

Hof van Beroep te Antwerpen, arrest van 15 april 2014

Internationale Kinderontvoering – Haags Kinderontvoeringsverdrag – Weigering terugkeer kind – Brussel II bis – Ouderlijk gezag – Verblijfsregeling – Gewone verblijfsplaats

Elèvement international d'enfants – Convention de La Haye (1980) – Refus de retourner l'enfant – Bruxelles II bis – L'autorité parentale – Arrangement de résidence – Résidence habituelle

IN DE ZAAK VAN:

S.S., woonstkeuze bij, Mr. TIRIBELLI Carlo, kantoorhoudende te 2000 ANTWERPEN,

appellant,

vertegenwoordigd door Mr. SOLY Arne en Mr. TIRIBELLI Carlo, advocaat te 2000 ANTWERPEN,

tegen het vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 10 augustus 2012

tegen

A.S., wonende te 2600 BERCHEM (ANTWERPEN),

geïntimeerde,

vertegenwoordigd door Mr. MARTENS Ann, advocaat te 2020 ANTWERPEN,

1. Wat voorafgaat in feite:

Appellant is van Italiaanse nationaliteit, geboren op [...].

Geïntimeerde is van Keniaanse nationaliteit, geboren op [...].

Partijen zijn gehuwd op 9 september 2005 te Malindi (Kenia). Die akte is overgeschreven in de gemeente Montesilvano (Italië) (zie stuk 4 van appellant).

Uit hun huwelijk is één kind geboren: P.J.S., geboren op [...] te [...] (Italië).

Geïntimeerde had uit een vorige relatie al twee kinderen: W. en I. Die meisjes wonen bij hun vader, en geïntimeerde legt het bewijs over van de éénmalige verzending van 90 EUR via Western Union aan O. I. L., op 19 november 2013, waarmee evenwel nog niet is aangetoond dat zij regelmatig onderhoudsbijdragen zou betalen.

Ook appellant had uit een eerder huwelijk twee kinderen: A., geboren te [...] op [...] en R. geboren te [...] op [...].



Vanaf 25 augustus 2006 vestigden partijen zich in Italië, [...]: eerst aan het huisnummer [...] tot en met 11 januari 2007, en vanaf 12 januari 2007 aan het huisnummer [...], en dit zonder onderbreking tot december 2009.

Omdat appellant zijn werk verloren had in Italië, besloten partijen hun geluk (lees: werk) te zoeken in België.

Uit de inschrijving in het bevolkingsregister blijkt dat appellant ook na december 2009 verder ingeschreven bleef aan het adres [...] en dit tot en met 19 mei 2011, en dat hij zich vanaf 20 mei 2011 liet inschrijven op het adres [...].

Maar, de overliggende stukken wijzen erop dat partijen inderdaad bedoelden om hun leven een nieuwe start te geven in België:

Vanaf 27 januari 2010 werden partijen immers ook ingeschreven aan [...] en op 27 mei 2010 aan [...].

Op 1 februari 2010 is het kind P.J.S. ingeschreven in de stedelijke basisschool [...].

Appellant vond onmiddellijk voltijds werk bij de bvba [...] als zaalcommis, met een contract voor bepaalde duur namelijk vanaf 1 december 2009 om te eindigen op 1 mei 2010 (stuk 7 van appellant).

Dat contract werd evenwel niet verlengd, en appellant houdt voor dat hij bij zijn werkgever slechts een aanbod kreeg om er verder niet-officieel te werken.

Het is hoe dan ook niet betwist dat appellant geen ander werk had. Maar hij bewijst ook niet dat hij nog ander werk gezocht heeft.

Wel blijkt dat partijen ook bij het beëindigen van de tewerkstelling verder hun huur aanhielden, en officieel nog ingeschreven bleven in [...]: zij hadden per 12 april 2010 een nieuwe huurovereenkomst afgesloten met betrekking tot het appartement aan [...] voor een periode van twee jaar met ingang vanaf 1 mei 2010. Aan die overeenkomst is geen einde gesteld.

Geïntimeerde houdt voor dat er echtelijke moeilijkheden ontstonden omwille van een overspelige relatie van appellant met een andere vrouw, terwijl appellant stelt dat er aanvankelijk tussen partijen besloten werd om terug te verhuizen naar Italië, maar dat geïntimeerde zich later bedacht en in België wenste te blijven. Geïntimeerde betwist ten stelligste dat zij wenste terug te keren naar Italië.

Vast staat dat

- appellant minstens vanaf 15 augustus (zelf zegt appellant vanaf 12 augustus) teruggekeerd is naar Italië met medeneming van het kind;
- geïntimeerde zich tegen die terugreis niet verzet heeft, omdat volgens haar het slechts om een tijdelijke terugkeer voor de duur van twee weken (vakantie) zou gaan;



