NJ 2008, 546

Hoge Raad, Civiele kamer
27 april 2007, nr. R06/127HR
Mrs. P.C. Kop, J.C. van Oven, W.D.H. Asser; A-G Strikwerda

m.nt. Prof. mr. Th.M. de Boer
JOL 2007, 301
LJN, AZ7772
RvdW 2007, 458

Trefwoord

cassatie, ondertoezichtstelling, ontvankelijkheid

Regeling

Rv art. 5

Essentie

Nu de ondertoezichtstelling reeds is afgelopen, heeft thans verzoekster tot cassatie geen belang meer bij haar cassatieberoep, zodat zij daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Art. 5 Rv, zoals dit luidde ten tijde van de indiening van het inleidende verzoekschrift en zoals dit sinds 1 mei 2006 luidt, heeft slechts rechtsmachtbeperkende betekenis: buiten de toepassing van de Verordening Brussel II-bis en het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 komt de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toe indien het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft.

Samenvatting

Op verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming heeft de rechtbank bij beschikking van 2 juni 2005 het minderjarige kind van thans verzoekster tot cassatie voor een termijn van een jaar onder toezicht gesteld van Stichting Bureau Jeugdzorg. Het hof heeft de beschikking van de rechtbank bekrachtigd. Hiertegen komt verzoekster op.
Nu de ondertoezichtstelling op 2 juni 2006 is afgelopen, heeft de moeder geen belang meer bij haar cassatieberoep, zodat zij daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Opmerking

verdient dat, nu niet duidelijk is waar het kind ten tijde van de indiening van het verzoek tot ondertoezichtstelling en ten tijde van het hoger beroep verbleef en dus niet is komen vast te staan dat hij zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft, het hof met zijn oordeel dat de Nederlandse rechter bevoegd is tot beoordeling van dat verzoek blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. De Nederlandse rechter heeft ingevolge art. 5 Rv, zoals dit luidde ten tijde van de indiening van het inleidende verzoekschrift en zoals dit sinds 1 mei 2006 luidt, slechts rechtsmacht in zaken betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, indien het kind in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft. Aangezien in een zodanig geval de Verordening (EG) nr. 2201/2003, L 2003, 338 (verordening Brussel II-bis) en het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 formeel van toepassing zijn, heeft art. 5 Rv slechts rechtsmachtbeperkende betekenis: buiten de toepassing van de verordening Brussel II-bis en het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 komt de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toe, indien het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft.

Partijen

De moeder, te M., Frans Guyana, verzoekster tot cassatie, adv. mr. W.B. Teunis,
tegen
Raad voor de Kinderbescherming, te Utrecht, verweerder in cassatie, niet verschenen.

Tekst

Hof:

3. Het geschil in hoger beroep

3.1.

Bij de bestreden beschikking is, conform het verzoek van de Raad, het kind onder toezicht gesteld met ingang van 2 juni 2005 voor de duur van een jaar.

3.2.

De moeder verzoekt, met vernietiging van de bestreden beschikking, vast te stellen dat de rechtbank zich onbevoegd had behoren te verklaren, althans de Raad niet te ontvangen in haar verzoek, althans het van de Raad af te wijzen.

4. Beoordeling van het hoger beroep

Bevoegdheid

4.1.

Ter zitting in hoger beroep heeft de advocaat van de moeder verklaard niet te weten waar de moeder en de kinderen zich bevinden, maar te vermoeden dat zij momenteel in Frans Guyana verblijven. Dat de moeder zich niet uit de OBA van de gemeente Utrecht heeft laten uitschrijven, betekent niet dat zij daar nog woont.

4.2.

De Raad heeft betoogd dat bij gebrek aan wetenschap omtrent de wettelijke verblijfplaats van de moeder en het kind uitgegaan moet worden van het uittreksel van het GBA waaruit blijkt dat zij, in ieder geval nog in april 2006, in de gemeente Utrecht stonden ingeschreven.

4.3.

Om te kunnen beoordelen of de Nederlandse rechter bevoegd is in deze zaak, dient vast te komen staan waar de gewone verblijfplaats van het kind was ten tijde van het inleidend verzoek op 14 april 2005. Naar het oordeel van het hof is niet aangetoond dat het kind in april 2005 bij zijn vader in Frans Guyana of elders buiten Nederland verbleef. Bij gebrek aan wetenschap over de exacte verblijfplaats van het kind in april 2005 en thans, gaat het hof uit van de inschrijving van het kind in het register van de GBA Utrecht op 14 april 2005. De Nederlandse rechter is derhalve bevoegd het verzoek om een ondertoezichtstelling te beoordelen.

