

JPF 2010/87

Gerechtshof 's-Gravenhage

11 december 2009, 200.048.393/01; LJN BM5037.

(Mr. Mink

Mr. Mos-Verstraten

Mr. Van Dijk)

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 het Haagse Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980, te 's-Gravenhage,

verzoekster, tevens incidenteel verweerster, in hoger beroep,

hierna te noemen: de Centrale Autoriteit,

mede optredend namens:

[appellant] te [woonplaats], Polen,

hierna te noemen: de vader,

tegen

[geïntimeerde] te [woonplaats],

verweerster, tevens incidenteel verzoekster, in hoger beroep,

hierna te noemen: de moeder,

advocaat: mr. M.T.N. Whiterod te Utrecht.

De raad voor de kindbescherming te Utrecht (hierna: de raad), is op grond van het bepaalde in artikel 810 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, opgeroepen.

Internationale kinderonvoering, Daadwerkelijke uitoefening. Gezag

[Haags Kinderontvoeringsverdrag - 3 lid 1 onder b; 8; 12; 13; Brussel II-bis - 2 lid 11 onder b]

» Samenvatting

Een Poolse moeder heeft haar kind meegenomen naar Nederland. Beide ouders woonden in Polen, maar ze woonden niet samen. Ze hadden gezamenlijk gezag over het minderjarige kind. De vader heeft ingestemd met een tijdelijk verblijf in Nederland, maar na de afgesproken datum is de minderjarige niet meer naar Polen teruggekeerd. De vader heeft via de Poolse Centrale Autoriteit een verzoek tot teruggeleiding ingediend bij de Nederlandse Centrale Autoriteit (CA).

De rechtbank is van oordeel dat de achterhouding van het kind is geschied in strijd met het formele gezagsrecht van de vader als bedoeld in art. 3 lid 1 onder a Haags Kinderontvoeringsverdrag (hierna: HKOV). De moeder heeft gesteld dat de vader het gezag echter niet daadwerkelijk heeft uitgeoefend op het tijdstip van het overbrengen of het niet doen terugkeren. De rechtbank is, op basis van een door de vader overgelegde brief en het verweerschrift van de moeder, tot de conclusie gekomen dat de vader de minderjarige niet fysiek heeft verzorgd voorafgaande aan de achterhouding. De rechtbank oordeelt dat niet is voldaan aan art. 3 lid 1 onder b HKOV, zodat er geen sprake is van een ongeoorloofde achterhouding als bedoeld in art. 3 HKOV. De rechtbank heeft het verzoek van de vader tot teruggeleiding afgewezen.

Het hof is van oordeel dat het inderdaad voldoende is dat de met het gezag belaste persoon ervan blijk heeft gegeven zich de belangen van het kind aan te trekken. Vervolgens verwijst het hof naar toepasselijke artikelen van het Poolse gezagsrecht, waarna het hof van oordeel is dat de vader geen wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan de fysieke en emotionele ontwikkeling van de minderjarige, noch anderszins zich de belangen van de minderjarige heeft aangetrokken. De vader heeft volgens verklaringen van de moeder, de minderjarige en familieleden geen actieve rol gespeeld in het leven

van de minderjarige. Bovendien heeft de vader niet aan het verzoek voldaan inzichtelijk te maken hoe hij invulling zou hebben gegeven aan zijn gezagsrecht indien het kind naar Polen zou zijn teruggekeerd. Daar de vader niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij ten tijde van het niet doen terugkeren van de minderjarige naar Polen, zijn gezagsrecht naar Pools recht daadwerkelijk uitoefende, besluit het hof tot bekrachtiging van de bestreden beschikking.

» Uitspraak

Procesverloop in hoger beroep

(...; red.)

Het procesverloop in eerste aanleg en vaststaande feiten

(...; red.)

