

Hof van Beroep Gent, arrest van 29 mei 2019

Kinderontvoering – Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Artikel 13 – Horen van kinderen

Enlèvement d'enfant – Convention de La Haye du 1980 (enlèvement enfants) – Article 13 – Audition des enfants

Zie ook eindarrest [Hof van Beroep Gent, arrest van 7 november 2019](#).

M.

wonende te [...]
appellante,

hebbende als raadsman mr. [...] advocaat te [...]

tegen

De Procureur des Konings, optredend op verzoek van de Centrale Autoriteit, zijnde de Belgische Staat, FOD Justitie, Directoraat-Generaal, Wetgeving, Fundamentele Rechten en Vrijheden, Internationale Samenwerking in burgerlijke zaken met kabinet te [...] optredende krachtens artikel 28 van het Verdrag van 's Gravenhage van 25 oktober 1980 namens S. geboren te [...] op [...] 1967, wondende te [...] die woonst kiest op het kantoor van de Procureur des Konings te [...] geïntimeerde

In hoger beroep vertegenwoordigd door de heer procureur-generaal bij het hof van beroep te Gent met kantoor te [...]

wijst het hof het volgend arrest:

I. Rechtspleging

1. Bij verzoekschrift, ter griffie neergelegd op 16 januari 2019, heeft de appellante hoger beroep ingesteld tegen het vonnis dat op 30 november 2018 - bij verstek ten aanzien van de appellante - werd verleend door de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, 15de familiekamer, zetelend zoals in kort geding (familiedossier 430101-18-01568; rolnummer 18/3391/A).

De zaak werd voor het hof ingeleid in raadkamer ter terechtzitting van 7 februari 2019. De appellante werd gehoord bij monde van haar raadslieden en in persoon. De geïntimeerde werd gehoord in de persoon van advocaat-generaal [...]

De heer S. was tevens in persoon aanwezig en werd gehoord. Hij werd hierbij bijgestaan door de aangestelde tolk, mevrouw [...] die na het afleggen van de door de wet vereiste eed de gezegden van het Nederlands in het Spaans en omgekeerd heeft omgezet.

In toepassing van artikel 1253ter/1,§2 Ger.W. hoorde de voorzitter de partijen over de wijze waarop ze getracht hebben om het geschil op minnelijke wijze op te lossen voor de Inleiding van de zaak en om vast te stellen of een minnelijke oplossing overwogen kon worden.

In toepassing van artikel 1253^{ter}/3, §1 Ger.W. stelde de voorzitter de partijen voor om de mogelijkheid van een minnelijke schikking of bemiddeling te onderzoeken.

Partijen kwamen conclusietermijnen overeen en de zaak werd voor behandeling gesteld op 25 april 2019.

Ter terechtzitting van 25 april 2019 werd de zaak in raadkamer behandeld.

De appellante werd gehoord bij monde van haar raadslieden en in persoon. De geïntimeerde werd gehoord in de persoon van advocaat-generaal [...]

De dossiers van de rechtspleging en de overgelegde stukken werden ingezien.

De appellante legde ter terechtzitting een dossier neer dat, volgens een inventaris en gecollationeerd, 21 stukken vermeldt. Op 17 april 2019 legde zij ter griffie een aanvullend stuk 22 neer.

De geïntimeerde legde vooraf ter griffie, op 1 maart 2019, een dossier neer dat, volgens een inventaris, 17 aanvullende stukken vermeldt.

Bovendien bevinden bepaalde stukken van de geïntimeerde - volgens een inventaris I.1-2, II. 1-9, II, III. 1-3, IV. en aangewend in eerste aanleg - zich nog in het dossier van de rechtspleging van eerste aanleg.

Behoudens in de gevallen waarin conclusie mag worden genomen buiten de in artikel 747 Ger.W. bedoelde termijnen nemen de laatste conclusies van de partijen, meer bepaald de conclusie van de appellante, neergelegd ter griffie op 26 maart 2019, en de conclusie van de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 1 maart 2019, de vorm aan van syntheseconclusies. Voor de toepassing van artikel 780, eerste lid, 3°, Ger.W. vervangen de syntheseconclusies alle vorige conclusies en desgevallend de gedinginleidende akte van de partij die de syntheseconclusie neerlegt (artikel 748^{bis} Ger.W.). Het onderwerp van de vordering wordt uitsluitend bepaald door de syntheseconclusies.

