

LJN: BK9864, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.045.533.01

Datum uitspraak: 23-12-2009
Datum publicatie: 20-01-2010
Rechtsgebied: Personen-en familierecht
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: Ouderlijk gezag. Geschil inzake verplaatsing woonplaats minderjarige naar buitenland. Belangenafweging. Vervangende toestemming; invulling omgangsregeling met vermelding van telecommunicatieve contacten.

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE
Familiector

Uitspraak : 23 december 2009
Zaaknummer : 200.045.533/01
Rekestnr. rechtbank : FA RK 09-4333

[verzoekster],
wonende te [woonplaats], Maleisië,
verzoekster, tevens (voorwaardelijk) incidenteel verweerster, in hoger beroep,
hierna te noemen: de moeder,
advocaat mr. J.M.H. Vullings te Eindhoven,

tegen

[verweerder],
wonende te [woonplaats],
verweerder, tevens (voorwaardelijk) incidenteel verzoeker, in hoger beroep,
hierna te noemen: de vader,
advocaat mr. V.L.M. Lapidair te Maarssen.

PROCESVERLOOP IN HOGER BEROEP

De moeder is op 30 september 2009 in hoger beroep gekomen van de beschikking van 16 juli 2009 van de rechtbank 's-Gravenhage.

De vader heeft op 6 november 2009 een verweerschrift tevens houdende incidenteel appel ingediend.

De moeder heeft op 7 december 2009 een verweerschrift op het incidenteel appel ingediend.

Van de zijde van de moeder zijn bij het hof op 4 december 2009 aanvullende stukken ingekomen.

De raad heeft het hof bij brief van 16 oktober 2009 laten weten niet ter terechtzitting te zullen verschijnen.

Bij faxbericht van 21 oktober 2009 heeft de advocaat van de moeder verzocht om de echtgenoot van de moeder, de heer [X], aanwezig te laten zijn bij de mondelinge behandeling van 10 december 2009, teneinde hem te horen. Dit verzoek is door het hof afgewezen op 26 oktober 2009 op grond dat het hof de heer [X] niet beschouwt als degene op wiens rechten en verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft. Bij faxbericht van 7 december 2009 heeft de advocaat van de moeder haar verzoek om de heer [X] te horen herhaald en dit verzoek gebaseerd op artikel 798 Rv. Dit verzoek is door het hof op 10 december 2009 afgewezen op dezelfde grond als hiervoor genoemd.

Op 10 december 2009 is de zaak mondeling behandeld. Verschenen zijn: de moeder, bijgestaan door haar advocaat en mevrouw A. Pozorski, tolk in de Poolse taal, die ter terechtzitting op de bij wet voorgeschreven wijze als zodanig werd beedigd, en de vader, bijgestaan door zijn advocaat. Partijen en hun raadslieden hebben het woord gevoerd.

Ter terechtzitting is door de advocaat van de vader verklaard dat het incidenteel appel van de vader betreffende de wijziging van de hoofdverblijfplaats van de minderjarige als een voorwaardelijk incidenteel appel dient te worden gezien.

PROCESVERLOOP IN EERSTE AANLEG EN VASTSTAANDE FEITEN

Voor het procesverloop en de beslissing in eerste aanleg verwijst het hof naar de bestreden beschikking. Bij die beschikking zijn de verzoeken van de moeder strekkende tot op voet van het bepaalde in artikel 1:253a van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) te verlenen toestemming om met de minderjarige, [naam minderjarige], geboren op [geboortedatum] 2005 te [geboorteplaats] (hierna te noemen: de minderjarige) te verhuizen, naar Maleisië en aansluitend naar het Verenigd Koninkrijk, en tot wijziging van de in het tussen partijen gesloten convenant opgenomen omgangsregeling van de minderjarige met de vader, afgewezen. Het zelfstandige verzoek van de vader tot wijziging van de hoofdverblijfplaats van de minderjarige met bepaling van een passende omgangsregeling met de moeder is eveneens afgewezen.

Het hof gaat uit van de door de rechtbank vastgestelde feiten, voor zover daar in hoger beroep geen grief tegen is gericht.

