbank aanleiding om een omgangsregeling vast te stellen, versterkt door een

dwangsom, maar zag daarvan toch af omdat moeder zou zijn aangesloten op het Aware alarmsysteem (in het kader van huiselijk geweld, BC7). De rechtbank vreesde dat moeder dit zal gebruiken ter obstructie van de omgangsregeling. Het verzoek van vader werd afgewezen en zijn recht op omgang wordt geschorst.

Het Hof Amsterdam kwam erachter dat moeder helemaal niet aangesloten is op het Aware alarmsysteem. Het hof deed een nieuwe poging en meende dat er op korte termijn (1) een omgangsregeling tot stand moet komen, opnieuw onder begeleiding in het omgangshuis en met een geleidelijke opbouw. Ook het hof oordeelde echter in zijn eindbeschikking dat er in beginsel aanleiding is om een omgangsregeling vast te stellen, daaraan een dwangsom te verbinden gelet op de houding van moeder tot nu toe, maar wees het verzoek van vader af. Als reden voerde het hof aan dat omgang niet in belang van de dochter is, omdat zij vader niet kent, geen band met hem heeft en niet aan hem is gehecht. De begeleide omgang is namelijk opnieuw niet tot stand gekomen. De Hoge Raad overweegt dat de rechter een groot aantal maatregelen kan treffen om de ouder te bewegen zijn verplichtingen na te komen. De A-G gaat in zijn conclusie op deze maatregelen in. Op grond van onder andere art. 8 EVRM dienen de nationale autoriteiten, onder wie de rechter, zich zo veel mogelijk in te spannen om het recht op 'family life' mogelijk te maken. Van de rechter kan temeer een actieve opstelling worden verwacht naarmate voor de weigering van de met het gezag belaste ouder minder – of zelfs geen – goede en voldoende aannemelijk gemaakte gronden worden aangevoerd om medewerking aan omgang te weigeren. In casu: de weigering van de moeder wordt niet door objectieve gegevens ondersteund. Het hof heeft miskend dat het niet tot dit oordeel had mogen komen alvorens ook zelf al het redelijkerwijs mogelijke te doen om te bewerkstelligen dat een omgangsregeling tot stand komt. De Hoge Raad vernietigt de beschikking met betrekking tot de omgang, verwijst de zaak naar het Hof Den Haag en veroordeelt moeder in de proceskosten.

Opvallend is dat de Hoge Raad in het kader van de ontzeggingsgronden van art. 1:377a BW ook het klem en verloren-criterium (de 'gezagstoets') aanhaalt:

“de totstandkoming of uitvoering van een omgangsregeling kan er toe leiden dat een kind klem komt te zitten of verloren raakt tussen de beide ouders als de omgang zou worden afgedwongen, met als gevolg dat de omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind, of anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind.”

Daarbij merkt de Hoge Raad expliciet op dat het bovenstaande ook geldt in gevallen waarin ouders gezamenlijk met het gezag zijn belast.

<sup>1</sup> Mr. dr. Brigitte Chin-A-Fat is advocaat te Breda.

Wat blijkt uit deze zaak? Hoewel uit alle (tussen)beschikkingen blijkt dat de gerechten niet alleen van mening zijn dat er omgang dient plaats te vinden en zij daarop ook daadwerkelijk 'inzetten', zelfs versterkt met een dwangsom, gaat er intussen zoveel tijd voorbij waarin er geen omgang tussen vader en dochter plaatsvindt, dat uiteindelijk het uitblijven van (begeleide) omgang reden wordt om geen omgangsregeling vast te stellen. De herhaalde en langdurige pogingen van de gerechten leiden dus tot precies het tegenovergestelde en ongewenste resultaat; de weigerachtige opstelling van moeder 'loont'.

## 2. Effectuering van omgang

De vraag 'welke methoden werken het best bij het effectueren van omgang' is op basis van deze uitspraak weer actueel. De vraag is niet nieuw. Eind jaren 90 van de vorige eeuw werd naar deze vraag in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (hierna: WODC) onderzoek verricht. In die periode werd het omgangsrecht onder de aandacht van een breder publiek gebracht door organisaties van gescheiden vaders. Bij de vraag naar effectiviteit van methodes kreeg mediation, ook van overheidswege, veel aandacht. De door het Ministerie van Justitie gefinancierde Experimenten Scheidings- en Omgangsbeïndeling leidden – na pilots ook op andere rechtsgebieden – tot een structurele inbedding van mediation in de gerechten en veelvuldige verwijzingen op het terrein van gezag en omgang. In aanvulling op mediation werd sinds 2008 de zogenaamde overlegscheiding (collaborative divorce) in Nederland geïntroduceerd. Verschillende wetsvoorstellen leidden in tot invoering van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding per 1 maart 2009. De buitengerechtelijke scheiding kwam er toen niet, maar is inmiddels door een afspraak in het regeerakkoord weer actueel (zie ook andere artikelen die eerder dit jaar in dit tijdschrift over scheiden zonder rechter verschenen).

