

spraak in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt.

Ben je het dus oneens met de beslissing over bijvoorbeeld het toepasselijke huwelijksvermogensrecht, ook al is de uitkomst van de zaak positief, dan zul je tijdig hoger beroep moeten instellen tegen die beslissing en niet moeten wachten tot een later moment.

Aangehechte convenanten

Het thema gezag van gewijsde komt ook naar voren in familierechtelijke uitspraken die gaan over de status van een aan een beschikking aangehecht en ingelast convenant. Is er dan sprake van gezag van gewijsde? Er is een wat oudere uitspraak van de Hoge Raad waarbij het uitgangspunt blijkt dat het aanhechten van het echtscheidingsconvenant het verschaffen van een executoriale titel is (HR 19 november 1982, *NJ* 1983/949, ECLI:NL:HR:1982:AG4483).

Daarnaast is er een recentere uitspraak van het hof Amsterdam waaruit volgt dat het aanhechten aan de beschikking van een convenant niet tot gevolg heeft dat het convenant gezag van gewijsde krijgt (hof Amsterdam 24 maart 2020 ECLI:NL:GHAMS:2020:947). In deze lijn is ook een uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch waarin werd bepaald dat een aangehecht convenant geen gezag van gewijsde krijgt (hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW9156).

Proceskostenveroordeling

Beide partijen hebben in hoger beroep verzocht om een proceskostenveroordeling. De rechtbank Rotterdam had in deze zaak overigens de kosten van de procedure in eerste aanleg gecompenseerd in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Het hof veroordeelt de man – als de in het ongelijk gestelde partij – in de proceskosten, zonder dat hier een al te uitgebreide motivering aan gewijd wordt. In de regel wordt in familiezaken geen proceskostenveroordeling uitgesproken en wordt bepaald dat iedere partij haar eigen proceskosten voldoet, veelal met de toevoeging dat partijen gewezen echtgenoten van elkaar zijn. Alleen in uitzonderlijke gevallen wordt een proceskostenveroordeling uitgesproken in familiezaken; de redelijkheid en billijkheid brengt dit met zich mee. Een procedure tussen ex-echtgenoten of familieleden houdt vaak verband met persoonlijke en/of relationele problematiek. Niet alleen zakelijke, juridische of financiële grondslagen spelen een rol, maar ook emoties. Een proceskostenveroordeling kan de verstandhouding tussen partijen bovendien verder verslechteren.

Op basis van art. 237 lid 1 Rv heeft de rechter de mogelijkheid en dus ook de keuze om de proceskosten tussen partijen te compenseren of juist een proceskostenveroordeling uit te spreken:

'De partij die bij vonnis in het ongelijk wordt gesteld, wordt in de kosten veroordeeld. De kosten mogen echter geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd tussen echtgenoten of geregistreerde partners of andere levensgezellen, bloedverwanten in de rechte lijn, broers en zussen of aanverwanten in dezelfde graad, alsmede indien partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld.'

Wanneer je in een familierechtelijke zaak verzoekt om een proceskostenveroordeling is het verstandig om uiteen te zetten waarom in het betreffende geval een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel van compensatie van de proceskosten. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer

een partij meerdere keren een soortgelijke procedure start bij de rechtbank tegen dezelfde partij, waarover dus feitelijk al is beslist door de rechtbank. Door middel van een proceskostenveroordeling wordt nodeloos procederen dan bestraft.

Daarnaast wordt er nog wel eens een proceskostenveroordeling uitgesproken wanneer een partij een vonnis of beschikking niet nakomt en zodoende een vervolprocedure nodig is om tot nakoming van het eerdere vonnis of de eerdere beschikking te komen.

Het gerechtshof overweegt hier simpelweg dat het aanleiding ziet de man te veroordelen in de kosten van de procedure. De beslissing is gelet op de uitkomst van de procedure zeker te volgen, al zou het beter zijn geweest als het hof wat meer inzicht zou hebben geboden hoe het tot deze beslissing is gekomen, nu het gaat om een afwijking van de hoofdregel. Het is en blijft immers lastig in te schatten wanneer een veroordeelde partij in het familierecht te maken kan krijgen of rekening moet houden met een proceskostenveroordeling.

mr. M.B. Winthagen

Maud Wint Advocatuur en Mediation

70

Vordering nakoming zorgregeling op straffe van lijfswang in hoger beroep alsnog afgewezen

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
27 februari 2024, nr. 200.335.761_01,
ECLI:NL:GHSHE:2024:618
(mr. Bossink, mr. De Beij, mr. Witkamp)
Noot mr. G.A.P. Avontuur

Nakoming zorgregeling. Lijfswang. Herhaald (ex-)partnergeweld. Kind getuige van geweld.

[Verdrag van Istanbul art. 31, lid 2; IVRK art. 19; EVRM art. 8]

Essentie: Het hof vernietigt de uitspraak van de voorzieningenrechter waarin nakoming van een zorgregeling op straffe van lijfswang is uitgesproken.

