

Hof van Beroep Gent, arrest van 7 november 2019

Kinderontvoering – Verdrag van Den Haag van 1980 (kinderontvoering) – Artikel 3, 4, 12 en 13 – Ongeoorloofde overbrenging – Lichamelijk en geestelijk gevaar – Inburgering – Belang van het kind

Enlèvement d'enfant – Convention de La Haye du 1980 (enlèvement enfants) – Article 3, 4 en 13 – Déplacement illicite – Danger physique ou psychique – Integration – Intérêt de l'enfant

Zie ook tussenarrest [Hof van Beroep Gent, arrest van 29 mei 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 wonende 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. Het hof nam kennis van het tussenarrest gewezen door dit hof en deze kamer op 29 mei 2019.

Ter beoordeling is het hoger beroep ingesteld tegen het 'bevelschrift' 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).

Na tussenarrest werd de zaak behandeld in raadkamer ter terechtzitting van 19 september 2019.

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

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

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

De appellante legde vooraf ter griffie een dossier neer met 24 stukken, volgens een inventaris.

De geïntimeerde legde vooraf ter griffie een dossier neer met aanvullende stukken en onuitgegeven rechtspraak, volgens een inventaris van 17 stukken.

De andere stukken van de geïntimeerde – volgens een inventaris met stukken I. 1-2, II. 1-10 a&b, III. 1-3, IV. – bevinden zich in het dossier van de rechtspleging van eerste aanleg.

S. legde ter terechtzitting voor het hof zelf nog twee niet geïnventariseerde stukken neer.

De partijen beaamden dat alle conclusies en stukken in het debat mogen blijven.

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 31 juli 2019, en de conclusie van de geïntimeerde, neergelegd ter griffie op 8 juli 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 gedingleidende akte van de partij die de syntheseconclusie neerlegt (artikel 748bis Ger.W.). Het onderwerp van de vordering wordt uitsluitend bepaald door de syntheseconclusies.

II. Relevante feiten, voorgaanden en omschrijving van de vorderingen

2. Een aantal significante gegevens zijn opgenomen in voormeld tussenarrest en worden voor de bondigheid als herhaald beschouwd.

Duidelijkheidshalve herneemt het hof dat de minderjarige A. werd geboren te [...] (Spanje) op [...] 2009 uit de relatie (en het geregistreerd partnerschap) van de appellante (moeder) en S. (vader) (stuk I, 1 geïntimeerde).

Het kind is bij uitspraak van onderhavig arrest 10 jaar.

3.1 Bij het bestreden 'bevellschrift' van 30 november 2018 werd – bij verstek ten aanzien van de appellante – geoordeeld als volgt (citaat):

“(…)

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 ‘bevelschrift’ 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 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 diezelfde rechtbank 4 november 2013, niet naleeft (aanvullend stuk 1 geïntimeerde).

5. Bij tussenarrest van 29 mei 2019 van dit hof en deze kamer werd het hoger beroep reeds ontvankelijk verklaard. Alvorens verder ten gronde te beslissen werd bepaald dat de minderjarige A. zou worden opgeroepen om eventueel te worden gehoord.

Tevens werden conclusietermijnen en een rechtsdag bepaald. De beslissing, ook over de gerechtskosten, werd voor het overige aangehouden.

6. A. werd op 19 juni 2019 door dit hof gehoord, waarvan verslag werd opgemaakt.

7. De appellante vordert na tussenarrest voor het hof (citaat):

“(…)”

Het hoger beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren.

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

In hoofdde:

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 uiterst 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.

Geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van de procedure, in hoofde van concludante als volgt te begroten:

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

(...)"

8. De geïntimeerde vordert na tussenarrest 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 1322bis 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

A. De gegrondheid van het hoger beroep

9. Over de ontvankelijkheid van het hoger beroep werd reeds geoordeeld in het tussenarrest van dit hof en deze kamer van 29 mei 2019.

Rest het hof de beoordeling van de al dan niet gegrondheid van het hoger beroep.

a) De uitspraak bij verstek in eerste aanleg

10. De appellante beweert ten onrechte dat het bestreden 'beveldschrift' van 30 november 2018 ten aanzien van haar bij verstek werd gewezen buiten haar wil om, gelet op het feit dat zij nooit de gerechtsbrief daartoe in ontvangst mocht nemen.

Uit de stukken van de rechtspleging in eerste aanleg blijkt evenwel wat volgt.

De appellante werd bij gerechtsbrief van 19 oktober 2018 op het adres [...] opgeroepen om te verschijnen op de terechtzitting van 26 oktober 2018. Er werd op dit adres door de postdiensten ([...]) bericht achtergelaten op 22 oktober 2018. Deze gerechtsbrief keerde pas op 31 oktober 2018 terug met de vermelding 'niet afgehaald'.

Volgens een uittreksel uit het rijksregister van 8 oktober 2018 woonde de appellante op die datum op het voormeld adres [...].

