

Vervangende toestemming tot verhuizing naar Finland

Prof.mr. A.J.M. Nuytinck

HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:847 (mrs. E.J. Numann, C.E. Drion, G. Snijders, G. de Groot en M.V. Polak; A-G mr. L.A.D. Keus)

Familierecht (art. 1:247 en 253a BW). Vervangende toestemming voor moeder tot verhuizing met minderjarige kinderen naar Finland. Belang van minderjarige overweging van eerste orde. Uitzondering op gelijkwaardig ouderschap ook buiten in artikel 1:247 lid 5 BW voorzien geval. Zorgverdeling die gelijkwaardig ouderschap zoveel mogelijk waarborgt.

De rechtsvraag

In de onderhavige beschikking gaat de Hoge Raad in op de betekenis van het in artikel 1:247 lid 4 BW bedoelde gelijkwaardig ouderschap en op de vraag of op het uitgangspunt hiervan een uitzondering kan worden gemaakt.¹

De feiten

In cassatie gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

- 1 De vader en de moeder hebben een affectieve relatie met elkaar gehad en hebben van 1998 tot 2011 samengewoond.
- 2 Uit de relatie van de vader en de moeder zijn twee kinderen geboren: een dochter in 2003 en een zoon in 2006. De kinderen zijn door de vader erkend. De vader en de moeder oefenen gezamenlijk het gezag uit over de kinderen.
- 3 De vader heeft de Nederlandse en de moeder de Finse nationaliteit. De kinderen hebben zowel de Nederlandse als de Finse nationaliteit.

Het geding in feitelijke instanties

De moeder heeft, voor zover in cassatie van belang, de rechtbank verzocht aan haar op de voet van artikel 1:253a BW vervangende toestemming te verlenen om tezamen

met de kinderen naar Finland te verhuizen, althans te bepalen dat de kinderen hun gewone verblijfplaats bij haar zullen hebben, alsmede dat de kinderen haar verblijfplaats zullen volgen.

De rechtbank heeft beslist dat de kinderen hun gewone verblijfplaats bij de moeder in Nederland zullen hebben. Het verzoek van de moeder om vervangende toestemming om met de kinderen naar Finland te verhuizen is door de rechtbank afgewezen.

Het hof heeft beslist dat de kinderen hun hoofdverblijfplaats bij de moeder hebben en de moeder toestemming verleend om met de kinderen naar Finland te verhuizen.

Het cassatiemiddel

Het desbetreffende cassatiemiddel betoogt onder meer dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot artikel 1:247 BW en het daarin gecodificeerde begrip ‘gelijkwaardig ouderschap’. De beslissing om aan de moeder vervangende toestemming te verlenen om met de kinderen naar Finland te verhuizen is in strijd met het recht van de vader en de kinderen op gelijkwaardig ouderschap, aldus het middel.

Beantwoording van de rechtsvraag door de Hoge Raad

De Hoge Raad beantwoordt de hierboven geformuleerde rechtsvraag als volgt.

‘3.5.2 De door de wetgever bij de invoering van art. 1:247 lid 4 BW 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 brengt niet mee dat, wanneer de ouders dienaangaande (na behoorlijk overleg) geen overeenstemming kunnen bereiken, de rechter bij zijn beslissing over de

¹ Op de tweede door de Hoge Raad beantwoorde rechtsvraag betreffende art. 31 Rv inzake herstel

van een kennelijke fout ga ik in deze noot niet in, omdat dit een vraag van burgerlijk procesrecht is.

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 (vgl. HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7407, NJ 2010/398). Hiermee strookt dat op het uitgangspunt van gelijkwaardig ouderschap een uitzondering kan worden gemaakt – ook buiten het in art. 1:247 lid 5 BW voorziene geval van ‘praktische belemmeringen’ – indien de rechter zulks in het belang van de minderjarige acht.