Samenvatting: Bij vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg van 17 november 2023 is moeder veroordeeld tot nakoming van een opbouwende onbegeleide zorgregeling van het kind met vader, op straffe van lijfswang. Ook is moeder veroordeeld in de proceskosten.

Moeder komt hiervan in hoger beroep bij het hof 's-Hertogenbosch. Zij wijst erop dat vader in achtereenvolgende relaties geweld heeft gepleegd tegen zijn (ex-)partners, dat hij haar heeft mishandeld ten overstaan van de minderjarige en dat hij kinderen uit een andere relatie niet mag zien vanwege agressieproblemen. Moeder verwijst naar art. 31 lid 2 van het Verdrag van Istanbul. De veiligheid van het kind bij de vader kan niet gegarandeerd worden bij een onbegeleid contact, aldus moeder. Moeder stelt ook dat zij vader verdenkt van druggebruik.

Vader verschijnt niet in de procedure in hoger beroep. Het hof gaat in op de historie van de zaak. Het hof is bang dat het kind een reëel risico loopt dat het opnieuw getuige zal zijn van huiselijk geweld gelet op het terugkerende patroon van ge-

weld dat bij vader zichtbaar is. Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter. Het toepassen van lijfswang is een ultimum remedium. Er kunnen andere, minder ingrijpende, middelen worden ingezet om te proberen het contact tussen vader en kind te herstellen.

[Appellante], wonende te [woonplaats],
appellante,
hierna aan te duiden als de moeder,
advocaat: mr. B.C. van Hees te Heerlen,
tegen

[geïntimeerde], wonende te [woonplaats],
geïntimeerde,

hierna aan te duiden als de vader,
advocaat: geen (verstek verleend)

op het bij exploit van dagvaarding van 11 december 2023 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 17 november 2023, door de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, gewezen tussen de moeder als gedaagde en de vader als eiser.

In zijn hoedanigheid als omschreven in art. 810 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is in de procedure gekend: de Raad voor de Kinderbescherming, regio Zuidwest Nederland, locatie Breda, hierna te noemen: de raad.

1. *Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/03/322013 / KG ZA 23-332)*

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. *Het geding in hoger beroep*

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties in hoger beroep, tevens houdende de grieven;
- het tegen de vader verleende verstek;
- het H12-formulier met bijlage d.d. 29 januari 2024 namens de moeder;
- de tijdens de mondelinge behandeling namens de moeder overgelegde pleitnota.

2.2. Het hof heeft op verzoek van appellante een datum voor een mondelinge behandeling bepaald.

2.3. De mondelinge behandeling is gehouden op 29 januari 2024. Verschenen zijn:

- de moeder, bijgestaan door mr. F. Boukhris, kantoorgenoot van mr. Van Hees;
- [persoon] namens de raad.

3. *De beoordeling*

De feiten

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

3.2. Partijen hebben een relatie met elkaar gehad. Uit deze relatie is op [geboortedag] 2015 te [plaats] [kind] geboren (hierna: [kind]). De vader heeft [kind] erkend. Partijen oefenen gezamenlijk het ouderlijk gezag over [kind] uit. [kind] heeft het hoofdverblijf bij de moeder.

3.3. Bij beschikking van 22 januari 2020 heeft de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, voor zover thans van belang, een informatieregeling vastgesteld en in zoverre bepaald dat de moeder de vader één keer per maand per e-mail dient te informeren over relevante zaken betreffende [kind] en daarbij recente foto's van [kind] dient te voegen en dat de

moeder de vader over dringende zaken betreffende [kind] per omgaande dient te informeren.

3.4. Bij beschikking van 13 mei 2022 heeft de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, voor zover thans van belang, bepaald dat [kind] in het kader van de verdeling van de zorgen opvoedingstaken bij de vader zal verblijven:

gedurende de eerste twee keer:

eenmaal per veertien dagen van zaterdag 13.00 uur tot zaterdag 16.00 uur;

gedurende de volgende twee keer:

eenmaal per veertien dagen van zaterdag 10.00 uur tot zaterdag 16.00 uur;

gedurende de volgende vier keer:

eenmaal per veertien dagen van zaterdag 10.00 uur tot zaterdag 18.00 uur;

en vervolgens:

minimaal eenmaal per veertien dagen van zaterdag 10.00 uur tot zaterdag 18.00 uur, in onderling overleg nader uit te breiden naar een overnachting, waarbij het brengen en halen evenredig tussen partijen zal worden verdeeld in die zin dat de moeder [kind] naar de vader brengt en de vader [kind] naar de moeder terugbrengt.