Van het verplichte ouderschapsplan voor scheidende ouders werd verwacht – of liever gezegd gehoopt – dat ouderschap na scheiding tot minder conflicten zou leiden, met name door ouders in een vroeg stadium over de invulling van hun ouderschap na de scheiding te laten nadenken en overleggen. De manier waarop ouders een ouderschapsplan moesten opstellen, werd aan hen zelf overgelaten. In die periode is veel over het ouderschapsplan en de verwachte effectiviteit daarvan geschreven.

Ook de rechterlijke macht zat niet stil en zocht naar methoden om geschillen tussen ouders te helpen verminderen. Er werd financiering ter beschikking gesteld voor ouderschapsonderzoeken (voorheen forensische mediation), rechters kregen cursussen conflict diagnose, de regierechter werd een begrip en onlangs werd met een specifiek vragenmodel ter zitting geëxperimenteerd.

## 3. Huidige stand van zaken

Nu in 2014 de balans na vijf jaar verplicht ouderschapsplan wordt opgemaakt (zie het rapport Evaluatie Ouder-

schapsplan dat in opdracht van het WODC werd opgesteld (WODC Cahier 2013-8)), staat het omgangsrecht ('contact' voor de met het gezag belaste ouder) weer volop in de belangstelling. Deze belangstelling wordt ook veroorzaakt door zogenaamde familiedrama's, waarachter veelal scheidingsproblematiek blijkt te zitten. De term vechtscheiding is regelmatig in de media gesignaleerd en is inmiddels een bekende term. Ed Spruijt is van mening dat het verplichte ouderschapsplan heeft geleid tot een toename van ouderlijke conflicten en daardoor een toename van de problemen van scheidingskinderen.

De aandacht in de media leidt opnieuw tot politieke aandacht voor dit thema door onder andere Kamervragen aan de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS, beantwoord bij brief van 9 april 2014) en de brief van 31 maart 2014 van de Staatssecretarissen van Veiligheid en Justitie en VWS gezamenlijk. Sinds de aanstelling van de kinderombudsman in 2011 vestigt deze expliciet de aandacht op de positie van kinderen bij scheidingen. Op 4 april 2014 presenteerde de kinderombudsman zijn rapport "Vechtende ouders, het kind in de knel". De stem en mening van kinderen wordt onder andere via Stichting Villa Pinedo verwoord en aan maatschappij en scheidingsprofessionals kenbaar gemaakt. De vraag naar het verbeteren van de situatie van gescheiden ouders en hun kinderen blijft actueel.

## 4. Oplossingen?

Uit al het werk dat op dit terrein door middel van (rechtsvergelijkend) onderzoek en experiment of pilot in de afgelopen jaren is gedaan en eerder via het werk van Hoefnagels (door de ontdekking van de scheidingmelding), weten we dat de angel in een omgangsconflict veelal partnerproblematiek is. De term vechtscheiding sluit hierbij aan. De oplossing van deze problematiek ligt in beginsel ook bij de ouders zelf. De kinderombudsman spreekt ouders zelfs direct aan:

"Werkelijk, de sleutel van het probleem ligt voor het grootste deel in uw handen."

Methoden waarin hieraan aandacht wordt besteed, zullen derhalve in eerste instantie het meest effectief zijn. Mediation is hiervoor bij uitstek geschikt, al dan niet via toepassing van mediationstechnieken in een deskundigenonderzoek of ouderschapsonderzoek.

