

worden aangemerkt. Of wanneer een kind een muziekinstrument bespeelt, dan zullen de muzieklessen en de kosten voor de aanschaf van het instrument, ook als specifiek aan het kind gebonden – oftewel verblijfsoverstijgende – kosten (moeten) kwalificeren.

Nu min of meer de onderverdeling van de verblijfs- en verblijfsoverstijgende kosten duidelijk is, kan mijns inziens nog steeds niet gezegd worden dat de kinderbijslag alleen bedoeld is voor de verblijfsoverstijgende kosten. In de eerste plaats omdat hiervoor enige grondslag ontbreekt maar ook omdat dit – weliswaar onbedoeld – tot ongelijke situaties kan leiden. Dit geldt dan met name bij co-ouderschapsregelingen, maar ook in geval ouders een bescheiden of zelfs laag inkomen hebben (bijvoorbeeld beide ouders hebben een inkomen rond bijstandsniveau en een draagkracht van € 25 per kind per maand).

Wanneer de kinderbijslag uitsluitend bedoeld is ter delging van verblijfsoverstijgende kosten, zoals dit door het hof Amsterdam wordt gesteld, zou dit immers betekenen dat de ouder bij wie de kinderen hun hoofdverblijf hebben (hierna: de hoofdverzorgende ouder) alle kosten voor kleding, schoeisel, schoolgeld, sportabonnement, verzekeringen et cetera dient te voldoen. De praktijk is echter weerbarstig. Ook de andere ouder (met of zonder co-ouderschapsregeling) voldoet vaak een deel van deze kosten, ofwel omdat de alimentatiegerechtigde ouder hierin volgens de andere ouder niet of onvoldoende voorziet, ofwel omdat hij/zij dit vrijwillig voldoet. Vaak liggen daar uiteenlopende redenen aan ten grondslag, bijvoorbeeld om te voorkomen dat de kinderen met een kledingtas van en naar school moeten sjouwen. In die gevallen is het juist van belang dat de ouders met elkaar in gesprek gaan over de wijze waarop zij de kinderbijslag verdelen, zeker nu het hof Amsterdam in de uitspraak uit 2021 stelt dat deze toelage specifiek bedoeld is voor onder andere de aanschaf van kleding.

Ook wanneer beide ouders – zonder co-ouderschap – een bescheiden draagkracht hebben, is overleg tussen de ouders over de verdeling van de kinderbijslag van belang. Voor die ouders kan de kinderbijslag immers een broodnodige aanvulling zijn op hun inkomen om louter in de verblijfskosten van de kinderen te kunnen voorzien. Laat staan dat er nog ruimte is voor verblijfsoverstijgende kosten.

Overleg is – mijns inziens – ook noodzakelijk in geval de niet-verzorgende ouder een (veel) lagere draagkracht heeft dan de hoofdverzorgende ouder. Het kan immers zijn dat de niet-verzorgende ouder juist een bijdrage in de verblijfskosten nodig heeft om alleen al – bijvoorbeeld – de extra boodschappen te kunnen betalen als de kinderen er zijn. Dit is ook het geval als er een groot verschil in draagkracht is tussen twee co-ouders en de meest draagkrachtige co-ouder de kinderbijslag ontvangt, terwijl de andere co-ouder ook (of misschien nog wel meer) behoefte heeft aan een aanvulling op zijn/haar inkomen om in de (verblijfs)kosten van de kinderen te voorzien. Daarmee beoog ik niet te stellen dat die minder draagkrachtige ouder de volledige kinderbijslag zou moeten krijgen, maar in dat geval lijkt de (huidige) werkwijze van de SVB om de kinderbijslag bij een co-ouderschap gelijk te verdelen, een redelijke oplossing.

En al mijn opmerkingen ten spijt, de kinderbijslag is niet inkomensafhankelijk, wat maakt dat het inkomen op zichzelf eigenlijk niet moet uitmaken voor de vraag wie de kinderbijslag krijgt. Echter, in geval van een scheiding wordt het inkomen van de ouders wel relevant in het kader van de kinderbijslag en de verdeling daarvan.

In de mediationpraktijk wordt altijd gesproken over de vraag aan wie de kinderbijslag toekomt, waardoor alsnog met alle omstandigheden van het geval rekening kan worden gehouden (co-ouderschap of niet, groot verschil in inkomenspositie of niet et cetera) en tot een passende afspraak voor zowel de ouders als het kind c.q. kinderen kan worden gekomen.

Conclusie

Kort samengevat lijken er noch in de wet noch in de rechtspraak aanknopingspunten te vinden voor de overweging van het hof dat de kinderbijslag louter strekt tot voldoening van verblijfsoverstijgende kosten en om die reden aan de ouder toekomt die de kinderalimentatie ontvangt. Dit standpunt wijkt af van het uitgangspunt dat de SVB hanteert en bovendien kan dit in de praktijk tot onredelijke uitkomsten leiden. Overleg over de wijze van verdeling van de kinderbijslag is dan nodig. De toelage is immers een tegemoetkoming van het kind zodat het ook de taak is van beide ouders om ervoor te zorgen dat dit op de juiste wijze wordt besteed.

mr. E.A. Slappendel

Slappendel Familierecht Advocatuur & Mediation

25

Rekening houden met huiselijk geweld in beslissingen over gezag en omgang

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden
23 december 2021, nr. 200.292.909/01,
ECLI:NL:GHARL:2021:11968
(mr. Dölle, mr. Idsardi, mr. Veenstra)
Noot mr. drs. A.G. Hendriks

Beëindiging gezamenlijk gezag. Huiselijk geweld. Rechtstreekse werking Verdrag van Istanbul.