Ondertoezichtstelling

4.4.

Ingevolge artikel 1:254 Burgerlijk Wetboek kan een minderjarige onder toezicht worden gesteld indien hij zodanig opgroeit dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen.

4.5.

Naar het oordeel van het hof is aan de voorwaarden van voornoemd artikel voldaan nu uit de stukken naar voren komt dat de draagkracht van de moeder zeer beperkt is en dat de kwaliteit van haar verzorging en opvoeding van het kind afhangt van haar gemoedstoestand die als wisselend wordt beschreven. Ook het gegeven dat de andere kinderen van de moeder ontwikkelingsproblemen hebben, omdat zij door de jaren heen ernstig tekort zijn gekomen in hun opvoeding, baart het hof zorgen. Omdat de moeder op verscheidende terreinen problemen heeft, onder meer op lichamelijk en financieel gebied, en zij daarnaast wordt beperkt door haar cognitieve vermogens, lijkt thans sprake te zijn van een wankel evenwicht en is hulpverlening in de vorm van ondertoezichtstelling noodzakelijk in het belang van het kind.
(enz.)
Cassatiemiddel:
Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen omdat het Hof met betrekking tot de bevoegdheid van de Nederlandse rechter heeft overwogen en op grond daarvan beschikt als in voormelde uitspraak omschreven, zulks om de volgende redenen.

Toelichting:

1.

Zowel in de appèlschriftuur als bij de behandeling ter zitting van 28 november 2005 is door verzoekster gesteld dat het kind in Frans Guyana verblijft. De stellingname van verzoekster was voor het Hof reden om de zaak aan te houden en overlegging van stukken te vragen. Verzoekster voldeed hieraan door stukken van de Franse autoriteiten over te leggen.
Het Hof overweegt onder 4.3. dat voor de beoordeling van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter dient vast te staan waar de gewone verblijfplaats van het kind was ten tijde van het inleidend verzoek op 14 april 2005.
Vervolgens wordt overwogen, dat bij gebrek aan wetenschap over de exacte verblijfplaats, het Hof uitgaat van de inschrijving in het gba-register van Utrecht.
Deze overweging brengt het Hof tot de beslissing dat de Nederlandse rechter bevoegd is van het verzoek kennis te nemen.
Het Hof heeft nagelaten aan te geven waarom hij het gba-uittreksel doorslaggevend acht, waardoor voor verzoekster in het duister blijft waarom het Hof de keuze maakt voor de gba-inschrijving en de overgelegde verklaring van woonplaats van de Franse autoriteiten passeert; hetgeen temeer klemt nu het Hof zelf om de stukken had gevraagd.

2.

Uitgangspunt is dat de bevoegdheid van de rechter wordt beoordeeld naar het tijdstip van indiening van het verzoek. Evenwel kunnen er omstandigheden aanwezig zijn die maken dat beoordeling dient te geschieden naar het tijdstip van het nemen van de beslissing.
In deze heeft het Hof als onwrikbaar aangenomen dat beoordeling steeds naar het tijdstip van indiening dient plaats te vinden.
Echter bij elke beslissing aangaande kinderen, geeft het belang van het kind de doorslag.
Het is steeds de rechter van de gewone verblijfplaats die het best geëquipeerd wordt geacht beslissingen aangaande het kind te kunnen nemen.
Het Hof heeft dit echter miskend.
Voor de beoordeling van zijn bevoegdheid had het Hof niet zonder meer mogen voorbij gaan aan het aanbod van verzoekster gedaan ter zitting van 28 november 2005 het kind bij de Franse autoriteiten te presenteren.
Het Hof heeft zijn beschikking dan ook niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

Conclusie A-G mr. Strikwerda:

1.

Thans verweerder in cassatie, hierna: de Raad voor de Kinderbescherming, heeft op 15 april 2005 bij de kinderrechter in de rechtbank Utrecht een verzoekschrift ingediend strekkende tot ondertoezichtstelling van het minderjarige kind, geboren in 2004, hierna: het kind, over wie thans verzoekster tot cassatie, hierna: de moeder, alleen belast is met het ouderlijk gezag.

2.