De zaak werd ter terechtzitting van 26 oktober 2018 in voortzetting gesteld op de terechtzitting van 23 november 2018 met de vermelding dat de partijen opnieuw zouden opgeroepen worden.

De appellante werd bij gerechtsbrief van 26 oktober 2018 op hetzelfde adres en dus een tweede maal opgeroepen om te verschijnen op de terechtzitting van 23 november 2018. Er werd op dit adres door de postdiensten bericht achtergelaten op 29 oktober 2018 ([...]). Deze gerechtsbrief keerde pas op 7 november 2018 terug met de vermelding 'ontvangt de briefwisseling niet (meer) op het aangeduide adres'.

Het stuk 1 van de appellante betreft de 'E-tracker' voor deze laatste zending en vermeldt als afleveringsdatum 30 oktober 2018. Dit stuk toont niet aan dat de gerechtsbrief dadelijk na aanbidding bij de appellante werd teruggestuurd.

Het hof stelt bovendien vast dat de appellante – volgens het verzoekschrift tot hoger beroep en ook verder hangende de beroepsprocedure volgens eigen opgave – nog steeds woont op het adres [...].

In de gegeven omstandigheden werd het bestreden vonnis terecht bij verstek gewezen.

b) De bevoegdheid van de familierechtbank Gent en van de familiekamer van het hof van beroep Gent

11. In toepassing van, meer in het bijzonder, artikel 1322*quinquies* Ger. W. *juncto* artikel 1322*bis*, §1, 2° Ger. W. werd op 8 oktober 2018 door de procureur des Konings bij het parket Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, optredend op verzoek van de Centrale Autoriteit namens S., het verzoekschrift tot onmiddellijke terugkeer van het kind A., geboren te [...] (Spanje) op [...] 2009, neergelegd.

Overeenkomstig artikel 633*sexies*, § 1 Ger. W. was de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, als rechtbank die zitting houdt ter zetel van het hof van beroep in wiens rechtsgebied het kind aanwezig is op het tijdstip van de neerlegging van het verzoekschrift, bevoegd om van het verzoekschrift tot terugkeer conform artikel 1322*bis* Ger. W. kennis te nemen.

De appellante kwalificeert het door haar uitgeoefend rechtsmiddel als een hoger beroep tegen het verstekvonnis. Het hof van beroep Gent is bevoegd om daarvan kennis te nemen.

c) De internationale kinderontvoering staat vast

12.1. De toepassingsvoorwaarden van artikel 4 Haags Kinderontvoeringsverdrag (Verdrag van Den Haag van 25 oktober 1980 betreffende burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen) zijn vervuld.

Het hof stelt vast dat de gewone verblijfplaats van het kind in Spanje, als Verdragsluitende Staat, onmiddellijk voorafgaand aan de vasthouding door de appellante van het kind in België, als dusdanig door laatstgenoemde niet is betwist. A. had op het ogenblik van de vasthouding bovendien nog niet de leeftijd van 16 jaar bereikt.

Beide ouders woonden toen in Spanje, A. liep sedert 2012 ook school in Spanje (stuk II. 7 geïntimeerde).

Uit de pertinente feiten aangehaald *sub* II. A. in het tussenarrest van dit hof en deze kamer van 29 mei 2019 blijkt dat de gewone verblijfplaats van het kind – als plaats waar het kind het zwaartepunt van zijn affectieve, familiale, educatieve en sociale belangen had voorafgaand aan de vasthouding door de moeder in België en ongeacht de verblijfplaats van de ouders – wel degelijk in Spanje was (P. Lambersy

en C. Vergauwen, "De rechtspleging inzake internationale kinderontvoering door een ouder" in P. Senaeve (ed.), Handboek Familieprocesrecht, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, nr. 1806).

12.2. Het hof stelt eveneens vast dat de toepassingsvoorwaarde van artikel 3 Haags Kinderontvoeringsverdrag evenmin als dusdanig door de appellante is betwist en zoals hierna blijkt ook is vervuld.

Op 10 september 2012 troffen de ouders een regeling omtrent A. als volgt (in essentie):

- 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 11.4 geïntimeerde).

Op 5 april 2017 reisde de appellante (moeder) – met het kind A. – naar België voor een vakantiebezoek, waartoe de vader zijn toestemming gaf. Moeder en zoon zouden terugkeren op 12 april 2017, waarna het kind verder tijdens de paasvakantie bij zijn vader zou verblijven. Er volgde evenwel geen terugkeer. 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 het kind school zou lopen in België (stuk II.8 geïntimeerde).

De vader uitte telkens zijn verzet (stukken II.5 en II.6 geïntimeerde).

De vader wendde zich op 22 september 2017 vervolgens tot de Spaanse Centrale Autoriteit voor het indienen van een terugkeerverzoek (stuk II,1 geïntimeerde).