Beoordeling van het hoger beroep

1. In geschil is het verzoek tot terugleiding van de minderjarige naar Polen.
2. De Centrale Autoriteit verzoekt de bestreden beschikking te vernietigen en, opnieuw beschikkende, het in eerste aanleg gedane verzoek tot terugleiding van de minderjarige naar zijn gewone verblijfplaats in Polen alsnog toe te wijzen en een datum vast te stellen waarop de minderjarige uiterlijk door de moeder naar Polen wordt teruggebracht, althans een datum te bepalen waarop de minderjarige met een geldig reisdocument door de moeder aan de vader wordt afgegeven voor terugkeer naar Polen en voorts toe te wijzen het verzoek van de vader tot voldoening door de moeder van de voor deze procedure door de vader gemaakte kosten.
3. De moeder bestrijdt het beroep. In haar incidenteel appel verzoekt de moeder de bestreden beschikking te vernietigen ten aanzien van de onderdelen waar de grieven van de moeder zich tegen richten en, in zoverre opnieuw beschikkende, de vader en de Centrale Autoriteit niet-ontvankelijk te verklaren in het verzoek, althans te oordelen dat de vader toestemming had gegeven voor wijzigen van de woonplaats van de minderjarige naar Nederland.
4. In de (enige) grief van de Centrale Autoriteit voert deze aan, dat ten onrechte is geoordeeld dat geen sprake is van een ongeoorloofde achterhouding van de minderjarige. Onjuist is de conclusie van de rechtbank dat niet is voldaan aan artikel 3 lid 1 sub b van het Haags Kinderontvoeringsverdrag, nu de vader geen rol in de feitelijke verzorging van de minderjarige zou hebben gespeeld voorafgaande aan de overbrenging dan wel achterhouding. Ter toelichting daarop stelt de Centrale Autoriteit dat de rechtbank onjuiste criteria hanteert voor de invulling van het begrip “gezag” dan wel “uitoefening gezag”. De Centrale Autoriteit verwijst naar artikel 2 lid 11 sub b van de Verordening “Brussel II bis”, waarin een invulling van het begrip “gezag” wordt gegeven. De Poolse “Family Code” bedingt dat over belangrijke zaken betreffende het kind door beide ouders samen moet worden beslist. Het wijzigen van een woon- of verblijfplaats buiten Polen behelst een zodanige beslissing. Ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt niet, dat het feitelijk verzorgen en opvoeden van een kind een vereiste is voor de uitoefening van gezag. De vader heeft er blijkens overgelegde verklaringen en zijn eigen schriftelijke verklaring blijk van gegeven, zich de belangen van de minderjarige aan te trekken.

De moeder heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

5. Het hof overweegt als volgt.

Op grond van artikel 3 lid 1 van het Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980 (hierna: HKOV), wordt het overbrengen of het niet doen terugkeren van een minderjarige als ongeoorloofd beschouwd, wanneer:

a. dit geschiedt in strijd met een gezagsrecht dat is toegekend aan een persoon, een instelling of enig ander lichaam, alleen of gezamenlijk, ingevolge het recht van de staat waarin de minderjarige onmiddellijk voor zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had, en

b. dit recht alleen of gezamenlijk daadwerkelijk werd uitgeoefend op het tijdstip van het overbrengen of het niet doen terugkeren, dan wel zou zijn uitgeoefend, indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden.

6. Ervan uitgaande dat de moeder met toestemming van de vader de minderjarige naar Nederland heeft overgebracht, ligt thans aan het hof de vraag voor of het gezagsrecht van de vader daadwerkelijk werd uitgeoefend op het tijdstip van het niet doen terugkeren van de minderjarige, dan wel zou zijn uitgeoefend, indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden.

7. Het HKOV zelf geeft niet aan wat onder “daadwerkelijke uitoefening” van het gezagsrecht moet worden verstaan. Uit het Rapport explicatif de Mlle Elisa Pérez-Vera (hierna: Rapport Pérez-Vera) komt naar voren dat deze tweede voorwaarde wordt gesteld, omdat het doel van het HKOV niet zozeer de bescherming van aan personen of instellingen toegekende gezagsrechten is, maar veeleer de bescherming van het recht van de minderjarige bij handhaving van de bestaande leefsituatie en “not to have the emotional, social etc. aspects of their lives altered, unless legal arguments exist which would guarantee their stability in a new situation.” (p. 448, nr. 72).