BEOORDELING VAN HET PRINCIPALE EN HET INCIDENTE-LE HOGER BEROEP

1. In geschil is de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken met betrekking tot de minderjarige alsmede, voorzover de minderjarige haar hoofdverblijfplaats bij de moeder heeft, de plaats waar de moeder met de minderjarige zal wonen. Partijen hebben gezamenlijk het gezag over de minderjarige. De minderjarige heeft haar hoofdverblijfplaats bij de moeder en verblijft thans met de moeder in Nederland.

2. De moeder verzoekt om bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de bestreden beschikking te vernietigen en te bepalen dat:

- zij gerechtigd zal zijn om zich vanaf de datum van de in deze af te geven beschikking samen met de minderjarige te vestigen: primair in Maleisië te [woonplaats] en subsidiair in het Verenigd Koninkrijk, te [woonplaats] of directe omgeving;
- een zorgregeling te bepalen zodanig dat primair, voor de situatie dat de minderjarige in Maleisië mag wonen: de moeder drie maal per jaar voor een periode van twee weken naar Nederland komt met de minderjarige, waarbij de minderjarige dan bij de vader kan verblijven en voorts dat de vader voor een periode van twee aaneengesloten weken per jaar in Maleisië omgang kan hebben met de minderjarige waarbij de moeder de kosten van een retourticket en verblijf in Maleisië voor haar rekening neemt, en de vader wekelijks via webcam, email, telefoon, skype e.d. contact heeft met de minderjarige, en dat subsidiair, voor de situatie dat de minderjarige in het Verenigd Koninkrijk mag wonen: als partijen deze in onderling overleg zullen overeenkomen,
- althans vervangende toestemming te verlenen voor vestiging in het buitenland als hiervoor verzocht met ingang van een datum en een zorgregeling te bepalen als het hof vermeent dat in goede justitie behoort.

3. De vader bestrijdt het beroep en verzoekt bij beschikking, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, primair de bestreden beschikking in stand te laten voor wat betreft het onthouden aan de moeder van toestemming om met de minderjarige naar het buitenland te vertrekken, en bij wege van (voorwaardelijk) incidenteel appel de bestreden beschikking te wijzigen in die voege dat de hoofdplaats, naar het hof begrijpt de hoofdverblijfplaats, van de minderjarige wordt gewijzigd in die van de vader en subsidiair te bepalen dat er een internationale omgangsregeling zal gelden waarbij de moeder de minderjarige driemaal per jaar op haar kosten voor een periode van iedere keer twee weken naar Nederland laat reizen voor een verblijf bij de vader alsmede eenmaal per jaar de vader in staat te stellen twee weken met de minderjarige in het buitenland door te brengen, waarbij de kosten van het retourticket en het verblijf voor rekening van de moeder komen waarnaast de vader minimaal een keer per week via skype of webcam met de minderjarige contact onderhoudt.

4. De eerste tot en met de zevende grief, met toelichtingen, van de moeder komen – kort samengevat – op het volgende neer.

De rechtbank is ten onrechte uitgegaan van de situatie zoals deze was voordat de moeder met de minderjarige naar Maleisië vertrok, nu dit een fictieve situatie betreft. Immers, [de minderjarige] heeft daarna anderhalf jaar in Maleisië verbleven. Het belang van de minderjarige leent zich niet voor een fictieve en theoretische benadering. De overweging van de rechtbank dat de situatie door toedoen van de vrouw is ontstaan en derhalve voor haar rekening en risico dient te komen, maakt het belang van de minderjarige ondergeschikt. Zij is gehecht aan de haar vertrouwde omgeving in Maleisië. Een frequent contact met de vader is een belang, maar er zijn ook andere belangen in het geding en deze dreigen nu in de knel te komen. De minderjarige, haar halfbroertje [Y], haar moeder en de vader van [Y] hebben recht op family life. De echtgenoot van de moeder is niet in staat om vervangend werk in Nederland te verkrijgen. De moeder heeft dit voldoende aangetoond. Hij is de kostwinner.

Hij woont en werkt in Maleisië terwijl de moeder nu in Nederland verblijft met haar beide kinderen. Dit levert een ontwrichte gezinssituatie op. Indien de minderjarige in Maleisië woont zijn er voldoende mogelijkheden om contact met de vader te onderhouden. De rechtbank heeft onvoldoende meegewogen dat hier sprake was van een internationaal huwelijk. De moeder heeft mede uit angst voor de vader gehandeld zoals zij heeft gedaan.

