



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996: nieuwe regels in de schaduw van Brussel II-bis

de Boer, T.M.

Publication date

2012

Document Version

Submitted manuscript

Published in

Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Boer, T. M. (2012). Het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996: nieuwe regels in de schaduw van Brussel II-bis. *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 34(12), 308-314. [104].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996: nieuwe regels in de schaduw van Brussel II-bis

Th.M. de Boer*

Hoewel het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 model heeft gestaan voor de Verordening Brussel II-bis, wijken de twee regelingen op allerlei punten sterk van elkaar af. In dit artikel worden de belangrijkste verdragsbepalingen besproken en enkele verschillen met Brussel II-bis gesignaleerd. Voorts wordt aandacht besteed aan de problematiek van de samenloop tussen de drie IPR-regelingen op het terrein van de ouderlijke verantwoordelijkheid die sinds 1 mei 2011 in Nederland van kracht zijn.

1. Inleiding

Op 1 mei 2011 is het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 (HKV 1996) voor Nederland in werking getreden¹ Of we daar echt blij mee moeten zijn, valt te betwijfelen. Dat ligt niet aan de kwaliteit van het verdrag, dat een heldere en consistente regeling van alle IPR-aspecten van het onderwerp ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ bevat. Maar omdat het verdrag moet concurreren met de Verordening Brussel II-bis, krijgen we te maken met samenloopproblemen die er tot nu toe niet waren. De familie-rechtelijke praktijk zal er rekening mee moeten houden dat een kwestie van ouderlijke verantwoordelijkheid sinds 1 mei 2011 bestreken kan worden door de Verordening Brussel II-bis, door het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 (HKV 1961), en/of door het nieuwe verdrag, en in dat opzicht is de inwerkingtreding daarvan geen reden tot juichen.

In dit artikel geeft ik eerst een korte beschrijving van de inhoud van het HKV 1996. Het verdrag bestrijkt vier IPR-onderwerpen: de internationale bevoegdheid, het toepasselijk recht, de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen en de internationale rechtshulp. Met uitzondering van de kwestie van het toepasselijk recht worden deze onderwerpen ook bestreken door de Verordening Brussel II-bis. Nieuw ten opzichte van het HKV 1961 is het onderwerp internationale rechtshulp, de samenwerking tussen centrale autoriteiten. Waar de drie regelingen elkaar overlappen, zal ik kort uiteenzetten wat de belangrijkste verschilpunten zijn. Ik besluit met een paragraaf over de problematiek

* Emeritus hoogleraar internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking Universiteit van Amsterdam; rechter-plv. Rb. Alkmaar; lid van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht.

1. Een gedetailleerde uitleg van de verdragsbepalingen is te vinden in: *Personen- en familierecht*, losbl. uitg. Kluwer Groene Serie, Titel 14 IPR, onder C (bewerkt door F. Ibili); D. van Iterson, *Ouderlijke verantwoordelijkheid en kindbescherming*, Praktijkreeks IPR nr. 4, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu, 2011. Zie voorts: Th.M. de Boer, ‘Ouderlijke verantwoordelijkheid, kindbescherming, kinderopvoering’, in: *Nederlands internationaal personen- en familierecht – Wegwijzer voor de rechtspraktijk* (red. Th.M. de Boer & F. Ibili), Deventer: Kluwer, 2012, hoofdstuk 7 (p. 153-199).

van de samenloop en de oplossingen die daarvoor in de verordening en het nieuwe verdrag zijn bedacht of daaruit zijn af te leiden.

2. *Materieel, temporeel en formeel toepassingsgebied*

De materieelrechtelijke onderwerpen die door het HKV 1996 worden bestreken, worden opgesomd in art. 3. Kort gezegd gaat het om kwesties betreffende de bescherming van de persoon of het vermogen van een kind², daaronder begrepen maatregelen met betrekking tot gezag, omgang en verzorging. De term ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ dekt blijkens art. 1 lid 2 zowel het ouderlijk gezag als een ‘overeenkomstige gezagsverhouding’, zoals die kan ontstaan na een ondertoezichtstelling, een uithuisplaatsing of soortgelijke kindbeschermende maatregelen. De termen kindbescherming en ouderlijke verantwoordelijkheid kunnen dan ook wat mij betreft door elkaar worden gebruikt. In dit opzicht verschilt het materieel toepassingsgebied van het verdrag niet van dat van de Verordening Brussel II-bis en het HKV 1961. Dat ligt anders voor de *IPR-onderwerpen* die door het verdrag worden bestreken. Anders dan Brussel II-bis regelt het HKV 1996 niet alleen de internationale bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse kindbeschermende maatregelen en de internationale rechtshulp, maar ook de vraag welk recht van toepassing is op de te treffen maatregelen en op de vraag of en hoe ouderlijke verantwoordelijkheid van rechtswege (*ex lege*) ontstaat of tenietgaat.

Temporeel is het verdrag van toepassing op maatregelen die na zijn inwerkingtreding worden genomen (art. 53). Strikt genomen betekent dit dat het verdrag ook zou moeten worden toegepast in een vóór 1 mei 2011 aangespannen procedure waarin de maatregel pas na die datum wordt gegeven. In de Uitvoeringswet Internationale Kinderbescherming (hierna: de Uitvoeringswet) is echter bepaald dat het verdrag alleen van toepassing is op verzoeken die op of na 1 mei 2011 zijn ingediend (art. 30 lid 2). *Ex lege* verhoudingen die vóór die datum op grond van het destijds toepasselijke recht zijn ontstaan, blijven onverlet (art. 30 lid 3 Uitvoeringswet). De vraag of iemand *na* die datum van rechtswege de ouderlijke verantwoordelijkheid van rechtswege heeft verkregen, moet echter beantwoord worden aan de hand van het door het verdrag aangewezen recht (art. 30 lid 4 Uitvoeringswet). Voorts zijn de regels betreffende erkenning en tenuitvoerlegging temporeel alleen van toepassing op beslissingen die op of na 1 mei 2011 in Nederland voor erkenning en/of tenuitvoerlegging worden voorgedragen.

