

JPF 2011/59

Gerechtshof Leeuwarden

24 juni 2010, 200.065.403; LJN BN2042.

(mr. Bosch

mr. Groot

mr. Schipmolder)

De Directie Justitieel Jeugdbeleid, Afdeling Juridische en Internationale Zaken, van het Ministerie van Justitie, thans geheten de Directie Control, Bedrijfsvoering en Juridische Zaken van het directoraat-generaal Preventie, Jeugd en Sancties, 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, appelland,

hierna te noemen: de Centrale Autoriteit,

gemachtigde: J.A. Krab,

optredend voor zichzelf en namens

[verzoeker] te [woonplaats],

hierna te noemen: de vader,

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

[naam moeder],

[verweerster] te [woonplaats],

geïntimeerde,

hierna te noemen: de moeder,

advocaat: mr. F. Borger van der Burg te 's-Gravenhage.

Internationale kinderontvoering, Ongeboren kind

[Haags kinderontvoeringsverdrag 1980 - 3]

» **Samenvatting**

Bij beschikking van 29 april 2010 heeft de Rechtbank Assen, nevenzittingsplaats 's-Gravenhage, het verzoek van de Centrale Autoriteit tot teruggeleiding van de minderjarige naar de Verenigde Staten van Amerika afgewezen. Op 12 mei 2010 heeft de Centrale Autoriteit mede namens de vader verzocht de beschikking te vernietigen en, opnieuw beslissende, tot terugleiding te gelasten.

Het hof stelt vast dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen de situatie voordat het kind geboren was en de situatie na de geboorte. Ten aanzien van de situatie voor de geboorte is het hof van oordeel dat het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 niet van toepassing is. Zowel gelet op de tekst als gelet op de strekking van het verdrag – een zo spoedig mogelijk terugkeer van een kind naar diens land van herkomst – kan niet worden gezegd dat in het kader van het verdrag een ongeboren kind als kind in de zin van het verdrag moet worden aangemerkt.

Ten aanzien van de situatie vanaf de geboorte van het kind heeft te gelden dat, zeker nu het om een zeer jong kind gaat, zijn gewone verblijfplaats daar is bij degene die het gezag over hem uitoefent. Vastgesteld dient te worden waar de ouders hun gewone verblijfplaats hebben. Uit alle omstandigheden moet worden geconcludeerd dat partijen geen gezamenlijke gewone verblijfplaats hebben, maar ieder een andere een gewone verblijfplaats hebben.

Sedert zijn geboorte heeft het kind in Nederland gewoond en niet in de Verenigde Staten. Uit een en ander moet worden afgeleid dat het kind de sterkste maatschappelijke band heeft met Nederland.

Aangezien er geen grond bestaat om teruggeleiding naar de VS te gelasten bekrachtigt het hof de beschikking van de rechtbank.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

Het geding in eerste aanleg

(...; red.)

Het geding in hoger beroep

(...; red.)

De beoordeling

De feiten

1. Voor de vaststaande feiten verwijst het hof naar de weergave daarvan in de beschikking waarvan beroep.

Het oordeel van het hof

2. Bij de beoordeling van deze zaak moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie waarin [kind] nog niet geboren was en de situatie vanaf zijn geboorte.

3. Ten aanzien van de situatie waarin [kind] nog niet geboren was (maar de moeder wel zwanger van hem was) heeft te gelden dat het verdrag niet van toepassing is. Artikel 4 van het verdrag bepaalt (voor zover hier van belang) dat het verdrag van toepassing is op ieder kind dat onmiddellijk voorafgaande aan de inbreuk op het recht betreffende het gezag of omgangsrecht zijn gewone verblijfplaats had in een verdragsluitende staat. Zowel gelet op deze tekst als gelet op de strekking van het verdrag – een zo spoedig mogelijke terugkeer van een kind naar diens land van herkomst – kan niet gezegd worden dat in het kader van het verdrag een ongeborn kind als kind in de zin van het verdrag moet worden aangemerkt¹.