5. De vader heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de stellingen van de moeder.

Vervangende toestemming

6. Het hof overweegt als volgt. Nu partijen gezamenlijk het gezag over de minderjarige uitoefenen en de beproeving van een vergelijk tussen hen zonder resultaat is gebleven, dient op basis van artikel 1:253a BW een zodanige beslissing te worden genomen als het hof in het belang van de minderjarige wenselijk voorkomt. Het hof zal daarbij alle omstandigheden van het geval in acht nemen. Bij de afweging van de belangen van de ouders en de minderjarige vormen de belangen van de minderjarige een overweging van de eerste orde. Dat betekent echter niet dat de belangen van de minderjarige de doorslag geven bij afweging van alle belangen.

7. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat in deze zaak, waarin zoals hiervoor overwogen, in de belangenafweging alle betrokken belangen een plaats dienen te hebben en op grond van hun gewicht tegen elkaar dienen te worden afgewogen, niet een zo overwegende betekenis aan de gedragingen van de moeder ten aanzien van haar vertrek met de minderjarige uit Nederland toekomt, dat dit meebrengt dat de situatie dat eenieder nog in Nederland verbleef, de maatstaf vormt. Ook voor het overige vindt het oordeel dat die situatie maatstaf dient te zijn in het recht geen steun.

8. In de onderhavige zaak maakt het hof de volgende belangenafweging.

9. Enerzijds is er het belang van de vader en de minderjarige bij voortduring van haar verblijf in Nederland omdat zij elkaar na de voorgenomen verhuizing van de moeder veel minder zullen zien en het onderhouden van contact moeizamer zal verlopen. Het belang van de minderjarige is, zoals in eerste aanleg reeds is vastgesteld, immers het meest gediend met een frequent contact met beide ouders, dus ook met de vader. Voorts is er het belang van de vader, dat hij serieus wordt genomen in zijn hoedanigheid van ouder met gezag, die niet onverhoeds mag worden geconfronteerd met een inbreuk op zijn gezagsrecht door de moeder.

10. Anderzijds zijn de navolgende belangen gediend met toewijzing van de verzochte vervangende toestemming:

- de moeder heeft thans een duurzame relatie met de heer [X], die werkzaam is voor [naam werkgever] in Maleisië waar hij ook verblijft;
- de moeder en de heer [X] hebben samen een zoon van twee jaar, [Y];
- de heer [X] en [Y] hebben geen band met Nederland. De heer [X] heeft de Britse nationaliteit;
- de moeder woont nu in Nederland met de minderjarige en [Y]. Voor [Y] is de heer [X] nu een vader op afstand. Bij het verkrijgen van vervangende toestemming vertrekken de moeder, de minderjarige en [Y] naar Maleisië om daar, gedurende de uitzending van de heer [X] in het kader van zijn dienstverband met [naam werkgever], te gaan wonen. Het gezin van de moeder zal daardoor worden herenigd;
- de minderjarige heeft van begin 2008 tot medio 2009 in Maleisië gewoond. Gesteld noch gebleken is dat dit een negatieve uitwerking op haar heeft gehad;
- de minderjarige spreekt geen Nederlands (meer), gaat naar een internationale school en wordt internationaal opgevoed.

11. Verder is uit de stukken en het verhandelde ter terechtzitting vast komen te staan dat de moeder tijdens het huwelijk van partijen hoofdzakelijk de verzorgende ouder van de minderjarige is geweest, ook omdat zij niet werkte tijdens het huwelijk. De vader werkte fulltime.

Daarnaast is naar het oordeel van het hof uit de stukken, met name de door de moeder overgelegde afwijzingsbrieven na (open) sollicitaties van de heer [X], vast komen te staan dat het redelijkerwijs niet mogelijk is voor de heer [X] om binnen een aanvaardbare termijn een gelijkwaardige betrekking te verwerven in Nederland.