Het formeel toepassingsgebied van het HKV 1996 laat zich minder eenvoudig bepalen. Ook hier zal een onderscheid gemaakt moeten worden tussen de verschillende IPR-vragen waarop het verdrag een antwoord geeft. De regels betreffende het toepasselijk recht hebben in ieder geval een universeel for-

2. Blijkens art. 2 is het verdrag alleen van toepassing op ‘kinderen vanaf het tijdstip van hun geboorte totdat zij de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt’. Het ongeboren kind valt daarbuiten. Dat geldt ook voor personen boven de 18 jaar die volgens hun nationale wet nog als minderjarigen worden beschouwd. De peildatum is het moment waarop de maatregel genomen moet worden, niet het moment waarop de procedure aanhangig is gemaakt.

meel toepassingsgebied, zo blijkt uit art. 20: het maakt dus geen verschil of zij verwijzen naar het recht van een verdragsluitende staat of een niet-verdragsluitende staat. Voorts ligt het voor de hand dat de bepalingen betreffende de samenwerking tussen centrale autoriteiten alleen van toepassing zijn in de verhouding tussen verdragsluitende staten. Voor wat betreft de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse beslissingen is het verdrag alleen van toepassing als de beslissing uit een andere verdragsluitende staat afkomstig is (vgl. art. 53 lid 2). Gaat het om de bevoegdheidsvraag, dan wordt in beginsel verlangd dat het kind ten tijde van de beslissing zijn gewone verblijfplaats in een verdragsluitende staat heeft. Uitzonderingen op deze regel zijn met name te vinden in art. 6, 11 en 12. De bevoegdheidsregels van het verdrag zijn formeel ook van toepassing op vluchtelingenkinderen, kinderen van asielzoekers en kinderen van wie de gewone verblijfplaats niet kan worden vastgesteld, mits zij in de forumstaat ‘aanwezig’ zijn (art. 6). Voorts zijn de rechters van de verdragsluitende staten bevoegd om spoedeisende (art. 11) of voorlopige (art. 12) maatregelen te nemen ten aanzien van kinderen die zich tijdelijk op hun grondgebied bevinden, ook als zij hun gewone verblijfplaats niet in een verdragsluitende staat hebben. We zullen nog zien (§ 7) dat deze uitbreiding van het formeel toepassingsgebied van het HKV 1996 een lastig samenloopprobleem met Brussel II-bis oplevert.

3. *Internationale bevoegdheid*

De belangrijkste bevoegdheidsregels van het HKV 1996 stemmen overeen met die van de Verordening Brussel II-bis. De hoofdregel is te vinden in art. 5, waarin bevoegdheid wordt toegekend aan de rechterlijke en administratieve autoriteiten van de verdragsluitende staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Voor de rechters van EU-lidstaten heeft deze bepaling echter geen betekenis, omdat art. 8 Brussel II-bis hetzelfde bepaalt en de verordening voorrang heeft op het verdrag als de gewone verblijfplaats van het kind zich in een lidstaat bevindt (art. 61 Brussel II-bis). Een belangrijk verschil tussen het verdrag en de verordening schuilt echter in de peildatum: Brussel II-bis gaat uit van de *perpetuatio fori*, dat wil zeggen dat de woonsituatie van het kind ten tijde van de indiening van het verzoek bepalend is voor de bevoegdheid, terwijl het verdrag rekening houdt met de mogelijkheid dat het kind hangende de procedure naar een ander land is verhuisd. In dat geval zal de aangezochte instantie zich alsnog onbevoegd moeten verklaren. Bij toepassing van de verordening is zo’n verhuizing in beginsel irrelevant.³

Evenals de verordening bevat het verdrag een bevoegdheidsregel die is toegesneden op gevallen waarin het kind ongeoorloofd is overgebracht naar (of wordt vastgehouden in) een land waar het niet zijn gewone verblijfplaats heeft (art. 7). Het uitgangspunt is ook hier dat het kind zijn gewone verblijf-

3. Dit volgt uit HR 18 februari 2011, *NJ* 2012/333 m.nt. Th.M. de Boer, waarin de Hoge Raad de beslissing van het hof dat de verhuizing van het kind van Nederland naar Iran geen afbreuk deed aan de ex art. 8 Brussel II-bis gegeven bevoegdheid van de Nederlandse rechter als ‘juist’ bestempelde. Ik mijn noot heb ik enkele vraagtekens gezet bij de ‘juistheid’ van deze beschikking.

plaats behoudt in het land van waaruit het is ontvoerd en dat de rechter van dat land bevoegd blijft om over kwesties van ouderlijke verantwoordelijkheid te beslissen⁴ totdat komt vast te staan dat het kind niet hoeft terug te keren naar het land van herkomst. De rechter van het land waar het zich kind sinds de ontvoering bevindt, mag hooguit spoedeisende maatregelen treffen ‘die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind’ (art. 7 lid 3 jo. art. 11).