[BW art. 1:251a; Verdrag van Istanbul art. 31]

Essentie: op grond van het Verdrag van Istanbul is huiselijk geweld een factor waarmee de rechter expliciet rekening moet houden bij het nemen van beslissingen over gezag en omgang. De veiligheid van de ouder en het kind moet centraal staan. In casu vereist het belang van het kind dat de moeder alleen met het gezag over het kind wordt belast.

Samenvatting: Partijen zijn ouders van een zoon die ten tijde van de procedure 3 jaar oud is. Het kind is uit het (inmiddels door echtscheiding ontbonden) huwelijk van de ouders geboren en de ouders oefenen van rechtswege het gezamenlijke gezag uit. Het kind heeft zijn hoofdverblijf bij de moeder en verblijft wekelijks enkele uren (onbegeleid) bij de vader. Het kind staat onder toezicht van een gecertificeerde instelling (GI).

De moeder heeft om beëindiging van het gezamenlijk gezag verzocht. Bij beschikking van 12 januari 2021 heeft de rechtbank Midden-Nederland, locatie Almere, dit verzoek afgewezen. De moeder heeft tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld.

Het hof constateert dat de vader een fors strafrechtelijk verleden heeft en meerdere delicten heeft begaan die verband houden met agressieproblematiek. Er zijn ten tijde van het

huwelijk van partijen van verschillende kanten meerdere zorgmeldingen gedaan bij Veilig Thuis vanwege huiselijk geweld van de vader tegen de moeder. Uit het dossier blijkt ook dat de vader een alcoholprobleem heeft. In het eindrapport van het ouderschapsbemiddelingstraject dat partijen hebben gevolgd wordt geconcludeerd dat partijen niet in staat zijn om samen te werken. De onveiligheid is voelbaar en zichtbaar in het contact tussen de vader en de moeder.

Het hof verwijst naar art. 31 Verdrag van Istanbul, dat verdragspartijen verplicht te waarborgen dat de uitvoering van de voogdij niet ten koste gaat van de rechten en de veiligheid van het slachtoffer of de kinderen. Het hof ziet in het huiselijk geweld dat heeft plaatsgevonden en de nog steeds voelbare onveiligheid een contra-indicatie voor gezamenlijk gezag. De inhoud van het dossier geeft zoveel zorgen over het gedrag en functioneren van de vader in relatie tot veiligheid in het algemeen en die van het kind en de moeder in het bijzonder, dat de vader had dienen aan te tonen dat die zorgen tot het verleden behoren. Naar de mening van de hof heeft de vader dat niet of niet voldoende gedaan. De moeder en het kind hebben recht op veiligheid en rust, en recht op bescherming hiervan door de overheid en de rechter.

De GI is van mening dat het gezamenlijk gezag in stand moet blijven. De GI is bang dat de moeder, wanneer zij alleen het gezag heeft, de vader nergens meer in zal betrekken vanwege de door haar ervaren onveiligheid. Het hof stelt dat de GI te weinig aandacht heeft voor het veiligheidsaspect. De focus van de GI ligt vooral op het verbeteren van de samenwerking tussen de ouders. Het hof sluit niet uit dat de moeder zich terecht onveilig voelt bij de vader, wat juist een contra-indicatie is voor samenwerking.

Omdat de moeder de omgangsregeling nakomt en er door de rechtbank eerder ook een informatieplicht is opgelegd, is gezamenlijk gezag niet nodig om de rol van de vader in het leven van het kind te waarborgen. Het hof vernietigt de bestreden beslissing en bepaalt dat het ouderlijk gezag over het kind voortaan alleen aan de moeder toekomt.

[verzoekster] (de moeder), wonende te [woonplaats1],
verzoekster in hoger beroep,
advocaat: mr. P. de Haan te Almere,
en

[verweerder] (de vader), wonende te [woonplaats2],
verweerder in hoger beroep,
advocaat: mr. D.G. Nagel te Almere.

Als overige belanghebbende is aangemerkt:
de gecertificeerde instelling *Stichting Samen Veilig Midden-Nederland* (de GI), locatie Almere.
In zijn toetsende en/of adviserende taak is gekend:
de Raad voor de Kinderbescherming (de raad),
regio Midden-Nederland, locatie Utrecht.

1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst voor het geding in eerste aanleg naar de beschikkingen van de rechtbank Midden-Nederland, van 6 december 2019 (locatie Lelystad) en 12 januari 2021 (locatie Almere), uitgesproken onder voormeld zaaknummer.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
– het beroepschrift met bijlage(n), ingekomen op 9 april 2021;
– een journaalbericht namens de moeder van 20 mei 2021 met bijlage(n);
– het verweerschrift met bijlage(n);

– een brief van de GI van 31 mei 2021;
– een brief van de raad van 28 juni 2021;
– een journaalbericht namens de vader van 4 augustus 2021 met bijlage(n);
– een journaalbericht namens de moeder van 15 november 2021 met bijlage(n);
– een journaalbericht namens de vader van 24 november 2021 met bijlage(n).

