

Enkele voorbeelden van een zodanig grievend gedrag dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om partneralimentatie te verlangen:

– Man dient klachten in bij de werkgever van de vrouw. Overplaatsing vrouw en integriteitsonderzoek. Het verbreken van lotsverbondenheid geeft geen grond voor het beëindigen van de alimentatieverplichting ex art. 1:157 BW. Wel dermate grievend gedrag dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om partneralimentatie te verlangen. Compensatie van proceskosten (ECLI:NL:RBNNE:2020:3675).

– Vrouw volhardt in stalkingsgedrag. Man heeft zich niet op vergelijkbare wijze misdragen. Gedragingen dermate grievend dat het onaanvaardbaar is dat de vrouw partneralimentatie verlangt. Terugbetaling onverschuldigd betaalde partneralimentatie, compensatie van kosten (ECLI:NL:GHARL:2020:7375).

Enkele voorbeelden waarbij het gedrag niet zodanig grievend was dat het onaanvaardbaar is om partneralimentatie te verlangen:

– De man is veroordeeld wegens stalking en er zijn diverse aangiftes en aanklachten tegen de man gedaan. De man stelt dat de vrouw valse aangifte heeft gedaan. De vrouw stelt dat de lotsverbondenheid is verbroken. De rechtbank overweegt dat dit geen grond is voor beëindiging van de alimentatieverplichting. Wel kan grievend gedrag ertoe leiden dat het onaanvaardbaar is om partneralimentatie te verlangen. In deze zaak was dat niet het geval (ECLI:NL:RBNNE:2022:295).

– Vrouw heeft stemmingswisselingen en psychoses, man stelt dat er geen lotsverbondenheid meer is. Het hof ziet de stellingen van de man als beroep op grievend gedrag. Gedragingen niet zodanig dat er een einde aan de alimentatieverplichting moet komen (ECLI:NL:GHARL:2020:8813).

– Vrouw met psychische problematiek heeft woning ernstig vervuild en vernield achtergelaten en misdraagt zich jegens de man. De man stelt dat zijn behoefte is verbleekt. Hof overweegt dat voortduren alimentatieverplichting niet op voortduren van lotsverbondenheid berust. Gedrag van de vrouw rechtvaardigt niet zulke ingrijpende gevolgen als de man beoogt (ECLI:NL:GHAMS:2021:3312).

– Man voert ouderverstoting aan, waardoor lotsverbondenheid is verbroken. Niet zodanig grievend gedrag dat geen nakoming van de alimentatieplicht kan worden verlangd (ECLI:NL:GHAMS:2022:2346).

– Vrouw houdt bewust informatie over inkomsten achter. De bevoegdheid van de rechter om met (wan)gedrag rekening te houden bij het nemen van een beslissing over partneralimentatie wordt uitgedrukt in het woord ‘kan’ in art. 1:157 lid 1 BW. Het gaat te ver om te oordelen dat de vrouw haar aanspraak op partneralimentatie volledig heeft verloren (ECLI:NL:RBMNE:2020:5066). Zie ook

ECLI:NL:GHDHA:2022:51.

#### Terugbetalingsverplichting

De rechter dient behoedzaam te zijn bij het laten ingaan van een wijziging van een eerder vastgestelde alimentatiebijdrage op een voor zijn uitspraak gelegen datum en dient te beoordelen of een terugbetalingsverplichting in redelijkheid kan worden aanvaard. Deze beoordeling dient uit de motivering te blijken (ECLI:NL:HR:2018:695). De uitspraak van het hof is een van de weinige uitspraken waarin klip en klaar wordt beslist dat de te veel betaalde partneralimentatie als onverschuldigd moet worden terugbetaald.

#### Proceskostenveroordeling

In zaken waarin het verzoek tot partneralimentatie wordt afgewezen of het recht op partneralimentatie wordt beëindigd, lijkt nog regelmatig een compensatie van kosten te worden uitgesproken. Mogelijk omdat in veel alimentatiezaken ook andere verzoeken meespelen. Zowel het hof in deze zaak als het hof Den Haag in een zaak uit 2020 komen tot een proceskostenveroordeling. Het hof Den Haag overweegt dat het getoet op het grievende gedrag van de vrouw geen reden ziet om over te gaan tot de in dit soort zaken gebruikelijke compensatie van proceskosten en veroordeelt de vrouw in de proceskosten (ECLI:NL:GHDHA:2020:893).