Bevoegdheid op grond van prorogatie is in het HKV 1996 geregeld in art. 10. Deze bepaling verschilt op drie belangrijke punten van art. 12 Brussel II-bis. In de eerste plaats staat het verdrag de vrijwillige aanvaarding van rechtsmacht alleen toe als in het kader van een echtscheidingsprocedure een beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid moet worden genomen, terwijl prorogatie volgens de verordening ook mogelijk is als er sprake is van een zelfstandig verzoek, zoals bijvoorbeeld een verzoek om ondertoezichtstelling of een verzoek tot wijziging van gezag en omgang. In de tweede plaats stelt de verordening in art. 12 lid 1 geen eisen aan de gewone verblijfplaats van het kind of de ouders. Het verdrag stelt de voorwaarde dat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een andere verdragsluitende staat en dat een van de ouders zijn of haar gewone verblijfplaats in de forumstaat heeft. Het derde verschil betreft het moment waarop de ouders de bevoegdheid van de echtscheidingsrechter moeten hebben aanvaard. Volgens de verordening is dat het tijdstip waarop de zaak aanhangig wordt gemaakt, terwijl het verdrag geen bepaald tijdstip noemt. Dat impliceert dat de wederpartij van de verzoeker de bevoegdheid van het aangezochte gerecht ook tijdens de procedure kan aanvaarden, zelfs stilzwijgend, een oplossing die wat mij betreft aanzienlijk praktischer is dan die van Brussel II-bis.

De overige bevoegdheidsregels van het verdrag betreffen spoedeisende en voorlopige maatregelen (art. 11 en 12). In beide gevallen komt bevoegdheid toe aan de rechter van het land waar het kind zich tijdelijk bevindt, zelfs als het zijn gewone verblijfplaats niet heeft in een verdragsluitende staat. De maatregelen verliezen hun gelding zodra de volgens het verdrag bevoegde rechter een maatregel heeft genomen c.q. zodra de maatregel van de autoriteiten van een niet-verdragsluitende staat kan worden erkend. Een voorlopige maatregel heeft uitsluitend territoriale werking en valt dus niet onder erkenningsregeling van het verdrag. Het meest in het oog springende verschil met de verordening betreft de splitsing die het verdrag maakt tussen spoedeisende en voorlopige maatregelen. De verordening spreekt in art. 20 weliswaar van ‘spoedeisende en voorlopige maatregelen’, maar uit de jurisprudentie

4. Daartoe behoort niet de vraag of een ontvoerd kind al dan niet moet worden teruggeleid naar het land van herkomst. De bevoegdheid om daarover te beslissen is voorbehouden aan de rechter van het land waar het kind zich na de ontvoering bevindt: HR 9 december 2011, *NJ* 2012/313, m.nt. Th.M. de Boer. Dit is alleen anders als uit een beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid volgt dat het kind moet terugkeren naar de ouder aan wie het eenhoofdig gezag is toegekend.

van het Hof van Justitie blijkt dat art. 20 uitsluitend mag worden toegepast in spoedeisende gevallen.⁵ De in het verdrag gemaakte splitsing geeft aan dat die eis niet geldt voor voorlopige maatregelen in de zin van art. 12.⁶

Evenals de verordening (art. 15) bevat het HKV 1996 in art. 8 en 9 een regeling die het mogelijk maakt dat de behandeling van de zaak wordt overgenomen door een buitenlandse rechter. De regeling van het verdrag zit echter veel beter in elkaar dan die van de verordening.⁷ In de eerste plaats wordt een splitsing gemaakt tussen gevallen waarin de rechter van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft⁸ een buitenlandse instantie uitnodigt de zaak over te nemen (art. 8) en gevallen waarin een buitenlandse instantie de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind verzoekt de zaak aan haar over te dragen. In beide gevallen kan het verzoek gedaan worden door de rechter zelf (al dan niet met tussenkomst van de Centrale Autoriteit⁹) of hij kan partijen uitnodigen een dergelijk verzoek aan de beoogde instantie te richten. Een verzoek om de zaak over te nemen kan alleen worden gedaan aan de autoriteiten van de verdragsluitende staat waarvan het kind de nationaliteit bezit, waar zijn vermogen is gelegen, waar tussen de ouders een echtscheidingsprocedure aanhangig is of waarmee het kind anderszins ‘een nauwe band’ heeft (art. 8 lid 2). Omgekeerd moet een verzoek om een zaak van de ex art. 5 of 6 bevoegde rechter over te nemen afkomstig zijn uit een van de in art. 8 lid 2 genoemde staten.

4. Toepasselijk recht

Het HKV 1961 bevatte al een regel die de aanwijzing van het toepasselijk recht koppelt aan de bevoegdheid: de als bevoegd aangewezen autoriteiten nemen de in hun interne wet voorkomende maat-

5. Zie met name: HvJ EG 2 april 2009, zaak C-523/07, NJ 2009/457 m.nt. Th.M. de Boer (‘A’); HvJ EU 23 december 2009, zaak C-403/09 PPU, NJ 2011/348 m.n. Th.M. de Boer (*Detiček/Sgueglia*).

6. Het is de vraag of een voorlopige toevertrouwing en een voorlopige omgangsregeling in de zin van art. 822 sub c en e Rv ‘voorlopige maatregelen’ in de zin van art. 12 HKV 1996 kunnen worden genoemd. Men is het er wel over eens dat het hier niet gaat om spoedeisende maatregelen in de zin van art. 11 HKV 1996 of art. 20 Brussel II-bis. Uit de toelichting op het verdrag valt op te maken dat art. 12 HKV 1996 geschreven is voor gevallen waarin een kind tijdelijk in een ander land verblijft, bijvoorbeeld voor studie of vakantie, en er behoefte is aan een tijdelijke maatregel, zonder dat er direct sprake is van ‘urgency’. De kans dat de bepaling zou worden aangegrepen om een voorlopige beslissing over het gezag te nemen, werd tijdens de onderhandelingen niet groot genoeg geacht om schrapping van de bepaling te rechtvaardigen. Hieruit valt af te leiden dat art. 12 waarschijnlijk niet ziet op de in art. 822 sub c en d Rv genoemde voorlopige voorzieningen. Dergelijke voorzieningen zouden dan dus alleen getroffen kunnen worden door de ex art. 5 t/m 10 ten gronde bevoegde rechter. In deze zin: Van Iterson, *supra* noot 1, nr. 233.