De kinderrechter heeft bij beschikking van 2 juni 2005 het verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming toewijsbaar geoordeeld en het kind met ingang van de datum van de beschikking voor een termijn van een jaar onder toezicht gesteld van de Stichting Bureau Jeugdzorg Utrecht en de uitvoering van de maatregel opgedragen aan de William Schrikker Stichting Jeugdreclassering en Jeugdbescherming.

3.

De moeder is van de beschikking van de kinderrechter in hoger beroep gegaan bij het gerechtshof te Amsterdam, doch tevergeefs: bij beschikking van 22 juni 2006 heeft het hof de beschikking waarvan beroep bekrachtigd.

4.

De moeder is tegen de beschikking van het hof (tijdig) in cassatie gekomen met één middel. De Raad voor de Kinderbescherming heeft geen verweerschrift in cassatie ingediend.

5.

De moeder kan in haar cassatieberoep niet worden ontvangen. De ondertoezichtstelling is immers reeds op 2 juni 2006 afgelopen, zodat de moeder geen belang meer heeft bij haar cassatieberoep. Zie o.m. HR 13 april 2001, NJ 2002, 4 en 5 m.nt. JdB en HR 6 februari 2004, NJ 2004, 250 m.nt. SW.

6.

In verband met het belang van de door het middel aan de orde gestelde vraag, teken ik ten overvloede bij het middel het volgende aan.

7.

De moeder heeft in hoger beroep onder meer aangevoerd (grief I) dat de kinderrechter zich onbevoegd had behoren te verklaren, omdat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in Frans Guyana.

8.

Ter zitting in hoger beroep heeft de advocaat van de moeder verklaard niet te weten waar de moeder en het kind (en de andere kinderen van de moeder) zich bevinden, maar te vermoeden dat zij momenteel in Frans Guyana verblijven.

9.

De Raad voor de Kinderbescherming heeft het standpunt van de moeder bestreden en betoogd dat bij gebrek aan wetenschap omtrent de werkelijke verblijfplaats van de moeder en het kind uitgegaan moet worden van het door hem overgelegde uittreksel van het GBA waaruit blijkt dat zij, in ieder geval nog in april 2006, in de gemeente Utrecht stonden ingeschreven.

10.

Het hof heeft het beroep van de moeder op onbevoegdheid van de Nederlandse rechter verworpen en daartoe overwogen (r.o. 4.3):
Om te kunnen beoordelen of de Nederlandse rechter bevoegd is in deze zaak, dient vast te komen staan waar de gewone verblijfplaats van het kind was ten tijde van het inleidend verzoek op 14 april 2005. Naar het oordeel van het hof is niet aangetoond dat het kind in april 2005 bij zijn vader in Frans Guyana of elders buiten Nederland verbleef. Bij gebrek aan wetenschap over de exacte verblijfplaats van het kind in april 2005 en thans, gaat het hof uit van de inschrijving van het kind in het register van de GBA Utrecht op april 2005. De Nederlandse rechter is derhalve bevoegd het verzoek om een ondertoezichtstelling te beoordelen.

10.

Het middel bestrijdt dit oordeel met onder meer de klacht dat — kort gezegd — het hof ter beoordeling van de bevoegdheidsvraag had behoren vast te stellen waar de gewone verblijfplaats van het kind is en niet kon volstaan met de enkele verwijzing naar het GBA-uittreksel.

11.

Het hof heeft tot uitgangspunt genomen dat niet duidelijk is waar ten tijde van de indiening van het inleidend verzoekschrift en ten tijde van het hoger beroep het kind verbleef.

12.

Bij dit uitgangspunt is op de bevoegdheidsvraag de Verordening (EG) nr. 2201/2003, L 2003, 338, in Nederland gebruikelijk aangeduid als de Brussel II-bis Verordening, formeel niet van toepassing. Daartoe moet immers vaststaan dat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft of, indien de gewone verblijfplaats van het kind niet kan worden vastgesteld, zich bevindt in een lidstaat (art. 8, 9, en 10 resp. art. 13) dan wel, indien het kind zijn gewone verblijfplaats niet in een lidstaat heeft, voldaan is aan de vereisten van — het hier niet van toepassing zijnde — art. 12 lid 1 of lid 3 van de verordening. Zie Kluwers Personen- en familierecht, losbl., Titel 14, internationaal privaatrecht, A. Brussel II-bis, aant. 3.4.3 (Th.M. de Boer).

13.