De resultaten van het wetenschappelijk onderzoek naar het ouderschapsonderzoek zijn recent gepubliceerd (Het ouderschapsonderzoek: een aanpak bij vechtscheidingen. Dr. E.S. Kluwer, Research Memoranda, nr. 1/2013). Uit het onderzoek blijkt dat de toepassing van mediationstechnieken in het specifieke kader van een deskundigenonderzoek zelfs na meerdere gerechtelijke procedures positief effect heeft, namelijk dat ouders tot afspraken komen. Uit het onderzoek, waarin met een controlegroep werd gewerkt, bleek dat de relatie tussen de ouders niet in sterkere mate verbeterde in de groep van het ouderschapsonderzoek dan in de controlegroep. In beide groepen rapporteerden de ouders in de nameting minder conflicten en een verbeterde relatie.

De vraag wordt in het rapport derhalve opgeroepen of in het stadium van de al zozeer geëscaleerde conflicten verbetering van de relatie een streven van het deskundigenonderzoek moet zijn, of dat het realistischer is te streven naar een situatie waarin de ouders stoppen met hun juridische strijd. Deze aanhoudende strijd blijkt immers het meest destructief voor hun kinderen te zijn. Dit resultaat pleit aldus de onderzoekster voor een vroege aanpak van conflicten in de kern of een focus op uitvoeren van omgang/contact. In de aanbevelingen wordt ook gepleit voor investering in de preventie van vechtscheidingen. In het ouderschapsonderzoek zelf kunnen structurering, uitwisseling onder deskundigen en het ontwikkelen van 'best-practices' tot (verdere) verbetering leiden.

Logischerwijze komt begeleiding van omgang pas aan de orde als blijkt dat alleen maar praten over een omgangsregeling niet meer helpt (zoals in bovengenoemde methoden) maar er feitelijke hulp en begeleiding nodig zijn bij de uitvoering van een (hetzij zelf overeengekomen of door de rechter opgelegde) omgangsregeling. Voor het meest optimale resultaat kunnen beide tegelijk worden ingezet. Zowel in de uitspraak van de Hoge Raad als in het rapport van de kinderombudsman worden de mogelijke interventies op een rij gezet. De kinderombudsman heeft in een apart rapport specifiek aandacht voor de rol van de bijzonder curator gevraagd. In zijn rapport maakt de kinderombudsman onderscheid tussen verschillende groepen ouders en de mate van conflict: ouders die er zelf wel uitkomen (harmonie), wat hulp nodig hebben (begeleiding) en de geëscaleerde situaties (vechtstand) en geeft per groep aan welke hulp beschikbaar is.

## 5. Verplichte mediation en informatiebijeenvakomen?

Zijn aanbeveling voor verplichte mediation en informatiebijeenvakomen komt op basis van de inhoud van het rapport en juist de driedeling in soorten conflictsituaties enigszins uit de lucht vallen, namelijk door slechts te verwijzen naar deze mogelijkheid in andere landen (met andere rechtsstelsels). Er is echter ook rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar de effecten van bepaalde methoden in het buitenland en de vraag of deze in ons land ook zullen werken.

Kritiek op het ouderschapsplan is geweest dat voor ouders die zelf in staat zijn een plan te maken, de verplichting niet nodig is. Ook nu blijkt dat ouders er zich makkelijk van kunnen afmaken en in die zin de verplichting niet werkt voor degenen die niet willen (zie de besproken uitspraak). Mediation (of een informatiebijeenvakomen) op één moment voor iedereen te verplichten, sluit niet aan op de analyse van de soort situaties. Het feit dat er verschillende categorieën ouders en individuen (te denken valt aan persoonlijkheidsstoornissen of psychiatrische problematiek) zijn, maakt maatwerk noodzakelijk. Uit het onderzoek naar het ouderschapsonderzoek blijkt dat ook in een later stadium dan bij de scheiding ouders alsnog tot afspraken kunnen komen, waar hen dit eerder niet is gelukt. In dergelijke situaties is de kans aanzienlijk dat een verplichte mediation tijdstip

van de scheiding niet lukt, maar dat op een later moment en in een justitieel kader een ouderschapsonderzoek wel tot afspraken leidt. In sommige situaties zal praten niet lukken of voldoende zijn. Dan zijn er zwaardere methoden beschikbaar of kan juist op uitvoering worden gefocust.

