

*Rotterdam Institute of Private Law  
Accepted Paper Series*

***Wet bevordering voortgezet  
ouderschap en zorgvuldige  
scheiding en overgangsrecht***

*A.J.M. Nuytinck\**

*Published in  
Ars Aequi September 2010, p.601-605.*

---

\* Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen ([nuytinck@kabelfoon.nl](mailto:nuytinck@kabelfoon.nl))

HR 21 mei 2010, LJN: BL7407 (mrs. D.H. Beukenhorst, A. Hammerstein, W.A.M. van Schendel, F.B. Bakels en W.D.H. Asser; A-G mr. F.F. Langemeijer)

Gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders; ouderschapsplan bij feitelijke scheiding van samenwonende ouders; overgangsrecht; verdeling van zorg- en opvoedingstaken tussen beide ouders; hoofdverblijfplaats van het kind; belang van het kind; betekenis in dit verband van de artikelen 1:247, 247a en 253a BW.

#### *De feiten*<sup>1</sup>

1. De vader en de moeder hebben sinds 1994 ongehuwd samengewoond, laatstelijk in plaats A. Uit hun relatie is in 2004 de zoon geboren. De zoon is door de vader erkend.
2. De vader en de moeder hebben gezamenlijk het gezag over hun zoon. Daarvan is op de voet van artikel 1:252 lid 1 BW aantekening gedaan in het in artikel 1:244 BW bedoelde gezagsregister.
3. Begin 2007 is de samenwoning beëindigd. De moeder is daarop met de zoon in plaats B gaan wonen.

#### *Het geding in feitelijke instanties*<sup>2</sup>

De moeder heeft de rechtbank verzocht te bepalen dat het hoofdverblijf van de zoon bij haar zal zijn en een omgangsregeling vast te stellen. De vader heeft verzocht de door de moeder gevraagde omgangsregeling af te wijzen en daarvoor in de plaats een andere omgangsregeling vast te stellen en zijnerzijds verzocht te bepalen dat het hoofdverblijf van de zoon bij hem zal zijn. Bij beschikking van 25 juni 2008 heeft de rechtbank bepaald dat de hoofdverblijfplaats van de zoon bij de moeder zal zijn en heeft zij een regeling voor de omgang van de vader met de zoon vastgesteld, te weten, kort gezegd, eenmaal per 14 dagen van vrijdag na schooltijd tot zondag 18.00 uur, waarbij de moeder telkens de zoon naar plaats A brengt en de vader hem terugbrengt, en daarnaast de helft van de feestdagen en van de schoolvakanties. De rechtbank heeft voorts bepaald dat de reiskosten van de omgangsregeling voor de vader zijn.

Op het door de vader ingestelde hoger beroep heeft het hof de beschikking van de rechtbank bekrachtigd.

#### *Beoordeling van het middel door de Hoge Raad*

De Hoge Raad beoordeelt het door de vader tegen de beschikking van het hof gericht cassatiemiddel in zijn zes onderdelen als volgt.

3.3 In dit geding is aan de orde de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Wet van 27 november 2008, Stb. 500, in werking getreden op 1 maart 2009), hierna: de Wet.

3.4.1 Onderdeel 1 klaagt dat uit de bestreden beschikking niet, althans onvoldoende blijkt dat het hof zich rekenschap heeft gegeven van de inwerkingtreding van de Wet.

---

<sup>1</sup> Ontleend aan punt 3.1 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

<sup>2</sup> Ontleend aan de punten 3.2.1 en 3.2.2 (onder *Beoordeling van het middel*) van de beschikking van de Hoge Raad.

Waar de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden na de inwerkingtreding van de Wet, had het hof daarin aanleiding moeten zien om de behandeling aan te houden, dan wel partijen op te dragen een ouderschapsplan op te stellen. Door de Wet niet of onvoldoende toe te passen, zo nodig met ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting.

#### 3.4.2 Het onderdeel faalt.

Verzoekschriften die worden ingediend na de datum van inwerkingtreding van de Wet zullen aan de in die wet vervatte nieuwe processuele eisen moeten voldoen; voor verzoekschriften die voor de datum van inwerkingtreding zijn ingediend, zijn de nieuwe processuele vereisten niet van toepassing (Kamerstukken II 2004-2005, 30 145, nr. 3, p. 10).

