

Vergaderjaar 2004–2005

29 981 (R 1782)

Goedkeuring van het op 19 oktober 1996 te 's-Gravenhage tot stand gekomen verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van de ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (Trb. 1997, 299)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. Algemeen

Het advies van de Raad van State van het Koninkrijk wordt niet openbaar gemaakt, omdat het zonder meer instemmend luidt (artikel 25a, vijfde lid j° vierde lid, onder b, van de Wet op de Raad van State)

Het verdrag is voorbereid door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. De beslissing om over te gaan tot de herziening van het op 5 oktober 1961 te 's-Gravenhage tot stand gekomen verdrag betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen (Trb. 1963, 29) (hierna: het verdrag van 1961), is genomen tijdens de Zeventiende Zitting van de Conferentie in mei 1993. Het grote succes, in de afgelopen jaren, van twee betrekkelijk recente verdragen van de Haagse Conferentie op het gebied van kinderbescherming, te weten het verdrag van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (Trb. 1987, 139) (hierna: Haags Kinderontvoeringsverdrag van 1980) en het verdrag van 29 mei 1993 inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie (Trb. 1993, 197) (hierna: Haags Adoptieverdrag van 1993) heeft tot de overtuiging geleid dat er behoefte is aan een nieuwe regeling van de overige aspecten van internationale kinderbescherming, welke voldoet aan hedendaagse opvattingen op dit gebied. Een ander belangrijk argument om de herziening te entameren, was dat de regeling van het verdrag van 1961, ofschoon van groot belang in de betrekkingen tussen de elf landen die erbij partij zijn, niet aantrekkelijk is voor landen met een Anglo-Amerikaanse rechtstraditie.

Uitgangspunt voor de onderhandelingen was een rapport van de hand van dr. A. Dyer, de toenmalige Eerste Secretaris van de Haagse Conferentie. In dat rapport is een beeld geschetst van het functioneren van het verdrag van 1961 en is een aantal tekortkomingen daarvan gesignaleerd. In de loop van de onderhandelingen, die in een periode van drie jaar zijn gevoerd in een viertal bijeenkomsten van een Bijzondere Commissie, zijn aanvullingen op dat rapport verschenen. Aan de onderhandelingen is deelgenomen door 35 lidstaten van de Haagse Conferentie en 15 staten met waarnemerstatus, alsmede door een aantal gouvernementele en niet-gouvernementele organisaties.

Voorzitter van de Bijzondere Commissie was dr. J. Pirrung, destijds Ministerialrat bij het Duitse Bondsministerie van Justitie. Rapporteur was de Franse hoogleraar P. Lagarde. Het toelichtende rapport van diens hand mag als gezaghebbend worden beschouwd. Dat rapport, evenals de

overige voorbereidende stukken, is opgenomen in de «Actes et Documents de la Dix-huitième Session», Tome II, 's-Gravenhage 1998. Het is te raadplegen op de website van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, www.hcch.net Het nieuwe verdrag kan mede worden beschouwd als een uitwerking van beginselen, neergelegd in het op 20 september 1989 te New York tot stand gekomen verdrag inzake de bescherming van de rechten van het kind (Trb.1990, 170).

Een grote moeilijkheid die bij de toepassing van het verdrag van 1961 is gerezen, is gelegen in de samenloop van de bevoegdheid van de autoriteiten van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind en die van zijn nationaliteit (artikelen 1 en 4). In geval van een bevoegdheidsconflict hebben de autoriteiten van de staat van de nationaliteit het laatste woord. Maatregelen, door die autoriteiten genomen, blijken niet steeds aanvaardbaar voor de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind, van wie mag worden verondersteld dat zij beter in staat zijn de situatie en de belangen van het kind te beoordelen. Een ander probleem is dat het verdrag geen antwoord geeft op de vraag, van welk land de autoriteiten bevoegd zijn indien het kind meer dan één nationaliteit heeft. Een derde moeilijkheid rijst in verband met de regel van artikel 3 betreffende van rechtswege bestaande gezagsbetrekkingen. Deze worden beheerst door het nationale recht van de minderjarige, terwijl maatregelen in beginsel worden genomen met inachtneming van het recht van zijn gewone verblijfplaats. Een laatste belangrijke moeilijkheid is gelegen in het gebrekkige functioneren van de internationale samenwerking, die door het verdrag is voorzien, en in het ontbreken van een regeling van de tenuitvoerlegging van beschermende maatregelen die in een verdragsstaat zijn genomen, in een andere verdragsstaat.

Het nieuwe verdrag beoogt voor al deze moeilijkheden een oplossing te bieden. De regeling is aanzienlijk uitvoeriger dan die van 1961. Zij is overzichtelijker en, naar men mag aannemen, ook voor de niet-specialist beter leesbaar. In zeven hoofdstukken worden achtereenvolgens behandeld het toepassingsgebied van het verdrag, de bevoegdheid van autoriteiten om maatregelen te nemen, het recht dat van toepassing is op maatregelen, onderscheidenlijk op van rechtswege bestaande gezagsbetrekkingen, de erkenning en de tenuitvoerlegging van maatregelen, de samenwerking, algemene bepalingen en slotbepalingen.

Het eerste hoofdstuk (artikelen 1 tot en met 4) omschrijft het doel van het verdrag en de kinderen waarop het van toepassing is. Het geeft een niet-limitatieve, maar vrij volledige omschrijving van de beschermende maatregelen die onder het toepassingsgebied van het verdrag vallen en een opsomming van onderwerpen die daarvan zijn uitgesloten.

Hoofdstuk II, dat de bevoegdheid regelt, bevat belangrijke vernieuwingen ten opzichte van het verdrag van 1961. Het houdt in dat verdragsstaten een aanzienlijke beperking van de bevoegdheid van hun autoriteiten aanvaarden. In beginsel is elke samenloop van bevoegdheid van de autoriteiten van verschillende landen om beschermende maatregelen ten aanzien van de minderjarige te nemen, uitgesloten.

Uitgangspunt is, dat bevoegd zijn de autoriteiten van de verdragsstaat van de gewone verblijfplaats van het kind (artikel 5). Aan dat uitgangspunt is een nadere uitwerking gegeven voor het geval van ontbreken van een gewone verblijfplaats (artikel 6) of van ongeoorloofde overbrenging van het kind naar een andere verdragsstaat (artikel 7). Weliswaar kunnen in bepaalde gevallen de autoriteiten van andere staten ingrijpen met het oog op de bescherming van het kind (artikelen 8 en 9), maar zij kunnen dit – behoudens in een voorbijgaande noodsituatie of bij maatregelen met een territoriaal beperkte werking – uitsluitend doen met goedvinden of op verzoek van de autoriteiten van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind. Dit geldt in het bijzonder voor de staat van de nationaliteit van het kind. Evenals andere staten waarmee het kind een nauwe band heeft, is deze uitsluitend met machtiging van de autoriteiten van de staat van de

gewone verblijfplaats van het kind bevoegd om maatregelen te nemen. Door deze opzet is tegelijkertijd een antwoord gegeven op de vraag welke autoriteiten bevoegd zijn ten aanzien van een bipatride kind. Een afwijkend regime geldt in geval van echtscheiding. Hier voorziet het verdrag in een – aan beperkingen gebonden – parallelle bevoegdheid van het echtscheidingsforum om maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van de kinderen te treffen (artikel 10).

Wat het recht, toepasselijk op maatregelen, betreft, is uitgangspunt van het verdrag, evenals van dat van 1961, dat een autoriteit die een maatregel treft, haar eigen recht toepast (artikel 15). Die regel is echter enigszins versoepeld. Hoofdstuk III bevat voorts een regeling voor het van rechtswege ontstaan en tenietgaan van gezagsbetrekkingen (artikel 16 tot en met 18). Anders dan in het verdrag van 1961, is uitgangspunt de toepasselijkheid van het recht van de gewone verblijfplaats van het kind (en niet meer het nationale recht). Er is ook een oplossing gegeven voor het geval dat het kind van gewone verblijfplaats verandert (conflict mobile). Hoofdstuk IV geeft een gedetailleerde regeling voor de erkenning en de tenuitvoerlegging in een verdragsstaat van maatregelen die in een andere verdragsstaat zijn genomen. Een dergelijke regeling ontbrak in het verdrag van 1961. Er wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de erkenning, de uitvoerbaarverklaring of de registratie in verband met tenuitvoerlegging, en de tenuitvoerlegging zelf. Artikel 23 geeft een limitatieve opsomming van de gronden voor niet-erkenning en artikel 24 voorziet in een declaratoire uitspraak omtrent de vatbaarheid voor erkenning van een beschermende maatregel.

Hoofdstuk V creëert een samenwerkingsmechanisme tussen verdragsstaten. Daaraan ontbrak het in het verdrag van 1961 eveneens. Naar het voorbeeld van eerdere Haagse verdragen berust dit mechanisme op de aanwijzing van een centrale autoriteit (artikel 29), wier verplichtingen en bevoegdheden in de artikelen 30 tot en met 38 worden omschreven. Hoofdstuk VI (artikelen 40 tot en met 56) bevat met name enige algemene bepalingen die ten doel hebben de uitvoering (artikel 40) en het volgen van de uitvoering van het verdrag (artikel 56) te vereenvoudigen en de vertrouwelijke behandeling van gegevens en informatie, die op grond van het verdrag wordt verzameld, te verzekeren (artikelen 41 en 42). Het bevat ook bepalingen over de toepassing in staten met meervoudige rechtsstelsels (artikelen 46 tot en met 49), de toepasselijkheid in de tijd (artikel 53), de verhouding met andere verdragen (artikel 50 tot en met 52) en de toegestane voorbehouden.

Hoofdstuk VII (artikelen 57 tot en met 63) bevat de in Haagse verdragen gebruikelijke slotclausules.

Het belang van het verdrag voor Nederland

In het nieuwe verdrag komt, veel sterker dan in het oude, het accent op de internationale samenwerking van de bij kinderbescherming betrokken autoriteiten te liggen. Dat is, gelet op de ervaring met eerdere Haagse verdragen op dit gebied, een voor Nederland welkome vernieuwing. In dit verband kan ook nogmaals worden gewezen op het feit dat het nieuwe verdrag een belangrijke aanvulling vormt op het Kinderontvoeringsverdrag en het Adoptieverdrag.

Bekrachtiging betekent dat de verdragsregels deel gaan uitmaken van de codificatie van het Nederlandse internationaal privaatrecht. De hiervoor weergegeven analyse van tekortkomingen van het verdrag van 1961 vormt een getrouwe weerspiegeling van de ervaringen in Nederland, zoals deze blijken uit rechtspraakoverzichten en uit informatie van de centrale autoriteit voor Nederland. Aan modernisering bestaat ook uit dat oogpunt zeker behoefte. Het verdrag geeft het primaat aan de aanknopingsplaats aan de gewone verblijfplaats van het kind. Dit strookt met de ontwikkeling

die het Nederlandse internationaal privaatrecht op het onderhavige terrein heeft doorgemaakt.

Gelet op het voorgaande is de Nederlandse regering reeds in 1997 overgegaan tot ondertekening van het verdrag.

Het verdrag bepaalt zelf dat het in de betrekkingen tussen staten die erbij partij worden, in de plaats treedt van het verdrag van 1961.

Inmiddels zijn Australië, Ecuador, Estland, Letland, Litouwen, Marokko, Monaco, Slovenië, Slowakije en de Tsjechische Republiek partij bij het verdrag geworden. Door de opneming van een zogenaamde ontkoppelingsclausule is rekening gehouden met de totstandkoming op 28 mei 1998 te Brussel van een verdrag opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken (Trb. 1999, 14), in welk verdrag ook een regeling is opgenomen met betrekking tot de bevoegdheid inzake gezag en omgangsrecht na echtscheiding. Dat verdrag is inmiddels omgezet in de Verordening (EG) nr. 1347/2000 (verordening «Brussel II»), die op 1 maart 2001 van kracht is geworden in de – toen 15 – lidstaten van de Europese Unie behalve Denemarken. De verordening zal met ingang van 1 maart 2005 worden vervangen door de verordening (EG) nr. 2201/2003 van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid (PbEU L 338) (verordening «Brussel IIbis»), hierna ook: de verordening). Voorzover deze nieuwe verordening de ouderlijke verantwoordelijkheid betreft, bestrijkt zij grotendeels hetzelfde terrein als het verdrag. Aangezien het verdrag op een heel klein terrein interfereert met de verordening Brussel II (en de verordening «Brussel IIbis»), hebben de EG-lidstaten (met uitzondering van Denemarken) niet langer de vrijheid zelf te beslissen of zij al dan niet partij bij het verdrag worden. In verband daarmee is eind 2002 een besluit van de EG-Raad tot stand gekomen, strekkend tot gezamenlijke gelijktijdige ondertekening door de lidstaten in het belang van de Gemeenschap. De ondertekening vond plaats op 1 april 2003. Ook Denemarken heeft het verdrag op die datum ondertekend. Niet-EG-lidstaten die het verdrag hebben ondertekend, maar nog niet geratificeerd, zijn Polen en Zwitserland. Een besluit van de EG-Raad inzake gezamenlijke ratificatie door de EG-lidstaten (met uitzondering van Denemarken) in het belang van de Gemeenschap, is gereed om te worden aangenomen, doch is geblokkeerd door een voorbehoud van Spanje in verband met een geschil met het Verenigd Koninkrijk over de aanwijzing van een centrale autoriteit in Gibraltar. Dit besluit strekt ertoe dat de lidstaten de nodige stappen nemen om te bereiken dat hun nationale parlementaire procedures in verband met de ratificatie vóór 1 oktober 2005 zijn voltooid.

Het voorgaande betekent dat het verdrag in de EG-lidstaten naast de verordening «Brussel IIbis» zal gaan gelden. Dat komt erop neer dat instanties in een EG-lidstaat het verdrag zullen toepassen als het gaat om een kind dat gewone verblijfplaats heeft in een niet-EG-lidstaat die partij is bij het verdrag. Heeft het kind gewone verblijfplaats in een EG-lidstaat, dan wordt de verordening toegepast. Beslissingen die in een EG-lidstaat zijn genomen met toepassing van het verdrag, zullen in een andere EG-lidstaat ten uitvoer kunnen worden gelegd met inachtneming van de criteria van de verordening.