3.5. Het hof heeft deze zorgregeling bij beschikking van 11 mei 2023 bekrachtigd en heeft aanvullend bepaald dat de moeder, voor iedere keer dat zij na betekening van deze beschikking in gebreke is uitvoering te geven aan de door de rechtbank bepaalde zorgregeling, een dwangsom verschuldigd is aan de vader van € 100,- per dag met een maximum van € 5.000,-.

3.6. De vader heeft in eerste aanleg gevorderd:

- de vader te machtigen om nakoming van de bij beschikking van 13 mei 2022 van de rechtbank Limburg, locatie Maastricht vastgestelde zorgregeling te bewerkstelligen door telkens als de moeder deze niet nakomt, de moeder in gijzeling te doen nemen voor de duur van 24 uur;
- de vader te machtigen om nakoming van de bij (tussen)beschikking van 22 januari 2020 vastgestelde informatieregeling te bewerkstelligen door telkens als de moeder deze niet nakomt, de moeder in gijzeling te doen nemen voor de duur van 24 uur;
- de moeder te veroordelen in de kosten van de procedure, met bepaling dat over het bedrag dat gemoeid is met de proceskosten de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van de vijftiende dag na de datum van het in deze te wijzen vonnis.

3.7. Bij het bestreden – uitvoerbaar bij voorraad verklaarde – vonnis heeft de voorzieningenrechter:

- voornoemde beschikking van 13 mei 2022 uitvoerbaar bij lijfswang verklaard aldus dat per keer dat de moeder in gebreke blijft te voldoen aan de zorgregeling zoals vermeld onder 3.1. in het dictum van die beschikking, de tenuitvoerlegging bij lijfswang wordt toegestaan telkens tijdens de uren waarin [kind] op grond van de zorgregeling bij de vader behoort te verblijven;
 - voornoemde beschikking van 22 januari 2020 uitvoerbaar bij lijfswang verklaard aldus dat per keer dat de moeder in gebreke blijft te voldoen aan de informatieregeling zoals vermeld in het dictum van die beschikking, de tenuitvoerlegging bij lijfswang wordt toegestaan voor telkens vier uur;
 - de moeder veroordeeld in de proceskosten.
- Het meer of anders gevorderde is afgewezen.

3.8. De moeder kan zich met deze beslissing niet verenigen en zij vordert in hoger beroep:

- het hoger beroep te behandelen als spoedappel;

- het bestreden vonnis te vernietigen en de inleidende voordeelingen van de vader af te wijzen;
- de vader te veroordelen in de proceskosten van beide instanties, te vermeerderen met de wettelijke rente, dan wel de proceskosten te compenseren;
- althans een beslissing te nemen die het hof juist acht.

De standpunten

3.9. De moeder voert, zakelijk weergegeven, het volgende aan. De beslissing van de voorzieningenrechter is in strijd met het tweede lid van artikel 31 van het Verdrag van Istanbul. De moeder zou graag overal aan meewerken, maar de veiligheid van [kind] kan bij de vader niet worden gegarandeerd. Partnergeweld heeft een centrale rol in de relatie tussen partijen gespeeld en [kind] is hier meerdere keren getuige van geweest. De vader heeft, nadat de relatie met de moeder is beëindigd, opnieuw partners mishandeld.

Tot op de dag van vandaag heeft [kind] psychische klachten. Hij staat sinds september 2023 onder behandeling van Vliederlicht. Het wederom getuige zijn van een eventuele mishandeling zal voor [kind] dusdanig traumatiserend zijn, dat er van onbegeleide omgang met de vader geen sprake kan zijn. Het opleggen van lijfswang zal eveneens onmiskenbaar negatieve gevolgen voor [kind] hebben en voldoet in de gegeven omstandigheden niet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. [kind] ondervindt al ernstige psychologische problemen en zijn belangen dienen zwaarder te wegen dan het belang van de vader bij contact. Lijfswang is dermate ingrijpend dat dit alleen kan worden toegepast als alle andere, minder ingrijpende maatregelen zijn uitgeput of ongeschikt zijn bevonden. Hiervan is geen sprake. Ook voor wat betreft de duur is niet voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en kan worden volstaan met slechts vijftien minuten.

Ten onrechte worden de gerechtvaardigde zorgen van de moeder afgedaan als nergens op gebaseerde angsten, die zij projecteert op [kind]. De moeder heeft meegewerkt aan het BOR-traject en zij heeft geprobeerd erop te vertrouwen dat de geweldadige gedragingen van de vader tot het verleden zouden gaan behoren. Het is evident dat de vader kampt met een structureel agressieprobleem. Daar komt bij dat hij dit probleem bagateliseert dan wel ontkent en hij niet bereid is om adequate hulpverlening voor zijn problematiek in te schakelen.

De moeder heeft verder ernstige vermoedens dat er bij de vader sprake is van drugsgebruik en drugshandel en zij heeft nog steeds de vrees dat de vader met [kind] naar het buitenland vertrekt. Zij vindt het onbegrijpelijk dat [kind] gedwongen wordt tot contact met de vader, terwijl de vader geen contact mag hebben met zijn kinderen uit een andere relaties.