De Wet schrijft onder meer het volgende voor. Indien een aantekening in het gezagsregister is geplaatst en de ouders hun samenleving beëindigen, stellen zij een ouderschapsplan op als bedoeld in art. 815 Rv. (art. 1:247a BW). Op verzoek van de ouders of een van hen kan de rechtbank een regeling vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag, waaronder een beslissing omtrent de hoofdverblijfplaats van het kind (art. 1:253a lid 2 BW).

De in art. 1:253a lid 3 BW voorziene ambtshalve aanhouding door de rechter van de beslissing op een in het tweede lid van deze bepaling bedoeld verzoek indien de ouders aan de verplichting van art. 1:247a niet hebben voldaan, dient te worden aangemerkt als een nieuw processueel vereiste, waarop de Wet eerst vanaf haar inwerkingtreding van toepassing is. Waar het onderhavige verzoekschrift is ingediend voor 1 maart 2009, was de rechter niet gehouden zijn beslissing op het verzoek aan te houden totdat de ouders, die hun samenleving al begin 2007 hadden beëindigd, alsnog een ouderschapsplan hadden opgesteld.

3.5 Bij de beoordeling van de onderdelen 2 (betreffende de bepaling van de hoofdverblijfplaats) en 3 (betreffende de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken tussen de ouders) wordt het volgende vooropgesteld. Het gaat in cassatie in het bijzonder om de vraag of de rechter in verband met de inwerkingtreding van de Wet in beginsel steeds moet uitgaan van een gelijke verdeling van de hoofdverblijfplaats van het kind en van een gelijke verdeling van de zorg- en opvoedingstaken tussen de ouders. Het antwoord op die vraag luidt ontkennend. Zoals mede blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wet, weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.5-2.13, brengt<sup>3</sup> de door de wetgever tot uitgangspunt genomen gelijkwaardigheid van de beide ouders en de wenselijkheid van een in beginsel gelijke verdeling van zorg- en opvoedingstaken na het uiteengaan van de ouders niet mee dat, wanneer de ouders dienaangaande geen overeenstemming kunnen bereiken, de rechter bij zijn beslissing over de hoofdverblijfplaats van de minderjarige en de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken het belang van de minderjarige niet het zwaarst zou mogen laten wegen. Dat belang dient immers bij de te verrichten afweging van belangen een overweging van de eerste orde te zijn. Voor zover de onderdelen van een andere opvatting uitgaan, falen zij. Voor het overige wordt omtrent de onderdelen het volgende overwogen.

3.6.1 Onderdeel 2 richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de beslissing van het hof in rov. 4-8 dat de hoofdverblijfplaats van de zoon bij de moeder zal zijn. Die overwegingen houden, samengevat, het volgende in.

Het hof dient op grond van art. 1:253a BW een zodanige beslissing over het hoofdverblijf te nemen als hem in het belang van de zoon wenselijk voorkomt (rov. 4). Er is geen reden om te veronderstellen dat, zoals de vader had aangevoerd, het niet goed gaat met de opvoeding van de zoon door de moeder (rov. 5). De vader heeft aangevoerd dat plaats A voor de zoon zijn vertrouwde omgeving is en dat de moeder overleg met hem had moeten voeren over de verblijfplaats van de zoon voordat zij naar plaats B vertrokken. Weliswaar kan meewegen hoe de situatie twee jaar geleden was of hoe het had moeten zijn, maar het zwaarst weegt wat nu en in de nabije toekomst het meest in het belang is van de zoon. De zoon is nu vier jaar en woont al twee jaar in plaats B. Gezien zijn leeftijd en de daarbij behorende beleving is<sup>4</sup> daar zijn inmiddels vertrouwde woonomgeving en schoolsituatie. Het is in het belang van de zoon om daarin stabiliteit te bewaren (rov. 6).

<sup>3</sup> Lees: brengen (toevoeging van de annotator).

<sup>4</sup> Lees: zijn (toevoeging van de annotator).

