



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

HR (nr 07/13642HR, LJN: BC8942: [Australische kindervervoering])

de Boer, T.M.

Publication date

2008

Document Version

Final published version

Published in

Nederlandse Jurisprudentie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Boer, T. M. (2008). HR (nr 07/13642HR, LJN: BC8942: [Australische kindervervoering]). 539. Case note on: HR, 25/04/08 *Nederlandse Jurisprudentie*, 2008(44), 5561-5579.

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.

NJ 2008, 539

Hoge Raad, Civiele kamer

25 april 2008, nr. 07/13642HR

Mrs. D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, A. Hammerstein, C.A. Streefkerk; A-G Strikwerda

m.nt. prof. mr. Th.M. de Boer

RvdW 2008, 479

JOL 2008, 350

LJN, BC8942

Trefwoord

bevel, verblijfplaats, verklaring

Regeling

Haags Kinderontvoeringsverdrag art. 3, 14, 15

Essentie

Internationale kinderonvoering. Verklaring als bedoeld in [art. 15](#) Haags

Kinderontvoeringsverdrag; betekenis; toetsing; wijze van totstandkoming.

De ingevolge [art. 15](#) HKOV gegeven beslissing of verklaring van de autoriteiten van de Staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, waarin wordt vastgesteld dat de overbrenging of het niet doen terugkeren van het kind ongeoorloofd was in de zin van [art. 3](#) HKOV, is

slechts een hulpmiddel voor de rechter van de aangezochte staat die zelfstandig moet vaststellen of is voldaan aan de vereisten voor toewijsbaarheid van het verzoek tot het geven van een bevel tot teruggeleiding. Het gewicht van die beslissing of verklaring zal afhangen van de autoriteit die de verklaring heeft afgegeven en de materie waarop zij betrekking heeft.

Aangezien het hof in het onderhavige geval, waarin geen geschil bestaat omtrent feitelijke kwesties en ook niet omtrent de uitleg van art. 3 en [5](#) HKOV, zijn beslissing heeft gebaseerd op een uitleg van het Australische recht die lijnrecht in tegenspraak is met de artikel 15 verklaring van de Australische Centrale Autoriteit, zonder dat het duidelijk heeft gemaakt op grond van welke Australische rechtspraak of andere bronnen het de verklaring van de Australische Centrale Autoriteit terzijde heeft gesteld, heeft het hof zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd.

Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een [artikel 15](#) verklaring is niet van belang of die verklaring op verzoek van de aangezochte rechter is afgegeven, dan wel door een van de partijen of de betrokken Centrale Autoriteit is uitgelokt. Het bepaalde in art. 15 staat niet eraan in de weg dat voorafgaande aan een teruggeleidingsprocedure wordt verzocht om een verklaring ingevolge dat artikel. De omstandigheid dat de moeder en het hof bij de totstandkoming van de artikel 15 verklaring niet betrokken zijn geweest, ontnemt aan de verklaring niet het karakter van een verklaring als bedoeld in art. 15, maar kan slechts een rol spelen bij de bepaling van het gewicht dat daaraan dient te worden toegekend.

Samenvatting

Het gaat in deze zaak om een verzoek onder het Haagse Kinderontvoeringsverdrag tot teruggeleiding van een kind van Nederland naar Australië. De Centrale Autoriteit, heeft op de voet van [art. 15](#) HKOV twee verklaringen van de Australische Centrale Autoriteit overgelegd, waaruit blijkt dat de moeder door het kind naar Nederland over te brengen in strijd heeft gehandeld met het Australische gezagsrecht, dat bij de vader en de Australische rechter berustte. Het hof acht zich aan de verklaringen niet gebonden en komt op grond van een eigen interpretatie van het Australische recht tot de conclusie dat er van schending van het gezagsrecht geen sprake is. Het middel in het principaal cassatieberoep betoogt dat het hof in het onderhavige geval aan de verklaringen doorslaggevend gewicht had moeten toekennen. In het incidenteel cassatieberoep klaagt de moeder dat de desbetreffende verklaringen niet als een artikel 15 verklaring kunnen worden aangemerkt, omdat ze al voorafgaand aan de procedure door de Centrale Autoriteit zijn opgevraagd en niet inzichtelijk is op welke informatie de Australische Centrale Autoriteit zich heeft gebaseerd.

Het middel in principaal cassatieberoep is terecht voorgesteld. Vooropgesteld dient te worden dat met de [art. 14](#) en [15](#) HKOV is beoogd de rechter van de aangezochte staat beter en gemakkelijker in staat te stellen te beoordelen of sprake is van een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren in de zin van [art. 3](#) HKOV. Ingevolge art. 15 kan de rechter verlangen dat de verzoeker een beslissing of een verklaring van de autoriteiten van de staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, overlegt, waarin wordt vastgesteld dat de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd was in de zin van art. 3 HKOV. De vraag in hoeverre de rechter van de aangezochte staat aan die vaststelling gebonden is, kan slechts aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval worden beantwoord. Daarbij is in aanmerking te nemen dat het de rechter van de aangezochte staat is die op het verzoek tot het geven van een bevel tot teruggeleiding moet beslissen en daartoe zelfstandig moet vaststellen of is voldaan aan de vereisten voor toewijsbaarheid van dat verzoek, en de ingevolge art. 15 gegeven beslissing of verklaring is daarbij slechts een hulpmiddel. Het gewicht daarvan zal afhangen van de autoriteit die de verklaring heeft afgegeven en de materie waarop zij betrekking heeft: waar het gaat om de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats zal aan de verklaring groter — en veelal zelfs doorslaggevend — gewicht toekomen dan waar het gaat om een beoordeling van feitelijke kwesties. Vooral bij de beoordeling van feitelijke kwesties zal van belang kunnen zijn of de verklaring is afgegeven in

een procedure op tegenspraak (vgl. HR 18 maart 2005, [NJ 2005, 563](#) m.nt. ThMdB).

In het onderhavige geval, waarin geen geschil bestaat omtrent feitelijke kwesties en ook niet omtrent de uitleg van art. 3 en 5 van het HKOV, heeft het hof zijn beslissing gebaseerd op een uitleg van het Australische recht die lijnrecht in tegenspraak is met de artikel 15 verklaring van de Australische Centrale Autoriteit. Het hof heeft zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd doordat het niet duidelijk heeft gemaakt op grond van welke Australische rechtspraak of andere bronnen het de verklaring van de Australische Centrale Autoriteit terzijde heeft gesteld. Het incidentele middel is tevergeefs voorgesteld. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een artikel 15 verklaring is niet van belang of die verklaring op verzoek van de aangezochte rechter is afgegeven, dan wel door een van de partijen of betrokken Centrale Autoriteiten is uitgelokt (vgl. HR 18 maart 2005, [NJ 2005, 563](#) m.nt. ThMdB). Het bepaalde in art. 15 HKOV staat niet eraan in de weg dat voorafgaand aan een teruggeleidingsprocedure wordt verzocht om een verklaring ingevolge dat artikel. Met het oog op de in dergelijke procedures vereiste spoed heeft dat zelfs in het algemeen de voorkeur, indien wordt verwacht dat het overleggen van een dergelijke verklaring ter voorlichting van de rechter noodzakelijk of wenselijk is. De omstandigheid dat de moeder en het hof bij de totstandkoming van de artikel 15 verklaring niet betrokken zijn geweest, waardoor het voor hen niet inzichtelijk is welke informatie aan de Australische autoriteiten is verschaft en op basis van welke uitgangspunten de Centrale Autoriteit van Australië heeft geoordeeld, ontnemt aan de verklaring niet het karakter van een verklaring als bedoeld in artikel 15, maar kan slechts een rol spelen bij de bepaling van het gewicht dat daaraan dient te worden toegekend.

Partijen

Centrale Autoriteit, optredende voor zichzelf en namens de vader, te 's-Gravenhage,
verzoekster tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep, adv.
mr. J. van Duijvendijk-Brand,
tegen

De moeder, te Y., verweerster in cassatie, verzoekster in het voorwaardelijk incidenteel
cassatieberoep, adv. mr. J. Brandt.

Tekst

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep

1.

Ter beoordeling van het hof staat de teruggeleiding van de dochter naar de plaats van haar gewone verblijf in Australië, dan wel de afgifte aan de vader.

2.

De moeder verzoekt de bestreden beschikking te vernietigen en alsnog de Centrale Autoriteit en de vader niet-ontvankelijk te verklaren, althans het verzoek van de Centrale Autoriteit en de vader af te wijzen.

3.

De Centrale Autoriteit bestrijdt haar beroep en verzoekt het hof de bestreden beschikking, eventueel onder aanvulling of verbetering van gronden, te bekrachtigen. De Centrale Autoriteit verwijst daarvoor mede naar de door haar overgelegde verklaring van 12 juni 2007 van de Australische Centrale Autoriteit, de zogenaamde 'Article 15 declaration'.

4.

De moeder heeft tegen de bestreden beschikking zeventien grieven gericht.

Ontvankelijkheid

5.

De moeder stelt in de vierde grief dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen: 'de kinderrechtster stelt vast dat, in het licht van hetgeen het Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, hierna het HKOV, eist, voldoende is getracht overeenstemming tussen partijen te bereiken in deze kwestie'. De moeder staat open voor overleg met de vader en stelt dat er schending is van artikel 7 van het HKOV, nu op geen enkele wijze de mogelijkheid van een schikking is onderzocht. De Centrale Autoriteit meent dat zij haar verplichtingen ex artikel 7 van het HKOV is nagekomen.

6.

Het hof is van oordeel dat het verweer van de moeder niet slaagt en overweegt daartoe als volgt. Uit de stukken is naar voren gekomen dat de Centrale Autoriteit de moeder op 14 juni

2007 heeft aangeschreven en heeft aangegeven, behulpzaam te kunnen zijn bij het bereiken van een minnelijke regeling. De moeder heeft niet aangegeven daarop te willen ingaan. Eerst bij brief van 8 augustus 2007 van de advocaat van de moeder wordt aangegeven dat de moeder zou openstaan voor bemiddeling. In dat stadium wenste de vader daaraan niet meer mee te werken, omdat hij het teruggeleidingsverzoek met spoed wilde voorleggen aan de rechter. Het hof is dan ook van oordeel dat de Centrale Autoriteit zich voldoende heeft ingespannen om te trachten partijen tot overeenstemming te brengen. De omstandigheid dat dit niet is gelukt, doet daaraan niet af.

Toepasselijk recht

7.

In de derde grief bestrijdt de moeder de vaststelling van de rechtbank in de bestreden beschikking, dat Australisch recht van toepassing is. Ingevolge het bepaalde in artikel 3 lid 1 onder a van het HKOV wordt het gezagsrecht beoordeeld naar het recht van de staat waarin het kind onmiddellijk vóór de overbrenging zijn gewone verblijfsplaats had. De moeder betoogt dat na het treffen van de regeling tussen partijen, bevestigd door de 'Family Court' op 2 juni 2005, Australië niet langer de gewone verblijfplaats van de dochter was, doch Nederland.

8.

Het hof stelt voorop dat het begrip 'gewone verblijfplaats' een feitelijk begrip is waaraan inhoud wordt gegeven door de omstandigheden en feiten van het concrete geval. In dit geval betreft het een in 1999 in Nederland geboren minderjarige die in 2000 met haar ouders naar Australië vertrekt en daar tot april 2007, het moment van overbrenging naar Nederland, heeft gewoond. Op grond daarvan is het hof van oordeel dat de gewone verblijfplaats vóór de overbrenging Australië is. Het feit dat bij de moeder al langere tijd de intentie heeft bestaan om naar Nederland te vertrekken met de dochter maakt het niet anders, nu aan die intentie eerst in april 2007 uitvoering is gegeven. Het vorenstaande brengt het hof tot het oordeel dat het gezagsrecht in beginsel dient te worden beoordeeld naar Australisch recht.

Gezag

9.

In de zevende grief bestrijdt de moeder dat te dezen sprake is van ouders die gezamenlijk het

ouderlijk gezag hebben over de dochter.

10.

Het hof overweegt dat, nu de moeder niet heeft aangegeven op grond van welke wettelijke bepaling dan wel rechterlijke en/of administratieve beslissing er sprake zou zijn van een afwijking van het wettelijke stelsel van gezamenlijk gezag op grond van de Family Law Act 1975 zoals toegelicht in de 'Article 15 declaration' van de Australian Government van 12 juni 2007, in de onderhavige zaak ervan wordt uitgegaan dat de ouders gezamenlijk het gezag zoals bedoeld in artikel 3 j^o5 van het HKOV hebben over de dochter.

Beoordeling van het verzoek

11.

De vijfde, zesde, tiende en twaalfde grief lenen zich voor een gezamenlijke bespreking. De vraag die aan het hof voor ligt is of de moeder de dochter 'ongeoorloofd' in de zin van artikel 3 van het HKOV naar Nederland heeft overgebracht en niet doen terugkeren.