De jurisprudentie inzake het toekennen en het beëindigen van een alimentatieverplichting bij grievend gedrag is sterk casuïstisch. Alhoewel grievend gedrag lang niet altijd leidt tot beëindiging van de alimentatieverplichting, is het bijten in de hand die je voedt riskant!

mr. R. Mulder

advocaat en mediator bij Juust Advocaten & Mediators

## 78

### Moeder met eenhoofd gezag verhuist met minderjarige

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden  
20 april 2023, nr. 200.321.232/01,  
ECLI:NL:GHARL:2023:3563

(mr. Van der Meer, mr. Idsardi, mr. Knot)  
Noot mr. dr. J.A.E. van Raak-Kuiper

### Eenhoofd gezag. Keuzevrijheid hoofdverblijfplaats.

[BW art. 1:253a]

*Essentie: De vraag die hier beantwoord dient te worden is welke hoofdverblijfplaats het meest in het belang is van de minderjarige na verhuizing van de moeder met het kind zonder toestemming van de vader. Het hof verwijst naar ECLI:NL:HR:2021:1513 waarin is uitgemaakt dat ook bij eenhoofd gezag de keuzevrijheid van de met het gezag belaste ouder ten aanzien van het kind kan worden beperkt.*

*Samenvatting: Moeder verhuist met het kind naar een andere woonplaats op grote afstand van de oorspronkelijke woonplaats. Ten tijde van de verhuizing had moeder het eenhoofd gezag, kort daarna oefende zij samen met de vader het gezag uit. Voor de verhuizing was er sprake van een zorg- en contactregeling te vergelijken met co-ouderschap. Na de verhuizing kon dat niet meer. Moeder wilde de hoofdverblijfplaats bij haar hebben en ook wilde zij dat de minderjarige daar naar school zou gaan. Vader was het daar niet mee eens. De rechtbank wees de verzoeken van de vrouw toe, maar de vader ging in hoger beroep.*

*Vader heeft in hoger beroep verzocht de hoofdverblijfplaats bij hem te bepalen en een zorgregeling verzocht van drie van de vier weekenden bij moeder.*

*Het hof overweegt dat de ouders samen het ouderlijk gezag hebben en verwijst naar art. 1:253a BW op grond van welk artikel de rechter op verzoek van de ouders of een van hen een*

beslissing kan geven bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft (sub b BW).

Het hof overweegt daarbij dat moeder, aangezien zij ten tijde van de verhuizing het eenhoofdig gezag uitoefende, de bevoegdheid had de minderjarige naar eigen inzicht te verzorgen en op te voeden, en daarom in beginsel de bevoegdheid had de woonplaats van de minderjarige te kiezen. Het hof verwijst dan vervolgens naar ECLI:NL:HR:2021:1513 waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat ook bij eenhoofdig gezag de keuzevrijheid van de met het gezag belaste ouder ten aanzien van het kind kan worden beperkt, namelijk wanneer deze ouder niet voldoet aan de verplichting om omgang tussen het kind en de andere ouder te bevorderen. De contacten tussen kind en vader zouden door de verhuizing beperkter worden. Na advies van de Raad voor de Kinderbescherming, waarbij beide opvoedsituaties tegen elkaar werden afgewogen, wordt de hoofdverblijfplaats bij vader bepaald. Het belang van de minderjarige bij voortzetting van de voor hem vertrouwde opvoedsituatie bij vader heeft meegewogen in de beslissing.

[Verzoeker] (de vader), wonende te [woonplaats1], verzoeker in het principaal hoger beroep, verweerder in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. B.L. van Riel te Assen, en  
[verweerster] (de moeder), wonende te [woonplaats2], verweerster in het principaal hoger beroep, verzoekster in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. O.J.C. Toxopeus te Veendam. In zijn toetsende en/of adviserende taak is gekend: de Raad voor de Kinderbescherming (de raad), regio Noord Nederland, locatie Groningen.

### 1. Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst voor het geding in eerste aanleg naar beschikkingen van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, van 29 september 2022 en 22 december 2022, uitgesproken onder voormeld zaaknummer. De laatstgenoemde beschikking wordt hierna ook wel de bestreden beschikking genoemd.

### 2. Het geding in hoger beroep

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:  
– het beroepschrift met bijlage(n) ingekomen op 6 januari 2023;  
– een journaalbericht namens de vader van 16 januari 2023 met bijlage(n);  
– het verweerschrift tevens incidenteel hoger beroep;  
– een journaalbericht namens de moeder van 15 maart 2023 met bijlage(n);  
– een journaalbericht namens de vader van 20 maart 2023 met bijlage(n);  
– het verweerschrift in het incidenteel hoger beroep met bijlage(n).  
2.2. De mondelinge behandeling heeft op 30 maart 2023 plaatsgevonden. Aanwezig waren de vader en de moeder, bijgestaan door hun advocaten. Namens de raad was [naam1] aanwezig. Mr. Van Riel heeft het woord mede gevoerd aan de hand van de door haar overgelegde pleitnotities.  
2.3. Na de mondelinge behandeling is ingekomen een brief van [naam2] van 9 april 2023. Omdat de mondelinge behandeling al was gesloten en het hof geen toestemming had gegeven nog stukken na te zenden, slaat het hof geen acht op deze brief. Het hof heeft de brief aan de afzender retour gezonden.

