

JPF 2013/116

Gerechtshof 's-Gravenhage

19 december 2012, 200.108.337/01; ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6878.

(mr. Van Leuven

mr. Mink

mr. Van Montfoort)

[Appellant] te [woonplaats],
verzoeker in hoger beroep,
hierna te noemen: de vader,
advocaat: mr. A. Harent te Dordrecht,
tegen

[geïntimeerde] te [X], (Oostenrijk),
verweerster in hoger beroep,
hierna te noemen: de moeder,
advocaat mr. J. van Dijk te Oud-Beijerland.

In verband met het bepaalde in artikel 810 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is in de procedure gekend:

de Raad voor de Kinderbescherming te Rotterdam,
hierna te noemen: de raad.

Gewone verblijfplaats, Gezag in internationale zaak, Omgangsregeling

[BW Boek 1 - 251a ; BW Boek 1 - 253n ; BW Boek 1 - 377a]

» **Samenvatting**

Bij beschikking is het gezamenlijk gezag over de minderjarige beëindigd en bepaald dat het gezag over de minderjarige voortaan aan de moeder toekomt en dat de vader het recht op omgang wordt ontzegd. In geschil zijn de hoofdverblijfplaats van de minderjarige alsmede het gezag over de minderjarige, de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken en het vaststellen van een omgangsregeling. De vader stelt zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat er een onaanvaardbaar risico bestaat dat de minderjarige bij voortzetting van het gezamenlijk gezag klem en verloren dreigt te raken.

Het hof stelt voorop dat aan de orde is de vraag of er gronden aanwezig zijn het gezamenlijk gezag van de ouders over de minderjarige te beëindigen en de moeder dan wel de vader alleen met het gezag te belasten. Het hof is van oordeel dat het in het belang van de minderjarige noodzakelijk is dat het gezag over de minderjarige alleen aan de moeder toekomt. Het hof overweegt dat in de onderhavige zaak geen gemeenschappelijke basis aanwezig is voor de uitoefening van het gezamenlijk gezag over de minderjarige. Verder is het hof gebleken dat de ouders op geen enkele wijze meer met elkaar communiceren en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zal komen. Daarnaast vormt, volgens het hof, de ver van elkaar verwijderde woonplaatsen van de ouders een belemmering bij iedere te nemen belangrijke beslissing ten aanzien van de minderjarige.

Nu de moeder de uitsluitend met het gezag belaste ouder is, wordt het verzoek tot het vast stellen van de omgangsregeling volgens het Nederlandse recht beheerst. Op grond van art. 1:377a lid 1 BW heeft een kind recht op omgang met de niet met het gezag belaste ouder. Het valt voor het hof niet (goed) te beoordelen of er thans sprake is van ontzeggingsgronden als bedoeld in art. 1:377a lid 3 BW. Het hof acht het daarom in het belang van de minderjarige de behandeling van deze zaak, voor zover deze de omgang betreft, aan te houden en de partijen, althans de vader uit te nodigen, overeenkomstig art. 15 lid 4 Brussel II-bis, een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling te richten aan het daartoe

bevoegde gerecht in Oostenrijk. Het hof stelt voorts vast dat op grond van art. 1:377b lid 1 BW de moeder een informatieplicht heeft ten aanzien van de vader en stelt hiervoor een informatieregeling vast.

Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking ten aanzien van het gezag over de minderjarige en houdt iedere verdere beslissing ten aanzien van een omgangsregeling aan.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

Procesverloop in hoger beroep

(...; red.)

Procesverloop in eerste aanleg en vaststaande feiten

(...; red.)

Beoordeling van het hoger beroep

1. In geschil zijn:

- de hoofdverblijfplaats van, alsmede het gezag over de minderjarige, en
- de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken (ingeval sprake is van gezamenlijk gezag), dan wel het vaststellen van een omgangsregeling (ingeval het gezag alleen aan de moeder toekomt) en de daarmee samenhangende reiskosten.