12.

Het hof stelt voorop dat ten einde vast te stellen of er sprake is van een ongeoorloofde overbrenging in de zin van artikel 3 van het HKOV, artikel 14 van het HKOV — voor zover hier van belang en verkort weergegeven — bepaalt dat de rechterlijke autoriteit van de aangezochte Staat rechtstreeks rekening kan houden met het recht van de Staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft en met de aldaar al dan niet formeel erkende rechterlijke beslissingen.

13.

De 'Explanatory Report' bij het HKOV houdt — voor zover hier van belang — in: Article 14 — Relaxation of the requirements of proof of foreign law Since the wrongful nature of a child's removal is made to depend, in terms of the Convention, on its having occurred as the result of a breach of the actual exercise of custody rights conferred by the law of the child's habitual residence, it is clear that the authorities of the requested State will have to take this law into consideration when deciding whether the child should be returned. In this sense, the provision (...) that the authorities 'shall have regard to the law of the child's habitual residence, could be regarded as superfluous'. However, such a provision would on the

one hand underline the fact that there is no question of applying that law, but merely of using it as a means of evaluating the conduct of the parties, while on the other hand, in so far it applied to decisions which could underlie the custody rights that had been breached, it would make the Convention appear to be a sort of *lex specialis*, according to which those decisions would receive effect indirectly in the requested State, an effect which would not be made conditional on the obtaining of an *exequatur* or any other method of recognition of foreign judgments.

Since the first aspect of article 14 necessarily derives from other provisions of the Convention, the actual purport of article 14 is concerned only with the second. The article therefore appears as an optional provision for proving the law of the child's residence and according to which the authority concerned 'may take notice directly of the law of, and of judicial or administrative decisions, formally recognized or not in the State of habitual residence of the child, without recourse to the specific procedures for the proof of that law or for the recognition of foreign decisions which would otherwise be applicable'. There is no need to stress the practical importance this rule may have in leading to the speedy decisions which are fundamental to the working of the Convention.

14.

Het hof leidt uit artikel 14 van het HKOV en de daarop gegeven toelichting af, dat het niet gehouden is, om de inhoud van het recht van de staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een specifieke procedure te doen vaststellen.

Anders dan de rechtbank, is het hof van oordeel, dat de aangezochte rechter — op grond van het vertrouwensbeginsel — niet zonder meer is gebonden aan de uitleg van het buitenlandse recht in een ingevolge artikel 15 van het HKOV afgegeven verklaring, dan wel dat hij daar zonder meer op af zou moeten gaan, maar dient de aangezochte rechter zelfstandig te beslissen of met inachtneming van dat buitenlandse recht is voldaan aan de voorwaarden om het verzoek tot terugleiding toe te wijzen.

15.

Het hof is van oordeel dat de vader met de rechterlijk bekrachtigde 'Parenting Order' zoals hiervoor weergegeven, ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk aan de moeder toestemming heeft gegeven om de gewone verblijf/woonplaats van de dochter te wijzigen. Hij heeft daarmee in zoverre afstand gedaan van de uitoefening van zijn gezagsrecht zoals bedoeld in artikel 5 van het HKOV, te weten het recht om over de verblijfplaats van het kind te beslissen.

16.

Daarenboven is in de weergegeven 'Notations' door de vader tot uitdrukking gebracht dat hij zich

heeft gerealiseerd dat wijziging van de verblijfplaats van de dochter buiten Australië voor hem consequenties heeft in de uitoefening van zijn omgangsrecht en dat hij die consequenties heeft aanvaard.

17.

Het hof is van oordeel dat daarmee is voorzien in het bepaalde in artikel 65Y, subsection 2 en onder a, van de Family Law Act 1975 namelijk dat, indien een parenting order van kracht is, een persoon die daarbij partij was, het kind niet buiten Australië mag meenemen tenzij met schriftelijke toestemming van de partijen ten behoeve van wie de parenting order was gemaakt.

18.

Voor zover in de 'Article 15 declaration' van de Australian Government van 12 juni 2007 is betoogd — en door de Centrale Autoriteit ter zitting in hoger beroep is bepleit — dat te dezen artikel 65Z Family Law Act 1975 — handelende over het maken van een parenting order — van toepassing zou zijn, gaat het hof daaraan voorbij nu uit genoemd wetsartikel niet blijkt dat de rechtskracht van de tussen partijen vaststaande parenting order van 2 juni 2005 is opgehouden te bestaan, althans is komen te vervallen, op de enkele grond dat de vader in maart 2007 bij de 'Family Court of Australia' te Brisbane kennelijk een verzoek heeft ingediend 'seeking parenting/property orders'. Bovendien blijkt uit de tekst van artikel 65 Z niet, dat de toestemming door een partij eerst na het instellen van een nieuwe procedure zou moeten worden verleend. Deze voorwaarde wordt blijkens artikel 65Z wel aan een rechterlijke toestemming verbonden, doch niet aan een door een partij te geven toestemming. Overigens heeft de Centrale Autoriteit niet kunnen aangeven op grond van welke wettelijke bepaling artikel 65Z van de Family Law Act 1975 in de onderhavige situatie (dwingend) van toepassing moet worden geacht, en evenmin valt dit te lezen in de 'Article 15 Declaration'.

Naar het oordeel van het hof voorziet artikel 65 X, tweede lid, Family Law Act 1975 daarin niet, omdat te dezen niet sprake is van de situatie weergegeven in artikel 65 X als: 'if an appeal against a decision of a court in proceedings has been instituted and is pending', maar van een — bijna twee jaren nadien — ingediend verzoek tot het ter zijde stellen van een eerdere 'parenting order'.

Het hof verwerpt hiermee ook de stelling van de Centrale Autoriteit, dat de moeder op het moment van overbrenging niet langer gerechtigd zou zijn om zonder voorafgaande instemming van de Australische rechter de gewone verblijfplaats van de dochter te wijzigen en dat aan de Australische rechter een (gedeeltelijk) gezagsrecht zou zijn overgedragen. Nog daargelaten of een zodanig overgedragen gezagsrecht een gezagsrecht is in de zin van artikel 5 van het HKOV, uit artikel 65Y blijkt — en overigens ook uit artikel 65Z — dat een toestemming van partijen volstaat.

19.

Uit bovenstaande overwegingen volgt dat naar het oordeel van het hof geen sprake is van schending van artikel 3 j^o5 van het HKOV in de zin dat de moeder de dochter ongeoorloofd heeft overgebracht naar Nederland en aldaar heeft achtergehouden zodat het verzoek tot onmiddellijke terugleiding van de dochter naar Australië wordt afgewezen.

(etc.)

Principaal cassatieberoep

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, doordat het hof op de in de bestreden beschikking vermelde gronden heeft beslist en recht gedaan als in zijn beschikking vermeld, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang te beschouwen, redenen:

Klachten

2.1

In rov. 11 t/m 14 overweegt het hof dat het (mede) uit art. 14 HKOV en de daarop gegeven toelichting afleidt dat het niet zonder meer gebonden is aan de uitleg van het buitenlandse recht ingevolge een op grond van artikel 15 van het HKOV afgegeven verklaring, dan wel dat hij daar zonder meer op af zou moeten gaan, maar dat het zelfstandig dient te beslissen of met inachtneming van dat buitenlandse recht is voldaan aan de voorwaarden om het verzoek tot terugleiding toe te wijzen. Dit oordeel is juist voorzover het hof oordeelt dat het aan de inhoud van de artikel 15 verklaring niet zonder meer is gebonden, maar onjuist voor zover het hof oordeelt dat het hem vrijstaat om geheel zelfstandig, met volledige terzijdestelling van de uitleg van het buitenlandse recht, de inhoud daarvan vast te stellen. Dat staat het hof immers niet (steeds zonder meer) vrij. Dit blijkt uitdrukkelijk uit de beschikking van Uw Raad van 18 maart 2005 ([NJ 2005, 563](#), m.nt. ThMdB), waarin Uw Raad weliswaar oordeelt dat dergelijke verklaringen slechts een hulpmiddel zijn om te beoordelen of sprake is van een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren in de zin van art. 3 HKOV met name om vast te stellen 'how the law of the child's habitual residence will apply in a particular case' (Toelichtend rapport van de hand van E. Pérez-Vera, Actes et Documents de la Quatorzième session, Conférence de la Haye de droit international privé, Tome III, Enlèvement d'enfants, 1980, biz. 463, nr. 120) en dat dit niet betekent dat de rechter van de aangezochte staat steeds en zonder meer is gebonden aan de vaststelling in een ingevolge art. 15 afgegeven verklaring dat de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd was in de zin van art. 3 HKOV, maar ook dat de vraag of de rechter van de aangezochte staat aan die vaststelling gebonden is, slechts aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval kan worden beantwoord en:

(3.5.4) (...) Het gewicht daarvan (d.i. van de artikel 15 verklaring, toevoeging opsteller dezes)

zal afhangen van de autoriteit die de verklaring heeft afgegeven en de materie waarop zij betrekking heeft: waar het gaat om de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats zal aan de verklaring groter — en veelal zelfs doorslaggevend — gewicht toekomen dan waar het gaat om een beoordeling van feitelijke kwesties.

Indien het hof dat heeft miskend — en daar lijkt het gelet op de grote stelligheid van 's hofs overweging op dit punt én de wijze van toetsen in de daarop volgende rechtsoverweging wel op — dan heeft het blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het zulks niet zou hebben miskend, is het oordeel waartoe het hof in de daarop volgende rechtsoverwegingen komt inzake het vaststellen van de inhoud van het Australische recht onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

2.2

Na in rov. 15 en 16 te hebben overwogen dat de vader blijkens de 'consent order' van 19 mei 2005 afstand heeft gedaan van zijn recht om mee te beslissen over de verblijfplaats van zijn kind, komt het hof in rov. 17 tot een geheel zelfstandige beoordeling van het toepasselijke Australische recht, namelijk:

dat daarmee is voorzien in het bepaalde in artikel 65 Y, subsection 2 en onder a, van de Family Law Act 1975 namelijk dat, indien een parenting order van kracht is, een persoon die daarbij partij was, het kind niet buiten Australië mag meenemen tenzij met schriftelijke toestemming van de partijen ten behoeve van wie de parenting order was gemaakt en overweegt het expliciet dat het geheel voorbij zal gaan aan hetgeen:

in de 'Article 15 declaration' van de Australian Government van 12 juni 2007 is betoogd — en door de Centrale Autoriteit ter zitting in hoger beroep is bepleit — dat te dezen artikel 65 Z Family Law Act 1975 — handelende over het maken van een parenting order — van toepassing zou zijn (...) nu uit genoemd wetsartikel niet blijkt dat de rechtskracht van de tussen partijen vaststaande parenting order van 2 juni 2005 is opgehouden te bestaan, althans is komen te vervallen, op de enkele grond dat de vader in maart 2007 bij de 'Family Court of Australia' te Brisbane kennelijk een verzoek heeft ingediend 'seeking parenting/property' orders'.

Ook blijkt volgens het hof uit de tekst van artikel 65Z niet, dat toestemming door een partij eerst na het instellen van een nieuwe procedure zou moeten worden verleend:

Deze voorwaarde wordt blijkens artikel 65Z wel aan een rechterlijke toestemming verbonden, doch niet aan een door een partij te geven toestemming.

Het hof verwijt de Centrale Autoriteit tevens dat het niet heeft kunnen aangeven op grond van welke wettelijke bepaling artikel 65Z van de Family Law Act 1975 in de onderhavige situatie (dwingend) van toepassing moet worden geacht. Dit valt volgens het hof evenmin te lezen in de 'Article 15 Declaration' en:

Naar het oordeel van het hof voorziet artikel 65 X, tweede lid, Family Law Act 1975 daarin niet, omdat te dezen niet sprake is van de situatie weergegeven in artikel 65 X als: 'if an appeal against a decision of a court in proceedings has been instituted and is pending', maar van een — bijna twee jaren nadien — ingediend verzoek tot het ter zijde stellen van een

eerdere 'parenting order'.

Het hof verwerpt ten slotte in rov. 18, laatste alinea, de stelling van de Centrale Autoriteit dat de moeder op het moment van de overbrenging niet zonder voorafgaande instemming van de Australische rechter de gewone verblijfplaats kon wijzigen (mede) omdat bij de Australische rechter een (gedeeltelijk) gezagsrecht is komen te rusten door de indiening van het wijzigingsverzoek door de vader. Het hof overweegt hiertoe:

Het hof verwerpt hiermee ook de stelling van de Centrale Autoriteit, dat de moeder op het moment van overbrenging niet langer gerechtigd zou zijn om zonder voorafgaande instemming van de Australische rechter de gewone verblijfplaats van de dochter te wijzigen en dat aan de Australische rechter een (gedeeltelijk) gezagsrecht zou zijn overgedragen. Nog daargelaten of een zodanig overgedragen gezagsrecht een gezagsrecht is in de zin van artikel 5 van het HKOV, uit artikel 65Y blijkt — en overigens ook uit artikel 65Z — dat een toestemming van partijen volstaat.

