This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

FAMILIE & RECHT

DOI: 10.5553/FenR/.000021

Een Europese Recommendation over verhuizing met kinderen na scheiding

Prof. mr. Lieke Coenraad

Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel
Prof. mr. Lieke Coenraad, 'Een Europese Recommendation over verhuizing met kinderen na scheiding', *F&R* juli 2015, DOI: 10.5553/FenR/.000021

1. Inleiding

Op 11 februari 2015 heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa de *Recommendation on preventing and resolving disputes on child relocation* (hierna: de Recommendation) aangenomen.[1] Dit is het eerste Europese instrument over het verhuizen met kinderen, met name na scheiding. Procedures over dergelijke verhuizingen komen steeds vaker voor.[2] Redenen hiervoor zijn het stijgend aantal scheidingen, het steeds vaker voorkomen van gezamenlijk gezag en de toenemende mobiliteit van mensen.[3] Deze stijging in het aantal conflicten rond verhuizingen na scheiding waarbij kinderen betrokken zijn, was eind 2012 aanleiding voor de *European Committee on Legal Co-operation* (hierna: CDCJ) van de Raad van Europa om te besluiten de Recommendation te ontwikkelen.

Bij het totstandkomingsproces van deze Recommendation ben ik als consultant betrokken geweest. Ik heb in opdracht van de CDCJ een rechtsvergelijkend onderzoek verricht op basis waarvan ik tot eerste tekstvoorstellen voor de Recommendation ben gekomen.[4] Voorts heb ik deelgenomen aan de bijeenkomsten van de *drafting group* die de Recommendation en het bijbehorende Explanatory Memorandum heeft ontworpen.
In het rechtsvergelijkend onderzoek waren de volgende jurisdicties betrokken: Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Nederland, Rusland, Servië, Slovenië, Spanje (inclusief Catalonië) en het Verenigd Koninkrijk (Engeland en Wales, Schotland en Noord-Ierland). In deze selectie van jurisdicties zijn de vier windstreken van Europa en verschillende rechtssystemen vertegenwoordigd.[5]

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Mijn onderzoek strekte zich ook uit over reeds bestaande internationale bronnen over verhuizing met kinderen. Daarbij moet in de eerste plaats gedacht worden aan de *Washington Declaration on International Family Relocation* uit 2010 (hierna: Washington Declaration).[6] Ook van belang is Principle 3:21 van de *Principles on Parental Responsibilities* van de *Commission on European Family Law* (hierna: CEFL).[7] Dit Principle gaat specifiek over verhuizing met kinderen en draagt dan ook de titel *Relocation*. In het Explanatory Memorandum wordt ook naar CEFL-Principle 3:21 en het bijbehorende commentaar daarop verwezen. Het is mooi te zien dat dit academische initiatief de beoogde toegevoegde waarde heeft bij het ontwerpen van Europese instrumenten.

Naast deze internationale bronnen, die specifiek betrekking hebben op verhuizing met kinderen, zijn ook andere internationale instrumenten relevant in het kader van dergelijke verhuizingen, zoals de *Convention on Contact concerning Children* uit 2003 (ETS No. 192), de *Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* uit 1996 (hierna: 1996 Child Protection Convention) en de *Recommendation Rec(84)4 on parental responsibilities* uit 1984.[8]

In de eerste plaats staan in deze bijdrage de inhoud van de Recommendation en de daarbij gemaakte keuzes centraal. Daarnaast wordt ingegaan op de vraag wat deze Recommendation kan betekenen voor het Nederlandse recht en de toepassing daarvan in verhuiszaken: wat hebben de Nederlandse wetgever, de Nederlandse rechter en vooral, wat hebben de ouders er concreet aan? Bevat de Recommendation aanbevelingen die tot verbetering van het Nederlandse recht kunnen leiden? Of zijn er juist gemiste kansen in de Recommendation?

Ter inspiratie of illustratie zal, waar relevant, worden verwezen naar rechtsvergelijkende informatie of naar een van de andere internationale bronnen over verhuizing met kinderen. In het onderstaande ligt de nadruk echter op de Recommendation en het Explanatory Memorandum.

Ik zal om te beginnen de Recommendation kort introduceren (paragraaf 2). Vervolgens komt in paragraaf 3 de oproep in de Recommendation aan nationale wetgevers en rechters om specifiek verhuisrecht te formuleren aan de orde. In paragraaf 4 wordt dieper ingegaan op de centrale plaats die de rechten van het kind innemen in de Recommendation. De kern van de Recommendation wordt gevormd door de bepalingen betreffende het voorkomen en het oplossen van geschillen over verhuizing. De aanbevelingen betreffende conflictpreventie komen in paragraaf 5 aan de orde en die betreffende

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

de oplossing van gerezen geschillen in paragraaf 6. Ik eindig in paragraaf 7 met enkele concluderende observaties.

2. Een korte introductie van de Recommendation

In deze paragraaf wordt de Recommendation op hoofdlijnen geïntroduceerd. Daarbij worden eerst enkele inleidende opmerkingen gemaakt over met name het doel en het toepassingsbereik van de Recommendation (paragraaf 2.1). Vervolgens wordt ingegaan op de opzet van de Recommendation, waarbij ook de geadresseerden van de Recommendation aan de orde komen (2.2).

2.1 Doel en toepassingsbereik

De Recommendation heeft een duidelijk tweeledig doel: het voorkomen van conflicten over verhuizingen met kinderen en, indien een conflict is gerezen, het bieden van richtsnoeren voor het oplossen daarvan.[9] Verhuizingen met kinderen hebben een '*high potential for conflict*', aldus het Explanatory Memorandum.[10] In verhuiszaken hebben beide ouders meestal gerechtvaardigde belangen.[11] Zo kan de verhuiswens van de ene ouder zijn ingegeven door een nieuwe relatie, een nieuwe baan of het dichter bij familie willen wonen, mogelijk in een ander land. De belangen van deze ouder raken dus aan de vrijheid van het maken van levenskeuzes en het recht op bewegingsvrijheid. De andere ouder heeft het belangrijke recht op contact en omgang met het kind.

De Recommendation ziet zowel op verhuizingen binnen een land als naar een ander land.[12] Hiermee is meteen een belangrijk verschil gegeven met het toepassingsbereik van de Washington Declaration, die alleen ziet op internationale verhuizingen.[13] In geval van een internationale verhuizing zullen de gevolgen voor bijvoorbeeld de aard en de frequentie van het contact en de omgang tussen het kind en de achterblijvende ouder doorgaans groter zijn. De consequenties van een verhuizing binnen een land, soms zelfs binnen een beperkte straal, kunnen echter ook al groot zijn voor het kind (minder frequent contact met de andere ouder, andere school, nieuwe vriendjes) en de achterblijvende ouder. Ook dergelijke nationale verhuizingen leiden derhalve tot de nodige procedures.

De beginselen van de Recommendation zijn beperkt tot een *geoorloofde* verandering van de verblijfplaats van het kind en zien dus uitdrukkelijk niet op kinderontvoering. De Recommendation beoogt door conflictpreventie en -oplossing juist kinderontvoering te voorkomen in geval van voorgenomen verhuizingen.[14]

(Dreigende) conflicten over verhuizing met kinderen doen zich in de praktijk met name voor indien de ouders gescheiden zijn of in

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

scheiding liggen. Nergens in de Recommendation wordt echter verwezen naar een post-relationele context. Sterker nog, blijkens het Explanatory Memorandum gaat het om elke verhuizing met kinderen, '*whether or not they* [de ouders, LC] *are living together or have lived together and irrespective of their marital status, whether or not they have been married*'.[15]

2.2 Opzet en geadresseerden

De Recommendation is met elf *principles* compact te noemen. De beginselen zijn over vier onderwerpen verdeeld, waarbij het voornoemde tweeledige doel van de Recommendation duidelijk tot uitdrukking komt:

1. General principles (Beginsel 1 sub a-c);
2. Rights of the child (Beginselen 2 en 3);
3. Avoiding disputes (Beginsel 4);
4. Dispute resolution (Beginselen 5-11).

De beginselen worden voorafgegaan door de considerans, enkele definities van veelvoorkomende termen in de Recommendation en een onderdeel over het toepassingsbereik van de Recommendation. De Recommendation is voorts voorzien van een uitvoerige Explanatory Memorandum, die nuttige, verklarende informatie geeft. Ik zal dan ook geregeld naar het Explanatory Memorandum verwijzen.

De Recommendation bevat in de eerste plaats aanbevelingen voor de wetgever over de wijze waarop deze kan bijdragen aan het voorkomen en oplossen van conflicten over verhuizing. De belangrijke tweede groep van geadresseerden vormen de ouders.[16] De Recommendation bevat ook voor hen (en hun advocaten) aanwijzingen voor het voorkomen van conflicten over verhuizing en, indien ze toch ontstaan, voor het oplossen daarvan. De nadruk ligt daarbij met name op de verantwoordelijkheid van de ouder met een verhuiswens, zoals in het vervolg zal blijken. De laatste geadresseerde van de Recommendation is de *competent authority*, die zowel een rechterlijk als een administratief orgaan kan zijn.[17] In de meeste landen, zoals Nederland, is de rechter bevoegd te beslissen in verhuiszaken. In het navolgende noem ik dan ook alleen de rechter, waarbij steeds bedacht moet worden dat de aanbevelingen ook gelden voor administratieve organen.

3. Oproep aan nationale wetgevers en rechters

Principle 1 bevat een aanmoediging aan de lidstaten – de nationale

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

wetgevers en de rechters in het bijzonder – om specifiek recht over verhuizing met kinderen te maken:

> '*National law on child relocation should:*
> *a. offer sufficient legal certainty to prevent and resolve disputes*;
> *b. provide sufficient flexibility to satisfactorily resolve individual disputes*;
> *c. encourage the reaching of friendly agreements*.'

De wetgever en de rechter krijgen de lastige taak zowel voldoende *rechtszekerheid* voor het voorkomen en het oplossen van verhuisconflicten te bieden als voldoende *flexibiliteit* bij het oplossen van dergelijke conflicten. Hoe dat specifieke verhuisrecht in zowel rechtszekerheid als flexibiliteit moet voorzien, blijkt uit andere beginselen in de Recommendation. Ik zal daarop terugkomen in de volgende paragrafen. Daarbij zal ik ook de vraag aan de orde stellen of de door de Recommendation voorgestelde (wettelijke) bepalingen inderdaad alle nodig zijn.

Het Explanatory Memorandum voert twee redenen aan voor een specifiek verhuisrecht. Ten eerste erkent en onderstreept een dergelijk recht dat verhuizing '*a significant and legal connotation and a high potential for conflict*' heeft. In de tweede plaats kan het ontbreken van een specifiek verhuisrecht strategisch gedrag van de ouders in de hand werken.[18] Denk bij dit laatste bijvoorbeeld aan een moeder die zonder vooraankondiging verhuist met de kinderen in de hoop dat zij door tijdsverloop het gelijk aan haar zijde krijgt, omdat terugverhuizen na een lange tijd van gewenning door de kinderen niet meer in hun belang zou zijn.[19] De gedachte is dat indien het recht aan dergelijk eenzijdig optreden geen consequenties verbindt, onwenselijk strategisch gedrag kan lonen.[20]

Van de in het rechtsvergelijkend onderzoek betrokken jurisdicties kent de helft specifieke wettelijke bepalingen over verhuizen met kinderen na scheiding: Bulgarije, Catalonië (Spanje), Denemarken, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk (Engeland en Wales, Schotland en Noord-Ierland).[21] In alle gevallen gaat het om één of enkele bepalingen in familiewetgeving die op verhuizing zien. Van een aparte wet over het onderwerp is derhalve geen sprake.