II. Relevante feiten, voorgaanden en omschrijving van de vorderingen

A. *Samenvatting van door het hof weerhouden pertinente feiten*

2. De minderjarige A. werd geboren te [...] (Spanje) op [...] 2009 uit de relatie (en het geregistreerd partnerschap) van de appellante (moeder) en de heer S. (stuk I, 1 geïntimeerde).

Op 10 september 2012 troffen de ouders een regeling omtrent A. als volgt (in essentie wat betreft de ter beoordeling van de in het hoger beroep relevante punten):

- de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag;
- het hoofdverblijf van het kind bij de moeder;
- een omgang met de vader twee late namiddagen om de week (dinsdag en donderdag van 16u30 tot 19u30) en elk ander weekend van vrijdag na school tot zondag 19 u en de helft van de schoolvakanties;
- de vader mag telefonisch of via ander audiovisuele of elektronische middelen op verstandige tijden met het kind communiceren;
- indien het kind ziek is en niet naar de vader kan komen, mag deze hem op het domicilie volgens afspraak met de moeder bezoeken;
- tijdens de vakanties dienen de ouders met elkaar af te spreken waar het kind zal verblijven en een adres en telefoonnummer door te geven; tevens mogen de ouders met het kind in deze periodes communiceren telefonisch of via ander audiovisuele of elektronische middelen.

Deze overeenkomst werd bekrachtigd bij vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te [...] (Spanje) van 4 november 2013 (stuk II.4 geïntimeerde).

Beide ouders woonden toen in Spanje en A. liep sedert 2012 ook school in Spanje. Tijdens het schooljaar 2017-2018 zat hij in het derde leerjaar basisonderwijs (stuk II. 7 geïntimeerde).

Op 5 april 2017 reisde de appellante (moeder) - met A. naar België voor een vakantiebezoek, waartoe de vader zijn toestemming gaf. Zij zouden terugkeren op 12 april 2017. Zij keerden evenwel niet terug.

Op 22 april 2017 stuurde de appellante (moeder) een mailbericht naar de vader met de melding dat zij niet meer terugkeerden naar Spanje en dat A. school zou lopen in België (stuk II.8 geïntimeerde).

De vader uitte zijn verzet (aangiftes bij de politie van [...] (Spanje) op 11 en 22 april 2017 (stukken II.5 en II.6 geïntimeerde)).

De vader wendde zich op 22 september 2017 tot de Spaanse Centrale Autoriteit voor het indienen van een terugkeerverzoek. Dit verzoek werd op 10 april 2018 door de Belgische Centrale Autoriteit overgemaakt aan het openbaar ministerie (stuk II, 1 geïntimeerde).

De appellante (moeder) bleef - dit bij herhaling - weigeren om het kind op vrijwillige basis naar Spanje te laten terugkeren (verhoor door de politie op 19 april 2018 en op 27 september 2018: stukken III.1 en III.3 geïntimeerde).

Op 8 oktober 2018 legde de procureur des Konings te Gent het verzoekschrift inzake de terugkeerprocedure neer ter griffie.

B. Het bestreden (verstek)vonnissen en de vorderingen in hoger beroep

3.1. Bij het bestreden vonnis van 30 november 2018 werd - bij verstek ten aanzien van de appellante - geoordeeld als volgt (citaat):

"(...)

Met inachtneming van :

- *artikel 2 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,*
- *het Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, die gericht is op de onmiddellijke terugkeer van het kind, zoals geregeld door de artikelen 1322bis e.v. Ger. W.;*

Verklaart de vordering ontvankelijk en in de hierna bepaalde mate gegrond,

Beveelt de terugkeer van het kind A. geboren te [...] op [...] 2009 naar de woning van mijnheer in Spanje [...],

Beveelt mevrouw binnen de 24 uren te rekenen van de betekening van het huidig vonnis het kind terug te brengen naar de woning van mijnheer in Spanje [...],

Zegt dat bij gebrek aan vrijwillige uitvoering van het vonnis zoals hierboven bepaald mevrouw wordt veroordeeld tot het betalen van een dwangsom van 500 EURO per dag vertraging in de afgifte, te rekenen vanaf het verstrijken van een termijn van 3 dagen na betekening van huidig vonnis,

Zegt dat de instrumenterende gerechtsdeurwaarder gemachtigd wordt zich te laten bijstaan door de sociale politie en, zo nodig, ook door een maatschappelijk werker of psycholoog, teneinde de terugkeer in alle sereniteit te laten verlopen,

Veroordeelt mevrouw tot de betaling van de kosten van het geding,

Begroot de kosten in hoofde van de Procureur des Konings op: 0 euro.