### 3. De feiten

3.1. Partijen hebben een affectieve relatie gehad. Zij zijn de ouders van [de minderjarige1], geboren [in] 2017. De relatie was toen al verbroken.  
Partijen oefenen sinds 22 augustus 2021 gezamenlijk het ouderlijk gezag over [de minderjarige1] uit.  
3.2. De moeder is in de zomer van 2021 van [plaats1] naar [woonplaats2] verhuisd. Sindsdien verblijft [de minderjarige1] door de week bij de vader in [woonplaats1] en in het weekend bij de moeder. [de minderjarige1] gaat nog in [plaats1] naar school.  
3.3. [de minderjarige1] heeft twee halfzussen: [de minderjarige2], geboren [in] 2009, en [de minderjarige3], geboren [in] 2011. Zij wonen bij de moeder.  
3.4. Bij beschikking van 14 februari 2023 heeft het hof de werking van de bestreden beschikking geschorst.

### 4. De omvang van het geschil

4.1. Tussen partijen zijn in geschil de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige1], de verdeling van de zorg- en opvoedingstaken tussen hen betreffende [de minderjarige1] en het verzoek om vervangende toestemming voor inschrijving van [de minderjarige1] op de basisschool ‘[naam3]’ in [woonplaats2].  
Bij de bestreden – uitvoerbaar bij voorraad verklaarde – beschikking heeft de rechtbank de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige1] vastgesteld bij de moeder en als verdeling van de zorg- en opvoedingstaken vastgesteld dat:  
– [de minderjarige1] drie van de vier weekenden van vrijdagmiddag na school tot zondagmiddag voor het avondeten (rond 16.00 uur) bij de vader verblijft;  
– [de minderjarige1] gedurende de vakanties van één week geheel bij de vader zal verblijven;  
– de vakanties van langer dan een week bij helfte tussen de ouders worden verdeeld;  
– [de minderjarige1] het merendeel van de feestdagen bij zijn vader zal verblijven, een en ander in overleg door de ouders nader in te vullen.  
4.2. De vader is met drie grieven in hoger beroep gekomen van de beschikking van 22 december 2022. Grief 1 ziet op de (verhuis-)toetsingscriteria. Grief 2 ziet op de afwijking van het advies van de raad. Grief 3 ziet op de praktische indeling van de (omgangs)weekenden vanwege het werk van de vader. De vader verzoekt het hof de bestreden beschikking te vernietigen en, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te bepalen dat het hoofdverblijf van [de minderjarige1] bij de vader is en er sprake zal zijn van een zorgregeling:  
– waarbij [de minderjarige1] 3 van de 4 weekenden van vrijdag na school tot zondagmiddag 16:00 uur bij de moeder verblijft waarbij de moeder [de minderjarige1] op vrijdag haalt en de vader [de minderjarige1] op zondag ophaalt, de weekenden waarin [de minderjarige1] bij de vader is zijn conform bijlage 3 bij het beroepschrift;  
– indien sprake is van een vrije dag van [de minderjarige1] op school en/of feestdag aansluitend bij het weekend van de moeder, dat [de minderjarige1] ook op deze dagen bij haar zal zijn;  
– dat [de minderjarige1] gedurende de vakanties van 1 week bij de moeder verblijft, dat de vakanties van langer dan een week bij helfte tussen de ouders worden verdeeld waarbij de moeder 1e keus heeft voor welk deel van de vakanties en welk deel van de feestdagen waarbij [de minderjarige1] het merendeel van de feestdagen bij de moeder verblijft, halen en brengen bij helfte verdeeld tussen de ouders;

– ingeval het onverhoopt zo gaat zijn dat [de minderjarige1] door de week bij de moeder in [woonplaats2] gaat verblijven, verzoekt de vader de voorgaande zorgregeling in omgekeerde vorm vast te leggen waarbij de vader 1e keus heeft voor de indeling van de 3 van de 4 weekenden waarin [de minderjarige1] bij hem is en te bepalen dat [de minderjarige1] na zijn eerstvolgende schoolvakantie in [woonplaats2] naar school zal gaan.

4.3. De moeder is op haar beurt in incidenteel hoger beroep gekomen. De moeder verzoekt het hof om, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad:

I. het beroep van de vader tegen de bestreden beschikking af te wijzen;

II. de moeder op grond van artikel 1:253a Burgerlijk Wetboek (BW) vervangende toestemming te verlenen [de minderjarige1] per 1 mei 2023 in te schrijven op de openbare basisschool '[naam3]' gevestigd in [woonplaats2] aan de [adres].

4.4. De vader voert verweer in het incidenteel hoger beroep en hij verzoekt het hof om de moeder in haar verzoek omtrent de schoolkeuze voor [de minderjarige1] niet-ontvankelijk te verklaren dan wel dit verzoek af te wijzen.

4.5. Het hof zal de grieven in principaal en incidenteel hoger beroep per onderwerp bespreken.

#### 5. De motivering van de beslissing

5.1. De ouders hebben samen het ouderlijk gezag over [de minderjarige1]. Op grond van artikel 1:253a BW kan de rechter op verzoek van de ouders of een van hen een regeling vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag. Deze regeling kan omvatten:

a. een toedeling aan ieder der ouders van de zorg- en opvoedingstaken, alsmede met overeenkomstige toepassing van artikel 377a, derde lid, een tijdelijk verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben;

b. de beslissing bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft;

c. de wijze waarop informatie omtrent gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind wordt verschaft aan de ouder bij wie het kind niet zijn hoofdverblijfplaats heeft dan wel de wijze waarop deze ouder wordt geraadpleegd;

d. de wijze waarop informatie door derden overeenkomstig artikel 377c, eerste en tweede lid, wordt verschaft.