De verordening «Brussel IIbis» regelt niet het recht dat op een maatregel betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid wordt toegepast. Het verdrag zal derhalve het toepasselijk recht aanwijzen op een maatregel die in een EG-lidstaat wordt genomen, ongeacht of dit op grond van de verordening of het verdrag geschiedt. Ook zal in een EG-lidstaat aan de hand van het verdrag worden bepaald of tussen een kind en zijn ouder(s) van rechtswege een gezagsverhouding bestaat.

De regeringen van de Nederlandse Antillen en Aruba hebben aangegeven medegelding van het verdrag voor hun land te wensen. Op dit moment wordt geïnventariseerd wat de eventuele gevolgen zijn die medegelding met zich meebrengt.

Het hiernavolgende gedeelte van de memorie van toelichting bevat een verkorte weergave van het toelichtende rapport van prof. Lagarde. Op de daarvoor in aanmerking komende plaatsen worden de betekenis en de gevolgen van de verdragsbepalingen in de Nederlandse context uitgelegd. Het onderhavige voorstel van rijkswet tot goedkeuring van het verdrag gaat vergezeld van een wetsvoorstel houdende bepalingen ter uitvoering van het verdrag en de verordening.

II. De verdragsinhoud

Titel en preambule

De titel van het verdrag noemt de vier belangrijkste hoofdstukken en laat aldus geen misverstand bestaan omtrent de inhoud.

De preambule bevat in de eerste drie alinea's een samenvatting van het toepassingsgebied en het doel van het verdrag. De vierde considerans verwijst naar het belang van het kind, een begrip dat op verscheidene plaatsen in de verdragstekst voorkomt. De vijfde considerans legt het verband met het eerdere werkzaamheden van de Haagse Conferentie door te verwijzen naar het verdrag van 5 oktober 1961, waarvan de herziening noodzakelijk is, en de slotparagraaf verwijst naar het reeds genoemde verdrag van de Verenigde Naties inzake de Rechten van het Kind.

HOOFDSTUK I – TOEPASSINGSGEBIED VAN HET VERDRAG

Artikel 1 (*Onderwerp van het verdrag*)

Het *eerste lid* beschrijft het onderwerp van het verdrag en bevat in feite een inhoudsopgave.

Het verdrag bepaalt de staat welks autoriteiten bevoegd zijn, maar wijst niet de bevoegde autoriteiten zelf aan, die gerechtelijke of administratieve autoriteiten kunnen zijn en op een bepaalde plaats binnen het grondgebied zitting kunnen houden. In termen van internationaal bevoegdheidsrecht sprekende, kan men zeggen dat het verdrag de internationale bevoegdheid regelt, niet de interne bevoegdheid.

Uit het eerste lid blijkt voorts dat het verdrag de bescherming van de persoon en «het vermogen» van het kind betreft. In de praktijk is het zinvol specifieke regels te hebben inzake de aanwijzing en de bevoegdheden van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind om het in het buitenland gelegen vermogen van het kind te beheren, in het bijzonder bij de afwikkeling van een nalatenschap waaruit het kind goederen heeft geërfd.

In dit verband dient te worden gewezen op het voorbehoud van artikel 55. Nederland zal van dat voorbehoud geen gebruik maken.

In de Slotakte van de Zeventiende Zitting was opgenomen dat onderzocht zou worden in hoeverre de op te stellen verdragsregeling zich leent voor toepassing op meerderjarigen die niet in staat zijn hun belangen te behartigen. De Achttiende Zitting heeft evenwel besloten dat de kwestie van meerderjarigenbescherming afzonderlijk diende te worden onderzocht en heeft haar op de agenda van de negentiende Zitting geplaatst. Inmiddels is op 2 oktober 1999 te 's-Gravenhage tot stand gekomen het verdrag inzake de internationale bescherming van meerderjarigen. Dat verdrag is

op 13 januari 2000 voor het Koninkrijk ondertekend. Een voorstel van rijkswet houdende goedkeuring en een wetsvoorstel voor de uitvoering van dat verdrag worden voorbereid.

De onderdelen *b* en *c* geven de inhoud van hoofdstuk III, betreffende het toepasselijke recht, weer. Door de vermelding, onder *c*, van de bepaling van het recht, toepasselijk op de ouderlijke verantwoordelijkheid, wordt reeds aangegeven dat in het verdrag (artikel 16) een verwijzingsregel wordt gegeven en niet een simpele erkenningsregel. Onderdelen *d* en *e* corresponderen met de hoofdstukken IV en V, over de erkenning en de tenuitvoerlegging, onderscheidenlijk de samenwerking.

De uitdrukking «ouderlijke verantwoordelijkheid» in het tweede lid, die is ontleend aan het verdrag inzake de rechten van het kind (artikel 19) vervangt de uitdrukking «gezagsverhouding» die in het verdrag van 1961 voorkomt. Dit begrip, dat ook reeds in het Haags Adoptieverdrag van 1993 (Trb. 1993, 197) is gehanteerd, is in het tweede lid verduidelijkt, omdat tijdens de onderhandelingen is gebleken dat het niet door alle delegaties op dezelfde wijze werd opgevat. De omschrijving is ruim. Zij bestrijkt zowel de verantwoordelijkheid met betrekking tot de persoon van het kind als de verantwoordelijkheid inzake zijn vermogen en, in het algemeen, de wettelijke vertegenwoordiging van het kind, wat ook de benaming van het instituut zij: ouderlijke verantwoordelijkheid, ouderlijk gezag, ouderlijke macht, evenals voogdij, curatele, wettelijk bewind, *custody*, *guardianship*. De rechten en verplichtingen waarom het hier gaat, zijn die welke van rechtswege toekomen aan de vader en de moeder met het oog op de opvoeding en de ontwikkeling van hun kinderen, of het nu de zorg of de opvoeding betreft dan wel de bepaling van de woonplaats of het toezicht op het kind, in het bijzonder op diens betrekkingen. Die verantwoordelijkheid wordt normaal door de ouders uitgeoefend, maar zij kan in geval van overlijden, van onbekwaamheid of onwaardigheid van de ouders, of van afstand van het kind door zijn ouders, geheel of gedeeltelijk door derden worden uitgeoefend, overeenkomstig de bepalingen van het interne recht.

Artikel 2 (kinderen op wie het verdrag van toepassing is) Het verdrag verklaart zichzelf niet toepasselijk op «minderjarigen», hetgeen de noodzaak zou hebben meegebracht om een bijzondere conflictenregel te formuleren die aangeeft naar welk recht de minderjarigheid wordt bepaald. Artikel 2 gebruikt de term «kinderen» en verduidelijkt dat het verdrag van toepassing is op kinderen vanaf hun geboorte en totdat zij de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt.

Het beginpunt is derhalve de geboorte van het kind. Het verdrag is van toepassing totdat het kind de leeftijd van 18 jaar bereikt. Dat betekent niet dat het verdrag de meerderjarigheidsgrens op 18 jaar stelt. Het betekent alleen dat de regels van het verdrag over de bevoegdheid, het toepasselijke recht, enz., toepasselijk zijn op kinderen tot die leeftijd, zelfs indien zij volgens hun personele recht vóór die leeftijd meerderjarig zijn geworden, hetzij omdat de meerderjarigheidsgrens volgens dat recht lager dan achttien jaar is, hetzij -hetgeen waarschijnlijker is - omdat zij door huwelijk of door handlichting meerderjarig zijn geworden.

Stelt de volgens het verdrag bevoegde autoriteit vast dat het kind volgens het op de handelingsbekwaamheid toepasselijke recht meerderjarig is geworden of meerderjarig is verklaard, dan is het aan haar om te beoordelen of een beschermingsmaatregel niettemin noodzakelijk is. Dat is een kwestie van materieel recht, die niet rechtstreeks door de bepalingen van het verdrag wordt beheerst. Ook ligt het, indien het recht dat de handelingsbekwaamheid beheerst het kind toestaat om bepaalde handelingen zonder tussenkomst van zijn wettelijke vertegenwoordiger te verrichten, bijvoorbeeld het raadplegen van een dokter of het kopen van anticonceptiemiddelen, op de weg van de autoriteit die zich hierover moet uitspreken om dat recht toe te passen binnen de grenzen van zijn openbare orde. Het

verdrag geeft niet aan welke maatregelen in dergelijke gevallen moeten worden genomen. Het beperkt zich ertoe de tot het nemen van die maatregelen bevoegde autoriteit aan te wijzen en de voorwaarden voor erkenning en tenuitvoerlegging van die maatregelen door andere verdragsstaten vast te stellen. Uit deze voorbeelden blijkt in elk geval dat het verdrag met een zekere souplesse zal worden toegepast op «grote kinderen», zulks temeer omdat deze het recht hebben in elke gerechtelijke of administratieve procedure die op hen betrekking heeft, te worden gehoord (artikel 12, tweede lid, van het verdrag inzake de rechten van het kind, en artikel 23, tweede lid, onder b, van het verdrag).

Het verdrag houdt op toepasselijk te zijn nadat het kind de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Het is echter mogelijk dat het kind na die leeftijd nog bescherming nodig heeft, hetzij omdat het volgens het recht dat zijn handelingsbekwaamheid beheerst, nog niet meerderjarig is, hetzij omdat zijn gezondheidstoestand een beschermingsmaatregel vereist. In dat geval is het verdrag inzake de internationale bescherming van minderjarigen van toepassing. Een staat die geen partij is bij dat verdrag, dient op grond van zijn eigen recht te voorzien in deze vorm van bescherming. Uiteraard dient de in de artikelen 41 en 42 geregelde vertrouwelijkheid van gegevens die onder de toepassing van het verdrag zijn verzameld, in acht te worden genomen ook nadat het kind de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt. Anders dan het verdrag van 1961, dat ingevolge artikel 13 daarvan toepasselijk is op alle minderjarigen die in een verdragsstaat gewone verblijfplaats hebben, bevat het nieuwe verdrag geen bepaling die een geografische beperking inhoudt ten aanzien van de kinderen op wie het van toepassing is. Het geografische (of formele) werkingsbereik van het verdrag varieert per bepaling. Wanneer een regel van het verdrag de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van een kind bevoegd verklaart, is deze toepasselijk op alle kinderen met gewone verblijfplaats in een verdragsstaat. Als een regel van het verdrag de autoriteiten van de verblijfplaats van een kind bevoegd verklaart, is deze regel toepasselijk op alle kinderen met verblijfplaats in een verdragsstaat. Als een regel van het verdrag een verwijzingsregel inhoudt betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, houdt zij een universele verwijzingsregel in, zoals in alle recente Haagse verdragen inzake conflictenrecht het geval is. Dat wil zeggen dat een zodanige regel toepasselijk is op alle kinderen, ongeacht hun nationaliteit of verblijfplaats.

Artikel 3 (*Opsomming van beschermende maatregelen*)

In het verdrag van 1961 ontbrak een definitie van het begrip »beschermende maatregel», hetgeen als een gemis werd ervaren. Ten einde hieraan tegemoet te komen, is in artikel 3 een enuntiatieve opsomming van maatregelen opgenomen. Beoogd is een groot terrein te bestrijken. Bepaalde onderdelen kunnen elkaar overlappen, hetgeen niet bezwaarlijk is, omdat alle maatregelen aan hetzelfde regime zijn onderworpen. Onderdeel *a* geeft aan dat beoogd zijn alle maatregelen waarmee de ouderlijke verantwoordelijkheid gemoeid is. Het onder *b* genoemde gezag en omgangsrecht zijn het voorwerp van talrijke conflicten tussen ouders die uit elkaar gaan. Gebruikt zijn hier dezelfde begrippen als in artikel 5 van het Haags Kinderontvoeringverdrag van 1980. Tegen het gebruik van het begrip «recht» van ouders op het gebied van gezag en omgang is bezwaar gemaakt in het licht van het nieuwe begrip «ouderlijke verantwoordelijkheid», dat door het Verdrag inzake de rechten van het kind is geïntroduceerd. Toch is deze formulering gehandhaafd, zowel om praktische redenen als om rekening te houden met de talrijke wetgevingen die de ouderlijke verantwoordelijkheid nog steeds opvatten als een gezagsverhouding.

Onder *c* is aangegeven dat beschermende maatregelen betrekking kunnen hebben op voogdij, curatele of andere soortgelijke instituten. Het betreft

beschermingsregimes die in het algemeen aan de orde komen als de ouders van de betrokken kinderen zijn overleden of niet meer gerechtigd zijn het kind te vertegenwoordigen.

De onder *d* gebruikte formulering is zeer ruim. De «persoon of het lichaam, belast met de zorg voor de persoon of het vermogen van het kind, of die het kind vertegenwoordigt of bijstaat» kan een voogd zijn, of een verzorger of iemand aan wie de ouderlijke verantwoordelijkheid is gedelegeerd, zoals in de eerdere onderdelen voorzien, maar ook een bijzondere curator die is aangewezen om het kind in een proces te vertegenwoordigen in geval van belangentegenstelling met de wettelijke vertegenwoordiger, dan wel een onderwijsinstelling of het hoofd van een vakantiekolonie, die geroepen is bij afwezigheid van de wettelijke vertegenwoordiger medische beslissingen te nemen, enz.

De plaatsing van een kind in een opvanggezin of in een instelling is in zeker opzicht het prototype van een beschermende maatregel. Zij valt uiteraard onder het verdrag, behoudens voor zover zij uitdrukkelijk ervan is uitgesloten, hetgeen het geval is voor de plaatsing voorafgaand aan de adoptie of de plaatsing volgend op een strafrechtelijk feit, begaan door het kind (artikel 4 onder *b* en *i*).

Onder *e* wordt met zoveel woorden genoemd de verstrekking van zorg aan het kind door middel van *kafala* of een overeenkomstig rechtsinstituut. Uit informatie, verstrekt door de Marokkaanse delegatie, is gebleken dat *kafala* hierop neerkomt dat een kind dat bescherming nodig heeft, hetzij door een beslissing van de voogdijrechter, hetzij door een van overheidswege ingestelde commissie, kan worden toevertrouwd aan een openbare of maatschappelijke instelling, hetzij aan een gezin van islamitisch geloof, welke instelling of familie de zorg heeft over de persoon van het kind (onderdak, onderhoud en opvoeding) en eventueel over het vermogen van het kind, en zondig met de voogdij over het kind wordt belast. De *kafala* is geen adoptie, welke in het islamitische recht verboden is, en zij heeft geen enkel gevolg voor de familierechtelijke betrekkingen van het kind. Het kind dat ervan profiteert, wordt geen lid van de familie van de *kafil*, en dit is de reden waarom de *kafala* niet door het Adoptieverdrag van 29 mei 1993 wordt bestreken. Het betreft echter zonder twijfel een beschermende maatregel, die derhalve binnen het toepassingsgebied van een kinderbeschermingsverdrag dient te vallen.

