

JPF 2009/141

Gerechtshof 's-Gravenhage

7 januari 2009, 200.019.995/01/FA RK 08-5853; LJN BH0366.

(Mr. Van Leuven

Mr. Kamminga

Mr. Van Montfoort)

[De appellant] te [woonplaats],

verzoekster in hoger beroep,

hierna te noemen: de moeder,

advocaat: mr. J.Th. Mulder,

tegen

de Directie Justitieel Jeugdbeleid, Afdeling Juridische en Internationale Zaken van het Ministerie van Justitie, belast met de taak van Centrale Autoriteit als bedoeld in artikel 4 van de Wet van 2 mei 1990 tot uitvoering van onder andere het Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980, te 's-Gravenhage,

verweerster in hoger beroep,

hierna te noemen: de Centrale Autoriteit,

gemachtigde: mr. A.M.E. Giuliano,

mede optredend namens:

[de vader] te [woonplaats], Spanje,

hierna te noemen de vader.

Als belanghebbenden zijn aangemerkt:

Stichting Bureau Jeugdzorg Haaglanden, te Den Haag,

hierna te noemen: Jeugdzorg,

en

de Raad voor de Kinderbescherming, locatie 's-Gravenhage,

hierna te noemen: de raad.

Internationale kinderontvoering, Toepasselijk recht op gezagsverhoudingen

[HKOV 1980 - 13 lid 1 onder b; Brussel II-bis - 11]

» **Samenvatting**

Het minderjarige kind is in 1999 in Nederland geboren. Hoewel de vader het kind in 2000 heeft erkend, was op dat moment slechts de moeder belast met het ouderlijk gezag. In 2006 zijn zij alledrie naar Spanje vertrokken. Zij hebben eerst bij de grootouders van het minderjarige kind gewoond en in 2007 zijn de ouders met het kind zelfstandig in Spanje gaan wonen. Op 26 november 2007 zijn de moeder en het kind naar Nederland teruggekeerd. Sedert februari 2008 verbleef het kind eerst bij een Medisch Kindertehuis (MKT) en vervolgens bij een organisatie voor Jeugdhulpverlening. De rechtbank 's-Gravenhage oordeelt dat het kind onmiddellijk naar Spanje moet worden teruggeleid.

Het hof 's-Gravenhage stelt vast dat het kind in gezinsverband in Spanje heeft gewoond. Bovendien is het kind vanaf 2007 daar naar school gegaan. Het hof constateert dat het verblijf niet van korte duur is geweest en dat er geen plan was terug te keren naar Nederland. Om deze reden stelt het hof vast dat het kind onmiddellijk voorafgaand aan de terugkeer naar Nederland zijn gewone verblijfplaats in Spanje had. Daar doet niet aan af dat het kind ook in een gemeente in Nederland is ingeschreven.

Het hof stelt vervolgens vast dat op het moment dat het kind naar Spanje vertrok slechts de moeder het gezag had. Vanaf het moment dat het kind zijn gewone verblijfplaats in Spanje heeft gekregen, is Spaans recht van toepassing op het ouderlijk gezag. De erkenning van het kind door de vader in

Nederland wordt in Spanje erkend en vestigt op grond van Spaans recht gezamenlijk gezag. Aangezien er geen sprake was van toestemming van de vader het kind naar Nederland te brengen, is er sprake van ongeoorloofde overbrenging in de zin van het Haags kinderontvoeringsverdrag (HKOV).

De Raad voor de Kinderbescherming stelt echter dat beide ouders onvoldoende pedagogisch inzicht in de zorgelijk verlopende ontwikkeling van het kind vertonen. De raad adviseert het kind niet terug te geleiden naar Spanje. Het kind zou namelijk van een Nederlandse hulpverleningsvoorziening naar een Spaanse hulpverleningsvoorziening overgebracht worden. Het hof stelt om deze reden vast dat de uitzondering van art. 13 lid 1 onder b HKOV zich hier voordoet en vernietigt de beschikking van de rechtbank 's-Gravenhage. Hierdoor wordt het verzoek tot teruggeleiding van het kind naar Spanje afgewezen.