Waaraan het hof de conclusie verbindt dat geen sprake is van schending van artikel 3 j^o5 van het HKOV in de zin dat de moeder de dochter ongeoorloofd heeft overgebracht naar Nederland en aldaar heeft achtergehouden zodat het verzoek tot onmiddellijke teruggeleiding van de dochter naar Australië wordt afgewezen.

2.3

Deze oordelen geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting nu het hof kennelijk (zie ook hiervoor onder 2.1) heeft gemeend dat het ook in dit geval, waarin het gaat om de vaststelling van de inhoud van de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats van het kind, niet gehouden is om aan de daarop betrekking hebbende artikel 15 verklaring van de Centrale Autoriteit van dat land bijzonder gewicht toe te kennen. Althans zijn de oordelen in het licht van hetgeen de Nederlandse Centrale Autoriteit daarover met verwijzing naar de artikel 15 verklaring van de Australische Autoriteit naar voren heeft gebracht, onvoldoende en/of onbegrijpelijk gemotiveerd.

Na de beschikking van het hof hebben de vader en de Australische Centrale Autoriteit de Australische rechter verzocht om een verklaring ingevolge art. 15 HKOV (in Australië als zodanig opgenomen in art. 17 van de Family Law (Child Abduction Convention) Regulations 1986). De Family Court of Australia heeft op 10 december 2007 een verklaring afgegeven. Hierin verklaart de Family Court dat de overbrenging van het kind naar Nederland ongeoorloofd was in de zin van art. 3 HKOV omdat deze overbrenging in strijd was met het gezagsrecht van de Australische rechter (de Federal Magistrates Court of Australia). Teneinde uw Raad zo volledig te informeren over het Australische recht heeft opsteller dezes overwogen de verklaring ad informandum — de verklaring is immers afgegeven na de bestreden beschikking van het hof en kan uiteraard geen (zelfstandige) grond vormen voor een cassatieklacht — in deze procedure in te brengen. Nu de advocaat van de moeder de Centrale Autoriteit op voorhand kenbaar heeft gemaakt dat bezwaar bestaat tegen een dergelijke inbreng, zal daarvan worden afgezien. Indien uw Raad niettemin zou wensen dat deze verklaring alsnog in de procedure wordt ingebracht, is de Centrale Autoriteit hiertoe uiteraard

bereid.

2.4

Het hof heeft zijn oordeel, dat de stelling van de Centrale Autoriteit dat aan de Australische rechter een (gedeeltelijk) gezagsrecht is overgedragen, dient te worden verworpen, gemotiveerd met een verwijzing naar 'het voorgaande'. Waar uit dat voorgaande blijkt dat de vader (eerder) toestemming heeft verleend en toestemming van partijen blijkens de artikelen 65Y en 65Z steeds volstaat, aldus kennelijk de redenering van het hof, is toestemming van de rechter dus niet nodig.

Het hof voegt daar nog aan toe 'daargelaten of een zodanig gezagsrecht een gezagsrecht is in de zin van art. 5 HKOV'. Dit is kennelijk geen dragende overweging.

2.5

Dit oordeel van het hof, dat (ook) in zoverre geen sprake is van schending van art. 3 HKOV in het licht van de stellingen van de Centrale Autoriteit en de ingevolge art. 15 HKOV gegeven verklaringen, waaruit eenduidig volgt dat reeds vanwege het ontbreken van instemming van de Australische rechter — en dus onafhankelijk van de vraag of er al dan niet toestemming van de vader bestaat — sprake is van strijd met het gezagsrecht van die rechter, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting aangaande art. 3 HKOV, althans is onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd.

Nadere uitwerking van en toelichting op de klachten

2.6

Art. 3 lid 1 sub a HKOV bepaalt — voor zover hier van belang — dat het overbrengen van een kind als ongeoorloofd wordt beschouwd wanneer het geschiedt in strijd met een gezagsrecht, dat is toegekend aan een persoon, een instelling of enig ander lichaam, ingevolge het recht van de Staat waarin het kind onmiddellijk voor zijn overbrenging zijn gewone verblijfplaats had. Het is één van de kernbepalingen van het HKOV; het geeft aan wat volgens het verdrag onder ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren van een kind wordt verstaan. Zie:

—

E. Pérez-Vera, Explanatory report on the Hague Convention on International Child

Abduction, Madrid 1981, par. 64.

In art. 5 sub a HKOV is vervolgens gedefinieerd wat onder gezagsrecht in de zin van het verdrag moet worden verstaan: het recht dat betrekking heeft op de zorg voor de persoon van het kind, en in het bijzonder het recht over zijn verblijfplaats te beschikken.

2.7

In het eerste lid onder a van art. 3 HKOV is uitdrukkelijk vastgelegd dat een gezagsrecht ook kan worden toegekend aan een instelling of enig ander lichaam. Uit internationale jurisprudentie en literatuur volgt dat een gezagsrecht in de zin van art. 3 jo. 5 HKOV ook kan worden toegekend aan de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind.

Zie onder meer:

— E. Perez-Vera, a.w., par. 80:

On the other hand, legal persons can also in terms of the Convention, hold rights of custody. Article 3 envisages the possibility of custody rights being attributed to an institution 'or any other body' and is expressed in deliberately vague and wide terms.

— Beaumont en McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, (1999), p. 66–67 en de aldaar onder noot 132 genoemde uitspraken.

2.8

Deze ruime uitleg van het gezagsrecht in de zin van het HKOV is ook nadrukkelijk en gemotiveerd door de Centrale Autoriteit in de procedure naar voren gebracht. Verwezen wordt naar de pleitaantekeningen van 28 september 2007, onder 8 en de als prod. 24 overgelegde uitspraken, waaronder met name die van het Gerechtshof in Canada van 28 mei 1997.

2.9

In onderhavige zaak is sprake van een dergelijk gezagsrecht van de rechter, toegekend (van rechtswege) ingevolge het Australisch recht als gevolg van de instelling van de hiervóór onder 1.4 genoemde procedure door de vader. In de op grond van art. 15 HKOV opgestelde verklaring van de Australische Centrale Autoriteit van 12 juni 2007 (productie 16 bij inleidend verzoekschrift) is met betrekking tot dit gezagsrecht het volgende verklaard:

13.

In this case, the Federal Magistrates Court of Australia also has rights of custody in relation of the daughter.

(...)

16.

In this case, rights of custody arose by operation of law and were held by the Federal Magistrates Court of Australia at the time of the child's removal. The father of the child had made an application to the court to determine the child's place of residence. That application having been made, the Federal Magistrates Court of Australia had a right of custody arising by operation of law and had the right to determine the place of residence of the child in accordance with that application. The removal of the child from Australia was in breach of that right.

In de verklaring is tevens weergegeven dat de Australische rechter ook daadwerkelijk zijn gezagsrecht uitoefende in de zin van art. 3 lid 1 sub b HKOV (onder 18).

2.10

In de tevens in deze procedure ingebrachte aanvullende verklaring van 31 juli 2007 van de Australische Centrale Autoriteit ('Supplemental affidavit of laws', productie 18 bij inleidend verzoekschrift), wordt bovenstaande bevestigd. Zo staat hierin onder meer het volgende:

4.

(...) In this case, the father made an application to the Federal Magistrates Court to discharge the orders of 2 June 2005 (including the order to allow the mother to relocate from Australia) and for further orders allowing him to spend more time with the child. Once that application was made, the Federal Magistrates Court had the right to determine the place of residence of the child in accordance with that application. The removal of the child from Australia was in breach of that right.

2.11

Aan het inleidend verzoekschrift heeft de Centrale Autoriteit gelet op het bovenstaande mede — naast de stelling dat de overbrenging in strijd is met het gezagsrecht van de vader — ten grondslag gelegd dat de overbrenging van het kind in strijd is met het gezagsrecht van de Australische rechter en (reeds) om die reden voldaan is aan de voorwaarden van art. 3 HKOV. Zie het inleidend verzoekschrift, onder 6 en onder 23:

23.

(...) Uit deze verklaring volgt ondermeer dat doordat de vader een verzoek had ingediend bij de rechter in Australië terzake de verblijfplaats van het kind, hiermee (gedeeltelijk) gezagsrecht werd overgedragen aan de rechter. Dat wil zeggen, nu de vraag omtrent de mogelijkheid van het wijzigen van de gewone verblijfplaats van het kind aan de rechter was voorgelegd, één van de partijen of partijen gezamenlijk niet langer de verblijfplaats van het kind konden wijzigen zonder daarvoor expliciete toestemming te hebben verkregen van de rechter. Niet ter zake deed derhalve meer dat de vader bij voorbaat had ingestemd met een verhuizing van het kind. De moeder had namelijk op het moment dat de procedure aanhangig was bij de rechter in Australië (14 maart 2007) ook de toestemming van de rechter nodig om de gewone verblijfplaats van het kind te kunnen wijzigen. Reeds hierom was de moeder niet gerechtigd om in april 2007 met het kind naar Nederland te verhuizen.

2.12

Ook tijdens de mondelinge behandeling van de zaak bij de rechtbank Middelburg op 28 september 2007 heeft de Centrale Autoriteit dit punt (nogmaals) naar voren gebracht. Het proces-verbaal van de zitting vermeldt in dit verband (p. 2):

Zoals ook volgt uit punt 8 van mijn pleitaantekeningen mogen de ouders niet de verblijfplaats van de minderjarige wijzigen als daarover in Australië een procedure aanhangig is. De rechtbank in Australië heeft in casu geen toestemming verleend voor wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige.

2.13

In hoger beroep heeft de Centrale Autoriteit haar stellingen in eerste aanleg uitdrukkelijk gehandhaafd (pleitaantekeningen, tevens verweerschrift van 31 oktober 2007, onder 2). Ten aanzien van het gezagsrecht van de Australische rechter heeft de Centrale Autoriteit onder 7. nog naar voren gebracht:

Op 12 april 2007, toen de moeder uiteindelijk uitvoering wenste te geven aan haar intentie om naar Nederland te verhuizen, was zij echter niet langer gerechtigd om zonder voorafgaande instemming van de Australische rechter de gewone verblijfplaats van het kind te wijzigen. Hierom is de meenamen en achterhouding van het kind in Nederland onrechtmatig (...).

2.14

Uit het voorgaande volgt dat sprake is van een aan de Australische rechter toegekend

gezagsrecht in de zin van art. 3 jo. 5 HKOV. Het Australisch recht is hierover eenduidig: de instelling van een procedure over de verblijfplaats van een kind doet van rechtswege een dergelijk gezagsrecht van de rechter ontstaan. Dit is als zodanig ook duidelijk in de overgelegde verklaringen ingevolge art. 15 HKOV en door de Centrale Autoriteit in de procedure naar voren gebracht. De Centrale Autoriteit verwijst naar de hiervóór onder 2.9–2.13 aangehaalde stukken.

2.15

Bovendien is tussen partijen niet in geschil dat deze rechter geen toestemming heeft gegeven voor de overbrenging van het kind naar Nederland. Ook het hof is blijkens zijn overwegingen in rov. 18, laatste alinea, impliciet hiervan uitgegaan. Dat betekent dat het oordeel van het hof niet (mede) gebaseerd is op de beoordeling van een feitelijke kwestie, maar uitsluitend op een juridische beoordeling van de inhoud van het Australische recht.

2.16

Onder de hiervoor aangeduide omstandigheden kan niet anders geconcludeerd worden dan dat de overbrenging in strijd is met het gezagsrecht van de Australische rechter in de zin van art. 3 HKOV. Deze ongeoorloofdheid volgt immers rechtsreeks uit de omstandigheid dat de moeder met de overbrenging de rechten van de Australische rechter om de woonplaats van het kind te bepalen heeft veronachtzaamd.

Zie:

— E. Pérez-Vera, a.w., par. 71:

Now, from the Convention's standpoint, the removal of a child by one of the joint holders without the consent of the other, is equally wrongful, and this wrongfulness derives in this particular case, not from some action in breach of a particular law, but from the fact that such action has disregarded the rights of the other parent which are also protected by law, and has interfered with their normal exercise.

2.17

De vraag of al dan niet sprake is van strijdigheid met het gezagsrecht van de Australische rechter moet dus onafhankelijk worden beoordeeld van de (betekenis van de) consent order van 2 juni 2005. Ook dit is door de Centrale Autoriteit in haar processtukken en in de ingevolge art. 15 HKOV afgelegde verklaringen naar voren gebracht.