In al deze jurisdicties betreffen de wettelijke bepalingen in ieder geval internationale verhuizingen. Slechts de wetgeving in Catalonië, Denemarken en Frankrijk heeft ook betrekking op verhuizingen binnen het land.[22]

Nederland kent geen specifieke verhuiswetgeving. Procedures in het kader van een verhuizing worden vaak gevoerd krachtens artikel 1:253a BW. Op grond van deze bepaling kan door de ouder met een

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

verhuiswens om vervangende toestemming voor de verhuizing worden verzocht.[23] De andere ouder kan naar aanleiding van een voorgenomen of gerealiseerde verhuizing een wijziging van de omgangsregeling vragen. Ook komt het voor dat een van beide ouders om wijziging van de aard van het gezag of wijziging van de hoofdverblijfplaats verzoekt.

Krachtens Principle 1 sub c van de Recommendation moet nationaal recht (wetgeving en rechtspraak) aanmoedigen dat afspraken over de gewenste verhuizing in goed onderling overleg worden gemaakt. Meteen in het eerste Principle wordt dus het belang van *friendly agreements* benadrukt. Dit wordt verder uitgewerkt in Principle 4 (over het voorkomen van conflicten over verhuizing) en in Principle 5 (over het oplossen van dergelijke conflicten), zoals hierna in paragrafen 5 en 6.1 zal blijken.

4. Het kind centraal

Een verhuizing is in beginsel een privé-aangelegenheid. Door de betrokkenheid van het kind bij die verhuizing is overheidsbemoeienis – en in dit geval zelfs van Europese regelgevers, zoals de Raad van Europa – echter gerechtvaardigd. In de Recommendation hebben de rechten van het kind dan ook terecht een prominente plaats gekregen. Het kind mag in het (dreigend) conflict tussen zijn ouders immers niet het kind van de rekening worden. Twee van de elf beginselen vormen samen het onderdeel *Rights of the Child*. De plaats van deze beginselen – vrijwel aan het begin van de Recommendation – benadrukt het belang dat in de Recommendation aan de rechten voor kinderen in geval van verhuizing wordt gehecht. In Principle 2 wordt het belang van het kind als een eerste overweging aangemerkt in geval van verhuizingen (paragraaf 4.1). In Principle 3 wordt het kind, ten aanzien van een voorgenomen verhuizing, de formele rechten van informatie, consultatie en gehoord te worden toegekend (paragraaf 4.2).

4.1 Het belang van het kind als leidend beginsel

Zowel ouders[24] die afspraken maken over een verhuizing, als de rechter[25] die een beslissing moet nemen in een verhuiszaak, moeten daarbij, blijkens Principle 2, het belang van het kind centraal stellen:

> '*The best interest of the child shall be a primary consideration in securing agreements and resolving disputes in matters of child relocation.*'

Het belang van het kind is dus *a primary consideration*, een eerste overweging. Blijkens het Explanatory Memorandum impliceert dit voorschrift dat de belangen van het kind apart beschouwd en

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

beoordeeld moeten worden, in het bijzonder los van de belangen van beide ouders.[26] De belangen van het kind hoeven immers niet samen te vallen met die van de ouders, maar kunnen daarmee in strijd zijn.

Mocht van een dergelijke strijd sprake zijn, dan geeft het belang van het kind echter niet altijd de doorslag. Het belang van het kind is immers *een* en niet *de* eerste overweging. Dit is een bewuste keuze in de Recommendation. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK)[27] en niet bij Principle 3 van de Washington Declaration, waarin het belang van het kind in verhuiszaken als '*the paramount (primary) consideration*' wordt aangemerkt.

Uit mijn rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat in alle onderzochte jurisdicties het belang van het kind een leidend beginsel is in verhuiszaken.[28] In sommige landen, zoals Nederland, hoeft het belang van het kind niet de doorslag te geven en strookt het beleid dienaangaande met de Recommendation.[29] In andere jurisdicties, zoals Denemarken, Ierland, Engeland en Wales, Schotland en Noord-Ierland, geeft het belang van het kind echter wel de doorslag in verhuiszaken.[30] In het Explanatory Memorandum (nr. 36) lijkt hieraan enigszins te worden tegemoetgekomen in het volgende commentaar:

> '*Nevertheless, provisions in the recommendation do not prevent member states from introducing or applying higher standards or more favourable measures to protect the child's best interests*.'

Een Europees Instrument heeft nu eenmaal rekening te houden met verschillende rechtsculturen en opvattingen, zeker op een cultureel bepaald terrein als het familierecht.

Wat in het belang van het kind is, is in verhuiszaken in zijn algemeenheid niet te zeggen. Het Explanatory Memorandum bevat hierover dan ook spaarzame aanwijzingen. Zo staat er wel dat het in het belang van het kind is om met zijn ouders contact te onderhouden (nr. 23).[31] Voorts wordt aangegeven dat de rechter in zijn beoordeling van het belang van het kind ook het contact met andere personen dan ouders, al dan niet familieleden, kan meenemen (nr. 25). Nergens staat echter dat het behoud van contact met de andere ouder of andere familieleden meer in het belang van het kind zou zijn dan bijvoorbeeld het kunnen blijven bij de verzorgende ouder, ongeacht waar deze woont, of juist omgekeerd.

In sociaalwetenschappelijk, empirisch onderzoek zijn ook geen duidelijke aanknopingspunten te vinden over wat in het kader van verhuizingen in het belang van het kind is.[32] In lijn hiermee wordt in de Recommendation dan ook een casuïstische aanpak

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

gepropageerd.[33] Wat in het belang van het kind is, kan van geval tot geval verschillen, evenals de afweging van het belang van het kind tegen de belangen van beide ouders. In paragraaf 6 zal hierop dieper worden ingegaan in kader van het besluitvormingsproces door de rechter.

4.2 Formele rechten voor het kind

Om het belang van het kind afzonderlijk te kunnen beoordelen dient de stem van het kind gehoord te worden in verhuiszaken.[34] Principle 3 van de Recommendation kent het kind dan ook een aantal formele rechten toe in het besluitvormingsproces rond verhuizingen:

> '*The child should have the right to be informed and consulted, and to express his or her views on the proposed relocation. Due weight should be given to the child's views in accordance with his or her age and degree of maturity.*'

Het kind heeft de hier genoemde rechten van informatie, consultatie en gehoord te worden, zowel ten aanzien van de rechter, als ten aanzien van zijn ouders. Wat dit laatste betreft, wordt in het Explanatory Memorandum benadrukt dat het kind deze formele rechten ook toekomt in ADR-procedures, zoals mediation.[35]

Net als artikel 12 IVRK hanteert de Recommendation geen minimumleeftijd voor het horen van kinderen. Dit is een bewuste keuze, aldus het Explanatory Memorandum:[36]

> '*The diversity in capacities and levels of understanding can vary greatly depending on the individual child's development capacities, life experiences, cognitive and other skills. That is why the recommendation does not set an age limit for the child to be heard.*'

Zonder hier de discussie te willen beginnen over de in Nederland krachtens artikel 809 Rv geldende leeftijdsgrens van 12 jaar, zou Principle 3, als wederom een bepaling in een internationale bron, wellicht een aanleiding kunnen zijn om deze leeftijdsgrens voor het horen van kinderen te heroverwegen.[37] Uit het rechtsvergelijkend onderzoek bleek dat in andere jurisdicties lagere minimumleeftijdsgrenzen voorkomen.[38] Ik wijs bovendien op de aanbevelingen van het *Landelijk Overleg Vakinhoud Familie- en Jeugdrecht* (LOVF) krachtens welke kinderen vanaf zes jaar betrokken moeten worden bij het opstellen van een ouderschapsplan.[39] In dat onderlinge proces tussen ouders worden kinderen vanaf die jonge leeftijd derhalve in staat geacht hun zegje te kunnen doen.

5. Voorkomen van geschillen

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Verpakt als opdracht aan vooral de wetgever bevat Principle 4 aanbevelingen voor de ouders, de ouder met de verhuiswens in het bijzonder. Dit Principle is een uitwerking van Principle 1 sub c, dat het sluiten van overeenkomsten tussen partijen aanmoedigt. Principle 4 bevat een niet-limitatieve lijst van maatregelen die in de wet opgenomen kunnen worden ter voorkoming van geschillen over een verhuizing met kinderen. Deze zien zowel op de situatie dat nog geen sprake is van een actuele verhuiswens (paragraaf 5.1) als op de situatie dat daarvan wel sprake is (paragraaf 5.2). Verder worden lidstaten opgeroepen de toegang tot alternatieve geschiloplossing te waarborgen (paragraaf 5.3).

5.1 Anticiperen op een mogelijk toekomstige verhuizing

In de eerste plaats moedigt de Recommendation ouders aan om, bijvoorbeeld in het kader van een scheiding, al afspraken te maken over een eventuele toekomstige verhuizing zonder dat sprake is van een actuele verhuiswens. In de bestaande internationale bronnen over verhuizing – de Washington Declaration of CEFL-Principle 3:21 – wordt niets bepaald over het anticiperen op een mogelijk toekomstige verhuizing. Op dit punt brengt de Recommendation dus iets nieuws in Principle 4:

> '*(...) provisions that encourage parents or other holders of parental responsibilities to reflect on a possible future relocation of the child by agreeing on relocation issues such as prior notice, duration and geographical limits*.'

Voor deze bepaling is onder meer het Nederlandse ouderschapsplan een bron van inspiratie geweest. Het is jammer dat de term ouderschapsplan (*parenting plan*) de Recommendation niet heeft gehaald, maar in veel andere Europese landen is dit een nog onbekende term, vandaar dat neutraal wordt gesproken over '*agreeing*', zonder dat zelfs maar de context van scheiding wordt genoemd in de Recommendation of in het Explanatory Memorandum.

Ouders worden aangemoedigd te anticiperen op een eventuele toekomstige verhuizing van een van beide ouders. Ze kunnen dit doen door bijvoorbeeld afspraken te maken over de wijze waarop, en hoe lang van tevoren, de ouder met een verhuiswens de andere ouder over de voorgenomen verhuizing moet informeren ('*prior notice*'). Ook zouden ouders de afspraak kunnen maken dat verhuizingen voor een beperkte duur of binnen een bepaalde afstand zijn toegestaan.[40] Zo komt het in ouderschapsplannen voor dat wordt afgesproken dat een verhuizing binnen bijvoorbeeld een straal van 25 kilometer, of voor de duur van maximaal drie maanden, is toegestaan. In Amerika zijn dergelijke afspraken in ouderschapsplannen gebruikelijk.[41] Blijkens het Explanatory Memorandum kunnen dergelijke vroegtijdige

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

afspraken over een mogelijk toekomstige verhuizing een leidraad vormen op het moment dat sprake is van een actuele verhuiswens en kunnen dergelijke afspraken bijdragen aan het in goed onderling overleg regelen van de verhuizing.[42]

Naar mijn mening hoeft de wetgever niet dergelijke gedetailleerde regels rond de verhuizing op te nemen. Ouders kunnen hier ook op andere wijze opmerkzaam op worden gemaakt. Modellen voor ouderschapsplannen zouden hierin een rol kunnen spelen. Zo staat in het vFAS-model voor het ouderschapsplan dat de ouders bij een voorgenomen verhuizing vooraf met elkaar in overleg zullen treden (artikel 2).[43] Dat is een goed begin, maar geïnspireerd door de Recommendation zou een dergelijk model partijen ook kunnen uitnodigen tot het maken van afspraken over de duur van de verhuizing of de straal waarbinnen verhuisd mag worden.