» Uitspraak

Procesverloop in hoger beroep

(...; red.)

Het procesverloop in eerste aanleg en vaststaande feiten

1. Het procesverloop.

(...; red.)

2. De vaststaande feiten.

De ouders hebben een affectieve relatie gehad.

Uit deze relatie is geboren [de minderjarige], geboren in 1999 te Nederland.

[De minderjarige] heeft de Nederlandse nationaliteit.

De moeder was alleen belast met het ouderlijk gezag.

De vader heeft [de minderjarige] in 2000 erkend.

Vanaf zijn geboorte tot in de zomer van 2006 heeft [de minderjarige] in Nederland gewoond.

In het voorjaar van 2006 is de vader naar Spanje vertrokken.

De moeder volgde hem met [de minderjarige] in de zomer van dat jaar.

De ouders zijn met [de minderjarige] in Spanje aanvankelijk gaan inwonen bij de grootouders van [de minderjarige] (vz).

Begin 2007 zijn de ouders met [de minderjarige] in Spanje zelfstandig gaan wonen.

Op 26 november 2007 zijn de moeder en [de minderjarige] naar Nederland teruggekeerd.

Van 22 februari 2008 tot 22 maart 2008 verbleef [de minderjarige] bij een MKT middels een crisisplaatsing in het vrijwillig kader.

Vanaf 22 maart 2008 verblijft de minderjarige bij [een organisatie voor Jeugdhulpverlening].

Ontvankelijkheid van het hoger beroep

Op grond van artikel 13, zevende lid, van de Uitvoeringswet Verdragen Kinderontvoering dient het hoger beroep binnen twee weken worden ingesteld na de dagtekening van de bestreden beslissing. De moeder is tijdig in beroep gekomen.

Beoordeling van het hoger beroep

In geschil is de last tot terugleiding van [de minderjarige].

De moeder verzoekt de bestreden beschikking te vernietigen en, opnieuw beschikkende, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, te bepalen dat:

- I. [De minderjarige] ten tijde van de overbrenging naar Nederland op 26 november 2007 zijn gewone verblijfplaats in Nederland had;
- II. de overbrenging naar Nederland geoorloofd was omdat de moeder het eenhoofdig gezag uitoefent, althans de vader naar Spaans recht niet mede het gezag uitoefent;
- III. er sprake is van één van de weigeringsgronden als genoemd in artikel 13 lid 1 onder b van het Verdrag;
- IV. [de minderjarige] alsnog gehoord wordt, althans met zijn mening rekening dient te worden gehouden.

Bij gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft de advocaat van de moeder verklaard dat haar verzoeken aldus dienen te worden opgevat dat het hof, opnieuw beschikkende, het inleidende verzoek van de Centrale Autoriteit tot – kort gezegd – terugleiding van [de minderjarige] naar Spanje alsnog zal afwijzen. Daartoe zijn vier grieven opgeworpen.

De centrale autoriteit en de vader bestrijden het beroep en verzoeken de bestreden beschikking te bekrachtigen.

3. De grieven

3.1. De gewone verblijfplaats van [de minderjarige]

De moeder bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat [de minderjarige] onmiddellijk voor zijn overbrenging naar Nederland, in november 2007, zijn gewone verblijfplaats had in Spanje.

Zij stelt dat zij de bedoeling had voor een langere periode tijdelijk met [de minderjarige] in Spanje te verblijven.

Zij heeft niet de intentie gehad zich duurzaam in Spanje te vestigen: de gewone verblijfplaats bleef [een gemeente in Nederland], alwaar zij met [de minderjarige] ook ingeschreven is gebleven. De moeder bestrijdt ook het uitgangspunt van de rechtbank dat het begrip gewone verblijfplaats als bedoeld in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Burgerrechtelijke aspecten van Internationale Ontvoering van Kinderen (nader: het Verdrag), een feitelijk begrip is dat los staat van het Nederlandse begrip woonplaats of domicilie.