2. De vader verzoekt het hof de bestreden beschikking te vernietigen en, opnieuw beschikkende, primair de inleidende verzoeken van de moeder alsnog af te wijzen;

subsidiair de verzoeken van de vader in eerste aanleg, inhoudende:

- dat de moeder binnen vier weken na de in deze te wijzen beschikking met de minderjarige dient terug te keren naar [woonplaats], op straffe van een dwangsom van € 100,= per dag, voor iedere dag dat zij hiermee in strijd handelt, en
- dat het gezag over de minderjarige alleen aan de vader toekomt,
- dat, indien de moeder binnen de gestelde termijn niet is teruggekeerd, de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij de vader zal zijn, en
- dat het gezag over de minderjarige alleen aan de vader toekomt,

alsnog toe te wijzen, en

meer subsidiair een omgangsregeling dan wel zorgregeling in goede justitie te bepalen, waarbij de moeder de reiskosten van de vader, verbonden aan de omgangsregeling, voor haar rekening dient te nemen.

3. De moeder verweert zich daartegen en verzoekt het hof de vader niet-ontvankelijk te verklaren in zijn hoger beroep, althans het hoger beroep van de vader af te wijzen, kosten rechtens.

Wijziging dan wel vermeerdering van het verzoek van de vader

4. De moeder maakt uitdrukkelijk bezwaar tegen de (in haar visie) vermeerdering van de zelfstandige verzoeken van de vader, inhoudende de vaststelling van een omgangsregeling dan wel een verdeling van de zorg- en opvoedingstaken. De vader heeft zich hiertegen ter terechtzitting gemotiveerd verweerd.

5. Het hof is van oordeel dat vorenbedoelde verandering of vermeerdering van het verzoek van de vader toelaatbaar is. Het hof overweegt daartoe dat de vader hiermee aanpassing heeft beoogd aan de veranderende omstandigheden, inhoudende dat de minderjarige inmiddels geruime tijd met de moeder in Oostenrijk verblijft en dat dit verblijf vooralsnog een permanent karakter lijkt te hebben, en hij wenst te voorkomen dat het geschil aan de hand van inmiddels achterhaalde of onjuist gebleken (juridische of feitelijke) gegevens zou moeten worden beslist, of dat een nieuwe procedure zou moeten worden aangespannen om het geschil alsnog aan de hand van de juiste en volledige gegevens te kunnen doen beslissen. Nu in het onderhavige geval geen sprake is van strijd met een goede procesorde, daar de vader zijn verzoek in zijn hoger beroepschrift schriftelijk heeft verwoord en de moeder hierop verweer heeft kunnen voeren, gaat het hof uit van het gewijzigde verzoek van de vader.

Raadsonderzoek

6. Het hof overweegt vooreerst dat het zich op grond van de overgelegde stukken en de mondelinge behandeling voldoende voorgelicht acht om een verantwoorde beslissing te kunnen nemen, zodat geen noodzaak bestaat om een nader onderzoek te gelasten. Het hof zal het verzoek van de vader daartoe dan ook afwijzen.

Gezag en hoofdverblijfplaats

7. De vader stelt zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat er een onaanvaardbaar risico bestaat dat de minderjarige bij voortzetting van het gezamenlijk gezag klem en verloren dreigt te raken. De vader betoogt dat sprake dient te zijn van (ernstige) contra-indicaties voor gezamenlijk gezag, om tot een uitspraak over eenhoofdig gezag te komen en het enkele gegeven van een moeizame (of het totaal ontbreken van) communicatie tussen de ouders is hiertoe onvoldoende. Zelfs al zou vastgesteld worden dat sprake is van voormeld “klemcriterium”, kan – in de visie van de vader – een gezamenlijk gezag toch nog de voorkeur verdienen. Dit is in de onderhavige zaak aan de orde nu de moeder de vader willens en wetens uit het leven van de minderjarige bant.