2.2. De mondelinge behandeling heeft op 25 november 2021 plaatsgevonden. Verschenen zijn:

– de moeder, bijgestaan door haar advocaat;
– de vader, bijgestaan door zijn advocaat;
– [naam1] en [naam2] namens de GI.

3. De feiten

3.1. Het huwelijk van partijen is [in] 2021 ontbonden door echtscheiding.

3.2. Partijen zijn de ouders van [de minderjarige1], geboren [in] 2018, over wie zij gezamenlijk het ouderlijk gezag uitoefenen. De hoofdverblijfplaats van [de minderjarige1] is bij de moeder. Bij de moeder wonen ook twee halfbroers van [de minderjarige1] ([de halfbroer1] en [de halfbroer2]).

3.3. [de minderjarige1] staat sinds 28 juni 2019 (voorlopig) onder toezicht van de GI. Deze maatregel loopt nog tot 26 maart 2022.

3.4. Bij beschikking van 23 november 2021 heeft de rechtbank een zorgregeling tussen de vader en [de minderjarige1] vastgesteld, waarbij (kort gezegd) [de minderjarige1] tot hij 4 jaar is wekelijks een deel van de donderdag en om de 3 á 4 weken een deel van de zaterdag en eerste kerstdag bij de vader verblijft en een (uitgebreidere) regeling voor na zijn vierde verjaardag.

De rechtbank heeft bij die beschikking ook bepaald dat de moeder de vader één keer per maand informeert omtrent de voortgang van [de minderjarige1] op (te zijner tijd) school, alsmede zijn persoonlijke ontwikkeling en zaken die van belang zijn.

4. De omvang van het geschil

4.1. Bij de bestreden beschikking is, voor zover hier van belang, het verzoek van de moeder om haar voortaan alleen met het gezag over [de minderjarige1] te belasten afgewezen.

4.2. De moeder is het niet eens met die beslissing. Zij komt daartegen in hoger beroep en verzoekt het hof – voor zover hier van belang – de bestreden beschikking (gedeeltelijk: voor zover daarbij een beslissing is genomen over het gezag) te vernietigen en opnieuw rechtdoende alsnog te bepalen dat het gezag over [de minderjarige1] alleen aan haar toekomt.

4.3. De vader voert verweer en hij verzoekt het hof om het verzoek van de moeder om haar alleen met het gezag over [de minderjarige1] te belasten af te wijzen en de bestreden beschikking in zoverre te bekrachtigen.

5. De motivering van de beslissing

5.1. Volgens artikel 1:251a van het Burgerlijk Wetboek (BW) kan de rechter na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed op verzoek van de ouders of van een van hen bepalen dat het gezag over een kind aan één van hen toekomt indien:

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

5.2. Bij het nemen van een beslissing over kinderen staat het belang van het kind voorop (artikel 3 Verdrag inzake de rechten van het Kind). Ook het belang van de verzorgende ouder van het kind moet door de rechter worden meegenomen bij het nemen van een beslissing. Vaak zijn deze belangen niet te onderscheiden. Wanneer de belangen van de verzorgende ouder worden geschaad door de andere ouder, met als gevolg dat de verzorgende ouder lichamelijke of psychische schade oploopt, zal dit namelijk ook schadelijke gevolgen hebben voor het kind. Het kind is immers, om zich op een gezonde en evenwichtige manier te kunnen ontwikkelen, afhankelijk van het welzijn en welbevinden van deze ouder.

5.3. Uit het dossier blijkt dat de vader, nu 34 jaar, een fors strafrechtelijk verleden heeft. Bij de stukken zit een 15 pagina's tellend uittreksel uit het justitieel documentatieregister van de vader van 13 december 2018. Daaruit volgt dat de eerste contacten van de vader met politie en justitie stammen uit 2001. De vader was toen 14 jaar oud. Sindsdien kent hij een lange geschiedenis als het gaat om delicten in verband met onder meer agressieproblematiek.

Verder blijkt uit het dossier dat Veilig Thuis (VT) veel bemoeienis met het gezin van de vader en de moeder heeft gehad. De politie heeft in 2018 en 2019 meerdere zorgmeldingen gedaan bij VT vanwege huiselijk geweld waar [de minderjarige1] getuige van was. De politie had destijds zorgen over het drank- en middelengebruik van de vader en de daaruit voortvloeiende agressie ten opzichte van de moeder. Beide ouders hebben in die tijd bij VT erkend dat sprake was van huiselijk geweld. De vader ziet dat nu anders, althans in ieder geval wat fysiek geweld betreft. Hoewel de vader ontkent dat sprake is/was van een alcoholverslaving, geeft hij wel toe dat hij in die tijd een alcoholprobleem had.

In de eerste helft van 2019 hebben ook de bij de vader betrokken reclassering en burens van het gezin zorgmeldingen gedaan bij VT.

De moeder heeft in juni 2019 (op advies van VT) aangifte gedaan van mishandeling door de vader.

In verband met grote zorgen over de veiligheid van [de minderjarige1] is ter bescherming van hem op verzoek van de raad in juni 2019 een voorlopige ondertoezichtstelling uitgesproken. Uit veiligheidsoverwegingen mocht de vader [de minderjarige1] in eerste instantie alleen onder begeleiding zien.