4. Ten aanzien van de situatie vanaf de geboorte van [kind] heeft – zeker nu het om een zeer jong kind gaat – te gelden dat zijn gewone verblijfplaats die is van degene(n) die het gezag over hem uitoefenen. Dit volgt uit de strekking van het verdrag en uit daarop gebaseerde jurisprudentie². Aangezien [kind] staande het huwelijk van zijn ouders en in Nederland is geboren oefenden zij vanaf zijn geboorte gezamenlijk het gezag over hem uit. Gesteld noch gebleken is dat in die gezagsvoorziening inmiddels wijziging is gekomen. Uit de standpunten van partijen valt met voldoende zekerheid af te leiden dat partijen dit gezag ook daadwerkelijk gezamenlijk hebben uitgeoefend, tot aan het vertrek van de vader naar de V.S.

5. Vaststelling van de gewone verblijfplaats van de ouders ten tijde van de geboorte van [kind] dient aan de hand van alle relevante feiten plaats te vinden.

6. Naast de door de rechtbank reeds vastgestelde feiten stelt het hof het volgende vast.

a. Reeds in februari 2008, dus voordat zij zwanger was van [kind], heeft de moeder bij de Rijksuniversiteit Groningen per (overgelegde) email geïnformeerd naar studiemogelijkheden voor de vader, omdat zij “beiden graag terug naar Nederland” wilden. De man is ook aangemeld voor een studie aan de Rijksuniversiteit Groningen, zo blijkt uit een op 5 november 2008 aan de man gestuurde email.

b. De man heeft niet ontkend dat het overgelegde stuk met de titel “Letter of Motivation” van hem afkomstig is. Daarin staat onder meer:

“Shortly into 2008, [naam moeder] (: de moeder – toevoeging hof) became pregnant and we had to discuss our future. We decided it was best for all of us if we moved to the Netherlands. Her job opportunities were much better there, the health care was far better, and I would hopefully be able to immigrate as either a highly skilled worker or a student at graduate school.”

c. In april en augustus 2008 heeft de moeder bedrijven in Nederland per email benaderd teneinde een baan voor de vader te vinden.

d. Na haar terugkeer naar Nederland heeft de moeder in juni 2008 zelfstandige woonruimte betrokken en is zij weer in haar oude baan aan het werk gegaan.

e. Partijen hebben voor de vader een verblijfsvergunning in Nederland aangevraagd en – na diverse procedures – verkregen.

f. In een chatsessie schreef de vader op 8 augustus 2008:

“4 months and 1 week and I’ll be a father living in the Netherlands (...).”

op 14 augustus 2008:

“I did not ‘send’ my wife overseas. My wife and I decided to move overseas, and I cannot go until I finish my bachelor’s degree.” (...) “There are many reasons for making the move”(…) “[naam moeder] makes more in the Netherlands (...).”

en op 2 november 2008:

“(…) Just over a month and we’ll be together, hopefully to never be apart again! (...) If not, hopefully immigration on that side of the water will go smoother, and I’ll just say goodbye to the USA. Whatever, my wife and child are more important than my country.”

g. Uit bij het verweerschrift in appel overgelegde verklaringen van [getuige 1], [getuige 2], [getuige 3] en [getuige 4] blijkt dat de moeder sinds haar terugkeer naar Nederland tegenover deze getuigen heeft laten blijken dat haar terugkeer als blijvend bedoeld was. Ook de overgelegde verklaring van [getuige 5] duidt daarop.

h. De vader is in december 2008 naar Nederland gekomen en heeft zich na aankomst laten inschrijven in de GBA van de gemeente [woonplaats], op hetzelfde adres als de moeder.

i. Uit een overgelegde verklaring van de moeder van de moeder komt naar voren: dat de reden dat de moeder naar Nederland kwam was dat zij niet verzekerd was voor medische zorg; dat de vader later naar Nederland zou komen om hier zijn studie verder te vervolgen; dat er wel over gesproken is om terug te gaan (naar de V.S. – toevoeging hof) als de vader niet uitgeloot zou worden om zijn studie hier te vervolgen; dat de moeder is gaan twifelen of terugkeer wel goed zou zijn gezien de ontwikkelingen in de relatie tussen partijen maar dat de vader daar niet over wilde praten en de moeder heeft besloten maar mee te praten met de vader voor haar veiligheid en die van [kind]; en dat de vader in augustus (2009) is teruggegaan naar Amerika omdat hij niet de studie hier kon vervolgen.

j. De vader is eerst zeven maanden na de geboorte van [kind] op 7 januari 2009, naar de V.S. vertrokken en is daar gebleven.