Ook het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 (Verdrag van 5 oktober 1961, Trb. 1963, 29 en 1968, 101) is op de bevoegdheidsvraag formeel niet van toepassing. Daartoe is immers vereist dat vaststaat dat de minderjarige zijn gewone verblijf heeft in een van de verdragsluitende staten (art. 13 lid 1 van het verdrag). Zie L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, 8e dr. 2005, nr. 128. De opvolger van het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961, het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1996 (Verdrag van 19 oktober 1996, Trb. 1997, 299), is nog niet in werking getreden.

14.

De vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is om van het verzoek tot ondertoezichtstelling van het kind kennis te nemen wordt derhalve, nu de bevoegdheidsregeling van noch de Brussel II-bis Verordening, noch het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 van toepassing is, beheerst door het commune internationaal bevoegdheidsrecht, meer bepaald door art. 5 Rv, zoals dit luidde ten tijde van de indiening van het inleidende verzoekschrift (het artikel is gewijzigd bij de Wet van 16 februari 2006, Stb. 2006, 123, inwerkingtreding 1 mei 2006). Zie HR 19 maart 2004, NJ 2004, 295 m.nt. PV.

15.

Ingevolge art. 5 Rv, zoals dit luidde ten tijde van de indiening van het inleidende verzoekschrift, heeft de Nederlandse rechter slechts rechtsmacht in zaken betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, indien het kind in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft. Aangezien in een zodanig geval de Brussel II-bis Verordening en het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 formeel van toepassing zijn, heeft art. 5 (oud) Rv, evenals het huidige art. 5 Rv, slechts rechtsmachtbeperkende betekenis: buiten de toepassing van de Brussel II-bis Verordening en het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 komt de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toe, indien het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft. Zie Strikwerda, a.w., nr. 242, en zie voorts, wat het huidige art. 5 Rv betreft, F. Ibili, Gewogen rechtsmacht in het IPR, diss. VU 2007, blz. 99/100.

16.

Uit dit een en ander volgt dat, nu het hof heeft overwogen dat niet duidelijk is waar ten tijde van de indiening van het inleidend verzoekschrift en ten tijde van het hoger beroep het kind verbleef en dus niet vast is komen te staan dat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in Nederland, het oordeel van het hof dat de Nederlandse rechter bevoegd is het verzoek om een ondertoezichtstelling te beoordelen, van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. De daarop

gerichte klacht van het middel komt mij derhalve gegrond voor.
De conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van de moeder in haar cassatieberoep.

Tekst

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Op verzoek van verweerder in cassatie — verder te noemen: de Raad voor de Kinderbescherming — heeft de rechtbank Utrecht bij beschikking van 2 juni 2005 het minderjarige kind van verzoekster tot cassatie — verder te noemen: de moeder — voor een termijn van een jaar onder toezicht gesteld van de Stichting Bureau Jeugdzorg Utrecht en de uitvoering van de maatregel opgedragen aan de Willem Schrikker Stichting Jeugdreclassering en Jeugdbescherming.
Tegen deze beschikking van de rechtbank heeft de moeder hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.
Bij beschikking van 22 juni 2006 heeft het hof de beschikking waarvan beroep bekrachtigd.
De beschikking van het hof is aan deze beschikking gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van het hof heeft de moeder beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.
De Raad voor de Kinderbescherming heeft geen verweerschrift ingediend.
De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Strikwerda strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van de moeder in haar cassatieberoep.

3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep

3.1

Op verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming heeft de kinderrechter in de rechtbank Utrecht bij beschikking van 2 juni 2005 het kind, het minderjarig kind van de moeder, met ingang van 2 juni 2005 voor een termijn van een jaar onder toezicht van de Stichting Bureau Jeugdzorg Utrecht gesteld. Op het door de moeder ingestelde hoger beroep heeft het hof bij

beschikking van 22 juni 2006 de beschikking waarvan beroep bekrachtigd. Nu de ondertoezichtstelling op 2 juni 2006 is afgelopen, heeft de moeder geen belang meer bij haar cassatieberoep, zodat zij daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

3.2

Opmerking verdient dat, nu niet duidelijk is waar het kind ten tijde van de indiening van het verzoek tot ondertoezichtstelling en ten tijde van het hoger beroep verbleef en dus niet is komen vast te staan dat hij zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft, het hof met zijn oordeel dat de Nederlandse rechter bevoegd is tot beoordeling van dat verzoek blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zoals is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 12–15, heeft de Nederlandse rechter ingevolge art. 5 Rv., zoals dit luidde ten tijde van de indiening van het inleidende verzoekschrift en zoals dit sinds 1 mei 2006 luidt, slechts rechtsmacht in zaken betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen, indien het kind in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft. Aangezien in een zodanig geval de Verordening (EG) nr. 2201/2003, L 2003, 338 (verordening Brussel II-bis) en het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 formeel van toepassing zijn, heeft art. 5 Rv. slechts rechtsmachtbeperkende betekenis: buiten de toepassing van de verordening Brussel II-bis en het Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1961 komt de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toe, indien het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Nederland heeft.