Indien het gezamenlijk gezag over de minderjarige met de moeder geen optie is, stelt de vader zich op het standpunt dat het in het belang van de minderjarige is hem met het eenhoofdig gezag over de minderjarige te belasten. De vader betwist daartoe ondermeer de overwegingen van de rechtbank inhoudende dat de minderjarige zich bij de moeder goed zou kunnen ontwikkelen en dat continuïteit in de zorg door de moeder in het belang van de minderjarige is. Het feit dat de minderjarige door de moeder van de ene op de andere dag is ontvoerd, zal (op de lange termijn) een (nadelig) psychisch effect op de minderjarige en haar ontwikkeling hebben.

8. De moeder heeft de stellingen van de vader gemotiveerd weersproken. Zij betwist dat de bepaling van de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij de vader en het belasten van de vader met het eenhoofdig gezag over de minderjarige in het belang van de minderjarige zou zijn. De moeder is voorts van mening dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat aan het “klemcriterium” is voldaan. De moeder wijst in dit kader onder meer op de slechte communicatie tussen partijen.

9. De raad heeft ter terechtzitting aangegeven nog immer achter de gegeven adviezen, verwoord in het raadsrapport van 27 december 2011, te staan. Deze adviezen zijn ingegeven om de minderjarige uit de strijd tussen de ouders weg te halen. De raad zou het tot slot betreuren als de ter terechtzitting beproefde mogelijkheid van een (internationale) mediation geen doorgang zou vinden.

10. Het hof stelt voorop dat aan de orde is de vraag of er gronden aanwezig zijn het gezamenlijk gezag van de ouders over de minderjarige te beëindigen en de moeder, dan wel de vader alleen met het gezag te belasten. Op grond van artikel 1:253n van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) in verbinding met artikel 1:251a lid 1 van het BW kan de rechter zulks bepalen indien:

a. er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of

b. wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

11. Het hof stelt voorop dat een gezamenlijke uitoefening van het gezag vereist dat de ouders het mogelijk maken dat beslissingen over de verzorging en opvoeding van het kind tot stand komen op een wijze die niet belastend is voor het kind en zijn veiligheid niet in gevaar brengt. In het geval ouders niet (meer) samenleven en moeizaam of niet communiceren, kan dat betekenen dat, waar nodig, de verzorgende ouder die beslissingen kan nemen die voor het dagelijkse leven en de veiligheid van (spoedeisend) belang zijn voor het kind en dat de niet-verzorgende ouder deze beslissingen niet blokkeert. Ook is het van belang dat ouders die niet in staat zijn de strijd met elkaar te staken, ten minste in staat zijn het kind buiten die strijd te houden.

12. Op grond van de overgelegde stukken en het verhandelde ter terechtzitting is het hof, evenals de rechtbank, van oordeel dat het in het belang van de minderjarige noodzakelijk is dat het gezag over de minderjarige alleen aan de moeder toekomt. Het hof neemt de gronden van de rechtbank daartoe over en maakt deze tot de zijne. Het hof overweegt daarbij nog dat in de onderhavige zaak geen gemeenschappelijke basis aanwezig is voor de uitoefening van het gezamenlijk gezag over de minderjarige. Dit blijkt onder meer uit het vaststaande feit dat de moeder de minderjarige – zonder toestemming van de vader – naar Oostenrijk heeft meegenomen. Verder is het hof gebleken dat de ouders op geen enkele wijze meer met elkaar communiceren, en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zal komen. Vorenstaande vormt, tezamen met de ver van elkaar verwijderde woonplaatsen van de ouders, een belemmering bij iedere te nemen belangrijke beslissing ten aanzien van de minderjarige. Voor de minderjarige brengt dit een onaanvaardbaar risico mee. Dat het niet in het belang is van de minderjarige de vader alleen met het gezag te belasten blijkt onder meer uit het feit dat de minderjarige zich zeer verbonden voelt met de moeder en daartegenover staat dat zij, de oorzaken hiervan daargelaten, grote angst voor en weerstand tegen de vader lijkt te hebben. Voorts is het hof evenmin als de rechtbank gebleken van aanwijsbare zorgen over de opvoedsituatie van de minderjarige bij de moeder. Het hof is dan ook van oordeel dat de belangen van de minderjarige – mede ter waarborging van de continuïteit in de verzorging en opvoeding van de minderjarige – met zich meebrengen dat het eenhoofdig gezag in stand blijft. Dit heeft tot gevolg dat de moeder mag beslissen over de verblijfplaats van de minderjarige zodat het verzoek van de vader, te bepalen dat de minderjarige dient terug te keren naar Nederland, zal worden afgewezen. Het hof wijst daarmee ook het verzoek van de vader, alleen hem met het gezag te belasten, af en het hof komt niet toe aan het verzoek van de vader de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij hem te bepalen zodat ook dit verzoek zal worden afgewezen.