Zegt dat deze beslissing rechtens uitvoerbaar is bij voorraad niettegenstaande alle verhaal en zonder zekerheidstelling

(...)”.

3.2. Dit vonnis werd aan de appellante (moeder) betekend op 17 december 2018 (stuk 6 dossier van de rechtspleging voor het hof: stuk toegevoegd door de geïntimeerde).

Een gedwongen tenuitvoerlegging van het bestreden vonnis werd blijkbaar niet benaarstigd.

4. Op 4 december 2018 werd de appellante (moeder) door de rechtbank te [...] (Spanje) nog veroordeeld tot betaling van een dwangsom van 400,00 euro per maand zolang zij de omgangsregeling, zoals voorzien in het vonnis van 4 november 2013, niet naleeft (aanvullend stuk 1 geïntimeerde).

5. De appellante vordert voor het hof (citaat):

'(...)

Het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren.

Derhalve het vonnis a quo teniet te doen en opnieuw wijzende:

In hoofdorde:

Te zeggen voor recht dat een gedwongen terugleiding van A. niet in het belang van het kind is, aangezien er een ernstig risico bestaat dat A. door zijn terugkeer aan een lichamelijk/geestelijk gevaar blootgesteld zou worden, noch noodzakelijk is in een democratische samenleving – overeenkomstig artikel 13 Verdrag 's-Gravenhage, artikel 3 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind, artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

In ondergeschikte orde:

Alvorens recht te doen, over te gaan tot het horen van A. door de Voorzitter van de 11 ter k. van het Hof van Beroep te Gent.

In meer ondergeschikte orde:

Vooraleer verder ten gronde te gaan oordelen - vooreerst een deskundig onderzoek te bevelen waarbij ondermeer en inzonder A. zou worden gehoord naar zijn mening en in het licht van zijn belang.

Gedaagde te veroordelen tot de kosten van de procedure, In hoofde van concludante als volgt te begroten:

- Rolrecht :	210,00 EUR
- Rechtsplegingsvergoeding:	1440,00 EUR

In meest ondergeschikte orde:

Zo het hoger beroep vanwege concludante ongegrond verklaard zou worden, te zeggen voor recht dat er geen reden voorhanden is om een dwangsom ten bedrage van 500,00 EUR/dag vertraging in de afgifte van het kind op te leggen.

(...)”.

6. De geïntimeerde vordert voor het hof (citaat):

“(…)

Het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, dd 30.11.2018 te bevestigen, in zoverre het in toepassing van het verdrag van 's Gravenhage van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, zoals geregeld in artikel 1322 bis e.v. Ger. W., de onmiddellijke terugkeer van het kind A. ° [...] 2009 te [...] (Spanje) binnen de 24 uren van de betekening van het arrest naar Spanje heeft bevolen, onder verbeurte van een dwangsom van 500 € per dag vertraging in de afgifte te rekenen vanaf het verstrijken van een termijn van 3 dagen na de betekening van het tussen te komen arrest.

Appellante tevens te veroordelen tot de kosten van beide aanleggen of uiterst subsidiair de kosten om te slaan gelet op het familierechtelijk karakter van het geschil.

(...)”.

III. Beoordeling

C. De ontvankelijkheid van het hoger beroep

7. Het bestreden vonnis werd aan de appellante (moeder) betekend op 17 december 2018.

Het hoger beroep, ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 16 januari 2019, is tijdig en regelmatig naar de vorm. Het is ontvankelijk.

D. Voorafgaand: het horen van het kind

8. De appellante (moeder) beroept zich op de weigeringsgrond van artikel 13, eerste lid, b) Haags Kinderontvoeringsverdrag, enerzijds, en, anderzijds op artikel 13, tweede lid Haags Kinderontvoeringsverdrag.

Artikel 13 Haags Kinderontvoeringsverdrag luidt als volgt:

(…)

Niettegenstaande het bepaalde in het voorgaande artikel, is de rechterlijke of administratieve autoriteit van de aangezochte Staat niet gehouden de terugkeer van het kind te gelasten, indien de persoon, de instelling of het lichaam dat zich tegen de terugkeer verzet, aantoon dat:

a)

de persoon, de instelling of het lichaam dat de zorg had voor de persoon van het kind, het recht betreffende het gezag niet daadwerkelijk uitoefende ten tijde van de overbrenging of het niet doen terugkeren, of naderhand in deze overbrenging of het niet doen terugkeren had toegestemd of berust; of dat

b)

er een ernstig risico bestaat dat het kind door zijn terugkeer wordt blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondragelijke toestand wordt gebracht.

