

De interpretatie van de weigeringsgronden uit het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland: een tussenstand na ruim 25 jaar

dr. mr. Geeske Ruitenberg

Suggested citation

dr. mr. Geeske Ruitenberg, 'De interpretatie van de weigeringsgronden uit het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland: een tussenstand na ruim 25 jaar', *Family & Law* November 2016, DOI: 10.5553/FenR/.000029

1. Inleiding

Om internationale kinderontvoering tegen te gaan, is op 25 oktober 1980 het Haags Kinderontvoeringsverdrag (hierna: HKOV) tot stand gekomen.¹ Voor Nederland is dit verdrag, gelijktijdig met de Uitvoeringswet internationale kinderontvoering² (hierna: Uitvoeringswet), op 1 september 1990 in werking getreden. Het verdrag wordt hier dus op dit moment ruim een kwart eeuw toegepast. Momenteel zijn bij het HKOV 95 Staten partij.³ Het verdrag beoogt (onder meer) internationale kinderontvoering te voorkomen. Indien een kind toch van de ene naar de andere Verdragsstaat ontvoerd wordt, is het uitgangspunt van het verdrag dat het ontvoerde kind zo spoedig mogelijk dient terug te keren. Van dit uitgangspunt kan echter worden afgeweken indien de rechter van de Staat waarnaar het kind is ontvoerd, oordeelt dat zich één van de zogenoemde weigeringsgronden – vervat in de artikelen 12, 13 en 20 van het verdrag – voordoet. Het doel van deze bijdrage is het verschaffen van enig inzicht in de wijze waarop deze weigeringsgronden de afgelopen jaren in de Nederlandse jurisprudentie zijn toegepast, mede in het licht van het belang van het kind dat ingevolge artikel 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (hierna: IVRK) een eerste overweging dient te zijn.⁴ Om de omvang van de bijdrage enigszins binnen de perken te kunnen houden, is ervoor gekozen om overige regelingen die van invloed zijn op het al dan niet teruggeleiden van ontvoerde kinderen, zoals het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de

fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) en de Verordening Brussel IIbis, nagenoeg onbesproken te laten.⁵

Hieronder wordt allereerst nader toegelicht wanneer sprake is van international kindervervoering (§2). Vervolgens wordt ingegaan op de wijze waarop Nederland internationale kindervervoeringszaken behandelt (§3). Daarop volgt een weergave van enkele cijfers ten aanzien van internationale kindervervoeringszaken (§4). Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot artikel 12 lid 2 (§5), artikel 13 (§6) en artikel 20 (§7). In paragraaf 8 volgen enkele afsluitende opmerkingen.

2. Internationale kindervervoering

Uit de combinatie van bepalingen uit het HKOV kan de volgende definitie van internationale kindervervoering worden afgeleid: er is sprake van internationale kindervervoering “(...) indien een kind (jonger dan zestien jaar), in strijd met een gezagsrecht dat daadwerkelijk over hem werd uitgeoefend, van zijn gewone verblijfplaats naar een andere Verdragsluitende Staat wordt overgebracht of na een tijdelijk verblijf in een andere Verdragsluitende Staat (bijvoorbeeld in het kader van een omgangsregeling) niet naar diens gewone verblijfplaats terugkeert (artikel 3 HKOV)”.⁶ Er kunnen dus twee situaties worden onderscheiden: de situatie waarin een kind ongeoorloofd wordt overgebracht en de situatie waarin een kind ongeoorloofd wordt achtergehouden. In beide situaties gaat het HKOV ervan uit dat het ontvoerde kind in beginsel moet terugkeren naar de Staat waar het diens gewone verblijfplaats had. De gedachte hierachter is dat belangrijke beslissingen ten aanzien van het kind betreffende onder meer het gezag, diens (hoofd)verblijfplaats en omgang/contact moeten worden genomen door gerechten van de Staat van gewoon verblijf, omdat zij het beste in staat zouden zijn om in het belang van het kind een beslissing te nemen. Staten dienen onderling vertrouwen te hebben in elkaars rechtssysteem en eerder verkregen gezagsrechten en/of eerder genomen beslissingen omtrent gezag te respecteren.

Iedere Staat is verplicht om een Centrale Autoriteit (hierna: CA) in te stellen die uitvoering dient te geven aan het verdrag. Het is de bedoeling dat de Centrale Autoriteiten van de verschillende Staten onderling samenwerken en er zodoende aan bijdragen dat het ontvoerde kind zo spoedig mogelijk terugkeert en de doelstellingen van het HKOV worden verwezenlijkt. In eerste instantie moet worden gestimuleerd dat de ouder die het kind ontvoerde het kind vrijwillig laat terugkeren of dat de ouders onderling een andere minnelijke regeling treffen. Indien een kind niet terugkeert en evenmin een andere oplossing voor het geschil ten aanzien van de verblijfplaats van het kind wordt bereikt, is het aan het gerecht van de Staat waarnaar het kind is ontvoerd om te beslissen of het kind al dan niet moet

worden teruggeleid naar de Staat waar het diens gewone verblijfplaats heeft. Zoals reeds eerder is vermeld, is het uitgangspunt dat een ontvoerd kind onmiddellijk moet worden teruggeleid. Na teruggeleiding kan het kind in diens vertrouwde omgeving wachten tot beslissingen ten aanzien van onder meer het gezag, diens (hoofd)verblijfplaats en omgang/contact zijn genomen. Van het uitgangspunt dat een ontvoerd kind moet terugkeren naar diens gewone verblijfplaats kan, zoals reeds in de inleiding is aangegeven, in uitzonderlijke situaties afgeweken. Een teruggeleidingsverzoek kan namelijk om de volgende redenen worden afgewezen:

1. indien het kind inmiddels in diens nieuwe omgeving geworteld is (artikel 12 lid 2 HKOV);⁷
2. als de persoon of instelling die vraagt om teruggeleiding het gezag niet daadwerkelijk uitoefent, toestemming voor de overbrenging of achterhouding van het kind heeft gegeven of in de overbrenging dan wel achterhouding heeft berust (artikel 13 sub a HKOV);
3. wanneer sprake is van een ernstig risico dat het kind door terugkeer wordt blootgesteld aan lichamelijk of geestelijk gevaar of daardoor op een andere manier in een ondragelijke toestand wordt gebracht (artikel 13 sub b HKOV);
4. indien het kind zelf zich tegen terugkeer verzet (artikel 13 lid 2 HKOV);
5. als de terugkeer van het kind wegens fundamentele beginselen betreffende de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die gelden in de Staat waarnaar het kind is ontvoerd, niet is toegestaan (artikel 20 HKOV).⁸

Bij het HKOV is een zogenoemd *Explanatory Report* opgesteld waarin zo accuraat mogelijk wordt ingegaan op de beginselen die de basis voor het HKOV hebben gevormd en waarin een gedetailleerd commentaar op de verdragsbepalingen is gegeven.⁹ Het rapport bevat een toelichting bij de bovengenoemde weigeringsgronden. Ten aanzien van die gronden wordt benadrukt dat het van groot belang is om ze restrictief toe te passen, want gevreesd werd dat het frequent honoreren van een beroep op deze gronden:

“(...) would lead to the collapse of the whole structure of the Convention by depriving it of the spirit of mutual confidence which is its inspiration”.¹⁰

Immers, indien de weigeringsgronden (te) ruim zouden worden

geïnterpreteerd, zouden ten gevolge daarvan teruggeleidingsverzoeken vaak worden afgewezen en zou het HKOV daardoor geen effectieve remedie meer bieden om het fenomeen internationale kinderontvoering tegen te gaan.