12. Voornoemde belangen voor en tegen toewijzing van het verzoek van de moeder tegen elkaar afgewogen, en mede gelet op hetgeen hiervoor onder 11 is overwogen, is het hof van oordeel dat aan de moeder vervangende toestemming dient te worden verleend om zich met de minderjarige te vestigen in Maleisië. Het hof heeft daarbij mede in aanmerking genomen dat de moeder bereid is mee te werken aan een ruime omgangsregeling tussen de vader en de minderjarige.

Het hof zal dan ook de bestreden beschikking vernietigen en, opnieuw rechtdoende, bepalen dat aan de moeder vervangende toestemming wordt verleend om met de minderjarige naar Maleisië te verhuizen.

Omgangsregeling

13. Het hof overweegt allereerst als volgt. Op 1 maart 2009 is in werking getreden de Wet van 27 november 2008 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; Stb. 2008, 500). Nu daarin overgangsrechtelijke bepalingen ontbreken, heeft de wet onmiddellijke werking. Waar het voor eerstgenoemde datum, in het geval ouders gezamenlijk het gezag hebben over hun minderjarige kind(eren), in gerechtelijke procedures gangbaar was te spreken van “omgang”, in de zin van de duur van het verblijf van de minderjarige(n) bij de andere ouder dan die waar hij zijn hoofdverblijfplaats heeft, omschrijft de wet in artikel 1:253a BW dit nu als “een toedeling van zorg- en opvoedingstaken”, als onderdeel van een regeling inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Het hof zal in deze zaak het begrip “omgang” verstaan als “toedeling van zorg- en opvoedingstaken” en beoordelen in het licht van de Wet bevordering voortgezet ouderschap.

14. Gelet op het vorenoverwogene omtrent de vervangende toestemming, zal het hof dienen te beoordelen hoe de omgangsregeling tussen de vader en de minderjarige eruit zal moeten zien nadat de minderjarige met de moeder naar Maleisië is vertrokken.

15. De moeder heeft voorgesteld om de navolgende omgangsregeling vast te stellen: de moeder zal drie maal per jaar voor een periode van twee weken naar Nederland komen met de minderjarige, waarbij de minderjarige dan bij de vader kan verblijven en voorts zal de vader voor een periode van twee aaneengesloten weken per jaar in Maleisië omgang kunnen hebben met de minderjarige, waarbij de moeder de kosten van een retourticket en verblijf in Maleisië, alsmede de kosten van haar reis met de minderjarige naar Nederland en haar verblijf in Nederland voor haar rekening neemt, en de vader zal wekelijks via de webcam, email, telefoon, skype e.d. contact hebben met de minderjarige. Nu de vader met deze omgangsregeling heeft ingestemd, zal het hof deze regeling als het meest in het belang van de minderjarige vaststellen.

16. Uit het voorgaande volgt dat op het subsidiaire verzoek van de moeder en het voorwaardelijk incidenteel appel van de vader niet meer behoefte te worden beslist.

17. Het hof beslist als navolgend.

BESLISSING OP HET HOGER BEROEP

Het hof:

vernietigt de bestreden beschikking, behoudens ten aanzien van hetgeen daarin met betrekking tot de zorg- en opvoedingstaken van de vader is beslist tot de datum van vertrek van de minderjarige naar Maleisië, ten aanzien waarvan het hof de bestreden beschikking in zoverre bekrachtigt, en opnieuw beschikkende:

verleent in de plaats van de vader, vervangende toestemming aan de moeder om zich met de minderjarige te vestigen in Maleisië;

bepaalt, vanaf de datum van vertrek van de minderjarige uit Nederland, bij wijze van toedeling van de zorg- en opvoedingstaken, dat de minderjarige drie maal per jaar voor een periode van twee weken naar Nederland komt met de moeder, waarbij de minderjarige dan bij de vader kan verblijven en voorts dat de vader voor een periode van twee aaneengesloten weken per jaar in Maleisië de minderjarige kan zien, waarbij de moeder de kosten van de vader van een retourticket en verblijf in Maleisië, alsmede de kosten van haar reizen met de minderjarige naar Nederland en het verblijf van de moeder in Nederland voor haar rekening neemt, en de vader wekelijks via webcam, email, telefoon, skype e.d. contact heeft met de minderjarige;

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voor-raad;

wijst het meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mrs. Mink, Bouritius en Bos, bijgestaan door mr. Vergeer-van Zeggeren als griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 23 december 2009.