## 6. Maatwerk

Vanuit het oogpunt van kostenefficiëntie (denk aan de bezuinigingen op de rechtsbijstand) is een verplichting waarschijnlijk ook niet effectief. De 'lichte' gevallen zullen die niet nodig hebben en de zwaardere gevallen zullen waarschijnlijk meer druk of dwang (via de rechter bijvoorbeeld) nodig hebben. Overheidsgeld kan in die zin beter worden ingezet op verschillende momenten. Verschillende conflictpatronen, individuele dynamiek in individuele gevallen en unieke kinderen vragen om maatwerk. Met alles wat we weten, is dat maatwerk ook goed te bieden. Maatwerk kan praktisch gezien lastiger op landelijk niveau worden aangeboden dan in de directe omgeving van een scheidend paar. Een landelijk uniform aanbod van scheidingshulp dient wel beschikbaar te zijn en ouders moeten er kunnen uithalen wat voor hen nodig is. Een landelijk scheidingsaanbod is nodig, maar dient tot maatwerk in een individuele ketting voor het gezin te worden gegoten.

Vanzelfsprekend dient niet uit het oog te worden verloren dat in sommige situaties praten niet zal werken, maar andere interventies geboden zijn. Aansluitend bij de situatie in de uitspraak van de Hoge Raad zal het in situaties van huiselijk geweld niet voor de hand liggen partijen 'zomaar' aan tafel uit te nodigen (of tot mediation te verplichten). Dat sprake is (geweest) van huiselijk geweld wil ook weer niet direct zeggen dat met of tussen de ouders niet kan worden gesproken over de vraag hoe het contact/de omgang tussen ouder en kind na scheiding kan worden vormgegeven. Wellicht zijn ouders met de juiste begeleiding in staat om een creatieve oplossing te bedenken, bijvoorbeeld met inzet van hun eigen familie, netwerk of hulp van hun sociale omgeving. Er kan ook overeenstemming over een omgangsregeling worden bereikt, waarin er geen direct contact tussen ouders hoeft te zijn. Ook een rechter kan een rol spelen in het bepalen van de voorwaarden waaronder omgang kan en dient plaats te vinden. Een aparte categorie blijft echter de zaken waarin de veiligheid van het kind zelf in het geding is. In elke situatie is in ieder geval vanaf het begin een drievoudige focus nodig: in de eerste plaats op de ouders zelf. Als zij met elkaar in gesprek gaan, kan aandacht worden besteed aan het goed uit elkaar gaan als partners en het vormgeven van hun ouderschap na scheiding. In de tweede plaats op het direct laten plaatsvinden van contact of omgang (juist vanwege het risico dat er tijd verloren gaat); in afwachting van bijvoorbeeld een gerechtelijke verwijzing naar mediation kan een voorlopige omgangsregeling worden bepaald. In de derde plaats op de belangen, stem en positie van het kind. De kinderombudsman heeft in zijn relatief prille bestaan al laten zien aandacht voor deze laatste te kunnen genereren in de media en door middel van onderzoek en rapporten.

## 7. De praktijk

Wat kunnen scheidingsprofessionals vandaag de dag in de praktijk doen om de situatie voor ouders en kinderen te verbeteren? Zoals de staatssecretarissen in hun brief van 31 maart 2014 al aangeven: veel initiatieven zijn immers al genomen.

De eerste stap: alle scheidingsprofessionals dienen over de vaardigheid te beschikken om te kunnen inschatten wat een ouderpaar/gezin nodig heeft. Kennis van de dynamiek van een scheiding, effecten op het individu en hun kinderen is daarvoor een eerste vereiste. Dit pleit voor de erkenning van het werk op het gebied van scheidingen als een specialisme. Deze erkenning sijpelt in ieder geval al door in de wereld van mediation en advocatuur, waarin family mediation een specialisme is en de Raad voor Rechtsbijstand eisen stelt aan advocaten die toevoegingen aanvragen op het gebied van het personen- en familierecht: Voor de rechterlijke macht zijn diverse cursussen, qua vaardigheden, kennis, diagnose en verwijzing op dit terrein beschikbaar. Binnen de rechterlijke macht zal op het terrein van regie en planning de procedure kunnen worden verbeterd.