Zie (onderstreping door JvD):

—
Aanvullende verklaring van 31 juli 2007:

The orders of 2 June 2005 were, as a matter of Australian law, overridden by the obligation that arose once the further parenting proceedings were pending by virtue of the court seizing jurisdiction to deal with the application and (...).

—

Inleidend verzoekschrift, onder 23:

De moeder had namelijk op het moment dat de procedure aanhangig was bij de rechter in Australië (14 maart 2007) ook de toestemming van de rechter nodig om de gewone verblijfplaats van het kind te kunnen wijzigen.

2.18

Het hof heeft daarentegen overwogen dat uit art. 65Y en 65Z van de Family Law Act 1975 blijkt dat een toestemming van partijen volstaat en vervolgens in rov. 19 geoordeeld dat geen sprake is van schending van art. 3 HKOV.

Voor de tekst van deze (straf)bepalingen verwijst de Centrale Autoriteit naar prod. 23 bij het inleidend verzoekschrift. Kort gezegd leggen de bepalingen verplichtingen op aan partijen bij een procedure betreffende 'parenting orders'. Art. 65Y heeft daarbij betrekking op verplichtingen indien 'parenting orders' zijn gemaakt en art. 65Z op de situatie waarin een procedure hierover hangende is. Overtreding van de verplichtingen wordt in de respectieve artikelen strafbaar gesteld.

2.19

Aldus heeft het hof ten onrechte de vraag of sprake is van strijd met het gezagsrecht, toegekend aan de Australische rechter, in de zin van art. 3 HKOV (mede) beoordeeld in het licht van deze Australische (straf)bepalingen. De Centrale Autoriteit kan zich niet aan de indruk onttrekken dat het hof de vraag naar de strijdigheid met het gezagsrecht van de rechter in het kader van art. 3 HKOV — d.i. de vraag die aan het hof voorlag — heeft verward met de vraag of de overbrenging al dan niet in strijd was met genoemde bepalingen. Die laatste vraag staat echter los van de toepassing van het verdrag en lag ook niet aan het hof in het kader van de toepassing van art. 3 HKOV ter beoordeling voor.

2.20

De vraag is weliswaar ook onderdeel van het partijdebat geweest — welk partijdebat de te beoordelen vraag naar de strijdigheid met het gezagsrecht van de Australische rechter enigszins vertroebeld lijkt te hebben, waarin wellicht de reden van 's hofs onjuiste beoordeling is gelegen — maar de uitkomst van dit debat is, zoals hiervoor aangegeven, niet relevant voor

de vraag of de overbrenging in strijd is met het gezagsrecht van de Australische rechter. Het partijdebat op dit punt was — als de Centrale Autoriteit het goed ziet — ingegeven door de betwistingen van de moeder dat zij art. 65Z Family Law Act 1975 zou hebben overtreden (zie pleitnotities mr. J.A.M. Schoenmakers van 28 september 2007, p. 5 e.v.). In de ingevolge art. 15 HKOV afgegeven verklaring van 12 juni 2007 was in dit verband in het slot — ten overvloede en los van de beantwoording van de vraag of de overbrenging in strijd was met het gezagsrecht — aangegeven dat 'by removing the child from Australia during proceedings for parenting orders without the consent of the father or the Federal Magistrates Court of Australia, it is arguable that the mother may have contravened section 65Z of the Act'.

2.21

Deze verklaring was reeds voorafgaande aan de indiening van het inleidend verzoekschrift naar de advocaat van de moeder verzonden. Mede naar aanleiding van de opmerkingen van die zijde is de aanvullende verklaring van 31 juli 2007 opgesteld. Hierin wordt het karakter van art. 65Z Family Law Act 1975 weergegeven: het betreft een bepaling die overbrenging van een kind strafbaar stelt indien 'proceedings for a parenting order are pending', tenzij er toestemming is van alle partijen of de rechtbank. Onder 4 van deze verklaring staat, volgend op de stellingen dat de Australische rechter gezagsrecht heeft en de overbrenging van het kind in strijd is met dat recht (onderstrepingen door JvD):

In addition, section 65Z of the Family Law Act (1975) makes it an offence to remove a child from Australia when proceedings for a parenting order are pending unless all parties to those proceedings subsequently consent in writing or if the removal is in accordance with a court order made after the proceedings were instituted.

Vervolgens is onder 14 van die verklaring aangegeven dat het niet aan de Australische Centrale Autoriteiten is om een definitief oordeel te vormen over de vraag of de moeder zal worden vervolgd vanwege overtreding van deze bepaling. Ter zitting van de rechtbank Middelburg is dit nogmaals door de Centrale Autoriteit benadrukt (zie proces-verbaal van 28 september 2007, p. 2). Dit partijdebat is vervolgens, naar aanleiding van de grieven gericht tegen de overwegingen van de rechtbank Middelburg over art. 65Z, in hoger beroep voortgezet.

2.22

Uit het vorenstaande volgt dat het hof ten onrechte, daarmee blijk gevend van een onjuiste rechtsopvatting inzake art. 3, 5, 14 en/of 15 HKOV, althans onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat de overbrenging van het kind niet in strijd is met het gezagsrecht, toegekend aan de Australische rechter en dat geen sprake is van ongeoorloofde overbrenging in de zin van art. 3 HKOV. Door de instelling van de procedure op 14 maart 2007 bij de Australische rechter, die (mede) betrekking heeft op de woonplaats van het kind, verkreeg die rechter van rechtswege een gezagsrecht over het kind. De overbrenging van het

kind naar Nederland op 12 april 2007 zonder toestemming van die rechter was in strijd met dit gezagsrecht. Doordat het hof vervolgens het verzoek tot teruggeleiding weigerde, is een situatie ontstaan, die het HKOV nu juist beoogt te voorkomen: de moeder heeft het kind succesvol naar Nederland kunnen overbrengen, juist op een moment waarop in Australië een procedure over de verblijfplaats van het kind aanhangig was en waarmee de vader juist beoogde een dergelijke overbrenging te voorkomen.

Incidenteel cassatieberoep:

(...)

42.

Voor zover Uw Raad van oordeel is dat het principaal cassatieberoep op enig punt slaagt en de beschikking van het Hof vernietigt, stelt de moeder incidenteel cassatieberoep in. Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep tegen de beschikking van het Hof van 14 november 2007 luidt als volgt:

Schending van het recht, meer in het bijzonder schending van artikel 15 van het Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoeringen van kinderen, en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het Hof heeft overwogen en beslist als is vervat in de ten deze bestreden beschikking (meer in het bijzonder in de rov. 10, 18 en 20 daarvan), zulks ten onrechte op grond van het navolgende, zoals dat mede uit de toelichting op het middel blijkt:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijkerwijs of niet naar de eisen der wet met redenen omkleed is het Hof uitgegaan van de aanname dat de door de Centrale Autoriteit als producties 16 en 18 bij inleidend verzoekschrift overgelegde verklaringen van de Australische Centrale Autoriteit kunnen worden aangemerkt als ingevolge art. 15 HKOV afgegeven verklaringen, dan wel dat zij voldoen aan de eisen die aan (het verzoek om of de afgifte van) een zodanige verklaring worden gesteld, en dat deze verklaringen als zodanig richtinggevend kunnen zijn voor de beantwoording van de vraag of de overbrenging van het kind naar Nederland heeft plaatsgevonden in strijd met het bepaalde in art. 3 HKOV, nu deze verklaring al voorafgaand aan de procedure door de Centrale Autoriteit is opgevraagd aan de Australische autoriteiten, terwijl noch voor de moeder, noch voor het Hof inzichtelijk is welke informatie aan de Australische autoriteiten is verschaft en op basis van welke uitgangspunten de Centrale Autoriteit van Australië heeft geoordeeld dat de overbrenging van het kind naar Nederland heeft plaatsgevonden in strijd met een aan het Australische Federal Magistrates Court toekomend gezagsrecht over het kind.

43.

De door de Centrale Autoriteit overgelegde verklaringen van de Australische instanties zijn door de Centrale Autoriteit opgevraagd nog vóórdat zij het onderhavige verzoek tot teruggeleiding bij de Rechtbank indiende.

44.

Het verzoek om afgifte van een verklaring omtrent het Australische recht is bovendien aan de Australische autoriteiten gericht buiten medeweten van de moeder en zonder dat de moeder een afschrift van het verzoek om informatie heeft ontvangen. Aldus is onduidelijk is welke informatie aan de Australische Centrale Autoriteit is verstrekt, welke vragen aan de Australische autoriteiten zijn gesteld en (dus) op basis van welke informatie de Centrale Autoriteit van Australië heeft verklaard dat de moeder heeft gehandeld in strijd met het gezagsrecht van (de vader en) de Australische Federal Magistrates Court is gebaseerd. In verband met het voorgaande heeft de moeder betoogd dat de verklaringen niet kunnen dienen als onderbouwing van het standpunt van de Centrale Autoriteit.

Memorie van Grieven, toelichting op grief 6, pag. 8.;

Pleitnotities mr. J.A.M. Schoenmakers, pag. 1 en 2.

45.

Het Hof is (impliciet) aan deze bezwaren van de moeder voorbij gegaan en heeft geoordeeld dat de afgegeven verklaringen kunnen dienen als hulpmiddel bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van het verzoek van de Centrale Autoriteit. Aldus heeft het Hof miskend dat een ingevolge art. 15 HKOV af te geven verklaring alleen dan aan de daaraan te stellen eisen voldoet (en kan dienen als hulpmiddel in de te beslechten procedure), indien het zowel voor de aangezochte rechter als voor alle procespartijen duidelijk is op welke informatie de buitenlandse autoriteit zijn verklaring heeft gebaseerd. Indien en voor zover het Hof niet heeft miskend dat een artikel 15 verklaring alleen kan dienen als hulpmiddel ter beantwoording van de vraag of een overbrenging heeft plaatsgevonden in strijd met het bepaalde in art. 3 HKOV als duidelijk is op welke informatie de buitenlandse autoriteit haar conclusie omtrent de ongeoorloofdheid van de overbrenging van het kind heeft gebaseerd, is 's Hof's (impliciete) oordeel omtrent de (totstandkoming en) bruikbaarheid van de door de Australische autoriteiten afgegeven verklaringen zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk. (etc.)

Conclusie A-G mr. Strikwerda:

1.

Deze zaak betreft een verzoek onder het Haagse Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering van 25 oktober 1980, Trb. 1987, 139, hierna: HKOV, tot teruggeleiding van een kind van Nederland naar Australië. In cassatie staat de vraag centraal of het overbrengen door de moeder van het kind van Australië naar Nederland is geschied in

strijd met het gezagsrecht dat naar Australisch recht toekomt aan de vader en aan de Australische rechter, en derhalve als ongeoorloofd in de zin van art. 3 HKOV moet worden beschouwd.

2.

De feiten liggen als volgt (zie r.o. 2 van de beschikking van de rechtbank en blz. 2 en 3 van de beschikking van het hof).

- (i)

In 1999 is te B. geboren de dochter. De moeder, thans verweerster in cassatie, is de moeder van de dochter. Zij heeft de Nederlandse nationaliteit. De vader is de vader van de dochter. Hij heeft de Australische nationaliteit. De dochter heeft zowel de Australische als de Nederlandse nationaliteit.
- (ii)

Medio 2000 zijn de vader en de moeder met de dochter naar Australië vertrokken. De vader en de moeder zijn op 12 oktober 2001 te Queensland, Australië, met elkaar gehuwd.
- (iii)

Bij beschikking d.d. 17 oktober 2006 is tussen de vader en de moeder de echtscheiding uitgesproken. De beschikking heeft effect vanaf 18 november 2006. De dochter bleef onder de dagelijkse zorg van de moeder.
- (iv)

De vader en de moeder hebben op 19 mei 2005 een 'Consent Order' ondertekend, waarin zij onder meer een 'Parenting Order' zijn overeengekomen, inhoudende:
- (...)

Children's orders

(...)

7.

If at any stage the mother wishes to relocate with the child, including to a location outside of Australia (with it being specifically noted that the mother and child were both born in The Netherlands and the mother may wish to return with the child to the Netherlands) then the father will unconditionally sign all documents and do all acts and things to facilitate:

- (a)

the child's obtaining a passport and travel/entry documents as may be required to facilitate the lawful movements of the mother and/or the child;

(b)

the child's exit from Australia and entry into the Netherlands (or such other country as the mother may from time to time-require), together with her re-entry and exist on multiple occasions to and from whatever countries the mother and child reside; and

(c)

the child's continuing residence in such other country as the mother may direct from time tot time.

Notations

(...)

F.

The parties acknowledge that the frequency and duration of contact will necessarily change if the mother and child relocate outside of Australia. If she were to do so the father acknowledges that his contact of necessity would occur either during school holidays or on such occasions which would require him to travel to the child's country of then residence.

(v)

De 'Parenting Order' is op 2 juni 2005 bekrachtigd door de rechter in de 'Family Court of Australia' te Brisbane.