#### Het hoofdverblijf van [de minderjarige1]

5.2. De rechter neemt een zodanige beslissing als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt. De rechter dient bij zijn beslissing alle omstandigheden van het geval in acht te nemen, wat er in een voorkomend geval 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 afweging van belangen.

5.3. De vraag welke hoofdverblijfplaats het meest in het belang van [de minderjarige1] is, raakt de kern van het conflict tussen de ouders, waarbij de vader het de moeder aanrekent dat zij eenzijdig heeft besloten om samen met [de minderjarige1] in [woonplaats2] te gaan wonen. Het hof stelt vast dat de moeder ten tijde van de verhuizing naar [woonplaats2] nog alleen het gezag over [de minderjarige1] uitoefende en daarom in beginsel de bevoegdheid had om [de minderjarige1] naar eigen inzicht te verzorgen en op te voeden. Deze bevoegdheid omvat mede het kiezen van de woonplaats van [de minderjarige1].

Ook bij eenhoofdig gezag kan de keuzevrijheid van de met het gezag belaste ouder ten aanzien van de woonplaats van het kind echter worden beperkt. Namelijk wanneer deze ouder niet voldoet aan de verplichting om omgang tussen het kind en de andere ouder te bevorderen zoals artikel 1:247 lid 3 BW bepaalt (ECLI:NL:HR:2021:1513). Daarnaast geldt in onderhavige zaak dat de vader kort na de verhuizing van de moeder en [de minderjarige1] naar [woonplaats2] mede met het gezag over [de minderjarige1] is belast. Deze omstandigheid biedt het hof de mogelijkheid om de moeder te gelasten terug te verhuizen.

5.4. Door de voorzieningenrechter is in het vonnis van 4 augustus 2021 met juistheid overwogen, dat er van een goede en gedegen voorbereiding van de verhuizing door de moeder geen sprake was en dat niet gebleken is van een noodzaak om te verhuizen, maar dat het slechts de wens van de moeder betrof om met [de minderjarige1] (dicht bij haar familie) in [woonplaats2] te gaan wonen. Mede gelet op het feit dat de ouders vóór de verhuizing de zorg voor [de minderjarige1] op gelijkwaardige wijze verdeelden en zo feitelijk – ondanks het eenhoofdige gezag van de moeder – een situatie van co-ouderschap bestond, had het op de weg van de moeder gelegen om een dergelijke belangrijke beslissing in het leven van [de minderjarige1] met de vader kort te sluiten. Temeer nu de ouders tot de verhuizing ook in onderling overleg tot (gezags) beslissingen over [de minderjarige1] kwamen. De verhuizing naar [woonplaats2] en de gevolgen daarvan hebben het contact tussen de ouders en de tot dan toe stabiele en goedlopende opvoedsituatie van [de minderjarige1] verstoord.

Wat daar verder ook van zij, de verhuizing naar [woonplaats2] alsmede de wijze waarop deze heeft plaatsgevonden ligt niet ter beoordeling aan het hof voor. Het verzoek dat nu aan het hof voorligt, ziet op de beslissing waar [de minderjarige1] – mede gelet op deze gang van zaken – zijn hoofdverblijf moet hebben. Dit verzoek zal worden beoordeeld op basis van de actuele situatie, waarbij de moeder heeft aangegeven niet te zullen terugverhuizen.

5.5. Uit de stukken en hetgeen tijdens de zitting bij het hof is besproken, is naar voren gekomen dat [de minderjarige1] aanvankelijk is opgegroeid bij zijn moeder en halfzussen in [plaats1].

Na een opbouw in het contact is er sprake van een grote betrokkenheid van de vader in het leven van [de minderjarige1] als medeopvoeder. Sinds de verhuizing in de zomer van 2021 verblijft [de minderjarige1] doordeeweeks bij de vader in [woonplaats1] en in de weekenden bij de moeder (en zijn halfzussen) in [woonplaats2]. Hiermee is – totdat duidelijk is bij wie [de minderjarige1] zijn hoofdverblijf zal hebben – zo veel mogelijk aangesloten bij de oorspronkelijke opvoedsituatie van [de minderjarige1] voorafgaand aan de verhuizing en kan [de minderjarige1] (voorlopig) naar zijn school in [plaats1] blijven gaan.

In de huidige situatie wonen de ouders op grote afstand van elkaar. Dit brengt mee dat een gelijkwaardige verdeling van de zorg voor [de minderjarige1] tussen de ouders niet meer mogelijk is.

Een van de ouders zal het grootste deel van de zorg en opvoeding, waaronder de schoolgang, voor zijn rekening nemen. Het contact met de andere ouder zal hoofdzakelijk in de weekenden plaatsvinden.