De bepaling onder *f* is opgenomen op verzoek van de Australische delegatie. Zij ziet op het geval waarin een kind aan de zorg blijft toevertrouwd van zijn ouders of van een van zijn ouders, zulks onder toezicht van een overheidsinstantie, welk toezicht nader kan zijn geregeld in een «maatregel» in de zin van het verdrag.

Beschermende maatregelen kunnen verband houden met het beheer of de instandhouding van het vermogen van het kind dan wel de beschikking daarover. Deze ruime formulering heeft betrekking op alle handelingen betreffende het vermogen van het kind, waaronder aankopen in de zin van investeringen, of de beschikking over vermogensdelen die worden overgedragen als tegenprestatie voor aankopen.

Artikel 4 (*Onderwerpen die van de toepassing van het verdrag zijn uitgesloten*)

Artikel 4 geeft een limitatieve opsomming van uitgesloten onderwerpen. Elke regel of maatregel die de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind beoogt en die niet door artikel 4 is uitgesloten, valt onder het verdrag. De redenen voor de opneming van de uitzonderingen verschillen onderling. Ten aanzien van de afstamming kan bijvoorbeeld niet gezegd worden dat de vaststelling of de betwisting daarvan op zichzelf strekken tot de bescherming van het kind. Hetzelfde geldt voor de naam, de erfopvolging of zelfs de handlichting. Bovendien zouden de regels van het verdrag, met name het uitgangspunt dat de rechter zijn

eigen recht toepast, hiervoor niet passend zijn. De uitsluiting van de adoptie en de onderhoudsverplichtingen is vooral ingegeven door de noodzaak om overlappingsen tussen verdragen te voorkomen. Wat de overige uitsluitingen betreft, deze liggen in de sfeer van het publiekrecht. Het leek niet mogelijk de bevoegdheid van verdragsstaten op terreinen die fundamentele belangen raken (strafrecht, immigratie), door verdragsregels te beperken.

De onder *a* opgenomen uitsluiting betreft uitsluitend de vaststelling en de ontkenning van familierechtelijke betrekkingen. Er is geen doorslaggevende reden om de bevoegdheid van de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind in de plaats te stellen van die welke volgens de nationale stelsels van internationaal privaatrecht meestal toekomt aan de autoriteiten van de woonplaats van de gedaagde.

De uitsluiting heeft mede betrekking op de vraag of partijen bij de familierechtelijke betrekking de toestemming van hun wettelijke vertegenwoordiger behoeven. Dit is immers een kwestie van afstammingsrecht. Het is dus het op de familierechtelijke betrekkingen toepasselijke recht, welk recht wordt bepaald naar het internationaal privaatrecht van het forum, en niet het recht dat wordt aangewezen door het verdrag, dat bepaalt of de minderjarige die een buiten huwelijk geboren kind wil erkennen al of niet de toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger behoeft, of het te erkennen kind met de erkenning moet instemmen en in verband daarmee moet worden vertegenwoordigd ingeval het niet een bepaalde leeftijd heeft bereikt, dan wel of een bijzondere curator moet worden aangewezen om het kind te vertegenwoordigen of bij te staan in een afstammingsprocedure, en of de minderjarige moeder van een kind met het oog op handelingen of procedures over de staat van haar kind, zelf moet worden vertegenwoordigd.

In al deze situaties beheerst het verdrag echter de vraag wie de wettelijke vertegenwoordiger van de betrokken persoon is, en of de aanwijzing van die vertegenwoordiger van rechtswege geschiedt dan wel door tussenkomst van een autoriteit.

De onder *b* opgenomen uitsluiting van de adoptie, die het onderwerp is van het Haags Adoptieverdrag van 1993 sprak vanzelf. Zij is zeer ruim geformuleerd en, om misverstand uit te sluiten, is verduidelijkt dat de vernietiging en de herroeping van de adoptie in de uitsluiting zijn inbegrepen, zelfs indien de herroeping met het oog op de bescherming van het kind mocht plaatsvinden.

De uitsluiting strekt zich ook uit tot maatregelen voorafgaand aan de adoptie. Ofschoon de plaatsing op zichzelf een beschermende maatregel is, zou toepassing van de bevoegdheidscriteria van het verdrag en de daaruit voortvloeiende erkenning van die maatregelen moeilijkheden opleveren. Met het oog op de duidelijkheid en de eenvoud is dan ook gekozen voor een algehele uitsluiting van maatregelen, voorafgaand aan de adoptie.

De onder *c* vermelde uitsluiting van de geslachtsnaam en de voornamen van het kind lijkt vanzelf te spreken, omdat het hier niet de bescherming van het kind betreft. Toch is besloten ze uitdrukkelijk te noemen ter voorkoming van kwalificatieproblemen die kunnen rijzen in verband met de toenemende complexiteit van de wetgeving op het gebied van de naam. Handlichting is het instituut dat ten doel heeft de minderjarige van het ouderlijk gezag te bevrijden, dus om het van de bescherming die over hem is uitgeoefend, te ontdoen, hetzij op het verzoek van zijn ouders, hetzij van rechtswege als gevolg van het huwelijk. Het betreft dus in zekere zin het tegendeel van een beschermende maatregel. De uitsluiting ervan, onder *d*, is daarom gerechtvaardigd. Aan handlichting kan gelijk worden gesteld de niet uitdrukkelijk in de tekst genoemde meerderjarig-verklaring, waardoor een minderjarige moeder door een rechterlijke beslissing meerderjarig wordt verklaard opdat zij zelf de ouderlijke verantwoordelijkheid over haar kind op zich kan nemen.

De Conferentie heeft daarentegen verworpen een voorstel om de handelingsbekwaamheid uitdrukkelijk van het verdrag uit te sluiten. Zij achtte het onwenselijk om langs die weg de bepaling van de handelingsbekwaamheid van een persoon onder de leeftijd van 18 jaar aan de verdragsregels te onderwerpen. Indien bijvoorbeeld de rechter van een verdragsstaat, in verband met de geldigheid van een overeenkomst die door een kind beneden de achttien jaar zonder toestemming is gesloten, over de handelingsbekwaamheid van dat kind moet oordelen, doet hij dat zonder verwijzing naar het verdrag. De handelingsbekwaamheid kan echter indirect onder het toepassingsgebied van het verdrag komen te vallen in zoverre dat zij kan rijzen als voorvraag van een hoofdvraag die wel onder het verdrag valt, zoals de vraag naar de wettelijke vertegenwoordiging of naar de noodzaak van een maatregel. De voorvraag naar de handelingsbekwaamheid zal worden beantwoord naar de regels van internationaal privaatrecht van de autoriteit die zich over de vraag moet uitspreken, maar de beslissing die door deze autoriteit over de hoofdvraag wordt genomen, welke hoofdvraag per definitie onder het verdrag valt, zal profiteren van de verdragsregels, in het bijzonder van het geheel van regels dat daarin is opgenomen voor de erkenning en de tenuitvoerlegging.

De twee Haagse Alimentatieverdragen van 2 oktober 1973 (Trb. 1974, 85 en 86) die geleidelijk de oudere verdragen op dat gebied van 24 oktober 1956 en 15 april 1958 vervangen, beheersen onderscheidenlijk het recht toepasselijk op onderhoudsverplichtingen en de erkenning en tenuitvoerlegging daarvan. Bovendien zijn in de betrekkingen tussen de staten van de Europese Unie en de Europese Vrijhandelsassociatie de verordening (EG) Nr. 44/2001 («Brussel I») (PbEG L 12) en het verdrag van Lugano (Trb. 1989, 58) op de bevoegdheid en de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake levensonderhoud van toepassing. Met betrekking tot deze onderwerpen zou het verdrag geen nuttige functie hebben. De uitsluiting ervan, in onderdeel *e*, was derhalve noodzakelijk.

De uitsluiting van trusts (onder *f*), is te verklaren uit de noodzaak om te voorkomen dat het verdrag inbreuk maakt op het goederenrechtelijk regime en meer in het algemeen, op het internationale goederenrecht. Opgemerkt is voorts dat het onderbrengen van het vermogen van het kind in een trust niet noodzakelijk een maatregel ter bescherming van dat kind is en dat kwesties van internationaal privaatrecht inzake trusts reeds in een specifiek verdrag zijn geregeld. In concreto zal de uitsluiting van trusts bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat in het geval dat de trustee overlijdt en de trustakte niet voorziet in diens vervanging, de benoeming van een andere trustee door een gerechtelijke autoriteit niet kan worden beschouwd als een maatregel ter bescherming van het kind die onder het verdrag valt.

De uitsluiting van de erfopvolging, waartoe is overgegaan op voorstel van de delegaties van het Verenigd Koninkrijk en Canada, betekent dat de gehele materie die wordt bestreken door het Haags verdrag van 1 augustus 1989 inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging (Trb. 1994, 49) buiten het toepassingsbereik van het verdrag is gebracht. Indien bijvoorbeeld de erfwet bepaalt dat een minderjarige erfgenaam een nalatenschap alleen via een beschermingsmaatregel kan aanvaarden, zal het verdrag niet van toepassing zijn op die beschermingsmaatregelen. Hoogstens zal, indien de erfwet voorziet in de tussenkomst van de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige erfgenaam, die vertegenwoordiger aan de hand van de regels van het verdrag worden aangewezen. De uitsluiting van de sociale zekerheid hangt samen met het feit dat de stelsels van sociale zekerheid worden beheerst door eigen verwijzingsregels.

Onderwijs en volksgezondheid zijn alleen uitgesloten voor zover het algemene regelingen betreft, bijvoorbeeld de leerplicht of een vaccinatieplicht. De plaatsing van een kind op een bepaalde school of de beslissing over

een operatie van het kind vallen daarentegen binnen het toepassingsgebied van het verdrag.

Het verdrag houdt zich bezig met kindbescherming, niet met het kinderstrafrecht. De scheidslijn is echter moeilijk te trekken. Beoogd is de bevoegdheid van de contracterende staten op het gebied van strafsancities op geen enkele wijze te beperken. De uitsluiting geldt voor alle handelingen waarvoor een strafvervolgning mogelijk is.

Ook beslissingen met betrekking tot asielrecht en toelating van vreemdelingen zijn uitgesloten, aangezien zij onder de soevereine bevoegdheid van de staten vallen. Uitgesloten zijn alleen beslissingen op dit gebied, dat wil zeggen de verlening van asiel of van een verblijfsrecht. De bescherming en de vertegenwoordiging van minderjarige asielzoekers vallen onder het verdrag.

Aangetekend zij dat het werkingsgebied van de verordening nagenoeg hetzelfde is als dat van het verdrag. Verwezen zij in het bijzonder naar artikel 1 en de preambulaire overwegingen 9,10 en 11 van de verordening.

HOOFDSTUK II – BEVOEGDHEID

Beoogd is de bevoegdheid te concentreren bij de autoriteiten van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind en samenlopende bevoegdheden zoveel mogelijk te vermijden. Wel houdt de regeling rekening met veranderingen in de situatie (artikelen 5, tweede lid, 7 en 14) of met het ontbreken van een gewone verblijfplaats (artikel 6). Andere autoriteiten dan die van de gewone verblijfplaats zijn in beginsel alleen bevoegd als zij de autoriteiten van de gewone verblijfplaats hebben verzocht hun de bevoegdheid over te dragen, of als zij door die autoriteiten zijn uitgenodigd hun bevoegdheid uit te oefenen, wanneer blijkt dat die andere autoriteiten in een bijzonder geval de situatie van het kind beter kunnen beoordelen. In bepaalde dringende gevallen, of wanneer voorlopige maatregelen met een lokaal effect nodig zijn, kan ter plaatse zelfstandig een bevoegdheid worden uitgeoefend. De uitoefening daarvan vindt zijn begrenzing in maatregelen die zijn of worden genomen door de normaal bevoegde autoriteiten (artikelen 11 en 12). De enige werkelijke uitzondering op het beginsel van concentratie van bevoegdheden wordt gevormd door het echtscheidingsforum dat, op vrij strikte voorwaarden, kindbeschermingsmaatregelen kan nemen (artikel 10). In verband hiermee is een voorziening voor bevoegdheidsconflicten opgenomen (artikel 13).

Artikel 5 *(Bevoegdheid van de autoriteiten van de gewone verblijfplaats)*

In het eerste lid is de hoofdbevoegdheid om maatregelen ter bescherming van het kind en diens vermogen te nemen, toegekend aan de autoriteiten van de verdragsstaat van de gewone verblijfplaats van het kind. Het tweede lid verduidelijkt dat, onverminderd artikel 7 (betreffende ongeoorloofde overbrenging of niet-terugkeer van het kind), bij verandering van gewone verblijfplaats van het kind naar een andere verdragsstaat de bevoegdheid overgaat naar de autoriteiten van de nieuwe gewone verblijfplaats. De kwestie van het voortbestaan van de maatregelen die in de eerste staat zijn genomen, is geregeld in artikel 14.

Artikel 5 gaat ervan uit dat het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een verdragsstaat. Is dat niet het geval, dan is artikel 5 niet van toepassing en zijn de autoriteiten van de verdragsstaten uitsluitend op basis van andere bepalingen van het verdrag (artikelen 11 en 12) bevoegd. Dat behoeft voor hen geen belemmering te zijn om zich, buiten het verdrag, op grond van het internationaal privaatrecht van hun eigen staat, bevoegd te verklaren. In dit verband wordt verwezen naar de in artikel 28 van het wetsvoorstel tot uitvoering van het verdrag voorgestelde aanpassing van artikel 5 Rv. De verandering van gewone verblijfplaats impliceert zowel het verlies van

de oude gewone verblijfplaats als de verkrijging van een nieuwe gewone verblijfplaats. Het is mogelijk dat er tussen deze twee elementen enige tijd verstrijkt, maar de verkrijging van die nieuwe gewone verblijfplaats kan ook ogenblikkelijk plaatsvinden, hetgeen gewoonlijk het geval zal zijn bij verhuizing van een gezin van het ene land naar het andere. Het gaat om een feitelijke kwestie die door de beslissende instantie zal moeten worden beoordeeld. Het verdrag kwantificeert niet de tijd die nodig is om een nieuwe gewone verblijfplaats te verwerven. Alleen voor gevallen van ongeoorloofde overbrenging of van overbrenging als gevolg van ongeregelde heden in de staat van de gewone verblijfplaats (artikel 6) zijn specifieke regels opgenomen.