7. Dit samenstel van feiten vormt een ernstige aanwijzing dat partijen beoogd hebben om gezamenlijk in Nederland een toekomst op te bouwen, en dat de zwangerschap van de moeder de aanleiding heeft gevormd voor haar vertrek naar Nederland en de latere overkomst van de vader.

8. Hiertegenover staan aanwijzingen dat de overkomst van partijen naar Nederland niet als blijvend was bedoeld:

a. De vader solliciteerde op 31 december 2008 naar een positie aan Temple University in Philadelphia, hij accepteerde deze positie in mei 2009 en diende op 23 augustus 2009 te beginnen. De vader is ook op 6 augustus 2009 naar de V.S. vertrokken en is daar gebleven

b. De vader van de vader heeft verklaard dat de moeder in februari 2009 naar de V.S. is gekomen om verder te gaan met haar pogingen om zich in de V.S. te mogen vestigen. De moeder heeft bevestigd opnieuw een greencard te hebben aangevraagd.

c. De aan de vader – na diverse procedures – bij beschikking van 13 juli 2009 verleende verblijfsvergunning is door hem nooit opgehaald.

d. De echtelijke woning van partijen in Virginia werd aangehouden.

e. Op naam van beide partijen is in juli 2009 “preapproval” verkregen van de bank om in aanmerking te komen voor een hypothecaire lening.

f. De vader heeft in ieder geval één woning bezichtigd in Philadelphia. Op 2 september 2009 heeft hij de vrouw per email geïnformeerd over de bijzonderheden van de woning en foto's daarvan gestuurd.

g. De inboedel van partijen is in Amerika achtergebleven, evenals hun auto.

9. De vader heeft betwist dat partijen van plan waren zich blijvend, althans voor onbepaalde tijd, in Nederland te vestigen, met een beroep op onder meer de hierboven onder 8 weergegeven aanwijzingen. De moeder heeft haar standpunt, dat partijen dat wel van plan waren, onderbouwd met onder meer de hierboven onder 6 weergegeven feiten.

10. Geen van beide partijen heeft het eigen standpunt zo kunnen onderbouwen dat er geen twijfel over kan bestaan wat de bedoeling van partijen is geweest. Het heeft er de schijn van dat partijen jegens elkaar niet voldoende duidelijk zijn geweest over hun intenties met de terugkeer c.q. komst naar Nederland. Dat kan verklaren waarom de moeder heeft gemeend dat de vader voor onbepaalde tijd naar Nederland wilde komen (hetgeen ook wordt ondersteund door diens eigen uitingen als hierboven in rechtsoverweging 6 onder b en f geciteerde uitlatingen) en waarom de vader activiteiten heeft ondernomen om een toekomst in de V.S. verder mogelijk te maken. Ook is het mogelijk dat partijen beide mogelijkheden hebben willen openhouden: in Nederland blijven of teruggaan naar de V.S.

11. Onder deze omstandigheden moet geoordeeld worden dat partijen sedert hun respectievelijke vertrek naar Nederland geen gezamenlijke gewone verblijfplaats meer hebben gehad, maar elk voor zich een gewone verblijfplaats hebben gekregen: de vader heeft zijn gewone verblijfplaats in de V.S. gehouden, die van de moeder is in Nederland komen te liggen. Derhalve kan de vraag waar de gewone verblijfplaats van [kind] ten tijde van zijn geboorte is komen te liggen niet beantwoord worden aan de hand van de gewone verblijfplaats van de ouders gezamenlijk, maar dienen andere relevante feiten daartoe beslissend te zijn.

12. Tot die feiten behoort dat [kind] sinds zijn geboorte in Nederland heeft gewoond en niet in de V.S., afgezien van een verblijf van enkele dagen aldaar, dat door de moeder kennelijk als tijdelijk bedoeld is geweest. Tevens staat voldoende vast dat het vanaf de geboorte van [kind] – en reeds daarvoor – de bedoeling van de moeder is geweest om met hem, en mogelijk met de vader, in Nederland te blijven. Uit een en ander moet worden afgeleid dat [kind] de sterkste maatschappelijke band met Nederland heeft. Dat hij nog zeer jong is maakt dat niet anders.