7. Vgl. Th.M. de Boer, ‘Enkele knelpunten bij de toepassing van de Verordening Brussel II-bis’, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2005, nr. 10, p. 222-230, p. 228 e.v..

8. Of waar het kind zijn werkelijk verblijf heeft als het gaat om vluchtelingenkinderen, asielkinderen en kinderen van wie de gewone verblijfplaats niet kan worden vastgesteld (vgl. art. 6).

9. Art. 24 lid 4 Uitvoeringswet Internationale Kinderbescherming bepaalt dat de overdracht van verzoeken betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid op basis van art. 8 of 9 HKV 1996 of art. 15 Brussel II-bis geschiedt door tussenkomst van de in art. 24 lid 1 aangewezen ‘liaisonrechter’. Als zodanig fungeren de voorzitter en plaatsvervangend voorzitter van de sector familie- en jeugdrecht van de Rechtbank Den Haag, ondersteund door het Bureau Liaisonrechter Internationale Kinderbescherming (BLIK).

regelen. Deze oplossing – *Gleichlauf* van bevoegdheid en toepasselijk recht – is ook neergelegd in het HKV 1996 (art. 15 lid 1). Nieuw is echter de uitzondering die in art. 15 lid 2 is voorzien voor gevallen waarin het belang van het kind ermee gediend is dat een ander recht wordt toegepast of dat met de inhoud daarvan rekening wordt gehouden. De toelichting geeft als voorbeeld de casus waarin een rechterlijke machtiging wordt gevraagd voor de verkoop van in het buitenland gelegen goederen van een minderjarige. Ook al zou zo'n machtiging volgens de *lex fori* niet vereist zijn, toch is het verstandig in dit geval het recht van de plaats van ligging toe te passen.¹⁰ Bij toepassing van art. 15 lid 2 geeft het belang van het kind de doorslag, en niet het enkele feit dat de casus nauw(er) met een ander land verbonden is.

Gecomplieerder is de verwijzingsregel van art. 16. Deze bepaling betreft de zgn. *ex lege*-verhouding: de vraag of een gezagsverhouding van rechtswege, dus zonder tussenkomst van een rechterlijke of administratieve autoriteit, is ontstaan of tenietgegaan. Die vraag kan bijvoorbeeld rijzen in een procedure waarin de vader van een onwettig kind betoogt dat hem van rechtswege een gezagsrecht toekomt omdat hij in de geboorteakte als zodanig wordt vermeld¹¹, of omdat hij het kind bij notariële akte heeft erkend, of omdat de moeder hem bij testament tot voogd heeft benoemd. In tegenstelling tot art. 3 HKV 1961 dat verplichtte tot *erkenning* van een gezagsverhouding die van rechtswege was ontstaan op grond van het *nationale recht* van het kind, is art. 16 HKV 1996 gegoten in de vorm van een *conflictregel* die verwijst naar het *recht van de gewone verblijfplaats* van het kind. De erkenningsregel van het oude verdrag leverde problemen op als het kind een dubbele nationaliteit bezat of van nationaliteit veranderde. Het nieuwe verdrag biedt in art. 16 lid 3 en 4 een oplossing voor het *conflict mobile* dat ontstaat als de gewone verblijfplaats van het kind naar een ander land wordt verlegd. Op grond van het recht van de nieuwe gewone verblijfplaats kan een gezagsrecht van rechtswege toekomen aan iemand die dat recht tot dusver niet had (lid 4), maar iemand die volgens het recht van (een van) de vorige gewone verblijfplaats(en) van het kind al een gezagsrecht had, raakt het niet kwijt als gevolg van de verhuizing (lid 3). Op die manier kan dus een cumulatie van gezagsrechten ontstaan. Deze situatie kan overigens worden gewijzigd of beëindigd door een maatregel van een volgens het verdrag bevoegde autoriteit (art. 18).¹²

10. Een tweede voorbeeld betreft een verzoek tot het treffen van een voorziening die onbekend is in het land waar het kind binnenkort zal gaan wonen. In zo'n geval kan beter een maatregel genomen worden in overeenstemming met het recht van het toekomstige woonland.

11. In beginsel moet de familierechtelijke betrekking tussen het kind en de in de akte vermelde vader – ontstaan door het rechtsfeit van de aangifte – in Nederland worden erkend op de voet van art. 10:101 BW. Daarmee is echter alleen iets gezegd over de afstammingskwestie, maar nog niets over de vraag of er tussen de vader en het kind een gezagsverhouding is ontstaan. Ervan uitgaande dat het kind ten tijde van de aangifte zijn gewone verblijfplaats had in het land van registratie, zou ik menen dat het recht van dit land bepaalt of de als vader vermelde man van rechtswege een gezagsrecht verkrijgt (art. 16 HKV 1996).

12. Dat gold ook al onder het HKV 1961, ook al stond dat niet uitdrukkelijk in een verdragsbepaling; vgl. HR 1 juli 1982, *NJ* 1983/201.