3. De Nederlandse situatie

In Nederland is de CA ondergebracht bij het ministerie van Veiligheid en Justitie.¹¹ Indien wordt vermoed dat een kind naar Nederland is ontvoerd, kan bij de CA een verzoek tot teruggeleiding van het kind worden ingediend. Het is echter ook mogelijk om rechtstreeks een verzoek bij het daartoe bevoegde gerecht in te dienen.¹² Hoewel het HKOV slechts van toepassing is tussen Verdragsstaten, heeft Nederland ervoor gekozen om ook in teruggeleidingszaken die afkomstig zijn uit een Staat die geen partij is bij dit verdrag de Uitvoeringswet toe te passen (zie artikel 2 Uitvoeringswet). Ook in dergelijke gevallen kunnen de Nederlandse CA en de rechter dus worden ingeschakeld en er is uitdrukkelijk bepaald dat de rechter in die situaties een teruggeleidingsverzoek kan afwijzen met toepassing van de artikelen 12 lid 2, 13 of 20 HKOV (artikel 13 lid 3 Uitvoeringswet). Voor informatie, advies en begeleiding kan eenieder die in zijn of haar persoonlijke of professionele omgeving te maken krijgt met internationale kinderontvoering terecht bij het Centrum Internationale Kinderontvoering (hierna: Centrum IKO).¹³ Tot 1 januari 2012 kon de Nederlandse CA namens zichzelf en de achtergebleven ouder, zonder daarbij gebruik te hoeven maken van een advocaat, een verzoek tot teruggeleiding bij de rechtbank indienen. Er was geen sprake van concentratie van rechtsmacht; alle rechtbanken en hoven waren bevoegd, en er kon beroep in cassatie worden ingesteld bij de Hoge Raad. Nadat op deze situatie de nodige kritiek was geleverd,¹⁴ is de Uitvoeringswet op bovengenoemde datum gewijzigd. Daardoor is het momenteel zo dat de CA niet langer in rechte procedeert, maar dat beide ouders gebruik moeten maken van een advocaat. Ook is de rechtsmacht geconcentreerd waardoor de Rechtbank Den Haag de enige bevoegde instantie in eerste aanleg is en het Hof Den Haag de enige instantie in tweede aanleg.¹⁵ De mogelijkheid om cassatie in te stellen is beperkt tot het instellen van cassatie in het belang der wet.

Kort gezegd kan de procedure in Nederland in drie fasen worden verdeeld waarvan het de bedoeling is dat iedere fase een doorlooptijd kent van maximaal zes weken. In de praktijk worden deze doorlooptijden echter niet altijd gehaald.¹⁶ In de eerste fase is sprake van een *intake* bij de CA waarna de zaak, indien uit een marginale toets blijkt dat sprake kan zijn van internationale kinderontvoering, wordt overgedragen aan de advocatuur.¹⁷

Vervolgens wordt een teruggeleidingsverzoek bij de rechtbank ingediend en begint de tweede fase. De rechtbank organiseert in de regel binnen twee weken een regiezitting waarin één rechter de zaak

mondeling behandelt, geschilpunten inventariseert en beziet of mediation mogelijk is. Als de ouders bereid zijn om mee te werken aan mediation, wordt de zaak verwezen naar het Mediation Bureau. Indien geen sprake is van mediation of de mediation niet slaagt, volgt binnen twee weken na de regiezitting een zitting van de Meervoudige Kamer. Binnen twee weken na die zitting wordt uitspraak gedaan.

Hierna kunnen partijen binnen twee weken hoger beroep instellen bij het Hof Den Haag. Binnen twee weken nadat het hoger beroep is ingediend, volgt een zitting van de Meervoudige Kamer en deze doet vervolgens binnen twee weken uitspraak.¹⁸ In 2015 is de wijziging van de Uitvoeringswet geëvalueerd. Uit die evaluatie kwam naar voren dat de concentratie van rechtsmacht in internationale kinderontvoeringszaken en het beperken van de mogelijkheid tot het instellen van cassatie tot cassatie in het belang der wet¹⁹ weliswaar hebben geleid tot de opbouw van expertise, een efficiënte procedure, eenduidige rechtspraak en daardoor een grote mate van rechtszekerheid, maar ook dat dit niet altijd bevorderlijk is voor de rechtsvorming.²⁰ De wijze waarop de weigeringsgronden in de Nederlandse jurisprudentie worden geïnterpreteerd is heden ten dage afhankelijk van de wijze waarop vier familierechters, ondersteund door een poule van twaalf gespecialiseerde familierechters, bij de Rechtbank Den Haag en vijf gespecialiseerde raadsheren van het Hof Den Haag²¹ deze interpreteren.²²

4. Cijfers

Lowe heeft door middel van grootschalige internationale onderzoeken statistische informatie met betrekking tot teruggeleidingsverzoeken die op grond van het HKOV zijn ingediend in 1999, 2003 en 2008 verzameld. Daaruit blijkt dat ongeveer de helft van de ingediende teruggeleidingsverzoeken resulteerde in vrijwillige terugkeer van een kind dan wel een door de rechter gegeven teruggeleidingsbevel. In 2008 keerde 46% van de kinderen vrijwillig dan wel op grond van een gerechtelijk teruggeleidingsbevel terug. Dit was 51% in 2003 en 50% in 1999.

Van de teruggeleidingsverzoeken die in 2008 bij het gerecht terechtkwamen (44% van alle verzoeken in 2008 en 2003 en 43% van de verzoeken in 1999) werd 61% toegewezen (in 2003 was dit 66% en in 1999 74%).²³ De uitkomsten van de teruggeleidingsverzoeken die de afgelopen jaren de Rechtbank Den Haag bereikten zijn hiermee vergelijkbaar. In de periode van 2009-2014 werd zo'n 60% van de teruggeleidingsverzoeken toegewezen, dan wel werd een vaststellingsovereenkomst²⁴ in de beschikking opgenomen.²⁵

Als wordt ingezoomd op de redenen voor afwijzing van teruggeleidingsverzoeken blijkt dat een aanzienlijk deel van de teruggeleidingsverzoeken niet wordt afgewezen omdat een beroep op één of meer weigeringsgronden wordt gehonoreerd, maar om andere

redenen. Zo zijn diverse verzoeken afgewezen omdat de rechtbank van mening was dat geen sprake was van ongeoorloofde overbrenging dan wel achterhouding in de zin van het HKOV (geen internationale kinderontvoering in de zin van artikel 3 HKOV) of om andere redenen, zoals bijvoorbeeld vanwege het feit dat de ontvoerde kinderen inmiddels vrijwillig waren teruggekeerd.²⁶ Deze bijdrage beperkt zich echter, zoals eerder is vermeld, tot een bespreking van de toepassing van de weigeringsgronden.

5. Artikel 12 lid 2 HKOV (worteling)²⁷

Indien een jaar of meer is verstreken tussen het moment van ontvoering en het moment waarop het terugleidingsverzoek bij de rechter wordt ingediend, krijgt de rechter op grond van artikel 12 lid 2 HKOV de mogelijkheid om het terugleidingsverzoek af te wijzen indien is aangetoond dat het ontvoerde kind inmiddels in zijn nieuwe omgeving is geworteld. Dit betekent ook dat, wanneer een terugleidingsverzoek wel binnen een jaar na de ontvoering bij de Rechtbank Den Haag is ingediend, de rechtbank die mogelijkheid niet heeft, zelfs niet in situaties waarin het kind feitelijk al langer dan een jaar in Nederland verblijft. De ratio hiervan is dat op deze wijze de achtergebleven ouder niet de dupe wordt van trage gerechtelijke procedures. Bezien vanuit het perspectief van het ontvoerde kind, dat ingevolge artikel 3 IVRK voorop dient te staan, is het echter onwenselijk dat de vraag of sprake kan zijn van worteling niet louter afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval, maar dat aan die inhoudelijke toets niet wordt toegekomen als niet aan het formele criterium dat het terugleidingsverzoek ‘te laat’ (d.w.z. na een jaar) is ingediend, is voldaan. Bezien vanuit het perspectief van het belang van het kind zou naar mijn mening steeds de feitelijke situatie moeten worden beoordeeld. Daarom zou het verdrag rechters mijns inziens te allen tijde de mogelijkheid moeten bieden om een terugleidingsverzoek wegens worteling af te wijzen. De termijn in artikel 12 lid 2 HKOV zou derhalve moeten worden losgelaten en de mate van geworteldheid zou bovendien in iedere zaak als factor moeten worden betrokken bij het oordeel of de terugkeer van het kind een ernstig risico c.q. ondragelijke toestand in de zin van artikel 13 lid 1 sub b HKOV oplevert.²⁸

Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt dat rechters de termijn van een jaar strikt hanteren. Binnen een jaar kan men in het kader van artikel 12 lid 2 HKOV geen beroep doen op worteling. Na het verstrijken van de termijn van één jaar kan dat wel, ongeacht de reden voor het laten verstrijken ervan.²⁹ De afgelopen jaren is op basis van een wisselende combinatie van diverse omstandigheden aangenomen dat een kind is geworteld. Factoren die van belang (kunnen) zijn betreffen onder meer: de duur van het verblijf in Nederland; de fysieke en emotionele band van het kind met Nederland – waarbij onder andere wordt gelet op het gezinsverband, banden met familie,

vrienden, school, sport en de mate waarin het kind de Nederlandse taal beheerst; in hoeverre het kind reeds voorafgaand aan de ontvoering een connectie met Nederland had (bijvoorbeeld vanwege eerder verblijf); de mate waarin het kind nog verbonden is met het land waaruit het ontvoerd is; de mening van het kind; en de (jonge) leeftijd van het kind en de band van het kind met de ontvoerende ouder (met name als het kind hoofdzakelijk bij die ouder gewoond heeft).³⁰ Er zijn enkele zaken waarin weliswaar werd aangenomen dat het kind geworteld was, maar het teruggeleidingsverzoek desondanks werd toegewezen, omdat de rechter oordeelde dat de terugkeer, ondanks de geworteldheid, in het belang van het kind was.³¹ De zaken waarin de eenjaartermijn was verstreken, maar de rechter oordeelde dat het ontvoerde kind niet in Nederland geworteld was, betroffen in de regel zaken waarin het kind niet of nauwelijks had deelgenomen aan de Nederlandse samenleving en daardoor (nog) geen bestendige relatie met Nederland had opgebouwd.³²

6. Artikel 13 HKOV

Artikel 13 HKOV bevat in lid 1 sub a, lid 1 sub b en in lid 2 drie verschillende gronden op basis waarvan een teruggeleidingsverzoek kan worden afgewezen. Deze worden in de navolgende subparagrafen besproken.

6.1 Artikel 13 lid 1 sub a HKOV (daadwerkelijke gezagsuitoefening, toestemming, berusting)

In artikel 13 lid 1 sub a HKOV is – kort gezegd – aangegeven dat de terugkeer van een kind mag worden geweigerd indien de persoon (of instelling) die zich tegen terugkeer verzet (lees: de ontvoerende ouder) aantoonde dat de persoon of instelling die het teruggeleidingsverzoek heeft ingediend: 1. het gezagsrecht niet daadwerkelijk uitoefende; of 2. toestemming heeft gegeven voor de overbrenging of het niet doen terugkeren van het kind; of 3. in de overbrenging of het niet doen terugkeren heeft berust.

Wat betreft de daadwerkelijke gezagsuitoefening en toestemming kan men zich afvragen of de rechter zich hierover op basis van artikel 13 lid 1 sub a HKOV een mening moet vormen of dat de beoordeling daarvan al in een eerder stadium, namelijk bij het antwoord op de vraag of sprake is van ongeoorloofd overbrengen dan wel achterhouden in de zin van artikel 3 HKOV, aan de orde dient te komen. Jurisprudentie van de Hoge Raad geeft hierover geen uitsluitel³³ en in het verleden is dit door lagere rechters zowel in het licht van de ene als in het licht van de andere bepaling beoordeeld.³⁴ De laatste jaren is de vaste lijn in de jurisprudentie van de Rechtbank Den Haag om op grond van artikel 3 HKOV te bezien of sprake is van daadwerkelijke gezagsuitoefening dan wel toestemming.³⁵ De

internationale jurisprudentie is op dit punt verdeeld, maar de meerderheid lijkt het al dan niet geven van toestemming te beoordelen op basis van artikel 13 lid 1 sub a HKOV.³⁶ Het maakt verschil of wordt getoetst op grond van artikel 3 of 13, omdat de bewijslast bij de eerstgenoemde bepaling bij de achtergebleven ouder ligt (hoewel aan het bewijs geen al te strenge eisen worden gesteld)³⁷ en bij de tweede bepaling bij de ontvoerende ouder (waarbij ten aanzien van het bewijs strengere eisen gelden), hetgeen voor sommige auteurs een reden is om te pleiten voor een toetsing op grond van artikel 13 in plaats van artikel 3.³⁸ Mijns inziens ligt het echter voor de hand dat rechters die een teruggeleidingsverzoek ontvangen in eerste instantie beoordelen of sprake is van ongeoorloofde overbrenging dan wel het ongeoorloofd achterhouden van een kind (artikel 3) en dat zij pas daarna toekomen aan een oordeel ten aanzien van de weigeringsgronden (waaronder artikel 13). Immers, indien het gezag niet daadwerkelijk werd uitgeoefend of wanneer toestemming is verleend, is geen sprake van ongeoorloofd overbrengen of achterhouden van een kind in de zin van artikel 3 – er is geen sprake van internationale kinderontvoering – en mist het HKOV verdere toepassing. In de hieronder te bespreken jurisprudentie wordt geen onderscheid gemaakt tussen zaken die zijn gewezen op grond van artikel 3 en/of artikel 13 HKOV.

Ten aanzien van het begrip *daadwerkelijke gezagsuitoefening* heeft de Hoge Raad bepaald dat van het daadwerkelijk uitoefenen van gezag ook sprake kan zijn indien degene die het gezag heeft het kind niet feitelijk verzorgt en opvoedt. Toereikend is dat de persoon of instelling die het gezag heeft ervan blijk geeft zich de belangen van het kind aan te trekken.³⁹

Met andere woorden: het gezagsrecht mag geen lege huls zijn.⁴⁰ Deze ruime interpretatie van het begrip heeft tot gevolg dat in de Nederlandse jurisprudentie doorgaans wordt aangenomen dat de persoon of instelling die om de teruggeleiding van een kind vraagt het gezag daadwerkelijk uitoefent. Van daadwerkelijke gezagsuitoefening is bijvoorbeeld sprake als een ruime omgangsregeling feitelijk slechts in beperkte mate werd uitgeoefend;⁴¹ de ouder zijn/haar tijd in overwegende mate op het werk doorbrengt;⁴² of indien de ouder is vertrokken met achterlating van de kinderen bij de andere ouder.⁴³ Alleen in situaties waarin een ouder geen enkele wezenlijke bijdrage aan de ontwikkeling van het kind heeft geleverd of anderszins zich de belangen van het kind heeft aangetrokken⁴⁴ c.q. veelvuldig afwezig was en geen ouder kindgerichte activiteiten of overige (fysieke) inspanningen met het oog op de belangen van het kind heeft verricht,⁴⁵ is aangenomen dat die ouder het gezag niet daadwerkelijk uitoefent. Door een dergelijke ruime interpretatie wordt het recht van het kind op contact/omgang met de achtergebleven ouder beschermd. De keerzijde hiervan is echter dat het risico bestaat dat een kind, in situaties waarin de ontvoerende ouder niet mee terugkeert, wordt teruggeleid naar een ouder met wie het niet of nauwelijks een band

heeft. Daarom zou naar mijn mening, indien het belang van het kind voorop wordt gesteld (artikel 3 IVRK), de aard van de (daadwerkelijke) gezagsuitoefening door de achtergebleven ouder moeten worden meegewogen als factor bij de beoordeling van de vraag of de weigeringsgrond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV (zie §6.2) zich voordoet.⁴⁶