De rechterlijke of administratieve autoriteit kan eveneens weigeren de terugkeer van het kind te gelasten, indien zij vaststelt dat het kind zich verzet tegen zijn terugkeer en een leeftijd en mate van rijpheid heeft bereikt, die rechtvaardigt dat met zijn mening rekening wordt gehouden.

Bij het beoordelen van de in dit artikel bedoelde omstandigheden, houden de rechterlijke of administratieve autoriteiten rekening met de gegevens omtrent de maatschappelijke omstandigheden van het kind, die zijn verstrekt door de centrale autoriteit of enige andere bevoegde autoriteit van de Staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft.

(...)'.

9. De appellante vordert in haar syntheseconclusie het hof om het kind te horen teneinde zijn mening te kennen. De geïntimeerde verzet zich hiertegen in zijn syntheseconclusie.

De geïntimeerde verwijst naar onuitgegeven rechtspraak van de 255^{ste} kamer van de familierechtbank bij de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 24 maart 2015 en argumenteert in dit verband wat volgt (aanvullend geïnventariseerd stuk 13 geïntimeerde). Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen, enerzijds, de bodemprocedure in het land van herkomst van het kind waarin het kind kan gehoord worden en, anderzijds, de terugkeerprocedure. Het horen van kinderen in een terugkeerprocedure komt eigenlijk neer op het vragen naar hun mening omtrent het handelen van één van zijn ouders, dat a priori als ongeoorloofd moet worden beschouwd.

Artikel 13, tweede lid Haags Kinderontvoeringsverdrag laat de rechterlijke autoriteit echter toe de terugkeer te weigeren indien zij een verzet bij het kind vaststelt onder de hoger geschetste voorwaarden.

Het horen van het kind door het hof behoort wel degelijk ook tot de mogelijkheden in een terugkeerprocedure, al is het geen verplichting (P. Senaeve, "Het hoorrecht van minderjarigen" in P. Senaeve (ed.), Handboek Familieprocesrecht, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, nr. 766).

10. Ter inleidingszitting van 7 februari 2019 engageerden beide partijen zich ertoe om het kind te laten horen door een psycholoog (proces-verbaal van de terechtzitting van 7 februari 2019).

Het aanvullend stuk 22 van de appellante betreft het verslag van mevrouw [...] klinisch psychologe, van een belevingsonderzoek bij A. 'rond zijn emotioneel welbevinden, met aandacht voor de beleving omtrent het wonen bij mama dan wel bij papa', één en ander na contact met de moeder en het kind. Omdat de vader in Spanje woont bleek contact met deze laatste moeilijk.

Dit verslag is niet gedateerd, maar verwijst naar een eerste gesprek met de appellante op 13 april 2019. Het verslag werd overgemaakt aan de raadsman van de appellante op 15 april 2019.

De vraag rees dan ook naderhand voor het hof of nog op het horen van het kind werd aangedrongen. Ter pleitzitting van 25 april 2019 voor het hof volhardde de raadsman van de appellante wel degelijk in het verzoek tot het horen van A. door het hof.

De geïntimeerde meende dat het niet nodig was het kind te horen 'gelet op het door de appellante neergelegde verslag van de eenzijdig geraadpleegde psycholoog'(proces-verbaal van de terechtzitting van 25 april 2019).

Het verslag van de geraadpleegde psychologe is onbetwist éézijdig, argument dat overigens is weerhouden door de geïntimeerde.

11. De geïntimeerde staft zijn verzet nog door te wijzen op de jonge leeftijd van A. geboren op [...] 2009, en op zijn volgens de moeder bestaande psychologische problematiek.

Uit het verslag van het diagnostisch onderzoek (waaronder het intelligentieonderzoek) van mevrouw [...] klinisch psycholoog in [...] te [...] van 24 augustus 2017 blijkt evenwel wat volgt (stuk 12 appellante):

(...)

Op basis van deze gegevens kan A. omschreven worden als een bovengemiddeld begaafde jongen met een harmonisch intelligentieprofiel (verbale en performale/inzichtelijke mogelijkheden verschillen niet significant van elkaar).'