Het Explanatory Memorandum houdt er rekening mee dat in sommige jurisdicties, zoals in Nederland,[44] de rechter dergelijke afspraken van partijen over een toekomstige verhuizing op verzoek van partijen van een executoriale titel kan voorzien.[45] De rechter moet daarbij, overeenkomstig Principle 2, de toets van het belang van het kind aanleggen.

Afspraken in ouderschapsplannen of andere overeenkomsten over een eventuele toekomstige verhuizing kunnen niet voorkomen dat in geval van een actuele verhuiswens toch conflicten tussen de ouders ontstaan. Mocht naderhand een geschil ontstaan tussen de ouders over de voorgenomen verhuizing, dan kan de rechter rekening houden met de afspraken die partijen in hun eerdere overeenkomst hebben gemaakt over een eventuele toekomstige verhuizing. De rechter is echter niet zonder meer gebonden aan die afspraken. Hij zal deze in beginsel eerbiedigen, maar kan hiervan afwijken wanneer het belang van het kind dit vereist. Het belang van het kind is altijd '*the primary consideration*', aldus het Explanatory Memorandum.[46] De omstandigheden waaronder partijen destijds afspraken over een eventuele verhuizing hebben gemaakt, kunnen immers inmiddels gewijzigd zijn, waardoor afwijking van de afspraken in het belang van het kind kan zijn. Ik ga er overigens van uit dat het een *slip of the pen* is dat hier in het Explanatory Memorandum (nr. 51) '*the*' *primary consideration* staat. In paragraaf 4.1 is immers gebleken dat in Principle 2 van de Recommendation er uitdrukkelijk voor is gekozen het belang van het kind als '*a primary consideration*' aan te merken, hetgeen goed aansluit bij vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat het belang van het kind in verhuiszaken niet doorslaggevend hoeft te zijn.[47]

5.2 Informeren van de andere ouder door de ouder met een actuele verhuiswens ('notification')

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Voor het geval sprake is van een actuele verhuiswens van een van beide ouders wordt in Principle 4 de conflictpreventie gezocht in het tijdig informeren door de ouder met de verhuiswens van de andere ouder, de *notification*:

> '*(...) rules on notification to the effect that the person proposing to change the child's habitual residence should be required to inform the other parent or other holders of parental responsibilities in writing prior to the proposed relocation and within specific time limits, in order to avoid unilateral relocations*.'

Deze aanbeveling beoogt derhalve bij te dragen aan het voorkomen van eenzijdige actie door de verhuizende ouder zonder medeweten van de andere ouder. Notificatie is omwille van conflictpreventie dus het uitgangspunt, maar kan achterwege blijven in geval van huiselijk geweld of misbruik van het kind.[48]

Principle 4 stelt twee eisen aan de notificatie, waardoor deze een formeel karakter krijgt. Ten eerste moet deze schriftelijk zijn en ten tweede moet deze '*within specific limits*' zijn. De reden van de eis van schriftelijkheid wordt niet nader toegelicht in het Explanatory Memorandum, maar is hoogstwaarschijnlijk ingegeven door de wens duidelijkheid te verschaffen. Met een schriftelijke notificatie is in geval van onenigheid gemakkelijker te bewijzen dát de andere ouder is geïnformeerd, wanneer dit precies is gebeurd en wat de inhoud van de mededeling was. Al deze punten kunnen namelijk van belang zijn, mocht het onverhoopt toch tot een procedure over de verhuizing komen. Een serieuze poging van de ouder met een verhuiswens om tot overeenstemming te komen met de andere ouder kan voor de rechter een indicatie zijn van de intentie van eerstgenoemde ouder om een goede relatie met de andere ouder te onderhouden, inclusief het contact met het kind.[49] Omgekeerd kan het achterwege laten van een notificatie in het nadeel van de eenzijdig verhuizende ouder uitpakken in een eventuele procedure.[50]

In het Explanatory Memorandum zijn suggesties te vinden voor de inhoud van de *notification:*

- details over de nieuwe verblijfplaats van het kind;
- contactgegevens van het kind;
- de datum van de voorgenomen verhuizing;
- voorstellen voor een omgangsregeling met de achterblijvende ouder.[51]

Principle 4 schrijft weliswaar voor dat de notificatie '*within specific*

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

time limits' moet plaatsvinden, maar laat in het midden hoe lang voorafgaand aan de voorgenomen verhuizing de andere ouder hierover geïnformeerd moet worden. Blijkens het Explanatory Memorandum (nr. 56) is het aan de lidstaten overgelaten of ze een minimumtermijn voor notificatie willen opleggen, maar wordt het belang van een dergelijke termijn wel benadrukt.

Een korte termijn tussen notificatie en verhuizing kan gunstig zijn voor de ouder met een verhuiswens, omdat deze hem/haar voldoende tijd geeft om de verhuizing goed voor te bereiden (zoals woonruimte en werk te regelen, en een school voor het kind te zoeken), hetgeen in zijn/haar voordeel kan werken bij een eventuele procedure voor de rechter. Ook in de Nederlandse jurisprudentie is een goede voorbereiding van de voorgenomen verhuizing immers een indicatie vóór verhuizing.[52] Een (te) korte notificatietermijn is echter niet in het voordeel van de andere ouder, die zich hierdoor overvallen kan voelen en reeds om die reden een procedure start. De termijn moet dus wel een zekere lengte hebben, zodat van zinnig overleg tussen beide ouders daadwerkelijk sprake kan zijn. Het vinden van een goede notificatietermijn luistert dus nauw: deze mag voor de achterblijvende ouder niet te kort en voor de ouder met een verhuiswens niet te lang zijn.

Zowel Principle 2 van de Washington Declaration, als CEFL-Principle 3:21, schrijft voor dat de ouder met een verhuiswens de andere ouder over de voorgenomen verhuizing moet informeren. In deze beide bronnen wordt evenmin een termijn genoemd waarbinnen de notificatie moet plaatsvinden.

De Recommendation schrijft dan wel geen specifieke termijn voor, maar veelzeggend is dat in het Explanatory Memorandum naar Deense wetgeving wordt verwezen waarin een minimumtermijn voor notificatie van zes weken (45 dagen) geldt.[53] Dit aantal dagen ligt mooi in het midden van de notificatietermijnen die ik in het rechtsvergelijkend onderzoek heb gevonden. Uit Frans[54] en Catalaans recht[55] kan een notificatietermijn van een maand respectievelijk 30 dagen afgeleid worden. In verschillende staten van de Verenigde Staten van Amerika is een notificatietermijn tussen de 30 en 60 dagen te vinden.[56]

Van de door mij onderzochte jurisdicties kennen slechts Frankrijk, Denemarken en Catalonië (Spanje) specifieke wettelijke bepalingen waarin notificatie vereist is in geval van een voorgenomen verhuizing.[57] In de andere door mij onderzochte jurisdicties impliceert de voor gezamenlijk gezag vereiste instemming van de andere ouder dat de ouder met een verhuiswens de ander op de hoogte stelt van de voorgenomen verhuizing. Notificatie is derhalve impliciet vereist in geval van gezamenlijk gezag.[58]

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Vanuit een oogpunt van conflictpreventie kan specifieke wetgeving op dit punt mijns inziens van toegevoegde waarde zijn. Een wettelijke, formele notificatieplicht geeft meer duidelijkheid over wie het eerst aan zet is in geval van een voorgenomen verhuizing, te weten: de ouder met een verhuiswens. Deze moet de andere ouder inlichten. Doet de ouder met de verhuiswens dat niet, dan kan dit in zijn/haar nadeel werken, mocht het tot een zaak voor de rechter komen. Doet deze dit wel, dan kan dit voor de rechter een teken zijn dat deze ouder wil investeren in een blijvend goede relatie, ook in geval van verhuizing. Een wettelijke plicht tot notificatie binnen een bepaalde termijn is derhalve een duidelijk signaal aan de ouder met een verhuiswens en kan zo bijdragen aan het voorkomen van strategisch gedrag door deze ouder.[59]

5.3 Alternatieve geschiloplossing

Het voorkomen van conflicten over een verhuizing met kinderen wordt in Principle 4 ook gezocht in vormen van alternatieve geschiloplossing:

> '*(...) services (public or private) for advice, counselling and mediation to assist parents or other holders of parental responsibilities in reaching an agreement*.'

Dit Principle is een uitwerking van Principle 1 sub c, dat voorschrijft dat het nationale recht het sluiten van overeenkomsten tussen ouders moet aanmoedigen. Daar kunnen mediation en andere vormen van alternatieve geschilbeheersing een belangrijke rol in spelen. Familiezaken hebben een goed *track record* voor wat betreft het voorkomen en oplossen van geschillen met behulp van mediation.[60]

Ouders en hun advocaten worden door dit Principle gemaand tot het besef dat het maken van afspraken over een verhuizing de voorkeur verdient boven een uitspraak door de rechter. Voor lidstaten betekent dit Principle dat ze moeten zorgdragen voor een voldoende aanbod voor alternatieve geschiloplossing. In het Explanatory Memorandum (nr. 59) wordt daarbij ook gewezen op de factor tijd:

> '*It is essential that recourse to alternative dispute resolution should be delayed as little as possible*.'

Wachttijd of financiële obstakels kunnen ertoe leiden dat, ondanks (een begin van) bereidheid van partijen, mediation toch niet wordt beproefd, waardoor alsnog een conflict ontstaat.

Dit deel van Principle 4 houdt uiteraard ook verband met Principle 5, waarin alternatieve geschiloplossing wordt gepromoot als de voorkeursroute indien een geschil tussen partijen over een verhuizing

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

met kinderen is gerezen. Dit brengt mij tot de volgende paragraaf.

6. Oplossen van conflicten

In geval van een conflict tussen ouders over een (voorgenomen) verhuizing voorziet de Recommendation in twee routes voor het oplossen van dit conflict. Ten eerste de buitengerechtelijke route, die de voorkeur geniet (paragraaf 6.1). Voor het geval geen overeenstemming tussen partijen is bereikt, is er een rechterlijke route. Voor het besluitvormingsproces door de rechter bevat de Recommendation een aantal beginselen (paragraaf 6.2). Andere opties dan een overeenkomst of een rechterlijke beslissing zijn er niet. Eenzijdig optreden door de verhuizende ouder is dan ook niet toegestaan volgens de Recommendation, zoals in paragraaf 6.3 nader uiteengezet zal worden.

6.1 Voorkeursroute: alternatieve geschiloplossing

Als toch sprake is van een geschil tussen de ouders over een verhuizing met kinderen, dan is er blijkens de Recommendation een sterke voorkeur voor de oplossing van dit conflict door middel van alternatieve geschiloplossing, zoals mediation, boven de gang naar de rechter.[61] Principle 5 luidt:

> '*Alternative means of dispute resolution should be promoted in order to reach agreements on child relocation without the need to have recourse to the competent authority, without prejudice to principle 6*.'

Deze bepaling is derhalve een uitwerking van Principle 1 sub c, waarin nationale wetgevers en rechters worden opgeroepen om het maken van afspraken in goed onderling overleg aan te moedigen.[62]

Ook in de Washington Declaration wordt in Principle 8 het belang van mediation in verhuiszaken benadrukt:

> '*The voluntary settlement of relocation disputes between parents should be a major goal. Mediation and similar facilities to encourage agreement between the parents should be promoted and made available both outside and in the context of court proceedings. The views of the child should be considered, having regard to the child's age and maturity, within the various processes*.'