Nu evenwel de appellante (moeder) duidelijk geen toestemming had van S. (vader) om de minderjarige in België te houden na 12 april 2017 en zij dit desalniettemin deed, is er gehandeld in strijd met het gezagsrecht (waarvan beide ouders titularis zijn) en sprake van een ongeoorloofde vasthouding in België van de minderjarige door de moeder op grond van artikel 3 (*juncto* 5) Haags Kinderontvoeringsverdrag,

12.3. De argumentatie van de appellante dat zij 'bezwaarlijk als "ontvoerder" kan worden aangezien in de letterlijke zin van het woord, doch eerder haar kind tracht een zo goed mogelijke toekomst te geven' overtuigt het hof niet van het tegendeel.

Dit geldt des te meer nu de appellante destijds ook haar uit een andere relatie geboren zoon [...] (°[...] 1999) eigenmachtig naar Spanje zou hebben gebracht, terwijl zij voor niet-afgifte van haar nog uit een andere relatie geboren zoon [...] (°[...] 1995) aan de vader correctioneel werd veroordeeld (aanvullende stukken 2 en 6 geïntimeerde).

d) Terugkeer van het kind in de hypothese van artikel 12, tweede lid Haags Kinderontvoeringsverdrag?

13. De appellante voert als beroepsgrond aan dat A., die inmiddels meer dan twee jaar in België verblijft, reeds is geworteld in zijn nieuwe Belgische omgeving.

Dit is een argument *ex artikel 12, tweede lid Haags Kinderontvoeringsverdrag* dat slechts kan worden ingeroepen in het geval van een verzoek tot terugbrenging dat is gedaan na het verstrijken van de termijn van één jaar sedert het niet doen terugkeren.

De uitreistoestemming van de vader gold tot 12 april 2017, datum waarop het kind niet terugkeerde. Niettegenstaande het inleidend verzoekschrift in eerste aanleg werd neergelegd door de geïntimeerde op 8 oktober 2018, dateert het aanvraagformulier van de vader bij de Spaanse Centrale Autoriteit van 22 september 2017 (stuk II,1 geïntimeerde) en werd het verzoek van de Centrale Autoriteit in België aan het openbaar ministerie gedaan op 10 april 2018 (stuk II, 1 geïntimeerde als bijlage bij het inleidend verzoekschrift in eerste aanleg).

Het is derhalve krachtens het Haags Kinderontvoeringsverdrag – in geval van een tijdig geformuleerd terugkeerverzoek – niet aan de orde de al dan niet integratie van het kind in België te onderzoeken.

e) Terugkeer van het kind in de hypothese van artikel 13, eerste lid, b) Haags Kinderontvoeringsverdrag?

14.1. De appellante (moeder) beroept zich als de ouder, die zich tegen de terugkeer van het kind verzet, op artikel 13, eerste lid b) Haags Kinderontvoeringsverdrag dat de familierechter de mogelijkheid biedt de terugkeer niet te gelasten indien er 'er een ernstig risico bestaat dat het kind door zijn terugkeer wordt blootgesteld aan een lichamelijk of een geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondragelijke toestand wordt gebracht'.

Hoewel deze bepaling niet restrictief is wat betreft de precieze aard van het 'ernstige risico' (dat niet alleen 'een lichamelijk of geestelijk gevaar', maar ook 'een ondraaglijke situatie' kan inhouden) kan dit – in het licht van artikel 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna EVRM) – niet worden gelezen in de zin van alle ongemakken die noodzakelijkerwijze verband houden met de ervaring van een terugkeer, noch alleen voortkomen uit de scheiding van de ouder die verantwoordelijk was voor de onrechtmatige verwijdering of retentie. De uitzondering waarin artikel 13, eerste lid, b) Haags Kinderontvoeringsverdrag voorziet, heeft alleen betrekking op situaties die verder gaan dan wat redelijkerwijs van een kind mag worden verwacht (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Vladimir Ushakov tegen Rusland, arrest van 18 juni 2019, Tijdschrift@ipr.be 2019/3, p. 11).

Volgens de appellante bestaat er op medisch vlak een gevaarsituatie in de hypothese van een verblijf van A. in Spanje. Zo voert de appellante in het bijzonder aan dat de jongen van meet af aan te kampen had met een ernstige ADHD-problematiek, dewelke in Spanje (hetzij voor het achterhouden op 12 april 2017) niet onder controle te krijgen was. Zoals hierna blijkt gaat het hier om een postfactum argument dat wordt aangewend om zich te beroepen op de weigeringsgrond van artikel 13, eerste lid, b) Haags Kinderontvoeringsverdrag.