Op 17 april 2020 heeft de politie wederom een zorgmelding gedaan bij VT, omdat de vader een huisgenoot zou hebben mishandeld. Het alcoholgebruik van de vader wordt ook dan weer genoemd als punt van zorg.

Internationaal recht over huiselijk geweld en familierecht

5.4. Op 1 maart 2016 is in Nederland in werking getreden het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (hierna: Verdrag van Istanbul). Dit is een mensenrechtenverdrag waarin aan de overheid verplichtingen worden opgelegd om geweld tegen vrouwen te voorkomen en te bestrijden, en aandacht wordt besteed aan de maatregelen die nodig zijn voor de opvang en bescherming van slachtoffers van geweld tegen vrouwen en van huiselijk geweld.

In de memorie van toelichting bij de goedkeuring van het Verdrag van Istanbul staat bij artikel 2 lid 2 dat het verdrag van toepassing is op alle slachtoffers van huiselijk geweld, dus ook mannen en kinderen. In dezelfde memorie van toelichting staat bij artikel 31 (over voogdij, omgangsregeling en veiligheid) dat ingevolge het eerste lid van artikel 31 Ver-

dragspartijen wetgevende of andere maatregelen moeten nemen teneinde te waarborgen dat bij de vaststelling van de voogdij en omgangsregeling voor kinderen rekening wordt gehouden met gevallen van geweld die vallen onder de reikwijdte van het Verdrag. Het tweede lid van artikel 31 verplicht Verdragspartijen te waarborgen dat de uitvoering van een omgangsregeling of de voogdij niet ten koste gaat van de rechten en de veiligheid van het slachtoffer of de kinderen.

5.5. In de Nederlandse wetgeving op het gebied van gezag en omgang wordt niet expliciet genoemd dat geweld tegen vrouwen/mannen of huiselijk geweld een factor is waarmee de rechter rekening houdt bij het nemen van zijn beslissing. Voor het hof is vanzelfsprekend dat de Nederlandse rechter dat wel (expliciet) moet (gaan) doen; de veiligheid van de ouder en het kind zal daarom ook centraal moeten staan bij de te nemen beslissing over het ouderlijk gezag. Voor het hof betekent dit dat het bij de beslissing in deze zaak er rekening mee zal houden dat de rechten en de veiligheid van de moeder en van [de minderjarige1] gewaarborgd zijn.

Wat is het oordeel van het hof

5.6. Anders dan de rechtbank ziet het hof in deze zaak reden om af te wijken van het uitgangspunt dat gezamenlijk ouderlijk gezag na een scheiding wordt voortgezet. Het hof vindt dat het in het belang van [de minderjarige1] noodzakelijk is om de moeder alleen met het gezag over hem te belasten (artikel 1:251a sub b BW). Het hof zal het verzoek van de moeder daarom toewijzen. Het hof heeft de gronden van het verzoek van de moeder aangevuld met het noodzakelijkheids criterium (artikel 1:251a sub b BW), omdat de voor eenhoofdig gezag geldende wettelijke criteria niet met zoveel woorden zijn genoemd in de namens de moeder ingediende stukken, maar wel volgen uit de aan het hof gepresenteerde feiten. Hieronder zal het hof zijn beslissing verder uitleggen.

5.7. Voor zover hier van belang kent de ondertoezichtstelling van [de minderjarige1] de volgende doelen (vgl. raadsrapport 11 september 2019):

- de ouders zijn in staat om vorm te geven aan gezamenlijk ouderschap; zij moeten in staat zijn om met elkaar te communiceren in het belang van [de minderjarige1], om zodoende de omgang en andere 'regelzaken' van hem goed te regelen;
- beide ouders leren hun eigen aandeel in het ontstane patroon van ruzies te (h)erkennen om hier zodoende een verandering in aan te kunnen brengen.

Om dit doel te bereiken zijn de ouders voor ouderschapsbemiddeling (OBM) verwezen naar [naam3]. Daar is ook Begeleide Omgang Plus (BOP) ingezet.

5.8. De ouders hebben van oktober 2019 tot juni 2021 deelgenomen aan OBM. OBM was gericht op de communicatie tussen de ouders, het verbeteren van hun samenwerking en het herstel van vertrouwen in elkaar. Tijdens de OBM zijn weliswaar kleine stapjes gezet in verbetering van de communicatie tussen de ouders, maar de interventies van de bemiddelaar hebben de patronen tussen de ouders niet kunnen veranderen. Zij belanden over het minste of geringste in een conflict. Het wantrouwen in elkaar, maar ook in de hulpverlening, is te groot om tot verandering te komen. De omgangsbegeleider benoemt dat de onveiligheid voelbaar en zichtbaar is in het contact tussen de vader en de moeder. [naam3] concludeert in haar eindrapport van 14 juni 2021 dat de ouders niet in staat zijn om het ouderschap met elkaar vorm te geven en samen te werken. De bemiddelaar en de omgangsbegeleider denken dat het daarom nodig is dat een derde persoon in de vorm van een gezinsvoogd betrokken blijft die voorwaarden