De verandering van gewone verblijfplaats ontnemt de autoriteiten van de oude gewone verblijfplaats hun bevoegdheid om beschermende maatregelen ten aanzien van het kind te nemen. Vgl. artikel 9 van de verordening, dat voorziet in het behoud, gedurende enige tijd, van de bevoegdheid van de rechter van de oude gewone verblijfplaats om een beslissing inzake omgangsrecht te wijzigen.

Artikel 5 behelst een negatief antwoord op de vraag of, ingeval de verandering van gewone verblijfplaats intreedt op een moment dat er in het land van de oude gewone verblijfplaats een procedure aanhangig is, de geadieerde autoriteiten hun bevoegdheid om een maatregel te nemen, behouden (*perpetuatio fori*). Het geeft geen uitsluitsel over de vraag of de bevoegdheid dan automatisch overgaat naar de autoriteiten van de nieuwe gewone verblijfplaats dan wel of deze kwestie aan het procesrecht van het forum wordt overgelaten. De eerstgenoemde interpretatie lijkt meer voor de hand te liggen.

Artikel 5 houdt echter op van toepassing te zijn als het kind verhuist naar een niet-verdragsstaat. In dat geval staat het verdrag er niet aan in de weg dat de geadieerde autoriteit van de verdragsstaat van de vroegere gewone verblijfplaats zijn bevoegdheid behoudt. Echter, andere verdragsstaten zijn niet op grond van het verdrag gehouden een door die autoriteit genomen maatregel te erkennen.

Artikel 6 (Vluchtelingenkinderen, zwerfkinderen of kinderen zonder gewone verblijfplaats)

Het *eerste lid* betreft « vluchtelingenkinderen en kinderen die ten gevolge van onlusten die in hun land plaatsvinden naar een ander land zijn verplaatst». Zelfs buiten het geval van een noodsituatie hebben deze kinderen veelal behoefte aan blijvende bescherming in de vorm van de benoeming van een wettelijk vertegenwoordiger. De bevoegdheid die in een normaal geval aan de autoriteiten van de gewone verblijfplaats toekomt, kan hier geen uitkomst bieden, omdat deze kinderen per definitie alle banden met de staat van hun vroegere gewone verblijfplaats hebben verbroken en omdat het tijdelijke karakter van hun verblijf in de staat waar zij voorlopig zijn opgevangen het niet mogelijk maakt ervan uit te gaan dat zij daar een gewone verblijfplaats hebben verkregen. Vandaar dat artikel 6, eerste lid, aan de autoriteiten van de verdragsstaat op het grondgebied waarvan deze kinderen aanwezig zijn, de bevoegdheden toekent die gewoonlijk aan de autoriteiten van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind worden toegekend.

De oplossing van het eerste lid is in het *tweede lid* uitgebreid tot het geval van kinderen waarvan de gewone verblijfplaats niet kan worden vastgesteld. Aan de bevoegdheid komt een einde als komt vast te staan dat het kind ergens een gewone verblijfplaats heeft. Ligt die gewone verblijfplaats in een verdragsstaat, dan zijn de autoriteiten van die staat voortaan bevoegd. Indien zij in een niet-verdragsstaat ligt, hebben de autoriteiten van de staat waar het kind zich bevindt, ingevolge het verdrag alleen nog de bevoegdheden die hun zijn gegeven op grond van de artikelen 11 en 12.

Het met artikel 6 van het verdrag corresponderende artikel 13 van de verordening houdt rekening met de mogelijkheid dat partijen op grond van artikel 12 het forum van een lidstaat van de Europese Unie als bevoegd hebben aangewezen.

Artikel 7 (*Ongeoorloofde overbrenging of vasthouding van het kind*)

Aan de bepaling van dit artikel ligt enerzijds de gedachte ten grondslag dat degene die het kind heeft overgebracht niet van die daad moet kunnen profiteren om de bevoegdheid van autoriteiten om maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind te nemen, te doen overgaan. Anderzijds is de ongeoorloofde overbrenging, als deze blijvend is, een feit waaraan men niet kan voorbijgaan, in die zin dat aan de autoriteiten van de staat waar het kind thans zijn gewone verblijfplaats heeft, de bevoegdheid om beschermend op te treden voorgoed zou worden ontnomen. De moeilijkheid bestond dus hierin dat men een termijn moest bepalen, waarna de bevoegdheid overgaat naar de autoriteiten van de staat waarheen het kind ongeoorloofd is overgebracht of waar het ongeoorloofd wordt vastgehouden.

De beschreven moeilijkheid is – althans voor het gezagsrecht – gedeeltelijk opgelost door artikel 16 van het Haags verdrag van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (Trb. 1987, 139) (hierna: Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980). Dat artikel bepaalt dat de autoriteiten van het land waarheen het kind is overgebracht of waar het wordt vastgehouden niet ten gronde over het gezagsrecht mogen beslissen totdat vaststaat dat niet aan de voorwaarden van dat verdrag voor de terugkeer van het kind is voldaan of totdat een redelijke termijn is verstreken zonder dat een verzoek op grond van dat verdrag is ingediend.

Het *eerste lid* van artikel 7 laat de bevoegdheid van de autoriteiten van de verdragsstaat waar het kind zijn gewone verblijfplaats onmiddellijk vóór zijn ongeoorloofde overbrenging of niet-terugkeer had, voortbestaan tot het tijdstip waarop het kind zijn gewone verblijfplaats in een andere staat heeft verkregen en aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Het artikel gaat er dus vanuit dat het kind zijn gewone verblijfplaats kan verliezen, maar beoogt te voorkomen dat gedurende de overbruggingsperiode tussen het moment van verlies en dat van verkrijging van een nieuwe gewone verblijfplaats, de bevoegdheid overgaat naar de autoriteiten van de staat waar het kind slechts aanwezig is. Daarmee wordt tevens voorkomen dat de bevoegdheid te vaak wisselt. In de bepaling onder *a* wordt als voorwaarde gesteld dat enige persoon, instelling of ander lichaam dat gezagsrechten heeft, in de overbrenging of het niet doen terugkeren heeft berust. Die omstandigheid, tezamen met de verkrijging van een nieuwe gewone verblijfplaats, is voldoende om de autoriteiten van het land waarheen het kind is overgebracht de mogelijkheid te geven de terugkeer niet te gelasten en een beslissing ten gronde over het gezagsrecht te geven. Onder «enige persoon» zijn begrepen al degenen die naar het recht van de staat waar het kind vlak vóór zijn overbrenging of zijn niet terugkeer zijn gewone verblijfplaats had, dragers van gezagsrechten waren. Voor het geval dat er geen sprake is van berusting, worden onder *b* drie voorwaarden gesteld aan het verlies van bevoegdheid van de autoriteiten van de oude gewone verblijfplaats, te weten:

- i) verblijf van het kind in de staat van zijn nieuwe gewone verblijfplaats gedurende een periode van ten minste een jaar nadat de drager van gezagsrechten kennis heeft gekregen of had moeten krijgen van de verblijfplaats van het kind;
- ii) in die periode is geen verzoek tot terugkeer ingediend, dat nog in behandeling is; en
- iii) het kind is in zijn nieuwe omgeving geworteld.

Anders dan in artikel 12 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980,

loopt de termijn van een jaar niet vanaf het tijdstip van de overbrenging of de niet-terugkeer, maar vanaf het tijdstip waarop de persoon die het gezag heeft kennis heeft gekregen of heeft kunnen krijgen van de verblijfplaats van het kind.

De aandacht zij hier overigens gevestigd op het met artikel 7 corresponderende artikel 10 van de verordening «Brussel IIbis». De voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil de bevoegdheid overgaan, zijn in dit artikel enigszins anders omschreven. Het gevolg is dat er onder de verordening meer situaties zijn waarin de bevoegdheid van de autoriteiten van de staat van de oude gewone verblijfplaats van het kind blijft voortbestaan.

In het *tweede lid* van artikel 7 is letterlijk overgenomen de omschrijving van de ongeoorloofde overbrenging of niet-terugkeer van het kind, zoals gegeven in het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. Verwezen zij naar de toelichting in het rapport bij dat verdrag van de hand van mevrouw E.Z. Pérez-Vera. Het behoud van de bevoegdheid van de autoriteiten van de staat waar het kind vóór zijn ongeoorloofde overbrenging of niet-terugkeer zijn gewone verblijfplaats had, doet niet af aan het feit dat de autoriteiten van de staat waarheen het kind is overgebracht, of waar het wordt vastgehouden, zich thans het dichtstbij het kind bevinden. Daarom wordt in het *derde lid* aan deze autoriteiten de bevoegdheid toegekend om spoedeisende maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind te nemen, zulks in overeenstemming met artikel 11. Die bevoegdheid strekt zich echter niet uit tot voorlopige maatregelen met territoriale werking, die ingevolge artikel 12 toekomt aan het forum van de staat waar het kind verblijft.

Artikelen 8 en 9 (*Overdracht van bevoegdheid aan een geschikt forum, al of niet op diens verzoek*)

Ingeval het belang van het kind vereist dat zijn bescherming wordt verzekerd door andere autoriteiten dan die van zijn gewone verblijfplaats, voorziet het verdrag in een omkeerbaar mechanisme dat is geïnspireerd door de begrippen *forum non conveniens* en *forum conveniens*. De beide artikelen vormen elkaars spiegelbeeld. Artikel 8 biedt de autoriteiten van de gewone verblijfplaats de mogelijkheid van behandeling van de zaak af te zien ten gunste van de autoriteiten van een andere staat waarvan zij zich hebben verzekerd dat deze de hun toegekende bevoegdheid zullen uitoefenen. Artikel 9 geeft de autoriteiten van een andere staat dan die van de gewone verblijfplaats van het kind de mogelijkheid om de bevoegde autoriteit van de gewone verblijfplaats van het kind te verzoeken hun de bevoegdheid om door hen nodig geachte maatregelen te nemen, af te staan.

Artikel 8 (*Overdracht van bevoegdheid aan een geschikt forum*)

De hoofdbevoegdheid komt toe aan de autoriteiten van de gewone verblijfplaats of – in de gevallen genoemd in artikel 6 – aan die van de staat op welks grondgebied het kind zich bevindt. Bij wijze van uitzondering op deze hoofdbevoegdheid voorziet het verdrag in de mogelijkheid voor de normaal bevoegde autoriteit om de bevoegdheid aan de autoriteiten van een andere staat over te dragen als zij van oordeel is dat deze «in een bijzonder geval beter in staat zouden zijn het belang van het kind te beoordelen». Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn van een kind dat met zijn ouders gewone verblijfplaats heeft in een andere verdragsstaat dan die van zijn nationaliteit en wiens beide ouders door een ongeval om het leven komen. Het kind zal dan waarschijnlijk naar de staat van zijn nationaliteit terugkeren, waar andere leden van zijn familie wonen. Mogelijk zijn de autoriteiten van zijn gewone verblijfplaats van mening dat het kind

er belang bij heeft dat zijn bescherming door de autoriteiten van dat andere land wordt geregeld.

De beoordeling van het belang van het kind wordt overgelaten aan de normaal bevoegde autoriteit, die derhalve oplettendheid zal moeten betrachten. Zo zal het niet opportuun zijn dat de autoriteit van de staat waar het kind zich bevindt, die normaal bevoegd is ten aanzien van een vluchtelingenkind, de staat van de nationaliteit van het kind verzoekt beschermende maatregelen ten aanzien van dat kind te nemen.

De bevoegdheid kan slechts worden overgedragen aan de autoriteit van een andere *verdragsstaat*. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat maatregelen van een derde staat niet op grond van het verdrag kunnen worden erkend.

De overdracht van bevoegdheid kan op twee manieren plaatsvinden. De normaal bevoegde autoriteit kan zichzelf tot de andere autoriteit wenden en haar vragen de bevoegdheid om noodzakelijk geachte maatregelen te nemen, te aanvaarden, of zij kan haar beslissing opschorten en partijen verzoeken aan die autoriteit een daartoe strekkend verzoek te richten. De twee mogelijkheden staan op gelijke voet en de keuze is aan de normaal bevoegde autoriteit overgelaten. Er is ook geen onderscheid gemaakt naar gelang het gerechtelijke instanties dan wel overheidsinstanties betreft. Voor wat betreft de communicatie tussen gerechtelijke instanties, wordt verwezen naar het voorgestelde artikel 24 van de uitvoeringswet, dat beoogt rechtstreekse contacten tussen rechters in verdragsstaten te faciliteren.

Het *tweede lid* bevat een opsomming van staten waarvan de autoriteiten kunnen worden geadieerd in het in het eerste lid beschreven geval, dat wil zeggen op verzoek of met goedvinden van de op grond van de artikelen 5 of 6 bevoegde autoriteit. Het betreft:

- 1) «een staat waarvan het kind de nationaliteit bezit». Anders dan in het verdrag van 1961 zijn de autoriteiten van de staat van de nationaliteit van het kind nog slechts subsidiair bevoegd. Bezit het kind meer dan één nationaliteit, dan kan de bevoegdheid worden overgedragen aan een van de nationale staten;
- 2) «een staat waar vermogen van het kind is gelegen». Deze bevoegdheid zal passend zijn wanneer een beschermende maatregel in verband met dit vermogen moet worden genomen, bijvoorbeeld een machtiging om een onroerend goed te verkopen dat is gelegen in een andere staat dan die van de gewone verblijfplaats van het kind. Echter, de tekst beperkt deze subsidiaire bevoegdheid niet tot maatregelen ten aanzien van dat vermogen (vgl. artikel 11, eerste lid);
- 3) «de staat bij welks autoriteiten een verzoek tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed van de ouders van het kind of tot nietigverklaring van hun huwelijk aanhangig is». Weliswaar is in artikel 10 een parallelle bevoegdheid van het echtscheidingsforum voorzien, maar de hier toegekende subsidiaire bevoegdheid is niettemin zinvol in gevallen waarin aan de voorwaarden van artikel 10 is voldaan en waarin het echtscheidingsforum het meest geschikte forum is;
- 4) «een staat waarmee het kind een nauwe band heeft». Deze soepele formulering, die past bij het aan dit artikel ten grondslag liggende begrip *forum non conveniens*, vat de drie genoemde gevallen samen en breidt ze uit. Afhankelijk van de situatie en van het belang van het kind, kan bijvoorbeeld worden voorzien in de bevoegdheid van de autoriteiten van de vroegere gewone verblijfplaats van het kind of van de staat van verblijf van familieleden die bereid zijn de zorg voor het kind op zich te nemen.