De raad voor de kindbescherming heeft aangegeven dat het belang van de zoon voorop dient te staan en raadt geen wijziging van de hoofdverblijfplaats aan (rov. 7). Het is het meest in het belang van de zoon dat zijn huidige hoofdverblijfplaats ongewijzigd bepaald blijft bij zijn moeder (rov. 8).

3.6.2 Onderdeel 2 neemt – terecht – tot uitgangspunt dat de omvang van het ouderlijk gezag van de moeder en de vader mede wordt bepaald door de bij de Wet aan art. 1:247 BW toegevoegde leden 3 en 4. Voor zover hier van belang luiden deze bepalingen:

‘3. Het ouderlijk gezag omvat mede de verplichting van de ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen.

4. Een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, behoudt (...) na het beëindigen van de samenleving indien een aantekening als bedoeld in artikel 252, eerste lid, is geplaatst, recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders.’

3.6.3 Het onderdeel klaagt dat het oordeel van het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans ontoereikend is gemotiveerd, doordat daarin onvoldoende gewicht is toegekend aan de omstandigheid dat de moeder zonder voorafgaand overleg met de vader de zoon naar plaats B heeft meegenomen. Daardoor wordt, aldus het onderdeel, het principe ‘dat beide ouders gelijkwaardig zijn en gelijkwaardige opvoeding en verzorging door beide ouders in het belang is van het kind’ geweld aangedaan en worden de art. 1:247 BW, art. 7<sup>5</sup> en 14 EVRM en art. 18 Verdrag inzake de rechten van het kind geschonden.

Het onderdeel faalt. Het hof heeft geoordeeld dat, ook al zou de door de vader betrokken stelling dat de moeder destijds zonder enig overleg met hem met de zoon is verhuisd naar plaats B juist zijn, dit aspect in de gegeven omstandigheden van onvoldoende gewicht is om de hoofdverblijfplaats van de zoon inmiddels bij de vader te bepalen. Dat oordeel geeft niet blijk van miskenning van de in het onderdeel bedoelde gelijkwaardigheid van de ouders en is niet in strijd met de daarin genoemde bepalingen. Het hof heeft immers de ene ouder niet meer of minder gelijkwaardig geacht dan de ander met betrekking tot hun verzorgings- en opvoedingstaken of over het hoofd gezien dat het ouderlijk gezag mede omvat de verplichting om de ontwikkeling van de banden van het kind met de andere ouder te bevorderen, maar bij zijn op de voet van art. 1:253a BW genomen beslissing bij afweging van de betrokken belangen van de vader, die van de moeder en die van het kind het belang van de zoon het zwaarst laten wegen. Daarbij heeft het hof kunnen betrekken dat het jonge kind sedert de verhuizing zijn vertrouwde woonomgeving en schoolsituatie in plaats B heeft en dat het belang heeft bij stabiliteit. Het oordeel behoeft geen nadere motivering.

3.7.1 Voor het – zich thans voordoende – geval dat onderdeel 2 tevergeefs is voorgesteld, klaagt onderdeel 3 over de door het hof opgelegde omgangsregeling. Dienaangaande heeft het hof in rov. 10 overwogen dat, gelet op de jonge leeftijd van de zoon, de afstand tussen plaats B en plaats A alsmede het vaststaande feit dat de communicatie tussen partijen gebrekkig is, waarbij de zoon wordt geconfronteerd met strijd tussen zijn ouders, het belang van de zoon het meest gediend is bij handhaving van de door de rechtbank bepaalde reguliere regeling en niet bij de door de vader verzochte intensivering van de omgangsregeling.

3.7.2 Het onderdeel klaagt dat de door het hof opgelegde ‘klassieke’ omgangsregeling van twee weekeinden per maand veel te karig is en in strijd is met het in art. 1:247 BW neergelegde beginsel van gelijkwaardig ouderschap, althans dat deze beslissing onvoldoende is gemotiveerd. Daarbij heeft het onderdeel in de eerste plaats op het oog dat de bedoelde gelijkwaardigheid zou meebrengen dat een gelijke (50-50%) verdeling van de tijd die het kind bij zijn ouders doorbrengt uitgangspunt moet zijn en dat afwijking daarvan goed dient te worden gemotiveerd. Het onderdeel klaagt voorts dat het hof had moeten ingaan op de stelling van de vader dat een gelijkwaardige opvoeding en verzorging de aanvankelijke bedoeling van de ouders was en dat het hof had moeten onderzoeken hoe de situatie op dit punt was toen de ouders nog samenwoonden. Het onderdeel voert verder aan dat de reisafstand plaats A – plaats B en de gebrekkige communicatie tussen de ouders niet een obstakel van voldoende gewicht vormen om af te wijken van het wettelijk beginsel van gelijkwaardige opvoeding en verzorging door de beide ouders.