schept, regels bepaalt en kan ingrijpen als dat nodig is. Het hof merkt op dat het niet de bedoeling is om een ondertoezichtstelling om die reden tot in lengte van jaren te laten voortduren. Als het ouders blijvend niet zelfstandig lukt om op verantwoorde wijze het ouderschap samen in te vullen dan dienen er andere maatregelen te worden getroffen. Het hof constateert dat door [naam3] benoemd wordt dat zowel de vader als de moeder een aandeel heeft in de moeizame communicatie. Er is sprake van een moeilijk te doorbreken patroon van actie-reactie tussen deze ouders dat steeds maar weer tot conflicten leidt. Voor het hof is duidelijk is dat de huidige bufferfunctie van de GI niet in een vrijwillig kader kan worden overgedragen. Daarvoor is de problematiek in deze kwestie te veelomvattend en te ingewikkeld. Nu gebleken is dat deze ouders in het kader van een ondertoezichtstelling al niet in staat zijn tot samenwerking en overleg, zullen zij hiertoe zonder ondertoezichtstelling al helemaal niet in staat zijn.

BOP is ook vastgelopen. Door het wantrouwen tussen de ouders is er geen zicht gekomen op wat maximaal in de omgang mogelijk is. Wel heeft de vader vanaf januari 2021 ongeleid contact met [de minderjarige1].

5.9. Het hof overweegt dat, gelet op het huiselijk geweld dat heeft plaatsgevonden en de onveiligheid die nog steeds voelbaar is, er een contra-indicatie is voor gezamenlijk gezag. Als ouders samen belangrijke beslissingen moeten nemen over hun kind dan moeten zij beiden veilig zijn en zich ook beiden veilig voelen. In dit verband vindt het hof het een groot gemis en ook van doorslaggevend belang voor zijn beslissing dat er nog altijd geen zicht is gekomen op wat er nou precies aan de hand is met de vader, wat hij concreet aan hulp heeft gehad en wat dat heeft opgeleverd. Tijdens het onderzoek van VT in 2018 en het raadsonderzoek in 2019 heeft de vader ook al geen volledige openheid van zaken willen geven. Inmiddels ruim twee jaar verder in de tijd heeft het hof nog steeds geen kennis kunnen nemen van objectieve inhoudelijke informatie over de problematiek van de vader, zoals zijn agressieregulatie, alcoholproblematiek en diagnoses, en de daarin eventueel doorgemaakte ontwikkelingen.

Gebleken is dat de vader van januari 2019 tot voor kort onder behandeling heeft gestaan bij [naam4], centrum voor ambulante forensische geestelijke gezondheidszorg (ggz). Hij was hiertoe verplicht, omdat hem in het kader van een strafrechtelijke veroordeling in 2017 voor – kort gezegd – een bommelding als bijzondere voorwaarde een behandelverplichting was opgelegd. Een eerder traject bij [naam5] is vroegtijdig beëindigd omdat behandeling niet van de grond kwam. Uit een mailbericht van [naam4] aan de vader van 18 september 2019 blijkt dat één van de behandeldoelen agressieregulatie op maat is. De overige behandeldoelen worden nergens beschreven. De stellingen van de vader dat hij het verplichte traject bij [naam4] op enig moment op vrijwillige basis heeft voortgezet en dat het traject bij [naam4] inmiddels helemaal is afgerond blijken verder nergens uit. Afgezien van een tweetal korte berichten uit 2019 zit er helemaal geen directe informatie van [naam4] in het dossier. De meer recente informatie van [naam4] en de reclassering (2021) is alleen mondeling verstrekt aan de GI. De GI heeft daarvan aan het hof overgebracht dat de vader een positieve ontwikkeling doormaakt, hetgeen de GI onderschrijft, maar ook dat er nog meerdere doelen zijn waar de vader nog aan moet werken (probleemoplossingsvaardigheden, afbouwen Diazepam) en dat nog sprake is van een gemiddeld recidiverisico.

De inhoud van het dossier geeft zoveel zorgen over het gedrag en functioneren van de vader in relatie tot veiligheid in algemene zin en tot veiligheid van [de minderjarige1] en de moeder (en [de halfbroer1] en [de halfbroer2]) in het bijzonder, dat het op de weg van de vader had gelegen om aan te tonen dat deze zorgen tot het verleden behoren. Anders dan de vader stelt komen die zorgen niet alleen bij de moeder vandaan. Het is ook zeker niet alleen de moeder die de vader als dwingend en dreigend ervaart in het contact. Dat wordt ook door hulpverleners (VT, omgangsbegeleider, reclassering, GI) zo beschreven. Gelet op de aantoonbare risicofactoren in de persoon van de vader kan het hof zich de aanhoudende angst van de moeder voor de vader, haar zorgen over zijn psychische problematiek en de invloed daarvan op zijn vermogen tot redelijke communicatie alsmede haar daardoor ingegeven weerstand tegen gezamenlijk ouderlijk gezag goed voorstellen. Vanuit de hulpverlening is immers nog altijd niet rechtstreeks gebleken dat de vader voor zijn alcohol- en agressieproblematiek adequaat een behandeling heeft geaccepteerd en/of deze positief heeft afgerond. De vader heeft ter zitting van 10 november 2020 bij de rechtbank nog aangegeven dat alcohol geen onderwerp van gesprek is tijdens zijn behandeling bij [naam4], omdat dat volgens hem geen ‘issue’ is. Ter zitting van het hof volstond de vader met de opmerking dat alcohol is verdwenen uit zijn leven.