Bij het begrip *toestemming* gaat het erom dat de achtergebleven ouder (of in sommige gevallen instantie) die met het gezag is belast, aan de andere ouder vóóraf toestemming heeft gegeven om het kind naar een andere Staat over te brengen of daar achter te houden. De toestemming kan blijken uit verklaringen en/of gedragingen die duidelijk en ondubbelzinnig zijn,⁴⁷ hoeft niet te zien op een definitief verblijf en kan ook impliciet zijn gegeven.⁴⁸ In veel zaken is aangenomen dat geen toestemming is verleend. Als bijvoorbeeld niet uitdrukkelijk is geprotesteerd tegen het vertrek van de kinderen naar het buitenland of in een boze bui gezegd is dat ‘de andere ouder maar moet doen wat ze wil’, betekent dit niet dat toestemming werd gegeven.⁴⁹ In enkele zaken is, vanwege gedragingen van de ouder in combinatie met andere omstandigheden, wel aangenomen dat toestemming gegeven is. Dit was bijvoorbeeld het geval toen bleek dat een ouder op de hoogte was van het vertrek van het kind naar Nederland en met het oog daarop een omgangsregeling was getroffen.⁵⁰ In sommige zaken is duidelijk dat een ouder aanvankelijk toestemming heeft verleend, maar trekt die ouder deze in een later stadium in. Of dan nog sprake is van ‘toestemming’ in de zin van het HKOV wordt, uiteraard, bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval, maar meer in het bijzonder is daarbij van belang op welke termijn men op eerder verleende toestemming terugkomt. Indien dit binnen enkele weken gebeurt is in de jurisprudentie veelal aangenomen dat geen sprake (meer) is van ‘toestemming’,⁵¹ maar na enkele maanden wordt vaak geoordeeld dat men niet meer op de eerder gegeven toestemming kan terugkomen⁵² en wordt soms⁵³ aangenomen dat nu het kind reeds enkele maanden met toestemming in Nederland verblijft, Nederland diens gewone verblijfplaats is geworden. Mijns inziens zouden Staten moeten stimuleren dat ouders, voordat een kind naar het buitenland wordt overgebracht, schriftelijke afspraken maken over het verblijf van het kind in het buitenland. Dan is immers voor alle betrokkenen (en zonodig in een later stadium ook de rechter) in ieder geval duidelijk wat aanvankelijk de bedoeling van het verblijf was.⁵⁴

Nadat een kind ongeoorloofd is overgebracht of ongeoorloofd wordt achtergehouden, wordt zelden geoordeeld dat het kind niet hoeft terug te keren omdat de ouder (of instelling) die om terugkeer vraagt naderhand in de overbrenging dan wel achterhouding heeft *berust*. Alle concrete omstandigheden van het geval dienen bij het oordeel of van berusting sprake is te worden betrokken. Uit objectieve omstandigheden, waaronder zowel de actieve als passieve gedragingen van de achtergebleven ouder moeten worden begrepen, dient te

kunnen worden afgeleid dat de achtergebleven ouder daadwerkelijk en welbewust heeft aanvaard dat de hoofdverblijfplaats van het kind is verplaatst naar een ander land. Het gaat dus niet om de (subjectieve) interpretatie van dit gedrag door anderen, dat wil zeggen: de wijze waarop anderen het gedrag hebben opgevat.⁵⁵ In de jurisprudentie wordt berusting niet snel aangenomen en de zaken waarin dit wel is gebeurd zijn in tegenspraak met andere jurisprudentie.⁵⁶ Zo betekent het feit dat de achtergebleven ouder na de ontvoering van het kind niet direct in actie komt, maar dit pas na enkele weken of maanden doet, niet dat deze in de ontvoering heeft berust.⁵⁷ Indien een ouder omgang/contact heeft met het kind dat naar Nederland is ontvoerd, hoeft dit evenmin op berusting te duiden.

Dat in de Nederlandse jurisprudentie niet snel wordt aangenomen dat de achtergebleven ouder heeft berust, zorgt ervoor dat een teruggeleidingsverzoek niet snel om die reden wordt afgewezen. Mijns inziens zouden echter tamelijk langdurige inactiviteit van de achtergebleven ouder (waardoor het kind inmiddels in meer of mindere mate gewend is geraakt aan de nieuwe omgeving) en actieve of passieve gedragingen of uitlatingen van de achtergebleven ouder waardoor bij het kind de indruk is ontstaan dat het niet hoefde terug te keren, in het belang van het kind (artikel 3 IVRK), als factor moeten worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of de weigeringsgrond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV (zie hierna) zich voordoet.⁵⁸

6.2 Artikel 13 lid 1 sub b HKOV (ernstig risico op lichamelijk of geestelijk gevaar, ondragelijke toestand)⁵⁹

Wanneer een ernstig risico bestaat dat een ontvoerd kind door terugkeer wordt blootgesteld aan lichamelijk of geestelijk gevaar of daardoor op andere wijze in een ondragelijke toestand wordt gebracht, kan dit voor rechters een reden zijn om een teruggeleidingsverzoek af te wijzen op grond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat deze bepaling restrictief moet worden geïnterpreteerd, dat de rechter die moet oordelen over het teruggeleidingsverzoek zich dient te onthouden van een oordeel over het gezags- en omgangsrecht en dat de in de bepaling gestelde voorwaarden niet reeds zijn vervuld indien het belang van het kind in de Staat waaruit het is ontvoerd minder goed gediend is dan in Nederland.⁶⁰ Tevens heeft de Hoge Raad bepaald dat de enkele omstandigheid dat een kind in Nederland geworteld is niet meebrengt dat het teruggeleidingsverzoek op grond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV kan worden afgewezen.⁶¹ Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de terugkeer van het ontvoerde kind ertoe dreigt te leiden dat het kind gescheiden wordt van de ontvoerende ouder; dit kan slechts anders zijn indien zich bijkomende uitzonderlijke omstandigheden voordoen.⁶²

Op artikel 13 lid 1 sub b HKOV wordt zeer frequent een beroep

gedaan, maar vaak tevergeefs. De omstandigheden die worden aangevoerd ter onderbouwing van de weigeringsgrond kunnen globaal worden onderverdeeld in vier categorieën, namelijk omstandigheden die te maken hebben met: 1. de achtergebleven ouder; 2. de gewone verblijfplaats; 3. de ontvoerende ouder; en 4. de ontwikkeling van het kind. Daarnaast zijn er nog enkele uitspraken die niet onder één van bovengenoemde categorieën kunnen worden geschaard.⁶³

Uit de jurisprudentie volgt dat aangevoerde omstandigheden die (hoofdzakelijk) betrekking hebben op de *achtergebleven ouder* en een gevaar zouden kunnen opleveren voor het ontvoerde kind, zelden de aanleiding zijn geweest voor het afwijzen van een terugleidingsverzoek. Zo zijn er diverse voorbeelden in de jurisprudentie waaruit blijkt dat werkloosheid en huisvestingsproblematiek,⁶⁴ doofstomheid⁶⁵ en vermeend alcohol- en/of drugsgebruik⁶⁶ niet hebben geresulteerd in een afwijzing. In diverse zaken wordt niet aangenomen dat de weigeringsgrond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV zich voordoet, omdat het beroep daarop in onvoldoende mate is onderbouwd dan wel omdat de gestelde feiten in onvoldoende mate zijn aangetoond.⁶⁷ Andere veelvoorkomende redenen voor afwijzing zijn dat ervan uit wordt gegaan dat het gevaar voor het kind dat zich na de terugkeer dreigt te zullen voordoen, kan worden voorkomen doordat de ontvoerende ouder mee terugkeert⁶⁸ en/of door het (laten) treffen van kindbeschermingsmaatregelen.⁶⁹ Ook de (niet afwijzende) houding van het kind en/of de ontvoerende ouder ten opzichte van de achtergebleven ouder kunnen redengevend zijn voor het niet honoreren van een beroep op de weigeringsgrond.⁷⁰ In de zaken waarin wel werd aangenomen dat de weigeringsgrond zich voordeed was sprake van een combinatie van factoren ten aanzien van de achtergebleven ouder en andere omstandigheden die er veelal op neerkwamen dat de achtergebleven ouder niet goed voor het kind kan zorgen en de ontvoerende ouder niet met het kind mee kan terugkeren.⁷¹

Soms wordt een beroep op artikel 13 lid 1 sub b HKOV gemotiveerd door te stellen dat het ontvoerde kind niet mag terugkeren naar een (potentieel) gevaarlijke *gewone verblijfplaats*. Voor zover mij bekend heeft een dergelijk beroep in de Nederlandse jurisprudentie tot nog toe echter nimmer succes gehad. Dat de levensstandaard in de andere Staat lager is dan in Nederland, of sprake is van een onveilige situatie in (delen van) die Staat, is bijvoorbeeld ontoereikend.⁷² In de jurisprudentie is aangegeven dat een beroep op deze bepaling alleen zou kunnen slagen indien het kind door terugkeer vrijwel zeker in direct lijfelijk of geestelijk gevaar zal komen te verkeren door de daar heersende omstandigheden,⁷³ bijvoorbeeld als het kind door terugkeer een reëel gevaar zou lopen te verhongeren.⁷⁴

