

JPF 2010/88

Voorzieningenrechter Rechtbank Breda

19 november 2009, 209116 KG ZA 09-538; LJN BK8853.

(Mr. Warnaar)

[Naam eiser] te [woonplaats eiser],
eiser,
verweerder in reconventie,
hierna te noemen: de man,
advocaat: mr. J.J.R. Albicher,
tegen
[naam gedaagde] te [woonplaats gedaagde],
gedaagde,
eiseres in reconventie
hierna te noemen: de vrouw,
advocaat: mr. D.R.M. de Vos.

Internationale kindertvoering, Internationale bevoegdheid

[Haags Kinderontvoeringsverdrag - 3; 13; 29]

» **Samenvatting**

Uit de relatie van partijen is een minderjarig kind geboren. Partijen zijn inmiddels gescheiden. Bij beschikking van Rechtbank Breda is de hoofdverblijfplaats van het kind bij de man bepaald. Beiden partijen oefenen het gezag uit over het kind. Er is lange tijd wekelijks een goed verlopende omgang geweest. De man verleent echter geen medewerking meer hieraan en er is sprake van bedreigingen jegens de vrouw en haar partner. Nadat het kind gedurende twee weken bij de vrouw in België heeft verbleven, heeft de vrouw geweigerd het kind volgens afspraak op 6 september 2009 naar de man terug te brengen.

De man vordert op grond art. 3 Haags Kinderontvoeringsverdrag (hierna: HKOV) terugleiding van het minderjarige kind naar Nederland. Tevens heeft het kind aangegeven niet meer terug te willen naar de man. Het kind zou zich verzetten tegen terugkeer maar geeft anderzijds aan de man te missen.

Ter terechtzitting is gebleken dat de Nederlandse Centrale Autoriteit zich inmiddels heeft gewend tot de Belgische Centrale Autoriteit. Op grond van art. 29 HKOV volgt dat deze procedure er niet in de weg staat dat de man zich tevens rechtstreeks tot de voorzieningenrechter wendt. De rechtbank acht zich bevoegd op grond van art. 10 Brussel II-bis. Het verzet van de minderjarige leidt niet tot het aannemen van een weigeringsgrond zoals genoemd in art. 13 lid 2 HKOV 1980 om reden dat het kind in een loyaliteitsconflict is komen te verkeren. De rechter acht het niet raadzaam de minderjarige te horen. De vrouw heeft niet de benodigde toestemming van de man gehad om het kind niet te doen terugkeren vanuit België. De vrouw heeft in strijd gehandeld met haar gezagsrecht en heeft het kind ongeoorloofd in België gehouden. De rechter gelast de vrouw de minderjarige binnen 24 uur terug te brengen dan wel te laten brengen naar de man.

» **Uitspraak**

1. *Het verloop van het geding*

(...; red.)

2. *Het geschil*

De man vordert in conventie bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, de vrouw, – op basis van het (Haags) Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (Trb, 1987, Nr 139), verder te noemen het Verdrag, te bevelen binnen 24 uur na betekening van dit vonnis de uit hun huwelijk geboren minderjarige [naam minderjarige], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum], terug te (laten) geleiden naar Nederland met afgifte van de minderjarige bij hem, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 500,= per dag voor het geval de vrouw in gebreke mocht blijven aan dit bevel te voldoen.

De vrouw vordert in reconventie bepaling van het voorlopige hoofdverblijf van de minderjarige bij de vrouw.

Partijen hebben elkaars vordering bestreden.

3. *De beoordeling*

In conventie en in reconventie

3.1. Tussen partijen staat het volgende vast:

- Partijen zijn met elkaar gehuwd geweest van [datum huwelijk] tot [datum inschrijving echtscheiding].
- Uit hun relatie is op [geboortedatum minderjarige] te [geboorteplaats] geboren de minderjarige [naam minderjarige].
- De man heeft de minderjarige op 26 februari 2003 erkend.
- Partijen zijn gezamenlijk belast met het gezag over de minderjarige.
- Bij beschikking van de rechtbank Breda van 16 januari 2004 is het hoofdverblijf van [naam minderjarige] bij de man bepaald.
- Nadat [naam minderjarige] gedurende 2 weken in de zomervakantie bij de vrouw heeft verbleven, heeft zij geweigerd hem volgens afspraak op 6 september 2009 naar de man terug te brengen.