5.6. In het raadsrapport van 6 juli 2022 komt naar voren dat beide ouders in beginsel geschikte opvoeders zijn bij wie [de minderjarige1] zijn hoofdverblijf kan hebben. De opvoedsituatie en opvoedvaardigheden van zowel de vader als de moeder

komen tegemoet aan de belangen van [de minderjarige1]. Duidelijk is dat [de minderjarige1] een zeer goede band heeft met zijn ouders en dat hij het bij hen beiden goed heeft. De ouders hebben ieder op hun eigen manier hun steentje bijgedragen aan de verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] en zij zijn daar beiden even goed toe in staat gebleken. De raad heeft geconstateerd dat in de afwegingen rond de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige1] een eventuele wijziging van school geen bepalende rol speelt, omdat [de minderjarige1], ongeacht bij wie hij uiteindelijk zijn hoofdverblijfplaats zal hebben, van school zal moeten wisselen. [de minderjarige1] heeft in beide opvoedsituaties een sociaal en familienetwerk. In aanmerking genomen dat de vader naar verwachting in het kader van het vormgeven van de band en het contact met de andere ouder de belangen van [de minderjarige1] het best voorop zal kunnen stellen, adviseert de raad de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige1] bij de vader te bepalen. Ter zitting bij het hof heeft de raad dit advies herhaald.

5.7. Gelet op alle omstandigheden zal het hof overeenkomstig het advies van de raad bepalen dat [de minderjarige1] zijn hoofdverblijfplaats bij de vader zal hebben. Bij deze beslissing is het belang van [de minderjarige1] bij continuïteit en stabiliteit doorslaggevend geweest. Naar het oordeel van het hof weegt het door de moeder gestelde belang van [de minderjarige1] om samen met zijn halfzussen op te groeien – een belang dat naar het oordeel van het hof overigens, anders dan de rechtbank oordeelde, wel degelijk is meenomen in het raadsonderzoek en het daarop gestoelde advies van de raad – niet op tegen het belang van [de minderjarige1] op voortzetting van de voor hem vertrouwde woon- en opvoedsituatie bij de vader en zijn verblijf in de sociale omgeving waarin hij de afgelopen (ruim) anderhalf jaar is opgegroeid. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat beide ouders liefdevolle ouders voor [de minderjarige1] zijn en geschikt zijn gebleken om de verzorging en opvoeding van [de minderjarige1] op zich te nemen. Daarnaast acht het hof het voor [de minderjarige1] van groot belang dat beide ouders een belangrijke rol in zijn leven blijven spelen. Evenals de raad maakt het hof de inschatting dat de vader beter in staat zal zijn om het contact met de moeder in te vullen dan andersom.

5.8. Gelet op het voorgaande zal het hof, anders dan de rechtbank, bepalen dat [de minderjarige1] zijn hoofdverblijfplaats bij de vader zal hebben.

#### *Vervangende toestemming inschrijving basisschool*

5.9. Nu de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige1] bij de vader wordt bepaald, heeft de moeder geen belang meer bij haar verzoek tot vervangende toestemming voor de inschrijving van [de minderjarige1] op de basisschool '[naam3]' in [woonplaats2]. Dit verzoek zal dan ook worden afgewezen.

#### *De zorgregeling*

5.10. Omdat het hoofdverblijf van [de minderjarige1] bij de vader wordt bepaald, zal het hof een zorgregeling tussen [de minderjarige1] en de moeder vaststellen. Het hof acht de door de vader voorgestelde zorgregeling, met aanpassing van het weekend dat [de minderjarige1] bij de vader is in die zin dat ouders dat weekend in goed overleg moeten plannen, passend en in het belang van [de minderjarige1] en zal deze zorgregeling vaststellen. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat het gaat om een nadere uitwerking van de door de rechtbank vastgestelde zorgregeling, zij het in omgekeerde vorm. De

moeder heeft tegen de zorgregeling op zich geen bezwaren geuit.

Het hof volgt de vader niet in zijn voorstel voor zover dit ziet op het weekend dat [de minderjarige1] bij hem verblijft (zoals nader uiteengezet in bijlage 3 bij het beroepschrift). Het gaat te ver om dat weekend zo gedetailleerd vast te leggen dat voor de komende jaren (tot en met 2027) al vast staat wanneer dat weekend bij de vader zou moeten plaatsvinden. Het is aan de ouders om hier in goed onderling overleg invulling aan te geven.

#### *6. De slotsom*

Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, zal het hof de bestreden beschikking vernietigen en beslissen als volgt.