Er zij op geattendeerd dat de opsomming van in aanmerking komende fora een enigszins andere is dan die welke is opgenomen het corresponderende artikel 15 van de verordening. Men is in de verordening niet zo ver willen gaan om een willekeurig forum waarmee het kind een nauwe

band heeft, bevoegd te verklaren. De mogelijkheden van overdracht van competentie zijn derhalve beperkter dan in het verdrag.

De in het *derde lid* voorziene gedachtewisseling tussen betrokken autoriteiten kan plaatsvinden in het kader van het samenwerkingsmechanisme tussen verdragsstaten, dat is voorzien in hoofdstuk V van het verdrag. Zie in dit verband ook het reeds genoemde artikel 24 van het wetsvoorstel voor een uitvoeringswet.

De aangezochte autoriteit zal haar beslissing om de bevoegdheid die zij geroepen is uit te oefenen, te aanvaarden, laten afhangen van haar oordeel over het belang van het kind. Dat belang wordt dus zowel door de eerst geadieerde autoriteit als door de aangezochte autoriteit beoordeeld. Indien de aangezochte autoriteit niet binnen een redelijke termijn antwoordt op het aan haar gerichte verzoek, dient de oorspronkelijk geadieerde autoriteit daaruit haar conclusies te trekken en haar bevoegdheid ten volle uit te oefenen.

Het belang van het kind moet in concreto worden beoordeeld, «in een bijzonder geval», dat wil zeggen op het moment dat een zekere behoefte aan bescherming zich doet gevoelen, en ten einde in die behoefte te voorzien. De bepaling moet dus niet worden gelezen als zou zij voorzien in een definitieve overdracht van de bevoegdheid.

Artikel 9 (*Verzoek van een geschikt forum om overdracht van bevoegdheid*)

Op grond van artikel 9 kunnen de in artikel 8, tweede lid, genoemde autoriteiten van een verdragsstaat ook zelf het initiatief nemen om te verzoeken hun de bevoegdheid toe te kennen. De procedure is het spiegelbeeld van die welke is voorzien in artikel 8. Onder normale omstandigheden dient de verzoekende autoriteit zich onbevoegd te verklaren, omdat haar bevoegdheid niet door de artikelen 5 of 6 is voorzien. Is zij echter van oordeel dat zij in dit bijzondere geval het best in staat is het belang van het kind te beoordelen, dan kan zij zich hetzij rechtstreeks tot de autoriteit van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind wenden, hetzij haar beslissing opschorten en de partijen uit te nodigen een daartoe strekkend verzoek aan die autoriteit te richten.

Anders dan artikel 8, bepaalt artikel 9 dat het verzoek om overdracht wordt gericht aan de autoriteiten die op grond van artikel 5 bevoegd zijn. Artikel 9 vermeldt niet de mogelijkheid van een verzoek aan de in artikel 6 genoemde autoriteiten in de daar bedoelde gevallen. Het lijkt hier een ommissie te betreffen. Artikel 9 dient derhalve op dezelfde wijze moet worden gelezen als artikel 8.

Artikel 9 is geschreven in de veronderstelling dat de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind niet zijn geadieerd of geïnformeerd omtrent de noodzaak van bescherming van het betrokken kind. Echter, niets belet dat de procedure van artikel 9 ook wordt gevolgd in een geval dat de autoriteit van de gewone verblijfplaats reeds geadieerd is. Heeft deze een verzoek op grond van artikel 9 ontvangen, dan beschikt zij over aanvullende informatie en dient aan haar te worden overgelaten om zich, in het belang van het kind, over haar bevoegdheid uit te spreken. In een dergelijke situatie is er geen aanleiding voor toepassing van de normale mechanismen van litispendentie. Immers, de bevoegdheid van de autoriteiten van een staat die niet die is van de gewone verblijfplaats, is onderworpen aan de instemming van de bevoegde autoriteit van de gewone verblijfplaats.

Evenals artikel 8 voorziet artikel 9 in de mogelijkheid van een gedachtewisseling tussen betrokken autoriteiten.

De procedure zal doorgaans op dezelfde wijze verlopen als in het geval van artikel 8: de aangezochte autoriteit zal een positieve of een negatieve beslissing nemen. Artikel 9 vereist de aanvaarding van het verzoek door de aangezochte autoriteit. Haar stilzwijgen komt neer op verwerping van

het verzoek. De verzoekende autoriteit kan dan slechts de spoedeisende of voorlopige maatregelen, voorzien door artikel 1, nemen, als aan de criteria van die artikelen voor haar bevoegdheid is voldaan.

Artikel 10 (Echtscheidingsforum)

Het verdrag van 1961 voorzag in de mogelijkheid voor een verdragsstaat om zich de bevoegdheid van zijn autoriteiten, bij wie een verzoek om echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk van de ouders van de minderjarige aanhangig was, voor te behouden om maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind te nemen. De intrekking van dit voorbehoud door de meeste verdragsstaten (met inbegrip van Nederland) heeft tot gevolg gehad dat de echtscheidingsrechter onder het verdrag van 1961 niet meer bevoegd is maatregelen ter bescherming van het kind te nemen, tenzij dit forum samenvalt met een van de fora die zijn voorzien door het verdrag van 1961.

Tijdens de diplomatieke conferentie is door de lidstaten van de Europese Unie – die op dat moment onderhandelden over het verdrag «Brussel II», dat vervolgens in de verordening «Brussel II» is omgezet, aangedrongen op een artikel dat aan de echtscheidingsrechter de bevoegdheid toekent om maatregelen ter bescherming van het kind te nemen.

Het *eerste lid* voorziet in een met de bevoegdheid van het forum van de gewone verblijfplaats samenlopende bevoegdheid van het echtscheidingsforum om maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind te nemen mits aan bepaalde voorwaarden, vermeld onder *a* en *b*, is voldaan. De uitoefening is niet verplicht. De bevoegdheid wordt alleen door het verdrag erkend als zij is voorzien in het interne recht van de staat waar om de echtscheiding is verzocht. Als het interne recht daarin voorziet, strekt zij zich echter uit tot alle beschermende maatregelen en niet alleen tot maatregelen betreffende uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid.

De bevoegdheid is parallel, niet exclusief, zoals blijkt uit de woorden «onverminderd de artikelen 5 tot en met 9». Zij sluit dus de bevoegdheid van de autoriteiten van de huidige (artikel 5) of vroegere (artikel 7) gewone verblijfplaats niet uit, evenmin als die van de staat waar het kind zich bevindt, in de gevallen bedoeld in artikel 6. Evenmin sluit zij de mechanismen voor overdracht van de bevoegdheid van de artikelen 8 en 9 uit.

De samenloop van bevoegdheden om maatregelen ter bescherming van het kind te nemen, schept een probleem dat verwant is aan dat van litispotentie. Aangezien dit probleem ook in andere situaties kan rijzen, is hiervoor in artikel 13 een algemene voorziening getroffen.

De bevoegdheid om maatregelen ter bescherming van het kind te nemen, wordt slechts aan de echtscheidingsrechter toegekend als er tussen dit forum en het kind een zekere band bestaat, hetgeen blijkt uit de cumulatieve voorwaarden, vermeld onder *a* en *b*.

De eerste voorwaarde (*onder a*) is dat ten minste een van de ouders zijn gewone verblijfplaats moet hebben in het land waar het verzoek om echtscheiding wordt ingediend. Die gewone verblijfplaats moet hebben bestaan bij de aanvang van de procedure, maar niet is vereist dat zij gedurende gehele echtscheidingsprocedure voortbestaat.

Onder *a* wordt bovendien vereist dat een van de ouders ouderlijke verantwoordelijkheid jegens het kind heeft. Het behoeft niet noodzakelijkerwijze de ouder te zijn die zijn gewone verblijfplaats in d staat van de echtscheiding heeft. Het echtscheidingsforum wordt, indien beide ouders niet langer de ouderlijke verantwoordelijkheid hebben, niet geacht bevoegd te zijn een maatregel ter bescherming van het kind te nemen.

De tweede serie voorwaarden (*onder b*) houdt in dat de bevoegdheid van het echtscheidingsforum om beschermend op te treden, door de beide

ouders moet zijn aanvaard en in overeenstemming met het belang van het kind moet zijn. Niet is vereist dat de ouders het eens zijn over de te nemen maatregelen, maar uitsluitend over de bevoegdheid. Daaraan is toegevoegd het vereiste dat de bevoegdheid ook moet zijn aanvaard door enige persoon die ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind heeft. Aangezien onder a reeds is vereist dat een der ouders ouderlijke verantwoordelijkheid heeft, moet men zich bij de voorwaarde onder b het geval voorstellen waarin de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt gedeeld tussen een ouder en een derde. Het oordeel of de bevoegdheid overeenstemt met het belang van het kind, ligt geheel in handen van de rechter. Is aan een of meer van deze voorwaarden niet voldaan, dan is het echtscheidingsforum niet bevoegd om maatregelen ter bescherming van het kind te nemen, tenzij op grond van artikel 8 of artikel 9 de bevoegdheid aan hem is overgedragen. Het forum van de gemeenschappelijke nationaliteit van de ouders – welk forum in veel staten bevoegd is om de echtscheiding uit te spreken, en welk forum onder het verdrag van 1961 een hoofdbevoegdheid had, aangezien het behoudens uitzonderlijke situaties, ook het forum van de nationaliteit van het kind was – verliest derhalve in het nieuwe verdrag de bevoegdheid om beschermende maatregelen te nemen indien niet is voldaan aan de voorwaarden onder a en b van artikel 10, eerste lid.

Het *tweede lid* stelt een tijdslimiet waarna de bevoegdheid van de echtscheidingsrechter om maatregelen ter bescherming van het kind te nemen, ophoudt. De bevoegdheid houdt op wanneer de echtscheidingsprocedure een einde neemt, hetzij om dat zij heeft geleid tot een echtscheidingsbeslissing, hetzij omdat de echtscheiding is afgewezen, hetzij omdat zij om een andere reden is afgelopen, bijvoorbeeld wegens intrekking van het verzoek of verval van de instantie, of overlijden van een partij. Het is het procesrecht van de staat waarvan de autoriteit is gadiëerd, dat bepaalt of de procedure is geëindigd en of de beslissing definitief is geworden.

Deze regel betekent dat als de procedure eenmaal is beëindigd en de echtscheiding is uitgesproken, het niet meer mogelijk is bij de echtscheidingsrechter terug te komen om hem te vragen om door hem tijdens de procedure genomen beschermende maatregelen te wijzigen. Hierover kan alleen de op grond van de artikelen 5 tot en met 9 van het verdrag normaal bevoegde autoriteit beslissen. De door de echtscheidingsrechter, terwijl hij bevoegd was, genomen maatregelen, behouden hun werking overeenkomstig de voorwaarden, voorzien in artikel 14.

Artikel 12, eerste lid, van de verordening bevat een regeling die grotendeels gelijk is aan die van artikel 10 van het verdrag. Een verschil is gelegen in het feit dat het verdrag, anders dan de verordening, vereist dat een van de ouders zijn gewone verblijfplaats heeft in de staat van het echtscheidingsforum. Die ouder behoeft niet noodzakelijkerwijs de ouder te zijn die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind heeft. De aanvaarding van de bevoegdheid van het aangewezen forum moet uitdrukkelijk zijn of op enige andere ondubbelzinnige wijze zijn aanvaard. Overigens zij verwezen naar artikel 12, tweede lid, van de verordening, dat voorziet in de mogelijkheid voor partijen om ook buiten het geval van echtscheiding de gerechten van een lidstaat als bevoegd aan te wijzen.

Artikelen 11 en 12 (*Parallele bevoegdheid van de autoriteiten van de staat waar het kind, dan wel vermogensbestanddelen van het kind, zich bevinden*)

Deze twee artikelen geven de autoriteiten van elke verdragsstaat op het grondgebied waarvan het kind, dan wel vermogen van het kind, zich bevindt, een beperkte, maar parallelle bevoegdheid om hetzij in een nood situatie noodzakelijke maatregelen, hetzij voorlopige, tot dat grondgebied beperkte maatregelen te nemen.

Het werkingsgebied van deze artikelen, wat de kinderen betreft, is ruimer dan dat van de artikelen 5 tot en met 10, want het omvat alle kinderen die in een verdragsstaat aanwezig zijn of daar vermogen hebben, zelfs indien hun gewone verblijfplaats zich in een niet-verdragsstaat bevindt. Deze omstandigheid heeft het nodig gemaakt om in beide artikelen een bepaling op te nemen die rekening houdt met beslissingen die door de autoriteiten van een niet-verdragsstaat zijn genomen.

Artikel 11 (*Forum voor spoedeisende maatregelen*)

Het *eerste lid* van dit artikel luidt vrijwel gelijk aan artikel 9, eerste lid, van het verdrag van 1961. Het kent aan de autoriteiten van elke verdragsstaat waar het kind, of vermogen van het kind, zich bevindt, in een noodgeval de noodzakelijke beschermingsmaatregelen te treffen.

Evenmin als het verdrag van 1961 omschrijft het verdrag van 1996 het begrip «spoedeisend». Van een spoedeisende situatie in de zin van artikel 11, eerste lid, kan worden gesproken indien, wanneer alleen langs de normale weg, voorzien in de artikelen 5 tot en met 10, stappen zouden worden genomen, het gevaar zou bestaan van onherstelbare schade voor het kind. De situatie dient derhalve van dien aard te zijn dat ze een afwijking van de normale regel rechtvaardigt. Het begrip «spoedeisend» moet daarom vrij eng worden opgevat.

De in artikel 11 voorziene bevoegdheid is, in afwijking van het uitgangspunt van het verdrag, een bevoegdheid die samenloopt met die van de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind. De rechtvaardiging voor de afwijking is gelegen in het bestaan van een noodsituatie. Als deze bevoegdheid niet zou zijn voorzien, zou de verplichting om de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind in te schakelen de bescherming of de belangen van het kind in gevaar kunnen brengen. Tot het uitoefenen van deze parallelle bevoegdheid is bijvoorbeeld aanleiding wanneer in de vertegenwoordiging van een kind dat zich ver van zijn gewone verblijfplaats bevindt, moet worden voorzien of wanneer het kind dringend een operatie moet ondergaan, of indien aan het kind toebehorend vermogen snel moet worden verkocht, omdat dit anders in waarde achteruit zou gaan.