De Centrale Autoriteit stelt dat de rechtbank het begrip gewone verblijfplaats in de zin van het Verdrag juist heeft geïnterpreteerd en op basis van een weging van de duur van het verblijf en het bestaan van nauwe maatschappelijke banden tot een juist oordeel is gekomen.

Het hof stelt vast dat [de minderjarige] en zijn ouders in de zomer van 2006 in gezinsverband in Spanje zijn gaan wonen. Aanvankelijk hebben zij bij de grootouders (vz) ingewoond, vanaf het begin van 2007 hebben zij zelfstandige woonruimte in Spanje betrokken. [De minderjarige] is in Spanje naar school gegaan. Uit het inwonen bij de grootouders (vz) valt af te leiden dat [de minderjarige]

familiaire betrekkingen met hen had of heeft opgebouwd gedurende zijn verblijf in Spanje. Het verblijf is niet van korte duur geweest en het feit dat de ouders zich hebben voorzien van zelfstandige woonruimte na de inwoning bij de grootouders (vz) wijst er op dat de gewone verblijfplaats van [de minderjarige] – in de zin van het Verdrag – op dat moment in Spanje was en niet in Nederland. Ook het feit dat de ouders zich in het najaar van 2007 tot een Spaanse hulpverleningsinstantie hebben gericht inzake de gedragsproblemen die [de minderjarige] vertoonde, past in het beeld dat [de minderjarige] op dat moment zijn gewone verblijfplaats in Spanje had. Daar doet niet aan af dat de moeder de [minderjarige] ook in een [gemeente in Nederland] ingeschreven heeft gehouden. De moeder heeft op enig moment de beslissing genomen naar Nederland terug te keren (punt 14 van haar appelschrift). Die beslissing werd kennelijk ingegeven door omstandigheden die op dat moment, in het najaar van 2007, speelden. Er was bij de verhuizing naar Spanje, in 2006, dus geen vaststaand plan dat [de minderjarige] in 2007 weer naar Nederland zou terugverhuizen. Het betrof een vertrek naar Spanje voor onbepaalde duur. Deze duur leidt, in combinatie met de overige feiten en omstandigheden tot de conclusie dat [de minderjarige] onmiddellijk voorafgaande aan zijn overbrenging naar Nederland, zijn gewone verblijfplaats in Spanje had.

De grief faalt.

3.2. *Het gezamenlijk gezag*

De grief van de moeder richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de vader ten tijde van de overbrenging van [de minderjarige] naar Nederland mede was belast met het ouderlijk gezag en valt uiteen in drie onderdelen:

- i. de vader heeft haar uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend toestemming verleend het gezag alleen uit te oefenen als bedoeld in artikel 156 van het Spaans Burgerlijk Wetboek;
- ii. de rechtbank is ten onrechte niet getreden in de vraag of en zo ja op welke wijze de Spaanse rechter de bepalingen van artikel 3 van het Verdrag zou interpreteren en toepassen;
- iii. de rechtbank is ten onrechte niet ingegaan op de vraag of, indien de Spaanse rechter van oordeel zou zijn dat in beginsel Nederlands recht van toepassing is op de gezagsverhouding, hij vervolgens tot de conclusie zou komen dat deze bepalingen terzijde gesteld moeten worden wegens onverenigbaarheid met de openbare orde op grond van artikel 16 van het Verdrag.

De Centrale Autoriteit verwijst naar het rapport van het Internationaal Juridisch Instituut (IJI) van 30 oktober 2008 en het advies van professor De Boer van 3 november 2007. Uit het rapport en het advies vloeit voort dat er als gevolg van de erkenning naar Spaans recht van rechtswege sprake is van gezamenlijk gezag. De vader behoefde in Nederland hiertoe geen procedure te starten. Er kan dan ook niet gesproken worden van een uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming.