14.2. Ter staving van haar voormelde beweringen legt de appellante in het bijzonder de volgende stukken voor:

- een verslag van [...], klinisch psycholoog verbonden aan [...] van 24 augustus 2017 (stuk 12 appellante): daarin is, enerzijds, sprake van een sterk verstoorte concentratie bij A. gecompenseerd door sterke cognitieve vaardigheden en niet getemperd op het vlak van

- werkhouding en attitude, en, anderzijds, van een nog erg jong kind; verdere opvolging door een psycholoog werd zinvol geacht en consultatie van een neuroloog;
- evaluatieverslagen van het Medisch Pedagogisch instituut [...] tijdens de periode van april tot en met juni 2018: daarin is, naast begeleiding, onder de rubriek 'Onderwijsbehoeften' sprake van een 'Vermoeden van ADHD (geen diagnose); blijkbaar nam A. het medicijn 'Rilatine', dat thuis en tijdens de vakanties niet werd genomen (stuk 8 appellante);
 - het verslag van dr. [...] van 14 december 2018, verbonden aan het Centrum Kinderneurologie van het [...] te [...] (stuk 7 appellante): dit verslag dateert van na de bevolen terugkeer naar Spanje in het bestreden verstekvonnis; de diagnose van ADHD wordt daarin gesteld, hetzij meer dan anderhalf jaar na de retentie van het kind in België.

Het hof stelt bovendien vast dat al deze verslagen tot stand kwamen uitsluitend op vraag van de appellante, dit nadat zij het kind in België had achtergehouden en zonder enige interactie met de vader.

Er ligt naar het oordeel van het hof geen objectief overtuigend bewijs voor van een reeds bestaande gelijkaardige problematiek in Spanje. Het stuk 16 van de appellante behelst een medisch attest van de dienst pediatrie van [...] in [...] (Spanje) van 16 november 2016. Daaruit blijkt dat alleen de moeder op consultatie kwam en is er hoegenaamd geen sprake van de thans voorgehouden problematiek.

Er ligt evenmin enig sluitend bewijs voor dat in Spanje geen adequate medische behandeling van ADHD, eventueel daarmee gepaard gaande noodzakelijke psychologische opvolging en bijzondere schoolse begeleiding van het kind zouden mogelijk zijn.

De appellante faalt aldus in de (overigens door haar erkende) principiële bewijslast om haar beweringen concreet aan te tonen. Zij voert geen specifieke reden aan waarom het hof tot een andere bewijslastverdeling zou dienen te besluiten.

Uit de door S. (vader) ter terechtzitting van 19 september 2019 voor het hof overgelegde nota (punt 8) blijkt daarenboven dat hij zich wel degelijk heeft bevraagd over de mogelijkheden in Spanje om ADHD te onderzoeken en behandelen. In het mailbericht van 4 maart 2019 geeft hij aan dat de scholen, artsen en diensten in Spanje een zelfde manier van werken hebben dan in België (stuk 20 appellante). Het hof aanvaardt dan ook dat de vader hoe dan ook inmiddels zeker bereid is aan het kind de gepaste zorg aan te bieden in het geval van een terugkeer naar Spanje.

Een gevaarsituatie in het vaderlijk milieu in Spanje is hoegenaamd niet bewezen, evenmin als een abnormaal onveilige situatie voor het kind.

f) Terugkeer van het kind in de hypothese van artikel 13, tweede lid Haags Kinderontvoeringsverdrag?

15.1. De appellante beroept zich ook op artikel 13, tweede lid Haags Kinderontvoeringsverdrag waarin is bepaald dat de autoriteit bedoeld in artikel 12 niet gehouden is 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 tussenarrest van dit hof werd het verslag van mevrouw [...], klinisch psycholoog, van een belevingsonderzoek bij A. 'rond zijn emotioneel welbevinden, met aandacht omtrent het wonen bij mama dan wel bij papa' – dat werd overgemaakt aan de appellante op 15 april 2019 en dit enkel na een contact met de moeder en het kind – als onbetwist éézijdig beschreven (stuk 22 appellante). Dit verslag laat geen enkele gevolgtrekking toe wat betreft een voorgehouden verzet van het kind tegen een terugkeer naar Spanje.

15.2. Het verzoek van de appellante om het kind te horen werd in het tussenarrest ingewilligd. Het hof weerhield in hoofde van de toen 9-jarige – op grond van een diagnostisch onderzoek van een klinisch psycholoog – dat de jongen bovengemiddeld begaafd is en een harmonisch intelligentieprofiel heeft (stuk 12 appellante).

Het hof haalde in het tussenarrest ook reeds bepaalde bezorgdheden aan die aan de basis lagen van het verzet van de geïntimeerde tegen het horen van het kind, dat volgens het hof echter als dusdanig het horen niet in de weg stond.

Het hof hield/houdt met deze elementen wel rekening tijdens het horen en thans bij de beoordeling na het horen.

Er is en blijft inderdaad ongetwijfeld de kwetsbaarheid van A. Het kind verblijft reeds sedert april 2017 uitsluitend bij de moeder, zijn zorgouder, en is duidelijk volledig onder haar beïnvloedingssfeer. Er bestaat bij een bevraging over de terugkeer het mogelijke loyauteitsconflict (en een gedwongen keuze) nu een al dan niet terugkeer voor het kind enkel neerkomt op een verder verblijf bij de ene ouder (in België) dan wel bij de andere ouder (in Spanje).