Aangetekend zij dat waar gesproken wordt van de autoriteiten van de staat op welks grondgebied het kind zich bevindt, het per definitie andere kinderen betreft dan vluchtelingenkinderen of kinderen die in de zin van artikel 6 ontheemd zijn, dan wel kinderen zonder gewone verblijfplaats in de zin van artikel 6, tweede lid. Voor die kinderen heeft immers, bij gebreke van een vaststaande of toegankelijke staat van de gewone verblijfplaats, het forum van het land waar het kind zich bevindt, een algemene bevoegdheid. Hier heeft dat forum echter slechts een tot spoedeisende situaties beperkte bevoegdheid.

De autoriteiten van de staat waar vermogen van het kind zich bevindt, hebben in een spoedeisende situatie een bevoegdheid die zich niet beperkt tot de bescherming van die goederen.

De bepaling geeft niet aan welke maatregelen op grond van artikel 11 kunnen worden genomen. Het spoedeisend karakter van de situatie zal in elk concreet geval bepalen welke maatregelen aangewezen zijn.

Gezien de samenloop van de bevoegdheid van het forum voor spoedeisende maatregelen met die van het normaal bevoegde forum, dient de eerstgenoemde bevoegdheid aan de laatstgenoemde ondergeschikt te blijven. Het *tweede lid* voorziet dan ook dat de maatregelen op grond van het eerste lid hun werking verliezen zodra de op grond van de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteiten de door de omstandigheden vereiste maatregelen hebben genomen. Op dat tijdstip is de situatie onder de controle van de normaal bevoegde autoriteiten en is er geen reden tot

handhaving van de bevoegdheid van de staat waar het kind zich bevindt, of van de noodmaatregelen die zij hebben genomen.

Deze bepaling veronderstelt dat de spoedeisende maatregelen in alle verdragsstaten worden erkend. Zo zal de beslissing van de rechter van de staat waar het kind zich bevindt, om de vader het recht te ontzeggen om de verblijfplaats van het kind te bepalen, in verband met het gevaar van seksueel misbruik waaraan het kind blootstaat, in de andere verdragsstaten moeten worden erkend totdat de op grond van de artikelen 5 tot en met 10 normaal bevoegde autoriteiten over de ouderlijke verantwoordelijkheid hebben beslist.

Het *derde lid* regelt het voortbestaan van spoedeisende maatregelen in het geval dat de betrokken kinderen niet hun gewone verblijfplaats in een verdragsstaat hebben. Indien de autoriteiten van de niet-verdragsstaat van de gewone verblijfplaats of, eventueel, van een andere staat waarvan de bevoegdheid wordt erkend, de door de omstandigheden vereiste maatregelen hebben genomen, is er geen reden de genomen noodmaatregelen te handhaven.

Artikel 20 van de verordening heeft dezelfde strekking als artikel 11 van het verdrag.

Artikel 12 (*Voorlopige maatregelen met beperkte territoriale werking*)

Buiten het spoedeisende geval kent artikel 12 aan de autoriteiten van de verdragsstaat, op het grondgebied waarvan het kind dan wel vermogen van het kind zich bevindt, een parallelle bevoegdheid toe «om maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind te nemen, welke maatregelen een voorlopig karakter hebben en waarvan de werking beperkt is tot die staat». Beoogd is de mogelijkheid bescherming te bieden aan kinderen die voor een verblijf van beperkte duur in het buitenland verblijven, bijvoorbeeld voor een vakantie, een korte opleiding of de wijnoogst. Zonder dat er sprake is van een noodsituatie, kan het nodig zijn het kind in een opvanghuis of in een ander gezin te plaatsen onder toezicht van de plaatselijke instanties voor maatschappelijk werk. De verwijzing naar artikel 7 aan het begin van het eerste lid herinnert eraan dat de autoriteiten van de staat waarheen een kind ongeoorloofd is overgebracht of waar het ongeoorloofd wordt vastgehouden, zolang de autoriteiten van de staat waar het kind onmiddellijk vóór zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had, hun hoofdbevoegdheid behouden, uitsluitend spoedeisende maatregelen kunnen nemen, en geen voorlopige maatregelen die dat spoedeisende karakter niet hebben (zie hiervoor, bij artikel 7, derde lid).

Een tweede beperking is gelegen in de voorlopige aard en de beperkte territoriale werking van de maatregelen die kunnen worden genomen.

Een derde beperking is dat de maatregelen niet onverenigbaar mogen zijn met maatregelen die reeds door de ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteiten zijn genomen. Hierin is het verschil met artikel 11 gelegen: maatregelen die door de normaal bevoegde autoriteiten zijn genomen mogen alleen opzij worden gezet door spoedeisende maatregelen.

Naar het voorbeeld van artikel 11, tweede lid, bepaalt het *tweede lid* dat de voorlopige maatregelen hun werking verliezen zodra de autoriteiten die op grond van de artikelen 5 tot en met 10 bevoegd zijn, zich hebben uitgesproken over de maatregelen die in de omstandigheden noodzakelijk zijn. De formulering wijkt enigszins af van die van artikel 11. Het is immers mogelijk dat de normaal bevoegde autoriteiten, na de situatie te hebben onderzocht, van oordeel zijn dat geen enkele maatregel dient te worden genomen. In dat geval is er geen reden meer voor het voortbestaan van maatregelen die op grond van artikel 12 zijn genomen.

Het *derde lid* stemt overeen met artikel 11, derde lid, met dit verschil dat de voorlopige maatregelen hun werking verliezen zodra de in een niet-

verdragsstaat genomen maatregelen worden erkend in de verdragsstaat die de voorlopige maatregelen heeft genomen. Het is hier niet nodig om te vereisen dat de in een niet-verdragsstaat genomen maatregelen worden erkend in de andere verdragsstaten, omdat de werking van de voorlopige maatregelen beperkt is tot het grondgebied van de staat waar zij zijn genomen.

Een equivalent van artikel 12 ontbreekt in de verordening.

Artikel 13 (*Samenloop van bevoegdheden*)

Het meest in het oog springende voorbeeld van samenloop van bevoegdheden is dat van de echtscheiding. De bevoegdheid van de echtscheidingsrechter om maatregelen ter bescherming van het kind te nemen, als voorzien in artikel 10, sluit niet uit dat de autoriteiten van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind, of die van de staat waaraan deze autoriteiten hun bevoegdheid mochten hebben overgedragen, eveneens hun bevoegdheid uitoefenen. Het is dus noodzakelijk te voorkomen dat verzoeken om maatregelen tegelijkertijd aan deze verschillende fora worden gericht en dat deze leiden tot tegenstrijdige beslissingen. Het is denkbaar – al zal dat minder vaak voorkomen – dat een soortgelijke samenloop zich voordoet van bevoegdheden die zijn voorzien door de artikelen 5 tot en met 10. Artikel 13 heeft geen betrekking op eventuele samenloop van de normale bevoegdheid (bijvoorbeeld die van artikel 5) en de bevoegdheid om spoedeisende maatregelen te nemen. Indien er werkelijk een noodsituatie is, kan en moet de op grond van artikel 11 bevoegde autoriteit over de gevraagde maatregel beslissen, zelfs als een soortgelijk verzoek in behandeling is bij het normaal bevoegde forum.

Artikel 13 bevat een algemene regel voor de soort conflicten waarop het betrekking heeft. De regel is geformuleerd op een wijze die lijkt op die van een litispendentiebepaling. De op grond van de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteit moet zich ervan onthouden over een aan haar voorgelegd verzoek om een maatregel te beslissen indien vergelijkbare maatregelen zijn gevraagd aan de autoriteiten van een andere verdragsstaat die tevoren op grond van dezelfde artikelen 5 tot en met 10 bevoegd waren, welk verzoek nog in behandeling is. Als bijvoorbeeld een echtscheidingsprocedure loopt en aan de echtscheidingsrechter is verzocht over het gezag over het kind te beslissen, dient de autoriteit van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind, indien aan haar door een van de ouders eenzelfde verzoek mocht zijn gericht, zich ervan te onthouden op dit verzoek te beslissen. Wordt echter in ditzelfde geval aan de autoriteit van de staat van de gewone verblijfplaats gevraagd een maatregel ter bescherming van een vermogensbestanddeel van het kind te nemen, dan kan die autoriteit daarover beslissen na te hebben vastgesteld dat niet eenzelfde maatregel is gevraagd aan de echtscheidingsrechter.

Heeft de eerst geadieerde autoriteit de gevraagde maatregel reeds genomen, dan is de kwestie niet langer een kwestie van litispendentie, maar van de werking in een verdragsstaat van een maatregel die in een andere verdragsstaat is genomen. Die kwestie wordt in de artikelen 14 en 23 behandeld.

Een ander middel om een eind te maken aan de samenloop van bevoegdheden, bestaat hierin dat de eerst geadieerde autoriteit de bevoegdheid overdraagt aan de later geadieerde autoriteit. Zij zal dat doen als zij van oordeel is dat laatstgenoemde autoriteit het best in staat is het belang van het kind te beoordelen. Het tweede lid van artikel 13 geeft in die zin aan dat het voorgaande lid niet van toepassing is – en dat de later geadieerde autoriteit zich niet van een beslissing dient te onthouden – als de eerst geadieerde autoriteit ervan heeft afgezien haar bevoegdheid uit te oefenen. Die oplossing geeft een grotere flexibiliteit aan de oplossing van

de samenloop dan de techniek van de litispendingie. Die techniek werkt steeds in één richting, namelijk ten gunste van de eerst geadieerde autoriteit, terwijl het tweede lid het mogelijk maakt de voorkeur te geven aan het meest geschikte forum, óók als dat pas later is geadieerd. Het afzien van het uitoefenen van een bevoegdheid doet denken aan de overdracht, voorzien in de artikelen 8 en 9, maar is hiervan te onderscheiden. De artikelen 8 en 9 voorzien in de overdracht van bevoegdheid aan autoriteiten die zelf niet op grond van het verdrag bevoegd zijn om maatregelen ter bescherming van het kind te nemen. De bevoegdheidsgrond is daar uitsluitend gelegen in de overdracht. Daarentegen is de later geadieerde autoriteit in het geval van artikel 13 per definitie bevoegd op grond van de artikelen 5 tot en met 10. Het afzien, dat een eind maakt aan de litispendingie, geeft haar de bevoegdheid terug om over het verzoek om maatregelen te beslissen, maar kent haar niet een bevoegdheid toe, aangezien zij deze reeds bezat. Het afzien van het uitoefenen van bevoegdheid kan dus het gevolg zijn van een eenzijdige beslissing van de eerst geadieerde autoriteit, zonder dat zij de in de artikelen 8 en 9 voorziene procedure behoeft te volgen. De samenloop van bevoegdheden wordt in de verordening geregeld in artikel 19, tweede en derde lid. Anders dan in het verdrag, is voorzien in een litispendingieregel, die werkt ten gunste van de eerst geadieerde rechter.

Artikel 14 *(Voortbestaan van maatregelen in geval van verandering van omstandigheden)*

Dit artikel heeft dezelfde strekking als artikel 5, eerste lid, van het verdrag van 1961. Het ziet op het voortbestaan van maatregelen die door de bevoegde autoriteit zijn genomen, zelfs indien de grond voor bevoegdheid van die autoriteit later is verdwenen als gevolg van een verandering van omstandigheden, zolang de autoriteiten die na die verandering bevoegd zijn, de maatregelen niet hebben gewijzigd. Het voortbestaan is noodzakelijk om te bewerkstelligen dat het kind blijvend wordt beschermd. Als bijvoorbeeld een voogd is benoemd door de autoriteiten van de eerste gewone verblijfplaats van het kind, is het nodig dat die voogd zijn taak kan blijven uitoefenen indien het kind elders zijn gewone verblijfplaats krijgt. Weliswaar zijn, ingevolge artikel 5, tweede lid, de autoriteiten van die nieuwe staat voortaan bevoegd om beschermende maatregelen ten aanzien van het kind te nemen, maar zolang zij geen maatregel hebben genomen, moeten de vóór de verandering van gewone verblijfplaats genomen maatregelen van kracht blijven, ten einde de continuïteit van de bescherming te verzekeren. Hetzelfde geldt indien het recht van de nieuwe gewone verblijfplaats van rechtswege ouderlijke verantwoordelijkheid toekent aan een andere persoon dan degene aan wie die verantwoordelijkheid door een door de bevoegde autoriteit van de oude gewone verblijfplaats was toegekend. De rechtszekerheid vereist dat in de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats een maatregel wordt genomen om een eind te maken aan de taak van de persoon die door de vóór de verandering van verblijfplaats genomen maatregel was aangewezen. Het in artikel 23, eerste lid, neergelegde beginsel van erkenning van rechtswege in alle verdragsstaten van maatregelen, genomen door de autoriteiten van een van die staten, volstaat niet om dit resultaat te bereiken. Weliswaar voorziet artikel 23 in de erkenning van maatregelen die van kracht zijn, maar de vraag waarop artikel 14 een antwoord geeft, is nu juist of die maatregelen van kracht blijven na een verandering van omstandigheden. Artikel 14 is uitsluitend van toepassing op maatregelen genomen op grond van de artikelen 5 tot en met 10. Het lot van maatregelen genomen

op grond van de artikelen 11 en 12 wordt geregeld door de leden 2 en 3 van de laatstgenoemde artikelen.

In het geval van de artikelen 5 en 6 zal de «verandering van omstandigheden» neerkomen op de verandering van gewone verblijfplaats of van de verblijfplaats. De maatregelen zullen van kracht blijven maar de modaliteiten voor hun toepassing zullen, na de verandering, worden geregeerd door het recht van de nieuwe gewone verblijfplaats, in overeenstemming met artikel 15, derde lid. In het geval van artikel 7 blijkt de verandering van omstandigheden uit de tekst zelf, wanneer de bevoegdheid overgaat van de autoriteiten van de staat waar het kind onmiddellijk vóór de overbrenging of de niet-terugkeer zijn gewone verblijfplaats had, naar die van de staat van zijn nieuwe gewone verblijfplaats. In het geval van de artikelen 8 of 9 zal de «verandering van omstandigheden» bestaan in de verandering van nationaliteit van het kind, de verandering van ligging van het vermogen of van de nauwe band waarop de autoriteit die de maatregel heeft genomen, zijn bevoegdheid heeft gebaseerd. In het geval van artikel 10 zal de verandering van omstandigheden zijn gelegen in de afloop van de echtscheidingsprocedure.