Dat beide internationale *relocation*-instrumenten een duidelijk signaal afgeven ter promotie van het gebruik van mediation en andere alternatieven is goed.[63]

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Meer gedetailleerde richtsnoeren over de wijze waarop nationale wetgevers of rechters dit zouden kunnen oppakken, worden verder niet gegeven en is derhalve aan de diverse lidstaten overgelaten. Dit doet recht aan de nu eenmaal bestaande verschillen tussen rechtsculturen in de lidstaten voor wie de Recommendation is bedoeld. Zo bleek uit mijn rechtsvergelijkend onderzoek dat in alle betrokken jurisdisdicties mediationvoorzieningen weliswaar aanwezig zijn, maar dat West-Europese landen over het algemeen een langere mediationtraditie kennen dan de meeste Oost-Europese landen.[64]

Verplichte mediation in verhuiszaken komt in geen van de door mij onderzochte jurisdicties voor.[65] Dit sluit aan bij empirisch onderzoek waaruit blijkt dat vanwege vergaande polarisatie tussen partijen mediation in sommige verhuiszaken moeilijk of onmogelijk is.[66] Het Explanatory Memorandum erkent dan ook dat mediation niet in alle zaken geschikt is, waarbij met name gedacht wordt aan verhuiszaken waarin huiselijk geweld of misbruik van kinderen speelt.[67]

Wel wordt het onderling overleg tussen ouders in familiezaken, zoals verhuiszaken, op verschillende wijzen in de wet bevorderd in de onderzochte jurisdicties.[68] In Nederland schrijft artikel 1:253a lid 5 BW voor dat de rechter alvorens te beslissen een vergelijk tussen partijen moet beproeven. Dat Nederlandse rechters in verhuiszaken het belang van een oplossing in onderling overleg goed inzien, moge blijken uit een uitspraak van de Hoge Raad in een internationale verhuiszaak uit 2012. De Hoge Raad liet in deze beschikking de uitspraak van het hof in stand waarbij het hof de door de rechtbank gegeven toestemming aan de moeder om naar Spanje te verhuizen alsnog heeft geweigerd om zo opnieuw overleg tussen partijen mogelijk te maken.[69]

Wellicht dat ook de in Nederland aangekondigde wetsvoorstellen inzake de bevordering van mediation op termijn tot meer mediation in verhuiszaken zullen leiden. Zo ver is het echter nog niet.[70] Het kan dan ook geen kwaad inspiratie op te doen bij meer sturende wetgeving. Zo schrijft artikel 40 van de *Danish Act of Parental Responsibility* voor dat zaken over de verblijfplaats van het kind beginnen met een sessie bij de *regional state administration* om een vergelijk tussen partijen te beproeven. Deelname aan deze sessie is sterk aanbevolen om het recht te behouden een zaak door de rechter te laten beslissen, mocht een vergelijk niet mogelijk blijken.[71]

6.2 Beslissing door de rechter

Waar een vergelijk tussen partijen, al dan niet met behulp van mediation, niet mogelijk blijkt, rest de gang naar de rechter. Principle 6 garandeert het recht op toegang tot de rechter in verhuiszaken:

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

'*Parents or other holders of parental responsibilities should have the right to bring any unresolved dispute on child relocation to a competent authority for decision*.'

In het Explanatory Memorandum (nr. 65) wordt uiteraard naar artikel 6 EVRM verwezen. Daarbij wordt aangegeven dat het recht op toegang zowel voor de ouder met een verhuiswens geldt, die met zijn of haar '*request for relocation*' bij de rechter terecht kan, als voor de andere ouder met zijn of haar '*objection*' tegen de verhuizing. Het initiatief voor een rechterlijke procedure in een verhuiszaak wordt derhalve niet bij een van beide ouders gelegd. Het kan de ouder met een verhuiswens zijn die om vervangende toestemming vraagt, of de andere ouder die om een wijziging van de omgangsregeling, van de hoofdverblijfplaats of zelfs van het gezag, vraagt.

In de Principles 8 tot en met 11 wordt het besluitvormingsproces door de rechter uitgewerkt. In deze laatste vier Principles van de Recommendation staat de traditionele rol van de rechter als beslisser centraal. Zoals hierna in paragraaf 6.2.2 nader zal blijken, zijn verhuiszaken doorgaans lastig te beslissen voor de rechter vanwege de gerechtvaardigde belangen van alle daarbij betrokkenen. Het is dan ook enerzijds begrijpelijk dat de Principles 8 tot en met 11 de rechter beogen te helpen bij het nemen van een beslissing in verhuiszaken.

Anderzijds is het, na het pleidooi voor alternatieve geschiloplossing in Principles 1, 4 en 5, mijns inziens een gemiste kans dat in de Recommendation, of desnoods in het Explanatory Memorandum, niet ook de nieuwe, meer coachende regierol van de rechter expliciet aandacht heeft gekregen. Zo heeft in Nederland de rechter, en zeker die in familiezaken, lang niet altijd meer die traditionele rol van degene die de knoop doorhakt. De familierechter wordt meer en meer geacht samen met partijen te zoeken naar de juiste aanpak van het geschil en dus niet als vanzelfsprekend te beslissen. Zo kan de rechter immers schikken, naar mediation verwijzen, een bijzondere curator benoemen of een ouderschapsonderzoek bevelen. Op dit moment vinden in Nederland bij meerdere rechtbanken pilots met de regierechter in familiezaken plaats om tot een snelle, passende oplossing van geschillen te komen.[72] En ook in andere Europese landen zijn vergelijkbare ontwikkelingen waarneembaar.[73]

Nu kan Principle 1 sub c – waarin het bevorderen van minnelijke oplossingen wordt aanbevolen – beschouwd worden als aansporing aan zowel wetgever als rechter. Er is immers geen enkele aanwijzing dat dit Principle niet ook op de rechter van toepassing zou kunnen zijn. Het was mooi geweest als in het kader van dit Principle expliciet op het belang van de regierol van de rechter was gewezen, zodat de Recommendation ook in dit opzicht duidelijk kenbaar zou aansluiten bij nieuwe ontwikkelingen in Europa.

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Na deze observatie zoom ik in op de vraag hoe de rechter, in zijn traditionele rol van geschilbeslechter, tot zijn beslissing moet komen. Voor het antwoord op deze vraag biedt om te beginnen Principle 8 een aantal aanknopingspunten:

> '*In resolving disputes on child relocation, the competent authority should ensure that all relevant factors are taken into consideration, giving such weight to each factor as is appropriate in the circumstances of the individual case. The examination shall focus on the best interests of the child*.'

Blijkens dit Principle ligt de focus van de rechter op het belang van het kind, maar dat neemt niet weg dat blijkens het Explanatory Memorandum de rechter ook de belangen van de beide ouders in zijn beoordeling moet betrekken.[74] Principle 8 schrijft dan ook voor dat de rechter *alle* relevante factoren moet meenemen in zijn overweging. In paragraaf 6.2.1 zal blijken dat die factoren dan ook de belangen van het kind en van beide ouders betreffen.

Voorts blijkt uit dit Principle dat het toekennen van het gewicht aan de factoren maatwerk is. Elke factor moet immers het gewicht krijgen dat aangewezen is in de bijzondere omstandigheden van het geval. Het afwegen van de belangen van het kind en van de beide ouders aan de hand van deze factoren zal in paragraaf 6.2.2 centraal staan.

6.2.1 Belangen en factoren

Krachtens Principle 8 moet de rechter dus alle relevante factoren in zijn beoordeling betrekken.[75] In het Explanatory Memorandum worden, niet-limitatief en in willekeurige volgorde, de volgende veertien factoren genoemd:[76]

> '*(i) The right of the child to maintain personal relations and direct contact with the other parent or other holder of parental responsibilities on a regular basis, in a manner consistent with his or her development*.
> *(ii) The views of the child having regard to his or her age, maturity, and level of understanding*.
> (iii) *The proposals of the parents or other holders of parental responsibilities for the practical arrangements for changing the child's habitual residence (including accommodation, education, employment, contacts with other family members)*.
> *(iv) Reasons of the parents or other holders of parental responsibilities for seeking or opposing the child's habitual residence*.
> *(v) Any history of family violence or abuse, whether physical or psychological*.
> *(vi) The history of the family and particularly the continuity and*

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

quality of past and current care and contact arrangements.
(vii) Pre-existing arrangements concerning the child's habitual residence and contact and previous decisions of the competent authorities.
(viii) The impact of the grant or refusal of the application of the relocation on the child, in the context of his or her siblings and extended family, education and social life, and on the remaining parent or other holder of parental responsibilities.
(ix) Nature of the relationship between the parent and other holders of parental responsibilities and the commitment of the person proposing to change the child's habitual residence (to support and facilitate the relationship between the child and the parent or other holders of parental responsibilities after the relocation).
(x) Whether the proposals of the parents or other holders of parental responsibilities for contact after the child's change of habitual residence are realistic, having particular regard to the cost to the family and burden on the child.
(xi) The enforceability of contact provisions ordered as a condition of the permission to change the child's habitual residence, particularly in the context of a change of jurisdiction.
(xii) Issues of mobility for family members or those who have a reasonable interest in having contact with the child.
(xiii) The existence of parenting agreements or other similar agreement, including provisions on child relocation.
(xiv) The failure to inform the other parent or other holder of parental responsibilities of the proposal to relocate with the child.'

De eerste twaalf factoren komen overeen met de lijst van factoren in Principle 4 van de Washington Declaration, welke lijst ook van toepassing kan zijn op verhuizingen binnen een land, aldus Principle 5 van de Washington Declaration. De twee laatste factoren komen noch in de Washington Declaration noch in CEFL-Principle 3:21 voor en zijn dus Recommendation eigen. Deze factoren sluiten aan bij de voorschriften in Principle 4 van de Recommendation betreffende het voorkomen van geschillen. Factor (xiii) betreft de afspraken over een mogelijk toekomstige verhuizing in ouderschapsplannen of vergelijkbare afspraken tussen ouders. In paragraaf 5.1 is reeds gebleken dat de rechter met dergelijke afspraken bij een naderhand gerezen geschil over een actuele verhuizing rekening kan houden, maar daaraan niet gebonden is. Het belang van het kind kan immers nopen tot afwijking van die afspraken. Volgens factor (xiv) is de schending van de notificatieplicht door de ouder met een verhuiswens een factor van belang, in die zin dat eenzijdig optreden in het nadeel van deze ouder kan werken (zie ook paragraaf 6.3).

In het Explanatory Memorandum wordt ook gewezen op de, eveneens niet-limitatieve, lijst met factoren in CEFL-Principle 3:21(3). Deze CEFL-lijst vertoont een grote overlap met de factoren in de

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Washington Declaration, maar heeft ook een eigen kleur, zoals het expliciet noemen van het recht op bewegingsvrijheid. De CEFL-lijst is een stuk korter en bestaat uit de volgende zes factoren:

> '*(a) the age and opinion of the child*;
> *(b) the right of the child to maintain personal relationships with the other holders of parental responsibilities*;
> *(c) the ability and willingness of the holders of parental responsibilities to cooperate with each other*;
> *(d) the personal situation of the holders of personal responsibilities*;
> *(e) the geographical distance and accessibility*;
> *(f) the free movement of persons.*'

Deze in de internationale bronnen genoemde factoren stroken met de factoren waarmee in de Nederlandse rechtspraak rekening wordt gehouden in verhuiszaken. In een recent artikel heeft Christoph de volgende negen factoren afgeleid uit de Nederlandse rechtspraak:[77]

> '1. de noodzaak om te verhuizen;
> 2. de mate waarin de verhuizing is doordacht en voorbereid;
> 3. de door de verhuizende ouder geboden alternatieven en maatregelen om de gevolgen van de verhuizing voor de minderjarige en de andere ouder te verzachten en/of te compenseren;
> 4. de mate waarin de ouders in staat zijn tot onderlinge communicatie in overleg;
> 5. de rechten van de andere ouder en de minderjarige op onverminderd contact met elkaar in een vertrouwde omgeving;
> 6. de verdeling van de zorgtaken en de continuïteit van de zorg;
> 7. de frequentie van het contact tussen de minderjarige en de andere ouder voor en na de verhuizing;
> 8. de leeftijd van de minderjarige, zijn mening en de mate waarin de minderjarige geworteld is in zijn omgeving of juist extra gewend is aan verhuizingen;
> 9. de (extra) kosten van de omgang na de verhuizing.'