(vi)

In 2006–2007 is er tussen de vader en de moeder discussie ontstaan onder meer over uitvoering van de omgangsregeling.

(vii)

Op 9 maart 2007 heeft de vader een 'Application' formulier 'seeking orders Family Law Act 1975/Children/Property' ingevuld en ingediend bij de 'Federal Magistrates Court of Australia', blijkens een daarop gesteld stempel binnengekomen op 14 maart 2007 bij de 'Brisbane Registry'. Aan het gerecht wordt verzocht om 'Parenting Orders' en 'Property Orders'. Nadien heeft de vader zijn verzoek nog aangevuld in die zin dat hij verzoekt de eerder afgegeven 'Parenting Order' van 2 juni 2005 terzijde te doen stellen.

(viii)

Op 11 april 2007 heeft een 'Child Dispute Conference' plaatsgevonden. Een zitting ('Hearing Date') is bepaald op 20 april 2007.

(ix)

Op 12 april 2007 is de moeder met de dochter naar Nederland vertrokken.

3.

Op 14 augustus 2007 heeft thans eiseres tot cassatie, hierna: de Centrale Autoriteit,

optredende voor zichzelf en namens de vader, ter griffie van de rechtbank Middelburg een verzoekschrift ingediend strekkende tot teruggeleiding op de voet van het HKOV van de dochter naar de plaats van haar gewoon verblijf in Australië, althans tot afgifte van de dochter aan de vader. De Centrale Autoriteit heeft aan het verzoek onder meer ten grondslag gelegd dat de overbrenging door de moeder van de dochter van Australië naar Nederland ongeoorloofd is in de zin van art. 3 HKOV aangezien de overbrenging in strijd is met het gezagsrecht van de Australische rechter dat ingevolge het Australische recht is ontstaan door het instellen door de vader van de procedure in maart 2007. Ter onderbouwing van haar standpunt heeft de Centrale Autoriteit een 'Article 15 Declaration' d.d. 12 juni 2007 en een 'Supplemental Affidavit of Laws' d.d. 31 juli 2007 afgegeven door de Australische Centrale Autoriteit overgelegd (productie 16 en 18 bij het inleidende verzoekschrift) waarin uitleg wordt gegeven van het Australische familierecht op dit punt en waarin wordt geconcludeerd dat de overbrenging door de moeder van de dochter naar Nederland 'has breached the rights of custody of both the father and the Federal Magistrates Court of Australia' en derhalve ongeoorloofd is in de zin van art. 3 HKOV.

4.

De moeder heeft verweer gevoerd tegen het verzoek. Voor zover thans in cassatie van belang heeft zij met een beroep op de 'Consent Order' d.d. 19 mei 2005 aangevoerd dat er geen sprake is van een ongeoorloofde overbrenging in de zin van art. 3 HKOV.

5.

Bij beschikking van 5 oktober 2007 heeft de kinderrechter in de rechtbank Middelburg het verzoek van de Centrale Autoriteit toewijsbaar geoordeeld en gelast dat de dochter uiterlijk binnen twee maanden na de dag van de uitspraak van de beschikking door de moeder wordt teruggebracht naar de plaats van haar gewone verblijf in Australië en bevolen dat, indien de moeder nalatig blijft aan die last te voldoen, de dochter aan de vader wordt afgegeven.

6.

Daartoe overwoog de kinderrechter — kort gezegd — dat op grond van de overgelegde verklaring van de Australische Centrale Autoriteit moet worden aangenomen dat de moeder naar het toepasselijke Australische recht niet gerechtigd was zonder toestemming van de vader of de rechtbank met de dochter naar Nederland te vertrekken en dat daarom de conclusie moet zijn dat de moeder de dochter in strijd met het geldende Australische gezagsrecht en dus ongeoorloofd heeft meegenomen naar Nederland (r.o. 3.5).

7.

De moeder is van de beschikking van de rechtbank in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof te 's-Gravenhage en had succes: bij beschikking van 14 november 2007 heeft het hof de bestreden beschikking vernietigd en, opnieuw beschikkende, het inleidende verzoek van de Centrale Autoriteit afgewezen.

8.

Daartoe heeft het hof als volgt overwogen. Het hof heeft vooropgesteld dat, nu de moeder niet heeft aangegeven op grond van welke bepaling dan wel welke rechterlijke en/of administratieve beslissing er sprake zou zijn van een afwijking van het wettelijke stelsel van gezamenlijk gezag op grond van de 'Family Law Act 1975' zoals toegelicht in de 'Article 15 declaration', in de onderhavige zaak ervan wordt uitgegaan dat de ouders gezamenlijk het gezag zoals bedoeld in art. 3 jo. 5 HKOV hebben over de dochter (r.o. 10). Daarnaast heeft het hof tot uitgangspunt genomen dat, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, de aangezochte rechter niet zonder meer gebonden is aan, dan wel zonder meer zou moeten afgaan op, de uitleg van het buitenlandse recht in een ingevolge art. 15 HKOV afgegeven verklaring, maar dat hij zelfstandig dient te beslissen of met inachtneming van het buitenlandse recht is voldaan aan de voorwaarden om het verzoek tot teruggeleiding toe te wijzen (r.o. 14). Voorts heeft het hof tot uitgangspunt genomen dat de vader met de rechterlijk bekrachtigde 'Parenting Order' van 2 juni 2005 ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk aan de moeder toestemming heeft gegeven om de gewone verblijf/woonplaats van de dochter te wijzigen en dat de vader daarmee in zoverre afstand heeft gedaan van zijn gezagsrecht als bedoeld in art. 5 HKOV (r.o. 15). Vervolgens heeft het hof overwogen (r.o. 18):

Voor zover in de 'Article 15 declaration' van de Australian Government van 12 juni 2007 is betoogd — en door de Centrale Autoriteit ter zitting in hoger beroep is bepleit — dat te dezen artikel 65Z Family Law Act 1975 — handelende over het maken van een parenting order — van toepassing zou zijn, gaat het hof daaraan voorbij nu uit genoemd wetsartikel niet blijkt dat de rechtskracht van de tussen partijen vaststaande parenting order van 2 juni 2005 is opgehouden te bestaan, althans is komen te vervallen, op de enkele grond dat de vader in maart 2007 bij de 'Family Court of Australia' te Brisbane kennelijk een verzoek heeft ingediend 'seeking parenting/property orders'. Bovendien blijkt uit de tekst van artikel 65Z niet, dat toestemming door een partij eerst na het instellen van een nieuwe procedure zou moeten worden verleend. Deze voorwaarde wordt blijkens artikel 65Z wel aan een rechterlijke toestemming verbonden, doch niet aan een door een partij te geven toestemming. Overigens heeft de Centrale Autoriteit niet kunnen aangeven op grond van welke wettelijke bepaling artikel 65Z van de Family Law Act 1975 in de onderhavige situatie (dwingend) van toepassing moet worden geacht, en evenmin valt dit te lezen in de 'Article 15 Declaration'. Naar het oordeel van het hof voorziet artikel 65X, tweede lid, Family Law Act 1975 daarin niet, omdat te dezen niet sprake is van de situatie weergegeven in artikel 65X als: 'if an appeal against a

decision of a court in proceedings has been instituted and is pending', maar van een — bijna twee jaren nadien — ingediend verzoek tot het ter zijde stellen van een eerdere 'parenting order'.

Het hof verwerpt hiermee ook de stelling van de Centrale Autoriteit, dat de moeder op het moment van overbrenging niet langer gerechtigd zou zijn om zonder voorafgaande instemming van de Australische rechter de gewone verblijfplaats van de dochter te wijzigen en dat aan de Australische rechter een (gedeeltelijk) gezagsrecht zou zijn overgedragen. Nog daargelaten of een zodanig overgedragen gezagsrecht een gezagsrecht is in de zin van artikel 5 van het HKOV, uit artikel 65Y blijkt — en overigens ook uit artikel 65Z — dat een toestemming van partijen volstaat.

Het hof is daarom tot het oordeel gekomen dat geen sprake is van schending van art. 3 jo 5 HKOV in de zin dat de moeder de dochter ongeoorloofd heeft overgebracht naar Nederland (r. o. 19).

9.

De Centrale Autoriteit is tegen de beschikking van het hof (tijdig; zie art. 13 lid 7 van de Wet van 2 mei 1990, Stb. 202, tot uitvoering van het HKOV jo. [art. 426 lid 2 Rv](#)) in cassatie gekomen met een uit verscheidene onderdelen opgebouwd middel. De moeder heeft een verweerschrift ingediend en daarbij de Hoge Raad verzocht het cassatieberoep van de Centrale Autoriteit te verwerpen. Voorts heeft de moeder van haar kant voorwaardelijk incidenteel cassatie beroep ingesteld met één middel. De Centrale Autoriteit heeft een verweerschrift in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingediend en daarbij de Hoge Raad verzocht het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep te verwerpen.

Het principaal beroep

10.

Het in het principaal beroep voorgestelde middel keert zich met drie klachten tegen het oordeel van het hof met betrekking tot de vraag of ingevolge het Australische recht aan de Australische rechter een gezagsrecht is toegekend in strijd waarmee de moeder de dochter heeft overgebracht naar Nederland.

11.

De eerste en tweede klacht van het middel lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. De eerste klacht (cassatierekest onder 2.1) keert zich met een rechts- en motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof — in r.o. 14 — dat de aangezochte rechter niet zonder meer

gebonden is aan, dan wel zonder meer zou moeten afgaan op, de uitleg van het buitenlandse recht in een ingevolge art. 15 HKOV afgegeven verklaring, maar dat hij zelfstandig dient te beslissen of met inachtneming van het buitenlandse recht is voldaan aan de voorwaarden om het verzoek tot teruggeleiding toe te wijzen. De tweede klacht (cassatierekest onder 2.3), borduurt voort op de eerste klacht en verwijt het hof te hebben miskend dat het juist in dit geval, waarin het gaat om de vaststelling van de inhoud van de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats van het kind, gehouden was om aan de daarop betrekking hebbende artikel 15 verklaring gewicht toe te kennen, althans zijn beslissing om dat niet te doen, onvoldoende heeft gemotiveerd.

12.

De verklaring als bedoeld in art. 15 HKOV betreft een verklaring van de autoriteiten van de Staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, waarin wordt vastgesteld 'dat de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd was in de zin van artikel 3 van het Verdrag'. In het algemeen hangt het antwoord op de vraag of de overbrenging of het niet doen terugkeren van het kind ongeoorloofd is in de zin van art. 3 HKOV, af van de inhoud en uitleg van de rechtsregels inzake toekenning van gezagsrecht van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, van de inhoud en uitleg van bepalingen van het HKOV, en van feitelijke kwesties.

13.

In de onderhavige zaak draait de vraag of de overbrenging door de moeder van de dochter van Australië naar Nederland ongeoorloofd is, uitsluitend om de vraag hoe de rechtsregels van Australië, het land van de gewone verblijfplaats van de dochter, luiden. Over de uitleg van de bepalingen van het HKOV en over feitelijke kwesties verschillen partijen niet van mening. Tussen partijen staat — onbestreden in cassatie — vast dat de vader met de rechterlijk bekrachtigde 'Parenting Order' van 2 juni 2005 de moeder toestemming heeft gegeven te beslissen omtrent om de gewone verblijf/woonplaats van de dochter, en voorts dat de vader op 9 maart 2007 bij de 'Federal Magistrates Court of Australia' te Brisbane een procedure aanhangig heeft gemaakt waarin hij onder meer heeft verzocht om 'Parenting Orders'. Partijen houdt evenmin verdeeld dat, indien de verklaringen van de Australische Centrale Autoriteit omtrent de inhoud en uitleg van het Australische recht inzake de toekenning van gezagsrecht juist zijn, de overbrenging door de moeder van de dochter van Australië naar Nederland als ongeoorloofd in de zin van art. 3 HKOV dient te worden beschouwd. Partijen houdt in dit verband slechts verdeeld hoe de rechtsregels van Australië luiden en met name welke rechtsgevolgen met betrekking tot het gezagsrecht over de dochter naar het Australische recht zijn verbonden aan het feit dat de vader in maart 2007 de procedure bij de 'Federal Magistrates Court of Australia' te Brisbane heeft ingesteld: brengt het aanhangig maken door de vader van deze procedure volgens het Australische recht mee dat de 'Parenting Order' van

2 juni 2005 is komen te vervallen en, zo ja, dat de rechter van rechtswege het gezagsrecht verkrijgt over de dochter in die zin dat de rechter bevoegd is de gewone verblijfplaats van de dochter te bepalen?

14.

Ten aanzien van deze vragen heeft de Australische Centrale Autoriteit in de door haar afgegeven 'Article 15 declaration' d.d. 12 juni 2007 onder verwijzing naar Australische wetgeving (onder 8 e.v.) en rechtspraak (onder 15), onder meer aangegeven:

16.