Omgang

13. De vader stelt zich – kort samengevat – op het standpunt dat de irreële angst die de minderjarige ten opzichte van de vader heeft, niet (de opbouw van) een omgangsregeling met haar vader in de weg staat. Ter terechtzitting heeft de vader verklaard bereid te zijn om in het kader van (de opbouw van) een omgangsregeling eventueel naar Oostenrijk af te reizen in het geval de minderjarige daar bij haar moeder zal blijven wonen.

14. De moeder betoogt dat een gedwongen omgang niet zal bijdragen aan (een verandering in) de beeldvorming van de minderjarige over de vader. De minderjarige heeft nu behoefte aan rust en stabiliteit. Een opgelegde omgangsregeling zou ernstig nadeel bij de minderjarige opleveren. De

moeder benadrukt dat de vader de afgelopen twee jaar geen poging heeft ondernomen om contact met de minderjarige te hebben.

15. Het hof stelt vast dat de minderjarige, gelet op de beslissing die het hof ter zake het gezag neemt, geacht moet worden haar gewone verblijfplaats te hebben in Oostenrijk, bij de moeder. Het hof stelt voort vast dat de geschillen tussen de ouders rond de minderjarige ten gevolge van de gezagsbeslissing beperkter van aard worden. Het geschil lijkt zich nu vooral te (kunnen) gaan richten op omgang. Nu de moeder de uitsluitend met het gezag belaste ouder is, wordt het verzoek tot het vast stellen van de omgangsregeling volgens het Nederlandse recht beheerst door hetgeen is bepaald in artikel 1: 377a van het BW. Op grond van artikel 1:377a lid 1 van het BW heeft een kind recht op omgang met de niet met het gezag belaste ouder. De rechter ontzegt het recht op omgang slechts indien sprake is van één van de in het derde lid van gemeld artikel opgesomde gronden voor ontzegging van dit recht, welke gronden als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat omgang in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind.

16. Het hof is van oordeel dat het uiteindelijk in het belang van de minderjarige zal zijn indien de ouders er in slagen een situatie in het leven te roepen waarin er ruimte is voor de minderjarige een onbelemmerd contact met de vader aan te gaan, dat bij voorkeur op regelmatige basis zal plaatsvinden. Het hof heeft ook, door kennisneming van de vertaling van stukken, ingebracht in de in Oostenrijk gevoerde procedures, kunnen vaststellen dat de minderjarige last heeft ondervonden van de geschillen tussen de ouders en dat zij zich in haar veiligheid bedreigd heeft gevoeld. Het valt voor het hof niet (goed) te beoordelen of er thans sprake is van ontzeggingsgronden als bedoeld in artikel 1: 377a lid 3 van het BW. Teneinde te kunnen vaststellen of en op welke wijze naar een herstel van contact tussen de vader en de minderjarige toegewerkt zal kunnen worden, lijkt inschakeling en medewerking van Oostenrijkse instanties onontbeerlijk. De Oostenrijkse rechter zal (inmiddels) beter in staat zijn de belangen van de minderjarige ten aanzien van een omgangsregeling naar behoren te onderzoeken dan de Nederlandse rechter. De regie over de zaak kan bezwaarlijk vanuit Nederland door de Nederlandse rechter worden gevoerd. Het hof acht het mitsdien in het belang van de minderjarige de behandeling van deze zaak, voorzover deze de omgang betreft, aan te houden en de partijen, althans de vader uit te nodigen om overeenkomstig lid 4 van artikel 15 van de Verordening (EG) nr. 2201/2003 betreffende bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid (Verordening Brussel II bis), een verzoek tot het vaststellen van een omgangsregeling te richten aan het daartoe bevoegde gerecht in Oostenrijk. Het hof zal de zaak hiertoe drie maanden aanhouden.