Het hof stelt vast dat de moeder in ieder geval tot het moment waarop [de minderjarige] zijn gewone verblijf vanaf zijn geboorte in Nederland heeft gehad, naar Nederlands recht het gezag alleen heeft gehad. Vanaf het moment dat [de minderjarige] zijn gewone verblijfplaats in Spanje heeft gekregen, een moment dat ligt tussen zijn verhuizing naar Spanje in de zomer van 2006 en zijn vertrek naar Nederland op 26 november 2007, bestaat de mogelijkheid dat het ouderlijk gezag van rechtswege, op grond van de toepassing van de Spaanse wetgeving, gemeenschappelijk is geworden. Uit het rapport van IJI valt af te leiden dat de erkenning die de vader in Nederland heeft verricht, naar Spaans recht rechtsgeldig is. De weg naar het gezamenlijk gezag op grond van de Spaans wetgeving is in dat opzicht geopend. Uit het advies van professor De Boer (pagina 4) citeert het hof “Zoals blijkt uit het Toelichtend Rapport (Actes et documents de la neuvième session, 1960, p. 227/228), is de erkenning van ex lege verhoudingen gericht op het waarborgen van de continuïteit van een bestaande gezagsverhouding. De erkenningsregel van artikel 3 wil voorkomen dat deze continuïteit doorbroken wordt als gevolg van de verplaatsing van de gewone verblijfplaats van [de minderjarige] naar een

ander land.”

Het Verdrag maakt mitsdien en zelfs ongeacht de nationaliteit van een minderjarige een keuze voor een “ex lege” toepassing van het recht van de staat waarin het kind onmiddellijk voorafgaande aan zijn overbrenging zijn gewone verblijfplaats had. In dit geval is de staat Spanje en dient dus Spaans recht te worden toegepast. Het gevolg hiervan is dat de ouders geacht worden gezamenlijk het gezag uit te oefenen, mits dit ook daadwerkelijk werd uitgeoefend op het tijdstip van de overbrenging (artikel 3 lid 1 sub b. van het Verdrag). Uit het feit dat de ouders een gemeenschappelijke huishouding voerden in Spanje, in ieder geval vanaf het begin van 2007 en dat zij tezamen Spaanse hulpverleners hebben bezocht voor [de minderjarige] leidt het hof af dat van een daadwerkelijke uitoefening van het gezamenlijk gezag sprake is geweest. Dat de vader de moeder uitdrukkelijk dan wel stilziggend zou hebben gemachtigd of gerechtigd het gezag alleen uit te oefenen is het hof niet gebleken. Voor zover hiervan sprake zou zijn geweest in de periode dat [de minderjarige], voorafgaande aan zijn verhuizing naar Spanje, in Nederland heeft gewoond, komt hieraan geen betekenis toe, omdat er toen geen sprake was van gezamenlijke gezagsuitoefening.

Aan de informele raadpleging van de Spaanse liaisonrechter en de daaruit voortvloeiende opinie komt, gelet op het bovenstaande, geen betekenis meer toe.

De grief faalt.

3.3. De weigeringsgronden ex artikel 13 van het Verdrag

De moeder stelt dat de rechtbank ten onrechte heeft geconcludeerd dat geen van de weigeringsgronden van artikel 13 van het Verdrag zich voordoen.

De Centrale Autoriteit wijst er op dat het raadsrapport van 6 november 2008 bij de jeugdzorginstanties in Spanje bekend is. De vader stelt, zo schrijft de Centrale Autoriteit in zijn verweerschrift pagina 3 onder 9., dat in Spanje alle passende maatregelen in het belang van [de minderjarige] genomen kunnen en zullen worden.

Tenslotte wijst de Centrale Autoriteit er op dat de weigeringsgronden restrictief gehanteerd dienen te worden.

Het hof overweegt het volgende.