In this case, rights of custody arose by operation of law and were held by the Federal Magistrates Court of Australia at the time of the child's removal. The father of the child had made an application to the court to determine the child's place of residence. That application having been made, the Federal Magistrates Court of Australia had a right of custody arising by operation of law and had the right to determine the place of residence of the child in accordance with that application. The removal of the child from Australia was in breach of that right.

(...)

18.

(...) Furthermore, both the mother and father had attended a Child Dispute Conference on 11 April 2007, thereby submitting to jurisdiction of the Federal Magistrates Court of Australia. For these reasons, it follows that the Federal Magistrates Court of Australia was exercising rights of custody at the time of the child's removal on or about 11 April 2007.

Voorts wordt in de verklaring (onder 20) gewezen op Section 65Z Family Law Act 1975 en de daarin opgenomen strafbepaling, en aangegeven (onder 21):

By removing the child from Australia during proceedings for parenting orders without the consent of the father or the Federal Magistrates Court of Australia, it is arguable that the mother may have contravened section 65Z of the Act.

In de 'Supplemental Affidavit of Laws' d.d. 31 juli 2007 is onder meer aangegeven:

5.

(...) The orders of 2 June 2005 were, as a matter of Australian law, overridden by the obligation that arose once the further parenting proceedings were pending by virtue of the court seizing jurisdiction to deal with the application and by virtue of section 65Z of the Act. (...)

6.

(...) This means once new parenting proceedings were pending before the Federal Magistrates Court, de moeder (de moeder; A-G) was unable to rely on the 2 June 2005 orders as a basis for removing the child from Australia. As noted above, a child cannot be removed from Australia while proceedings are pending before a court. This is the case even where an earlier court order permits the child's removal. Section 65Z clearly requires subsequent written consent or court order be obtained if court proceedings are pending. (...)

(...)

11.

(...) The relevant issue in this matter is the fact that the child was still present and habitually resident in Australia at the time the application for parenting orders was filed in the Federal Magistrates Court by de vader (de vader; A-G). Once this application was made, the previous consent orders of 2 Juni 2005 were unable to be relied on as a basis for arguing that the child's removal from Australia was permitted. I repeat that section 65Z clearly states that a party needs a subsequent written consent or court order to remove a child from Australia while parenting proceedings are pending.

15.

Was het hof aan deze verklaring van de Australische Centrale Autoriteit omtrent de inhoud en uitleg van het Australische recht gebonden?

16.

In zijn beschikking van 18 maart 2005, NJ 2005, 653 m.nt. ThMdB, heeft de Hoge Raad met betrekking tot de vraag in welke mate de rechter van de aangezochte staat gebonden is aan een ingevolge art. 15 HKOV gegeven beslissing of verklaring van de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind, onder meer het volgende overwogen (r.o. 3.5.3): Met de art. 14 en 15 HKOV is beoogd de rechter van de aangezochte staat beter en gemakkelijker in staat te stellen te beoordelen of sprake is van een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren in de zin van art. 3 HKOV. (...) Ingevolge art. 15 kan de rechter verlangen dat de verzoeker een beslissing of een verklaring van de autoriteiten van de staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, overlegt, waarin wordt vastgesteld dat de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd was in de zin van art. 3 HKOV. Het gaat hier om beslissingen en verklaringen die uitsluitend dienen als hulpmiddel voor de rechter

van de aangezochte staat om vast te stellen 'how the law of the child's habitual residence will apply in a particular case' (Toelichtend rapport van de hand van E. Pérez-Vera, Actes et Documents de la Quatorzième session, Conférence de la Haye de droit international privé, Tome III, Enlèvement d'enfants, 1980, blz. 463, nr. 120). Dit brengt mee dat de aangezochte rechter niet hoeft te onderzoeken of de beslissingen of verklaringen voldoen aan de vereisten waaraan buitenlandse rechterlijke beslissingen moeten voldoen om voor erkenning hier te lande in aanmerking te komen. (...) Anderzijds kan niet worden aanvaard dat de rechter van de aangezochte staat steeds en zonder meer is gebonden aan de vaststelling in een ingevolge art. 15 afgegeven verklaring dat de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd was in de zin van art. 3 HKOV. De vraag of de rechter van de aangezochte staat aan die vaststelling gebonden is, kan slechts aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval worden beantwoord. Daarbij is in aanmerking te nemen dat het de rechter van de aangezochte staat is die op het verzoek tot het geven van een bevel tot teruggeleiding moet beslissen en daartoe zelfstandig moet vaststellen of is voldaan aan de vereisten voor toewijsbaarheid van dat verzoek, en de ingevolge art. 15 gegeven beslissing of verklaring is daarbij slechts een hulpmiddel. Het gewicht daarvan zal afhangen van de autoriteit die de verklaring heeft afgegeven en de materie waarop zij betrekking heeft: waar het gaat om de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats zal aan de verklaring groter — en veelal zelfs doorslaggevend — gewicht toekomen dan waar het gaat om feitelijke kwesties.

17.

Uit deze overwegingen volgt dat de vraag of en in hoeverre de aangezochte rechter gebonden is aan een artikel 15 verklaring, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waarbij met name van belang is de autoriteit die de verklaring heeft afgegeven en de materie waarop de verklaring betrekking heeft. Heeft de verklaring betrekking op feitelijke kwesties of op de uitleg en toepassing van bepalingen van het HKOV, dan ontslaat de verklaring de aangezochte rechter niet van zijn verplichting om zelfstandig vast te stellen of is voldaan aan de vereisten voor toewijsbaarheid van het verzoek tot het geven van een bevel tot teruggeleiding. Hieruit vloeit voort dat voor de beoordeling van feitelijke kwesties en voor de uitleg en toepassing van de bepalingen van het HKOV het gewicht dat de aangezochte rechter aan de artikel 15 verklaring dient te verbinden, in ieder geval niet doorslaggevend is. Gaat het evenwel om de inhoud en uitleg van de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats van het kind, dan komt aan de verklaring groot, en veelal zelfs doorslaggevend gewicht toe. De in het verdrag verankerde notie van 'close co-operation among the judicial and administrative authorities of the Contracting States' (Toelichtend rapport van de hand van E. Pérez-Vera, Actes et Documents de la Quatorzième session, Conférence de la Haye de droit international privé, Tome III, Enlèvement d'enfants, 1980, blz. 435, nr. 35, blz. 436, nr. 38) en het voor die nauwe samenwerking noodzakelijke vertrouwen tussen de bij de uitvoering van het verdrag betrokken nationale autoriteiten, verlangen dat de aangezochte rechter in beginsel uitgaat van de juistheid van de hem door de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind op de voet van art. 15 HKOV verstrekte gegevens omtrent het daar geldende recht.

18.

In de onderhavige zaak is het hof voorbijgegaan aan de door de Australische Centrale Autoriteit in de 'Article 15 declaration' gegeven verklaringen omtrent de in Australië geldende rechtsregels inzake de toekenning van gezagsrechten en de inhoud van deze gezagsrechten, en heeft het hof zelfstandig de inhoud en strekking van het Australische recht vastgesteld. Het hof is op basis van deze vaststelling tot de conclusie gekomen dat, geheel in tegenspraak met de desbetreffende verklaringen van de Australische Centrale Autoriteit, uit het Australische recht niet volgt dat de moeder op het moment van overbrenging niet langer gerechtigd zou zijn om zonder voorafgaande instemming van de Australische rechter de gewone verblijfplaats van de dochter te wijzigen en evenmin volgt dat aan de Australische rechter een (gedeeltelijk) gezagsrecht zou zijn overgedragen.

19.

Uit de bestreden beslissing blijkt niet dat de reden waarom het hof de door de Australische Centrale Autoriteit gegeven verklaringen omtrent het Australische recht niet heeft willen volgen, ligt in de aard van de autoriteit die de verklaring heeft gegeven (geen rechterlijke, maar een administratieve autoriteit) of in de wijze waarop de verklaring is totstandgekomen (niet op verzoek van de aangezochte rechter, maar op verzoek van de Nederlandse Centrale Autoriteit). Kennelijk is de reden geen andere dan dat het hof van oordeel is dat de door de Australische Centrale Autoriteit gegeven verklaringen omtrent de inhoud en uitleg van het Australische recht niet als een juiste weergave van het Australische recht kunnen worden aanvaard, met name niet omdat zij in de ogen van het hof berusten op verkeerde uitleg van Section 65Z van de Family Law Act 1975.

20.

Met dit oordeel heeft het hof m.i. hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de betekenis die gehecht moet worden aan een verklaring als bedoeld in art. 15 HKOV, hetzij zijn beschikking niet voldoende gemotiveerd.

21.

Het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het hof heeft gemeend dat het de rechter van de aangezochte staat vrijstaat een verklaring als bedoeld in art. 15 HKOV naast zich neer te leggen, ook waar deze verklaring betrekking heeft op de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats van het kind. Weliswaar kan niet

worden aanvaard dat de rechter van de aangezochte staat steeds en zonder meer is gebonden is aan de vaststelling in een ingevolge art. 15 HKOV afgegeven verklaring dat de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd was in de zin van art. 3 HKOV, maar het hof heeft miskend dat dit niet betekent dat het de rechter vrijstaat geen gewicht toe te kennen aan de daarin opgenomen verklaringen die betrekking hebben op de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats van het kind. Indien het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, nu het hof geen melding heeft gemaakt van bronnen die de verklaringen van de Australische Centrale Autoriteit omtrent de inhoud en uitleg van het Australische recht tegenspreken en steun kunnen bieden aan het oordeel dat die verklaringen niet als een juiste weergave van het Australische recht kunnen worden aanvaard.

22.

De eerste en tweede klacht van het middel treffen derhalve naar mijn oordeel doel.

23.

De derde klacht van het middel (cassatierekest onder 2.5) keert zich tegen de verwerping door het hof van de stelling van de Centrale Autoriteit, dat de moeder op het moment van overbrenging niet langer gerechtigd zou zijn om zonder voorafgaande instemming van de Australische rechter de gewone verblijfplaats van de dochter te wijzigen en dat aan de Australische rechter een (gedeeltelijk) gezagsrecht zou zijn overgedragen, alsmede tegen de daaraan door het hof verbonden conclusie dat geen sprake is van schending van art. 3 jo. 5 HKOV in de zin dat de moeder de dochter ongeoorloofd heeft overgebracht naar Nederland.

24.

Aangezien de bestreden oordelen rechtstreeks voortbouwen op de door de eerste en tweede klacht doeltreffend bestreden oordelen van het hof omtrent de inhoud en uitleg van het Australische recht, treft ook de derde klacht doel.

Het incidenteel beroep

25.

Nu de voorwaarde waaronder het incidenteel beroep is ingesteld, is vervuld, dient het in het incidenteel beroep voorgestelde middel te worden besproken.

26.

Het middel klaagt dat het hof ten onrechte, althans onbegrijpelijkerwijs, ervan is uitgegaan dat de door de Centrale Autoriteit als producties 16 en 18 bij het inleidende verzoekschrift overgelegde verklaringen van de Australische Centrale Autoriteit kunnen worden aangemerkt als ingevolge art. 15 HKOV afgegeven verklaringen. Het middel betoogt dat deze verklaringen niet als artikel 15 verklaring kunnen worden aangemerkt, omdat deze verklaringen al voorafgaande aan de procedure door de Centrale Autoriteit aan de Australische Autoriteit zijn opgevraagd, terwijl noch voor de moeder, noch voor het hof inzichtelijk is welke informatie aan de Australische autoriteiten is verschaft en op basis van welke uitgangspunten de Centrale Autoriteit van Australië heeft geoordeeld dat de overbrenging van de dochter naar Nederland heeft plaatsgevonden in strijd met een aan het Australische Federal Magistrates Court toekomend gezagsrecht over de dochter.

27.

Het middel faalt m.i. Weliswaar bepaalt art. 15 HKOV dat de rechterlijke of administratieve autoriteiten van de aangezochte staat kunnen verlangen dat een artikel 15 verklaring wordt overgelegd, maar uit literatuur en rechtspraak in de kring van verdragsluitende staten blijkt dat ook partijen of de Centrale Autoriteiten om artikel 15 verklaringen kunnen verzoeken, en dat zij dit kunnen doen voordat een verzoek tot teruggeleiding is ingediend. Zie Paul R. Beaumont & Peter E. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, 1999, blz. 64–65 en de aldaar vermelde gegevens. Zie ook HR 18 maart 2005, NJ 2005, 653 m.nt. ThMdB, r.o. 3.5.2: bij de beantwoording van de vraag in welke mate de rechter van de aangezochte staat is gebonden aan een artikel 15 verklaring, is niet van belang of die verklaring op verzoek van de aangezochte rechter is afgegeven, dan wel door een van partijen of betrokken Centrale Autoriteiten is uitgelokt. De omstandigheid dat de moeder niet betrokken is geweest bij het verzoek om een verklaring van de Australische Centrale Autoriteit, ontnemt aan die verklaring niet het karakter van een artikel 15 verklaring en rechtvaardigt op zichzelf niet aan die verklaring geen betekenis te hechten. Zie HR 18 maart 2005, NJ 2005, 653 m.nt. ThMdB, r.o. 3.5.4.