---

<sup>5</sup> Lees: 8 (toevoeging van de annotator).

3.7.3 Zoals mede blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 1:247 BW – weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.5-2.13 – verplicht de in deze bepaling neergelegde gelijkwaardigheid van de ouders niet tot een gelijke (50-50%) verdeling van de tijd die het kind bij elke ouder doorbrengt. Het hof heeft geoordeeld dat het belang van de zoon bij handhaving van de door de rechtbank bepaalde omgangsregeling zwaarder weegt dan bij vaststelling van een regeling die een andere – waaronder ook: een gelijke – verdeling zou inhouden van de tijd die hij bij ieder van de ouders doorbrengt. Dat oordeel berust op een waardering van de feiten, waaronder het gewicht dat toekomt aan de reisafstand en de gebrekkige communicatie tussen de ouders, die aan het hof is voorbehouden. In cassatie kan die waardering niet op juistheid worden onderzocht. Onbegrijpelijk is het oordeel, ook zonder nader onderzoek naar de situatie in de periode dat de ouders nog samenwoonden, niet.

3.8 De in de onderdelen 4-6 aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### *De beslissing van de Hoge Raad*

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de vader.

### **NOOT**

#### *1 Ouderschapsplan*

De belangrijkste wijziging die de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding<sup>6</sup> heeft meegebracht, is ongetwijfeld de introductie van het ouderschapsplan (art. 1:247 lid 5 en 247a BW, alsmede art. 815 leden 2, 3, 4 en 6 Rv). De term ‘ouderschapsplan’ is eigenlijk helemaal niet correct, maar nu al zo ingeburgerd, dat niemand een andere term gebruikt. Allereerst is het natuurlijk helemaal geen plan (dat is mij een te bestuursrechtelijke term), maar een familierechtelijke overeenkomst waarin de rechtsgevolgen van de scheiding worden geregeld op het gebied van de in artikel 815 lid 3 Rv genoemde onderwerpen. In beginsel kunnen de regels van het algemene rechtshandelingenrecht analogisch worden toegepast op het ouderschapsplan (art. 3:59 BW). Ook de regels van het algemene verbintenissen- en overeenkomstenrecht kunnen naar mijn mening in beginsel analogisch worden toegepast op het ouderschapsplan, ook al ontbreekt hier een schakelbepaling. Die van artikel 6:216 BW kan in dit geval niet worden toegepast, omdat het ouderschapsplan weliswaar een familierechtelijke, maar geen familie*vermogens*rechtelijke overeenkomst is. Laatstgenoemd artikel spreekt immers over ‘andere<sup>7</sup> meerzijdige *vermogensrechtelijke*<sup>8</sup> rechtshandelingen’. Dit gegeven weerhoudt mij er echter niet van in voorkomende gevallen een aan Boek 6 BW ontleende oplossing te vinden voor een concreet probleem met het ouderschapsplan,

---

<sup>6</sup> Wet van 27 november 2008, *Stb.* 2008, 500, in werking getreden op 1 maart 2009, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding).

<sup>7</sup> Bedoeld zijn andere rechtshandelingen dan de obligatoire overeenkomst in de zin van art. 6:213 lid 1 BW.

<sup>8</sup> Cursivering van de annotator.

als deze oplossing maar past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen (de zogenaamde Quint-Te Poel-formule).<sup>9</sup>

Zo acht ik het in beginsel mogelijk dat de ene ex-echtgenoot na echtscheiding de andere ex-echtgenoot tot schadevergoeding aanspreekt wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit hoofde van het ouderschapsplan, uiteraard met inachtneming van het feit dat het hier gaat om een bijzondere, op het familierecht gebaseerde rechtsverhouding, te weten de verhouding tussen ex-echtgenoten. Dit betekent dat bepalingen van het algemene vermogensrecht nooit klakkeloos op familierechtelijke verhoudingen mogen worden toegepast. Men denke in dit verband ook aan de bekende ‘ontsnappingsclausule’ aan het slot van de meeste schakelbepalingen van de Boeken 3 en 6 BW: ‘voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet’ of woorden van gelijke strekking.