Indien een beroep op artikel 13 lid 1 sub b HKOV wordt gedaan vanwege omstandigheden die (hoofdzakelijk) betrekking hebben op de *ontvoerende ouder*, slaagt dit meestal niet. Geregeld wordt gesteld dat de ontvoerende ouder het zelf in de hand heeft of de ouder en het kind

door de terugkeer van het kind van elkaar zullen worden gescheiden, omdat de ouder zelf kan beslissen om al dan niet mee terug te keren, en wordt opgemerkt dat de ouder zichzelf in deze situatie heeft gebracht. Dat de ontvoerende ouder bijvoorbeeld geen woonruimte of inkomsten (werk) heeft in het land waaruit het kind is ontvoerd, hoeft aan de teruggeleiding van het kind niet in de weg te staan.⁷⁵ Er zijn echter zaken waarin een beroep op artikel 13 lid 1 sub b HKOV vanwege (feitelijke) omstandigheden waardoor de ontvoerende ouder niet met het kind mee kan terugkeren – zoals het niet kunnen verkrijgen van een visum – in combinatie met omstandigheden die het kind betreffen, zoals een zeer jonge leeftijd en zeer langdurige verzorging door de ontvoerende ouder, wel is gehonoreerd.⁷⁶ In een (vooralsnog) gering aantal zaken is aangenomen dat terugkeer de *ontwikkeling van het ontvoerde kind* in (ernstige) mate zal schaden en vormde dit (mede) een reden om het teruggeleidingsverzoek op grond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV af te wijzen.⁷⁷ Een aantal van deze zaken heeft gemeen dat het al wat oudere kinderen betreft (ouder dan zes jaar), die zelf aangeven niet te willen terugkeren en waarbij sprake is van een bepaalde problematiek, zoals bijvoorbeeld ADHD, waarvoor soms reeds hulpverlening in gang is gezet. In enkele zaken speelde tevens de pedagogische onmacht van de ouders een rol.⁷⁸

Uit het bovenstaande blijkt dat weliswaar factoren kunnen worden aangewezen die een rol kunnen spelen bij het aannemen van een ernstig risico dan wel ondragelijke toestand voor een kind, maar dat het niet tot nauwelijks mogelijk is om een combinatie van factoren aan te wijzen die vrijwel zeker tot een afwijzing van het teruggeleidingsverzoek zullen leiden. De zwaarte c.q. ernst van de factoren is immers ook van belang. Een beslissing in internationale kinderontvoeringszaken is maatwerk. Vanwege deze zeer casuïstische aard kan moeilijk een generaliserende conclusie worden getrokken waarin wordt aangegeven in hoeverre de jurisprudentie inzake de toepassing van artikel 13 lid 1 sub b HKOV recht doet aan het belang van het kind.⁷⁹ Desondanks kan men zich afvragen of, gezien vanuit het belang van het kind, een (zeer) restrictieve toepassing van artikel 13 lid 1 sub b HKOV wenselijk is. Indien tot uitgangspunt wordt genomen dat het belang van het individuele kind ingevolge artikel 3 IVRK een eerste overweging dient te zijn, zou een teruggeleidingsverzoek – behalve in situaties waarin andere belangen zwaarder moeten wegen – moeten kunnen worden afgewezen indien terugkeer niet in het belang van het kind is. Dit zou kunnen worden bewerkstelligd door artikel 13 lid 1 sub b HKOV minder restrictief te interpreteren en, om te voorkomen dat de interpretatie van artikel 13 lid 1 sub b HKOV te veel moet worden opgerekt, in zeer uitzonderlijke situaties met toepassing van artikel 3 IVRK een teruggeleidingsverzoek af te wijzen.⁸⁰

6.3 Artikel 13 lid 2 HKOV (het kind verzet zich tegen terugkeer)⁸¹

Indien het kind zich tegen terugkeer verzet en een zodanige leeftijd en mate van rijpheid heeft bereikt dat met diens mening rekening moet worden gehouden, kan de rechter het teruggeleidingsverzoek afwijzen met toepassing van artikel 13 lid 2 HKOV. Door de Hoge Raad is geen kader geschetst ten aanzien van de toepassing van deze bepaling, maar de P-G heeft aangegeven dat het moet gaan om ernstige bezwaren tegen terugkeer en niet alleen om een voorkeur om in het ene dan wel andere land te verblijven.⁸² In de lagere rechtspraak wordt aangenomen dat verzet op zijn eigen merites moet worden beoordeeld, dat van belang is of het authentiek en echt van het kind zelf afkomstig is en dat het verzet verder moet strekken dan een sterke wens om bij de ontvoerende ouder te blijven.⁸³

Lange tijd kende de Nederlandse jurisprudentie geen duidelijke grens vanaf welk moment kinderen werden gehoord. In het algemeen werden kinderen tot en met vijf jaar te jong geacht en kinderen vanaf negen jaar oud genoeg, maar daarop bestonden diverse uitzonderingen. Ten aanzien van het leeftijdsgebied daartussenin was de rechtspraak verdeeld.⁸⁴ De laatste jaren is er echter eenduidigheid nu door zowel de Rechtbank als het Hof Den Haag kinderen in beginsel vanaf zesjarige leeftijd in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord.⁸⁵ In het algemeen (enkele uitzonderingen daargelaten) worden kinderen echter pas als zij tien jaar of ouder zijn zodanig rijp geacht dat met hun mening rekening wordt gehouden in die zin dat sprake kan zijn van verzet in de zin van artikel 13 lid 2 HKOV. Behalve de leeftijd is ook van belang hoe het kind op de rechter overkomt⁸⁶ en is uiteraard de inhoud van de verklaring relevant.⁸⁷ Hoewel de jurisprudentie zeer casuïstisch van aard is en daardoor moeilijk generaliserende conclusies kunnen worden getrokken, blijkt dat onder omstandigheden mishandeling en/of seksueel misbruik door en aversie tegen de achtergebleven ouder⁸⁸ – waarvoor niet is vereist dat hetgeen het kind verklaart volledig waar is, maar waarbij van belang is wat het kind naar diens beleving heeft meegemaakt⁸⁹ – en de band met en/of omstandigheden betrekking hebbende op de ontvoerende ouder – bijvoorbeeld als het kind diens hele leven bij die ouder heeft gewoond⁹⁰ – redengevend kunnen zijn om aan te nemen dat sprake is van verzet.

7. Artikel 20 HKOV (terugkeer in strijd met fundamentele beginselen)

Artikel 20 HKOV, op grond waarvan een teruggeleidingsverzoek kan worden afgewezen indien de terugkeer van een kind “(...) op grond van de fundamentele beginselen van de aangezochte Staat betreffende de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet zou zijn toegestaan”, is, zo blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van het HKOV, in het verdrag opgenomen als een soort compromis tussen voor- en tegenstanders van het opnemen van een openbare orde clause in het verdrag en

een daaraan voorafgaande discussie over het opnemen van een clause op basis waarvan de terugkeer van een kind zou kunnen worden afgewezen wegens strijdigheid met het belang van het kind.⁹¹ Het huidige artikel 20 geeft de Verdragsstaten een (beperkte) mogelijkheid om een teruggeleidingsverzoek op basis van hun interne recht af te wijzen. De bepaling werd bewust als laatste in het betreffende hoofdstuk van het HKOV opgenomen om zodoende te benadrukken dat deze slechts in (zeer) uitzonderlijke situaties zou mogen worden toegepast.⁹²