Het voortbestaan van de maatregelen wordt alleen «binnen de grenzen daarvan» gewaarborgd. Deze verduidelijking houdt rekening met het feit dat de bevoegde autoriteit wellicht maatregelen heeft genomen die toepasselijk zijn zolang het kind in die staat verblijft. Zij kan hebben bepaald dat in geval van verandering van verblijfplaats een verklaring dient te worden afgelegd aan de overheid van het land van de nieuwe verblijfplaats. Een dergelijke verplichting kan geen extraterritoriaal effect hebben en zal dus niet voortbestaan bij het verkrijgen van een gewone verblijfplaats in een nieuwe staat. Zo zal de plaatsing van het kind onder toezicht van een overheidsorgaan niet voortbestaan wanneer het kind in een andere staat zijn gewone verblijfplaats verkrijgt. Immers, een nationale instelling voor kindbescherming kan zijn bevoegdheid niet uitoefenen buiten de staat waartoe zij behoort.

Slotopmerking

De bevoegdheidsregels van hoofdstuk II vormen een gesloten geheel, waaraan verdragsstaten gehouden zijn wanneer het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een verdragsstaat. Een verdragsstaat mag ten aanzien van een dergelijk kind zijn bevoegdheid niet uitoefenen als deze niet door het verdrag is voorzien. Dit geldt ook in de in artikel 6 bedoelde gevallen, wanneer het kind in een verdragsstaat verblijft. In andere gevallen vormt de enkele aanwezigheid van het kind een grond voor de toepassing van de artikelen 11 en 12. Die artikelen sluiten echter niet uit dat verdragsstaten in hun nationale wetgeving ruimere bevoegdheden toekennen aan hun autoriteiten. Echter, in dat geval zijn de overige verdragsstaten niet verplicht die ruimere bevoegdheden, die buiten het verdrag bestaan, te erkennen. A fortiori geldt dit ten aanzien van kinderen die niet hun gewone verblijfplaats hebben in een verdragsstaat en daar ook niet aanwezig zijn. Het verdrag bevat geen bepaling, corresponderend met artikel 14 van de verordening «Brussel IIbis» («residuele bevoegdheid»), op grond waarvan de bevoegdheid, indien het kind zijn gewone verblijfplaats heeft buiten een verdragsstaat, in elke verdragsstaat wordt geregeld door het recht van die staat. Die bepaling zou op zichzelf juist zijn geweest, maar men heeft niet riskeren dat zij zo zou worden gelezen dat andere verdragsstaten dan gehouden zouden zijn, maatregelen die met toepassing van nationale bevoegdheidsregels zijn gegeven, te erkennen.

HOOFDSTUK III – TOEPASSELIJK RECHT

Bij wijze van inleiding tot dit hoofdstuk moge eraan worden herinnerd dat de verordening «Brussel IIbis» geen hoofdstuk bevat inzake het toepasselijke recht. De bepalingen over toepasselijk recht zullen derhalve door autoriteiten van lidstaten van de Europese Unie, die op grond van de verordening hun bevoegdheid uitoefenen, moeten worden toegepast vanaf het tijdstip waarop het verdrag voor de lidstaten in werking treedt. Vanaf het tijdstip dat de verordening van kracht wordt (1 maart 2005) tot de inwerkingtreding van het verdrag van 1996, zullen de tot dusver geldende verwijzingsregels van toepassing zijn. Verwezen wordt in dit verband naar de artikelen 2, eerste lid, en 3 van het verdrag van 1961.

Artikel 15 – *Het recht dat toepasselijk is op beschermende maatregelen*

In het nieuwe verdrag blijft het uitgangspunt dat de autoriteiten die ingevolge hoofdstuk II bevoegd zijn, hun eigen recht toepassen. De belangrijkste overweging die hieraan ten grondslag ligt, is dat men het de geadieerde autoriteit daarmee gemakkelijk maakt, aangezien zij het recht toepast dat zij het best kent. Aangezien de bevoegdheid bovendien doorgaans toekomt aan de autoriteit die zich het dichtstbij het kind bevindt, zullen de maatregelen hoofdzakelijk in de staat waar zij zijn genomen, worden uitgevoerd. Effectuering zal eenvoudiger zijn als de maatregelen overeenstemmen met het recht van die staat.

De toepasselijkheid van het recht van het forum is algemeen en zij hangt niet af van de grond waarop het geadieerde forum zijn bevoegdheid heeft gebaseerd. De herschikking van bevoegdheden in het nieuwe verdrag ten gunste van de staat van de gewone verblijfplaats zal tot gevolg hebben dat het recht van die staat veel vaker tot toepassing komt dan ingevolge het verdrag van 1961, waarin de nadruk meer lag op de bevoegdheid van de rechter van de staat van de nationaliteit.

Het *tweede lid* voorziet in de mogelijkheid om hiervan af te wijken, welke mogelijkheid niet gebaseerd is op het beginsel van de nauwste band, maar op het belang van het kind. Het meest geciteerde voorbeeld is dat van de machtiging die van de autoriteiten van de gewone verblijfplaats wordt gevraagd om in het buitenland gelegen vermogensbestanddelen te verkopen. Het verdient uiteraard de voorkeur dat de geadieerde autoriteit het recht van het land van ligging van het goed toepast en de door dat recht vereiste machtiging verleent, zelfs indien haar eigen recht op dit punt geen machtiging vereist. Ook kan het aangewezen zijn het nationale recht van buitenlandse kinderen op de bescherming van die kinderen toe te passen als te voorzien is dat die kinderen op korte termijn naar hun land van herkomst zullen terugkeren. Op zijn minst kan het nuttig zijn met dat recht rekening te houden ten einde te voorkomen dat men een maatregel neemt die in dat land niet zou kunnen worden geëffectueerd.

Zoals hiervoor is toegelicht, brengt een verandering van gewone verblijfplaats van het kind mee dat de bevoegdheid overgaat naar de autoriteiten van de nieuwe gewone verblijfplaats (artikel 5, tweede lid), maar dat reeds genomen maatregelen voortbestaan (artikel 14). De verandering is echter wel van invloed op de modaliteiten voor de toepassing van die maatregelen (*derde lid*). Zoals de van rechtswege ontstane ouderlijke verantwoordelijkheid na de verandering blijft voortbestaan (artikel 17), blijft ook een genomen maatregel na de verandering voortbestaan, maar de «wijze van uitoefening ervan» wordt vanaf het tijdstip van de verandering door het recht van de nieuwe verblijfplaats beheerst.

In dit verband moet erop worden gewezen dat het onderscheid tussen de maatregel en de wijze van uitoefening ervan moeilijk kan zijn. Is bijvoorbeeld een voogd voor het kind aangewezen in het land van zijn vroegere gewone verblijfplaats met de verplichting om de rechter machtiging te vragen om bepaalde handelingen te verrichten, dan moet het ervoor

worden gehouden dat die voogd die handelingen zelf zou kunnen verrichten als het recht van de nieuwe gewone verblijfplaats hem dat mogelijk maakt. In specifieke gevallen zal met behulp van het internationaal privaatrechtelijke leerstuk van de aanpassing een oplossing moeten worden gevonden. Als dat niet mogelijk is, kan de oplossing worden gevonden door het nemen van nieuwe maatregelen in de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats van het kind.

Artikelen 16 tot en met 18 (*Van rechtswege ontstane ouderlijke verantwoordelijkheid*)

Artikel 3 van het verdrag van 61 bepaalt dat een gezagsverhouding die van rechtswege voortvloeit uit de interne wet van de staat waarvan de minderjarige onderdaan is, in alle verdragsstaten wordt erkend. Die bepaling zag duidelijk op de ouderlijke verantwoordelijkheid die van rechtswege, zonder interventie van een rechter of een overheidsinstantie ontstaat. De rechters van de verdragsstaten waren echter verdeeld over de vraag of deze bepaling een conflictenregel bevatte dan wel – zoals de formulering suggereert – een erkenningsregel. In de eerste lezing was de regel bijvoorbeeld toepasselijk op de vraag of een machtiging om namens het kind een handeling te verrichten moest worden gegeven door de vader of de moeder van het kind of door hen beiden, zulks ongeacht een eventueel genomen beschermingsregel. In de tweede lezing was de regel alleen van toepassing wanneer een beschermingsmaatregel werd gevraagd aan de geadieerde autoriteit, die dan moest controleren of naar het nationale recht van het kind van rechtswege een gezagsverhouding bestond en zo ja, of zij die verhouding moest erkennen en onderzoeken hoe de gevraagde maatregel daaraan kon worden aangepast. Overigens waren nog andere meningsverschillen gebleken. Volgens sommigen zou het bestaan van een gezagsverhouding het ingrijpen van de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind geheel onmogelijk maken. Volgens anderen zouden zij hun bevoegdheid alleen kunnen uitoefenen indien het nationale recht van de minderjarige het nemen van beschermende maatregelen toestond. Volgens een derde mening vormde het bestaan van deze gezagsverhouding voor de autoriteiten van de gewone verblijfplaats geheel geen belemmering om de door hen nodig geachte beschermingsmaatregelen te nemen.

Een andere moeilijkheid bij de toepassing van artikel 3 van het verdrag van 1961 kwam voort uit de aanknopng voor de van rechtswege bestaande gezagsverhouding aan het nationale recht van de minderjarige. Naast het gevaar voor een patstelling in geval van dubbele nationaliteit van het kind, was het verschil in de aanknopng voor de van rechtswege bestaande gezagsverhouding en voor de beschermingsmaatregelen soms de oorzaak van schier onoplosbare complicaties. Vandaar dat sommige auteurs geneigd waren om ervoor te pleiten deze moeilijkheden te omzeilen door in het toekomstige verdrag alleen bepalingen op te nemen over beschermingsmaatregelen en geen enkele bepaling over de van rechtswege bestaande verhouding.

In het nieuwe verdrag is echter wel een bepaling hierover opgenomen. Men was gevoelig voor het argument dat op basis van een zodanige bepaling in de meeste gevallen de bescherming van het kind gewaarborgd is, met name wat betreft het beheer van zijn vermogen. Het zou dus te betreuren zijn geweest om geen regel daarover te hebben. Bovendien dient elke autoriteit die geroepen is een beschermingsmaatregel te nemen, te weten in welk juridisch kader die maatregel moet worden ingepast.

Verder is de voorkeur gegeven aan een conflictenregel boven een simpele erkenningsregel. Die keuze verruimt het terrein waarop uniformiteit wordt bereikt. Zij vereenvoudigt de zaken voor verdragsstaten door te voorkomen dat in hun rechtsorde twee verschillende aanknopingen bestaan

voor de van rechtswege bestaande ouderlijke verantwoordelijkheid, nl. een verdragsregel voor de erkenning van de ouderlijke verantwoordelijkheid wanneer een beschermingsmaatregel wordt overwogen, en een andere regel, gebaseerd op hun nationale recht, voor het recht dat, los van een beschermingsmaatregel, op die verantwoordelijkheid van toepassing is.

In de derde plaats is de aanknopng aan het nationale recht verlaten ten gunste van de aanknopng aan de gewone verblijfplaats van het kind. Aldus zal het recht dat op een beschermingsmaatregel van toepassing is, doorgaans samenvallen met het recht dat op de van rechtswege bestaande gezagsverhouding van toepassing is, hetgeen een aanzienlijke vereenvoudiging meebrengt.

Deze keuze heeft echter een nieuwe moeilijkheid doen ontstaan, namelijk het lot van de van rechtswege bestaande gezagsverhouding in geval van verandering van gewone verblijfplaats van het kind. Getracht is een compromis te vinden tussen de behoefte aan continuïteit van de bescherming, die pleit voor het voortbestaan van deze verhouding na de verandering van gewone verblijfplaats, en de behoefte aan rechtszekerheid voor derden en aan snelheid, die juist voor de onmiddellijke vervanging van het recht van de oude gewone verblijfplaats door dat van de nieuwe pleit. Met het oog op de leesbaarheid zijn de bepalingen over het toepasselijk recht over drie artikelen verdeeld. Artikel 16 betreft het ontstaan en het tenietgaan van ouderlijke verantwoordelijkheid alsmede het *conflit mobile* bij verandering van gewone verblijfplaats van het kind. Artikel 17 heeft betrekking op de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid en artikel 18 op de ontneming of de wijziging van de modaliteiten voor uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid.

Artikel 16 (*Het van rechtswege ontstaan of tenietgaan van ouderlijke verantwoordelijkheid*)

Het *eerste lid* bevat een conflictenregel die het recht van de gewone verblijfplaats van het kind als toepasselijk aanwijst. De gekozen formulering geeft enkele aanwijzingen over het onderwerp van de regel.

Gesproken wordt niet van «gezagsverhouding», maar van «ouderlijke verantwoordelijkheid», in overeenstemming met de nieuwe terminologie (vgl. artikel 1, tweede lid). De bepaling betreft niet alleen het ontstaan, maar ook het tenietgaan van die verantwoordelijkheid.

Gesproken wordt niet van «het van rechtswege ontstaan», maar van «zonder tussenkomst van een gerechtelijke of administratieve autoriteit». Het verschil met artikel 5 e.v. is juist gelegen in de tussenkomst van een autoriteit. Het gaat hier wel alleen om de actieve tussenkomst van een autoriteit, waarmee zij daadwerkelijk een beslissing neemt die strekt tot het toekennen of het doen tenietgaan van ouderlijke verantwoordelijkheid. In dit verband zij vermeld dat in bepaalde rechtsstelsels, in het bijzonder die van Scandinavische landen, de gezamenlijke ouderlijke verantwoordelijkheid van ongehuwde ouders, die van rechtswege ontstaat, bij bepaalde (bijvoorbeeld fiscale) autoriteiten moet worden geregistreerd of gemeld. De autoriteit die registreert of de kennisgeving ontvangt, intervenueert niet om enige beslissing te nemen. Het moet duidelijk zijn dat deze situaties onder artikel 16 vallen.

De bepaling geeft aan dat het «recht» van de staat van de gewone verblijfplaats van toepassing is. Wat daaronder dient te worden verstaan, blijkt uit artikel 21, betreffende het «*renvoi*» (herverwijzing) en het «*conflit de systèmes*». Het aangewezen recht kan het recht van een verdragsstaat zijn, evengoed als het recht van een niet-verdragsstaat.