Het uitgangspunt van gelijkwaardigheid van de beide ouders en de wenselijkheid van een in beginsel gelijke verdeling van zorg- en opvoedingstaken verzet zich dan ook niet tegen een door de rechter, op de voet van art. 1:253a BW, in het belang van de minderjarige te geven vervangende toestemming voor een verhuizing van de minderjarige naar het buitenland met de ouder bij wie de minderjarige zijn hoofdverblijfplaats heeft. Wel zal de rechter bij zijn beoordeling van een verzoek uit hoofde van art. 1:253a BW erop moeten toezien dat ook in de situatie die na de verhuizing van de minderjarige zal ontstaan, aan de hiervoor genoemde gelijkwaardigheid en gelijke verdeling van zorg- en opvoedingstaken zoveel mogelijk recht wordt gedaan. Het door de ouders op te stellen ouderschapsplan (art. 1:247a BW in verbinding met art. 815 lid 2 Rv) dan wel de door de rechter vast te stellen ouderschapsregeling (art. 815 lid 6 Rv) moet derhalve voorzien in een zorgverdeling die voor de situatie na de verhuizing van de minderjarige naleving van het uitgangspunt van gelijkwaardig ouderschap zoveel mogelijk waarborgt.⁷

Noot

1 Gelijkwaardig ouderschap

De uitspraken van rechters over verhuizing van een gescheiden ouder met minderjarige kinderen naar hetzij een andere plaats binnen Nederland, hetzij het buitenland, zijn inmiddels talrijk te noemen. Als ik mij beperk tot een vrij recente uitspraak van de Hoge Raad, kan ik de zaak betreffende vervangende toestemming tot verhuizing naar Spanje noemen.² In dat geval werd uiteindelijk het verzoek om vervangende toestemming tot verhuizing afgewezen, omdat in het kader van een poging tot het bereiken van wilsovereenstemming over het ouderschapsplan niet eerst behoorlijk overleg had plaatsgevonden, dat uitgaat van de gelijkwaardigheid van de ouders met betrekking tot de verzorging en opvoeding van de minderjarige kinderen na echtscheiding, welke gelijkwaardigheid een uitvloeisel vormt van de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de ouders voor de opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen en in het belang van de kinderen is.

Zoals bekend, is deze gelijkwaardigheid geïntroduceerd bij de op 1 maart 2009 in werking getreden Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding,³ toen aan artikel 1:247 BW de leden 4 en 5 zijn toegevoegd. De Hoge Raad benadrukte deze gelijkwaardigheid voor het eerst heel sterk in een uitspraak van 2010,⁴ waarnaar hij terecht ook zelf verwijst in de beide uitspraken van 2012 en 2013.

Uiteraard moeten de ouders het in eerste instantie met elkaar eens zien te worden over de hoofdverblijfplaats van de minderjarige ter gelegenheid van het opstellen van het ouderschapsplan (de in de praktijk – en trouwens ook in de literatuur en jurisprudentie – inmiddels gebruikelijke, maar toch onjuiste benaming voor ‘gezagsdragersovereenkomst’⁵). Lukt dit niet, dan is tussenkomst van de rechter vereist, die dan een beslissing over de hoofdverblijfplaats van de minderjarige moet nemen op grond van artikel 1:253a lid 2, eerste volzin en tweede volzin, aanhef en onder b, BW. Dit is de gezagsregeling die de rechtbank op verzoek van de ouders of een van hen vaststelt inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. In laatstgenoemde volzin geeft de wetgever een niet-limitatieve, dus enuntiatieve, opsomming van aangelegenheden die deel kunnen uitmaken van de gezagsregeling. Waar artikel 1:253a lid 2 BW de gezagsregeling als zodanig betreft, spreekt men in het kader van artikel 1:253a lid 1 BW meestal over de geschillenregeling. Ook daarbij staat het belang van het kind centraal blijkens de tweede volzin van laatstgenoemde bepaling. Volgens de eerste volzin van rechts-overweging 3.5.2 van de onderhavige beschikking mag de rechter ook in de visie van de Hoge Raad het belang van de minderjarige het zwaarst laten wegen bij zijn beslissing over de hoofdverblijfplaats van de minderjarige en de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken. Sterker nog: dat belang dient bij de te verrichten afweging van belangen een overweging van de eerste orde te zijn. Dit brengt met zich dat op het uitgangspunt van gelijkwaardig ouderschap een uitzondering kan worden gemaakt indien de rechter zulks in het belang van de minderjarige acht. De Hoge Raad voegt hieraan toe dat een dergelijke uitzondering ook mogelijk is buiten het in artikel 1:247 lid 5 BW voorziene geval van ‘praktische belemmeringen’. Zelf ben ik echter van mening dat een verhuizing van een gescheiden ouder met minderjarige kinderen naar hetzij een andere plaats binnen Nederland, hetzij het buitenland, gewoon onder deze ‘praktische belemmeringen’ in de zin van laatstgenoemde bepaling kan worden gebracht. Naarmate de verhuizing plaatsvindt naar een verder gelegen plaats, moeten volgens mij des te strengere eisen aan het ouderschapsplan worden gesteld teneinde te voorkomen dat de gezamenlijke uitoefening van het gezag illusoir wordt gemaakt en *de facto* neerkomt op eenhoofdig gezag van de ouder bij wie de minderjarige kinderen hun hoofdverblijfplaats hebben, en ook teneinde te voorkomen dat er nauwelijks of geen contact meer is tussen de minderjarige kinderen en de ouder bij wie zij hun hoofdverblijfplaats niet hebben.