4. Beslissing

De Hoge Raad verklaart de moeder niet-ontvankelijk in haar beroep.

Noot

1.

Het belang van deze beschikking schuilt in de overweging ten overvloede. Hoewel verzoekster niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat de ondertoezichtstelling waartegen zij zich verzet intussen al was afgelopen, vindt de Hoge Raad in het cassatieberoep toch voldoende aanleiding om iets te zeggen over de wijze waarop het hof bevoegdheid heeft aangenomen. Praktisch gesproken gaat het om de vraag of de Nederlandse rechter een kinderbeschermende maatregel kan treffen ten aanzien van een kind waarvan niet vaststaat of het in Nederland of in het buitenland verblijft.
In casu was de ondertoezichtstelling uitgesproken door de kinderrechter te Utrecht. In de beschikking in eerste aanleg wordt niets gezegd over de bevoegdheid van de Nederlandse

rechter. In hoger beroep wordt echter betoogd dat het kind 'inmiddels' in Frans Guyana verblijft, en daar beginnen de problemen. Met die stelling wordt namelijk de bevoegdheid van de Nederlandse rechter tot het nemen van een kinderbeschermende maatregel in twijfel getrokken, en dus dient het hof zich eerst daarover uit te spreken. Terecht gaat het hof ervan uit dat de Nederlandse rechter in beginsel alleen bevoegd is als het kind zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft. Het hof zegt het er niet bij, maar dit volgt zowel uit art. 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 en art. 8 Verordening Brussel II-bis als uit art. 5 Rv.
Complicaties ontstaan als het kind hangende de procedure in eerste aanleg of in hoger beroep naar een ander land verhuist. Naar welk moment moet dan bepaald worden of het kind zijn gewoon verblijf in Nederland heeft? Is dat het tijdstip waarop de zaak in eerste aanleg aanhangig wordt gemaakt, het tijdstip waarop hoger beroep wordt ingesteld, of zijn de omstandigheden ten tijde van de beslissing doorslaggevend?

2.

Het antwoord van het hof is niet erg duidelijk. 'Om te kunnen beoordelen of de Nederlandse rechter bevoegd is in deze zaak, dient vast te komen staan waar de gewone verblijfplaats van het kind was ten tijde van het inleidend verzoek op 14 april 2005', stelt het hof in r.o. 4.3. Die tekst suggereert dat alleen bezien moet worden waar het kind verbleef toen de zaak in eerste aanleg aanhangig werd gemaakt. Maar na te hebben geconstateerd dat niet is aangetoond dat het kind op dat tijdstip niet in Nederland verbleef, vervolgt het hof: 'Bij gebrek aan wetenschap over de exacte verblijfplaats van het kind in april 2005 en thans, gaat het hof uit van de inschrijving van het kind in het register van de GBA Utrecht op 14 april 2005' (mijn curs., dB). Hiermee geeft het hof te kennen dat ook de omstandigheden ten tijde van het hoger beroep een rol spelen bij de beoordeling van de bevoegdheid. De Hoge Raad gaat hierin mee, maar verwerpt de wijze waarop het hof heeft vastgesteld dat het kind op beide tijdstippen in Nederland verbleef: dat het kind ten tijde van de indiening van het inleidend verzoek in Nederland stond ingeschreven, wil niet zeggen dat het toen en daarna ook werkelijk zijn gewone verblijfplaats in Nederland had.

3.