In het algemeen verwijst het verdrag uitsluitend naar het interne recht van de door de conflictregel aangewezen staat. Herverwijzing (*renvoi*) wordt dus in beginsel uitgesloten (art. 21 lid 1). Daarop wordt echter een uitzondering gemaakt in gevallen waarin op grond van art. 16 het recht van een niet-verdragsluitende staat moet worden toegepast, terwijl het conflictenrecht van die staat verwijst naar het recht van een andere niet-verdragsluitende staat die wel zijn eigen recht zou toepassen. In dat geval wordt het van rechtswege ontstaan en tenietgaan van ouderlijke verantwoordelijkheid beheerst door het recht van laatstgenoemde staat.¹³

5. *Erkenning en tenuitvoerlegging*

De vraag of een in een andere verdragsluitende staat gegeven beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid in Nederland kan worden erkend en zo nodig ten uitvoer gelegd, wordt bestreken door art. 23 t/m 28 HKV 1996 en art. 15 t/m 17 Uitvoeringswet. Het uitgangspunt is de erkenning van rechtswege, dus zonder rechterlijke tussenkomst. Niettemin kan een belanghebbende de voorzieningenrechter verzoeken een beslissing te erkennen of, wat vaker zal voorkomen, niet te erkennen.¹⁴ Hij kan zich daarbij beroepen op de in art. 23 HKV 1996 opgesomde weigeringsgronden, die voor het merendeel overeenstemmen met de weigeringsgronden van art. 23 Brussel II-bis. Er is echter één weigeringsgrond die in de verordening niet voorkomt, t.w. art. 23 sub a HKV 1996: erkenning kan worden geweigerd als de beslissing is genomen door een autoriteit die in strijd met de bepalingen van het verdrag bevoegdheid heeft aangenomen. De feiten waarop de buitenlandse autoriteit zijn bevoegdheid heeft gebaseerd, mogen echter niet worden getoetst (art. 25).

De weigeringsgronden van art. 23 kunnen ook een rol spelen in de door het verdrag (art. 26) voorgeschreven exequaturprocedure. Voor tenuitvoerlegging van een buitenlands veroordelend vonnis in Nederland zal de voorzieningenrechter een verklaring van uitvoerbaarheid moeten afgeven, en die verklaring kan alleen worden geweigerd op een van de in art. 23 genoemde gronden. Een toetsing van de gronden waarop de beslissing berust, is uiteraard niet toegestaan (art. 27). Tegen de beslissing van de voorzieningenrechter staat hoger beroep open bij de rechtbank en tegen de beschikking van de rechtbank kan beroep in cassatie worden ingesteld (art. 17 Uitvoeringswet).

13. Bijvoorbeeld: een Albanees kind woont in Algerije (geen verdragsluitende staat), Algerijns IPR verwijst naar het nationale recht van het kind (het recht van Albanië, ook geen verdragsluitende staat), terwijl het Albanees IPR eveneens de nationaliteit van het kind als aanknopingsfactor hanteert. In dat geval wordt de ex lege-verhouding tussen het kind en degene die stelt ouderlijke verantwoordelijkheid te dragen niet beheerst door het recht van de gewone verblijfplaats van het kind (Algerijns recht) maar door zijn nationale recht (Albanees recht).

14. Vgl. art. 15 Uitvoeringswet. Relatief bevoegd is de voorzieningenrechter van de rechtbank binnen wier rechtsgebied degene tegen wie het verzoek zich richt dan wel het kind waarop het verzoek betrekking heeft, zijn gewone verblijfplaats heeft.

6. *Internationale rechtshulp*

Evenals de Verordening Brussel II-bis bevat het verdrag (in art. 29 t/m 39) een tamelijk uitvoerige regeling van de taken en bevoegdheden van centrale autoriteiten op het terrein van de ouderlijke verantwoordelijkheid. In Nederland is daaraan nog een nadere uitwerking gegeven in art. 4 t/m 8 van de Uitvoeringswet. Het verdrag draagt de centrale autoriteiten op (1) elkaar informatie te verstrekken, (2) minnelijke schikkingen tussen partijen te bevorderen, en (3) bijstand te verlenen bij de opsporing van kinderen die zich vermoedelijk op het grondgebied van de aangezochte staat bevinden. Bovendien hebben de centrale autoriteiten een belangrijke rol toebedeeld gekregen bij internationale uithuisplaatsingen. Niet-inachtneming van de daarvoor in art. 33 voorgeschreven procedure (vgl. art. 9 t/m 11 Uitvoeringswet) levert zelfs een grond op om erkenning van de getroffen maatregel te weigeren (vgl. art. 23 sub f HKV 1996). In afwijking van het verdrag¹⁵, dat in art. 8 en 9 voorziet in de tussenkomst van centrale autoriteiten bij de in die artikelen geregelde overdracht van bevoegdheid, heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen die taak op te dragen aan de krachtens art. 24 Uitvoeringswet aangewezen 'liaisonrechter'.¹⁶

7. *Samenloopproblemen*

Zoals gezegd is de problematiek van de samenloop tussen verdragen en/of verordeningen er sinds de inwerkingtreding van het HKV 1996 niet eenvoudiger op geworden. Er zijn sindsdien immers drie verschillende regelingen die alle drie een aantal IPR-aspecten van het onderwerp ouderlijke verantwoordelijkheid bestrijken. Bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning (niet: tenuitvoerlegging!) vielen al onder de werking van het HKV 1961. Het nieuwe verdrag regelt bovendien de tenuitvoerlegging en de internationale rechtshulp. In dat opzicht overlapt het grotendeels met de Verordening Brussel II-bis, met als belangrijk verschil dat de verordening niets zegt over de aanwijzing van het toepasselijk recht. Aldus kunnen de volgende samenloopproblemen ontstaan:

- bevoegdheid: tussen HKV 1961, het HKV 1996 en Brussel II-bis
- toepasselijk recht: tussen het HKV 1961 en het HKV 1996
- erkenning: tussen het HKV 1961, het HKV 1996 en Brussel II-bis
- tenuitvoerlegging: tussen het HKV 1996 en Brussel II-bis
- internationale rechtshulp: tussen het HKV 1996 en Brussel II-bis

15. Een afwijking die in het verdrag overigens uitdrukkelijk wordt toegestaan: art. 44.

16. *Supra*, noot 9.