Informatieregeling

17. Nu ingevolge artikel 1:377b lid 1 van het BW de ouder die met het gezag is belast, gehouden is de niet met het gezag belaste ouder op de hoogte te stellen omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind en deze te raadplegen – zo nodig door tussenkomst van derden – om daaromtrent te nemen beslissingen en het hof van oordeel is dat het vaststellen van een informatieregeling niet strijdig is met de belangen van de minderjarige, zal het hof ambtshalve bepalen dat de moeder aan de vader eenmaal per vier maanden een kopie van het schoolrapport van de minderjarige dient te sturen tezamen met recente foto's van de minderjarige en een kort verslag omtrent de vorderingen en ontwikkelingen van de minderjarige.

18. Dit leidt tot de volgende beslissing.

Beslissing op het hoger beroep

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beschikking ten aanzien van het gezag over de minderjarige en de proceskosten in eerste aanleg;

draagt de griffier van het hof op onverwijld van de beslissing met betrekking tot het gezag over de minderjarige mededeling te doen aan de griffier van de rechtbank te Rotterdam;

bepaalt, in aanvulling op de bestreden beschikking, een informatieregeling ten behoeve van de vader met betrekking tot de minderjarige, inhoudende dat de moeder aan hem eenmaal per vier maanden een kopie van het schoolrapport van de minderjarige zal sturen tezamen met recente foto's van de minderjarige en een kort verslagje omtrent de vorderingen en ontwikkelingen van de minderjarige en verklaart deze bepaling uitvoerbaar bij voorraad;

houdt de zaak voor zo ver het betreft de omgangsregeling tussen de vader en de minderjarige aan tot 27 april 2013 pro forma;

nodigt de partijen uit de zaak betreffende de omgang tussen de vader en de minderjarige binnen een periode van vier maanden na dagtekening van deze beschikking, derhalve voor 19 april 2013, aanhangig te maken bij het bevoegde gerecht in Oostenrijk, overeenkomstig artikel 15 lid 1 sub a en lid 4 van de Verordening "Brussel II-bis" en verzoekt partijen, althans de meest gereede partij, dit hof uitsluitel te geven omtrent het hierbij bepaalde voor, dan wel uiterlijk op 27 april 2012;

houdt iedere verdere beslissing ten aanzien van een omgangsregeling aan.

» Noot

In een tweetal gepubliceerde uitspraken in dezelfde zaak hebben Nederlandse rechters zich moeten buigen over de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is met betrekking tot een internationale omgangszaak. Ten tijde van het indienen van het verzoekschrift had het kind haar gewone verblijfplaats in Nederland. Ten tijde van de zitting woonde het kind reeds in Oostenrijk. Op grond van het *perpetuatio fori* beginsel dient de Nederlandse rechter zich bevoegd te verklaren indien ten tijde van de indiening van het verzoekschrift het kind zijn of haar gewone verblijfplaats heeft in Nederland (art. 8 Brussel II-bis). De Brussel II-bis Verordening bevat echter een uitzonderlijke regel, waarbij een aangezochte rechter de zaak kan verwijzen naar het gerecht van een andere lidstaat omdat de rechter aldaar beter in staat is om de zaak te beoordelen.