3.2. De vorderingen in conventie en in reconventie worden vanwege hun nauwe samenhang gezamenlijk behandeld.

3.3. Het voornoemde Verdrag heeft tot doel de onmiddellijke terugkeer te verzekeren van kinderen die ongeoorloofd zijn overgebracht naar of worden vastgehouden in een verdragsluitende staat. Van ongeoorloofd overbrengen of niet doen terugkeren van een kind – kinderontvoering – is op grond van artikel 3 van het Verdrag sprake indien het overbrengen of het niet doen terugkeren van een kind geschiedt in strijd met het gezagsrecht, dat is toegekend aan een persoon, ingevolge het recht van de Staat waarin het kind onmiddellijk voor zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had en dit recht 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.

Op grond van artikel 10 van de Verordening betreffende de bevoegdheid en erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid (verder te noemen Verordening Brussel II bis) is in geval van ongeoorloofd overbrengen bevoegd het gerecht van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had. Uit de overgelegde stukken en het verhandelde ter terechtzitting is gebleken dat het kind vóór het niet doen terugkeren door de vrouw zijn daadwerkelijke verblijfplaats had in [woonplaats minderjarige]. Die plaats is gelegen in het

arrondissement Breda. De voorzieningenrechter acht zich derhalve bevoegd om van de vordering kennis te nemen.

3.4. De man heeft voorts de Directie Justitieel Jeugdbeleid, Afdeling Juridische en Internationale Zaken van het Ministerie van Justitie, in haar hoedanigheid van Centrale Autoriteit, verzocht hem behulpzaam te zijn bij het verzekeren van de terugkeer van de minderjarige naar Nederland. Ter terechtzitting is gebleken dat de Nederlandse Centrale Autoriteit zich inmiddels heeft gewend tot de Belgische Centrale Autoriteit.

Uit het bepaalde in artikel 29 van het Verdrag volgt dat deze procedure er niet aan in de weg staat dat de man zich tevens rechtstreeks tot de voorzieningenrechter wendt. De man heeft een spoedeisend belang bij zijn vordering. Het verdrag bepaalt weliswaar ten aanzien van de de procedure die in gang wordt gezet door de Centrale Autoriteit dat de snelst mogelijke procedure moet worden gevolgd; dit neemt echter niet weg dat deze procedure langere tijd in beslag neemt dan het door de man aanhangig gemaakte kort geding. Ter zitting is gebleken dat de procedure in België kennelijk eerst in de fase van dossieropbouw verkeert.