3.10. De raad heeft tijdens de mondelinge behandeling, zakelijk weergegeven, als volgt geadviseerd.

Eenzijds begrijpt de raad de beslissing van de rechtbank. Het is niet toegestaan om voor eigen rechter te spelen en het is aan de moeder om de eerdere gerechtelijke uitspraken na te komen. Anderzijds gaat de beslissing van de voorzieningenrechter erg ver. De vader is onderdeel van de problematiek en er is niets bekend over een eventuele behandeling van de vader. Gedurende het BOR-traject is gezien dat er tussen de vader en [kind] fijn contact was. Verder is geconstateerd dat de moeder er moeite mee heeft om [kind] gerust te stellen.

Kennelijk wordt de moeder via via over de vader geïnformeerd. Op grond van de actuele informatie, waarbij opnieuw sprake is geweest van huiselijk geweld door de vader, is het

begrijpelijk dat de moeder geen onbegeleide omgangsregeling voor [kind] wil.

De raad heeft een aantal jaren geen bemoeienis met [kind] gehad. Mogelijk is een ondertoezichtstelling een betere maatregel dan lijfswang. Er zijn andere middelen beschikbaar om te bewerkstelligen dat het contact tussen [kind] en de vader weer van de grond kan komen. De raad heeft veel zorgen over de ontwikkeling van [kind], maar de rechtbank heeft eerder een ondertoezichtstelling niet nodig geacht.

[kind] is door de hele situatie een kwetsbaar kind geworden. Hij heeft voor het laatst contact met de vader gehad toen hij vijf jaar oud was. Dit was drie jaar geleden. De uitspraak van de voorzieningenrechter gaat de situatie voor [kind] niet beter maken en is niet in zijn belang. Het zou goed zijn als de vader contact zou opnemen met de kindercoach van [kind]. Wellicht lukt het hem hierdoor de situatie van [kind] beter te begrijpen.

De motivering van de beslissing

3.11. Het hof overweegt op grond van de stukken en hetgeen tijdens de mondelinge behandeling nog naar voren is gebracht als volgt.

3.12. Ingevolge artikel 585 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) kan de rechter de tenuitvoerlegging bij lijfswang toestaan. Op grond van artikel 587 Rv verklaart de rechter de beschikking slechts uitvoerbaar bij lijfswang, indien aannemelijk is dat toepassing van een ander dwangmiddel onvoldoende uitkomst zal bieden en het belang van de schuldeiser toepassing daarvan rechtvaardigt.

3.13. Anders dan de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat het toepassen van lijfswang een te zwaar middel is om in dit geval nakoming van de eerder vastgestelde omgangsregeling en/of informatieregeling af te dwingen en dat het middel in strijd is met de belangen van [kind]. Het opleggen van lijfswang is een ultimum remedium en dient slechts te worden toegepast als alle overige middelen zijn uitgeput. Hiervan is naar het oordeel van het hof in deze zaak geen sprake.

Het hof zal uitleggen hoe het tot deze beslissing is gekomen.

3.14. Het hof stelt op grond van de stukken vast dat de vader de moeder in het verleden heeft mishandeld en dat [kind] meerdere keren getuige is geweest van deze mishandeling.

De moeder is vervolgens in 2019 met [kind] gevlucht naar een veilige plek en er is voor enige tijd geen contact tussen [kind] en de vader geweest. Er is ook sprake geweest van een contactverbod. In 2020/2021 heeft er een BOR-traject plaatsgevonden en waren er tevens enkele onbegeleide contacten tussen de vader en [kind]. De moeder heeft hieraan haar medewerking verleend, totdat zij het bericht kreeg dat de vader in voorlopige hechtenis was genomen voor mishandeling van zijn (inmiddels ex-)partner.

Uit het raadsonderzoek van 6 mei 2020 komt naar voren dat de vader in het verleden meerdere partners heeft gehad en dat er in die relaties eveneens huiselijk geweld heeft plaatsgevonden.

Het staat verder vast dat er sinds mei 2021 geen contact meer tussen de vader en [kind] heeft plaatsgevonden.

3.15. Deze omstandigheden tezamen maken dat op dit moment van de moeder en van [kind] niet kan worden gevergd dat de reguliere omgangsregeling wordt nagekomen.

Het is voor [kind] van belang dat er op een verantwoorde wijze kan worden toegewerkt naar een eventueel contactherstel, waarbij zijn emotionele en fysiek veiligheid kan worden gegarandeerd. [kind] is een kwetsbare jongen die al veel heeft

meegemaakt. Ook zonder een officiële diagnose van een hier-toe bevoegde therapeut is het aannemelijk dat hij te kampen heeft met traumagerelateerde en/of psychische problematiek. Het is onder die omstandigheden naar het oordeel van het hof onverantwoord om [kind] getuige te laten zijn van de maatregel van lijfswang, waarbij zijn moeder in gijzeling zou worden genomen.