#### *7. De beslissing*

Het hof, beschikkende in het principaal en het incidenteel hoger beroep:

vernietigt de beschikking van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, van 22 december 2022 en opnieuw beschikkende:

stelt de hoofdverblijfplaats van [de minderjarige1] vast bij de vader;

stelt de volgende verdeling van de zorg- en opvoedingstaken vast:

- [de minderjarige1] verblijft drie van de vier weekenden van vrijdag na school tot zondagmiddag 16:00 uur bij de moeder, waarbij de moeder [de minderjarige1] op vrijdag haalt en de vader [de minderjarige1] op zondag haalt;

- de weekenden waarin [de minderjarige1] bij de vader is dienen in onderling overleg tussen de ouders te worden gepland;

- indien sprake is van een vrije dag van [de minderjarige1] op school en/of een feestdag aansluitend aan een weekend bij de moeder, zal [de minderjarige1] ook op deze dagen bij de moeder zijn;

- gedurende de vakanties van één week verblijft [de minderjarige1] bij de moeder; de vakanties van langer dan een week worden bij helfte tussen de ouders worden verdeeld, waarbij de moeder de eerste keus heeft voor welk deel van de vakanties en welk deel van de feestdagen [de minderjarige1] bij haar verblijft;

- [de minderjarige1] zal het merendeel van de feestdagen bij moeder verblijven;

- het halen en brengen wordt bij helfte verdeeld tussen de ouders;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders verzochte af.

#### **NOOT**

Met deze uitspraak blijkt maar weer dat een verhuizing van een ouder samen met een of meerdere kinderen, ook al is er sprake van eenhoofdig gezag, niet zomaar mogelijk is. De kans is groot teruggefloten te worden.

#### *Wat speelt er in deze zaak?*

De minderjarige is in 2017 geboren uit de reeds voor de geboorte van het kind verbroken relatie tussen de ouders. Moeder oefende aanvankelijk het eenhoofdig gezag uit, maar vanaf 22 augustus 2021, kort nadat de moeder met de minderjarige en twee halfzusjes van de minderjarige is verhuisd naar een woonplaats op grote afstand van de oorspronkelijk

ke woonplaats, hebben beide ouders het gezamenlijk ouderlijk gezag. Moeder is verhuisd zonder enige noodzaak, maar vanuit haar wens om in de buurt van haar familie te willen wonen. In de situatie vóór de verhuizing verdeelden de ouders de zorg voor de minderjarige op gelijkwaardige wijze, welke situatie gelijk te stellen was met een co-ouderschap. Vanwege de verhuizing, waardoor de ouders op grote afstand van elkaar kwamen te wonen, is deze gelijkwaardige verdeling van de zorgtaken niet meer mogelijk.

De minderjarige verblijft na de verhuizing doordeweeks bij zijn vader, waar hij ook naar school gaat, en in de weekenden verblijft hij bij zijn moeder en twee halfzusjes. Moeder wil dat de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij haar wordt bepaald en wil het kind in haar woonplaats op school inschrijven. Omdat vader daarmee niet akkoord is, heeft zij de rechtbank verzocht vervangende toestemming te verlenen. De rechtbank heeft vervolgens de hoofdverblijfplaats van de minderjarige bij moeder vastgesteld en als verdeling van de zorg- en opvoedingstaken bepaald dat de minderjarige drie van de vier weekenden van vrijdagmiddag na school tot zondagmiddag voor het avondeten bij de vader verblijft. Ook is een regeling vastgesteld voor de vakanties en feestdagen. Vader liet het hier echter niet bij zitten en is in hoger beroep gekomen van de beschikking van de rechtbank. Vader heeft in hoger beroep verzocht de hoofdverblijfplaats bij hem te bepalen en een zorgregeling verzocht waarbij de minderjarige drie van de vier weekenden bij moeder verblijft. Dit is gelijk aan de situatie zoals deze sinds de verhuizing wordt uitgevoerd, waarbij de minderjarige in de woonplaats van vader naar school gaat.

De kern waar het hier om draait betreft de vraag welke hoofdverblijfplaats het meest in het belang is van de minderjarige.

Het hof overweegt dat de ouders samen het ouderlijk gezag hebben en verwijst naar art. 1:253a BW op grond van welk artikel de rechter op verzoek van de ouders of een van hen een beslissing kan geven bij welke ouder het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft (sub b BW).

Het hof overweegt dat moeder, aangezien zij ten tijde van de verhuizing het eenhoofdige gezag uitoefende, de bevoegdheid had de minderjarige naar eigen inzicht te verzorgen en op te voeden, en daarom in beginsel de bevoegdheid had de woonplaats van de minderjarige te kiezen. Het hof verwijst dan vervolgens naar ECLI:NL:HR:2021:1513 waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat ook bij eenhoofdige gezag de keuzevrijheid van de met het gezag belaste ouder ten aanzien van het kind kan worden beperkt, namelijk wanneer deze ouder niet voldoet aan de verplichting om omgang tussen het kind en de andere ouder te bevorderen.

In deze situatie, waarbij de verhuizing en de wijze waarop dit is gegaan geen onderdeel uitmaken van de procedure, beoordeelt het hof de volgende omstandigheden die maken dat de keuzevrijheid kan worden beperkt.