Hoewel ik mij geheel kan vinden in de gedachte dat de Nederlandse rechter geen maatregelen moet treffen ten aanzien van kinderen waarvan niet vaststaat dat zij in Nederland verblijven, kunnen er sinds de inwerkingtreding van de Verordening Brussel II-bis wel enkele kanttekeningen geplaatst worden bij het door het hof gekozen en door de Hoge Raad bevestigde uitgangspunt dat ook de omstandigheden ten tijde van het hoger beroep van invloed zijn op de bevoegdheid van de Nederlandse rechter.
In wezen gaat het hier om de vraag of er in casu een uitzondering gemaakt mag worden op het beginsel van de perpetuatio fori. In het internationaal bevoegdheidsrecht geldt als regel dat een wijziging van de omstandigheden in de loop van de procedure, ook in hoger beroep,

geen invloed heeft op de bevoegdheid in eerste aanleg of in hoger beroep. Als ten tijde van het aanhangig maken van de zaak in eerste instantie bevoegdheid bestaat, kan daarin tijdens de procedure geen verandering meer komen: HR 19 maart 2004, NJ 2004, 295, m.nt. PV. Uitzonderingen op dit beginsel worden aanvaard op grond van proceseconomische motieven of op grond van de aard van de bevoegdheidsregel; vgl. J.P. Verheul & M.W.C. Feteris, Rechtsmacht in het Nederlandse internationaal privaatrecht, Deel 2, Overige verdragen, het commune i.p.r., Apeldoorn/Antwerpen, 1986, p. 76.
Met betrekking tot het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 (HKV) heeft de Hoge Raad beslist dat het perpetuatio-fori beginsel moet wijken voor het belang van de minderjarige (HR 28 mei 1999, NJ 2001, 212, nt. ThMdB). Doorslaggevend zijn dan de omstandigheden op het tijdstip waarop de gevraagde maatregel getroffen wordt. Zie: Guus E. Schmidt, Rechtsmacht inzake gezag en omgang, NIPR 2003, p. 127 e.v.; Susan Rutten, Perpetuatio fori in ouderlijk gezagskwesties, NIPR 2005, p. 11 e.v.; Personen en familierecht (losbl. uitg.), titel 14 (IPR), aant. A 5.1 (De Boer); aant. B 9 en 15 (Joppe). Dat is natuurlijk een heel verstandige oplossing, want als men op dit terrein vasthoudt aan de perpetuatio fori, wordt de Nederlandse rechter gedwongen kinderbeschermende maatregelen te treffen die — omdat het kind in de loop van de procedure vanuit Nederland naar het buitenland is verhuisd — niet in Nederland kunnen worden geëffectueerd. Het is zinloos een kind onder toezicht van een Nederlandse gezinsvoogd te stellen als dat kind intussen niet meer in Nederland woont.

4.

Helaas zijn de bedenkers van de Verordening Brussel II-bis minder verstandig geweest. In art. 8 wordt primair bevoegdheid toegekend aan 'de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak bij het gerecht aanhangig wordt gemaakt' (mijn curs., dB). Op dit uitgangspunt worden in de artikelen 9 en 10 uitzonderingen gemaakt op grond waarvan de rechter van het land van de vorige gewone verblijfplaats van het kind zijn bevoegdheid behoudt. Deze uitzonderingen lijken echter de regel van de perpetuatio fori te bevestigen. Dat betekent dat het hof in casu alleen had moeten onderzoeken of het kind in Nederland verbleef toen de zaak in eerste aanleg aanhangig werd gemaakt. Of het na dat tijdstip uit Nederland vertrokken is, is voor de toepassing van art. 8 irrelevant.
Er is wel geopperd dat Brussel II-bis wellicht toch een afwijking van het perpetuatio-fori beginsel zou toelaten; vgl. Rutten, a.w. p. 16. In art. 8 wordt immers niet gesproken van een gerecht in eerste aanleg, maar van 'het gerecht' waarbij de zaak aanhangig wordt gemaakt, waaronder dan misschien ook een hogere instantie kan worden verstaan. Ik vind deze gedachte niet erg overtuigend, met name niet omdat blijkens art. 16 voor het aanhangig maken van een zaak een stuk nodig is 'waarmee het geding wordt ingeleid'. Een procedure in hoger beroep of cassatie zou ik niet kwalificeren als een zelfstandig 'geding' en een beroepsschrift of appeldagvaarding lijkt mij geen 'inleidend' gedingstuk. Ik houd het er dus maar op dat de opstellers van Brussel II-bis in art. 8 het perpetuatio-fori beginsel hebben vastgelegd, waarschijnlijk zonder zich te realiseren dat een kinderbeschermende maatregel die

niet kan worden geëffectueerd omdat het kind zich intussen in een ander land bevindt, beter achterwege kan blijven.