De vader heeft op dit moment – naar zijn zeggen – geen hulp of begeleiding meer en heeft geen vaste dagbesteding. Hij heeft een Wajonguitkering.

5.10. Op grond van het vorenstaande acht het hof niet gewaarborgd dat de ouders gezamenlijk beslissingen (kunnen) nemen over [de minderjarige1] zonder met elkaar in conflict te raken en dat de moeder en [de minderjarige1] voldoende zijn beschermd tegen (eventueel) agressief gedrag van de vader bij een conflict tussen de ouders over [de minderjarige1]. De moeder ervaart daardoor spanning en stress (van het voortduren) van het gezamenlijk gezag met de vader en dat heeft vroeg of laat een negatieve weerslag op [de minderjarige1] (en [de halfbroer1] en [de halfbroer2]). De moeder en [de minderjarige1] (en [de halfbroer1] en [de halfbroer2]) hebben recht op veiligheid en rust, en recht op bescherming hiervan door de overheid en de rechter.

5.11. Ondanks dat ook de GI zich afvraagt of deze ouders ooit zonder hulp en conflicten afspraken over [de minderjarige1] kunnen maken vindt zij toch dat het gezamenlijk gezag in stand moet blijven. De GI is anders bang dat de moeder de vader, los van de omgang, nergens meer in zal betrekken vanwege de door haar ervaren onveiligheid. Het hof heeft de indruk gekregen dat de GI het aspect van (on)veiligheid in de ondertoezichtstelling van [de minderjarige1] tot nu toe onderbelicht heeft. De GI heeft de focus vooral gelegd op het verbeteren van de samenwerking tussen de ouders. Op basis van de beschikbare informatie is echter niet uit te sluiten dat de door de moeder richting de vader ervaren onveiligheid reeel is, hetgeen juist een contra-indicatie voor samenwerking zou kunnen zijn. Het door de vader gewenste parallelle solo-ouderschap dat [naam3] in haar eindrapport suggereert, en wat de GI ook voor ogen heeft, kan wat [naam3] betreft overigens ook pas aan de orde komen als er meer duidelijkheid is over de veiligheid van [de minderjarige1] (via risicotaxatie bij beide ouders).

Gezamenlijk gezag is in dit geval ook niet nodig als instrument voor verankering van de positie van de vader als ouder van [de minderjarige1], nu deze positie middels de door de rechtbank op 23 november 2021 vastgelegde omgangsregeling

is gewaarborgd. Daarmee is de vrees van de vader om door de moeder te worden buitengesloten in het leven van [de minderjarige1] als zij alleen het gezag over hem heeft voldoende ondervangen. De GI heeft ter zitting gezegd er 100% van overtuigd te zijn dat de moeder de vastgestelde omgangsregeling zal nakomen. De moeder heeft ook altijd aangegeven dat zij het belangrijk vindt dat [de minderjarige1] contact met zijn vader heeft. Bovendien is in genoemde beschikking van 23 november 2021 aan de moeder ook een informatieverplichting opgelegd.

5.12. Hoewel nu nog sprake is van een ondertoezichtstelling van [de minderjarige1] waardoor zijn belangen en veiligheid nog voldoende zijn beschermd, dient ook gekeken te worden naar de situatie dat er geen ondertoezichtstelling meer zal zijn. Zoals gezegd is het immers niet de bedoeling dat deze maatregel van kinderbescherming alleen blijft voortduren om de uitvoering van gezamenlijk gezag mogelijk te maken. Het is daarom in het belang van [de minderjarige1] noodzakelijk dat het ouderlijk gezag door één ouder wordt uitgeoefend, in dit geval door de moeder die de hoofdverzorger van [de minderjarige1] is.

Tot slot

5.13. Het hof merkt nog op dat het duidelijk is dat de vader veel van [de minderjarige1] houdt. Het niet hebben van gezag betekent niet dat hij geen belangrijke rol speelt in het leven van [de minderjarige1]. Er is sprake van een – naar omstandigheden – goed lopende omgangsregeling waarin een mooi contact tussen de vader en [de minderjarige1] is te zien en alle betrokkenen vinden goed contact tussen beiden in het belang van [de minderjarige1]. In het belang van [de minderjarige1] is daarom nu vooral dat alle energie van de ouders uitgaat naar het goed laten (blijven) verlopen van de omgangsregeling.

6. De slotsom

Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, slaagt de grief. Het hof zal de bestreden beschikking, voor zover aan zijn oordeel onderworpen, vernietigen en beslissen als volgt.

7. De beslissing

Het hof, beschikkende in hoger beroep: vernietigt de beschikking van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Almere, van 12 januari 2021, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

bepaalt dat het ouderlijk gezag over [de minderjarige1], geboren [in] 2018, voortaan alleen aan de moeder toekomt; verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Inleiding

Op 18 november 2015 ratificeerde Nederland het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, beter bekend als het Verdrag van Istanbul (hierna 'het Verdrag'). Op 1 maart 2016 trad het voor Nederland in werking.