Een tweede reden waarom de term ‘ouderschapsplan’ niet zo gelukkig is, is gelegen in het feit dat deze alleen op (juridische) ouders slaat, maar uiteraard ook op voogden enerzijds en een ouder en een niet-ouder anderzijds zou moeten slaan.<sup>10</sup> De wetgever heeft verzuimd een regeling te treffen voor gehuwde, geregistreerde en samenwonende voogden die (feitelijk) gaan scheiden, alsmede voor een ouder en een niet-ouder die met elkaar samenwonen en feitelijk gaan scheiden, dus in geval van gezamenlijke voogdij (art. 1:282 en 292 BW) respectievelijk gezamenlijk gezag van een ouder en een niet-ouder (art. 1:253t BW).<sup>11</sup> Nu zou men kunnen redeneren dat de regels betreffende het ouderschapsplan dan maar analogisch op laatstgenoemde personen moeten worden toegepast, maar dit is helaas niet mogelijk, omdat het ouderschapsplan uiteindelijk een ontvankelijkheidsvereiste<sup>12</sup> is, althans bij gehuwde of geregistreerde voogden die gaan scheiden. Als zij een verzoekschrift tot scheiding bij de rechtbank indienen zonder een voogdijplan met betrekking tot hun pupil over te leggen, is het naar mijn mening niet mogelijk dat de rechtbank hen niet-ontvankelijk verklaart, omdat een dergelijke uitspraak haar grondslag in de wet – het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – dient te vinden. Artikel 815 Rv spreekt nu eenmaal niet over scheidende voogden. Er zit dus voor de wetgever niets anders op dan de wet zo spoedig mogelijk te repareren en de beide omissies weg te werken.

Het voorafgaande leidt mij tot de conclusie dat de term ‘gezagsdragersovereenkomst’ de enig juiste term is, maar ik geef toe dat deze – in hedendaags jargon – ‘niet lekker bekt’.

<sup>9</sup> Zie HR 30 januari 1959, LJN: AI1600, NJ 1959, 548 (*Quint-Te Poel*; concl. A-G Loeff; m.nt. D.J. Veegens; AA 1958-1959, p. 171-176, m.nt. J.H. Beekhuis).

<sup>10</sup> Aldus A.J.M. Nuytinck, ‘De in de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding vergeten voogden en het voogdijplan’, *WPNR* 2008-6756, p. 397-398.

<sup>11</sup> Zijn de ouder en de niet-ouder met elkaar gehuwd of geregistreerd en gaan zij vervolgens scheiden, dan is er geen probleem, omdat in deze gevallen wél is voorzien in de verplichting een ouderschapsplan over te leggen; zie immers art. 815 lid 2, aanhef en onder b, Rv in geval van een huwelijk respectievelijk art. 1:80c lid 3, aanhef en onder b, jo. art. 1:80e BW en art. 828 jo. art. 815 Rv in geval van een geregistreerd partnerschap. De omissie van de wetgever ziet dus alleen op de ouder en de niet-ouder die met elkaar samenwonen en vervolgens feitelijk gaan scheiden. Zij vallen niet onder art. 1:247a BW, dat alleen betrekking heeft op twee ouders.

<sup>12</sup> Zie L.M. Coenraad, ‘Ouderschapsplan en ontvankelijkheid. Een voorstel voor betere toegang tot en voortgang van de scheidingsprocedure’, *FJR* 2010, 19, p. 41-46, die o.a. voorstelt art. 815 lid 2, aanhef, Rv te wijzigen (‘Het verzoekschrift bevat een ouderschapsplan ten aanzien van’ vervangen door ‘Tegelijk met het verzoekschrift wordt een ouderschapsplan overgelegd ten aanzien van’).