(...).

Deze vaststelling staat een horen van het kind niet in de weg.

12. Volgens de geïntimeerde is het horen van het kind tegenaangewezen nu het reeds lange tijd exclusief in het moederlijk milieu vertoeft, mogelijk met loyaleitsconflicten te kampen heeft en alleszins onder de beïnvloedingsfeer van de moeder is.

De geïntimeerde acht het evenmin verantwoord dat een kwetsbaar kind in een positie wordt gebracht dat het gedwongen wordt 'te kiezen' tussen zijn ouders indien het gaat om het terugkeerprincipe in het kader van het Haags Kinderontvoeringsverdrag.

Het gaat daarbij naar het oordeel van het hof om bezorgdheden, waarmee tijdens het horen van het kind rekening kan gehouden worden maar die een horen van het kind als dusdanig niet in de weg staan.

Artikel 1004/2, derde lid BW bepaalt dat het informatieformulier voor de minderjarige ook preciseert dat de rechter bij het horen van de minderjarige niet verplicht is om zich te schikken naar de verzoeken die de minderjarige hem gedaan heeft. Een 'keuzerecht voor de minderjarige' is uitgesloten nu de uiteindelijke beslissing de rechter toebehoort.

13. Op basis van artikel 1004/1, § 1 Ger.W. heeft elke minderjarige het recht om gehoord te worden door een rechter in materies die hem aanbelangen aangaande de uitoefening van het ouderlijk gezag, de verblijfsregeling en het recht op persoonlijk contact.

Krachtens artikel 1004/1, § 2 Ger.W. wordt de minderjarige die jonger is dan twaalf jaar gehoord op eigen verzoek, op verzoek van de partijen, van het openbaar ministerie of ambtshalve door de rechter.

Er zijn in het licht van wat voorafgaat geen omstandigheden eigen aan de zaak die een weigeringsbeslissing op het verzoek tot het horen van het kind uitgaande van de appellante afdoende kunnen motiveren.

14. Om proceseconomische redenen wordt de mogelijke datum waarop de minderjarige desgewenst zal worden gehoord reeds vastgesteld in onderhavig tussenarrest.

Een rechtsdag en procesagenda worden vervolgens bepaald.

OM DEZE REDENEN,

HET HOF, rechtdoende op tegenspraak,

gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken;

verklaart het hoger beroep ontvankelijk;

alvorens verder ten gronde te beslissen;

bepaalt dat A. geboren te [...] (Spanje) op [...] 2009, wonende te [...] in persoon zal verschijnen om gehoord te worden in raadkamer van het hof door de voorzitter van de 11^{de}ter familiekamer, in het gerechtsgebouw te 9000 Gent, Koophandelsplein 23 op woensdag 19 juni 2019 om 14u30 (zaal 21bis);

zegt dat het kind het recht heeft te weigeren te worden gehoord in welk geval deze voorziene datum komt te vervallen;

zegt dat het kind, door tussenkomst van de griffie en door middel van het informatieformulier waarvan sprake in artikel 1004/2 Ger.W., zal worden ingelicht over zijn recht om gehoord te worden;

verstaat dat bij die informatie een antwoordformulier dient te worden gevoegd;

verstaat dat de voornoemd formulieren dienen toegestuurd te worden, gelet op de bijzondere omstandigheden van deze zaak, aan het adres van elk van 'de ouders' - hetzij van de appellante en van de geïntimeerde overeenkomstig de woonstkeuze - en op naam van de minderjarige;

bepaalt, behoudens andersluidend akkoord tussen partijen, de termijn voor toezending aan de andere partijen en neerlegging ter griffie van de eventuele syntheseconclusies door:

- de appellante uiterlijk op 19 juli 2019
- de geïntimeerde uiterlijk op 19 augustus 2019;

stelt de zaak voor verdere behandeling in raadkamer vast ter terechtzitting van de 11^{de} ter familiekamer van donderdag 19 september 2019 om 15.30 uur in het gerechtsgebouw te 9000 Gent, Koophandelsplein 23, lokaal 2 (pleitduur 40');

houdt de beslissing - ook over de gerechtskosten - voor het overige aan;

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare buitengewone terechtzitting van het hof van beroep te Gent, elfde ter kamer, zetelend als familiekamer, van 29 mei 2019.

Aanwezig:

Sabine De Bauw, kamervoorzitter
Fran De Coen, griffier