Het Verdrag ziet geweld tegen vrouwen als een blijk van ongelijke machtsverhoudingen tussen mannen en vrouwen. Dit geweld is een cruciaal sociaal mechanisme dat vrouwen in een ondergeschikte positie dwingt en houdt. Vrouwen en meisjes staan bloot aan grotere risico's van geweld dan man-

nen. Dat neemt niet weg dat ook mannen het slachtoffer van geweld in de privésfeer kunnen zijn, net zoals ook kinderen slachtoffer en/of getuige kunnen zijn van geweld binnen het gezin. Het Verdrag beschouwt geweld tegen vrouwen als een mensenrechtenschending en een vorm van discriminatie. Het Verdrag heeft als doel om een allesomvattend juridisch kader te creëren om geweld tegen vrouwen te bestrijden.

Door mensen- en vrouwenrechtenorganisaties werd het Verdrag onthaald als een belangrijk nieuw instrument in de strijd tegen geweld tegen vrouwen. In het Nederlandse familierecht heeft het in de afgelopen jaren echter nauwelijks een rol gespeeld. In het in de rechtspraak veelgebruikte *Tekst & Commentaar Personen- en Familierecht* is het Verdrag van Istanbul niet eens opgenomen.

In een opvallende reeks uitspraken van het hof Arnhem-Leeuwarden in omgangs- en gezagszaken is het Verdrag echter onverwacht in de schijnwerpers komen te staan. De uitspraak die in deze noot centraal staat, is de meest recente van de reeks, maar zal naar verwachting niet de laatste zijn.

Art. 31 Verdrag van Istanbul als toetsingskader voor beslissingen in zaken waarin sprake was van huiselijk geweld

In de paragrafen 5.4 en 5.5 van de uitspraak verwijst het hof naar het Verdrag van Istanbul. Het hof merkt op dat in de memorie van toelichting bij de goedkeuring van het Verdrag staat dat het Verdrag van toepassing is op alle slachtoffers van huiselijk geweld, dus ook mannen en kinderen. Het hof gaat vervolgens in op art. 31 van het Verdrag. De tekst van dit artikel luidt:

'1. De partijen nemen de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat bij de vaststelling van de voogdij en omgangsregeling voor de kinderen rekening wordt gehouden met gevallen van geweld die vallen onder de reikwijdte van dit Verdrag.

2. De partijen nemen de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de uitvoering van een omgangsregeling of de voogdij niet ten koste gaat van de rechten en de veiligheid van het slachtoffer of de kinderen.' Het hof overweegt dat in de Nederlandse wetgeving op het gebied van gezag en omgang niet expliciet wordt genoemd dat geweld tegen vrouwen/mannen of huiselijk geweld een factor is waar de rechter rekening mee dient te houden bij het nemen van zijn beslissing. Het hof acht het echter 'vanzelfsprekend dat de Nederlandse rechter dat wel (expliciet) moet (gaan) doen; de veiligheid van de ouder en het kind zal daarom ook centraal moeten staan bij de te nemen beslissing over het ouderlijk gezag. Voor het hof betekent dit dat het bij de beslissing in deze zaak er rekening mee zal houden dat de rechten en de veiligheid van de moeder en van [de minderjarige 1] gewaarborgd zijn' (r.o. 5.5).

Het hof ontleent hiermee een toetsingskader aan het Verdrag specifiek voor zaken waarin huiselijk geweld een rol speelt of heeft gespeeld. Met toepassing van dit toetsingskader stelt het hof vervolgens vast dat in deze zaak aan het bepaalde in art. 1:251a sub b BW wordt voldaan: wijziging van het gezag is in het belang van het kind noodzakelijk.

Exact dezelfde overwegingen ten aanzien van art. 31 het Verdrag van Istanbul vinden we terug in de eerdere uitspraken van het hof Arnhem-Leeuwarden van 21 januari 2021

(ECLI:NL:GHARL:2021:771), 10 juni 2021

(ECLI:NL:GHARL:2021:5781) en 4 november 2021

(ECLI:NL:GHARL:2021:10347). In de uitspraak van 21 januari

2021 leidde toepassing van het toetsingskader dat het hof

ontleent aan het Verdrag tot bekrachtiging van de beslissing

van de rechtbank waarin het gezamenlijk gezag werd beëindigd, de man het recht op omgang werd ontzegd en werd bepaald dat de wettelijke informatie- en consultatieplicht van de vrouw jegens de man voortaan buiten toepassing blijft. In de uitspraak van 10 juni 2021 bekrachtigde het hof de beslissing van de rechtbank waarin het verzoek van de man om vervangende toestemming tot erkenning en vaststelling van een omgangsregeling werd afgewezen. In de uitspraak van 4 november 2021 bekrachtigde het hof de beslissing van de rechtbank om het gezamenlijk gezag over de drie oudste kinderen van partijen te beëindigen en het verzoek van de man om gezamenlijk gezag over het jongste kind af te wijzen.

Rechtstreekse werking

In deze opmerkelijke reeks uitspraken lijkt het hof de rechtstreekse werking van in ieder geval art. 31 van het Verdrag te bevestigen. Het hof Amsterdam trok in zijn uitspraak van 24 april 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:1470) de rechtstreekse werking van het Verdrag nog in twijfel 'omdat alle bepalingen [van het Verdrag, A.H.] zijn geformuleerd in termen van verplichtingen voor de staat, niet in termen van individuele rechten' (r.o. 5.3). Het hof Arnhem-Leeuwarden ziet evenwel in art. 31 een verplichting voor de rechter om bij de toetsing van omgangs- en gezagszaken waarin huiselijk geweld een rol heeft gespeeld de veiligheid van het slachtoffer en/of het kind centraal te stellen. Het lijkt mij dat een rechtzoekende de rechter op die verplichting uit hoofde van het Verdrag kan aanspreken.