- het kind ondertussen ingeschreven bleef in de school te [...] om er het volgend schooljaar aan te vatten;
- appellant niet is teruggekeerd naar België en verder met het kind verblijft in Italië;
- geïntimeerde op 14 september 2010 alle kledij van haar man en kind met de taxipost toezond aan het adres waar appellant toen verbleef in [...] (Italië);
- op 28 september 2010 appellant, via zijn volmachthouder, een bericht stuurde aan geïntimeerde om het kind in [...] op elk moment te kunnen bezoeken;
- appellant op 12 oktober 2010 een procedure tot echtscheiding inleidde voor de rechtbank van Pescara (Italië);
- appellant in die procedure op 10 maart 2011 een vonnis bekwam, bij verstek gewezen ten opzichte van geïntimeerde, waarbij de echtscheiding is uitgesproken en aan appellant exclusief het ouderlijk gezag is toevertrouwd over het minderjarige kind;
- tegen dat echtscheidingsvonnis en die toekenning van het exclusief ouderlijk gezag aan appellant geen hoger beroep is ingesteld door geïntimeerde;
- geïntimeerde op 17 november 2010 wel aangifte deed bij de politie van de ontvoering van het kind door appellant op 15 augustus 2010;
- geïntimeerde, bij de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, een echtscheidingseis inleidde op dagvaarding van 21 december 2010, en in kortgeding voorlopige maatregelen vroeg, waarop haar bij beschikking van 14 januari 2011 onder meer de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag is toegekend;
- geïntimeerde via de Centrale Autoriteit van België op 9 december 2010 bij de rechtbank van Pescara een verzoek inleidde tot terugkeer van de minderjarige op grond van het Haags Kinderontvoeringsverdrag;
- het openbaar ministerie in de Jeugdrechtbank te Pescara een verzoekschrift indiende op grond van art. 5 lid 5 en art. 7, lid 2 van de wet nr. 64 van 15 januari 1994, waarop een beschikking volgde van 30 mei 2011, ten gevolge waarvan een onderzoek is opgestart, waarin partijen werden gehoord, documenten verzameld en onderzoek volgde naar de leefomstandigheden van de minderjarige;
- geïntimeerde op 21 december 2010 appellant liet dagvaarden in echtscheiding en in kortgeding voor de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen;
- in die kortgedingprocedure is, bij beschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 14 januari 2011, bij verstek lastens appellant, onder meer
 - het ouderlijk gezag over P.J.S. uitsluitend toegekend aan geïntimeerde;
 - bepaald dat het kind bij geïntimeerde wordt ingeschreven te [...];



- appellant veroordeeld tot onmiddellijke afgifte van het kind, op straf van een dwangsom van 1.000 EUR per dag vertraging, met machtiging het kind met behulp van de eerst aangezochte gerechtsdeurwaarder en de openbare macht uit te halen, waar dit kind zich ook moge bevinden;
 - appellant veroordeeld tot betalen van een geïndexeerde onderhoudsbijdrage voor P. van 250 EUR met ingang vanaf 21 december 2010, onverminderd de kindervergoeding;
 - bepaald dat in de verhouding tussen partijen het kindergeld en andere sociale uitkeringen eigen aan het kind toekomen aan geïntimeerde;
 - appellant veroordeeld tot betalen van de helft van de buitengewone medische, school- en hobbykosten;
- die kortgedingbeschikking is betekend aan de procureur des Konings op 9 maart 2011, nu appellant niet kon worden aangetroffen en er sedert 4 oktober 2010 een voorstel bestond tot ambtelijke schrapping (zie de betekeningsakte van 9 maart 2011 met de aangehechte informatie uit het rijksregister);
 - op 5 april 2012 de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen de echtscheiding tussen partijen heeft uitgesproken, de vereffening-verdeling van hun huwelijksvermogen gelast en een boedelnotaris daartoe aangesteld, alsook een notaris-vertegenwoordiger;
 - dat echtscheidingsvonnis betekend is op 8 februari 2013, aan de door hem gekozen woonplaats bij zijn raadsman;
 - appellant heeft tegen het Belgische echtscheidingsvonnis van 5 april 2012 verzet aangetekend bij dagvaarding van 22 februari 2013 (zie stuk 33 van geïntimeerde).
 - Onduidelijk blijft of het Italiaanse echtscheidingsvonnis betekend werd en definitief is.
 - Inmiddels is geïntimeerde wel op 30 januari 2013 gedagvaard door het Italiaanse Openbaar Ministerie om te verschijnen voor de rechtbank te Pescara om zich te verantwoorden voor *“de overtreding van de onderhoudsplicht tegenover haar zoon P.J.S., drie jaar oud, waarbij ze een totaal gebrek aan belangstelling voor hem toonde en alle contacten met hem verbrak”* (aldus de beëdigde vertaling van het stuk 8 van appellant).
 - Het is verder niet betwist dat het kind inmiddels verder bij appellant verblijft te [...], waar het school loopt aan [...].

2. Wat voorafgaat in de huidige procedure:

Door de Belgische Centrale Autoriteit - Rechtshulp in Burgerlijke Zaken is op 11 april 2012 een verzoek neergelegd, ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen, overeenkomstig art. 1322 *decies Ger.W.* om bij gerechtsbrief de informatie bedoeld in art. 11.7 van de Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en in zake de ouderlijke verantwoordelijkheid, over te maken aan de partijen



en het openbaar ministerie, en met verzoek haar op de hoogte te houden of één van de partijen binnen de drie maanden conclusies zou hebben neergelegd.

In het stukkenbundel (stuk 1 van de procedure in eerste aanleg) wordt uiteengezet dat de Belgische Centrale Autoriteit de Italiaanse Centrale Autoriteit gevat had met een verzoek uitgaande van geïntimeerde tot onmiddellijke terugkeer naar België van de minderjarige P. S., en dat de jeugdrechtbank te Pescara, bij vonnis van 17 februari 2012, het verzoek tot terugkeer van de minderjarige aan de moeder heeft afgewezen, en haar het hoederecht niet toegekend, oordelend dat “de onttrekkende gedraging” (aldus de beëdigde vertaling) niet voltooid was, omwille van twee essentiële redenen, te weten dat de gewone verblijfplaats van het kind in dit geval is aan te wijzen in [...] en dat de terugkeer van de minderjarige naar de moeder zeer gevaarlijk is voor een gezonde ontwikkeling van het kind, dat de Belgische Centrale Autoriteit bij geïntimeerde informeerde of zij de intentie had hoger beroep in te stellen tegen die uitspraak van 17 februari 2012, maar daarover geen antwoord mocht bekomen.