In Nederland is in geen geval sprake van een te ruime interpretatie van de bepaling nu deze, voor zover mij bekend, nog nimmer heeft geleid tot de afwijzing van een teruggeleidingsverzoek. Zo rechtvaardigt de enkele omstandigheid dat een kind wegens worteling beter af zou zijn in Nederland het toepassen van de bepaling niet.⁹³ Hetzelfde geldt voor een situatie waarin terugkeer een inbreuk maakt op het door artikel 8 EVRM beschermde familie- en gezinsleven van de ontvoerende ouder met een nieuwe partner en kind in Nederland.⁹⁴ Dat artikel 20 HKOV door Nederlandse rechters niet wordt toegepast, is niet zo verwonderlijk. Omstandigheden die zouden kunnen leiden tot de toepassing ervan zullen namelijk in de regel kunnen worden ondervangen door gebruik te maken van artikel 13 lid 1 sub b HKOV.⁹⁵ De meerwaarde van artikel 20 HKOV kan derhalve worden betwijfeld.⁹⁶

8. Slot

Uit het bovenstaande blijkt dat de weigeringsgronden, dat wil zeggen de artikelen 12 lid 2, 13 en 20 van het HKOV, in de Nederlandse jurisprudentie niet (te) ruim worden geïnterpreteerd. Een beroep op een weigeringsgrond is vaak niet succesvol. Tegelijkertijd blijkt echter ook dat een beroep op één of meer weigeringsgronden niet geheel kansloos is. Met enige regelmaat zijn er in de jurisprudentie immers zaken waarin een teruggeleidingsverzoek wel degelijk door middel van de toepassing van een weigeringsgrond wordt afgewezen. Een uitzondering hierop vormt artikel 20 HKOV. Er heeft zich nog geen enkele zaak voorgedaan waarin een teruggeleidingsverzoek is afgewezen omdat de terugkeer van het kind op grond van in Nederland geldende fundamentele beginselen betreffende de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet zou zijn toegestaan. Verder blijkt uit het bovenstaande jurisprudentieoverzicht dat internationale kinderontvoeringszaken zeer casuïstisch van aard zijn. Daarom kunnen ten aanzien van de jurisprudentie weinig generaliserende uitspraken worden gedaan en zijn er geen 'recepten' c.q. geen combinaties van factoren aanwijsbaar op grond waarvan aanstonds duidelijk is dat een teruggeleidingsverzoek zal worden afgewezen. Vanwege de concentratie van rechtsmacht, waardoor slechts enkele rechters internationale kinderontvoeringszaken behandelen, bestaat er echter

een beduidend grotere mate van rechtszekerheid dan voorheen. Uitspraken zijn op een vergelijkbare wijze opgebouwd en er doen zich niet snel ‘verrassingen’ voor. Dit ‘gesloten systeem’ heeft echter, temeer nu de Hoge Raad slechts in beeld komt als cassatie in het belang der wet is ingesteld, tot nadelig gevolg dat nauwelijks sprake is van rechtsvorming van buitenaf.

Desondanks ben ik ervan overtuigd dat dit rechtsgebied zich de komende jaren, mede onder invloed van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Hof van Justitie EU en vanwege gewijzigde regelgeving,⁹⁷ nog verder zal ontwikkelen. Met mijn proefschrift en deze bijdrage hoop ik te hebben kunnen bijdragen aan een verdere rechtsvorming waarbij de belangen van het ontvoerde kind, conform artikel 3 IVRK, vooropstaan.

Noten

1 Formeel het Haags Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, *Trb.* 1987, 139.

2 Wet van 2 mei 1990, *Stb.* 202. Voluit: Wet van 2 mei 1990 tot uitvoering van het op 20 mei 1980 te Luxemburg tot stand gekomen Europese Verdrag betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, uitvoering van het op 25 oktober 1980 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen alsmede algemene bepalingen met betrekking tot verzoeken tot terugleiding van ontvoerde kinderen over de Nederlandse grens en de uitvoering daarvan. De Uitvoeringswet is per 1 januari 2012 ingrijpend gewijzigd (*Stb.* 2011, 530). Het Europese verdrag wordt in international kinderonvoeringszaken in de praktijk niet (meer) toegepast en blijft derhalve onbesproken.

3 Zie de *status table* op <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (laatst geraadpleegd op 20 september 2016).

4 De bijdrage is in belangrijke mate gebaseerd op G.C.A.M. Ruitenberg, *De toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland en het belang van het kind* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, 709 p. In het jurisprudentieonderzoek, dat in het kader van deze dissertatie is verricht, zijn zo'n 205 (gepubliceerde en enkele ongepubliceerde) inkomende terugleidingszaken bestudeerd die afkomstig zijn van Nederlandse rechtbanken, hoven en de Hoge Raad die zijn geweest in de periode vanaf de inwerkingtreding van het HKOV tot 1 juni 2015. Zie voor een nadere toelichting ten aanzien van het jurisprudentieonderzoek Ruitenberg 2015, p. 286-290. In deze

bijdrage wordt ook aan enkele latere uitspraken gerefereerd.

5 Zo dienen Nederlandse rechters die internationale kinderontvoeringszaken behandelen rekening te houden met diverse uitspraken die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in dergelijke zaken gewezen heeft (zie Ruitenberg 2015, p. 268-284) en met (met name) artikel 11 van de Verordening Brussel IIbis, die een aanvulling op de bepalingen uit het HKOV. Ook de *Conclusions and Recommendations* van de *Special Commission meetings on the practical operation of the Convention* en de zogenoemde *Guides to Good Practice* (zie <https://www.hcch.net>) zijn voor de interpretatie en behandeling van internationale kinderontvoeringszaken van belang. Daarop wordt in deze bijdrage evenmin ingegaan.

6 Ruitenberg 2015, p. 5.

7 Deze weigeringsgrond kan uitsluitend worden toegepast indien meer dan een jaar is verstreken tussen het moment waarop het kind ontvoerd werd en de indiening van het terugleidingsverzoek bij de rechtbank. Zie verder §5.

8 Ruitenberg 2015, p. 4-7.

9 E. Pérez-Vera, Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera, April 1981, in: Hague Conference on private international law, *Actes et documents de la Quatorzième session 6 au 25 octobre 1980. Tome III. Enlèvement d'enfants. Child abduction*, Den Haag: Bureau Permanent de la Conférence. Imprimerie Nationale 1982, p. 426-476. Zie voor een uitgebreide toelichting ten aanzien van de totstandkomingsgeschiedenis van het verdrag en meer informatie over het toelichtend rapport: Ruitenberg 2015, hoofdstukken 2 en 3.

10 Pérez-Vera 1981, p. 434-435.

11 De Centrale Autoriteit Internationale Kinderaangelegenheden houdt zich niet alleen bezig met internationale kinderontvoeringszaken, maar tevens met internationale kinderbeschermingszaken (op grond van het Haags Kinderbeschermingsverdrag) en internationale adoptie (op grond van het Haags Adoptieverdrag). Zie <https://www.rijksoverheid.nl/contact/contactgids/centrale-autoriteit-internationale-kinderaangelegenheden>.

12 Artikel 29 HKOV jo. artikel 4 lid 2 Uitvoeringswet.

13 Het Centrum IKO is een onafhankelijke stichting die wordt gefinancierd door de Nederlandse overheid. Voor meer informatie zie <http://www.kinderontvoering.org>.

14 Er was onder meer kritiek op de rol van de CA en op de snelheid waarmee internationale kinderontvoeringszaken werden behandeld. Zie onder andere het Advies van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, *Knelpunten bij de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 in Nederland*, 10 augustus 2008 en M.V. Antokolskaia & G.C.A.M. Ruitenbergh, *Taken en functies van de Centrale Autoriteit bij de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk en Zweden. Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het WODC van het Ministerie van Justitie*, februari 2008, Den Haag: WODC Ministerie van Justitie 2008.

15 Op grond van het Aanwijzingsbesluit 's-Gravenhage als nevenzittingsplaats internationale kinderontvoeringen van 20 februari 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 2698 werd in de praktijk reeds vanaf 2009 een groot deel van de terugleidingsverzoeken door de Rechtbank Den Haag behandeld.

16 Men kan zich echter afvragen in hoeverre dit bezwaarlijk is. Het is immers niet alleen van belang dat internationale kinderontvoeringszaken *snel* worden behandeld, maar ook dat dit *zorgvuldig* gebeurt. M. Jonker e.a., *Internationale kinderontvoering. De uitvoeringspraktijk van inkomende zaken in Nederland, Engeland & Wales, Zweden en Zwitserland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 156.