8. In hoger beroep is onbestreden gebleven dat de vader – zoals de rechtbank heeft vastgesteld – geen deel had in de dagelijkse verzorging en opvoeding van de minderjarige. Uit Hoge Raad, 20 oktober 2006 (LJN: AY7937), volgt dat van “daadwerkelijke uitoefening” van het gezagsrecht als bedoeld in artikel 3 lid 1, aanhef en onder b, en artikel 13 lid 1, aanhef en onder a, van het HKOV ook sprake kan zijn indien degene aan wie het gezagsrecht is toegekend, het kind niet feitelijk verzorgt en opvoedt. Voldoende is – voor zover hier van belang – dat de met het gezag belaste persoon ervan blijkt heeft gegeven zich overeenkomstig de inhoud van het bestaande gezagsrecht de belangen van het kind aan te trekken. Voor zover de rechtbank uitsluitend van belang heeft geoordeeld de vraag of de vader al dan niet de dagelijkse zorg over de minderjarige had, heeft zij dit miskend.

9. Bij de stukken is gevoegd een – onbestreden – Engelse vertaling van de te dezen toepasselijke artikelen van het Poolse gezagsrecht, de “Parental authority”. De artikelen – voor zover hier van belang – houden in:

“Article 95. Par. 1. Parental authority shall include in particular parents’ obligation and right to exercise care of the child and his/her property, and to bring up the child.

2. (...)

3. (...)

Article 96. The parents shall bring up the child who remains under their parental authority and shall direct him/her. They are obliged to care about physical and emotional development of the child and prepare him/her adequately to work for the public good, according to his/her abilities.

Article 97. Par. 1. If parental authority has been vested in both parents, each of them has the obligation and the right to exercise it.

Par. 2. However, important matters concerning the child shall be decided upon by the parents jointly; in the case there is no agreement between them, the decision shall be made by the guardianship court.”

10. Op basis van de aan het hof overgelegde stukken en het verhandelde ter terechtzitting is het hof van oordeel dat de vader geen wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan de fysieke en emotionele

ontwikkeling van de minderjarige of anderszins zich de belangen van de minderjarige heeft aangetrokken. Daartoe neemt het hof in aanmerking dat uit de verklaringen van zowel de minderjarige als de moeder, anders dan de vader stelt, naar voren komt dat de vader geen actieve rol heeft gespeeld in het leven van de minderjarige. Ook uit verklaringen van een nicht, bij wie de moeder gedurende vijf jaren heeft gewoond en van de grootmoeder (moederszijde) blijkt, dat de vader niets met en voor de minderjarige heeft gedaan. Het hof passeert de stellingen van de vader in zoverre, nu deze gemotiveerd door de moeder zijn betwist. Partijen zijn nimmer met elkaar gehuwd geweest, hebben vóór de geboorte van de minderjarige kort samengewoond terwijl hun relatie al vóór de geboorte was verbroken. De moeder heeft, tot 2007, steeds de dagelijkse zorg voor de minderjarige gehad. In de perioden dat de moeder vanaf 2007, in verband met werkzaamheden, naar Nederland vertrok, verbleef de minderjarige bij de grootmoeder moederszijde. Gesteld noch gebleken is dat de vader zich, meer in het bijzonder in die perioden, heeft bekommerd om de verzorging en opvoeding dan wel het welzijn en de ontwikkeling van de minderjarige. De minderjarige heeft geen herinnering aan frequente bezoeken van de vader, ondanks het feit dat de rechtbank op verzoek van de vader een omgangsregeling had vastgesteld. Op de momenten dat de vader op bezoek kwam bij de minderjarige, bleef de vader passief. De minderjarige was nooit alleen met de vader. Ook uit de schriftelijke verklaring van de vader blijkt, dat de minderjarige nimmer bij hem heeft overnacht. Kindergerichte activiteiten van de vader met de minderjarige, binnen dan wel buitenshuis, zijn niet aannemelijk geworden. Ook van overige (fysieke) inspanningen van de vader met het oog op de belangen van de minderjarige is niet gebleken. Dat de vader tot en met mei 2009 aan de moeder een bijdrage heeft voldaan in de kosten van verzorging en opvoeding van de minderjarige, maakt dit niet anders. De vader beroept zich op enige verklaringen van derden, waaruit zou blijken van de betrokkenheid van de vader, maar deze zijn door de moeder betwist, terwijl het hof uit de verklaringen niet kan opmaken, hoe deze derden aan hun wetenschap komen over hetgeen zij hebben verklaard. Het hof passeert deze verklaringen derhalve.