De griffier van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen deed de kennisgevingen bij gerechtsbrieven van 13 april 2004.

De zaak werd aanhangig gemaakt bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelend zoals in kortgeding, door de neerlegging van de conclusie van appellant van 6 juli 2012.

Appellant vorderde

- aan hem de exclusieve uitoefening te horen toekennen van het gezag over de persoon en het beheer van de goederen van het minderjarig kind P.J.S.;
- te horen zeggen voor recht dat het minderjarig kind, P.J.S., geboren op [...], zijn hoofdverblijf zal aanhouden op het adres van zijn vader te [...], alsook bij de vader wordt ingeschreven in het bevolkingsregister, zodat het adres van zijn vader zijn wettelijke verblijfplaats blijft;
- mevrouw A. te horen veroordelen tot het betalen van de helft van alle kosten die tot op heden voor P.J.S. zijn aangegaan door de heer S.;
- mevrouw A. te horen veroordelen tot het betalen van een onderhoudsbijdrage voor het minderjarige kind P.J.S. van 250 EUR aan de heer S.;
- te horen zeggen voor recht dat voormelde onderhoudsbijdragen gekoppeld worden aan de schommelingen van het indexcijfer der kleinhandelsprijzen, met aanpassing om de twaalf maanden volgens de evenredigheidsformule;
- mevrouw A. te horen veroordelen tot het betalen van de helft van de buitengewone gezondheidskosten: alle kosten van hospitalisatie, ambulante medische verzorging van langer dan 5 dagen/keren, geneesheren-specialisten, paramedici, medisch hulpmateriaal, en buitengewone schoolkosten: inschrijvingsgeld, boekengeld, schoolgerief, schoolvervoerkosten, kosten voor huur van een studentenkamer, enz.;



- te bepalen dat de kinderbijslag en de andere sociale en financiële voordelen met betrekking tot het kind, uitsluitend aan de vader toekomen;
- mevrouw A. te horen veroordelen tot alle kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, voorlopig begroot op 1.200 EUR;
- ondergeschikt, de kosten aan te houden voor de rechter ten gronde;
- de tussen te komen beschikking uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad, niettegenstaande alle verhaal en zonder borgstelling.

Ook geïntimeerde legde conclusie neer en dit op 13 juli 2012.

Zij vorderde:

- haar vordering om een beslissing ten gronde te bekomen op grond van art. 1322 decies § 3 Ger.W. en art. 11.7 Brussel II bis verordening waarin het gewoonlijk verblijf van het kind P. in België wordt bepaald en opdat de Belgische gerechtelijke instantie de kwestie van het gezagsrecht kan onderzoeken, gegrond te verklaren;
- en aldus, de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag toe te kennen over de persoon en het beheer van de goederen van het minderjarig kind P.J.S. te horen toevertrouwen aan geïntimeerde;
- te horen zeggen voor recht dat het minderjarig kind P.J.S., geboren op [...], zijn definitief hoofdverblijf verder zal aanhouden op het adres van geïntimeerde te [...], alsook bij haar ingeschreven blijft in het bevolkingsregister, zodat het adres van de moeder zijn wettelijke verblijfplaats zal zijn;
- appellant te horen veroordelen tot onmiddellijke afgifte van het kind op straf van een dwangsom van 1.000 EUR per dag vertraging in de afgifte, vanaf de betekening van de beschikking, met machtiging van geïntimeerde om het kind met behulp van de eerste daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder en de openbare macht, uit te halen, waar dit kind zich ook moge bevinden;
- akte te verlenen aan haar aanbod om een contactrecht van het kind met de vader toe te staan tijdens de vakanties, zijnde een week met de paasvakantie, een week met de kerstvakantie en een maand tijdens de zomervakantie;
- appellant te veroordelen tot betalen van een geïndexeerde onderhoudsbijdrage voor P.J.S. van 250 EUR, onverminderd de kindervergoeding en andere sociale uitkeringen eigen aan het kind, en met toekenning van het fiscaal voordeel aan haar;
- appellant te veroordelen tot terugbetalen aan haar van de helft van de buitengewone gezondheidskosten, school- en hobbykosten, zoals nader gespecificeerd;
- appellant te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding, voorlopig begroot op 1.200 EUR;



- de tussen te komen beschikking uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, niettegenstaande alle verhaal en zonder borgstelling.

Partijen zijn gehoord op de zitting van 3 augustus 2012.

In het bestreden vonnis van 10 augustus 2012 heeft de eerste rechter:

- de vordering van geïntimeerde, om overeenkomstig art. 1322 § 3 Ger.W. en art. 11.7 Brussel II bis verordening, waarin het gewoonlijk verblijf van het kind P.J.S. wordt bepaald, gegrond verklaard zoals hierna bepaald:
- bepaald dat overeenkomstig art. 374 BW het ouderlijk gezag over P.J.S., geboren op [...] te [...] (I), gezamenlijk door beide ouders wordt uitgeoefend;
- bepaald dat voormeld kind wordt ingeschreven in het bevolkingsregister te [...] bij geïntimeerde en aldaar zijn hoofdverblijfplaats zal hebben;
- appellant veroordeeld tot onmiddellijke afgifte van het kind op straf van een dwangsom van 1.000 EUR per dag vertraging in de afgifte, vanaf de betekening van het vonnis, met machtiging van geïntimeerde om het kind met behulp van de eerste daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder en de openbare macht, uit te halen, waar dit kind zich ook moge bevinden;
- gezegd voor recht dat het kind bij appellant zal verblijven gedurende het schooljaar, behalve tijdens de verloven, en de lessen verder zal volgen in zijn huidige school of een andere school in Italië door beide ouders gezamenlijk overeen te komen;
- gezegd voor recht dat het kind tijdens elke periode dat er geen school is gedurende meer dan 5 dagen bij de moeder zal verblijven;
- gezegd voor recht dat het kind dient gebracht te worden door de zorgen van de ouder bij wie het verbleven heeft, respectievelijk de dag voor de lessen beginnen en de dag nadat de laatste lessen gevolgd werden om 18 uur;
- iedere partij veroordeeld tot betalen van de helft van de buitengewone medische kosten, na aftrek van de tussenkomst ziekenfonds en overlegging facturen en tot betalen van de helft van de buitengewone schoolkosten na overlegging facturen;
- gezegd voor recht dat behoudens onderling akkoord tussen partijen als buitengewone kosten en uitgaven worden beschouwd:
 - oogarts, brilmontuur, brilglazen en lenzen
 - orthodontie en orthodontische apparaten zoals beugels, blokjes e.d.
 - kinesitherapie op voorschrift van een arts
 - orthopedie
 - logopedie
 - psychotherapie
 - consultaties bij een geneesheer specialist
 - ambulante verzorging van langer dan 5 dagen/keren
 - heilkundige ingrepen/operaties



- hospitalisaties
 - bijzondere schoolactiviteiten, binnenlandse excursies, buitenlandse schoolreizen, stages en bijscholingen
 - bijzonder materiaal en kledij noodzakelijk voor het volgen van een bepaalde richting of gespecialiseerde studie in het secundair onderwijs
 - inschrijvingsgeld en boeken of materiaal voor hogere of gespecialiseerde studies,
 - huur van een studentenkamer of verblijf op het internaat
 - sportkampen, taalkampen of activiteiten van cultureel-pedagogische aard in de vrije tijd met minstens één overnachting
 - kosten van abonnement op het openbaar vervoer van en naar de studie inrichting;
- bepaald dat het kindergeld en het fiscaal voordeel toekomt aan de moeder;
 - het meer- en/of andersgevorderde afgewezen;
 - de kosten van het geding omgeslagen;
 - het vonnis uitvoerbaar verklaard bij voorraad.

Het weze hier benadrukt dat de eerste rechter in zijn overwegingen onder meer aannam dat

- appellant het minderjarig kind van partijen wel degelijk heeft ontvoerd, waarbij rekening wordt gehouden met een reeks van omstandigheden die het gebrek aan akkoord tussen partijen aantoonst;
- de handelswijze van appellant zeker niet in het belang was van het kind, die daardoor effectief onttrokken werd aan elk harmonieus contact met zijn moeder, wat essentieel is voor de ontwikkeling van het kind en wat door de vader is verhinderd;
- de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag aangewezen is, nu beide ouders betrokken wensen te zijn bij de opvoeding van het kind;
- het hoofdverblijf van het kind wordt gevestigd bij de moeder, omdat vader alles in het werk stelde om de moeder buiten spel te zetten;
- het kind tijdens het schooljaar bij zijn vader mag verblijven in Italië, omwille van de taal en zijn prille vooropleiding, terwijl hij tijdens de schoolvakanties met zijn moeder in België mag verblijven;
- op die wijze het verblijf zoveel als mogelijk wordt verdeeld;
- rekening houdend met de voormelde verblijfsregeling en de mogelijkheden van beide ouders dient er geen onderhoudsbijdrage te worden betaald;
- er is ook geen reden tot enige toekenning voor het verleden, nu de moeder steeds in natura heeft willen zorgen voor het kind en dit slechts door de vader verhinderd is.

Nergens blijkt uit dat het bestreden vonnis zou zijn betekend.



Het hoger beroep is aangetekend bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 20 september 2012.

3. De vorderingen in beroep:

Het hoger beroep, dat regelmatig naar vorm en tijdig is ingesteld, strekt ertoe, bij hervorming van het bestreden vonnis,

in hoofdorde:

- de vordering van geïntimeerde tot terugkeer van het kind naar België en het gezag over het kind ontvankelijk, doch ongegrond te verklaren;
- de overige vorderingen onontvankelijk te verklaren,
- dienvolgens te horen zeggen voor recht dat het kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980 - gelet op het gebrek aan ontvoering of ongeoorloofde overbrenging van het minderjarige kind P.J.S. conform artikel 3 – niet van toepassing is;
- minstens te horen zeggen voor recht dat de terugkeer van het minderjarige kind P.J.S. naar België op grond van artikel 13 van het kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980 wordt geweigerd;
- te horen zeggen voor recht dat appellant de exclusieve uitoefening van het gezag over de persoon en het beheer van de goederen van de minderjarige P.J.S., geboren op 13, juni 2007 te Chieti (I) heeft;
- te horen zeggen voor recht dat het minderjarige kind P.J.S., geboren op 13, juni 2007 te Chieti (I), zijn hoofdverblijfplaats zal aanhouden op het adres van appellant te Montesilvano (I), via G. Verrotti 190, alsook aldaar wordt ingeschreven in het bevolkingsregister,
- geïntimeerde tot slot te veroordelen tot de gedingkosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, thans begroot op:

rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 1.320 EUR

rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 1.320 EUR

rolrecht hoger beroep: PM

in ondergeschikte orde:

- de vordering van geïntimeerde tot terugkeer van het kind naar België en het gezag over het kind ontvankelijk, maar ongegrond te verklaren;