Conclusie

De conclusie strekt

—
in het principaal beroep: tot vernietiging van de bestreden beschikking van het gerechtshof te 's-Gravenhage en tot verwijzing van de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar een ander gerechtshof;

—
in het incidenteel beroep: tot verwerping.

Tekst

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Met een op 14 augustus 2007 ter griffie van de rechtbank te Middelburg ingediend verzoekschrift heeft de Centrale Autoriteit zich gewend tot die rechtbank en verzocht, kort gezegd, op basis van het Haags Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering van 25 oktober 1980, Trb. 1987, 139 (hierna: HKOV) de onmiddellijke terugkeer van de minderjarige dochter naar haar gewone verblijfplaats in Australië, althans afgifte van de dochter aan de vader te gelasten.

De moeder heeft het verzoek bestreden.

De rechtbank heeft bij beschikking van 5 oktober 2007 gelast dat de dochter uiterlijk binnen twee maanden na de dag van de uitspraak door de moeder wordt teruggebracht naar de plaats van haar gewone verblijf in Australië en bevolen dat, indien de moeder hierin nalatig blijft, de dochter aan de vader wordt afgegeven.

Tegen deze beschikking heeft de moeder hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij beschikking van 14 november 2007 heeft het hof de bestreden beschikking vernietigd en, opnieuw beschikkende, het inleidende verzoek van de Centrale Autoriteit afgewezen.

(...)

2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof heeft de Centrale Autoriteit beroep in cassatie ingesteld. De moeder heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het cassatierekest en het verzoekschrift tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Strikwerda in het principaal beroep strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking van het gerechtshof te 's-Gravenhage en tot verwijzing van de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar een ander gerechtshof en in het incidenteel beroep tot verwerping.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) In 1999 is in Nederland de dochter geboren. De moeder is de moeder van de dochter en heeft de Nederlandse nationaliteit. De vader is de vader van de dochter en heeft de Australische nationaliteit. De dochter heeft zowel de Australische als de Nederlandse nationaliteit.
- (ii) Medio 2000 zijn de vader en de moeder met de dochter naar Australië vertrokken. De vader en de moeder zijn op 12 oktober 2001 te Queensland, Australië, met elkaar gehuwd.
- (iii) In april 2005 zijn de vader en de moeder uit elkaar gegaan; de dochter is onder de dagelijkse zorg van de moeder gebleven.
- (iv) De vader en de moeder hebben op 19 mei 2005 een 'Consent Order' (hierna: de consent order) ondertekend, waarin zij onder meer een 'Parenting Order' zijn overeengekomen, inhoudende:
- (...)

Children's orders

(...)

7.

If at any stage the mother wishes to relocate with the child, including to a location outside of Australia (with it being specifically noted that the mother and child were both born in The Netherlands and the mother may wish to return with the child to the Netherlands) then the father will unconditionally sign all documents and do all acts and things to facilitate:

- (a) the child's obtaining a passport and travel/entry documents as may be required to facilitate the lawful movements of the mother and/or the child;
- (b) the child's exit from Australia and entry into the Netherlands (or such other country as

the mother may from time to time-require), together with her re-entry and exist on multiple occasions to and from whatever countries the mother and child reside; and

(c)

the child's continuing residence in such other country as the mother may direct from time tot time.

Notations

(...)

F.

The parties acknowledge that the frequency and duration of contact will necessarily change if the mother and child relocate outside of Australia. If she were to do so the father acknowledges that his contact of necessity would occur either during school holidays or on such occasions which would require him to travel to the child's country of then residence.

(v)

De 'Parenting Order' is op 2 juni 2005 bekrachtigd door de rechter in de 'Family Court of Australia' te Brisbane.

(vi)

Bij beschikking van de 'Federal Magistrates Court of Australia' van 17 oktober 2006 is tussen de vader en de moeder echtscheiding uitgesproken. De beschikking heeft effect vanaf 18 november 2006.

(vii)

In 2006–2007 is tussen de vader en de moeder discussie ontstaan onder meer over uitvoering van de omgangsregeling.

(viii)

Op 9 maart 2007 heeft de vader een 'Application' formulier 'seeking orders Family Law Act 1975/Children/Property' ingevuld en ingediend bij de 'Federal Magistrates Court of Australia', blijkens een daarop gesteld stempel binnengekomen op 14 maart 2007 bij de 'Brisbane Registry'. Aan het gerecht wordt verzocht om 'Parenting Orders' en 'Property Orders'. Nadien heeft de vader zijn verzoek nog aangevuld in die zin dat hij verzoekt de eerder afgegeven 'Parenting Order' van 2 juni 2005 terzijde te doen stellen.

(ix)

Op 11 april 2007 heeft een 'Child Dispute Conference' plaatsgevonden. Een zitting ('Hearing Date') is bepaald op 20 april 2007.

(x)

Op 12 april 2007 is de moeder met de dochter naar Nederland vertrokken.

3.2

De Centrale Autoriteit heeft, optredende voor zichzelf en namens de vader, op de voet van art. 3 van het Haags Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering van 25 oktober 1980, Trb. 1987, 139 (hierna: HKOV) de teruggeleiding van de dochter naar haar gewone verblijfplaats in Australië, althans de afgifte van de dochter aan de vader verzocht. Als productie 16 bij het inleidende verzoekschrift is een als 'Article 15 Declaration' aangeduide verklaring (hierna: de artikel 15 verklaring) overgelegd van de Australische Centrale Autoriteit, en als productie 18 bij het inleidende verzoekschrift is een van diezelfde Autoriteit afkomstig, als 'Supplemental Affidavit' aangeduid, document (hierna: het affidavit) overgelegd waarin wordt ingegaan op vragen van de moeder over de artikel 15 verklaring. In beide stukken wordt geconcludeerd dat de overbrenging door de moeder naar Nederland 'has breached the rights of custody of both the father and the Federal Magistrates Court of Australia'.

De moeder heeft zich tegen het verzoek verweerd door met een beroep op de consent order aan te voeren dat geen sprake is van een ongeoorloofde overbrenging in de zin van art. 3 HKOV. De rechtbank heeft het verzoek van de Centrale Autoriteit toegewezen.

3.3

In hoger beroep heeft het hof de beschikking van de rechtbank vernietigd en het verzoek van de Centrale Autoriteit afgewezen. Het hof heeft daartoe onder meer het volgende overwogen.

(a)

Nu de moeder niet heeft aangegeven op grond van welke wettelijke bepaling dan wel rechterlijke en/of administratieve beslissing sprake zou zijn van een afwijking van het wettelijke stelsel van gezamenlijk gezag op grond van de Family Law Act 1975 zoals toegelicht in de artikel 15 verklaring, wordt in de onderhavige zaak ervan uitgegaan dat de ouders gezamenlijk het gezag zoals bedoeld in art. 3 in verbinding met art. 5 van het HKOV hebben over de dochter. (rov. 10)

(b)

De aangezochte rechter is — op grond van het vertrouwensbeginsel — niet zonder meer gebonden aan de uitleg van het buitenlandse recht in een ingevolge art. 15 van het HKOV afgegeven verklaring, dan wel behoeft niet zonder meer op een dergelijke verklaring af te gaan, maar dient zelfstandig te beslissen of met inachtneming van dat buitenlandse recht is voldaan aan de voorwaarden om het verzoek tot teruggeleiding toe te wijzen. (rov. 14)

(c)

De vader heeft met de rechterlijk bekrachtigde 'Parenting Order' ondubbelzinnig en onvoorwaardelijk aan de moeder toestemming gegeven om de gewone verblijf-/ woonplaats van de dochter te wijzigen. Hij heeft daarmee in zoverre afstand gedaan van de uitoefening van zijn gezagsrecht zoals bedoeld in art. 5 HKOV, te weten het recht om over de verblijfplaats van het kind te beslissen. (rov. 15)

(d)

Voorzover in de artikel 15 verklaring is betoogd — en door de Centrale Autoriteit ter zitting in hoger beroep is bepleit — dat te dezen artikel 65Z Family Law Act 1975 — handelende over het maken van een parenting order — van toepassing zou zijn, dient daaraan voorbij te worden gegaan, nu uit genoemd wetsartikel niet blijkt dat de rechtskracht van de tussen partijen vaststaande parenting order van 2 juni 2005 is opgehouden te bestaan, althans is komen te vervallen, op de enkele grond dat de vader in maart 2007 bij de 'Family Court of Australia' te Brisbane kennelijk een verzoek heeft ingediend 'seeking parenting/property orders'. Bovendien blijkt uit de tekst van artikel 65Z niet, dat de toestemming door een partij eerst na het instellen van een nieuwe procedure zou moeten worden verleend. Deze voorwaarde wordt blijkens artikel 65Z wel aan een rechterlijke toestemming verbonden, doch niet aan een door een partij te geven toestemming. Overigens heeft de Centrale Autoriteit niet kunnen aangeven op grond van welke wettelijke bepaling artikel 65Z van de Family Law Act 1975 in de onderhavige situatie (dwingend) van toepassing moet worden geacht, en evenmin valt dit te lezen in de artikel 15 verklaring. Artikel 65X, tweede lid, Family Law Act 1975 voorziet daarin niet, omdat te dezen niet sprake is van de situatie weergegeven in artikel 65X dat 'an appeal against a decision of a court in proceedings has been instituted and is pending', maar van een — bijna twee jaren nadien — ingediend verzoek tot het terzijde stellen van een eerdere 'parenting order'. Ook de stelling van de Centrale Autoriteit, dat de moeder op het moment van overbrenging niet langer gerechtigd zou zijn om zonder voorafgaande instemming van de Australische rechter de gewone verblijfplaats van de dochter te wijzigen en dat aan de Australische rechter een (gedeeltelijk) gezagsrecht zou zijn overgedragen, dient daarom te worden verworpen. Nog daargelaten of een zodanig overgedragen gezagsrecht een gezagsrecht is in de zin van art. 5 HKOV, uit artikel 65Y blijkt — en overigens ook uit artikel 65Z — dat een toestemming van partijen volstaat. (rov. 18)

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1

Het middel richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 14 van de bestreden beschikking dat het hem vrijstaat om geheel zelfstandig, met volledige terzijdestelling van de uitleg van het buitenlandse recht in een ingevolge art. 15 HKOV afgegeven verklaring, de inhoud van dit recht vast te stellen. Nu in een geval als het onderhavige, waarin de verklaring betrekking had op de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats, aan die verklaring groot, zo niet doorslaggevend gewicht had moeten worden toegekend, heeft, aldus het middel, het hof door dit niet te doen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zijn beslissing

onvoldoende gemotiveerd.

4.2

Vooropgesteld dient te worden dat met de art. 14 en 15 HKOV is beoogd de rechter van de aangezochte staat beter en gemakkelijker in staat te stellen te beoordelen of sprake is van een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren in de zin van art. 3 HKOV. Ingevolge art. 15 kan de rechter verlangen dat de verzoeker een beslissing of een verklaring van de autoriteiten van de staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, overlegt, waarin wordt vastgesteld dat de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd was in de zin van art. 3 HKOV. De vraag in hoeverre de rechter van de aangezochte staat aan die vaststelling gebonden is, kan slechts aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval worden beantwoord. Daarbij is in aanmerking te nemen dat het de rechter van de aangezochte staat is die op het verzoek tot het geven van een bevel tot teruggeleiding moet beslissen en daartoe zelfstandig moet vaststellen of is voldaan aan de vereisten voor toewijsbaarheid van dat verzoek, en de ingevolge art. 15 gegeven beslissing of verklaring is daarbij slechts een hulpmiddel. Het gewicht daarvan zal afhangen van de autoriteit die de verklaring heeft afgegeven en de materie waarop zij betrekking heeft: waar het gaat om de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats zal aan de verklaring groter — en veelal zelfs doorslaggevend — gewicht toekomen dan waar het gaat om een beoordeling van feitelijke kwesties. Vooral bij de beoordeling van feitelijke kwesties zal van belang kunnen zijn of de verklaring is afgegeven in een procedure op tegenspraak (vgl. HR 18 maart 2005, nr. R04/100, [NJ 2005, 563](#)).