Nu vergelijkbare factoren als die bedoeld in Principle 8 van de Recommendation al in de Nederlandse rechtspraak worden toegepast, is het mijns inziens niet nodig deze factoren ook nog eens expliciet in wetgeving op te nemen.

Het is belangrijk de *factoren* van de *belangen* te onderscheiden.[78] De rechter in verhuiszaken dient niet alleen het belang van het kind, maar ook de belangen van beide ouders in zijn oordeel te betrekken.[79] Dit sluit aan bij de praktijk in de meeste van de in het rechtsvergelijkend onderzoek betrokken jurisdicties.[80] In dit verband is het Engelse standaardarrest *Payne v. Payne* een inspiratiebron.[81] In deze uitspraak worden richtlijnen aan rechters in (internationale)

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

verhuiszaken gegeven aan de hand van de volgende vier aspecten, waarin de belangen van het kind en van beide ouders centraal staan:[82]

1. *de beoordeling van het verzoek van de ouder die om toestemming voor verhuizing verzoekt (is the application genuine and realistic?)*;

2. *de beoordeling van het verweer van de andere ouder (is the concern genuine?)*;

3. *de beoordeling van de impact op de ouder met een verhuiswens indien het oprechte en realistische verzoek om toestemming voor verhuizing afgewezen zou worden*;

4. *een doorslaggevende beoordeling van het belang van het kind ('an overriding review of the child's welfare as the paramount consideration')*.

Ook in het – in het Explanatory Memorandum bij de Recommendation geciteerde[83] – commentaar op CEFL-Principle 3:21 wordt erkend dat voor de beslissing door de rechter in verhuiszaken is vereist '*that the competent authority tries to find a balance between the right of the child to maintain personal relationships with the non-residential parent and close relatives and persons with whom the child has a close relationship (...) and the right of the residential parent to move in pursuit of a valid purpose, in order to, for example, improve his or her professional situation or to accompany a new partner (free movement rights). Geographical distance and accessibility as well as the personal, particularly the financial, situation of the holders of parental responsibilities are crucial factors*.'

In verhuiszaken draait het dus om te beginnen om de *belangen* van het kind en van beide ouders. Vervolgens worden deze belangen aan de hand van alle relevante *factoren* tegen elkaar afgewogen. In Principle 8 van de Recommendation wordt aangegeven dat de focus van de rechter in zijn beoordeling op het belang van het kind moet liggen. Dit is in overeenstemming met Principle 2. De meeste van de factoren in de hiervoor weergegeven lijstjes betreffen dan ook het belang van het kind, zoals het recht op contact met de andere ouder, de mening van het kind en de impact van een verhuizing of juist het achterwege blijven daarvan op het kind, en de band tussen de ouders.[84]

Ook in Nederland schrijft het in verhuiszaken doorgaans toepasselijke artikel 1:253a lid 1 BW voor dat de rechter een zodanige beslissing neemt als hem in belang van het kind wenselijk voorkomt. En ook in alle andere in het rechtsvergelijkende onderzoek betrokken jurisdicties

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

is het belang van het kind een leidend beginsel in verhuiszaken.[85] Dit voorschrift in Principle 8 vindt dus steun in het recht van de lidstaten.

Naast het belang van het kind zijn dus ook de belangen van beide ouders van belang.[86] Een aantal van de in het Explanatory Memorandum genoemde factoren betreft dan ook het belang van de ouder met een verhuiswens, zoals de redenen voor verhuizing (iv), en de mate waarin de verhuizing is voorbereid (iii). In CEFL-Principle 3:21 komt het belang van deze ouder meer expliciet tot uitdrukking in de factor *the free movement of persons*. Het zou mij niet verbazen als hier de invloed van het Duitse recht zichtbaar is, waarin immers de bewegingsvrijheid een grondwettelijk recht is.[87]

De belangen van de andere ouder komen met name in de vele in het Explanatory Memorandum genoemde factoren betreffende het contact tussen het kind en die ouder tot uitdrukking (i, iii, vi, vii, ix, x, xi en xii) en in de factoren betreffende de impact van een verhuizing op die ouder (viii) en betreffende zijn of haar redenen om zich te verzetten tegen de verhuizing (iv).

Uit het voorgaande blijkt derhalve dat voor het afwegen van het belang van het kind tegen de belangen van elk van beide ouders een behoorlijk aantal factoren relevant kan zijn voor de beslissing van de rechter in verhuiszaken. Hoe de beslissing in een concreet geval zal uitvallen, hangt af van de wijze waarop de belangen van betrokkenen aan de hand van deze factoren worden afgewogen en van het gewicht dat aan elk van de factoren wordt gehecht. Op deze punten zal in de volgende paragraaf worden ingegaan.

6.2.2 Afweging van de betrokken belangen aan de hand van de factoren

In het Explanatory Memorandum wordt aangegeven dat de rechter in verhuiszaken de conflicterende belangen van de beide ouders tegen elkaar zal moeten afwegen, terwijl hij gefocust moet blijven op het kind.[88] Van die speciale aandacht voor het kind bleek reeds in Principle 2 (waarover paragraaf 4.1). In het Explanatory Memorandum werd daarbij aangegeven dat het cruciaal is dat de belangen van het kind afzonderlijk onderzocht worden, los van de belangen van de verhuizende ouder.[89] Vandaar ook dat de slotzin van Principle 8 bepaalt dat '*the examination shall focus on the best interests of the child*'.

Die focus op het belang van het kind betekent echter niet dat dit belang altijd zwaarder moet wegen dan dat van de ouders, die van de verhuizende ouder in het bijzonder. In Principle 2 wordt het belang van het kind immers bewust als '*a*' en niet '*the*' *primary considaration* aangemerkt. Ook bij de beoordeling door de rechter hoeft het belang

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

van het kind niet altijd de doorslag te geven. Wel moet de rechter oog hebben voor de belangen van het kind.

Op dit punt wijkt de Recommendation af van de Washington Declaration, die in Principle 3 bepaalt dat '*the best interests of the child should be the paramount (primary) consideration*'. Ook in een aantal Europese landen is het belang van het kind altijd *de* eerste overweging.[90] In Nederland heeft de Hoge Raad in een standaardbeschikking over een verhuiszaak echter expliciet overwogen dat het belang van het kind niet altijd de doorslag geeft:[91]

> 'Vooropgesteld dient te worden, dat uit de omstandigheid dat in art. 1:253a BW is bepaald dat de rechtbank zodanige beslissing neemt als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt, niet mag worden afgeleid, dat het belang van het kind bij geschillen over gezamenlijke gezagsuitoefening altijd zwaarder weegt dan andere belangen. De rechter zal bij zijn beslissing over dergelijke geschillen alle omstandigheden van het geval in acht dienen te nemen, wat er in voorkomend geval ook toe kan leiden dat andere belangen zwaarder wegen dan het belang van het kind, hoezeer ook dat belang een overweging van de eerste orde dient te zijn bij de te verrichten afweging van belangen.'

In deze specifieke zaak had het hof ook het belang van de moeder met de verhuiswens in zijn afweging moeten meenemen en daarbij 'uitdrukkelijk het nieuwe huwelijk van de moeder met haar in Zwitserland wonende echtgenoot, haar zwangerschap en de gevolgen van die beide omstandigheden voor de bestaande gezinssituatie in zijn afweging' moeten betrekken. Het Nederlandse recht loopt derhalve op dit punt, ook zonder specifieke verhuiswetgeving, in de pas met de Recommendation.

De belangen van de verhuizende ouder moeten niet alleen tegen die van het kind afgewogen worden, maar ook tegen die van de andere ouder. Juist deze afweging maakt het nemen van een beslissing in verhuizingszaken zo moeilijk, omdat beide ouders goede redenen kunnen hebben voor hun standpunten.[92] Zo kunnen een nieuwe baan, een nieuwe relatie, of het teruggaan naar familie goede redenen voor de ouder met een verhuiswens zijn. Daartegenover staat dat een beroep van de andere ouder op het recht op contact met het kind ook legitiem kan zijn. In dergelijke zaken is derhalve geen sprake van een evident juiste beslissing en een rechter kan het derhalve eigenlijk niet goed doen.[93]

In de bij mijn weten tot op heden enige verhuiszaak die bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft voorgelegen, wordt ook specifiek aandacht besteed aan de lastige taak van de rechter bij het afwegen van de belangen van beide ouders en het kind. In deze

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

zaak uit 2012 tegen het Verenigd Koninkrijk wordt de nationale rechter een grote discretionaire bevoegdheid toegekend:[94]

> '*Indeed, the Court recognises that decisions concerning international relocation raise difficult questions for decision-makers because they involve a delicate balancing exercise between the rights of each parent and the rights of the child and any decision made will almost certainly constitute a significant interference with the rights of at least one of the parties. Consequently, the domestic authorities enjoy a wide margin of appreciation when conducting such a balancing exercise (…).*'

In de Recommendation wordt aangegeven dat het afwegen van de belangen maatwerk is. Blijkens Principle 8 moet aan elke factor immers het gewicht worden gegeven dat aangewezen is in de omstandigheden van het individuele geval. Bovendien wordt in Principle 9 een '*neutral and child-centered approach*' van de rechter aanbevolen, waarbij de rechter beslist '*on a case-by-case basis, after consideration of all the new factors and the child's best interests as a primary consideration*', aldus het Explanatory Memorandum.[95]

Principle 9 luidt als volgt:

> '*The decision of the competent authority should be made without any presumption for or against changing the child's habitual residence.*'

Waar in Principle 1 gepleit wordt voor voldoende flexibiliteit bij het oplossen van conflicten, ziet dat dus derhalve in het bijzonder op dit punt van het afwegen van belangen en het wegen van factoren. In het Explanatory Memorandum (nr. 30) bij Principle 1 staat dan ook:

> '(…) *it is in the child's best interests that the legal framework should provide sufficient flexibility for the competent authority to allow for the satisfactory individual settlement of specific cases, taking all their particular circumstances into account.*'

Deze neutrale benadering ten aanzien van verhuizingen met kinderen sluit aan bij de resultaten van sociaalwetenschappelijk, empirisch onderzoek waaruit geen duidelijke conclusies vóór of tegen verhuizing met kinderen zijn te trekken en geldige argumenten voor zowel een restrictieve als een liberale benadering van verhuizing zijn te vinden.[96]

Zoals ik reeds in mijn rechtsvergelijkende studie heb aangegeven, is deze neutrale houding ook toe te juichen vanuit een genderperspectief. In veel verhuiszaken is de moeder immers de ouder met een verhuiswens. Een liberale houding ten aanzien van verhuizing zou op weerstand van organisaties als Dwaze Vaders of *Fathers 4 Justice*

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

kunnen stuiten. Een restrictieve benadering van verhuizing zou daarentegen op kritiek uit feministische hoek kunnen rekenen, omdat de moeder beperkt zou worden in het maken van levenskeuzen.[97]