Er was hier geen sprake van een goede en gedegen voorbereiding van de verhuizing en er was ook geen noodzaak om te verhuizen. Het had op de weg van moeder gelegen om een dergelijke belangrijke beslissing in het leven van de minderjarige met vader kort te sluiten, temeer nu de ouders tot aan de verhuizing ook in onderling overleg tot (gezags)beslissingen kwamen. Dit is niet gebeurd. De verhuizing maakt dat een gelijkwaardige verdeling van de zorg, zoals voor de verhuizing het geval was, niet meer mogelijk is. Dit betekent dat één van de ouders het grootste deel van de zorg- en opvoedingstaken, waaronder de schoolgang, voor zijn rekening

moet nemen, waarbij het contact met de andere ouder hoofdzakelijk alleen in de weekenden zal plaatsvinden. Het hof heeft hier in het belang van de minderjarige een keuze moeten maken bij welke ouder de minderjarige zijn hoofdverblijf zal hebben. Alle omstandigheden van het geval dienen daarbij in acht te worden genomen, wat in een voorkomend geval ertoe kan leiden dat andere belangen zwaarder wegen dan het belang van het kind.

Uit het onderzoek van de Raad voor de Kinderbescherming is gebleken dat beide ouders geschikte ouders zijn en dat de minderjarige met beiden een goede band heeft. Een eventuele wijziging van school speelt geen bepalende rol omdat er ongeacht waar de minderjarige zijn hoofdverblijfplaats heeft, van school zal moeten worden gewisseld. Ook heeft de minderjarige in beide situaties een sociaal en familienetwerk.

De Raad spreekt echter de verwachting uit dat de vader in het kader van de band en het contact met de andere ouder de belangen van de minderjarige het best voorop kan stellen en komt tot zijn advies om de hoofdverblijfplaats bij vader te bepalen.

Het hof volgt dit advies van de Raad, waarbij het hof continuïteit en stabiliteit voor de minderjarige doorslaggevend acht. Het belang van de minderjarige bij voortzetting van de door hem vertrouwde opvoedsituatie bij vader heeft ook meegewogen in de beslissing.

Daarnaast is een zorgregeling tussen moeder en de minderjarige vastgesteld. Haar verzoek tot het verkrijgen van vervangende toestemming tot inschrijving op een basisschool in haar woonplaats is afgewezen bij gebrek aan belang. Hoewel de moeder ten tijde van de verhuizing het eenhoofdige gezag had en daarmee de bevoegdheid de minderjarige naar eigen inzicht te verzorgen en op te voeden en daarom in beginsel ook de bevoegdheid de woonplaats van de minderjarige te kiezen, geeft de uitspraak van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2021:1513) waarin is uitgemaakt dat ook bij eenhoofdige gezag de keuzevrijheid van de met het gezag belaste ouder ten aanzien van het kind kan worden beperkt, de doorslag. Dit is het geval wanneer deze ouder niet voldoet aan de verplichting om omgang tussen het kind en de andere ouder te bevorderen.

Door de verhuizing heeft de vrouw de bestaande co-ouderschapsregeling onmogelijk gemaakt. Een eventueel bevel tot terugverhuizing was hier niet aan de orde. Het betrof hier een geschil over de hoofdverblijfplaats. Nu de ouders intussen het gezamenlijk ouderlijk gezag uitoefenden, heeft het hof zijn beslissing gestoeld op art. 1:253a BW.

Beide ouders kunnen de minderjarige een goede opvoedingssituatie bieden en met beide ouders heeft de minderjarige een goede band. Dit maakt het een lastige keuze. Het hof heeft toch een knoop moeten doorhakken en moeten kiezen tussen beide ouders, waarbij het hof de continuïteit van de vertrouwde opvoedsituatie bij vader uiteindelijk het zwaarste gewicht heeft toegekend. Een dergelijke procedure had mogelijk voorkomen kunnen worden wanneer de moeder de door haar gewenste verhuizing met vader had besproken. Het er op goed geluk maar op wagen en de gok nemen dat een eenmaal gedane verhuizing toch niet zal worden teruggedraaid, kan de verhuizende ouder duur komen te staan. Zo'n ondoordachte beslissing kan voor die ouder grote gevolgen hebben, waarmee waarschijnlijk geen rekening wordt gehouden en waardoor de situatie heel anders kan uitpakken dan de verhuizende ouder zich had voorgesteld. Zoals in dit geval is gebeurd door het vaststellen van de hoofdverblijfplaats bij de andere ouder met een weekendregeling met het

kind. Dit is toch iets heel anders dan het kunnen voortzetten van de dagelijkse opvoeding en verzorging van het kind in de nieuwe woonplaats.

mr. dr. J.A.E. van Raak-Kuiper  
Van Raak Advocatuur

## Ondernemingsrecht

79

### Rechter gaat te ver in de toepassing van de collectieve matigingsbevoegdheid voor het gehele bestuur tot slechts 10% van het boedeltekort

Hoge Raad  
21 april 2023, nr. 22/00221, ECLI:NL:HR:2023:635  
(mr. Ter Heide, mr. Salomons, mr. Makkink)  
(Concl. A-G Drijber)  
Noot mr. J.R.F. Dessing