Bovendien dient te worden voorkomen dat [kind] opnieuw (in)direct getuige wordt van huiselijk geweld, met alle mogelijke gevolgen van dien. Dat dit risico reëel is kan worden aangenomen, gelet op het terugkerende patroon van geweld dat bij de vader zichtbaar is.

Het risico dat [kind] hierdoor beschadigd zal raken acht het hof, in het licht van alle omstandigheden, te groot.

3.16. De vader is niet in de procedure in hoger beroep verschenen. Het hof heeft de vader derhalve geen vragen kunnen stellen over hoe hij de omgang met [kind] na al die jaren vorm denkt te geven of hoe zijn huidige situatie en persoonlijke omstandigheden er nu uit zien. Het is het hof niet duidelijk geworden of de vader zich onder behandeling heeft laten stellen van een GZ-psycholoog of dat hij zich bijvoorbeeld heeft gewend tot een organisatie als Yvoor, terwijl dit afgelopen jaren bij herhaling door zowel de raad, de rechtbank en het hof uitdrukkelijk is geadviseerd. Dit had wel op de weg van de vader gelegen, gelet op die adviezen en gelet op de persoonlijke (agressie)problematiek van de vader. Niet voor niets heeft de kinderrechtster nog op 5 november 2021 in het kader van de afwijzing van de ondertoezichtstelling overwogen dat de sleutel om te komen tot contactherstel bij de vader ligt.

3.17. Het hof neemt verder in overweging dat niet duidelijk is geworden welke pogingen de vader sinds het laatste contact met [kind] in mei 2021 heeft ondernomen om het contact met [kind] weer te herstellen, anders dan het voeren van procedures en het innen van dwangsommen. De vader heeft dit op geen enkele wijze met onderliggende stukken aangetoond.

Zo is het hof niet gebleken dat de vader berichtjes of kaartjes naar [kind] heeft gestuurd of dat hij als gezaghebbende ouder getracht heeft om contact te onderhouden met de school van [kind], om op die manier bij de belevingswereld van [kind] betrokken te blijven. Voor zover de vader niet bekend zou zijn geweest met de inzet van een kindercoach, hetgeen door de moeder gemotiveerd is betwist, had hij vanaf het moment dat hij hiermee wel bekend is geraakt zelfstandig contact kunnen opnemen om op die manier een ingang te vinden bij [kind] en te bezien hoe het contact met [kind] na al die jaren weer kan worden hersteld.

In zoverre had van de vader ook mogen worden verwacht dat hij zich, anders dan door het voeren van procedures, had ingespannen om het contact met [kind] weer mogelijk te maken.

Dit klemt temeer aangezien de moeder nog steeds bereid is om het contact tussen de vader en [kind] toe te staan, mits dit op een veilige manier, onder professionele begeleiding, plaatsvindt. In het licht van voornoemde omstandigheden kan de moeder hiervan geen verwijt worden gemaakt en is het inzetten van lijfswang een te zwaar middel.

De conclusie

3.18. Op grond van de hiervoor genoemde omstandigheden is het hof van oordeel dat het belang van [kind] met zich brengt dat er andere, minder ingrijpende middelen kunnen worden ingezet om een mogelijk herstel van het contact tussen de vader en [kind] weer van de grond te krijgen en wegen de belangen van de vader om het contact met [kind] te herstellen

minder zwaar dan het belang van [kind] om zijn (gevoel van) veiligheid te garanderen. De grieven van de moeder slagen derhalve.

3.19. Op grond van het voorgaande zal het hof het bestreden vonnis vernietigen en de inleidende vorderingen van de vader alsnog afwijzen.

Proceskosten

3.20. Het hof ziet geen aanleiding om tot een proceskostenveroordeling over te gaan en zal, gelet op de familierechtelijke aard van de procedure, de proceskosten in beide instanties compenseren, in die zin, dat iedere partij de eigen kosten draagt.

4. De uitspraak

Het hof:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter (...; red.) en opnieuw rechtdoende:

wijst alsnog de inleidende vorderingen van de vader af; compenseert de proceskosten in beide instanties, in die zin, dat iedere partij de eigen kosten draagt; wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

Voorgeschiedenis

Zoals uit de uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch al blijkt, heeft deze zaak een lange voorgeschiedenis. Twee van de uitspraken waarnaar het hof verwijst, bleken gepubliceerd te zijn, waardoor het mogelijk is een goede reconstructie te maken van het verloop.