Blijkens het raadsrapport van 6 november 2008 is [de minderjarige] een zeer kwetsbare jongen, die een zorgelijke ontwikkeling doormaakt. Hij heeft een benedengemiddelde intelligentie en vertoont kenmerken van ADHD. Hij vertoont externaliserend gedrag, zoals aandachtsproblemen. Hij is onrustig en luistert slecht. De raad stelt dat beide ouders onvoldoende pedagogisch inzicht in de zorgelijk verlopende ontwikkeling van [de minderjarige] vertonen. De raad acht een ondertoezichtstelling en een uithuisplaatsing van [de minderjarige] geïndiceerd, zodat [de minderjarige] kan opgroeien in een stabiele leefomgeving en zodoende scheefgroei in sociaal-emotioneel opzicht te verminderen. De raad is van mening dat de overplaatsing in de huidige situatie naar een voorziening in Spanje geestelijke schade kan toebrengen aan [de minderjarige].

Het hof heeft de visie van de raad dat de beide ouders onvoldoende pedagogisch inzicht in de zorgelijk verlopende ontwikkeling van [de minderjarige] vertonen ter zitting bevestigd gezien: de moeder stemt weliswaar op dit moment in met de uithuisplaatsing van [de minderjarige], maar denkt binnen afzienbare tijd zelf de opvoeding weer ter hand te kunnen nemen. Zij lijkt zich daarbij de eigen beperkingen en die van [de minderjarige] niet voldoende te (kunnen) realiseren. De vader antwoordt op vragen ter zitting dat hij van plan is [de minderjarige] bij hem, zo nodig ondersteund door zijn zuster en een psycholoog, te laten wonen. De vader legt geen besef aan de dag van de noodzaak voor dit kwetsbare kind een voorziening te treffen die waarborgt dat bij een eventuele terugleiding in de eerste plaats een adequate (nood)voorziening zal zijn getroffen die er in voorziet

dat [de minderjarige] in een voor hem passende woon- en opvoedingsvoorziening zal worden opgevangen, die in alle opzichten aansluit bij de hulpverleningsmaatregelen die in Nederland vanuit noodzaak zijn ingezet. In dit opzicht acht het hof de enkele toezending van het raadsrapport door de Centrale Autoriteit aan de Spaanse hulpverleningsinstanties ten enenmale onvoldoende om de kwetsbare positie van [de minderjarige] veilig te stellen. Daar komt dan nog bij dat de raad zelfs van mening is dat een overgang van [de minderjarige] vanuit een Nederlandse hulpverleningsvoorziening naar een Spaanse hulpverleningsvoorziening op dit moment niet verantwoord te achten is.

Onder deze omstandigheden acht het hof de weigeringsgrond als bepaald in artikel 13 lid 1 sub b van het Verdrag van toepassing: er bestaat een ernstig risico dat [de minderjarige] bij zijn terugkeer wordt blootgesteld aan een ernstig lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondraaglijke toestand wordt gebracht, dit bij afwezigheid van adequate voorzieningen om de bescherming van het kind na zijn terugkeer te waarborgen.

De grief wordt gegrond geacht. Dit leidt er toe dat de bestreden beschikking zal worden vernietigd en dat het inleidende verzoek van de Centrale Autoriteit alsnog zal worden afgewezen.

Nu terugkeer op grond van artikel 13 van het Verdrag wordt geweigerd, zal het hof het dossier van de zaak via tussenkomst van de Centrale Autoriteit zenden aan de rechter van de plaats waar [de minderjarige] onmiddellijk voor de overbrenging zijn gewone verblijfplaats had (artikel 11 lid 7 Brussel II-bis Verordening).

3.4. Het horen van [de minderjarige]

De moeder voert aan dat [de minderjarige] ten onrechte niet door de rechtbank is gehoord.

Zij verzoekt het hof [de minderjarige] te horen.