In dit verband verdient de sinds 2009 in de Nederlandse wet opgenomen norm van gelijkwaardige verzorging en opvoeding (artikel 1:247 lid 4 BW) aandacht. Werd het verhuizen met een kind met deze norm nu moeilijker, omdat in geval van verhuizing niet of in mindere mate voldaan kan worden aan de norm van gelijkwaardigheid?[98] De angst voor een meer restrictieve benadering van verhuizingen bleek al snel ongerechtvaardigd te zijn. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat deze norm van gelijkwaardige verzorging en opvoeding niet betekent dat het belang van het kind niet het zwaarst zou mogen wegen, nu dit belang immers een overweging van de eerste orde dient te zijn.[99] Het belang van het kind kan meebrengen dat wel toestemming voor verhuizing wordt gegeven, ook al betekent dit dat niet, of onvoldoende, voldaan kan worden aan de norm van gelijkwaardigheid. Er is dus nog steeds sprake van een neutrale benadering waarbij het kind centraal staat. Het treft dat ook in de rechtspraak van veel andere landen reeds sprake is van deze neutrale, kind-gecentreerde benadering, zoals blijkt uit onderzoek van de Hague Conference.[100] Deze goed verdedigbare casuïstische benadering leidt wel onvermijdelijk tot rechtsonzekerheid.[101] Het is daarom in de eerste plaats belangrijk dat de rechter in zijn beschikking transparant is over de wijze waarop hij de belangenafweging maakt.[102]

In mijn rechtsvergelijkende onderzoek heb ik er reeds op gewezen dat deze neutrale benadering ruimte laat voor de eigen opvattingen, normen en waarden en vooronderstellingen van de rechter. Deze worden bij een dergelijke neutrale, casuïstische benadering meer van belang. Vindt een rechter bijvoorbeeld dat een kind hoe dan ook beter af is bij de ouder die hoofdverzorger is, dan heeft dit hoogstwaarschijnlijk consequenties voor de uitspraak indien deze hoofdverzorger wenst te verhuizen. Ik pleit er dan ook voor dat de rechter in zijn uitspraak zijn vooronderstellingen expliciteert.[103]

Uit jurisprudentieonderzoek leidt Schrama af dat de rechter doorgaans een vergelijking maakt tussen de situatie waarin de verhuizing met het kind plaatsvindt enerzijds, en de situatie waarin de ouder met een verhuiswens en het kind niet verhuizen anderzijds. Ze wijst er terecht op dat hieraan de vooronderstelling ten grondslag ligt dat de ouder niet zonder het kind zal verhuizen. Als de rechter deze vooronderstelling zou loslaten, zouden twee andere situaties met elkaar vergeleken kunnen worden: de situatie waarin de ouder met verhuiswens en het kind verhuizen enerzijds, en de situatie waarbij het kind bij de andere ouder gaat wonen, terwijl de ouder met een verhuiswens alleen verhuist anderzijds.[104]

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Ook hieruit blijkt dat het omwille van transparantie en het vergroten van rechtszekerheid belangrijk is dat rechters expliciet zijn over hun uitgangspunten en vooronderstellingen en over de situaties die zij met elkaar vergelijken.

6.3 Geen eenzijdig optreden, ook als dit geoorloofd is

De Recommendation staat in het teken van het voorkomen van eenzijdig optreden door de ouder met een verhuiswens. In de introductie van het Explanatory Memorandum wordt het doel van de Recommendation immers als volgt omschreven:[105]

> '*This recommendation is intended to guarantee a comprehensive and coherent approach so as to prevent and resolve disputes by deterring, in particular, a parent or other holder of parental responsibilities with whom a child resides from unilaterally relocating with the child and avert the unlawful relocation of the latter.*'

Eenzijdig optreden door de ouder met een verhuiswens is derhalve vanuit een oogpunt van conflictpreventie en -oplossing ongewenst. Principle 7 bepaalt dan ook dat een ouder slechts kan verhuizen met hetzij de instemming van de andere ouder, hetzij krachtens een beslissing van de rechter:

> '*In the absence of agreement, the child's habitual residence should not be changed without a decision of the competent authority, except in circumstances provided for by national law.*'

Wat mij betreft had dit verbod op eenzijdig verhuizen in nog concretere bewoordingen en prominenter aan het begin van de Recommendation opgenomen kunnen worden. De Washington Declaration strekt daarbij tot voorbeeld, nu daar meteen in Principle 1 staat:

> '*Parties should be strongly encouraged to use the legal procedures and not to act unilaterally.*'

Bedacht moet worden dat niet elke eenzijdige verhuizing ongeoorloofd is. Vandaar dat Principle 10 voorziet in een uitzondering voor het geval nationaal recht een verhuizing mogelijk maakt zonder overeenkomst tussen partijen en zonder een rechterlijke uitspraak. Eenzijdig verhuizen naar een ander land is uiteraard wel altijd ongeoorloofd, want dit levert kinderontvoering in de zin van het Haags Kinderontvoeringsverdrag op. In sommige gevallen is het eenzijdig verhuizen *binnen* een land echter wel toegestaan. Hierbij is in de eerste plaats te denken aan een verhuizing door een ouder met eenhoofdig gezag. Deze heeft immers niet de toestemming van de

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

andere ouder nodig om te kunnen verhuizen.[106] Uit mijn rechtsvergelijkend onderzoek bleek voorts dat in sommige jurisdicties, zoals in Denemarken en in Engeland en Wales, eenzijdige verhuizing binnen de jurisdictie ook in geval van gezamenlijk gezag is toegestaan. Het is aan de andere ouder om tegen een gerealiseerde verhuizing op te komen. Doet deze dat niet, dan wordt hij verondersteld in te stemmen met de verhuizing.[107]

Dat een eenzijdige verhuizing – dat wil zeggen zonder instemming van de andere ouder en niet krachtens een uitspraak van de rechter – geoorloofd kan zijn naar nationaal recht, wil niet zeggen dat dit ook wenselijk wordt geacht. Krachtens Deens recht is de verhuizende ouder immers niet zonder reden verplicht de andere ouder uiterlijk 45 dagen voorafgaand aan de verhuizing daarvan op de hoogte te stellen (zie paragraaf 5.2). Deze notificatie is immers de eerste noodzakelijke stap naar goed onderling overleg. Naar Nederlands recht heeft de andere ouder ook in geval van eenhoofdig gezag recht op omgang met het kind (artikel 1:377a lid 1 BW), welk recht doorgaans in het geding zal zijn in geval van een eenzijdige verhuizing. In het Explanatory Memorandum wordt dan ook terecht gewezen op de negatieve gevolgen die een eenzijdige verhuizing heeft voor het recht op contact van het kind met de andere ouder.[108]

De Recommendation bevat meerdere prikkels die moeten voorkomen dat een ouder eenzijdig verhuist. Daarbij moet in de eerste plaats worden gedacht aan de op de verhuizende ouder rustende notificatieplicht van Principle 4. Mocht het tot een procedure voor de rechter komen, dan is het niet-informeren van de andere ouder een factor die de rechter in zijn beslissing moet meenemen, aldus het Explanatory Memorandum, nr. 72 (zie paragraaf 6.2.1).

Belangrijk voor het voorkomen van eenzijdig optreden zijn ook goede en snelle voorzieningen om hetzij tot afspraken te komen, hetzij, indien dat niet lukt, een beslissing van de rechter te krijgen. De factor tijd is bij verhuizingen immers van groot belang. Indien na een eenzijdige verhuizing veel tijd is verstreken alvorens de rechter daarover kan beslissen, kan een terugverhuizing niet meer in het belang van het kind zijn, indien deze inmiddels gewend is aan en gesetteld is in zijn nieuwe omgeving. In dat geval heeft een eenzijdige verhuizing dus geloond. Dergelijke precedenten kunnen ongewenst strategisch gedrag van ouders met een verhuiswens in de hand werken.[109]

In Principle 10 wordt dan ook op het belang van een snelle rechterlijke procedure gewezen:[110]

> '*As time is of the essence in disputes over child relocation, particularly as far as the child is concerned, member States should*

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

> *ensure that disputes are resolved by the competent authority as quickly as possible.*'

Zo nodig moet de rechter voorlopige maatregelen treffen, aldus het Explanatory Memorandum.[111]

Gelet op de factor tijd is voor internationale verhuizingen ook het laatste Principle, nummer 11, van belang, dat als volgt luidt:

> '*Consideration should be given to facilitating direct judicial communications between the authorities of member States on international child relocation cases.*'

Met dit Principle wordt het belang benadrukt van samenwerking tussen gerechten van de verschillende lidstaten in internationale verhuiszaken.[112] Blijkens het Explanatory Memorandum (nr. 81) beoogt Principle 11 de introductie van *judicial networks* te bevorderen, gericht op het vlot delen van informatie tussen gerechten van verschillende lidstaten en het vinden van praktische oplossingen op het vlak van de erkenning en tenuitvoerlegging van uitspraken en overeenkomsten in verhuiszaken. De expliciete aandacht in een van de elf Principles voor het belang van directe communicatie tussen gerechten en *judicial networks* in de lidstaten is gelet op de daarmee beoogde doelstellingen derhalve te waarderen.

Niet alleen de procedure voor de rechter, maar ook alternatieve geschiloplossing moet uiteraard snel kunnen plaatsvinden. Achteraf bezien was het mooi geweest als in Principle 10 ook naar het belang van snelle alternatieve geschiloplossing werd verwezen, vooral waar elders in het Explanatory Memorandum (bij Principle 4) wel het volgende wordt vermeld:[113]

> '*It is essential that recourse to alternative dispute resolution should be delayed as little as possible.*'

7. Enkele concluderende observaties

Hoe valt mijn uiteindelijke oordeel over de Recommendation nu uit, en bevat de Recommendation elementen die het waard zijn om over te nemen in Nederland? Eerst het zuur, dan het zoet.

Er zijn wat gemiste kansen. Zo blijft de rol van de rechter bij het vreedzaam oplossen van geschillen onbenoemd, terwijl in meerdere Europese landen, waaronder Nederland, in toenemende mate belang wordt gehecht aan de regierol van de rechter. De rechter doet in zijn regiefunctie meer dan uitsluitend beslissen. Het benoemen van een bijzondere curator of een forensisch mediator om een ouderschapsonderzoek te verrichten, het verwijzen naar mediation of

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

schikkingspogingen door de rechter kunnen immers ook in verhuiszaken bijdragen aan een oplossing in onderling overleg. De Recommendation geeft echter vooral blijk van de rechter in zijn traditionele rol van neutrale derde die een knoop doorhakt in een geschil. Voorts had de rechter wat mij betreft meer aangemoedigd mogen worden om expliciet te zijn over zijn vooronderstellingen en in het verlengde daarvan over de situaties die hij in zijn beoordeling met elkaar vergelijkt (zie ook hierna). Ook was het mooi geweest als de term ouderschapsplan de Recommendation had gehaald.

Over de Recommendation is echter vooral veel positiefs te zeggen. In de Recommendation worden enige, mijns inziens verstandige keuzes gemaakt. Zo worden kinderen expliciet erkend als drager van rechten in verhuiszaken, waarbij hun belang afzonderlijk beoordeeld moet worden, zonder dat dit belang echter de doorslag hoeft te geven. Dit strookt met vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Op dit belangrijke punt loopt het Nederlandse recht reeds in de pas met de Recommendation.