Bij beschikking van 5 november 2021 (ECLI:NL:RBLIM:2021:10078) werd een verzoek afgewezen om de minderjarige onder toezicht te stellen. De Raad voor de Kinderbescherming had aan het verzoek ten grondslag gelegd dat er sprake was van een ontwikkelingsbedreiging gevormd door de angst van de moeder voor de vader en een vader waarbij een terugkerend patroon van partnergeweld zichtbaar is. De rechtbank wees het verzoek af omdat niet moeder, maar vader het probleem was, nu deze laatste weigerde aan zijn problemen te werken. De rechtbank oordeelde dat moeder op goede gronden de onbegeleide zorgregeling tussen vader en kind had beëindigd nadat de minderjarige getuige was geweest van geweld in de nieuwe relatie van vader. Ook nam de rechtbank in aanmerking dat moeder nog altijd bereid was mee te werken aan begeleide omgang.

Uit de uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch van 11 mei 2023 (ECLI:NL:GHSHE:2023:1539) blijkt dat vader zich gewend had tot de rechtbank met het verzoek een onbegeleide omgangsregeling vast te stellen. Moeder, op haar beurt, verzocht om haar te belasten met het eenhoofdige gezag en het verzoek van vader af te wijzen. De rechtbank wees het verzoek van vader toe en dat van moeder af bij uitspraak van 13 mei 2022 (niet gepubliceerd). Moeder ging in hoger beroep waarbij de uitspraak van de rechtbank werd bevestigd. Teneinde te bewerkstelligen dat moeder de zorgregeling na zou komen, legde het hof tevens een dwangsom op. Het hof bepaalt nu, zij het in andere samenstelling, dat diezelfde zorgregeling niet op straffe van lijfswang hoeft te worden nagekomen. Het hof overweegt daartoe dat lijfswang een ultimum remedium is en dat er nog andere, minder vergaande maatregelen mogelijk zijn teneinde contact tussen vader en kind tot stand te brengen. Hiermee lijkt het hof te doelen

op een OTS, zoals de Raad ook ter zitting had aangegeven. Waarmee de zaak feitelijk terug is op het punt van de uitspraak van de rechtbank Limburg van 5 november 2021 waarbij de OTS werd afgewezen.

Conflicterende focus en normen OTS versus procedures gezag en omgang

En zo blijkt er sprake te zijn van een reeks van vijf procedures waarbij de zaak uiteindelijk na 2,5 jaar terug bij af is. Dat dit soort zaken vaker een dergelijk verloop heeft, valt te verklaren vanuit het zogenoemde drieplanetenmodel van Hester (M. Hester, 'The Tree Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children's Safety in Contexts of Domestic Violence', *the British Journal of Social Work*, Vol. 41, No. 5 (juli 2011), p. 837-853; M. Hester & E. Stark, 'The 3-planets model from WHAT DOESN'T KILL ME', YouTube 2019). Hester stelt dat er bij huiselijk geweld vanaf drie verschillende planeten geopereerd wordt, waarbij sprake is van een verschillende focus en tegenstrijdige normen. Op de 'huiselijkgeweldplaneet' (strafrecht) staan de *volwassenen* centraal en wordt huiselijk geweld gezien als een strafbaar feit en moeten slachtoffers beschermd worden. Op de 'kinderbeschermingsplaneet' (publiek recht) staat het *kind* centraal en gaat het om een overheidsinterventie ter bescherming van kinderen. Deze interventie wordt gezien als noodzakelijk omdat de moeder er niet in slaagt haar kinderen te beschermen tegen het geweld van de vader. De ontstane situatie wordt dus gezien als een tekortkoming van de moeder en niet als een gevolg van het handelen van de vader. Op de 'familierechtplaneet' staan ouders centraal en is goed genoeg vaderschap de norm. Het probleem is beruht in de vrouwenopvang waar moeders met hun kinderen worden ondergebracht op voorspraak of last van de politie, of waar zij terecht komen omdat bedreigd wordt de kinderen uit huis te plaatsen als de moeder hen niet beschermt tegen een gewelddadige vader. Maar zodra vrouwen hun partner verlaten, komt het voormalige gezin op de 'familierechtplaneet' terecht. Als zij dan niet of onvoldoende in staat zijn om het contact tussen vader en de kinderen te ondersteunen, wordt dit gezien als ouderverstoting. Met soms als uiterste consequentie dat de kinderen hun hoofdverblijf bij vader krijgen. Hester stelt dat mishandelde moeders daardoor een hoog risico lopen hun kinderen linksom of rechtsom te verliezen, ofwel omdat hen wordt kwalijk genomen dat zij hun kinderen niet beschermen tegen geweld als zij een relatie niet beëindigen, ofwel omdat zij weerstand hebben tegen contact tussen vader en kind na het beëindigen van de relatie. De casus die het hof 's-Hertogenbosch voorgelegd kreeg, is dan ook illustratief voor de manier waarop dit soort zaken kunnen verlopen. Dit verloop zit ingebakken in het systeem.