In uitzonderlijke gevallen kan het voorkomen dat de aangezochte rechter niet in staat is om het belang van het kind te beoordelen. Art. 15 Brussel II bis staat een verwijzing naar een andere rechter in dit geval toe. Op het moment dat de zaak verwezen wordt, kan een tweede verwijzing niet meer plaatsvinden (considerans 13).

De vraag rijst in deze zaak hoe het nou precies zit met de verwijzing naar het gerecht in Oostenrijk. Een aantal elementen dienen in een dergelijke verwijzing de revue te passeren.

Wie mag/dient het initiatief te nemen?

Een verzoek mag door één van de partijen worden ingediend of ambtshalve door het gerecht zelf (art. 15 lid 2 Brussel II bis). Een ambtshalve verzoek kan derhalve door de in de bodemprocedure bevoegde rechter worden geïnitieerd (art. 15 lid 2 onder b Brussel II bis) of door het gerecht van een andere lidstaat waarmee het kind een bijzondere band heeft (art. 15 lid 2 onder c Brussel II bis). In dit geval was het de Nederlandse rechter die de zaak wilde verwijzen naar de Oostenrijkse rechter. In deze uitspraak lijkt het alsof deze beslissing ambtshalve is genomen.

Hoe dient de zaak te worden overgedragen?

Art. 15 Brussel II bis schrijft twee manieren voor. Ten eerste kan de zaak worden aangehouden teneinde de partijen de tijd en gelegenheid te geven het verzoek bij het andere gerecht neer te leggen (art. 15 lid 1 onder a Brussel II bis). In dit geval dient de rechter die de verwijzing wenst een termijn te stellen op grond van lid 4 waarin de zaak in het buitenland aanhangig dient te worden gemaakt. In

casu is dit precies wat er is gebeurd. In de beslissing van Hof 's-Gravenhage (ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6878, «JPF» 2013/116, r.o. 11) werd de vader in de gelegenheid gesteld de zaak aanhangig te maken in Oostenrijk, met verwijzing naar art. 15 lid 4 Brussel II-bis. Omdat de vader binnen het gestelde termijn geen zaak aanhangig heeft gemaakt, heeft het Hof Den Haag op 15 mei 2013 bepaald dat de zaak niet zou worden verwezen.

Mijns inziens had in deze situatie veel beter gebruik kunnen worden gemaakt van de andere mogelijkheid om een zaak te verwijzen. Op grond van art. 15 lid 1 onder b Brussel II bis kan de aangezochte lidstaat het gerecht van een andere lidstaat verzoeken zijn bevoegdheid overeenkomstig lid 5 uit te oefenen. Volgens Pirrung ligt deze manier in dit soort zaken het meest voor de hand (J. Pirrung, *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/IPR Vorbem. C-H zu Art. 19 EGBGB (Internationales Kinderschaftsrecht 2)*, Berlin 2009, par. 92 en 93). Een verzoek kan via het systeem van de centrale autoriteiten (zie Hoofdstuk IV van Brussel II-bis) ofwel via rechtstreekse rechterlijke interventie (zie de meest recente aflevering van *International Family Law* voor een bijzondere aflevering over rechterlijke samenwerking). In Nederland gaat de Uitvoeringswet ook uit van de tussenkomst van de liaisonrechter (art. 24 lid 1 Uitvoeringswet). Waarom in dit geval hier geen gebruik van werd gemaakt, is wordt in de gepubliceerde uitspraak niet duidelijk. Aangezien de tussenkomst van de liaisonrechter de voorkeur verdient, had meer aandacht moeten worden besteed aan de reden om deze procedure niet te kiezen.

mr. dr. I. Curry-Sumner,