Daarom blijf ik toch maar van ‘ouderschapsplan’ spreken. Het is er mee als met de term ‘co-ouderschap’, die in de rechtspraak volledig is ingeburgerd, maar inhoudelijk nergens op slaat. ‘Ouder’ betekent in beginsel ‘juridisch ouder’<sup>13</sup> en refereert dus in eerste instantie aan het afstammingsrecht – de familierechtelijke betrekking (art. 1:3 lid 1 jis. art. 1:197-199 BW) – en niet aan het gezagsrecht. Ook een niet-ouder kan immers gezag over een minderjarige uitoefenen. Met ‘co-ouderschap’ bedoelt men een zo gelijk mogelijke verdeling van de zorg- en opvoedingstaken van de beide ouders na hun scheiding en een zo gelijk mogelijke verdeling van de tijd gedurende welke het kind bij de ene dan wel bij de andere ouder na hun scheiding verblijft. In dit licht is ook de citeertitel van de nieuwe scheidingswet, waarin de woorden ‘bevordering voortgezet ouderschap’ voorkomen, uiterst merkwaardig te noemen: alsof men na scheiding ophoudt ouder van het kind te zijn en uitdrukkelijk zou moeten worden bepaald dat het ouderschap wordt voortgezet! Met deze citeertitel trapt de wetgever een open deur in: vanzelfsprekend blijft men na scheiding ouder van het kind.

## 2 Overgangsrecht

In dit geval zijn de ouders begin 2007 feitelijk gescheiden. Als zij vervolgens, maar nog wel onder het oude recht, de rechter in het kader van een geschillenregeling ter oplossing van een gezagsconflict adiëren, kan hun niet worden tegengeworpen dat zij – nu het nieuwe recht inmiddels tijdens de procedure in werking is getreden – eerst maar eens een ouderschapsplan moeten opstellen voordat de rechter hun gezagsconflict oplost, en dat de rechter tot die tijd de beslissing aanhoudt (art. 1:253a lid 3 BW). Het thans geldende recht, in het bijzonder artikel 1:247a BW, is op deze ouders namelijk niet van toepassing, omdat het onderhavige verzoekschrift is ingediend vóór 1 maart 2009, de datum van inwerkingtreding van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding. Op lopende procedures blijft uiteraard het oude recht van toepassing. Zou het verzoekschrift zijn ingediend op of na 1 maart 2009, dan zou het thans geldende recht van toepassing zijn geweest. Terecht overweegt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.2 dat de nieuwe processuele vereisten hier niet van toepassing zijn en dat de in artikel 1:253a lid 3 BW bedoelde ambtshalve aanhouding dient te worden aangemerkt als een nieuw processueel vereiste, waarbij hij verwijst naar de memorie van toelichting op de nieuwe scheidingswet.<sup>14</sup> Deze wet bevat overigens geen enkele overgangsrechtelijke bepaling, zodat zij onmiddellijke werking heeft vanaf de datum van haar inwerkingtreding, dus vanaf 1 maart 2009.

---

<sup>13</sup> Alleen in art. 1:227 lid 3 BW heeft ‘ouder’ een ruimere betekenis, omdat niet alleen de juridische ouder, maar ook de biologische ouder met ‘family life’ hieronder valt. Zie hierover uitgebreid M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Kluwer 2009, nr. 193.

<sup>14</sup> *Kamerstukken II 2004/05*, 30 145, nr. 3, p. 10.