De tweede stap: rechters, family mediators en advocaten(scheidings/)mediators dienen te weten wat er in hun regio aan hulp en begeleiding beschikbaar is – naast het strikt juridische (advocatuur) – voor scheidende ouders en hun kinderen en tegen welke kosten. In het hulpaanbod kan onderscheid worden gemaakt tussen hulp bij de communicatie tussen de ouders om zelf afspraken te maken en meer concrete en praktische hulp bij het daadwerkelijk uitvoeren van een contact- of omgangsregeling. Deze tweede stap vraagt ook een actieve aanpak van de scheidingsprofessional. Hij (of zij) speelt een cruciale rol om ouders en kinderen de juiste hulp of de weg er naartoe te bieden. Indien de scheidingsprofessional (ook) advocaat is, zal hij ook de rechter om een juiste verwijzing kunnen verzoeken. Zoek elkaar op: via congressen of bijeenkomsten en op individueel niveau door kennis te maken met de andere professionals. Nodig elkaar eens uit voor de lunch of organiseer een ontbijt of borrel. Zoals in het rapport van de kinderombudsman ook is opgenomen:

“Telkens blijkt dat het terrein van scheidingsproblematiek een terrein van verschillende disciplines is die elkaar niet alleen raken, maar waarop de direct betrokkenen actieve samenwerking en uitwisseling vragen.”

De derde stap (of eigenlijk de eerste): zoals opnieuw uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt, heeft ook de overheid een taak op grond van wet en verdrag. Ook voor ouders dient op eenvoudige manier duidelijk te zijn wat er nodig is in geval van scheiding en welke hulp in hun regio beschikbaar is en te zorgen voor financiering daarvan voor ouders die dit niet zelf (geheel) kunnen betalen. Het veld van praktische hulp en begeleiding van contact- en omgangsregeling was jaren niet landelijk eenvormig en structureel. Via Ouderschap Blijft is inmiddels landelijk een methodiek uitgezet. De kinderombudsman geeft duidelijk aan dat het zijn taak is te kijken of de overheid zijn verantwoordelijkheid neemt om te

voorkomen dat kinderen beschadigd raken en hun rechten te waarborgen.

## 8. Terug naar de uitspraak

Zoals gezegd en beschreven, staat ook de rechter een aantal methoden ter beschikking. Hoewel de zoektocht naar verbetering van bestaande methoden nooit ophoudt, blijkt uit de situatie in de uitspraak van de Hoge Raad dat tijdswinst in het belang van het kind is. Op praktisch niveau kunnen de gerechten in planning en regie de situatie verbeteren. Het eindoordeel voor deze dochter uit 2008 is er nog niet. Indien het Hof Den Haag in 2014 uitspraak doet, is er inmiddels vijf jaar verstreken sinds de eerste uitspraak van de rechtbank. Indien het hof opnieuw pogingen zal ondernemen om omgang te realiseren (hetzij via opnieuw begeleide omgang of een andere methode) kan het nog langer duren voordat er voor iedereen duidelijkheid komt.

Als duidelijk is waar de angel tussen twee ouders zit, kan de meest effectieve hulp worden geboden. Indien bij de (eerste) rechter blijkt dat nog nooit is geprobeerd om ouders met elkaar te laten praten, is dat een eerste ingang. Pas als blijkt dat er geen oplossing door ouders zelf kan worden gevonden en omgang in het belang van het kind is, kan verder worden gefocust op de wijze waarop contact tussen ouder en kind kan plaatsvinden zonder contact tussen de ouders. Het lijkt erop dat in deze zaak (nog) niet is ingezet op de relatie tussen ouders onderling. Uit de uitspraken wordt niet duidelijk wie van partijen de relatie heeft verbroken noch is meer achtergrondinformatie over de relatie in de uitspraak van de Hoge Raad te vinden. Of dit in deze situatie wellicht geen optie was, omdat er sprake was van zodanig huiselijk geweld dat ouders niet samen aan tafel konden, wordt niet duidelijk. De Raad heeft in ieder geval de verstoorde communicatie tussen partijen gesignaleerd evenals het feit dat bij moeder vertrouwen in vader ontbreekt. Indien huiselijk geweld niet de reden was (moeder blijkt geen enkele reden voor weigering te hebben opgegeven), lijkt hier nog een kans te liggen. Wellicht kan het (volgende) hof met de aanbevelingen van de kinderombudsman en de resultaten van het onderzoek naar ouderschapsonderzoeken nog een verschil maken.

## 9. Conclusie

Indien een landelijke keten van scheidingshulp beschikbaar en betaalbaar is, speelt de individuele scheidingsprofessional een rol om ouders en kind te helpen een passende ketting op maat samen te stellen. Het is de opdracht aan de overheid om de keten compleet te maken en aan de scheidingsprofessional om cliënten de kralen voor een complete scheidingsketting te kunnen aanbieden. Het blijft de verantwoordelijkheid van de ouders de kralen op een verantwoorde manier aan elkaar te rijgen.