In dit concrete geval kon de rechter vervangende toestemming voor verhuizing naar het buitenland verlenen. Het uitgangspunt van gelijkwaardig ouderschap

² HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2363 (concl. A-G F.F. Langemeijer), NJ 2012/245 (vervangende toestemming tot verhuizing naar Spanje).

³ 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).

⁴ HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7407 (concl. A-G F.F. Langemeijer), NJ 2010/398, m.nt.

S.F.M. Wortmann; AA 2010-09, p. 601-605, m.nt. A.J.M. Nuytinck, AA20100601 (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding en overgangsrecht).

⁵ Zie hierover mijn in de vorige voetnoot genoemde annotatie, in het bijzonder AA 2010-09, p. 603-604, punt 1 (Ouderschapsplan).

verzet zich niet hiertegen. Wel moet volgens de Hoge Raad blijkens de laatste volzin van rechtsoverweging 3.5.2 het door de ouders op te stellen ouderschapsplan (art. 1:247a BW jo. art. 815 lid 2 Rv) dan wel de door de rechter vast te stellen ouderschapsregeling (art. 815 lid 6 Rv) voorzien in een zorgverdeling die voor de situatie na de verhuizing van de minderjarige naleving van het uitgangspunt van gelijkwaardig ouderschap zoveel mogelijk waarborgt. Zo kan ik mij goed voorstellen dat het bij een verhuizing naar Finland in de praktijk uitermate lastig is om het kind om de paar weken naar Nederland te laten reizen teneinde – naast telefonisch contact, contact per e-mail dan wel contact via andere moderne communicatiemiddelen – ook fysiek contact mogelijk te maken met de in Nederland achtergebleven ouder, bij wie het kind zijn hoofdverblijfplaats niet heeft. Daarom kan het voor de hand liggen, mede ter voorkoming van de hoge reiskosten die zijn verbonden aan het gedurende het schooljaar heen en weer reizen tussen Finland en Nederland, dat het kind in de onderwijsperiodes in Finland verblijft en het grootste gedeelte van de verschillende schoolvakanties, in het bijzonder de zomervakantie, doorbrengt bij de in Nederland achtergebleven ouder.

De Hoge Raad maakt overigens dezelfde fout als de wetgever door niet mede te verwijzen naar artikel 815 lid 3 Rv. In beginsel is dit artikel in het onderhavige geval niet van toepassing, omdat er geen sprake is van echtscheiding of van ontbinding van een geregistreerd partnerschap (art. 828 jo. art. 815 Rv), maar van feitelijke scheiding na beëindiging door de ouders van hun samenleving (art. 1:247a BW). De wetgever beoogt in laatstgenoemd artikel uitsluitend te verwijzen naar de inhoud van het ouderschapsplan, dus naar de drie in artikel 815 lid 3 Rv genoemde onderwerpen, waarover in het ouderschapsplan afspraken moeten worden opgenomen. Bovendien kan artikel 815 lid 2, onder b, Rv hier ook niet van toepassing zijn, omdat het hierin gaat om het gezamenlijk gezag van een ouder en een niet-ouder, terwijl in artikel 1:247a BW uitsluitend het gezag van twee ouders aan de orde is blijkens de verwijzing naar artikel 1:252 lid 1 BW. Wetsvoorstel 33 526⁶ wijzigd artikel 1:247a BW aldus, dat voortaan wordt verwezen naar artikel 815 leden 2 en 3 Rv.