Van een echt samenloopprobleem kan echter alleen gesproken worden als de casus niet alleen onder het materieel toepassingsgebied van meer dan één verdrag en/of verordening valt, maar ook onder het temporeel en formeel toepassingsgebied van meer dan één regeling. Het is dus zaak eerst uit te maken of in een concreet geval aan alle toepassingsvoorwaarden van iedere regeling is voldaan. In temporeel opzicht zal tegenwoordig geen van de drie regelingen meer afvallen: aangenomen mag worden dat er nog maar weinig procedures aanhangig zijn die vóór 1 mei 2011 zijn ingeleid. Is dat wel het geval, dan valt het HKV 1996 af. In alle andere gevallen zullen we moeten bezien of de drie regelingen ook formeel van toepassing zijn. Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende IPR-onderwerpen die door de regeling bestreken worden.

Ik begin met het eenvoudigste onderwerp: erkenning en tenuitvoerlegging. Executieverdragen – en dus ook de regels betreffende erkenning en tenuitvoerlegging in het HKV 1996 en Brussel II-bis – hebben altijd een beperkt formeel toepassingsgebied. Zij zijn uitsluitend van toepassing op beslissingen uit andere verdragsluitende staten. In geval van samenloop – bijvoorbeeld als de te erkennen beslissing afkomstig is uit Frankrijk, dat zowel EU-lidstaat is als partij bij het HKV 1996 – heeft de verordening voorrang op het verdrag, zo blijkt uit art. 61 sub b Brussel II-bis. Is de beslissing afkomstig uit Zwitserland – geen EU-lidstaat, maar wel partij bij beide Haagse verdragen – dan gaat het HKV 1996 als jonger verdrag voor het verdrag van 1961 (art. 51 HKV 1996). Van samenloop kan geen sprake zijn als de beslissing afkomstig is uit een staat die, zoals Australië of Marokko, geen EU-lidstaat is en alleen het HKV 1996 heeft geratificeerd. Denemarken is een geval apart: wel partij bij het HKV 1996 en lidstaat van de EU, maar niet gebonden aan Brussel II-bis. Een Deense beslissing valt dus onder de erkenningsregeling van het verdrag van 1996.

Met betrekking tot de internationale rechtshulp gelden soortgelijke afstreepcriteria. Binnen de EU wordt de samenwerking tussen centrale autoriteiten bestreken door de verordening, terwijl het HKV 1996 van toepassing is op de verhouding tussen een lidstaat en een niet-lidstaat (of Denemarken) die bij dat verdrag partij is. Het HKV 1961 valt hier sowieso af, omdat de internationale samenwerking daarin niet geregeld is.

Voor wat betreft de vraag naar het toepasselijk recht zullen zich ook betrekkelijk weinig samenloopproblemen voordoen, omdat een regeling van dat onderwerp alleen in de Haagse verdragen en niet in de verordening te vinden is. In de verhouding tussen landen die beide verdragen hebben geratificeerd gaan de verwijzingsregels van het HKV 1996 vóór die van het HKV 1961 op grond van de in art. 51 HKV 1996 neergelegde regel dat een jonger verdrag voorrang heeft op het oudere. In de praktijk betekent dit dat het HKV 1961 (met name art. 3 betreffende de ex lege-verhoudingen) alleen nog voor toepassing in aanmerking komt als het gaat om Nederlandse kinderen die in Italië, Turkije of Macao

wonen, of om kinderen die onderdaan van een van die landen zijn en hun gewoon verblijf in Nederland hebben.

De meeste samenloopproblemen zullen zich voordoen bij de beoordeling van de bevoegdheidsvraag, een onderwerp dat onder het materieel (en waarschijnlijk ook temporeel) toepassingsgebied van zowel de verordening als de beide Haagse verdragen valt. Ook hier zal dus eerst gezien moeten worden of er meer dan één regeling formeel van toepassing is. Een heldere afbakening van het formeel toepassingsgebied vinden we echter alleen in het HKV 1961. Het werkingsbereik van dat verdrag is beperkt tot gevallen waarin het kind ten tijde van de beslissing zijn gewone verblijfplaats heeft in een verdragsluitende staat (art. 13). Het HKV 1996 bevat helaas geen algemene regel waarin het ruimtelijk werkingsbereik van het verdrag wordt afgebakend. Het formeel toepassingsgebied moet dus uit de afzonderlijke bevoegdheidsregels worden afgeleid, zoals we hierboven (§ 2) al zagen. Dat geldt ook voor Brussel II-bis. De belangrijkste uitzondering op het beginsel dat de verordening formeel van toepassing is als het kind zijn gewone verblijfplaats in een lidstaat heeft, is te vinden in art. 12. In geval van prorogatie is de verordening formeel van toepassing ongeacht de gewone verblijfplaats van het kind. Het toepassingsgebied van het HKV 1996 is op dit punt beperkt: in geval van prorogatie verlangt het verdrag (art. 10) dat het kind zijn gewone verblijfplaats in een *andere* verdragsluitende staat heeft. Stel dat het kind in een verdragsluitende staat buiten de EU woont, laten we zeggen Marokko, en dat de ouders het erover eens zijn dat de Nederlandse echtscheidingsrechter tevens over de ouderlijke verantwoordelijkheid zal beslissen. In dat geval zijn zowel de verordening als het verdrag formeel van toepassing: de verordening omdat aan alle voorwaarden van art. 12 lid 1 is voldaan en het verdrag omdat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een (andere) verdragsluitende staat (vgl. art. 10). Hier zal dus een keuze gemaakt moeten worden.