Veiligheid van het kind bij de zorgregeling

Namens de moeder is in de procedure bij het hof aangevoerd dat het uitvoeren van een onbegeleide zorgregeling in strijd is met art. 31 lid 2 van het Verdrag van Istanbul. Hierin is bepaald dat de uitvoering van een zorgregeling niet ten koste mag gaan van de rechten en veiligheid van het slachtoffer en de kinderen. Zonder dat het hof het Verdrag van Istanbul noemt, stelt het dat een onbegeleide zorgregeling een reëel risico met zich meebrengt dat het kind opnieuw blootgesteld zal worden aan geweld gezien het terugkerende patroon van geweld dat bij de vader zichtbaar is. Voorkomen moet worden dat het kind opnieuw (in)direct getuige wordt

van huiselijk geweld, met alle mogelijke gevolgen van dien, aldus het hof. In de preambule van het Verdrag van Istanbul staat dat erkend wordt dat kinderen slachtoffer zijn van huiselijk geweld, ook als ze getuige zijn van geweld binnen het gezin. Art. 18 lid 1 van het Verdrag van Istanbul bepaalt dat voorkomen moet worden dat slachtoffers van huiselijk geweld opnieuw slachtoffer worden. De uitspraak van het hof doet daarmee recht aan de preambule, art. 18 lid 1 en art. 31 lid 2 van het Verdrag van Istanbul.

De casus maakt ook duidelijk dat de implementatie van art. 31 van het Verdrag van Istanbul ertoe kan leiden dat de focus en normen van de 'familierechtplaneet' (meer) in overeenstemming met de 'kinderbeschermingsplaneet' en 'strafrechtplaneet' worden gebracht. Deze betere afstemming is dus, naast de veiligheidsaspecten, ook nodig vanuit een oogpunt van rechtszekerheid.

Holistische benadering en risicotaxatie, EVRM en IVRK

Door de Raad is ter zitting bij het hof opgemerkt dat moeder kennelijk via via geïnformeerd wordt over de vader. Moeder heeft namelijk aangegeven dat vader, na haar, andere partners heeft mishandeld. Ook heeft moeder aangegeven dat zij vermoedens heeft van drugsgebruik en drugshandel. Ook dit beeld komt vaker terug in dit soort casuïstiek. Plegers ontkenen vrijwel altijd dat zij zich schuldig maken aan geweldpleging en/of middelenmisbruik. Vaak wordt dan aan deze stellingen van slachtoffers voorbijgegaan, met alle risico's van dien.

Art. 51 lid 1 van het Verdrag van Istanbul stelt dat partijen de wetgevende of andere maatregelen nemen die nodig zijn om te waarborgen dat alle relevante autoriteiten het risico op de dood, de ernst van de situatie en de kans van herhaling op het geweld beoordelen teneinde de risico's te beheersen en *zo nodig gecoördineerd te zorgen voor veiligheid en ondersteuning*. Met andere woorden: werken in silo's zoals in Nederland de norm is, is niet toegestaan. Antecedenten en lopende zaken in de strafrechtketen horen deel uit te maken van de informatie die beschikbaar is in de familierechtprocedure. De beoordeling van de risico's moet door alle silo's heen (i.h.b. strafrecht en familierecht) uniform en gecoördineerd verlopen. Dat is in Nederland nu niet het geval, waarmee art. 51 lid 1 van het Verdrag van Istanbul geschonden wordt.

Ook het EVRM en het IVRK nopen tot gecoördineerde risicotaxatie. In de jurisprudentie van het EHRM ontstaat er bij (een risico op) huiselijk geweld een 'due diligence'-verplichting om dit geweld zo snel mogelijk te beëindigen en slachtoffers tegen verdere daden van geweld te beschermen (EHRM 9 juni 2009 (*Opuz/Turkije*), Application no. 33401/02 en daaropvolgende jurisprudentie). Deze jurisprudentie over de zogenoemde positieve verplichtingen is tot ontwikkeling gekomen onder art. 2, 3 en 8 EVRM. Art. 2 EVRM beschermt het recht op leven. Art. 3 EVRM behelst het verbod op marteling of een wrede, onmenselijke of vernederende behandeling. Ook ernstig psychisch geweld kan, zonder fysiek geweld, onder omstandigheden leiden tot een schending van art. 3 EVRM (EHRM 9 juli 2019 (*Volodina/Rusland I*), Application no. 41261/17). Voor het aannemen van een schending van art. 3 EVRM moet er sprake zijn van een '*minimum level of severity*'. Als dit niveau niet wordt gehaald, kan onder art. 8 EVRM een schending van de fysieke of psychische integriteit worden aangenomen. Een goed voorbeeld in deze context is EHRM 10 november 2022 (*I.M. et autres/Italy*), Application no. 25426/20. Twee kinderen waren jarenlang gedwongen tot