3.5. De man legt aan zijn vordering het volgende ten grondslag. De minderjarige heeft sedert december 2002 zijn hoofdverblijf bij hem in [woonplaats eiser]. De man heeft vanaf die tijd altijd alleen voor het kind gezorgd en hem alleen opgevoed. Volgens de man bevond de vrouw zich op dat moment in de prostitutie en in een crimineel milieu. Op 9 december 2003 hebben partijen een echtscheidingsconvenant gesloten. Daarin zijn partijen een omgangsregeling overeengekomen inhoudende dat de vrouw gerechtigd is tot regelmatige omgang met de minderjarige. Partijen zouden daartoe in onderling overleg een regeling treffen. De omgang heeft altijd goed gefunctioneerd. Deze vond plaats bij de ouders van de vrouw omdat de vrouw zelf niet in staat was een veilige omgeving aan de minderjarige te bieden om omgang te hebben. Bij beschikking van 16 januari 2004 van de rechtbank Breda is het hoofdverblijf van de minderjarige bij de man bepaald. Eind juni 2009 heeft de vrouw een voorstel gedaan terzake een omgangsregeling inhoudende omgang gedurende drie weekenden per maand alsmede gedurende de helft van de vakantie- en feestdagen. De man is akkoord gegaan voor wat betreft de vakantie- en feestdagen alsmede omgang gedurende een weekend per veertien dagen. Naast deze discussie werd er volgens de man druk op de minderjarige uitgeoefend door de vrouw en haar ouders terzake hun geloofsovertuiging hetgeen zijn schoolprestaties niet ten goede kwam. De vrouw heeft haar voorstel gehandhaafd en heeft in het omgangsweekend op 6 september 2009 geweigerd om de minderjarige terug te brengen naar de man. Op 8 september 2009 heeft de advocaat van de vrouw bevestigd dat de vrouw de minderjarige niet meer bij de man terug zal brengen. De man betwist, zoals de vrouw beweert, dat zijn vakantie met de minderjarige in Marokko niet goed is verlopen en dat zijn thuissituatie zorgelijk is. Overigens is de man niet op de hoogte van een kennelijk door de vrouw gestarte procedure bij de jeugdrechtbank in [plaatsnaam] terzake het hoofdverblijf van de minderjarige.

3.6. De vrouw stelt dat er lange tijd wekelijks omgang is geweest die goed verliep. Sedert april 2009 verleent de man echter geen medewerking meer aan de wekelijkse omgang en is er sprake van bedreigingen jegens de vrouw en haar partner. Na een vakantie van vier weken van de minderjarige met de man in Marokko en een hierop volgend verblijf van twee weken bij de vrouw heeft de minderjarige aangegeven niet meer terug te willen naar de man. Volgens de vrouw is de minderjarige de gehele reis naar Marokko bang geweest omdat de man drugs bij zich had en is de minderjarige in Marokko volledig aan zijn lot overgelaten.

Gedurende zijn verblijf in de vakantie bij de vrouw kwam de minderjarige met zorgelijke verhalen over de situatie bij de man. Ook op school ging het niet goed als gevolg van de thuissituatie waarin hij geregeld werd geconfronteerd met huiselijk geweld van de man jegens zijn nieuwe echtgenote die uiteindelijk is gevlucht. Gezien de verhalen van de minderjarige en zijn tegenzin om naar de vader terug te gaan heeft de vrouw besloten om hem bij zich te houden. Zij heeft hiervan melding gemaakt bij de politie in [plaatsnaam] en heeft een verzoekschrift ingediend bij de jeugdrechtbank in

[plaatsnaam] waarin zij onder meer heeft verzocht om het hoofdverblijf van de minderjarige bij haar te bepalen. Sedert 7 september 2009 gaat de minderjarige in België naar school en zijn prestaties zijn weer goed. Overigens betwist de vrouw de stellingen van de man terzake prostitutie en drugsgebruik. In afwachting van de uitspraak van de Belgische rechter verzoekt de vrouw om bepaling van het voorlopige hoofdverblijf van de minderjarige bij haar.

3.7. De voorzieningenrechter is gelet op hetgeen hiervoor is overwogen van oordeel dat de overbrenging van het kind naar België ongeoorloofd is geweest aangezien beide partijen het gezag over het kind uitoefenen, het hoofdverblijf van de minderjarige is bepaald bij de man en de vrouw niet de benodigde instemming van de man heeft (gehad) om het kind niet te doen terugkeren vanuit België. Daarmee is komen vast te staan dat de vrouw gehandeld heeft in strijd met het geldende gezagsrecht en dat zij het kind ongeoorloofd in België heeft gehouden. Door de minderjarige in België te laten blijven heeft de vrouw verhinderd dat de man zijn ouderlijke bevoegdheden heeft kunnen uitoefenen. Op grond van het Verdrag dient de onmiddellijke terugkeer van [naam minderjarige] te worden gelast.