### *3 Gelijke verdeling hoofdverblijfplaats kind en gelijke verdeling zorg- en opvoedingstaken ouders?*

Moet de rechter in verband met de inwerkingtreding van de nieuwe scheidingswet in beginsel steeds uitgaan van een gelijke verdeling van de hoofdverblijfplaats van het kind en van een gelijke verdeling van de zorg- en opvoedingstaken tussen de ouders? Geheel in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis van de nieuwe scheidingswet, in het bijzonder die van artikel 1:247 BW, beantwoordt de Hoge Raad deze vraag ontkennend.<sup>15</sup> De gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders in de zin van artikel 1:247 lid 4 BW betekent nog niet een gelijke (50-50%) verdeling van de tijd die het kind bij elke ouder doorbrengt, en evenmin een gelijke verdeling van de zorg- en opvoedingstaken tussen de ouders. Als de ouders het hierover niet eens worden en hun geschil ter oplossing aan de rechter voorleggen, moet hij het belang van de minderjarige het zwaarst laten wegen. Dat belang dient immers bij de te verrichten afweging van belangen een overweging van de eerste orde te zijn, zo benadrukt de Hoge Raad terecht in rechtsoverweging 3.5, nader uitgewerkt in de rechtsoverwegingen 3.6.3 en 3.7.3.<sup>16</sup> Het is dus beslist niet zo dat het ‘co-ouderschap’, zoals hierboven onder punt 1 gedefinieerd, het uitgangspunt voor de rechter zou moeten zijn als hij een beslissing op de voet van artikel 1:253a lid 2, eerste volzin en tweede volzin, aanhef en onder a en b, BW moet nemen, dus als hij een gezagsregeling op het gebied van de toedeling aan ieder der ouders van de zorg- en opvoedingstaken en de hoofdverblijfplaats van het kind moet vaststellen.

### *4 Omgang en contact*

In deze procedure wordt nog steeds gesproken over ‘omgang’ en ‘omgangsregeling’, de terminologie van het oude recht. Naar huidig recht moet men in geval van gezamenlijk gezag van de ouders eigenlijk spreken over ‘contact’ en moet men ‘omgang’ reserveren voor de ouder die niet met het gezag is belast (art. 1:253a lid 2, tweede volzin, onder a, slot en 377a lid 1, tweede volzin, BW). Ik weet bijna zeker dat de term ‘contact’ nooit ingeburgerd zal raken wegens zijn abstractie, vaagheid en weinig juridische uitstraling.<sup>17</sup> Bovendien is de wetgever zelf ook inconsequent, nu hij in artikel 1:377a lid 1, eerste volzin, BW wel degelijk spreekt over het recht op omgang van het kind met zijn ‘ouders’, dus in de meervoudsvorm en zonder de vermelding van gezamenlijk of eenhoofdig gezag.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> De aanzet voor deze wethistorische interpretatie had A-G Langemeijer al in zijn conclusie onder de punten 2.5-2.13 gegeven. Daarin en in de daarbij behorende voetnoten 7-26 treft men de relevante vindplaatsen van de desbetreffende Kamerstukken en Handelingen aan. Zie ook M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Kluwer 2009, nr. 208.

<sup>16</sup> Zie hierover ook uitvoerig A.J.M. Nuytinck en J.J.M. Grapperhaus, ‘Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde ‘personae miserabiles’, in het familie(vermogens)recht, in het bijzonder het belang van het kind’, AA 2008, p. 861-875, in het bijzonder paragraaf 2.5, p. 867-871 (AA20080861).

<sup>17</sup> Zie ook de kritische vragen van de leden van de VVD-fractie in de Eerste Kamer in het voorlopig verslag van de vaste commissie voor justitie, *Kamerstukken I 2007/08*, 30 145, B, p. 8. De memorie van antwoord van de Minister van Justitie en van die voor Jeugd en Gezin, *Kamerstukken I 2007/08*, 30 145, C, p. 16-17, overtuigt mij niet van de noodzaak om de terminologie te wijzigen.

<sup>18</sup> Zie in kritische zin over de wijziging van de terminologie ook M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Kluwer 2009, nr. 210, 230 en 236, in het bijzonder nr. 230.



*5 Onjuiste verwijzing in artikel 1:253a lid 4, eerste volzin, BW*

In het kader van de geschillenregeling met betrekking tot gezamenlijke gezagsuitoefening bepaalt artikel 1:253a lid 4, eerste volzin, BW: ‘De artikelen 377a, vierde lid, 377e en 377g zijn van overeenkomstige toepassing’. De meeste auteurs die hierover hebben geschreven, alsmede de Minister van Justitie en die voor Jeugd en Gezin zijn ten onrechte van mening dat de verwijzing naar artikel 1:377a lid 4 BW een vergissing is en moet worden gelezen als een verwijzing naar artikel 1:377a lid 3 BW betreffende de gronden waarop het omgangsrecht kan worden ontzegd. Sterker nog: de beide ministers voegen hieraan nog toe dat artikel 1:253a lid 4, eerste volzin, BW op korte termijn dienovereenkomstig zal worden aangepast.<sup>19</sup> Deze visie getuigt van weinig historisch besef en daarom zal ik proberen deze auteurs en de beide ministers duidelijkheid te verschaffen.