- dienvolgens te horen zeggen voor recht dat het kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980 – gelet op het gebrek aan ontvoering of ongeoorloofde overbrenging van het minderjarige kind P.J.S. conform artikel 3 – niet van toepassing is;
- minstens te horen zeggen voor recht dat de terugkeer van het minderjarige kind P.J.S. naar België – op grond van artikel 13 van het kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980 - wordt geweigerd;
- te horen zeggen voor recht dat appelland de exclusieve uitoefening van het gezag over de persoon en het beheer van de goederen van het minderjarige kind P.J.S., geboren op [...] heeft;
- te horen zeggen voor recht dat het minderjarige kind P.J.S., geboren op [...], zijn hoofdverblijfplaats zal aanhouden op het adres van appelland te Montesilvano [...], alsook aldaar wordt ingeschreven in het bevolkingsregister;
- indien er per impossibile zou worden geoordeeld dat de overige vorderingen, andere vorderingen dan de vordering tot terugkeer en het gezag over het kind, ontvankelijk zouden zijn, quod non, de volgende maatregelen te horen toekennen:
 - te horen zeggen voor recht dat appelland de exclusieve uitoefening van het gezag over de persoon en het beheer van de goederen van het minderjarige kind P.J.S., geboren op [...] te [...], heeft;
 - te horen zeggen voor recht dat het minderjarige kind P.J.S., geboren op [...] te [...] zijn hoofdverblijfplaats zal aanhouden op het adres van appelland te Montesilvano [...], alsook aldaar wordt ingeschreven in het bevolkingsregister;
 - geïntimeerde te horen veroordelen tot het betalen van een maandelijkse onderhoudsbijdrage voor het minderjarige kind P.J.S., van 250 EUR vanaf 1 september 2010, jaarlijks indexeerbaar;
 - tevens te horen zeggen voor recht dat voormelde onderhoudsbijdrage gekoppeld wordt aan de schommelingen van het indexcijfer der kleinhandelsprijzen, met aanpassing om de 12 maanden volgens de evenredigheidsformule;
 - geïntimeerde vervolgens te horen veroordelen tot het betalen van de helft van de buitengewone gezondheidskosten: alle kosten van hospitalisatie, ambulante medische verzorging van langer dan 5 dagen/keren, geneesherenspecialisten, paramedici, medisch hulpmateriaal, en buitengewone schoolkosten, inschrijvingsgeld, boekengelden, schoolgerief, schoolvervoerskosten, kosten voor huur van studentenkamer enz.,
 - geïntimeerde verder te horen veroordelen tot betalen van de helft van alle kosten die tot op heden voor P.J.S. zijn aangegaan door appelland,
 - te horen zeggen voor recht dat de kinderbijslag en fiscaal voordeel toekomt aan appelland;



- geïntimeerde te horen veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op: rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg 1.320 EUR, rechtsplegingsvergoeding hoger beroep 1.320 EUR, rolrecht hoger beroep PM;

Geïntimeerde besluit tot de ongegrondheid van het hoger beroep en vordert op incidenteel beroep, ingesteld bij conclusies neergelegd op 31 december 2012, en zoals nog uitgebreid in conclusies neergelegd op 7 juni 2013 en in de hernemende syntheseconclusies neergelegd op 31 december 2013, bij gedeeltelijke hervorming van de bestreden beslissing van 10 augustus 2012:

- de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag over de persoon en het beheer van de goederen van het minderjarig kind P.J.S., geboren op [...] te [...], toe te vertrouwen aan geïntimeerde;
- akte te verlenen aan haar aanbod om een contactrecht van het kind met de vader toe te staan tijdens de vakanties, als volgt:
 - in hoofdorde: af te spreken in onderling overleg en bij gebrek aan akkoord:
 - in de pare jaren: de eerste week van de kerst- en paasvakantie, alsmede de maand juli in de zomervakantie;
 - in de onpare jaren: de tweede week van de kerst- en paasvakantie, alsmede de maand augustus in de zomervakantie;
 - het kind te halen en terug te brengen door appellant ten huize van geïntimeerde, aan de [...] Berchem;
- appellant, de heer S. te horen veroordelen tot betalen aan geïntimeerde, ten titel van onderhoudsbijdrage voor het minderjarige kind P.J.S., geboren op [...] te [...], van 250 EUR per maand, met ontvangstmachtiging,
- te horen zeggen voor recht dat voormelde onderhoudsbijdrage gekoppeld wordt aan de schommelingen van het indexcijfer der kleinhandelsprijzen, met aanpassing om de twaalf maanden volgens de evenredigheidsformule;
- het bestreden vonnis derhalve te bevestigen in de volgende beschikkingen:
 - te horen zeggen voor recht dat het minderjarig kind P.J.S., geboren op [...] te [...] zijn definitief hoofdverblijf zal aanhouden op het adres van geïntimeerde te Berchem, [...], alsook bij haar ingeschreven blijft in de bevolkingsregister, zodat het adres van de moeder zijn wettelijke verblijfplaats zal zijn,
 - appellant te horen veroordelen tot onmiddellijke afgifte van het kind P.J.S., en dit op straf van de betaling van een dwangsom van 1.000 EUR per dag vertraging in de afgifte, vanaf de betekening van de beschikking, met machtiging van geïntimeerde om het kind met behulp van de eerste daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder en de openbare macht uit te halen, waar het kind zich ook moge bevinden;



- iedere ouder draagt voor de helft bij in de buitengewone kosten, conform de opgegeven lijst;
- de kinderbijslag en het fiscaal voordeel komen toe aan geïntimeerde;

In uiterst ondergeschikte orde, vordert geïntimeerde de integrale bevestiging van het bestreden vonnis.

Verder vordert zij de veroordeling van appellant tot de gedingkosten, langs haar kant begroot op een rechtsplegingsvergoeding van 1.320 EUR voor elke aanleg.