In dit verband wijst het hof – bijvoorbeeld – op wat volgt in het verslag van het horen van A. Hij neemt nog pilletjes voor zijn ADHD, maar mama vertelde dat ze die in Spanje niet hebben en dat er daar ook geen steun is op school. De jongen is tijdens het horen terughoudend om zich positief over vader uit te laten. Dat de vader weende in het gerechtsgebouw aanziet de jongen niet als een gemis, noch als een verdriet. In Gent was het heel verwarrend voor het kind omdat zijn papa heel lief was. Bij papa alleen in Spanje was het slecht, terwijl het veel leuker is bij mama en zijn hele familie in België. Het horen van het kind, waarvan weergave in het integrale verslag, noopt het hof tot het besluit dat de loutere Voorkeur van het kind om 'hier' (in België) bij de ontvoerende ouder te blijven om de door het kind aangehaalde redenen niet kan gelijkgesteld worden met weloverwogen bezwaren en een verzet tegen de terugkeer door het kind, waarmee het hof zou dienen rekening te houden in de zin van de uitzonderingsbepaling van artikel 13, tweede lid Haags Kinderontvoeringsverdrag.

g) Is een terugkeer verantwoord in het (hoogste) belang van het kind?

16. Volgens de appellante is het (hoogste) belang van het kind tenslotte de doorslaggevende overweging in de terugkeerprocedure.

Naar het oordeel van het hof is een grote voorzichtigheid in de beoordelingsmarge van de familierechter noodzakelijk teneinde te vermijden dat het Haags Kinderontvoeringsverdrag dode letter blijft.

Artikel 20 Haags Kinderontvoeringsverdrag wordt te dezen overigens niet expliciet ingeroepen. Dit artikel bepaalt dat de terugkeer van het kind overeenkomstig het bepaalde in artikel 12 kan worden geweigerd, wanneer deze op grond van de fundamentele beginselen van de aangezochte Staat betreffende de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet zou zijn toegestaan.

- *wisselwerking van het Haags Kinderontvoeringsverdrag met het VN-verdrag inzake de rechten van het kind (hierna IVRK)*

17.1 De appellante verwijst – meer in het bijzonder – naar artikel 3.1. IVRK. Krachtens deze bepaling moeten de belangen van het kind steeds de eerste overweging uitmaken.

Sinds 15 januari 1992 is België gebonden door het IVRK van 20 november 1989. Artikel 11.1. IVRK verplicht de Staten maatregelen te nemen ter bestrijding van de ongeoorloofde overbrenging van

kinderen naar en het niet doen terugkeren van kinderen uit het buitenland. Artikel 11.2. IVRK stelt dat de Staten hiertoe het sluiten van bilaterale of multilaterale overeenkomsten of het toetreden tot bestaande overeenkomsten bevorderen.

Het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980 werd door België op 9 februari 1998 geratificeerd, waardoor België tegemoet kwam aan zijn verplichting ex artikel 11.2.IVRK.

Indien er andere bepalingen zijn die in het bijzonder bijdragen tot de verwezenlijking van de rechten van het kind (zoals bijvoorbeeld het Haags Kinderontvoeringsverdrag als het gaat om kinderonvoering), dan dienen deze bepalingen door de rechter te worden geraadpleegd. Dit volgt uit artikel 41 IVRK.

17.2 Zoals reeds aangetoond zijn de weigeringsgronden voor de terugkeer binnen de grenzen geschetst door het Haags Kinderontvoeringsverdrag voor het hof in casu niet voorhanden, noch in rechte noch in feite.

Hoger werd zo na een concreet feitelijk onderzoek (randnummers 14) besloten dat er geen sprake is van een bewezen gevaarsituatie in het vaderlijk milieu in Spanje, noch van een abnormaal onveilige situatie voor het kind. Ook werd reeds afdoende concreet weerlegd (randnummers 15) dat de loutere voorkeur van het (toen) 9-jarig kind om verder in België verblijf te houden bij zijn moeder in de subjectief geschetste omstandigheden het bevel tot de terugkeer naar Spanje niet in de weg staat. Trouwens bepaalt artikel 19 Haags Kinderontvoeringsverdrag dat de terugkeerbeslissing van het kind geen betrekking heeft op het gezagsrecht zelf. Deze beoordeling behoort inderdaad de bevoegde bodemrechter ten gronde toe.

- *wisselwerking van het Haags Kinderontvoeringsverdrag met het EVRM*

18.1 De appellante argumenteert nog dat een bevel tot terugkeer niet mag leiden tot een schending van artikel 8 EVRM meer bepaald met het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven.

Het hoogste belang van het kind hangt in dit verband af van verschillende individuele omstandigheden, waaronder zijn leeftijd en zijn mate van rijpheid, de aanwezigheid van de ouders, de omgeving waarin hij leeft en zijn persoonlijke geschiedenis.

Ten overvloede toetst het hof aanvullend in deze context het hoogste belang van het kind bij de te bevelen terugkeer. Het gaat voor dit hof daarbij andermaal om de beoordeling van een feitenkwestie.