De Centrale Autoriteit stelt voorop dat bij de vraag of sprake is van verzet aan de zijde van de minderjarige de terugkeer naar zijn gewone verblijfplaats niet van belang is welke voorkeur het kind heeft. De Centrale Autoriteit meent dat de rechtbank terecht heeft vastgesteld dat de [minderjarige] nog niet een mate van rijpheid heeft bereikt dat aan zijn mening doorslaggevend belang kan worden toegekend. Bovendien heeft, zo stelt de Centrale Autoriteit, [de minderjarige] zich niet verzet tegen een terugkeer naar Spanje.

Het hof verwijst naar artikel 11 Brussel II-bis Verordening tweede lid: bij toepassing van artikel 12 en 13 van het Verdrag wordt ervoor gezorgd dat het kind tijdens de procedure in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord, tenzij dit gezien zijn leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam wordt geacht. Het hof acht het in dit geval, gelet op hetgeen de raad omtrent de mate van rijpheid van [de minderjarige] heeft gerapporteerd, niet raadzaam om hem te horen.

De grief faalt.

Beslissing

Het hof:

vernietigt de beschikking van de rechtbank te 's Gravenhage van 27 november 2008 en, opnieuw beschikkende:

wijst het verzoek tot teruggeleiding van [de minderjarige] naar zijn gewone verblijfplaats in Spanje af;

draagt de Centrale Autoriteit op het dossier dat op deze zaak betrekking heeft – ter uitvoering van het gestelde in artikel 11 lid 6 van de Verordening Brussel II bis, te zenden aan de rechter van de plaats

waar [de minderjarige] onmiddellijk vóór de overbrenging zijn gewone verblijfplaats had.

» Noot

In vele Europese landen brengt een erkenning door de ongehuwde vader automatisch gezag met zich mee (bijvoorbeeld *België*: M. Grégoire, ‘La loi du 29 avril 2001 modifiant les dispositions légales en matière d’autorité parentale et de tutelle’ (2002) *Rev. Not. Bel.* 135 en Constitutionele Hof, 22.07.2004, ref. 140/2004. *Frankrijk*: art. 372 *Code civil*; *Engeland & Wales*: Sec. 4, Children Act 1989 gewijzigd door sec. 111, Adoption and Children Act 2002; *Spanje*: C. Gonzalez Beilfuss, ‘National Report: Spain’, in: K. Boele-Woelki, B. Braat en I. Curry-Sumner (eds.), *European Family Law in Action Part III: Parental Responsibilities*, Antwerpen: Intersentia, 2007). In Nederland is dat niet het geval: een ongehuwde vader die zijn kind erkent, wordt niet van rechtswege belast met het ouderlijk gezag. Deze casus staat in het teken van die problemen die kunnen ontstaan door het uiteenlopen van de erkenning en het verkrijgen van gezag, doch met een internationaal tintje.

Hoewel deze casus vele juridische vragen oproept, wordt in deze noot slechts één aspect onder de loep genomen, namelijk welk recht dient te worden toegepast op de vragen omtrent gezagsverhoudingen.

Uit het Toelichtend Rapport van Pérez-Vera (te vinden op de website van de Haagse Conferentie: www.hcch.net) kan worden gesteld dat een keuze wordt gemaakt in het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 (HKOV) alle vragen omtrent gezagsverhoudingen te beoordelen aan de hand van het recht van de staat waarin het kind onmiddellijk voorafgaande aan de overbrenging zijn of haar gewone verblijfplaats had. Deze verwijzingsregel probeert de continuïteit van gezagsverhoudingen te beschermen door *ex lege* gezagsverhoudingen die in het land waar het kind woonde vooraf aan de overbrenging te erkennen in het land waar het kind naartoe is gebracht.