3.8. Voor zover de vrouw zich beroept op de weigeringsgronden zoals genoemd in artikel 13 lid 1 sub b van het Verdrag inhoudende dat onmiddellijke teruggeleiding leidt tot het ernstige risico dat het kind wordt blootgesteld aan lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondragelijke situatie wordt gebracht overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Van een ernstig risico dat het kind na terugkeer wordt blootgesteld aan lichamelijk of geestelijk gevaar is eerst sprake in extreme situaties zoals fysiek of psychisch gevaar, danwel gewelddadige omstandigheden. Deze situaties of omstandigheden zijn voorshands echter niet komen vast te staan. Weliswaar is er volgens de stelling van de vrouw tijdens het huwelijk van de man met zijn nieuwe partner sprake geweest van geweldsescalaties – hetgeen overigens door de man is betwist –, maar niet gebleken is dat daar thans nog sprake van is. Bovendien is ook die relatie thans verbroken. Voor zover de vrouw van mening is dat de opvoedings- en verzorgingssituatie bij de man te kort schiet, is het aan haar om in Nederland een procedure tot wijziging van het hoofdverblijf aanhangig te maken.

3.9. Daarnaast stelt de vrouw dat de minderjarige zich verzet tegen terugkeer naar de man en liever bij de vrouw wenst te wonen. Voor zover de vrouw zich beroept op de weigeringsgrond zoals genoemd in artikel 13 lid 2 van het Verdrag inhoudende dat de minderjarige zich zodanig verzet tegen zijn terugkeer dat onmiddellijke teruggeleiding dient te worden geweigerd wordt als volgt overwogen. Gebleken is dat partijen twisten over de invulling van de omgang. Kennelijk zijn partijen niet in staat daarover op adequate wijze te communiceren en zijn daarbij ernstige spanningen tussen partijen gerezen. Aannemelijk is geworden dat [naam minderjarige] in een loyaliteitsconflict is komen te verkeren. Daar waar de vrouw enerzijds stelt dat de minderjarige zich zou verzetten tegen terugkeer naar de man, geeft zij anderzijds ter zitting aan dat de minderjarige de man mist. De eenzijdige beslissing van de vrouw om de minderjarige niet terug naar de man te laten gaan, heeft naar het oordeel van de voorzieningerechter het risico in zich dat de loyaliteitsproblemen nog zijn toegenomen. Aldus is voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de minderjarige zich zodanig verzet dat gelasting tot teruggeleiding dient te worden geweigerd. De vraag dient zich aan of de minderjarige in het kader van deze procedure in de gelegenheid moet worden gesteld zijn mening te geven. Het Verdrag schrijft voor dat, afhankelijk van de leeftijd en mate van rijpheid van de minderjarige rekening moet worden gehouden met zijn mening, en aldus zou moeten worden gehoord; hiervoor wordt echter geen leeftijdsindicatie genoemd. [Naam minderjarige] is thans – net – 10 jaar oud. Door partijen is niet aangevoerd dat [naam minderjarige] een zodanige rijpheid heeft dat hij gehoord zou moeten worden. Gelet op het loyaliteitsconflict waarin hij zich bevindt, en het karakter van deze procedure, acht de voorzieningenrechter het niet raadzaam de minderjarige te horen. Eerst in een eventueel aanhangig te maken bodemprocedure met betrekking tot het hoofdverblijf kan op passende wijze met de mening van de minderjarige rekening worden gehouden.

3.10. Gelet op al het vorenstaande heeft de voorzieningerechter geen reden om te twijfelen aan de

ongeoorloofdheid van de achterhouding zodat zij de vrouw zal gelasten het kind terug te brengen naar Nederland, danwel het kind af te geven aan de man.

Dit betekent dat de door de vrouw gevorderde voorziening wordt geweigerd.

3.11. De rechtbank ziet aanleiding om aan de gevraagde dwangsom een maximum te verbinden van € 25.000,=, onverminderd het bepaalde in artikel 611d Rv in het geval van (gedeeltelijke) onmogelijkheid aan de hoofdveroordeling te voldoen.

