

JPF 2010/91

Rechtbank 's-Gravenhage

3 november 2009, 346529 FA RK 09-7270; LJN BL0625.

(Mr. De Lange-Tegelaar

Mr. Hoekstra-van Vliet

Mr. Kramer)

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 (Stb. 202) tot uitvoering van het Haagse Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980 (Trb. 1987, 139), te 's-Gravenhage, verder te noemen de Centrale Autoriteit, optredend voor zichzelf en namens:

[de vader] te [plaats X.], Polen.

Als belanghebbende wordt aangemerkt:

[de moeder] te [woonplaats],

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

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

Procedure

(...; red.)

Verzoek en verweer

De Centrale Autoriteit heeft verzocht – zoals ter terechtzitting nader uiteengezet – met toepassing van artikel 13 van de Wet van 2 mei 1990, Stb. 202, (hierna te noemen: de Uitvoeringswet) de onmiddellijke terugkeer van de minderjarige te bevelen, althans de terugkeer van de minderjarige vóór een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum te bevelen, dan wel te bevelen dat – indien de moeder weigert de minderjarige binnen de bepaalde termijn terug te brengen naar Polen – de moeder de minderjarige aan de vader dient af te geven, zodat hij de minderjarige mee terug kan nemen naar zijn gewone verblijfplaats in Polen.

De moeder heeft gemotiveerd verweer gevoerd, welk verweer hierna – voor zover nodig – zal worden besproken, en zelfstandig verzocht, voor zover de rechtbank oordeelt tot toewijzing van het verzoek, te bepalen dat de minderjarige bij wijze van voorlopige voorziening en in afwachting van een procedure in Polen zijn verblijf in Nederland bij zijn moeder heeft en een deskundige te benoemen, teneinde forensische mediation te bewerkstelligen, een en ander voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad en kosten rechtens.

Feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter terechtzitting wordt van het volgende uitgegaan.

Uit de affectieve relatie van partijen is geboren de minderjarige [minderjarige A.], op [geboortedatum] 2000 te [plaats Y.], Polen. Partijen woonden toen niet samen. De vader heeft de minderjarige op 10 oktober 2000 erkend. Partijen hebben het gezamenlijk gezag over de minderjarige.

Partijen hebben beide de Poolse nationaliteit.

Bij beschikking van 29 november 2004 heeft de rechtbank in [plaats Y.], Polen, het verzoek van de moeder om de vader uit het gezag over de minderjarige te ontheffen afgewezen en een omgangsregeling vastgesteld tussen de vader en de minderjarige.

De moeder heeft de minderjarige eind juni 2008 naar Nederland overgebracht.

De vader heeft, middels de Poolse Centrale Autoriteit, op 27 november 2008 een verzoek tot tussenkomsst ingediend bij de Nederlandse Centrale Autoriteit.

De minderjarige verblijft thans bij de moeder op het [adres]

Beoordeling

Aan de wettelijke formaliteiten is voldaan.

(Relatieve) bevoegdheid

Het verzoek van de vader is gebaseerd op het Haagse Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen van 25 oktober 1980 (hierna: het Haagse Verdrag). Zowel Nederland als Polen zijn partij bij het Haagse Verdrag.

Op grond van artikel 11 lid 1 sub a van de Uitvoeringswet is de rechtbank 's-Gravenhage bevoegd van het verzoek kennis te nemen, nu de minderjarige zijn werkelijke verblijfplaats heeft in het arrondissement 's-Gravenhage.

Ontvankelijkheid Centrale Autoriteit

De moeder heeft primair gesteld dat de Centrale Autoriteit en de vader niet-ontvankelijk verklaard dienen te worden in het verzoek tot teruggeleiding. Zij heeft naar voren gebracht dat de Centrale Autoriteit op grond van artikel 7 lid 2 van het Haagse Verdrag gehouden is om te trachten te bewerkstelligen dat er aangaande het kind een schikking in der minne wordt bereikt. Volgens de moeder had de Centrale Autoriteit niet mogen overgaan tot het indienen van het verzoek tot teruggeleiding en had zij zich moeten vergewissen van de feiten en omstandigheden waaronder de moeder met de minderjarige naar Nederland is gegaan. De moeder beroept zich op wederzijdse afspraken die zij maakte met de vader over de verhuizing van de minderjarige naar Nederland en zij heeft nog steeds een voorkeur voor een onderlinge regeling van partijen boven een gerechtelijke beslissing. De moeder heeft in dit verband gewezen op een uitspraak van de rechtbank Utrecht d.d. 13 april 2005 (LJN: AT3895), waarin de rechtbank tot het oordeel kwam dat in die zaak de Centrale Autoriteit onvoldoende invulling had gegeven aan de in het Haagse Verdrag neergelegde opdracht te onderzoeken of een regeling in der minne tussen partijen mogelijk is.