Artikel 1:377a lid 4 BW luidde tot 1 mei 2007 als volgt.

Tot kennisneming van de in dit artikel bedoelde verzoeken is de rechtbank bevoegd. Indien evenwel een procedure inzake gezagstoewijzing bij de kantonrechter aanhangig is, kan een verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling in verband daarmee aan de kantonrechter worden gedaan.

Zo luidde deze bepaling dus ook op 9 juni 2005, de dag waarop wetsvoorstel 30 145 – inmiddels de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding – bij de Tweede Kamer werd ingediend.<sup>20</sup> Artikel 1:377a lid 4 BW verviel echter op 1 mei 2007.<sup>21</sup> Op 12 juni 2007, de dag waarop wetsvoorstel 30 145 in de Tweede Kamer werd aangenomen en in de Eerste Kamer werd ingediend,<sup>22</sup> was nog steeds niet van de gelegenheid gebruik gemaakt om tijdens de behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer de verwijzing in artikel 1:253a lid 4, eerste volzin, BW naar artikel 1:377a lid 4 BW bij nota van wijziging of amendement te schrappen. Deze verwijzing was immers inmiddels obsoleet geworden. Helaas kon de Eerste Kamer dit niet meer rechtzetten bij gebreke van het recht van amendement, terwijl uiteraard ook de beide ministers in dit stadium van de parlementaire behandeling geen nota van wijziging meer konden indienen. Een en ander betekent dus dat artikel 1:253a lid 4, eerste volzin, BW thans gewoon als volgt moet worden gelezen: ‘De artikelen 377e en 377g zijn van overeenkomstige toepassing’. Dat is alles. Wat de beide ministers blijkbaar willen (op korte termijn een verwijzing naar art. 1:377a lid 3 BW opnemen) kan trouwens helemaal niet, omdat dit zou neerkomen op een ontzegging van het recht op contact in de in laatstgenoemde bepaling genoemde vier gevallen.

<sup>19</sup> Zie hun nadere memorie van antwoord, *Kamerstukken I 2008/09*, 30 145, E, p. 4. Ook A-G Langemeijer heeft zich hierdoor op een dwaalspoor laten brengen; zie zijn conclusie, punt 2.3 en de daarbij behorende voetnoot 6, tweede volzin.

<sup>20</sup> *Kamerstukken II 2004/05*, 30 145, nr. 1 en 2.

<sup>21</sup> Wet van 22 november 2006, *Stb.* 2006, 589, in werking getreden op 1 mei 2007, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband meterschikking van de bevoegdheidsverdeling tussen rechtbank en kantonrechter, alsmede van artikel 12 van dat Boek en van artikel 268 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zie *Stb.* 2006, 589, p. 2, art. I, onderdeel M.

<sup>22</sup> *Kamerstukken I 2006/07*, 30 145, A.

Artikel 1:253a lid 2, tweede volzin, onder a, BW – de passage ‘alsmede en uitsluitend indien het belang van het kind dit vereist, een tijdelijk verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben’ – is naar mijn mening te beschouwen als *lex specialis* ten opzichte van artikel 1:377a lid 3 BW als *lex generalis*. Gezamenlijk gezag impliceert immers contact. Dit contact kan niet worden ontzegd op grond van analogische toepassing van artikel 1:377a lid 3 BW, maar uitsluitend *tijdelijk* worden verbroken langs de weg van de gezagsregeling van artikel 1:253a lid 2, tweede volzin, aanhef en onder a, BW.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Aldus ook M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Kluwer 2009, nr. 236. Zie over de tijdelijkheid van de ontzegging aan een ouder om met het kind omgang te hebben (thans – in geval van gezamenlijk gezag – het verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben) vooral HR 27 februari 2009, LJN: BG5045, *NJ* 2009, 164 (concl. A-G. L. Strikwerda; m.nt. S.F.M. Wortmann), waarin de Hoge Raad zijn oudere rechtspraak heeft heroverwogen, gelet op EHRM 19 juni 2003, appl.nr. 46165/99 (*Nekvedavicius-Duitsland*).