Met het pleidooi in de Recommendation voor een neutrale, kind-gecentreerde, casuïstische benadering bij het oplossen van conflicten in verhuiszaken is de rechtszekerheid weliswaar niet gediend, maar dit pleidooi getuigt wel van realiteitszin. Alleen op deze wijze kan de rechter in elke zaak die beslissing nemen die het meest recht doet aan de zaak, zonder daarbij gehinderd te worden door ongefundeerde pro- of anti-verhuissentimenten. Ook deze keuze in de Recommendation strookt met de wijze waarop Nederlandse rechters tot hun beslissingen in verhuiszaken komen. Wel zouden rechters in hun verhuisbeschikkingen transparanter kunnen zijn over de gemaakte belangenafweging, de door hen gehanteerde uitgangspunten en vooronderstellingen en over de situaties die zij met elkaar vergelijken. Dit zou kunnen bijdragen aan een grotere rechtszekerheid. Hiervoor is echter geen specifieke verhuisbepaling in de wet nodig.

Voorts is het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid goed dat in de Recommendation de verantwoordelijkheid primair wordt gelegd bij de ouder met een verhuiswens. Voor deze ouder schrijft de Recommendation immers een notificatieplicht voor. Het schenden van deze plicht is voor de rechter een factor van belang bij zijn beoordeling in het kader van een verhuiszaak. Vooral deze aanbeveling zouden ouders met een verhuiswens (en hun advocaten) vanuit een oogpunt van conflictpreventie ter harte moeten nemen. Daarbij zou de wettelijke verankering van deze notificatieplicht een handje kunnen helpen. Daarmee zou immers een duidelijk signaal aan de verhuizende ouder worden gegeven. Slechts op dit punt denk ik derhalve dat een door de Recommendation geïnspireerde aanpassing van de wetgeving in overweging genomen zou kunnen worden. Verder ben ik niet zo happig op specifieke verhuiswetgeving. Ik denk dat artikel 1:253a BW

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

prima voldoet in de meeste verhuiszaken, getuige ook de toepassing daarvan in de rechtspraak in dergelijke zaken.

Het stevig inzetten op alternatieve geschiloplossing, zowel bij het voorkomen als bij het oplossen van verhuisgeschillen, verdient uiteraard steun en is geheel van deze tijd. Wetgeving ter bevordering van het gebruik van mediation in civiele zaken is in Nederland in de maak. Hiervan kan ook in verhuiszaken worden geprofiteerd. Echter, ook hier zie ik niet de toegevoegde waarde in van specifieke verhuiswetgeving. Ik denk dat op dit punt vooral ouders en advocaten zich aangesproken moeten voelen. Daarbij zou het wel kunnen helpen als, bijvoorbeeld, in modellen voor ouderschapsplannen uitvoeriger aandacht besteed zou worden aan een potentiële verhuizing met kinderen. En ook rechters in hun regiefunctie kunnen bijdragen aan een minnelijke oplossing tussen partijen.

Tot slot is het goed dat in de Recommendation expliciet aandacht wordt besteed aan de factor tijd in verhuiszaken. In deze aanbeveling moet vooral een oproep aan de overheid gezien worden om te zorgen dat sprake is van voldoende gerechtelijk én buitengerechtelijk aanbod en dat er voor ouders geen hoge financiële drempels zijn om van dit aanbod gebruik te maken. Ik snap dat dit een lastige boodschap is in tijden van bezuiniging. Mogelijk zouden rechtbanken bij het appointeren van verhuiszaken ook rekening kunnen houden met het belang van snelle besluitvorming.

Ik realiseer me dat de verwachtingen van het daadwerkelijk effect van de Recommendation niet al te hoog gespannen moeten zijn. Het is immers een niet-bindend instrument. Van de Recommendation gaat echter wel een duidelijk signaal uit, hetgeen bijdraagt aan de erkenning van verhuizing met kinderen als een (hoog-)potentieel conflictueuze aangelegenheid. De benoeming van een knelpunt is een eerste stap in de oplossing ervan, dus alleen al om deze reden verdient de Recommendation lof.

Noten

1 Recommendation CM/Rec(2015)4 of the Committee of Ministers to member States on preventing and resolving disputes on child relocation. Zie voorts het daarbij behorende Explanatory Memorandum CM(2015)5 add1final (hierna: Explanatory Memorandum).

2 Zie voor een recent overzicht van Nederlandse jurisprudentie: T.C.P. Christoph, 'Vervangende toestemming voor verhuizing?', *EB* 2015/3, pp. 1-7. Zie voorts ook bijvoorbeeld de jurisprudentieoverzichten in het *Tijdschrift voor Relatierecht en Praktijk* onder het onderdeel 'Ouders en kinderen'.

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

3 Explanatory Memorandum, nr. 2.

4 L. Coenraad, *A comparative analysis of the current rules on child relocation*, CDCJ(2013)11, Straatsburg: CDCJ 2013 (hierna: Comparative Analysis).

5 Comparative Analysis, nr. 6.

6 De Washington Declaration is het resultaat van een door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht (HccH) en het International Centre for Missing and Exploited Children (ICMEC) in Washington in 2010 georganiseerde conferentie over Cross-Border Family Relocation.

7 De CEFL is een academisch initiatief dat tot doel heeft het ontwerpen van *Principles of European Family Law*. Deze onafhankelijke commissie bestaat uit Europese wetenschappers.

8 De preambule van de Recommendation verwijst ook naar deze internationale instrumenten.

9 Explanatory Memorandum, nr. 6, nr. 17 en nr. 46.

10 Explanatory Memorandum, nr. 5 en nr. 27.

11 Zoals ook wordt erkend in Explanatory Memorandum, nr. 4. Zie voorts paragraaf 6.2.2.

12 Aldus de eerste paragraaf van het onderdeel *Scope* van de Recommendation. Zie voorts Explanatory Memorandum, nr. 7, nr. 21 en nr. 23.

13 Vgl. echter Principle 5 van de Washington Declaration, waarin ook naar verhuizingen binnen een land wordt verwezen.

14 Aldus Explanatory Memorandum, nr. 22.

15 Explanatory Memorandum nr. 18.

16 Naast, of in plaats van, de ouders kunnen ook derden *parental responsibilities* hebben (*Definitions*, sub f van de Recommendation). Laatstgenoemden worden in de Recommendation dezelfde rechten en plichten toegekend als de ouders (*Scope* van de Recommendation en Explanatory Memorandum, nrs. 18-19). Wat in deze bijdrage over ouders wordt opgemerkt, geldt derhalve ook voor de 'other holders of parental responsibilities'.

17 Zie in de Recommendation: *Definitions*, sub c.

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

18 Explanatory Memorandum, nr. 28, vgl. ook nr. 58.

19 Vgl. hierover Comparative Analysis, nr. 42 en nr. 49. Zie nader voor Nederland: W.M. Schrama, 'Relocation after parental separation in the Netherlands', *Journal of Family Law and Practice* 2011/2.2, p. 36 e.v.; zie voor Frankrijk: A. Worwood, 'International relocation – the debate', *Fam Law* 2005, p. 626.

20 Zie hierover ook paragrafen 5.2, 6.2.1 en 6.3.

21 Bulgarije (art. 127a Bulgarian Family Code en art. 76, par. 9 Law for the Bulgarian Identification Documents); Catalonië (art. 236-11.6 en 236-13 Catalonian Act 25/2010, 29 July); Denemarken (art. 3, par. 2 en art. 17, 18 en 40, par. 1 Danish Act on Parental Responsibility); Frankrijk (art. 373-2 en 373-2-6 van de Code Civil); Engeland en Wales (Section 1 Child Abduction Act 1984 en Section 13 Children Act 1989); Schotland (Section 2 Children Act 1995); Noord-Ierland (art. 13, par. 1 Children Order 1995).

22 Catalonië (art. 236-116 - 236-13 Catalonian Act 25/2010, 29 July); Denemarken (art. 18 Danish Act on Parental Responsibility); Frankrijk (art. 373-2 Code Civil). Zie Comparative Analysis, nr. 18.

23 Zie voor een recente analyse van Nederlandse jurisprudentie naar aanleiding van een verzoek om vervangende toestemming voor verhuizing krachtens art. 1:253a BW: Christoph 2015, pp. 1-7.

24 Waarover Explanatory Memorandum, nr. 34.

25 Zie Principle 8, waarover hierna paragraaf 6.

26 Explanatory Memorandum, nr. 35.

27 Naar welke bepaling verwezen wordt in de considerans van de Recommendation. Deze bepaling luidt voor zover relevant: '*In all actions concerning children, (...), the best interests of the child shall be a primary consideration.*' Zie over deze bepaling ook General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, par. 1), par. 37 en par. 39, van de Committee on the Rights of the Children (CRC).

28 Bulgarije (art. 123, 127 en 127a Bulgarian Family Code); Denemarken (art. 4 Danish Act on Parental Responsibility); Duitsland (art. 1627, 1628 en 1671 BGB en art. 26 FamFG); Frankrijk (art. 373-2, 373-2-6 en 373-2-11 Code Civil); Ierland (Section 3 Guardianship of Infants Act 1964); Nederland (art. 1:253a BW); Rusland (art. 65 Russian Family Code); Servië (art. 266 Serbian 2005 Family Code); Slovenië (art. 113 Slovenian Law on Marriage and Family Relations);

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

Spanje (art. 159 Spanish Civil Code); Verenigd Koninkrijk (Section 1 Children Act 1989 (Engeland en Wales); Section 11 Children Act 1995 (Schotland) en art. 3 Children Order 1995 (Noord-Ierland)). Zie ook: Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, Conclusions and Recommendations of Part I and Part II of the Special Commission on the practical operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention and a report of part II of the meeting, April 2012, nr. 72. Zie voorts Comparative Analysis, nr. 68 en Explanatory Memorandum, nr. 32.

29 HR 25 april 2008, *NJ* 2008/414, zie hierover nader paragraaf 6.2.2.

30 Comparative Analysis, nr. 90, vgl. ook nr. 72.

31 Daarbij wordt in het Explanatory Memorandum verwezen naar art. 9 lid 3 IVRK, waarin het recht van het kind dat van een ouder of beide ouders is gescheiden om op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind, is neergelegd.

32 Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, *Preliminary Note on International Family Relocation*, Prel. Doc. No 11, January 2012, p. 12 e.v.; P. Boshier, 'Have judges been missing the point and allowing relocation too readily?', *Journal of Family Law and Practice* 2010/1.2, p. 10 e.v.; N.Taylor & M. Freeman, 'International research evidence on relocation: Past, present and future', *The Judges' Newsletter* 2010/1, p. 14 en p. 22. M. Freeman & N. Taylor, 'The Reign of *Payne*', *Journal of Family Law and Practice*, 2011/2.2, p. 25 e.v. Zie voorts Comparative Analysis, nr. 82 en nr. 84. Zie ook paragraaf 6.2.2 hieronder.

33 Zie in het bijzonder Principles 8 en 9 en Explanatory Memorandum, nr. 75, waarover hierna meer in paragraaf 6.2.

34 Vgl. hierover ook U. Kilkelly, 'Relocation: A Children's Rights Perspective', *Journal of Family Law and Practice*, 2010/1.1, pp. 23-35.

35 Explanatory Memorandum, nr. 45 en nr. 63.

36 Explanatory Memorandum, nr. 41, zie ook nr. 37 en nr. 42.

37 Vgl. o.m. C. Forder, 'Seven Steps to Achieving Full Participation of Children in the Divorce Process', in: J.C.M. Willems (red.), *Developmental and Autonomy Rights of Children; Empowering Children, Caregivers and Communities*, Antwerpen: Intersentia 2002,

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

pp. 105-140; Wortmann in haar noot onder EHRM 8 juli 2003, *NJ* 2004/136 (*Sahin v. Germany*); en J.E. Doek, *Tekst & Commentaar Personen- en familierecht, Artikel 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*. Deventer: Kluwer, aant. 4.