18.2 De appellante verwijst naar de oorzaken van de relatiebreuk met de vader (zijn beweerd overspel), die niet ter zake doen.

De appellante laat ook gelden dat de vader de eerste drie levensjaren geen interesse betuigde voor het kind en dat zij als moeder de hechtingsfiguur was. Na het in 2013 bekrachtigd akkoord van 2012 tussen de ouders over een nader bepaalde omgangsregeling tussen de vader en het kind zou – aldus de moeder – het verblijf van het kind bij de vader 'zeer stroef, met 'geen enkele structuur' en met een 'gebrek aan opvoeding' zijn verlopen.

Deze niet nader bewezen argumenten van de appellante hebben geen determinerende invloed op de inschatting van het belang van het kind bij een terugkeer.

De vader geeft overigens een eigen versie van bepaalde feiten en verwijt de moeder te liegen (stuk 20 appellante).

De door de geïntimeerde onder het aanvullend stuk 7 overgelegde foto's tonen een blij kind.

De appellante zelf is geen onbesproken blad zodat ook vragen kunnen rijzen bij haar eigen pedagogische vaardigheden (stukken 3 tot en met 6 geïntimeerde: antecedentenfiche en correctionele veroordelingen; stuk 2 neergelegd door terechtzitting van 19 september 2019 voor het hof).

18.3 Tenslotte haalt de appellante aan dat A. inmiddels (meer dan) twee jaar in België verblijft en dat er voor hem in België 'een echte thuis' is gevormd (zowel op privévlak als op school). Hij heeft ook hobby's (bv. de jeugdbeweging chiro en de tekenacademie).

Het kind heeft een Belgisch paspoort en de Belgische nationaliteit (stuk 6 appellante). In het verzoek tot terugkeer van S. is vermeld dat het kind de Spaanse nationaliteit heeft. Het kind heeft blijkbaar ook een Spaanse identiteitskaart (stuk II, 10 a) geïntimeerde) zodat er sprake zou zijn van een dubbele nationaliteit.

Zeer zeker was A. tot medio april 2017 geworteld in Spanje, land waar hij geboren is en tot dan woonde, evenals zijn beide ouders. Hij liep er sedert 2012 vanaf de peuterklas school.

Naast de medische verzorging in België beweert de appellante dat de schoolse resultaten in België van A. – hij loopt school in de GO Basisschool [...] (gewoon onderwijs met bijstand) – inmiddels zeer positief zijn. Dit zou een 'dag en nacht verschil zijn ten overstaan van Spanje, terwijl ook de leerstof in België veel zwaarder zou zijn (stuk 5 appellante: haar eigen verklaring van 27 september 2018 aan de lokale politie).

De waarachtigheid van deze beweringen is bezwaarlijk na te gaan op grond van de loutere vergelijking van bepaalde schoolrapporten van A. in België (stukken 3 en 4 appellante) en in Spanje (stuk II. 7geïntimeerde). De eindresultaten voor het eerste leerjaar schooljaar 2015-2016 in de Spaanse school gaan van prima, goed, tot zeer goed. De eindresultaten voor het schooljaar 2016-2017 (tweede leerjaar) schommelen tussen voldoende en onvoldoende, maar behelzen niet het volledige schooljaar. De resultaten voor het tweede leerjaar in de Belgische school betreffen daarentegen slechts een deel van het desbetreffend schooljaar (hetzij na de paasvakantie 2017: rapporten van dagelijks werk en van een proefwerk).

Wel bewijst de appellante door een paar extracten uit de klasagenda (weliswaar niet gedateerd) dat er bepaalde gedragsproblemen waren met A. op de Spaanse school (stuk 24 appellante).

Wat betreft de medische opvolging van A. verwijst het hof naar eerdere redengeving onder randnummer 14.2.

De appellante kan de door haar bewust geschapen feitelijke toestand niet als argument inroepen om thans de terugkeer te verhinderen. Indien er werkelijk ernstige problemen waren met het verblijf van A. (in Spanje), met zijn medische opvolging en schoolresultaten aldaar en wat betreft de omgang met zijn vader, dan was het ongeoorloofd achterhouden van het kind in België zeker niet de geëigende weg tot een oplossing. Deze was/is hoe dan ook niet in het belang van het kind, dat het slachtoffer is van het voldongen feit van de ongeoorloofde overbrenging door de moeder en dat inmiddels verstoken bleef/blijft van regelmatig contact met zijn vader (en het vaderlijk milieu) vanaf april 2017.

18.4 De appellante diende, vooraleer het kind achter te houden in België en daardoor de contacten met de vader de facto op te schorten, de mogelijke gevolgen van haar daad te overwegen. Zij wist en kon weten dat de vader zich niet zomaar bij de situatie zou neerleggen.