17 De CA verwijst ouders naar het Centrum IKO (die een lijst met gespecialiseerde advocaten bijhoudt), de Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsmediators en de Vereniging voor Internationale Kinderontvoeringsadvocaten. Dit leidt in de praktijk tot de nodige vertraging. C.G. Jeppesen-De Boer & M. Jonker, 'Onderzoek naar de uitvoeringspraktijk rond internationale kinderontvoering', *REP* 2016-3, 226. Met Jeppesen-De Boer en Jonker ben ik van mening dat het wenselijk zou zijn dat de CA zelf een lijst met gespecialiseerde advocaten bijhoudt en aan de ouders ter beschikking stelt. Dat zou immers onnodige vertraging voorkomen en de CA meer inzicht kunnen geven in de voortgang van de zaak.

18 Jonker e.a. 2015, p. 30, p. 49-50 en p. 59-61.

19 Van die mogelijkheid wordt nauwelijks gebruik gemaakt.

20 Jonker e.a. 2015, p. 165.

21 Deze aantallen rechters worden genoemd in Jonker e.a. 2015, p. 49, 60.

22 Mijns inziens zou het de rechtsvorming ten goede komen indien de

mogelijkheid voor partijen om cassatieberoep in te stellen bij de Hoge Raad in ere zou worden hersteld. Zie voor een toelichting Ruitenberg 2015, p. 132-136. Uit het onderzoek van Jonker e.a. blijkt dat ook advocaten graag weer de mogelijkheid zouden hebben om in cassatie te gaan en dat de Rechtbank Den Haag zelf twee zaken ter toetsing aan de Hoge Raad heeft voorgelegd. Jonker e.a. 2015, p. 63-64 en p. 68.

23 N. Lowe e.a., *A Statistical Analysis of Applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Preliminary Document No. 8 A, Part I – Global Report 2011, p. 6.

24 Een vaststellingsovereenkomst houdt in dat de ouders een overeenkomst hebben gesloten over de verblijfplaats van en omgang met c.q. de zorg voor het kind. Dat in Nederland in internationale kinderontvoeringszaken de nodige vaststellingsovereenkomsten worden gesloten, ondanks de veelal hoge mate van conflict in dergelijke zaken, is te danken aan de wijze waarop crossborder mediation stelselmatig in de Nederlandse teruggeleidingsprocedure is geïntegreerd en de inzet van een speciaal hiervoor toegerust Mediation Bureau. Zie hierover uitgebreider L. van Wesemael e.a., ‘Crossborder mediation’, *TREMA* 2016, 3.

25 Het Bureau Liaisonrechter Internationale Kinderbescherming. *Verslag over de periode 1 januari 2014 – 1 januari 2015*, Rechtbank Den Haag Team familie en internationale kinderbescherming 2014, p. 19. Als de zaken uit de rafiek worden opgeteld blijkt dat het teruggeleidingsverzoek 43 maal is toe- en 40 maal is afgewezen en dat in 16 zaken een vaststellingsovereenkomst in de beschikking is opgenomen.

26 Zie bijvoorbeeld Het Bureau Liaisonrechter Internationale Kinderbescherming. *Verslag over de periode 1 januari 2014 – 1 januari 2015*, Rechtbank Den Haag Team familie en internationale kinderbescherming 2014, p. 19 en Ruitenberg 2015, p. 288, 289.

27 Zie uitgebreider over de jurisprudentie inzake worteling Ruitenberg 2015, p. 354-358.

28 Ruitenberg 2015, p. 597.

29 Zie o.a. Hof 's-Gravenhage 26 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG5581; Rechtbank Den Haag 7 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2639; Rechtbank Den Haag 11 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:11580.

30 Zie onder meer Rechtbank Den Haag 31 januari 2014, *JPF* 2014, 80; Rechtbank Leeuwarden 26 september 2001,

ECLI:NL:RBLEE:2001:AD3855; Rechtbank Den Haag 11 september 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:11580; Rechtbank Den Haag 31 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA2349 en Hof Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:131.

31 Dit gebeurde bijvoorbeeld in een zaak waarin er een aanzienlijke kans was dat de ontvoerende ouder voor enkele jaren gedetineerd zou worden, waardoor een situatie zou ontstaan waarin het kind door geen van beide ouders wordt verzorgd. Hof Den Bosch 15 november 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ6543. Uit artikel 18 HKOV volgt dat de rechter bevoegd is om op elk moment de terugkeer van een kind te gelasten.

32 Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien kinderen langdurig in verschillende asielzoekerscentra hebben verbleven. Bij het niet aannemen van worteling spelen ook wel de (jonge) leeftijd van het kind en de mening van het kind, indien het zelf aangeeft te willen terugkeren, een rol. Zie onder andere Rechtbank Rotterdam 30 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BV0758.

33 Zie onder andere HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7937, waarin de Hoge Raad het begrip daadwerkelijke gezagsuitoefening interpreteert en daarbij geen onderscheid maakt tussen beide bepalingen.

34 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 7 augustus 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AE8536 (beoordeling daadwerkelijke gezagsuitoefening in het licht van artikel 13 lid 1 sub a) en Hof Amsterdam 3 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AV1453 (beoordeling daadwerkelijke gezagsuitoefening in het licht van artikel 3).

35 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 2 mei 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4758 en Rechtbank Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7943. Het Hof Den Haag lijkt in recente jurisprudentie minder consistent te zijn. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 21 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:109 (beoordeling toestemming op grond van artikel 13 lid 1 sub a, maar of sprake is van daadwerkelijke gezagsuitoefening is beoordeeld in het licht van artikel 3) en Hof Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:131 (beoordeling toestemming op grond van artikel 3).

36 Zie de *case law analysis* op <http://www.incadat.com> onder *exceptions to return > consent article 13 (1) a) > classifying consent* (laatst geraadpleegd op 25 augustus 2016). Ten aanzien van daadwerkelijke gezagsuitoefening is zo'n jurisprudentieanalyse nog niet beschikbaar.

37 Zo wordt in beginsel reeds verondersteld dat degene die het gezag heeft dit ook daadwerkelijke uitoefende.

38 Zie hierover N. Lowe, M. Everall & M. Nicholls, *International Movement of Children. Law Practice and Procedure*, Bristol: Family Law, Jordan Publishing Limited 2004, reprinted 2005, p. 308, 309 en L. Walker & P. Beaumont, 'Shifting the balance achieved by the abduction convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice', *Journal of Private International Law* 2011-2, p. 233-235.

39 HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7937.

40 Zie de Conclusie van A-G Strikwerda (ECLI:NL:PHR:2006:AY7937) bij bovengenoemde uitspraak.

41 Rechtbank Den Haag 7 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC7726.

42 Rechtbank Middelburg 17 mei 2001, ECLI:NL:RBMID:2001:AB1636.

43 Rechtbank Arnhem 9 februari 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AO3885.

44 Hof Den Haag 11 december 2009 (de datum van de uitspraak is op rechtspraak.nl 27 mei 2010), ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5037.

45 Hof Den Bosch 27 mei 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM5997.

46 Zie uitgebreider over de jurisprudentie inzake daadwerkelijke gezagsuitoefening Ruitenbergh 2015, p. 310-313. Naar mijn mening zou, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, in het kader van artikel 3 HKOV moeten worden beoordeeld of van daadwerkelijke gezagsuitoefening sprake is en of dus überhaupt sprake is van internationale kinderontvoering. Als dit het geval is, kan vervolgens de mate waarin het gezag wordt uitgeoefend een factor zijn die wordt betrokken bij de afweging of een kind al dan niet moet worden teruggeleid.

47 Hof Den Haag 22 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ7103.

48 HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1500.

49 Zie onder andere Hof Den Bosch 13 december 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ6977 en Hof Den Haag 22 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ7103.

50 Rechtbank Den Haag 16 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:7882.

51 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 30 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BQ5160.

52 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 9 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK5861.

53 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 10 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3729 (bekrachtigd in Hof Den Haag 31 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1149).