De slotsom

13. Aangezien er aldus geen grond bestaat om teruggeleiding van [kind] naar de V.S. te gelasten dient de beschikking waarvan beroep te worden bekrachtigd.

14. Gelet op de aard van het geschil ziet het hof geen reden om één van partijen in de proceskosten te veroordelen.

De beslissing

Het gerechtshof:

bekrachtigt de beschikking waarvan beroep;

wijst af het meer of anders verzochte;

compenseert de proceskosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

» Noot

Interessant in deze zaak is de vraag of het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 ook kan worden toegepast in het geval dat het kind nog niet is geboren. Mijns inziens heeft het hof de juiste benadering gehanteerd, namelijk dat gelet op de tekst en strekking van het Haags Kinderontvoeringsverdrag dit instrument daar niet voor is bedoeld. Hiermee is het probleem echter niet opgelost. Indien de toekomstige ouders reeds tijdens de zwangerschap onenigheid krijgen, heeft in die periode de moeder in feite alle zeggenschap over de woonplaats van het kind. De vader kan de moeder niet bevelen in het land van hun gemeenschappelijke woonplaats te blijven wonen. De vader, zoals in het onderhavige geval is opgemerkt, kan geen beroep doen op kinderonvoering. Wat kan hij dan wel?

Indien het Verdrag eerst na de geboorte in werking treedt, dan geniet de vader vooraf aan de geboorte geen bescherming op grond van het Verdrag. Er zal alsdan eerst moeten worden vastgesteld waar het kind zijn of haar gewone verblijfplaats heeft. In de meeste jurisdicties is de gewone verblijfplaats van het kind afhankelijk van de gewone verblijfplaats van de ouders. Indien de ouders niet samenwonen, zal er dus vaak worden gekeken naar de gewone verblijfplaats van de ouder bij wie het kind woont. In een geval zoals het onderhavige, zou derhalve worden gekeken naar de gewone verblijfplaats van de moeder. Ervan uitgaande dat iemand een nieuwe gewone verblijfplaats reeds binnen drie maanden kan verkrijgen, heeft de moeder veel invloed op de feitelijke gewone verblijfplaats van het kind.

Dit betekent dat een zes maanden zwangere vrouw die naar het buitenland verhuist zonder toestemming van de toekomstige vader van het kind en aldaar bevalt van het kind, ervoor kan zorgen dat het kind een gewone verblijfplaats verkrijgt in het land van haar of zijn geboorte. Op basis hiervan heeft de vader weinig mogelijkheden over. Hoewel een toekomstige vader ook wel rechten zou kunnen hebben ten aanzien van zijn kind (bijvoorbeeld door het feit dat hij de juridische vader van het kind is), heeft hij aanzienlijk minder kans op effectuering van deze rechten als het kind in het buitenland woonachtig is en daar reeds sedert de geboorte zijn of haar gewone verblijfplaats heeft gehad. De mogelijkheid om het kind onmiddellijk terug te laten keren is derhalve uitgesloten. Het kenmerk van kinderonvoering is namelijk dat het kind wordt overgebracht indien “dit geschiedt in strijd met een gezagsrecht, [...] ingevolge het recht van de Staat waarin het kind onmiddellijk voor zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had”.

Interessant is ook dat de Engelse rechter in 2007 tot een vergelijkbaar resultaat is gekomen (Re F (Abduction: Unborn child) [2006] EWHC 2199 (Fam)). In dit geval ging het om een moeder die tijdens haar zwangerschap naar Israël is vertrokken met de toestemming van de vader van het kind. De vader heeft aangevoerd dat hij die toestemming heeft gegeven om reden dat afgesproken was dat zij zou terugkeren naar Engeland na de geboorte. De Engelse rechter heeft uitdrukkelijk bepaald dat

het Engelse recht, mede op basis van art. 3 Haags Kinderontvoeringsverdrag geen zelfstandige rechten geeft aan een ongeboren kind, waardoor het ook niet kan worden ontvoerd: “Our law generally confers no independent rights or status on a foetus and in my judgment it is not possible in law to abduct a foetus so as to constitute a wrongful removal within the terms of Art 3 of the Hague Convention.”

Kortom: hoewel het antwoord op deze rechtsvraag redelijk voor de hand ligt en gerechtvaardigd is, zijn de gevolgen daarvan niet altijd even makkelijk te verteren.

I. Curry-Sumner,