4.3

In het onderhavige geval, waarin geen geschil bestaat omtrent feitelijke kwesties en ook niet omtrent de uitleg van art. 3 en 5 van het HKOV, heeft het hof zijn beslissing gebaseerd op een uitleg van het Australische recht die lijnrecht in tegenspraak is met de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 14 aangehaalde artikel 15 verklaring en het in antwoord op vragen van de moeder opgestelde affidavit van de Australische Centrale Autoriteit. In het bijzonder bij de beantwoording van de in deze zaak beslissende vraag of het door de vader bij de Australische rechter ingediende verzoek tot gevolg had dat de moeder niet langer op basis van de 'Parenting Order' van 2 juni 2005 gerechtigd was het kind uit Australië naar Nederland over te brengen, heeft het hof zijn opvatting omtrent de inhoud van het Australische recht in de plaats gesteld van die van de Australische Centrale Autoriteit. Aldus heeft het hof in het licht van het hiervoor in 4.2 overwogene zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd doordat het niet duidelijk heeft gemaakt op grond van welke Australische rechtspraak of andere bronnen het de verklaring van de Australische Centrale Autoriteit terzijde heeft gesteld. Het middel is derhalve terecht voorgesteld en behoeft voor het overige geen behandeling.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1

Het middel klaagt erover dat het hof ten onrechte, althans onbegrijpelijkerwijs, ervan is uitgegaan dat de door de Centrale Autoriteit als producties 16 en 18 bij het inleidende verzoekschrift overgelegde verklaringen van de Australische Centrale Autoriteit kunnen worden aangemerkt als ingevolge art. 15 HKOV afgegeven verklaringen. Deze verklaringen kunnen volgens het middel niet als artikel 15 verklaring worden aangemerkt, nu deze verklaringen al voorafgaand aan de procedure door de Centrale Autoriteit zijn opgevraagd, terwijl noch voor de moeder, noch voor het hof inzichtelijk is welke informatie aan de Australische autoriteiten is verschaft en op basis van welke uitgangspunten de Centrale Autoriteit van Australië heeft geoordeeld dat de overbrenging van de dochter naar Nederland in strijd is met een aan het Australische Federal Magistrates Court toekomend gezagsrecht over de dochter.

5.2

Het middel is tevergeefs voorgesteld. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een artikel 15 verklaring is niet van belang of die verklaring op verzoek van de aangezochte rechter is afgegeven, dan wel door een van de partijen of betrokken Centrale Autoriteiten is uitgelokt (vgl. HR 18 maart 2005, nr. R04/100, [NJ 2005, 563](#)). Het bepaalde in art. 15 HKOV staat niet eraan in de weg dat voorafgaand aan een terugleidingsprocedure wordt verzocht om een verklaring ingevolge dat artikel. Met het oog op de in dergelijke procedures vereiste spoed heeft dat zelfs in het algemeen de voorkeur, indien wordt verwacht dat het overleggen van een dergelijke verklaring ter voorlichting van de rechter noodzakelijk of wenselijk is. De omstandigheid dat de moeder en het hof bij de totstandkoming van de artikel 15 verklaring niet betrokken zijn geweest, waardoor het voor hen niet inzichtelijk is welke informatie aan de Australische autoriteiten is verschaft en op basis van welke uitgangspunten de Centrale Autoriteit van Australië heeft geoordeeld dat de overbrenging van de dochter naar Nederland heeft plaatsgevonden in strijd met een aan het Australische Federal Magistrates Court toekomend gezagsrecht over de dochter, ontnemt aan de verklaring niet het karakter van een verklaring als bedoeld in artikel 15, maar kan slechts een rol spelen bij de bepaling van het gewicht dat daaraan dient te worden toegekend.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt de beschikking van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 14 november 2007;
verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep.

Noot

1.

Bovenstaande beschikking bewijst weer eens welke risico's een vrouw loopt als zij een relatie begint met een buitenlander en gaat wonen in het land van haar man. Minstens eenmaal per jaar zou in alle vrouwenbladen een artikel moeten staan dat in schrille kleuren het verhaal vertelt van de moeder die, nadat de relatie met haar buitenlander op de klippen is gelopen, met haar kinderen terugkeert naar het land van herkomst en vervolgens wordt beticht van kinderontvoering. Vlotte kans dat de kinderen zullen worden teruggestuurd naar hun vader en dat de moeder praktisch of juridisch geen mogelijkheden heeft zich weer bij hen te voegen. Misschien moet hetzelfde verhaal trouwens ook met enige regelmaat worden afgedrukt in de vakbladen voor juristen. Een moeder die van plan is met haar kinderen van de ene naar de andere EU-lidstaat te verhuizen zonder toestemming van de vader, zal dan hopelijk niet meer van haar advocaat te horen krijgen dat ze dat zonder bezwaar kan doen omdat 'we in de EU toch een vrij verkeer van personen hebben'. In een Australisch vakblad zou aan familierechtadvocaten uitgelegd kunnen worden dat een echtscheidingsconvenant waarin de moeder expliciet het recht krijgt om met haar kinderen uit Australië te vertrekken, een teruggeleidingsprocedure onder het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 (HKOV) niet gegarandeerd uitsluit. Met die informatie had een Australische advocaat de moeder wellicht kunnen overreden haar vertrek uit Australië nog even uit te stellen en dan zou er voor bovenstaande beschikking geen aanleiding zijn geweest.

2.

In het onderhavige geval is het drama dat zich na de terugkeer van moeder en kind uit Australië ontrolde, in de media breed uitgemeten. Opvallend genoeg werd er in de berichtgeving geen aandacht geschonken aan de reden waarom de Hoge Raad het cassatieberoep van de Centrale Autoriteit tegen de afwijzing van het teruggeleidingsverzoek

door het Hof Den Haag gegrond achtte. Televisiepresentatoren en kamerleden deinden maar al te graag mee op de golven van emotie die de dreigende teruggeleiding van een Nederlands kind naar het buitenland ook nu weer wist los te maken, maar kennelijk had geen van hen de beschikking van de Hoge Raad gelezen. Nu was de rechtsvraag die in cassatie beantwoord moest worden ook aanzienlijk minder spannend dan de vraag of het kind niet beter in Nederland zou kunnen blijven dan te worden teruggestuurd naar haar vader in Australië. In casu ging het om een zuiver technisch-juridisch probleem.

De eerste vraag waarop het HKOV een antwoord verlangt, volgt uit [art. 3](#): moet het handelen van de wederpartij van de verzoeker als 'ongeoorloofd' worden beschouwd, d.w.z. handelde die wederpartij in strijd met een gezagsrecht dat (mede) aan een ander is toegekend op grond van het recht van het land waar het kind tot dusver zijn gewone verblijfplaats had?

Vaststelling van de inhoud van dat recht wordt vergemakkelijkt door de [artikelen 14](#) en [15](#). De rechter die over het teruggeleidingsverzoek moet oordelen mag de inhoud van het buitenlandse recht ambtshalve onderzoeken (wat in sommige landen niet vanzelfsprekend is) en voor zover hij daarbij kan putten uit beslissingen van rechterlijke of administratieve autoriteiten uit het betrokken land, hoeft hij zich niet af te vragen of de uitspraak in kwestie voldoet aan de gebruikelijke voorwaarden voor de erkenning van buitenlandse beslissingen. Ook kan hij de verzoeker vragen een beslissing of verklaring van de autoriteiten van het land van herkomst van het kind over te leggen waaruit blijkt dat de wederpartij het kind ongeoorloofd heeft meegenomen of vasthoudt.

In casu was er in eerste aanleg al een verklaring overgelegd waarin de Australische Centrale Autoriteit uitlegt waarom de moeder in strijd met het Australische recht handelde door met het kind naar Nederland te vertrekken. De kinderrechter in Middelburg accepteerde die verklaring, maar het Haagse hof legde haar naast zich neer. En daar draait het om in deze zaak: in hoeverre is de rechter van de aangezochte staat gebonden aan de inhoud van de in [art. 15](#) bedoelde verklaringen of beslissingen? In casu bepaalt het antwoord op die vraag of het kind ongeoorloofd naar Nederland is overgebracht of niet, en of het — afgezien van eventuele weigeringsgronden — al dan niet naar Australië moet worden teruggebracht.

3.

De moeder heeft zich van meet af aan op het standpunt gesteld dat zij het volste recht had het kind mee naar Nederland te nemen. In een door de Australische rechter bij beschikking goedgekeurd ouderschapsplan had de vader immers verklaard de moeder alle medewerking te zullen verlenen mocht zij te eniger tijd besluiten samen met het kind Australië te verlaten. Daaruit kan worden afgeleid dat hij afstand had gedaan van het recht om mee te beslissen over de gewone verblijfplaats van het kind. Het lijkt een ijzersterk argument om de stelling dat de moeder ongeoorloofd had gehandeld te weerleggen, en ik begrijp dan ook best dat het Nederlandse publiek zich behoorlijk opwond over een rechterlijke uitspraak die de moeder op dat punt nu juist in het ongelijk leek te stellen. Wat de gemiddelde krantenlezer of televisiekijker niet wist — en de moeder misschien ook niet — was dat het Australische recht de werking van een beschikking met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid

opschort zodra een wijzigingsprocedure aanhangig wordt gemaakt en dat het kind vanaf dat moment mede onder het gezag van de Australische rechter komt te staan. Dat valt althans op te maken uit de door de Australische Centrale Autoriteit afgegeven verklaring met betrekking tot de inhoud van het Australische recht. Als die weergave juist is, kon de moeder zich dus niet langer beroepen op de met de vader gemaakte afspraken en komt de vraag of zij het kind geoorloofd of ongeoorloofd naar Nederland had overgebracht in een heel ander licht te staan.

4.

In hoeverre de Nederlandse rechter gebonden is aan de op grond van [art. 15](#) verkregen inlichtingen, is een vraag die al eens eerder aan de Hoge Raad is voorgelegd: HR 18 maart 2005, [NJ 2005, 563](#), m.nt. ThMdB. Het destijds gegeven antwoord wordt nog eens herhaald in r.o. 4.2 van bovenstaande beschikking. De concrete omstandigheden van het geval bepalen in hoeverre de rechter van de aangezochte staat aan de beslissing of verklaring van een buitenlandse autoriteit gebonden is. Daarbij maakt het verschil of de informatie betrekking heeft op de inhoud van het toepasselijke buitenlandse recht in abstracto of op de toepassing daarvan in concreto: 'waar het gaat om de rechtsregels van het land van de gewone verblijfplaats zal aan de verklaring groter — en veelal zelfs doorslaggevend — gewicht toekomen dan waar het gaat om een beoordeling van feitelijke kwesties'. Ging het in 2005 om de uitleg van een door Israelisch recht beheerst convenant, deze keer werd de uitkomst van de procedure rechtstreeks bepaald door de betekenis die aan de relevante regels van Australisch recht moet worden toegekend. Het hof had daarvan een interpretatie gegeven die haaks stond op de verklaring van de Australische Centrale Autoriteit, zonder te vermelden op grond van welke Australische bronnen die interpretatie de juiste zou zijn. De Hoge Raad ziet hierin een motiveringsgebrek — geen onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 15 — hetgeen nog eens onderstreept dat ook een verklaring omtrent de inhoud van buitenlands recht terzijde mag worden gesteld, mits daarvoor goede gronden zijn te vinden in de bronnen van het betrokken land. In casu moest dus in feitelijke instantie alsnog worden onderzocht of dergelijke bronnen inderdaad bestonden.

5.

Inmiddels heeft ook het hof waarnaar de Hoge Raad de zaak verwezen had, zich uitgesproken: Hof Amsterdam 3 juli 2008 (zaaknr. 200.006.307/01, LJN BD6793). Na te hebben vastgesteld dat de moeder er niet in geslaagd was Australische bronnen te noemen die een andersluidende opvatting van het Australische recht laten zien dan die welke in de ingevolge [artikel 15](#) afgegeven verklaring is weergegeven, concludeert het hof dat de overbrenging van het kind in strijd was met het gezagsrecht dat naar Australisch recht in ieder geval (mede) aan de Australische rechter toekwam. In principe is het teruggeleidingsverzoek dus voor toewijzing vatbaar. Maar na het horen van het kind 'dat huilend haar verklaring aflegde ... en een getraumatiseerde indruk maakte' raakt het hof ervan overtuigd dat

terugzending naar Australië het kind in een ondraaglijke toestand zou brengen. Het beroep van de moeder op de weigeringsgrond van [art. 13 lid 1](#) onder b HKOV slaagt derhalve. Tegen deze beschikking is geen beroep in cassatie ingesteld.

Degenen die eerst zo verontwaardigd waren over het onrecht dat moeder en kind in deze zaak zou zijn aangedaan, zullen wel voldaan zijn over deze uitkomst. Dat die niets afdoet aan de juistheid van bovenstaande beschikking, zullen weinigen beseffen. Dat is jammer, omdat daardoor bij het grote publiek de indruk blijft bestaan dat het Kinderontvoeringsverdrag in Nederland veel te streng wordt toegepast, een suggestie die zeker in dit geval geen recht doet aan de werkelijkheid.

Th. M. de Boer

Copyright (C) Kluwer 2009

NJ 2008, 539