#### Bestuurdersaansprakelijkheid. Limitatieve opsomming matigingsgronden art. 2:248 lid 4 BW.

[BW art. 2:248 lid 4]

*Essentie: Matiging aansprakelijkheid tot 10% van het boedeltekort onjuist of onbegrijpelijk? Het limitatieve karakter van de in art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW genoemde gronden voor matiging brengt mee dat het hof zijn oordeel niet kon baseren op 'alle omstandigheden'.*

*Samenvatting: Art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW bepaalt dat de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, kan verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond (art. 2:248 lid 4, tweede volzin, BW). Zowel uit de tekst als uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW blijkt dat de gronden voor vermindering van het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn, in deze bepaling limitatief zijn opgesomd.*

*Het limitatieve karakter van de in art. 2:248 lid 4, eerste volzin, BW genoemde gronden voor matiging brengt mee dat het hof zijn oordeel niet kon baseren op 'alle omstandigheden'. Voorts valt 'de op zichzelf genomen geringe beloning van [R.] en [J.]' niet onder de gronden voor matiging als bedoeld in art. 2:248 lid 4 BW. Onderdeel 2.1 slaagt in zoverre.*

*Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan de matigingsbevoegdheid onder meer ten grondslag ligt dat het niet redelijk is de bestuurder aansprakelijk te houden voor een hoger bedrag dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur kan zijn ontstaan, en voorts dat de rechter het bedrag dat de bestuurders moeten betalen, kan verminderen, waardoor het in*

*een redelijke verhouding komt te staan tot de aard en ernst van de tekortkomingen van het bestuur, waarbij ook gelet moet worden op het aandeel van het onbehoorlijk bestuur in het totaal van de oorzaken van het faillissement en op de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Dit laat ruimte voor matiging, ook indien het boedeltekort niet groter is dan de door de onbehoorlijke taakvervulling veroorzaakte schade, zonder dat die ruimte is beperkt tot gevallen waarin zich bijzondere omstandigheden voordoen.*

*De motiveringsklachten van de onderdelen 2.1, 2.2 en 2.3 slagen voor zover die inhouden dat niet duidelijk is welke omstandigheden het hof bij zijn matigingsoordeel in aanmerking heeft genomen, naast de geringe beloning van de bestuurders, het ontbreken van aanwijzingen dat zij zich persoonlijk op ontoelaatbare wijze hebben verrijkt en de beperkte winstgevendheid van de onderneming. Het hof heeft aldus onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang.*

*Onderdeel 2.3 slaagt ook voor zover het erover klaagt dat niet begrijpelijk is waarom het hof aanleiding heeft gezien voor een zo vergaande matiging, terwijl het hof in r.o. 10-13 van het eindarrest heeft vastgesteld – kort gezegd – dat de organisatie niet 'in control' was, waardoor tijdig en adequaat ingrijpen achterwege bleef, en juist in die penibele situatie een financiële herschikking werd doorgevoerd waarvan het resultaat was dat tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan [verweerders] gelieerde vennootschappen, en het doen en laten van [verweerders] als bestuurders daarom ernstig verwijtbaar is.*

*Het slagen van deze klachten brengt mee dat de motiveringsklacht van onderdeel 2.3 dat het hof bepaalde stellingen van de curator niet kenbaar in zijn motivering heeft betrokken, geen behandeling behoeft.*

*De onderdelen 2.4 en 2.5 voeren terecht aan dat het onbegrijpelijk is dat het hof aan zijn matigingsoordeel mede ten grondslag heeft gelegd dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt.*

*Indien bestuurders geen persoonlijk voordeel hebben genoten als gevolg van de onbehoorlijke taakvervulling, kan dat in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de aard en ernst van de onbehoorlijke taakvervulling aanleiding tot matiging geeft. Omgekeerd ligt het voor de hand dat de rechter minder reden voor matiging ziet als blijkt dat de bestuurder van zijn onverantwoordelijk gedrag heeft geprofiteerd.*

*Het hof heeft in r.o. 10 en 12 van het eindarrest vastgesteld dat (i) de transacties telkens tot resultaat hadden dat tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan [verweerders] gelieerde vennootschappen dan bij de vennootschappen van de [D-groep], (ii) de [D-groep] daarvan nadeel ondervond in die zin dat de liquiditeit, de solvabiliteit en de financiële weerbaarheid van die groep op een kritiek moment zijn verslechterd, (iii) de transacties om die reden ernstig verwijtbaar aan [verweerders] zijn en (iv) de transacties goed voor henzelf/de niet-gebonden vennootschappen waren. Zoals in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt, is in gevallen van onbehoorlijke taakvervulling veelal geen sprake van een rechtstreeks en aanwijsbaar persoonlijk voordeel, maar van het op indirecte wijze persoonlijk voordeel genieten via een constructie waarbij diverse rechtspersonen betrokken zijn. In het licht van dit een en ander is zonder nadere motivering niet begrijpelijk waarom het hof oordeelt dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt.*