38 Comparative Analysis, nr. 70.

39 Aanbevelingen van het LOVF over het ouderschapsplan per januari 2013, nr. 6. Te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

40 Zie hierover nader Explanatory Memorandum, nr. 48.

41 Zie hierover nader: Yildiz M. Bérénos, 'Time to Move On? The International State of Affairs with respect to Child Relocation Law', *Utrecht Law Review* 2012/8.1, p. 3 e.v.

42 Explanatory Memorandum, nr. 47.

43 De vFAS is de Vereniging van Familierecht Advocaten Scheidingsmediators. Het model ouderschapsplan is hier te vinden: http://www.verder-online.nl/sites/default/files/Ouderschapsplan.pdf.

44 Vgl. art. 819 Rv.

45 Explanatory Memorandum, nr. 49.

46 Explanatory Memorandum, nr. 51.

47 HR 25 april 2008, *NJ* 2008/414, zie hierover nader paragraaf 6.2.2.

48 Explanatory Memorandum, nr. 54.

49 Explanantory Memorandum, nr. 55.

50 Zie daarover nader paragrafen 6.2.1 en 6.3.

51 Explanatory Memorandum, nr. 54.

52 Christoph 2015, pp. 3-4. Zie voorts Schrama 2011, pp. 33-34; A. Heida, 'Recente verhuisperikelen', *EB* 2012/68, p. 9; M.J. Vonk, 'Verhuizen met kinderen na scheiding', *REP* 2013, nr. 4, p. 141; K. Haar, 'Verhuizingsproblematiek na echtscheiding: Klassieke uitgangspunten houdbaar?, *FJR* 2014, 69, p. 9.

53 Explanatory Memorandum, nr. 57.

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

54 Art. 227-6 Code Civil.

55 Art. 236-11.6 Catalonian Act 25/2010, 29 July.

56 Bérénos 2012, pp. 24-25.

57 Frankrijk (art. 373-2 Code Civil en art. 227-6 Code Penal); Denemarken (art. 18 Danish Act on Parental Responsibility); Catalonië (art. 236-11.6 en 236-13 Catalonian Act 25/2010, 29 July).

58 Comparative Analysis, nr. 32 en nr. 37.

59 Explanatory Memorandum, nr. 28, nr. 58 en nr. 72 sub xiv. Zie ook paragrafen 3, 6.2.1 en 6.3.

60 In paragraaf 6.1 wordt nader ingegaan op mediationvoorzieningen in Europa.

61 Het Explanatory Memorandum (nr. 62) roept in dit verband de *Council of Europe Recommendation No. R (98) 1 on family mediation* in herinnering.

62 Vgl. ook Explanatory Memorandum, nr. 61.

63 CEFL-Principle 3:21 bevat geen expliciete verwijzing naar het gebruik van mediation. Uit het commentaar (nr. 1 en nr. 6) op dit Principle kan echter wel afgeleid worden dat ook hier de voorkeur wordt gegeven aan een overeenkomst tussen partijen boven een beslissing van de rechter. De promotie van mediation in Principle 5 van de Recommendation is bovendien in lijn met art. 31 sub b van de 1996 Child Protection Convention, welk instrument, zoals in paragraaf 1 reeds bleek, ook relevant is voor verhuizingen met kinderen na scheiding.

64 Comparative Analysis, nr. 59. Zie bijvoorbeeld over de nog niet-substantiële rol die mediation in Rusland speelt: O. Khazova, 'Russia: looking back, evaluating present and glancing into the future', in: E. Sutherland (red.), *The Future of Child and Family Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 338.

65 Comparative Analysis, nr. 51.

66 Zie hierover Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, *Conclusions and Recommendations of Part I and Part II of the Special Commission on the practical operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention and a report of part II of the meeting*, April 2012, p. 19, nr. 76; Taylor & Freeman 2010, p. 18; Boshier 2010, p. 11.

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

67 Explanatory Memorandum, nr. 64.

68 Comparative Analysis, nrs. 57-59.

69 HR 13 april 2012, *NJ* 2012/245.

70 Het initiatiefvoorstel *Bevordering van mediation in het burgerlijk recht* van toenmalig kamerlid Van der Steur is in juni 2015 ingetrokken nu de regering wetsvoorstellen inzake bevordering van mediation zal indienen. Initiatiefnemer Van der Steur is inmiddels immers minister van Justitie geworden. *Kamerstukken II* 2014/15, 33723, nr. 14.

71 Comparative Analysis, nr. 58.

72 Zie het door de staatssecretarissen van Veiligheid en Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport opgestelde *Uitvoeringsplan Verbeteren situatie kinderen in een 'vechtscheiding'* (maart 2014): http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2014/04/01/de-positie-van-kinderen-in-een-vechtscheiding-verbeteren.html en http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/04/01/bijlage-uitvoeringsplan-verbeteren-situatie-kinderen-in-een-vechtscheiding.html. Zie voorts http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Regierol-rechter-belangrijk-bij-vechtscheidingen.aspx.

73 Zie het overzicht in: De Kinderombudsman (onderzoeksteam: M.N. Baracs & E.J.M. Vreeburg-van der Laan), *Vechtende ouders, het kind in de knel. Adviesrapport over het verbeteren van de positie van kinderen in vechtscheidingen* (maart 2014), p. 27 e.v.: http://www.dekinderombudsman.nl/ul/cms/fck-uploaded/KOM003.2014Kinderombudsmanadviesrapportvechtscheidingen.pdf.

74 Explanatory Memorandum, nr. 68 en nr. 73, vgl. ook nr. 35.

75 Ook ouders die de verhuizing in onderling overleg willen regelen, kunnen uiteraard baat hebben bij de factoren.

76 Explanatory Memorandum, nrs. 72-73.

77 Christoph 2015, pp. 1-2. Vergelijkbare lijsten zijn te vinden bij M. Groenleer, 'Handleiding bij verhuizing met kinderen na scheiding', *EB*, 2008/35, pp. 6-7; Schrama 2011, pp. 31-34; Heida 2012, p. 9; Vonk 2013, p. 141 e.v.; Haar 2014, 69, p. 9.

78 Zie Schrama 2011, pp. 31-34, die belangen en factoren duidelijk van elkaar onderscheidt.

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

79 Zie ook Explanatory Memorandum, nrs. 68-69 en nr. 73.

80 Zie Comparative Analysis, nr. 71.

81 Waarover o.m. R. George, 'Reviewing relocation: Re W (Relocation Outside Jurisdiction) [2011] EWCA Civ 345 and K v K (Relocation: Shared Care Arrangement) [2011] EWCA Civ. 793', *Child and Family Law Quarterly* 2012/24, pp. 110-129. Zie over de houdbaarheid van de Payne-uitspraak in geval van een min of meer gelijke verdeling van de zorg door ouders: Freeman & Taylor 2011, p. 20 e.v. Zie ook Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, *Preliminary Note on International Family Relocation*, Prel. Doc. No 11, January 2012, p. 23.

82 Payne v. Payne [2001] EWCA Civ 166 [2001] 1 FLR 1052, sub 40.

83 Explanatory Memorandum, nr. 73.

84 Factoren i, ii, iii, v, vi, vii, viii, ix, x, xii in de Washington Declaration en factoren a, b, c in CEFL-Principle 3:21 betreffen direct het belang van het kind.

85 Zie de bronnen genoemd in noot 28 hierboven. Comparative Analysis, nrs. 68-69.

86 Dit wordt ook erkend in het Explanatory Memorandum, in o.m. nr. 68.

87 Art. 2 Duitse Grondwet. Zie ook Comparative Analysis, nr. 71.

88 Explanatory Memorandum, nr. 68.

89 Explanatory Memorandum, nr. 35.

90 Comparative Analysis, nr. 90, vgl. ook nr. 72.

91 HR 25 april 2008, *NJ* 2008/414, r.o. 3.3. In HR 11 april 2014, *NJ* 2014/238 heeft de Hoge Raad deze maatstaf weer herhaald in een binnenlandse verhuiszaak.

92 Zoals ook in het Explanatory Memorandum, nr. 4 wordt erkend. Zie voorts Comparative Analysis, nr. 1.

93 Boshier 2010, p. 10; Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, *Conclusions and Recommendations of Part I and Part II of the Special Commission on the practical operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention and a report of part II of the meeting*, April 2012, p. 19,

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

nr. 74.

94 *J.A.T. and J.B.T. v. The United Kingdom* (dec.), no.41767/11, ECHR 2012, § 31.

95 Explanatory Memorandum, nr. 75.

96 Zie de in noot 32 genoemde bronnen hierboven.

97 Comparative Analysis, nr. 93. Vgl. Worwood 2005, p. 622 en p. 626.

98 Deze vraag wordt behandeld door o.m. W. Schrama & M. Vonk, 'On the move: staat voortgezet gelijkwaardig ouderschap aan verhuizing in de weg?' *FJR* 2009, 82 en E.M. Thoenes-van der Veen, 'Verhuizing met kinderen na echtscheiding', *REP* 2011, nr. 6, p. 229 e.v.

99 HR 21 mei 2010, *NJ* 2010/398 (*binnenlandse verhuizing*) en HR 4 oktober 2013, *NJ* 2013/558 (*internationale verhuizing*).

100 Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law*, Preliminary Note on International Family Relocation*, Prel. Doc. No 11, January 2012, pp. 17-18; Permanent Bureau, Hague Conference on Private International Law, *Conclusions and Recommendations of Part I and Part II of the Special Commission on the practical operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention and a report of part II of the meeting*, April 2012, nr. 75.

101 Zoals ook blijkt uit de recente analyse van meer dan honderd Nederlandse verhuisuitspraken door Haar: Haar 2014, p. 8.

102 Ook Van Leuven pleit voor een beter zichtbare belangenafweging in verhuisbeschikkingen: C.A.R.M. van Leuven, 'Voortgezet ouderschap na scheiding, een praktijkmodel voor de rechtspraak', *EB* 2014/71.

103 Comparative Analysis, nrs. 86-87 en nr. 89.

104 Schrama 2011, p. 35.

105 Explanatory Memorandum, nr. 6.

106 Zie ook Comparative Analysis, nr. 10.

107 Denemarken: Vgl. C.G. Jeppesen de Boer, 'Parental relocation. Free movement rights and joint parenting', *Utrecht Law Review*

This article from Family & Law is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

2008/4.2, p. 80; Engeland en Wales: R. Probert, *Family Law in England and Wales*, Den Haag: Kluwer Law International 2011, p. 162; R. George, 'Current Developments, The international relocation debate', *Journal of Social Welfare & Family Law* 2012, pp. 141-152. Zie verder Comparative Analysis, nrs. 45-47.

108 Explanatory Memorandum, nr. 67.

109 Explanatory Memorandum, nr. 28, vgl. ook nr. 58. Zie ook paragrafen 3, 5.2 en 6.2.1 hierboven. Een interessante vraag voor vervolgonderzoek is hoe vaak en onder welke omstandigheden tijdsverloop in Nederlandse rechtspraak inderdaad (mede) bepalend is geweest voor de beslissing door de rechter dat terugverhuizing niet in het belang van het kind is na een eenzijdige verhuizing. Vgl. HR 21 mei 2010, *NJ* 2010/398, in welke zaak tijdsverloop inderdaad een factor van belang is geweest.

110 Zie Explanatory Memorandum, nr. 76, waarin expliciet het verband tussen snelle procedures en het voorkomen van eenzijdige verhuizingen wordt gelegd.

111 Explanatory Memorandum, nrs. 78-79.

112 Explanatory Memorandum, nrs. 80-82.

113 Explanatory Memorandum, nr. 59.

© Boom Juridische uitgevers