De andere afwijkingen van de hoofdregel in Brussel II-bis zijn vergelijkbaar met die in het HKV 1996. De verordening is formeel ook van toepassing op vluchtelingenkinderen, asielkinderen, ook als zij hun gewone verblijfplaats nog in het land van herkomst te hebben, en op kinderen van wie de gewone verblijfplaats niet kan worden vastgesteld (art. 13). Vergelijkbaar met art. 11 HKV 1996 (spoedeisende gevallen) is voorts art. 20 Brussel II-bis, zij het dat het verdrag rechtstreeks rechtsmacht toekent aan de rechter van de staat waar het kind zich tijdelijk bevindt, terwijl de verordening hier slechts plaats inruimt voor het nationale bevoegdheidsrecht. Onduidelijk is wanneer art. 20 formeel van toepassing is. De tekst van de bepaling wekt sterk de suggestie dat hier alleen gedacht is aan kinderen die hun gewone verblijfplaats in een andere lidstaat hebben.¹⁷ In dat geval ontstaat er alleen een samenloopprobleem

17. Dat blijkt uit de laatste zinsnede van art. 20 lid 1 ('zelfs indien krachtens deze verordening een gerecht van een andere *lidstaat* bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen', mijn curs., dB) en uit het tweede lid, dat alleen gewag maakt van een vervangende beslissing afkomstig uit een andere *lidstaat*. Het Hof van Justitie heeft bovendien bepaald dat de rechter die de spoedeisende maatregel heeft genomen, verplicht is daarvan mededeling te doen aan de rechter van de *lidstaat* waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. De verordening geeft niet

als die verblijfplaats ligt in een lidstaat die partij is bij het HKV 1996; in andere gevallen is de verordening formeel niet van toepassing. Zou het daarentegen voor de toepassing van art. 20 irrelevant zijn of het kind zijn gewoon verblijf binnen of buiten de EU heeft, dan zal in *alle* spoedeisende gevallen bepaald moeten worden of het verdrag dan wel de verordening voorrang krijgt. Ook hier een voorbeeld: stel dat er een spoedeisende maatregel genomen moet worden ten aanzien van een in Egypte wonend kind dat zich tijdelijk in Nederland bevindt. Egypte is geen partij bij het HKV 1996. Dat doet echter niet af aan de formele toepasselijkheid van het verdrag, dat op dit punt immers niet verlangt dat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een verdragsluitende staat (vgl. art. 11 lid 3). Of de casus ook onder het formele toepassingsgebied van Brussel II-bis valt, is de vraag. Ik zou menen van niet, maar in een ruime uitleg ontstaat ook hier een samenloopprobleem.

In Brussel II-bis zijn twee bepalingen opgenomen die de samenloop tussen de verordening en het HKV 1961, respectievelijk het HKV 1996 moeten oplossen. Ten opzichte van het HKV 1961 claimt art. 60 voorrang voor de verordening 'in de betrekkingen tussen lidstaten'. Wat dat precies betekent, is onduidelijk. Bedoeld is waarschijnlijk dat de verordening moet worden toegepast als de casus raakvlakken vertoont met een andere lidstaat die partij is bij het verdrag van 1961, en niet als er alleen raakvlakken zijn met een verdragsluitende staat buiten de EU. Bijvoorbeeld: als het kind de Turkse nationaliteit bezit en in Nederland woont of, omgekeerd, als een Nederlands kind zijn gewoon verblijf heeft in Turkije, is er geen sprake van 'betrekkingen tussen lidstaten' en dus kan de Nederlandse rechter zich in dat geval bevoegd verklaren op grond van art. 1, respectievelijk art. 4 HKV 1961. In de verhouding tussen Nederland en een staat die partij is bij beide Haagse verdragen vervangt het HKV 1996 het verdrag van 1961 (art 51 HKV 1996), en dan moet de dan eventueel resterende samenloop tussen het nieuwe verdrag en de verordening worden opgelost aan de hand van art. 61 Brussel II-bis. Daarin staat dat de verordening voorrang heeft op het HKV 1996 als het kind zijn gewone verblijfplaats in een EU-lidstaat heeft. Omgekeerd zal de Nederlandse rechter de bevoegdheidsregels van het verdrag (met name art.10) moeten toepassen als het gaat om een kind dat zijn gewone verblijfplaats in een verdragsluitende staat buiten de EU heeft, zoals Marokko in het hierboven gegeven voorbeeld. Aan de voorwaarde van art. 61 Brussel II-bis is dan immers niet voldaan.

aan wanneer de spoedeisende maatregel ophoudt te gelden als het kind zijn gewone verblijfplaats niet in een lidstaat heeft. Hieruit valt af te leiden dat de verordening in zo'n geval formeel niet van toepassing is en dat dan bevoegdheid ontleend moet worden aan art. 11 of 12 HKV 1996. Anders: D. van Itersen, *supra*, noot 1, nr. 221 en nr. 233, die meent dat art. 20 Brussel II-bis formeel ook van toepassing is op kinderen die hun gewoon verblijf hebben in 'een derde niet-HKV-staat', terwijl art. 11 en 12 HKV 1996 alleen voor toepassing in aanmerking zouden komen als het kind zijn gewone verblijf heeft in een HKV-staat die geen EU-lidstaat is. *Contra*: Marta Pertegás Sender, in: Ulrich Magnus & Peter Mankowski (eds.), *Brussel IIbis Regulation*, Munich: Sellier, 2012, Art. 20, randnrs. 8 en 9 (p. 249/250); 'It is submitted that ... Art. 20 does not apply when the substance of the matter falls outside the territorial scope of application of the Regulation'. Met andere woorden: als een procedure ten gronde buiten het formele toepassingsgebied van de verordening zou vallen, komt art. 20 niet voor toepassing in aanmerking.