4. Beoordeling:

Met het huidige beroep en het incidenteel beroep, beiden tijdig en naar vorm regelmatig ingesteld en ontvankelijk, worden alle beschikkingen van de bestreden beslissing integraal in discussie gebracht.

Te dezen, kan er -ongeacht de tussen partijen blijvende betwisting over het gegeven of appellant het minderjarige kind van partijen ongeoorloofd heeft overgebracht, dan wel niet doen terugkeren- geen ernstige betwisting bestaan over het gegeven dat de hier gevoerde procedure zoals ingeleid voor de eerste rechter een procedure van internationale kinderontvoering betreft: de procedure is uitgelokt door de neerlegging, overeenkomstig art. 1322 decies §1 Ger.W, op 11 april 2012 door de BELGISCHE CENTRALE AUTORITEIT van het gedocumenteerde bundel dossierstukken van de jeugdrechtbank te L' Aquila, bevattende als sluitstuk de beslissing van 17 februari 2012.

Partijen zijn gehoord in hun argumenten ontwikkeld door hun raadslieden ter terechtzitting en ook appellant is gehoord. Geïntimeerde is niet in persoon verschenen.

Het minderjarige kind van partijen is niet gehoord, en het Hof acht in de huidige fase van de procedure ook niet aangewezen, gelet op de relatief jonge leeftijd van het kind.

4.1. Over de “bevoegdheid van het Hof”:

Het is het standpunt van appellant dat de rechtbank van eerste aanleg slechts bevoegd was om kennis te nemen van de vordering tot terugkeer van het kind naar België, en van de vordering inzake het gezag over het kind, en dat ingevolge het bepaalde onder art. 1322 decies § 6 Ger.W. slechts een beslissing kon worden geveld met betrekking tot het omgangsrecht, op verzoek van een van de partijen, ingeval de beslissing de terugkeer van het kind naar België zou bevelen.

Nu de rechtbank te L'Aquila die terugkeer niet heeft bevolen, zou -steeds volgens appellant- er hier geen beslissing kunnen volgen over de omgangsregeling.

Dat standpunt van appellant is des te merkwaardiger nu hij voor de eerste rechter zelf vorderingen stelde aangaande de exclusieve uitoefening van het ouderlijk gezag, het hoofdverblijf, de inschrijving, de kosten betreffende het kind, de alimentatie voor het kind en



de tussenkomst in de buitengewone kosten, de kinderbijslag en de sociale en fiscale voordelen betreffende het kind.

Volgens geïntimeerde is de exceptie van onbevoegdheid laattijdig, “nu deze de openbare orde raakt en derhalve in limine litis dient te worden opgeworpen”, en is de exceptie bovendien ongegrond, gelet op de door haar ingestelde vordering (voor de eerste rechter) op grond van art.1322 ev Ger.W. en van art. 11.7 Brussel IIbis verordening.

De exceptie opgeworpen door appellant betreft de materiële bevoegdheid van de eerste rechter om uit te spreken over een reeks geschilpunten. De materiële bevoegdheid raakt de openbare orde (zie Cass. (3° K.) 2 april 2001 AR S.00.0140.N, <http://www.cass.be> (13 september 2002)), die door de rechter zelfs ambtshalve moet worden onderzocht. Dit houdt in dat de exceptie ten allen tijde kan worden opgeworpen, dus ook voor het eerst in hoger beroep of zelfs voor het eerst in cassatie, en dit in tegenstelling tot de kwestie van de territoriale bevoegdheid die in limine litis moet worden opgeworpen.

Te dezen blijkt dat de Jeugdrechtbank van L’ Aquila (Italië), door de ITALIAANSE CENTRALE AUTORITEIT op verzoek van de BELGISCHE CENTRALE AUTORITEIT gevat als gerecht van een lidstaat waarnaar het kind ongeoorloofd is overgebracht c.q. wordt vastgehouden, door de verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000, hierna kortweg de Verordening genoemd, in staat werd gesteld om zich tegen de terugkeer van het kind te verzetten, onder een behoorlijke motivering, de partijen gehoord en na maatschappelijk verslag. Die jeugdrechtbank had niet alleen de vereiste rechtsmacht, zij was ook territoriaal bevoegd om zich over die kwestie uit te spreken.

Zij heeft zich uitgesproken over het verzoek tot terugkeer, nadat zij eerst bij beslissing van 30 mei 2011;

- het ouderlijk gezag van appellant over de minderjarige had opgeschort, met verbod de minderjarige te verwijderen van de plaats waar hij persoonlijk bereikbaar is;
- de minderjarige had toevertrouwd aan de Sociale Dienst van de Gemeente Montesilvano met opdracht onmiddellijk van start te gaan met een activiteit van bemiddeling, toezicht en ondersteuning;
- de persoonlijke verschijning had bevolen van appellant;
- de mededeling had bevolen aan het Openbaar ministerie voor deelname hieraan en aan de Centrale Autoriteit voor informatie aan en eventuele aanwezigheid van “verzoekster” (kennelijk te lezen als: huidige geïntimeerde).

In haar eindbeslissing van 17 februari 2012, heeft de jeugdrechtbank te L’Aquila een omstandige analyse gemaakt van alle feitelijke elementen die haar ertoe brachten te besluiten dat in concreto niet kon bepaald worden dat de gewone verblijfplaats van de minderjarige geworteld is op Belgisch grondgebied, en daarbij verwijzend naar het begrip “ gewone verblijfplaats” zoals vastgelegd in het artikel 4 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag, en de interpretatie aan dat begrip gegeven door de jurisprudentie; zij stelde vervolgens vast dat



de gewone verblijfplaats van de minderjarige was aan te wijzen te Montesilvano, plaats waarin het voornaamste belang van de minderjarige zich manifesteert, en waaraan geen afbreuk wordt gedaan door een gelijktijdige inschrijving van de minderjarige in de bevolkingsregisters te Antwerpen, die duidelijk gelijktijdig en slechts occasioneel werd bevonden ten opzichte van de permanente inschrijving van het kind vanaf zijn geboorte in de bevolkingsregisters te Montesilvano.