Opvallend is ook dat de Hoge Raad de in artikel 815 lid 6 Rv beschreven gang van zaken aanduidt met de niet-wettelijke term ‘ouderschapsregeling’. Partijen kunnen het niet eens worden over het ouderschapsplan of kunnen de in artikel 815 lid 5, onder a, b en c, Rv bedoelde stukken redelijkerwijs niet overleggen. In dat geval kunnen zij volstaan met overlegging van andere stukken of kan op andere wijze daarin worden voorzien, een en ander ter

beoordeling van de rechter. De door de Hoge Raad gebezigde term ‘ouderschapsregeling’ slaat blijkbaar niet op de gezagsregeling van de rechter, want dan zou de Hoge Raad wel hebben verwezen naar artikel 1:253a lid 2 BW, maar op de alternatieve stukken die in de plaats komen van het ontbrekende ouderschapsplan of van de ontbrekende stukken in de zin van artikel 815 lid 5, onder a, b en c, Rv. Toch moet de rechter een en ander niet alleen beoordelen (art. 815 lid 6, slot, Rv), maar ook daadwerkelijk zelf een regeling vaststellen, nu de Hoge Raad in de laatste volzin van rechtsoverweging 3.5.2 spreekt over ‘de door de rechter vast te stellen ouderschapsregeling (art. 815 lid 6 Rv)’. Geschillenregeling, gezagsregeling, ouderschapsplan en ouderschapsregeling: het wordt er allemaal – ook terminologisch – niet eenvoudiger op...

2 Hoofdverblijfplaats, werkelijke verblijfplaats en woonplaats

Hoofdverblijfplaats, genoemd in artikel 1:253a lid 2, tweede volzin, onder b en c, BW, betekent niet hetzelfde als woonplaats. Ook werkelijke verblijfplaats, genoemd in artikel 815 lid 1, onder a en c, Rv, betekent niet hetzelfde als woonplaats. Hoofdverblijfplaats en werkelijke verblijfplaats hebben een sterk feitelijke betekenis, terwijl het bij woonplaats om het wonen in juridische zin gaat, dus het wonen in de zin van de artikelen 1:10 en 11 BW.⁷ Zo kan een minderjarig kind mijns inziens best twee (afgeleide of afhankelijke⁸) woonplaatsen hebben. Weliswaar bepaalt artikel 1:12 lid 1, tweede volzin, BW dat, als beide ouders tezamen het gezag over hun minderjarige kind uitoefenen, doch zij niet dezelfde woonplaats hebben, het kind de woonplaats volgt van de ouder bij wie het feitelijk verblijft dan wel laatstelijk heeft verbleven, maar als de zorg- en opvoedingstaken na (echt)scheiding precies gelijk over de ouders zijn verdeeld en het kind feitelijk de ene week bij de ene ouder en de andere week bij de andere ouder verblijft, dus in geval van het zogenaamde ‘co-ouderschap’ in de ware zin van het woord (50%-50%),⁹ zie ik niet in waarom het kind niet twee woonplaatsen zou kunnen hebben. Dat in het algemeen een persoon twee woonplaatsen kan hebben, blijkt uit het in artikel 1:14 BW gebruikte woord ‘mede’ en uit de daarbij behorende parlementaire geschiedenis.¹⁰ Zo is de situatie althans voor de toepassing van het privaatrecht. Publiekrechtelijk kan dit weer anders liggen, bijvoorbeeld voor de toepassing van de Gemeentelijke Basisadministratie persoonsgegevens¹¹ (GBA), waarin overigens niet wordt gesproken over woonplaats, maar over woonadres en briefadres, zoals in de artikelen 65 tot en met 77 Wet GBA. ■

6 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 526, nr. 2, p. 4, onderdeel S. Dit is het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap. Inmiddels heeft de Tweede Kamer dit wetsvoorstel aangenomen op 3 oktober 2013.

7 Ook het wonen in de zin van art. 1:88 lid 1, onder a, BW (bewoonde woning) moet worden

uitgelegd overeenkomstig de art. 1:10 en 11 BW, waarbij de wil om ergens te wonen doorslaggevend is, ook al verblijft men er niet feitelijk (zie in het bijzonder art. 1:11 lid 1 BW); aldus HR 28 november 1975, *NJ* 1976/466, m.nt. E.A.A. Lijtjen (*Maastrichtse woning I*), alsmede M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Persoon- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1), Deventer: Kluwer 2012, nr. 27.

8 Zie hierover Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 29.

9 Vergelijk de eerste volzin van rechtsoverweging 3.7.3 van de in voetnoot 4 genoemde uitspraak van de Hoge Raad, AA 2010-09, p. 602, rechterkolom.

10 MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 1 (Inv.), p. 1057; zie ook Van Mourik & Nuytinck 2012, nr. 34.

11 Wet van 9 juni 1994, *Stb.* 1994, 494, in werking getreden op 1 oktober 1994 en nadien vele malen gewijzigd.