3.12. Omdat tussen partijen sprake is van een relatie als bedoeld in de tweede zin van lid 1 van artikel 237 Rechtsvordering zal de rechtbank de proceskosten tussen hen compenseren.

4. De beslissing in kort geding

De voorzieningenrechter

in conventie

gelast dat de vrouw de minderjarige [naam minderjarige], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum], binnen 24 uur na betekening van dit vonnis terugbrengt danwel terug laat brengen naar de man;

bepaalt dat de vrouw een dwangsom van € 500,= (vijfhonderd euro) per dag zal verbeuren indien zij in gebreke mocht blijven aan dit bevel te voldoen, met bepaling dat aan dwangsommen maximaal € 25.000,= (vijfentwintigduizend euro) kan worden verbeurd;

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

in reconventie

weigert de gevorderde voorziening;

in conventie en in reconventie

compenseert de kosten van het geding aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

weigert het meer of anders gevorderde.

» Noot

1. Inleiding

De bevoegdheid van de Nederlandse rechter in kindervervoeringszaken is niet altijd even eenvoudig vast te stellen. In vier verschillende uitspraken worden vragen gesteld met betrekking tot de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in kindervervoeringszaken. In deze noot wordt een overzicht van de verschillende bepalingen gegeven.

Er zijn drie bronnen die relevant zijn om te bepalen welke rechter bevoegd is met betrekking tot verzoeken in kindervervoeringszaken, te weten de Brussel II-bis Verordening, het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 (hierna: HKOV 1980) en indien deze internationale bronnen niet van toepassing zijn, Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Wat zeker niet relevant is, doch wat door de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage op 8 mei 2009 (LJN BL4972) wordt aangehaald, is de Brussel I Verordening (oftewel het EEX-Verordening). Op grond van art. 1 lid 2 Brussel I is de verordening niet van toepassing op “de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen (...)”. Deze uitzondering houdt in principe in dat alle familierechtelijke kwesties buiten de reikwijdte van de verordening vallen, behalve vragen omtrent onderhoudsverplichtingen (Jenard Rapport, p. 18-19).

2. *Brussel II-bis vs. HKOV 1980*

Indien het kind onmiddellijk vooraf aan de ontvoering gewone verblijfplaats in de lidstaat had, en ontvoerd wordt naar een andere lidstaat dan zijn zowel Brussel II-bis als het HKOV 1980 allebei van toepassing (ervan uit gaande dat aan de materiële en temporele toepassingsgebieden van beide instrumenten ook is voldaan). Op grond van art. 60 onder e Brussel II-bis, claimt Brussel II-bis voorrang boven het HKOV 1980.

Er moet echter een onderscheid worden gemaakt tussen twee verschillende vragen die aan de rechter kunnen worden voorgelegd, verzoeken die betrekking hebben op het gezag of de omgang enerzijds (par. 2.1) en verzoeken tot de teruggeleiding van het kind anderzijds (par. 2.2). De regels omtrent de bevoegdheid zijn verschillend en zullen vaak verschillende rechters aanwijzen. In de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage 19 oktober 2009, LJN BL0893 «JPF» 2010/90 is dit onderscheid duidelijk te zien.

2.1. *Bevoegdheid met betrekking tot omgang en gezagskwesties*

Op grond van art. 8 Brussel II bis zijn de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zijn of haar gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak bij het gerecht aanhangig wordt gemaakt, bevoegd om over deze geschillen te oordelen. Als er echter sprake is van een illegale verhuizing, dat wil zeggen ongeoorloofd in de zin van art. 2 onder 11 Brussel II-bis, dan voorziet art. 10 in een uitzondering op de bevoegdheidshoofregel. In een dergelijk geval blijven de gerechten van de staat bevoegd waar vandaan het kind is ontvoerd. Deze bevoegdheid kent echter beperkingen. Deze bevoegdheid heeft slechts betrekking op beslissingen omtrent het omgangs- en gezagsrecht (zie bijvoorbeeld De Boer, *Personen- en Familierecht*, (losbl.), art. 10 Brussel II-bis, aant. 1). Deze gerechten zijn derhalve niet bevoegd om te oordelen over een verzoek tot teruggeleiding (zie *contra* Rechtbank Breda 19 november 2009, LJN BK8853 «JPF» 2010/88).