Ten overvloede werd nog geargumenteed dat er sprake was van “een ernstig risico dat het kind door zijn terugkeer zou worden blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondragelijke toestand zou worden gebracht”, en ook dat risico wordt omstandig omschreven (zie de beslissing van 17 februari 2012 – in de beëdigde vertaling, blz. 7 in fine en verder blz. 8).

De beslissing van 17 februari 2012 wees de vraag tot terugkeer van het kind bij de moeder af, op de voormelde dubbele grond.

Die beslissing is, overeenkomstig het bepaalde onder art. 11.6 van de Verordening, het voorwerp van de huidige procedure.

Diezelfde verordening maakt het overigens mogelijk dat een dergelijke beslissing houdende niet-terugkeer moet kunnen worden vervangen door een latere beslissing van het gerecht van de lidstaat waar het kind vóór de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had. Brengt deze laatste beslissing de terugkeer van het kind met zich, dan dient de terugkeer plaats te vinden zonder dat enigerlei bijzonder procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waar het ontvoerde kind zich bevindt.

Het art. 13 van het Verdrag van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (B.S., 24 april 1999), hierna kortweg het verdrag genoemd, bepaalt:

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

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

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

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



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

Te dezen blijkt dat de Jeugdrechtbank van L’Aquila besliste om de vordering tot terugkeer te weigeren, het weze herhaald omdat “de onttrekkende gedraging” (aldus de beëdigde vertaling) niet voltooid was, omwille van twee essentiële redenen, te weten: de gewone verblijfplaats van het kind is in dit geval aan te wijzen in Montesilvano, en de terugkeer van de minderjarige naar de moeder is zeer gevaarlijk voor een gezonde ontwikkeling van het kind.

Geïntimeerde heeft ingevolge de neerlegging door de BELGISCHE CENTRALE AUTORITEIT van het stukkenbundel onder stuk 1 van de procedure in eerste aanleg in haar conclusies 13 juli 2012 een beslissing ten gronde gevraagd, bij toepassing van art. 1322 decies § 3 Ger.W. en het art. 11.7 van de Brussel Ibis Verordening.

Appellant had eerder reeds door de neerlegging van zijn conclusie de Belgische kortgedingrechter gevat, waardoor deze rechtsmacht verwierf, en bevoegd werd om te oordelen over de kwestie van het gezagsrecht.

Het artikel 11 dat handelt over de “Terugkeer van het kind” bepaalt:

“1. Wanneer een persoon, instelling of ander lichaam met gezagsrecht bij de bevoegde autoriteiten van een lidstaat een verzoek indient om op grond van het Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (hierna “het Verdrag van 's-Gravenhage van 1980” genoemd) een beslissing te nemen teneinde de terugkeer te verkrijgen van een kind dat ongeoorloofd is overgebracht of vastgehouden in een andere lidstaat dan de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, zijn de leden 2 tot en met 8 van toepassing.

2. Bij de toepassing van de artikelen 12 en 13 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 1980 wordt ervoor gezorgd dat het kind tijdens de procedure in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord, tenzij dit gezien zijn leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam wordt geacht.

3. Het gerecht waarbij een in lid 1 bedoeld verzoek om terugkeer van het kind is ingediend, beschikt met bekwame spoed, met gebruikmaking van de snelste procedures die in het nationale recht beschikbaar zijn.

Onverminderd de eerste alinea beslist het gerecht uiterlijk zes weken nadat het verzoek aanhangig is gemaakt, tenzij dit als gevolg van uitzonderlijke omstandigheden onmogelijk blijkt.

4. Een gerecht kan de terugkeer van een kind niet op grond van artikel 13, onder b), van het Verdrag van 's-Gravenhage van 1980 weigeren, wanneer vaststaat dat er adequate voorzieningen zijn getroffen om de bescherming van het kind na de terugkeer te verzekeren.



5. *Een gerecht kan de terugkeer van een kind niet weigeren indien de persoon die om de terugkeer van het kind verzoekt niet in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord.*

6. *Indien een gerecht op grond van artikel 13 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 1980 een beslissing houdende de niet-terugkeer heeft gegeven, zendt het onmiddellijk, rechtstreeks dan wel door tussenkomst van zijn centrale autoriteit, een afschrift van het bevel en van de desbetreffende stukken, met name het zittingsverslag toe aan het bevoegde gerecht of de centrale autoriteit van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, zulks in overeenstemming met het nationale recht. Dit gerecht dient alle bedoelde stukken te ontvangen binnen een maand te rekenen vanaf de datum waarop de beslissing houdende de niet-terugkeer is gegeven.*

7. *Tenzij één van de partijen zich reeds heeft gewend tot de gerechten van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor een ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, stelt het gerecht of de centrale autoriteit die de in lid 6 bedoelde informatie ontvangt, de partijen daarvan op de hoogte en nodigt hen uit binnen drie maanden na de oproeping overeenkomstig het nationale recht conclusies in te dienen, opdat de rechterlijke instantie de kwestie van het gezagsrecht kan onderzoeken.*

Onverminderd de bevoegdheidsregels van deze verordening verklaart het gerecht de zaak gesloten indien het binnen die termijn geen conclusie heeft ontvangen.