een begeleid contact met hun agressieve vader. Ondanks de begeleiding gebruikte de vader geweld tegen de moeder en was hij ook agressief naar de kinderen zelf. De kinderen hadden daardoor psychologische begeleiding nodig. Het Hof concludeerde tot een schending van art. 8 EVRM omdat de psychologische en emotionele balans van de kinderen verstoord was door het continueren van het onveilige contact met vader. Uit deze uitspraak volgt ook dat het Hof art. 8 EVRM uitlegt in overeenstemming met art. 31 lid 2 Verdrag van Istanbul. Art. 19 IVRK, nader uitgewerkt in General Comment no. 13, stelt dat kinderen het recht hebben om vrij van geweld op te groeien. Daartoe is allereerst vereist dat kinderen die slachtoffer zouden kunnen worden van huiselijk geweld geïdentificeerd worden (par. 48 van General Comment no. 13). Het credo van General Comment no. 13 is 'no violence against children is justifiable; all violence against children is preventable' (par. 3 (a)).

Conclusie

De uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch is juist omdat deze in overeenstemming is met art. 31 lid 2 van het Verdrag van Istanbul, art. 8 EVRM en art. 19 IVRK. Bij de aanloop naar deze uitspraak zijn diverse beschikkingen gegeven die strijdig zijn met de hiervoor genoemde verdragen, waaronder een eerdere uitspraak van het hof zelf. Implementatie van art. 31 van het Verdrag van Istanbul is hard nodig, niet alleen om de veiligheid van slachtoffer-ouders en hun kinderen te waarborgen, maar óók om te bereiken dat het toetsingskader bij beslissingen over gezag en omgang afgestemd wordt op het toetsingskader bij het treffen van kindbeschermingsmaatregelen. Een procedureverloop als hier aan de orde is onnavolgbaar voor rechtzoekenden en ondermijnt het vertrouwen in de rechtstaat.

mr. G.A.P. Avontuur
advocaat bij Avontuur & Czarnota familierecht

Ondernemingsrecht

71

De Ondernemingskamer treft na vastgesteld en vervolgens voortgezet wanbeleid nadere onmiddellijke voorzieningen

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
16 februari 2024, nrs. 200.313.015/02 OK en
200.313.019/02 OK, ECLI:NL:GHAMS:2024:369
(mr. Meijer, mr. Melissen, mr. De Jongh,
prof. dr. mr. Loonen, drs. Thomassen)
Noot mr. N.G. Cornelissen

Enquêterecht. Toewijzing verzoek nadere onmiddellijke voorzieningen na tweedefasebeschikking. Belangenverstrengeling. Minderheidsaandeelhouders. Redelijkheid en billijkheid.

[BW art. 2:8, 2:349a lid 2]

Essentie: Bobeas c.s. vergroot doelbewust de liquiditeitsproblemen die i3 in haar voortbestaan bedreigen en hij belemmert de ordentelijke verkoop van i3. Daarmee handelt hij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8 BW en maakt hij zich schuldig aan ernstige (en naar de aard ontoelaatbare) belangenverstrengeling. Bobeas c.s. heeft immers als gevolg van een stapeling van uiteenlopende rollen en belangen een machtspositie in i3 en gebruikt deze ten nadele van i3 en verzoeksters als minderheidsaandeelhouders.

Samenvatting: De Ondernemingskamer is van oordeel dat nadere onmiddellijke voorzieningen noodzakelijk zijn in het belang van i3 en haar onderneming. Daartoe is het volgende redengevend: de rechten die Bobeas c.s. jegens i3 pretendeert, ontleent hij aan de Managementovereenkomst en andere overeenkomsten die Bobeas c.s. heeft gesloten met i3 in de persoon van zijn vader (Petrias). Diens zeer onzorgvuldig handelen bij het bestaan van tegenstrijdig belang heeft de Ondernemingskamer mede aan het wanbeleidsoordeel ten grondslag gelegd. Dat zeer onzorgvuldig handelen in strijd met art. 2:9 BW ziet ook op het – na de tweedefasebeschikking gebleken – opnemen van een ongebruikelijk lange opzegtermijn van twaalf maanden in de Managementovereenkomst. Dit heeft ertoe geleid dat de positie van Bobeas c.s. de facto sterker was dan die van een statutair bestuurder: Bobeas c.s. kreeg als feitelijk bestuurder alle bevoegdheden van een statutair bestuurder maar kon niet, zoals een statutair bestuurder, te allen tijde worden ontslagen (vgl. art. 2:244 lid 1 BW). De belangen van Bobeas c.s. en die van i3 lopen bepaald niet parallel. [B] heeft nooit afstand gedaan van zijn ambities om i3 Nederland (al dan niet samen met een door hem voorgedragen koper) over te nemen, terwijl hij en zijn vader sinds de tweedefasebeschikking in tal van procedures (geld)vorderingen tegen i3 hebben ingesteld. Aldus doet zich een reëel risico voor op belangenverstrengeling dat noopt tot het betrachten van een verhoogde zorgvuldigheid door Bobeas c.s. (vgl. OK 8 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734 (Omines)).