2.2. *Bevoegdheid met betrekking tot het verzoek tot teruggeleiding van het kind*

Met betrekking tot het verzoek tot teruggeleiding bevat Brussel II-bis geen bevoegdheidsregels. Art. 11 lid 1 Brussel II-bis voorziet echter wel in een verwijzing naar het HKOV 1980. Dit betekent dat het HKOV 1980 geraadpleegd dient te worden ten aanzien van vragen met betrekking tot de bevoegdheid van de rechter in relatie tot het verzoek tot teruggeleiding. Op grond van art. 8 jo. art. 12 HKOV 1980 zijn de gerechten van de Verdragsluitende Staat waarnaar het kind is ontvoerd oftewel de gerechten van de Verdragsluitende Staat waar het kind zich bevindt, bevoegd om over het verzoek tot teruggeleiding te oordelen.

Aangezien de peildatum voor het bepalen van bevoegdheid het moment van aanhangig maken van het verzoek is, kan het voorkomen dat ten tijde van de zitting het kind zich inmiddels niet meer in dat land bevindt. Art. 12 lid 3 HKOV 1980 voorziet hier in een aparte regel: wanneer de aangezochte rechter redenen heeft om aan te nemen dat het kind zich niet meer in zijn land bevindt maar is meegenomen naar een derde staat, kan hij de procedure schorsen dan wel het verzoek afwijzen. Het schorsen van de procedure heeft tot gevolg, dat de rechtbank de procedure altijd kan hervatten indien het kind zich weer in het land bevindt. Voor een voorbeeld zie Rechtbank 's-Hertogenbosch 24 november 2009, LJN BL0988 «JPF» 2010/92.

2.3. *Relatieve bevoegdheid*

Op grond van art. 11 lid 1 van de Uitvoeringswet verdragen inzake internationale ontvoering van kinderen, is bevoegd de kinderrechter van de rechtbank of in kort geding de voorzieningenrechter van de rechtbank in wier rechtsgebied het kind verblijfplaats heeft. Indien het kind geen vaste verblijfplaats in Nederland heeft of indien dat niet kan worden vastgesteld, is de kinderrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage bevoegd. Op grond van art. 8 Besluit nevenvestigings- en nevenzittingsplaatsen en het Aanwijzingsbesluit 's-Gravenhage als nevenzittingsplaats internationale kinderontvoeringen d.d. 4 februari 2009 van de Raad voor de Rechtspraak, kan de zaak worden overgenomen door de kinderrechter c.q. Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage.

3. *Gevolgen van niet-inschakeling van een Centrale Autoriteit*

Het HKOV maakt gebruik van een systeem van centrale autoriteiten (zie de bepalingen uit Hoofdstuk II). Het HKOV beoogt echter geen exclusief systeem op te richten. Het systeem van centrale autoriteiten opereert naast de huidige mogelijkheden. Als gevolg daarvan mag een verzoeker een verzoek direct indienen bij de bevoegde rechter. Dit brengt echter niet met zich mee dat een verzoek tot terugleiding ingediend kan worden bij de gerechten van het land waar het kind zich niet bevindt. Art. 29 HKOV 1980 moet derhalve worden gelezen in die zin dat het een verzoeker de mogelijkheid biedt om rechtstreeks een verzoek bij de bevoegde gerechten in te dienen. Dit betekent dat de rechter wel eerst moet vaststellen dat hij bevoegd is (zie *contra* Rechtbank Breda 19 november 2009, LJN BK8853). Indien een verzoeker ervoor kiest om rechtstreeks een verzoek in te dienen, hebben zij vervolgens de keuze of zij een beroep willen doen op de bepalingen uit het Verdrag (zie Toelichtend Rapport, p. 469).

I. Curry-Sumner