8. *Niettegenstaande een beslissing houdende de niet-terugkeer op grond van het Verdrag van 's-Gravenhage van 1980, is een latere beslissing die de terugkeer van het kind met zich brengt, gegeven door een gerecht dat krachtens deze verordening bevoegd is, overeenkomstig afdeling 4 van hoofdstuk III uitvoerbaar, zulks teneinde de terugkeer van het kind te verzekeren.”*

De eerste rechter kon derhalve gelet op de conclusies die partijen hadden genomen wel degelijk kennis nemen van de gezagsregeling, en van het omgangsrecht c.q. de verblijfsregeling die aan zijn oordeel werd onderworpen, ingevolge de conclusies neergelegd door partijen:

De kwestie bedoeld in art. 11.7 betreft het gezagsrecht en het omgangsrecht, maar niet de kwestie van de onderhoudsverplichtingen, die geregeld wordt door Verordening (EG) nr. 4/2009 van de Raad van 18 december 2008 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen, en de samenwerking op het gebied van onderhoudsverplichtingen, kortweg de Onderhoudsverordening (zie ter zake ook: S. Roeland, Bevoegdheid, erkenning en ten uitvoerlegging in de verordening – Brussel IIbis, E.J.2005/9, blz. 174 nrs. 4-6)

Slechts de kwesties van het ouderlijk gezag en de verblijfsregeling vallen in het kader van de hier toepasselijke verordening onder de rechtsmacht van het Hof.



4.2. Over de grond van het hoger beroep:

4.2.1. Inzake de blijvende betwisting over de kwestie van de ontvoering, verwijst het Hof naar de beslissing van de jeugdrechtbank in L'Aquila, zoals die blijkt uit stuk 1 van het rechtsplegingsdossier en waarvan de overwegingen hier voor hernomen moeten worden gehouden.

Het kind dient derhalve niet terug te keren naar België, behoudens voor de uitoefening van het secundair verblijf zoals hierna bepaald.

4.2.2. Nu het Hof geen indicaties heeft dat partijen er niet zouden in slagen om in het belang van het kind gezamenlijk de passende beslissingen te nemen, komt het passend voor om aan de ouders de uitoefening van het ouderlijk gezag gezamenlijk toe te vertrouwen.

4.2.3. Nu het kind ingevolge de beslissing van de jeugdrechtbank niet dient terug te keren en geacht wordt het centrum van zijn belangen in Italië te hebben, op het adres van zijn vader, dient het er ingeschreven te worden in de registers van de bevolking van de gemeente Montesilvano, op het adres van de vader, waar het verder zijn hoofdverblijf zal hebben, nu het kind nog relatief jong is, enkel Italiaans kent, opgroeit in de (grootouderlijke) familiale sfeer en verder school loopt in Italië.

4.2.4. Het kind zal secundair verblijf hebben bij geïntimeerde in België tijdens de schoolvakanties van meer dan 5 dagen, en voor alle duidelijkheid: zoals die schoolvakanties gelden in L'Aquila.

Het komt uiteraard aan appellant toe om aan geïntimeerde bij het begin van elk schooljaar te laten weten wanneer de schoolvakanties plaatshebben.

4.2.5. Wat de kwestie van de onderhoudsbijdragen betreft, alsook de kwestie van het kindergeld en de sociale en fiscale voordelen verklaard het Hof zich zonder rechtsmacht.

4.3. Over de kosten:

Gelet op het wederzijds ongelijk, komt het gepast voor de kosten van huidige procedure te verdelen tussen partijen, na compensatie van de rechtsplegingsvergoedingen.



5. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met art. 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Gehoord Advocaat-generaal D. DE WAELE in zijn advies dat omwille van de omstandigheden der zaak mondeling ter terechtzitting werd gegeven en waarop partijen hebben kunnen repliceren;

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk, doch beide slechts in de hiernavolgende mate gegrond,

Bevestigt het bestreden vonnis, in zover het de vordering van geïntimeerde deels gegrond verklaarde, en bepaalde dat het ouderlijk gezag over het kind P.J.S., geboren op [...] te [...] gezamenlijk door beide ouders wordt uitgeoefend,

Hervormt de bestreden beslissing voor het overige, en opnieuw rechtdoend:

- bepaalt dat het kind wordt ingeschreven in het bevolkingsregister bij appellant als hebbend er zijn hoofdverblijf,
- zegt voor recht dat er alsnog geen reden is tot toekennen van enige dwangsom,
- zegt voor recht dat het kind bij geïntimeerde zal verblijven tijdens alle Italiaanse schoolverloven van meer dan vijf dagen,
- zegt voor recht dat het aan appellant toekomt om aan geïntimeerde bij het begin van elk schooljaar te laten weten wanneer de schoolvakanties plaatshebben;
- zegt voor recht dat, behoudens andersluidend akkoord tussen partijen, de verblijfsperiodes van het kind bij moeder zullen aanvangen de eerste dag van de schoolvakanties om 10u00 en eindigen op de vooravond 18u00 bij het begin van de school;
- zegt voor recht dat appellant zal zorgen voor het vervoer van het kind tussen Italië en België.

Verwijst ieder der partijen voor de helft tot de kosten van de procedure, na compensatie van de rechtsplegingsvergoedingen, begroot in hoofde van appellant op rolrecht 210 EUR, en in hoofde van geïntimeerde op nihil.

Verklaart zich zonder rechtsmacht voor het overige.

Dit arrest werd uitgesproken in de openbare zitting van 15 april 2014 door
M. VAN ROMPAY Voorzitter
Ph. BAILYU Griffier