5.

In casu blijkt uit het procesdossier niet zonneklaar of het kind ten tijde van het inleidend verzoek in Nederland verbleef. Ter zitting in hoger beroep verklaarde de advocaat van de moeder 'niet te weten waar de moeder en de kinderen zich bevinden, maar te vermoeden dat zij momenteel in Frans Guyana verblijven' (r.o. 4.1., mijn curs., dB). In het cassatiemiddel wordt het hof (feitelijk onjuist) verweten dat het 'als onwrikbaar [heeft] aangenomen dat beoordeling steeds naar het tijdstip van indiening dient plaats te vinden'. Daaruit valt af te leiden dat het kind Nederland pas na het aanhangig maken van de zaak zou hebben verlaten. Als dat zo is, dan had het hof zich met een gerust hart bevoegd kunnen verklaren. De casus valt dan immers niet alleen onder het materieel en temporeel maar ook onder het formeel toepassingsgebied van Brussel II-bis, en op grond van art. 8 moet dan alleen gelet worden op de omstandigheden ten tijde van het aanhangig maken van het geding. Of daarnaast het HKV toepassing verdient, is eigenlijk een academische vraag. Zo ja, dan ontstaat er een samenloopprobleem, dat mijns inziens ten gunste van Brussel II-bis moet worden opgelost; vgl. Personen en familierecht (losbl. uitg.), titel 14 (IPR), aant. A 10.1 (De Boer). Zo nee, dan komt alleen Brussel II-bis voor toepassing in aanmerking.
Helaas doet het hof zichzelf de das om door te stellen dat het niet weet of het kind zich ten tijde van de indiening van het verzoek in eerste aanleg in Nederland bevond. Daardoor kwam de casus buiten het formeel toepassingsgebied van Brussel II-bis te liggen, en dientengevolge verschuift ook de peildatum: buiten Brussel II-bis accepteert de Hoge Raad in zaken van kinderbescherming immers in ieder geval een uitzondering op het perpetuatio-fori beginsel. Voor de toepassing van het HKV — en naar we mogen aannemen ook voor de toepassing van art. 5 Rv — is een wijziging van de omstandigheden dus wél relevant. Kortom, het hof had zich ofwel moeten richten naar Brussel II-bis en dus alleen moeten onderzoeken of het kind ten tijde van het inleidend verzoek in Nederland woonde, ofwel het had — bij gebrek aan wetenschap over die verblijfplaats — moeten onderzoeken waar het kind zijn gewone verblijfplaats had ten tijde van het hoger beroep, omdat bij toepassing van het HKV het perpetuatio-fori beginsel moet wijken voor het belang van het kind.

6.

In het obiter dictum wordt veel nadruk gelegd op de rechtsmachtbeperkende betekenis van art. 5 Rv. Wat de Hoge Raad daarmee precies wil zeggen, is mij niet duidelijk. Uit niets blijkt dat het hof op grond van art. 5 Rv bevoegdheid heeft aangenomen, en niet op grond van art. 8 Brussel II-bis of art. 1 HKV. De fout die het hof maakt, schuilt allereerst in de vaststelling dat het kind ten tijde van het hoger beroep nog in Nederland verbleef, op de enkele grond dat het op dat tijdstip nog in Nederland stond ingeschreven. In de tweede plaats wil het hof niet

alleen weten waar het kind verbleef ten tijde van het inleidend verzoek ('in april 2005') maar ook ten tijde van het hoger beroep ('en thans'). Na de constatering dat niet is aangetoond dat het kind 'in april 2005 bij zijn vader in Frans Guyana of elders buiten Nederland verbleef', had het hof zijn bevoegdheid op art. 8 Brussel II-bis moeten baseren, zonder de omstandigheden ten tijde van het hoger beroep erbij te betrekken.
De Hoge Raad laat in het midden naar welk tijdstip de omstandigheden beoordeeld moeten worden. Omdat niet wordt tegengesproken dat ook de omstandigheden ten tijde van het hoger beroep een rol spelen, wordt echter wel de suggestie gewekt dat in zaken betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid en kinderbescherming het perpetuatio-fori beginsel niet geldt. Dat lijkt mij in het licht van Brussel II-bis minst genomen aanvechtbaar en wat mij betreft had de Hoge Raad zijn overweging ten overvloede dus beter aan dát onderwerp kunnen wijden.
Th.M. de Boer

Copyright (C) Kluwer 2009