Daargelaten of het onvoldoende invulling geven aan de in het Haagse Verdrag neergelegde opdracht te onderzoeken of een regeling in der minne tussen partijen mogelijk is tot niet-ontvankelijkheid dient te leiden – de rechtbank Utrecht heeft in haar beschikking de Centrale Autoriteit alsnog in de gelegenheid gesteld tussen partijen een regeling in der minne te (doen) beproeven – verwerpt de rechtbank het primaire verweer van de moeder. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat de Centrale Autoriteit naar voren heeft gebracht dat zij via de Centrale Autoriteit in Polen heeft geprobeerd de vader te overtuigen van het nut van mediation, doch dat dit niet tot resultaat heeft geleid. Nu de vader niet ter terechtzitting is verschenen en de Centrale Autoriteit heeft aangegeven dat de vader alleen de terugkeer van zijn zoon wil en eveneens niet wil praten over een omgangsregeling, ziet de rechtbank bovendien geen aanleiding om alsnog te trachten partijen tot een minnelijke oplossing te brengen.

Inhoudelijke beoordeling van het verzoek

Het Haagse Verdrag heeft – voor zover hier van belang – tot doel de onmiddellijke terugkeer te verzekeren van kinderen die ongeoorloofd zijn overgebracht of worden vastgehouden in een Verdragsluitende staat. Het Haagse Verdrag beoogt hiermee een zo snel mogelijk herstel van de situatie waarin het kind zich bevond direct voorafgaand aan de ontvoering of vasthouding. Een snel herstel van de aan de ontvoering of vasthouding voorafgaande situatie wordt geacht de schadelijke gevolgen hiervan voor het kind te beperken.

Op grond van artikel 3, lid 1, van het Haagse Verdrag wordt het overbrengen of het niet doen terugkeren van een kind 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 het kind 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.

De rechtbank stelt voorop dat niet in geschil is dat de gewone verblijfplaats van de minderjarige voor de overbrenging dan wel achterhouding in Polen is gelegen en dat naar Pools recht beide partijen gezamenlijk gezag hebben over de minderjarige.

De vraag die eerst aan de orde is, is of de overbrenging dan wel achterhouding is geschied in strijd met het gezagsrecht van de vader naar Pools recht.

De moeder heeft gesteld dat zij in juni 2008 met de minderjarige bij de vader langs is geweest en dat de vader akkoord is gegaan met het vertrek naar Nederland. Zij heeft voorts gesteld dat de vader in ieder geval op 30 juli 2009 zijn toestemming aan haar heeft gegeven om met de minderjarige in Nederland te verblijven. Volgens haar hebben partijen op laatstgenoemde dag of de dag ervoor afgesproken dat de moeder af zal zien van kinderalimentatie en dat de vader op zijn beurt af zal zien van een verzoek tot terugleiding. De moeder heeft ter terechtzitting aangegeven dat deze overeenstemming niet op schrift is gesteld.

De vader heeft gesteld dat hij toestemming heeft gegeven voor een verblijf buiten Polen, mits de moeder en de minderjarige uiterlijk 31 augustus 2008 zouden terugkeren. De vader heeft betwist te hebben ingestemd met of achteraf te hebben berust in de overbrenging van de minderjarige naar Nederland of met zijn verblijf in Nederland langer dan 31 augustus 2008. Hij heeft tevens betwist dat partijen eind juli 2009 tot overeenstemming zijn gekomen zoals door de moeder aangegeven.

De rechtbank zal de stellingen van de moeder passeren, nu de vader deze stellingen heeft betwist en de moeder haar stellingen niet (nader) heeft onderbouwd. De rechtbank is gelet hierop van oordeel dat de overbrenging dan wel achterhouding is geschied in strijd met het formele gezagsrecht van de vader als bedoeld in artikel 3, lid 1, onder a van het Haagse Verdrag.

De tweede vraag die thans aan de orde is, is of het gezagsrecht van de vader 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.

De moeder heeft in haar verweerschrift gesteld dat de vader het gezag feitelijk niet daadwerkelijk heeft uitgeoefend en dat dit ook niet zou zijn uitgeoefend wanneer de overbrenging niet had plaatsgevonden.

Het toelichtend Rapport van Elisa Pérez-Vera zegt over de feitelijke uitoefening van het gezag – voor zover thans van belang – op pagina 448:

“72. The second element characterizing those relationships protected by the Convention is that the custody rights which it is claimed have been breached by the child’s removal were actually exercised by the holder (...).

73. (...) This condition, by defining the scope of the Convention, requires that the applicant provide only some preliminary evidence that he actually took physical care of the child, a fact which normally will be relatively easy to demonstrate (...).”