De vader kon/kan daarbij niet ten kwade geduid worden niet te zijn ingegaan op een contact(herstel) tussen en een verblijf van het kind bij de vader onder de uitsluitende voorwaarden gesteld door de appellante, nu een terugkeer werd/wordt beoogd van het kind naar Spanje (stukken 17-21 en 23

appellante; aanvullend stuk 12 geïntimeerde; nota van de vader neergelegd voor het hof ter terechtzitting van 19 september 2019).

Dat het de vader 'enkel en alleen om geld te doen is', is voor het hof allerminst bewezen. Hij maakte tot tweemaal toe de verplaatsingskosten en verblijfskosten in België om in persoon aanwezig te kunnen zijn op de terechtzittingen voor het hof (7 februari 2019 en 19 september 2019) en kon bij die gelegenheid kort contact hebben met het kind.

18.5 Er is geen reden om aan te nemen dat een terugkeer van het A. naar Spanje de band tussen het kind en de moeder zou hypothekeren. Immers is er hoofdverblijf bij haar ingevolge het Spaans (akkoord)vonnissen van 4 november 2013. Niets belet de moeder met het kind terug te keren naar Spanje, waarbij desgevallend de meest gereede partij de bevoegde rechter kan vatten om eventueel de gepaste (wijzigende) maatregelen te treffen voor het kind.

Uit de stukken waarop het hof acht kan slaan en de behandeling van de zaak ter terechtzitting voor het hof blijkt daarenboven nog dat er niet alleen familiebanden zijn van het kind in België (langs moederszijde), maar ook in Spanje (langs vaderszijde). A. heeft in België nog twee oudere halfbroers, beiden geboren uit een andere vader. [...] woont samen met zijn Spaanse vriendin en het kind verklaarde hem niet zo veel te zien. [...] woont wel in het gezin en wordt 20 jaar (stuk 2 appellante). Volgens het verslag van het horen van het kind is hij op zoek naar ander werk. Ook is er een grootmoeder langs moederszijde. Ten tijde van het horen van het kind bestond het plan om te verhuizen en naast deze grootmoeder te gaan wonen. De maternale grootvader is inmiddels overleden.

Deze familiebanden staan als dusdanig een terugkeer niet in de weg. Ook in Spanje zijn er immers familiebanden langs vaderszijde (aanvullende stukken 7 tot en met 8 geïntimeerde). De betrokkenheid van de Spaanse familie naar het kind blijkt uit een protestactie (aanvullend stuk 9 geïntimeerde).

In Spanje woont de vader samen met '[...]' (zijn partner [...], waarbij het hof geen zekerheid heeft of hij inmiddels met deze dame is gehuwd). Deze heeft volgens het verslag van het horen twee kindjes, namelijk [...] en [...]. Deze laatste is één jaar ouder dan A. In Spanje is er blijkbaar ook nog familie langs vaderszijde (broers en zussen, neven en hun kinderen). De grootouders langs vaderszijde zijn overleden.

i) Besluit: de terugkeer en de uitvoeringsmodaliteiten

19. De voorwaarden om de onmiddellijke terugkeer van A. (die ongeoorloofd door zijn moeder in België werd achtergehouden) te bevelen naar zijn vader op zijn adres in Spanje, zijn in rechte vervuld in toepassing van artikel 12, eerste lid Haags Kinderontvoeringsverdrag.

Het concreet door het hof getoetst (hoogste) belang van het kind is daarmee volkomen overeenstemmend.

20.1. De geïntimeerde vordert de bevestiging van het bestreden vonnis ook wat betreft het verbeuren van de nader bepaalde dwangsom, bij gebrek aan vrijwillige uitvoering van de rechterlijke beslissing.

De appellante vordert in haar syntheseconclusie de afwijzing van deze vordering als niet gegrond, nu deze volgens haar door de geïntimeerde in niets is gemotiveerd.

20.2. In het gedinginleidend verzoekschrift van de geïntimeerde, in eerste aanleg neergelegd ter griffie op 8 oktober 2018, is desbetreffende vordering nochtans als volgt verantwoord:

(...)

Gelet op de informatie in het dossier mag er worden verwacht dat verweerster zich hardnekkig zal verzetten tegen een terugkeer van het kind naar Spanje. Alle pogingen tot vrijwillige terugkeer van het kind naar Spanje hebben tot niets geleid. Het opleggen van een dwangsom, zoals hierna gevorderd, komt dan ook passend voor.

(...)"

Het staat vast dat de appellante, niettegenstaande het uitdrukkelijk verzet van de vader, bij haar eerdere beslissing bleef om met het kind in België te blijven en niet bereid was met de jongen terug te keren naar Spanje (stukken II, 5 en 6 geïntimeerde: aangifte bij de Spaanse politie In [...] op 11 en 22 april 2017; stuk II. 8 geïntimeerde: mailbericht van appellante van 22 april 2017).

Nadat de Belgische Centrale Autoriteit het terugkeerverzoek van de vader had overgemaakt aan het openbaar ministerie werd de appellante door de lokale politie verhoord op 19 april 2018. Zij bleef weigeren op vrijwillige basis het kind te laten terugkeren naar Spanje (stuk III.1 geïntimeerde).