Rest de vraag welke regeling voorrang heeft als de Nederlandse rechter gevraagd wordt een maatregel te nemen ten aanzien van een in Nederland verblijvend kind waarvan de gewone verblijfplaats niet kan worden vastgesteld. In dit geval is zowel de verordening als het HKV 1996 formeel van toepassing, maar de samenloopregel van art. 61 Brussel II-bis geeft hier geen uitsluitel. De oplossing schuilt wellicht in de ‘terugtrekregel’ die in art. 52 lid 1 HKV 1996 is opgenomen: het verdrag laat ‘bestaande internationale regelingen onverlet’. Deze regel zou ook soelaas kunnen brengen als men aanneemt dat zowel art. 20 Brussel II-bis als art. 11 HKV 1996 formeel van toepassing zijn op spoedeisende maatregelen ten aanzien van kinderen die zich tijdelijk in een lidstaat bevinden en hun gewone verblijfplaats in een niet-verdragsluitende staat buiten de EU hebben, zoals het uit Egypte afkomstige kind in het tweede voorbeeld. Naar mijn mening is het formeel toepassingsgebied van art. 20 Brussel II-bis echter beperkt tot intracommunautaire gevallen. In die visie valt de casus buiten het bereik van art. 20 en komt alleen art. 11 HKV voor toepassing in aanmerking. Woont het kind in een HKV-staat buiten de EU, bijvoorbeeld in Marokko of Zwitserland, dan treedt Brussel II-bis hoe dan ook terug voor het verdrag op grond van art. 61.

Weer een heel andere samenlooppuzzel ontstaat als het kind hangende de procedure vanuit een EU-lidstaat naar een HKV-staat verhuist. Brussel II-bis is van toepassing omdat het kind ten tijde van de indiening van het verzoek nog in de EU verbleef, maar het HKV 1996 – waarin het beginsel van de *perpetuatio fori* is losgelaten (vgl. art. 5 lid 2) – wordt toepasselijk zodra de gewone verblijfplaats van het kind naar een verdragsluitende staat is verplaatst. Art. 61 Brussel II-bis zegt niets over de vraag of de verordening in dat geval nog steeds voorrang heeft boven het HKV 1996: de in art. 8 opgenomen peildatum is hier opvallend afwezig.¹⁸

8. Besluit

Omdat het HKV 1996 voor wat betreft de bevoegdheid in beginsel een beperkt formeel toepassingsgebied heeft en omdat we voorrang moeten geven aan de Verordening Brussel II-bis als het kind zijn gewone verblijfplaats in een EU-lidstaat heeft, valt te verwachten dat het verdrag op dit punt een betrekkelijk bescheiden rol zal spelen in onze familierechtelijke rechtspraak. De bevoegdheidsregels van het verdrag komen immers alleen voor toepassing in aanmerking als het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een verdragsluitende staat buiten de EU (of in Denemarken), en in dat geval kan normaliter alleen bevoegdheid worden ontleend aan art. 10, dus alleen in een echtscheidingsprocedure waarin beide ouders bereid zijn de bevoegdheid van de Nederlandse rechter ter zake van een nevenverzoek betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid te aanvaarden. Daarnaast zullen zich misschien nog gevallen voordoen waarin een spoedeisende of voorlopige maatregel getroffen moet wor-

18. Vgl. De Boer, *supra* noot 1, p. 161, noot 23 en p. 172, noot 56..

den ten aanzien van een tijdelijk in Nederland verblijvend kind dat zijn gewone verblijfplaats niet in een EU-lidstaat heeft. Van groter praktisch belang acht ik dan ook de in het verdrag neergelegde wijzingsregels, die een universeel formeel toepassingsgebied hebben en geen concurrentie ondervinden van de verordening. De vraag naar het toepasselijk recht zal dus doorgaans¹⁹ aan de hand van het HKV 1996 moeten worden beantwoord. Het verdrag zal voorts van groot nut kunnen zijn voor de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van kinderbeschermende maatregelen in onze verhouding tot landen die niet aan Brussel II-bis maar wel aan het HKV 1996 gebonden zijn²⁰, en voor onze samenwerking met de centrale autoriteiten van die landen. Dat met de komst van het verdrag de problematiek van de samenloop ingewikkelder is geworden dan voorheen, moeten we dan maar voor lief nemen.

19. Maar niet altijd: in een enkel geval zullen de conflictregels van het HKV 1961 nog moeten worden toegepast, en wel als – gelet op de nationaliteit of de gewone verblijfplaats van het kind – Italië, Turkije of Macao bij de casus betrokken zijn. Die landen zijn wel partij bij het HKV 1961, maar (nog) niet bij het verdrag van 1996. Dat Italië een EU-lidstaat is maakt hier niets uit, omdat de verordening geen conflictregels bevat.

20. Op dit moment (eind oktober 2012): Albanië, Armenië, Australië, Denemarken, Dominicaanse Republiek, Ecuador, Kroatië, Lesotho (vanaf 1 juni 2013), Marokko, Monaco, Montenegro (vanaf 1 januari 2013) Oekraïne, Russische Federatie (vanaf 1 juni 2013), Uruguay en Zwitserland. Van de EU lidstaten hebben alleen België, en Italië het verdrag nog niet geratificeerd. Voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen uit die landen in andere lidstaten maakt dat uiteraard niets uit, omdat daarop Brussel II-bis toepasselijk is.