In de hiervoor aangehaalde uitspraak van 21 januari 2021 overweegt het hof bovendien dat medegezag 'in strijd zou zijn met de uitgangspunten van het Verdrag van Istanbul. De vrouw en [de minderjarige 1] moeten immers in hun veiligheid worden beschermd tegen de man' (r.o. 5.8). Soortgelijke overwegingen vinden we ook in de uitspraken van 10 juni 2021 (omgang tussen de man en de kinderen zou in strijd zijn met de uitgangspunten van het Verdrag van Istanbul) en 4 november 2021 (uitoefening van gezamenlijk gezag door deze ouders is in strijd met de uitgangspunten van het Verdrag van Istanbul).

Het hof geeft met de expliciete overweging dat gezamenlijk gezag een inbreuk op het Verdrag zou opleveren een nadere invulling aan de criteria van art. 1:251a lid sub b en 1:253c lid 2 sub b BW. Hetzelfde geldt in omgangszaken voor het criterium van art. 1:377a lid 3 BW. Dit brengt met zich mee dat een rechtstreeks beroep op de uitgangspunten van het Verdrag mogelijk is. De uitgangspunten van het Verdrag vormen immers tezamen met deze wetsartikelen het toetsingskader voor de beslissing.

Focus op veiligheid

De nadrukkelijke focus op veiligheid die het hof ontleent aan het Verdrag is opvallend. In de uitspraak van 23 december 2021 uit het hof zelfs kritiek op de gecertificeerde instelling die naar de mening van het hof te weinig aandacht heeft gehad voor de (on)veiligheid van het kind en te veel heeft ingezet op verbetering van de samenwerking tussen de ouders. Deze focus op veiligheid is in dit soort zaken zeker geen vanzelfsprekendheid. GREVIO, het onafhankelijk toezichthoudend orgaan dat toezicht houdt op de uitvoering van het Verdrag door de landen die het hebben geratificeerd, heeft in zijn eerste evaluatierapport over Nederland juist zorgen geuit over de positie van slachtoffers van huiselijk geweld in de Nederlandse familierechtspraak en benadrukt dat er meer aandacht moet zijn voor veiligheid:

'GREVIO memoreert dat de veiligheid van de ouder en het kind centraal moeten staan bij de beslissing of een omgangsregeling of een wijziging in de voogdij in het belang van het kind is, of dit nu in onderling overleg tussen de ouders samen met de jeugdzorg wordt besloten of door de rechter. Er is een risicobeoordeling van de huidige gevaren van huiselijk geweld voor zowel de ouder als het kind nodig, waarbij alle omstandigheden worden meegewogen. Dit zal ervoor zorgen dat de overeengekomen regeling in het belang van het kind is en in het bijzonder dat de veiligheid van de ouder en het kind beschermd is' (Grevio's evaluatierapport, 2020, p. 47-48). In het rapport dringt GREVIO er bij Nederland op aan om verbetermaatregelen te nemen en benoemt daarbij specifiek wetswijzigingen 'om te waarborgen dat rechters verplicht zijn bij het vaststellen van de voogdij en de omgangsregeling rekening te houden met alle aspecten van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld'.

Het hof Arnhem-Leeuwarden geeft in de genoemde uitspraken aan deze verplichting al rechtstreeks te ontleenen aan het Verdrag en ook zonder wetswijzigingen zich gehouden te voelen om expliciet rekening te houden met huiselijk geweld en de veiligheid van ouder en kind centraal te stellen. Het verdient bovendien vermelding dat het hof dit uit eigen beweging heeft gedaan: uit de beschikkingen blijkt niet dat in een van deze zaken het slachtoffer van het geweld een beroep op het Verdrag heeft gedaan.

Het hof Arnhem-Leeuwarden toont zich hiermee initiator van een belangrijke ontwikkeling die hopelijk door andere rechtbanken en hoven zal worden gevolgd. In Nederland sterft iedere tien dagen een vrouw als gevolg van huiselijk geweld. In de familierechtspraak kan niet genoeg aandacht aan veiligheid worden besteed.

mr. drs. A.G. Hendriks
Van Kempen c.s. Advocaten

Ondernemingsrecht

26

ING is verplicht om saunaclub een betaalrekening aan te bieden

Hoge Raad
5 november 2021, nr. 20/01038, ECLI:NL:HR:2021:1652
(mr. Streefkerk, mr. Du Perron, mr. Lock, mr. Schaafsma, mr. Salomons)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. T. Hekman

Verbintenisrecht. Vordering tot herstel bankrelatie. Witwasrisico.

[Wft art. 4:71f]

Essentie: Vordering van saunaclub tot herstel bankrelatie (bankrekening en storten contant geld) na opzegging wegens onder meer een witwasrisico. Contractsvrijheid; maatschappelijke positie banken; belang bankrekening in maatschappelijk verkeer; belangenafweging.