In de uitspraak van het hof ’s-Gravenhage werd deze regel toegepast. Onmiddellijk voorafgaand aan de overbrenging woonde het kind in Spanje en wordt het Spaanse recht derhalve toegepast op de vraag of de vader belast was met het gezag. Het Spaanse recht kent gezamenlijk gezag aan een ongehuwde vader van rechtswege toe indien hij het kind heeft erkend. Vervolgens wordt gekeken of de vader het kind heeft erkend. Aangezien de vader het kind in Nederland heeft erkend, wordt bekeken of deze erkenning in aanmerking komt voor erkenning in Spanje. Volgens het hof kan de in Nederland tot stand gekomen erkenning in Spanje worden erkend, waardoor de vader op basis van het Spaans recht belast wordt met het gezag. Het hof heeft mijns inziens het huidige recht op de juiste manier toegepast. Toch rijzen er door de toepassing van deze regel twee vragen.

Ten eerste zou dezelfde redenering ook in de omgekeerde situatie gelden? Stel dat het ongehuwde stel in Spanje had gewoond en de man daar het kind had erkend. Op basis van het Spaanse recht wordt de man ook belast met het gezamenlijk gezag. De hele familie vertrekt naar Nederland en vervolgens keren de moeder en het kind terug naar Spanje. De vader dient een verzoek in bij de Spaanse rechter tot teruggeleiding van het kind. Op basis van het hierboven gestelde zou de Spaanse rechter moeten oordelen dat kwesties omtrent de gezagsverhouding van partijen beoordeeld moeten worden op basis van het recht van het land waar het kind onmiddellijk voorafgaande aan zijn overbrenging zijn gewone verblijfplaats had. Dit zou Nederland zijn. Op basis van het Nederlands familierecht heeft de ongehuwde man die een kind heeft erkend geen gezag van rechtswege. Is de man dan belast met het gezag? Zou de man door verhuizing naar Nederland het gezag kunnen verliezen?

Het antwoord op deze vragen is ontkennend. Op grond van art. 3 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 (waarbij zowel Nederland als Spanje verdragsluitende staten zijn) wordt een “gezagsverhouding die van rechtswege voortvloeit uit de interne wet van de staat waarvan de minderjarige onderdaan is”, in alle verdragsstaten erkend. Met andere woorden, is een persoon eenmaal met het gezag belast, dan kan door een verhuizing naar het buitenland het gezag niet worden kwijtgeraakt.

Ten tweede, zou het resultaat van in deze casus hetzelfde zijn na de inwerkingtreding van het Haags Kinderbeschermingsverdrag van 1996? Op grond van art. 16 lid 1 van het 1996 Verdrag wordt het van rechtswege ontstaan van ouderlijke verantwoordelijkheid beheerst door het recht van de Staat van de gewone verblijfplaats van het kind. Art. 16 lid 4 geeft een nadere uitwerking van deze regel wanneer de gewone verblijfplaats van het kind wordt verplaatst. In dergelijke gevallen “wordt het van rechtswege ontstaan van ouderlijke verantwoordelijkheid van een persoon die deze verantwoordelijkheid niet reeds heeft, beheerst door het recht van de Staat van de nieuwe gewone verblijfplaats”. Dit betekent dat het resultaat in het onderhavige geval hetzelfde zal zijn na de inwerkingtreding van dit Verdrag.

Hoewel het hof het recht op de juiste manier heeft toegepast, kan men de nodige vraagtekens zetten bij het resultaat in deze casus. Ongeacht of partijen dit hebben gewild of zich ervan bewust waren, moet het recht van de nieuwe gewone verblijfplaats van het kind worden toegepast ten aanzien van alle vragen omtrent de gezagsverhouding tussen vader en kind. *In casu* komt dit erop neer dat door de verhuizing van het gezin naar Spanje de vader gezag over zijn kind heeft gekregen, zonder toestemming van de moeder. Maar het gezin hoefde niet *per se* naar Spanje te verhuizen. Dit resultaat wordt ook bereikt indien een vader die zijn kind in Nederland heeft erkend, (maar geen gezag heeft) verhuist naar een land waar erkenning gezag wél met zich mee brengt, bijvoorbeeld België! Een nieuwe vorm van gezagsverkrijging dus?

ICS