Naar aanleiding van het tweede verhoor door de lokale politie bleef zij op 27 september 2018 bij haar standpunt om geen gevolg te geven aan het terugkeerverzoek (stuk III, 3 geïntimeerde).

Het bestreden 'bevelschrift' van 30 november 2018 werd niet vrijwillig uitgevoerd en ook het vonnis van de rechtbank te [...] (Spanje) van 4 december 2018 bleef zonder gevolg.

Door de Spaanse rechter werd inderdaad ook reeds een dwangsom gekoppeld aan de niet naleving van de omgangsregeling tussen A. en zijn vader door de moeder ingevolge het Spaans (akkoord)vonnis van 4 november 2013 (stuk II, 4 en aanvullend stuk 1 geïntimeerde).

In de gegeven omstandigheden is het opleggen van een dwangsom aangewezen. Deze maatregel neemt het hof slechts hoogst uitzonderlijk en voor de appellante moet dit een teken zijn van de ernst van de situatie. Er rest geen enkele ander optie meer. Alle andere mogelijkheden werden immers uitgeput.

20.3. In het verzoek van de Belgische Centrale Autoriteit gericht aan het openbaar ministerie van 10 april 2018 werd expliciet gewezen op de mogelijkheden van internationale familiebemiddeling en een pilootproject in dit verband van Child Focus. Er werd verzocht een brochure in dit verband aan de appellante te bezorgen.

Alhoewel ook ter terechtzitting van 7 februari 2019 voor het hof de gegevens van de bemiddelaars in familiezaken, zoals vermeld op de website <http://crossbordermediator.eu/home/country/belgium#countries>, werden verstrekt, werd op de terechtzitting van 25 april 2019 voor het hof bevestigd dat geen internationale familiebemiddeling werd opgestart (processen-verbaal van deze terechtzittingen).

De dwangsom is dan ook in de concrete omstandigheden van deze zaak een grotere waarborg dat de terugkeer ook daadwerkelijk zal worden uitgeoefend. Het bestaan van de dwangsom zelf brengt op zich aan de appellante geen enkel nadeel toe. Of de dwangsom verbeurd zal worden hangt immers alleen en volledig van haar eigen houding af. Het niet moeten verbeuren van de dwangsom zal ook in het belang zijn van het kind.

Bij een niet-naleving van onderhavig arrest loopt de appellante bovendien het risico op strafrechtelijke vervolging in België.

21. In toepassing van artikel 1322 *undecies* Ger. W. werden in het bestreden vonnis bepaalde regels betreffende de tenuitvoerlegging van de beslissing bepaald, rekening houdend met het belang van het kind.

Zo is er in het bijzonder bijstand voorzien voor de gerechtsdeurwaarder van de sociale politie, en, zo nodig, van een maatschappelijk werker of een psycholoog teneinde de terugkeer in alle sereniteit te laten verlopen. Deze modaliteiten zijn te bevestigen.

B. De gerechtskosten

22. De appellante dient als volledig in het ongelijk gestelde partij te worden verwezen in de gedingkosten van beide instanties.

Ingevolge artikel 26, laatste lid Haags Kinderontvoeringsverdrag, kan het hof, zo nodig, de persoon die het kind heeft overgebracht verplichten tot de betaling van alle noodzakelijke kosten die door of namens de verzoeker zijn gemaakt waaronder in het bijzonder de reiskosten en de kosten van de terugkeer van het kind. Dergelijke vordering is in deze zaak niet gesteld.

23. Het hof wijst de andersluidende conclusies van de hand als overbodig of ter zake niet dienstig of ontoereikend.

In verband met artikel 1118 Ger. W. dient dit arrest niet voorlopig uitvoerbaar te worden verklaard.

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;

verder recht doende na het tussenarrest van dit hof en deze kamer van 29 mei 2019;

wijst het hoger beroep af als niet gegrond;

bevestigt – op voormelde gronden – het bestreden 'bevellschrift' van 30 november 2018 verleend door de rechtbank van eerste aanleg Oost-Vlaanderen, afdeling Gent, 15^{de} familiekamer, zetelend zoals in kort geding;

verduidelijkt dat onder de vermelding 'mijnheer' in het dictum van het bestreden 'bevellschrift' S. (vader) is bedoeld;

verduidelijkt dat onder de vermelding 'mevrouw' in het dictum van het bestreden 'bevellschrift' M. (moeder) is bedoeld;

verwijst de appellante in de gerechtskosten van deze aanleg, aan haar zijde niet nuttig te vereffenen nu ze ten haren laste blijven;

stelt vast dat aan de zijde van de geïntimeerde geen kosten kunnen worden vereffend, bij gebreke van opgave; zegt voor recht dat artikel 1024 Ger. W. onverminderd geldt.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, elfde ter kamer, zetelend als familiekamer, van 7 november 2019.

Aanwezig:

Sabine De Bauw, kamervoorzitter

Fran De Coen, griffier