54 Zie uitgebreider over de jurisprudentie inzake toestemming Ruitenberg 2015, p. 314-318.

55 Zie HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1500 en HR 1 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6126.

56 Ruitenberg 2015, p. 321. Zie de voorbeelden van jurisprudentie in de voetnoten hierna.

57 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 7 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG0578. Anders: Rechtbank Assen 1 juni 1993, *NIPR* 1993, 415, waarin berusting werd aangenomen nu de achtergebleven ouder pas na enkele maanden in actie was gekomen en daardoor bij het oudste kind de indruk was gewekt dat in het verblijf was berust. Deze uitspraak is niet in lijn met de (latere) jurisprudentie van de Hoge Raad.

58 Bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 3 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:436. Anders: Rechtbank Breda 16 december 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BP0038, waarin (mede) vanwege omgang met het naar Nederland ontvoerde kind wel werd aangenomen dat was berust. Deze uitspraak werd in hoger beroep echter vernietigd, zie Hof Den Bosch 26 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP232. Zie uitgebreider over de jurisprudentie inzake berusting Ruitenberg 2015, p. 318-322.

59 Zie uitgebreider over de jurisprudentie inzake artikel 13 lid 1 sub b HKOV Ruitenberg 2015, p. 322-341.

60 Zie HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4795 en tevens HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8774.

61 HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3193.

62 HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1500. De Hoge Raad heeft niet aangegeven welke omstandigheden dit betreft. A-G

Strikwerda is hierop in zijn conclusie bij HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AY8774, onder 20 wel in algemene zin ingegaan. Zie voor een concreet voorbeeld van een zaak waarin de dreigende scheiding van het kind van de moeder, in het licht van de omstandigheden, heeft geleid tot een afwijzing van het teruggeleidingsverzoek op grond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 19 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19047.

63 Zo zijn er onder andere enkele zaken waarin werd aangenomen dat de weigeringsgrond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV zich voordoet (mede) omdat de terugkeer ertoe zou leiden dat het ontvoerde kind zou worden gescheiden van diens (half)broer(s)/zus(sen). Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 5 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1628.

64 Bijvoorbeeld Hof Den Haag 3 februari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL1778.

65 Rechtbank Den Haag 3 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN4009.

66 Bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 9 februari 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AO3885 en Hof Amsterdam 5 augustus 1999, *FJR* 2001-4, p. 120-122.

67 Bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 3 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:436.

68 Bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 25 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:10170.

69 Bijvoorbeeld Rechtbank Breda 6 februari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:BB3319. Zie ook artikel 11 lid 4 Verordening Brussel IIbis waarin is bepaald dat de terugkeer van een kind niet op grond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV mag worden geweigerd indien vaststaat dat adequate voorzieningen zijn getroffen om de bescherming van het kind na terugkeer te verzekeren.

70 Bijvoorbeeld Hof Den Haag 12 december 2001, ECLI:NL:GHSGR:2001:AE2497 en Hof Den Haag 28 april 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5202.

71 Bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 11 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3537.

72 Bijvoorbeeld Hof Den Haag 18 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV5608. Ruitenbergh 2015, p. 332.

73 Onder andere Hof Den Bosch 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK1445.

74 Hof Den Bosch 23 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT3979.

75 Bijvoorbeeld Hof Den Bosch 23 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT3979.

76 Zie Ruitenberg 2015, p. 335, 336 en bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 19 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19047.

77 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 15 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1714. Ook op de grond van artikel 3 lid 1 IVRK achtte het hof terugleiding van de kinderen onaanvaardbaar, omdat volgens het hof 'terugleiding van zeer jonge en kwetsbare kinderen naar een zeer ongewisse situatie' in strijd zou zijn met hun belangen.

78 Ruitenberg 2015, p. 337-339. Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK1445.

79 Ruitenberg 2015, p. 341.

80 Zie voor een nadere toelichting Ruitenberg 2015, p. 597-599.

81 Zie uitgebreider over de jurisprudentie inzake artikel 13 lid 2 HKOV Ruitenberg 2015, p. 341-353.

82 Zie de conclusie van P-G Strikwerda van 12 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE5804, onder punt 37.

83 Zie onder andere Rechtbank Den Haag 14 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6583, waarin werd aangenomen dat een bijna dertienjarige zich verzette. In hoger beroep werd deze uitspraak, na een raadsonderzoek, bekrachtigd (Hof Den Haag 12 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2814).

84 Ruitenberg 2015, p. 344, 345.

85 *Het Bureau Liaisonrechter Internationale Kinderbescherming. Verslag over de periode 1 januari 2014 – 1 januari 2015*, Rechtbank Den Haag Team familie en internationale kindbescherming 2014, p. 11. Soms wordt van dit uitgangspunt afgeweken, zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 1 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:13729, waarin een vijfjarige werd gehoord.

86 Zo kunnen onder andere de assertiviteit en verbale vaardigheid van het kind, of het kind de indruk maakt diens eigen mening te verkondigen of (sterk) beïnvloed lijkt te zijn door een ouder en de

(medische) gesteldheid van het kind – dat bijvoorbeeld ADHD heeft – een rol spelen. Ruitenbergh 2015, p. 347, 348.

87 Zo wordt gelet op de helderheid, consistentie, stelligheid en gedetailleerdheid – worden er concrete feiten en omstandigheden aangevoerd – van de verklaring. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Den Haag 14 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6583. Ruitenbergh 2015, p. 348, 349.

88 Bijvoorbeeld Rechtbank Haarlem 8 november 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BU6813.

89 Rechtbank Zwolle-Lelystad 7 maart 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV8594. Zie meer recent Rechtbank Den Haag 14 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6583: “De rechtbank stelt voorop dat het hierbij niet gaat om de vraag of de door de minderjarige geuite angst naar objectieve maatstaven terecht is.”

90 Bijvoorbeeld Hof Arnhem 8 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ4968.

91 Zie voor die discussie met name Procès-verbal no. 9 in: Hague Conference on private international law, *Actes et documents de la Quatorzième session 6 au 25 octobre 1980. Tome III. Enlèvement d'enfants. Child abduction*, Bureau Permanent de la Conférence. Imprimerie Nationale, Den Haag 1982.

92 Pérez-Vera 1981, p. 434, 462.

93 HR 27 september 2008, ECLI:NL:HR:2007:BB3192.

94 Rechtbank Rotterdam 30 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BV0758. Zie uitgebreider over de jurisprudentie ten aanzien van artikel 20 HKOV Ruitenbergh 2015, p. 358-360.

95 Zie tevens de Conclusie van P-G Strikwerda (ECLI:NL:PHR:2007:BB3192) waarin wordt aangegeven dat de strekking van artikel 20 HKOV, voor zover al sprake is van zelfstandige betekenis naast artikel 13 lid 1 sub b HKOV, beperkt is.

96 Wellicht biedt artikel 20 HKOV (anders dan artikel 13 lid 1 sub b HKOV) wel een (beperkte) opening om een teruggeleidingsverzoek af te wijzen vanwege omstandigheden die niet het kind maar de ontvoerende ouder betreffen. Zie J.H.A. van Loon, ‘Kinderontvoering en mensenrechten’, in: K. Boele-Woelki e.a., *Actuele ontwikkelingen in het familierecht. Achtste UCERF symposium*, UCERF REEKS 8, Utrecht: UCERF 2014, p. 12. Het zou volgens Beaumont & McEleavy

mogelijk zijn om artikel 20 HKOV toe te passen indien Staten partij zouden worden die er, in Westerse ogen, onacceptabele tradities op nahouden zoals meisjesbesnijdenis (P.R. Beaumont & P.E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford: University Press 1999, p. 174). In zo'n geval is afwijzing van een teruggeleidingsverzoek mijns inziens echter ook mogelijk op grond van artikel 13 lid 1 sub b HKOV.

97 Zie bijvoorbeeld het voorstel van de Europese Commissie om de Verordening Brussel IIbis, ook ten aanzien van internationale kinderonvoeringszaken, aanzienlijk aan te passen: Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kinderonvoering (herschikking), Brussel, 30.6.2016 COM(2016) 411 final, 2016/0190 (CNS).