11. De vader heeft, ondanks verzoek daartoe, niet inzichtelijk gemaakt hoe hij invulling zou hebben gegeven aan zijn gezagsrecht indien de minderjarige naar Polen zou zijn teruggekeerd. Uit de verklaring van de Centrale Autoriteit leidt het hof af dat de vader met zijn verzoek veeleer voortzetting van de oude situatie beoogt, in die zin dat hij bezoekcontacten heeft met de minderjarige, en niet voor ogen heeft (dagelijkse) zorg te dragen voor de fysieke en emotionele ontwikkeling van de minderjarige. Ten overvloede merkt het hof op dat een last tot onmiddellijke terugkeer van een kind, zoals bedoeld in artikel 8, in verbinding met artikel 12 van het HKOV, niet kan worden gegrond op de regeling of de bescherming van de feitelijke uitoefening van het bezoekrecht (artikel 21 HKOV, Rapport Pérez-Vera, p.444-445, nr.65).

12. Uit het verhandelde ter terechtzitting en uit de stukken is naar voren gekomen, dat de moeder in de periode vanaf de geboorte van de minderjarige tot aan haar vertrek naar Nederland binnen Polen regelmatig met de minderjarige is verhuisd. Dit blijkt ook uit de schriftelijke verklaring van de vader. Daarnaast blijkt uit het door de moeder gestelde, dat in perioden van haar afwezigheid vanwege werk in Nederland, zij de minderjarige heeft ondergebracht bij familie, met name bij haar moeder. Gesteld noch gebleken is, dat de vader op enig moment heeft getracht, in of buiten rechte, om zijn uit het gezagsrecht voortvloeiende recht om over de verblijfplaats van de minderjarige mede te beslissen, te realiseren. Aldus kan niet gezegd worden, dat dit recht in het onderhavige geval op dit punt, enige inhoud had op het moment van het niet doen terugkeren van de minderjarige naar Polen.

13. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat de vader niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij ten tijde van het niet doen terugkeren van de minderjarige naar Polen, zijn gezagsrecht naar Pools recht, daadwerkelijk uitoefende, dan wel hij dit zou hebben uitgeoefend, indien de minderjarige wel naar Polen was teruggekeerd. Dit brengt mee dat de bestreden beschikking, met aanvulling van gronden, zal worden bekrachtigd. Gelet hierop behoeven de grieven van de moeder geen bespreking meer.

14. Nu het verzoek tot terugleiding van de minderjarige wordt afgewezen, komt het hof niet meer

toe aan de beoordeling van het verzoek van de Centrale Autoriteit tot veroordeling van de moeder in de kosten zoals verzocht.

15. Mitsdien wordt als volgt beslist.

Beslissing op het principale en het incidentele hoger beroep

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beschikking voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;

wijst het in hoger beroep meer of anders verzochte af.

» Noot

Op grond van art. 3 lid 1 Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 (hierna: HKOV 1980) wordt het overbrengen of het niet doen terugkeren van een minderjarige als ongeoorloofd beschouwd indien:

- dit geschiedt in strijd met een gezagsrecht dat is toegekend aan een persoon, een instelling of enig ander lichaam, alleen of gezamenlijk, ingevolge het recht van de staat waarin de minderjarige onmiddellijk voor zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had, en
- dit recht alleen of gezamenlijk daadwerkelijk werd uitgeoefend op het tijdstip van het overbrengen of het niet doen terugkeren, dan wel zou zijn uitgeoefend, indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden.