De vader zal dus aannemelijk moeten maken dat hij de minderjarige fysiek heeft verzorgd voorafgaande aan de overbrenging dan wel achterhouding van de minderjarige. Indien sprake was van fysieke verzorging dan kan gezegd worden dat de vader het gezagsrecht ook daadwerkelijk heeft uitgeoefend.

Uit de door de vader overgelegde brief d.d. 22 september 2009 valt af te leiden dat de minderjarige en de moeder voor het overgrote deel van het leven van de minderjarige bij de ouders van de moeder hebben gewoond en dat contact plaatsvond in de vorm van bezoeken van de vader aan de minderjarige. De vader heeft uiteengezet dat hij tijd met zijn zoon doorbracht, als hij daarvoor toestemming kreeg. Hij heeft naar voren gebracht dat er meerdere procedures zijn geweest om moeder te bewegen meer contact toe te laten. De vader is van mening dat het de moeder is die het contact lange tijd praktisch onmogelijk heeft gemaakt.

De moeder heeft in haar verweerschrift het volgende gesteld. De relatie met de vader was al voor de geboorte van de minderjarige verbroken. De moeder is sinds de geboorte van de minderjarige de enige verzorgende ouder geweest. De vader kwam na de verbreking van de relatie wel eens bij haar langs om de minderjarige te zien, maar dit leidde vaak tot mishandelingen door de vader, waarvoor

hij uiteindelijk ook is veroordeeld op 25 februari 2004. Vanwege de mishandelingen wilde zij dat de vader niet langer het gezag over de minderjarige zou hebben en zij heeft daartoe bij de Poolse rechtbank een verzoek ingediend. De vader heeft toen een zelfstandig verzoek terzake van de omgang ingediend. Uiteindelijk heeft de Poolse rechtbank haar verzoek afgewezen en een omgangsregeling voor de vader vastgesteld. De vader is de omgangsregeling, zoals vastgelegd door de rechtbank, nimmer nagekomen. De vader kwam wel eens langs, maar zij wist nooit wanneer. De vader deed nooit iets met de minderjarige. Hij dronk en lag televisie te kijken op de bank. De vader heeft de minderjarige nooit meegenomen en de minderjarige heeft nog nooit een nacht bij zijn vader geslapen. De moeder is in 2007 al naar Nederland vertrokken om te werken. Zij reisde in die tijd op en neer tussen Polen en Nederland en de minderjarige verbleef bij zijn oma (moederszijde). De vader is weliswaar een procedure in Polen gestart om het eenhoofdig gezag over de minderjarige te krijgen, maar in de uitspraak van 10 juni 2009 is dit verzoek afgewezen.

De rechtbank stelt vast dat er in het leven van de minderjarige geen sprake is geweest van een gezinssituatie waarin de vader en de minderjarige samenwoonden. Evenmin is er sprake geweest van regulier verblijf van de minderjarige bij de vader.

Mede in het licht van het vorenstaande en gelet op de betwisting door de moeder is de rechtbank van oordeel dat de vader niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij de minderjarige fysiek heeft verzorgd voorafgaande aan de overbrenging dan wel achterhouding van de minderjarige. De vader stelt zich weliswaar op het standpunt dat de moeder hem heeft tegengewerkt, doch de rechtbank acht dit onvoldoende aangetoond. De rechtbank neemt hierbij met name in aanmerking dat de moeder al sedert 2007 naar Nederland reisde om te werken en dat gesteld noch gebleken is dat de vader in die tijd, toen de minderjarige bij zijn oma verbleef, op enig moment materieel invulling heeft gegeven aan zijn gezagsrecht door zorg- en opvoedingstaken ter hand te nemen. De rechtbank is dan ook van oordeel, ervan uitgaande dat de vader voorafgaande aan de overbrenging dan wel achterhouding geen rol in de feitelijke verzorging van de minderjarige heeft gespeeld, dat het gezagsrecht van de vader niet daadwerkelijk werd uitgeoefend, dat niet voldaan is aan artikel 3, lid 1b, van het Haagse Verdrag en dat er geen sprake is van een ongeoorloofde overbrenging dan wel achterhouding als bedoeld in artikel 3 van het Haagse Verdrag. Gelet hierop zal de rechtbank het verzoek van de vader tot teruggeleiding afwijzen en behoeven de overige verweren en het zelfstandig verzoek van de moeder verder geen bespreking meer.

De proceskosten

Gelet op het feit dat het hier een procedure van familierechtelijke aard betreft, ziet de rechtbank aanleiding de proceskosten te compenseren als hierna vermeld.

Beslissing

De rechtbank:

wijst af het verzoek van de vader tot teruggeleiding van de minderjarige naar Polen;

bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt.

» 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, LJN 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