Deze bepalingen stemmen in grote mate overeen met art. 2 onder 11 Brussel II-bis, waardoor er steeds in deze noot naar art. 3 HKOV zal worden verwezen. Als voorwaarde voor het “als ongeoorloofd beschouwen” moet het gezagsrecht daadwerkelijk worden uitgeoefend. Het HKOV 1980 geeft echter zelf niet aan wat onder het begrip “daadwerkelijke uitoefening” van het gezagsrecht moet worden verstaan.

Zoals in casu vastgesteld door de rechtbank en in hoger beroep onomstreden is gebleven, had de vader geen rol in de dagelijks verzorging van het kind. Naar het oordeel van de Hoge Raad kan echter van daadwerkelijke uitoefening van het gezagsrecht als bedoeld in bovengenoemde artikelen ook sprake zijn indien degene aan wie het gezagsrecht is toegekend, het kind niet feitelijk verzorgt en opvoedt (HR 20 oktober 2006, «JPF» 2007/17). Voldoende is dat de met het gezag belaste persoon of instelling ervan blijk heeft gegeven zich overeenkomstig de inhoud van het bestaande gezagsrecht de belangen van het kind aan te trekken. In dit opzicht heeft de rechtbank te veel nadruk gelegd op de al dan niet feitelijke verzorging van het kind door de vader (Rb. 's-Gravenhage 2 november 2009, LJV BL0625).

Nu rijst de vraag of in casu de met het gezag belaste persoon of instelling blijk heeft gegeven zich overeenkomstig de inhoud van het bestaande gezagsrecht de belangen van het kind aan te trekken. Maar aan de hand van welk recht dient deze vraag te worden beantwoordt? De *lex fori* of het recht van het land waarvan het kind is ontvoerd? Op grond van art. 3 lid 1 onder a HKOV 1980 moeten worden aangeknopt bij “het recht van de staat waarin de minderjarige onmiddellijk voor zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had”. In casu was dat Polen, en moet er derhalve naar het Pools recht worden gekeken om invulling te geven aan de inhoud van het gezagsrecht. Hoewel het Hof 's-Gravenhage deze stap maakt in r.o. 8 en 9, verdient het aanbeveling om dit stapje expliciet te noemen, vooral gelet op de inhoudelijke verschillen tussen het gezagsrecht in de verschillende landen.

De Hoge Raad heeft bepaald, dat door afspraken over de verzorging en opvoeding van het kind te maken met degene(n) aan wie de feitelijke zorg wordt toevertrouwd en op de naleving daarvan toe te

zien, er sprake kan zijn van daadwerkelijke uitoefening zonder dat er feitelijk voor het kind wordt gezorgd. In casu bepaalt het hof dat de vader geen wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan de fysieke en emotionele ontwikkeling van het kind. Het leveren van een bijdrage in de kosten van het onderhoud van het kind is niet voldoende om van daadwerkelijke uitoefening te spreken.

Het hof heeft mijns inziens de lijn van de Hoge Raad in deze uitspraak op een juiste wijze toegepast. Uit de feiten blijkt niet dat de vader enige inspanning had verricht om zich de belangen van het kind aan te trekken. Hij heeft niet aannemelijk kunnen maken dat hij een bijdrage heeft geleverd aan de fysieke en/of emotionele ontwikkeling van zijn kind. Met deze uitspraak kan men zich echter afvragen of hiermee grenzen worden gesteld aan de beslissing van de Hoge Raad uit oktober 2006. Hoewel de Hoge Raad een ruime interpretatie aan art. 3 lid 1 HKOV 1980 lijkt te willen geven, blijkt dat als iemand niet de feitelijke verzorging en opvoeding van zijn of haar kind op zich neemt, het erg moeilijk is om te bewijzen dat er sprake is van “daadwerkelijke uitoefening van het gezagsrecht”.

Hetzelfde resultaat als in casu werd ook bereikt door de Rechtbank 's-Gravenhage op 15 april 2010 (LJN BM2746) en in hoger beroep door het Hof 's-Hertogenbosch op 27 mei 2010 (LJN BM5997).

I. Curry-Sumner