Om de ouderlijke verantwoordelijkheid te doen ontstaan of teniet gaan, baseert het toepasselijke recht zich in het algemeen op bepaalde feiten, zoals een huwelijk, een erkenning of een overlijden. Het wordt aan het recht van de gewone verblijfplaats van het kind overgelaten om te

bepalen of het al of niet rekening houdt met feiten die zich hebben voorgedaan voordat het kind zijn gewone verblijfplaats in die staat had. Deze verdragsregel, die het recht van de gewone verblijfplaats van het kind toepasselijk verklaart op de ouderlijke verantwoordelijkheid, dient te worden toegepast in combinatie met het in elke verdragsstaat op de persoonlijke staat toepasselijke recht (vgl. de toelichting op artikel 4, onder d).

De afbakening van de verwijzingscategorieën «ouderlijke verantwoordelijkheid» en «persoonlijke staat» in enge zin zou, althans in theorie, geen grote problemen moeten opleveren. Genoemd is het voorbeeld van een kind dat naar zijn nationale recht minderjarig is maar volgens datzelfde recht bekwaam is om zonder machtiging bepaalde burgerrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. De vraag kan rijzen of men deze gedeeltelijke handelingsbekwaamheid in de categorie «handelingsbekwaamheid» moet onderbrengen, waarvoor het verdrag geen regel geeft, dan wel in de categorie «kinderbescherming». Het antwoord kan zijn dat wanneer de geldigheid van een dergelijke handeling, wanneer zij zonder machtiging is verricht, achteraf moet worden beoordeeld, de geadieerde autoriteit deze vraag, als vraag van handelingsbekwaamheid, naar zijn eigen internationaal privaatrecht moet beoordelen. Indien daarentegen aan een autoriteit van een verdragsstaat machtiging wordt gevraagd om die handeling te verrichten, dient die autoriteit naar zijn eigen recht te beoordelen of een dergelijke beschermingsmaatregel moet worden genomen, maar kan zij, overeenkomstig artikel 15, tweede lid, rekening houden met het recht dat naar zijn eigen internationaal privaatrecht de handelingsbekwaamheid van het kind beheerst.

De bepaling geeft geen oplossing voor de voorvraag naar de persoonlijke staat van het kind, die voorafgaat aan de vaststelling van het bestaan van ouderlijke verantwoordelijkheid. Als bijvoorbeeld het recht van de gewone verblijfplaats, dat ingevolge artikel 16, eerste lid, toepasselijk is, het van rechtswege bestaan van ouderlijke verantwoordelijkheid afhankelijk stelt van de geldigheid van de erkenning van het kind, is het niet onredelijk te denken dat die geldigheid wordt beoordeeld naar het recht dat ingevolge het conflictenrecht van de gewone verblijfplaats van het kind van toepassing is, en niet naar het conflictenrecht van het forum. Die oplossing wordt echter niet door het verdrag opgelegd. Voor Nederland is er geen aanleiding om deze oplossing van de afhankelijke aanknopingspunt te volgen en daarmee af te wijken van hetgeen door de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht in haar rapport over algemene bepalingen van internationaal privaatrecht is geadviseerd (welk rapport is te raadplegen op de website van het Ministerie van Justitie), namelijk een zelfstandige aanknopingspunt van de voorvraag. Een in het buitenland ontstane afstammingsband zal ingevolge artikel 10 van de Wet conflictenrecht afstamming nagenoeg steeds worden erkend. Het *tweede lid* breidt de oplossing van het eerste lid uit tot de ouderlijke verantwoordelijkheid die voortvloeit uit een overeenkomst of een eenzijdige handeling. De «overeenkomst» verwijst ook naar artikel 3, slot, van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. Het betreft het convenant dat ouders eventueel kunnen sluiten over het gezag of het omgangsrecht. De «eenzijdige handeling» kan een testament of een laatste wilsbeschikking zijn waardoor de overblijvende ouder een voogd voor het kind aanwijst. Indien de toekenning of de beëindiging van ouderlijke verantwoordelijkheid bij een overeenkomst of een eenzijdige handeling moet worden bekrachtigd of gecontroleerd door een gerecht of een overheidsinstantie, moet zij worden beschouwd als een beschermende maatregel en komt de beslissing toe aan de autoriteiten waarvan de bevoegdheid in hoofdstuk II van het verdrag wordt bepaald. Artikel 16, tweede lid, is van toepassing als volgens het recht van de gewone verblijfplaats van het kind die handeling of die overeenkomst geldig is «zonder tussenkomst van een gerechtelijke of administratieve autoriteit».

Verduidelijkt is dat de datum waarop de gewone verblijfplaats wordt bepaald, die is waarop de handeling of overeenkomst effect sorteert, welke datum een latere kan zijn dan die van de totstandkoming van de overeenkomst of het passeren van het testament. Voor een bij de echtscheiding tot stand gekomen convenant zal het gewoonlijk gaan om de datum waarop de echtscheiding van kracht wordt, en voor het testament, om de datum van overlijden van de erflater.

Het *derde* en het *vierde lid* regelen het gevolg van de verandering van gewone verblijfplaats van het kind op de van rechtswege ontstane ouderlijke verantwoordelijkheid. Zij behelzen een compromis tussen twee benaderingen. De eerste benadering is die van veranderlijkheid. Indien de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt beheerst door het recht van de gewone verblijfplaats, dient een eventuele verandering van gewone verblijfplaats te leiden tot een verandering van het recht dat toepasselijk is op het van rechtswege ontstaan of tenietgaan van de ouderlijke verantwoordelijkheid. Het voordeel van die benadering is de eenvoud en de rechtszekerheid. De tweede benadering komt neer op de continuïteit van de bescherming. In die benadering zou de van rechtswege ontstane ouderlijke verantwoordelijkheid moeten voortbestaan, ook bij een verandering van gewone verblijfplaats van het kind. Het voordeel van die benadering is dat men voorkomt dat er moet worden ingegrepen als, bijvoorbeeld, het recht van de nieuwe gewone verblijfplaats niet van rechtswege ouderlijke verantwoordelijkheid doet ontstaan, maar de tussenkomenst van een overheidsinstantie vereist.

Gezocht is naar de meest praktische oplossingen in de diverse gevallen. Ingeval het recht van de oude gewone verblijfplaats niet voorzag in ouderlijke verantwoordelijkheid en dat van de nieuwe gewone verblijfplaats wel, lijkt het voor de hand te liggen dat alleen het nieuwe recht wordt toegepast. Die oplossing is niet als zodanig in het verdrag opgenomen, maar volgt impliciet uit het eerste lid.

Voorziet het recht van de oude gewone verblijfplaats in een ouderlijke verantwoordelijkheid en dat van de nieuwe gewone verblijfplaats niet, dan weegt het argument van de continuïteit van de bescherming het zwaarst en geeft het derde lid van artikel 16 aan dat «de volgens het recht van de gewone verblijfplaats van het kind van rechtswege bestaande ouderlijke verantwoordelijkheid voortbestaat na de overgang van de gewone verblijfplaats naar een andere staat».

Het derde geval is dat waarin beide rechtsstelsels voorzien in een van rechtswege ontstane ouderlijke verantwoordelijkheid, maar verschillen waar het betreft de drager of dragers van die verantwoordelijkheid. Het derde lid van artikel 16 is eveneens van toepassing op die situatie, in die zin dat het de uit het recht van de eerste staat volgende ouderlijke verantwoordelijkheid laat voortbestaan. Het derde lid moet in dit geval echter worden gelezen in combinatie met het *vierde lid*. Dit lid koppelt in zekere zin de extra wagon van de tweede staat aan de trein van de eerste. Zonder op de oplossing van het derde lid terug te komen, bepaalt het vierde lid namelijk dat het interne recht van de tweede staat van toepassing is indien het van rechtswege de ouderlijke verantwoordelijkheid toekent aan een persoon aan wie het recht van de eerste staat, dat ingevolge het eerste en het tweede lid van toepassing is, deze verantwoordelijkheid niet toekende. Indien bijvoorbeeld het recht van de eerste staat van rechtswege voorzag in ouderlijke verantwoordelijkheid van de ongehuwde moeder van het kind, en het tweede deze verantwoordelijkheid voorziet voor zowel de vader als de moeder, of zelfs alleen voor de vader, zal het recht van de tweede staat toepasselijk zijn in die zin dat het een drager van ouderlijke verantwoordelijkheid toevoegt aan degene die deze verantwoordelijkheid reeds bezat op grond van het recht van de eerste staat. Omgekeerd zal, indien het recht van de eerste staat voorzag in gezamenlijke ouderlijke verantwoordelijkheid van de vader en de moeder, en de tweede alleen voor de moeder, het recht van de tweede staat zonder

gevolg blijven voor de rechten van de vader, die ingevolge het derde lid de ouderlijke verantwoordelijkheid die hij ingevolge het recht van de eerste staat had verkregen, behoudt.

In zekere zin bevat het vierde lid een regel van materieel recht, doordat het de eventuele verschillende dragers van ouderlijke verantwoordelijkheid volgens het recht van de oude en vervolgens de nieuwe gewone verblijfplaats naast elkaar laat bestaan. Het naast elkaar bestaan van verscheidene dragers van ouderlijke verantwoordelijkheid, gebaseerd op verschillende rechtsstelsels, kan slechts functioneren als de bedoelde personen het met elkaar eens zijn. Zijn zij het niet eens, dan zal hun geschil moeten worden beslecht door een maatregel die op verzoek van een van hen wordt genomen door de bevoegde autoriteit van de nieuwe gewone verblijfplaats.

Artikel 17 (*Uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid*)

In dit artikel wordt een, op dat van artikel 15, derde lid, lijkend onderscheid gemaakt tussen de door artikel 16 geregelde toekenning van de ouderlijke verantwoordelijkheid en de uitoefening daarvan, welke laatste door het recht van de huidige gewone verblijfplaats van het kind wordt beheerst. Het onderscheid gaat uiteraard een rol spelen in geval van verandering van gewone verblijfplaats van het kind. Immers, de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid is onderworpen aan het beginsel van veranderlijkheid van het toepasselijke recht. Zo zal degene die op grond van het recht van de eerdere gewone verblijfplaats de ouderlijke verantwoordelijkheid heeft, die verantwoordelijkheid behouden, maar zal hij deze, vanaf het tijdstip van de verandering van gewone verblijfplaats van het kind, uitoefenen volgens de modaliteiten, voorzien in het interne recht van de nieuwe staat. Indien dat recht bijvoorbeeld bepaalt dat bepaalde handelingen die, volgens het recht van de eerste staat, de drager van de ouderlijke verantwoordelijkheid alleen kon aangaan, thans slechts met machtiging van een autoriteit kunnen plaatsvinden, zal die machtiging moeten worden gevraagd.

Artikel 18 (*Ontneming of wijziging van de ouderlijke verantwoordelijkheid*)

Artikel 18 verduidelijkt dat de «in de voorgaande artikelen voorziene ouderlijke verantwoordelijkheid slechts kan worden ontnomen, en de voorwaarden voor uitoefening daarvan gewijzigd, door maatregelen die op grond van het verdrag worden genomen. De bepaling geeft het antwoord op de reeds gesignaleerde vraag naar de interpretatie van artikel 3 van het Verdrag van 1961. Het van rechtswege bestaan van een ouderlijke verantwoordelijkheid kan geen belemmering meer vormen voor beschermingsmaatregelen die nodig mochten blijken. Artikel 18 kan trouwens worden toegepast na een verandering van gewone verblijfplaats van het kind indien de bevoegde autoriteiten van oordeel zijn dat de cumulatieve toepassing van de rechtsstelsels van de opeenvolgende gewone verblijfplaatsen op de van rechtswege bestaande ouderlijke verantwoordelijkheid ertoe leidt dat het kind niet langer beschermd is.

Artikel 19 (*Derdenbescherming*)

Aangezien het verdrag, in geval van verandering van de gewone verblijfplaats van het kind, ervan uitgaat dat de ouderlijke verantwoordelijkheid die van rechtswege voortvloeit uit het recht van de vroegere gewone verblijfplaats, blijft voortbestaan, laat het derden die in de staat van de nieuwe gewone verblijfplaats een transactie aangaan, het risico lopen van een dwaling in de persoon of in de bevoegdheden van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind. Wanneer de derde te goeder trouw een trans-

actie sluit met de persoon die, volgens het lokale recht, wettelijke vertegenwoordiger van het kind zou zijn, weet die derde wellicht niet dat de bevoegde wettelijke vertegenwoordiger degene is aan wie die hoedanigheid van rechtswege is toegekend door het recht van de staat van de vroegere gewone verblijfplaats, of die daarmee op legale wijze is bekleed ingevolge een maatregel van de autoriteiten van een andere staat die door hen bevoegdlijk is genomen.

Artikel 19, waarvan de strekking herinnert aan de bekende Franse zaak Lizardi en aan artikel 11 van het Verdrag van Rome van 19 juni 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Trb. 1980, 156), omhelst het beginsel van de schijn die werkt ten gunste van de derde te goeder trouw, die heeft gehandeld met een ander die ingevolge het recht van de staat waar de transactie plaatsvond gerechtigd zou zijn om als wettelijke vertegenwoordiger [van het kind] op te treden. De derde wordt beschermd «behalve indien hij wist of kon weten dat de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt beheerst door de bepalingen van dit hoofdstuk». Het gaat hier dus om goede trouw die wordt versterkt door een op de derde rustende verplichting om oplettendheid te betrachten.

De bescherming bestaat hierin dat «de geldigheid van de rechtshandeling niet kan worden aangetast en dat de derde niet aansprakelijk kan worden gesteld» op de enkele grond dat de transactie is gesloten met de persoon die, in de genoemde omstandigheden, ten onrechte als wettelijk vertegenwoordiger van het kind is beschouwd. Zo zal de bankier die fondsen voor het kind beheert en deze aan de schijnvertegenwoordiger van het kind heeft uitgekeerd, niet gehouden zijn alsnog een bedrag van gelijke waarde aan de echte vertegenwoordiger van het kind uit te betalen. Ook zal de derde die op legale wijze van dezelfde persoon vermogen van het kind mocht hebben ontvangen, dit mogen behouden.

De schijn van ouderlijke verantwoordelijkheid waarop de derde zich kan beroepen, berust op het recht van de staat waar de rechtshandeling tot stand is gekomen. Het *tweede lid* verduidelijkt dat de regel slechts werkt indien de rechtshandeling tot stand is gekomen tussen personen die zich op het grondgebied van eenzelfde staat bevonden. Meer oplettendheid is vereist indien de derde op afstand een transactie sluit met een persoon die zich wettelijke vertegenwoordiger van het kind noemt.

De regel van artikel 19 is toepasselijk ongeacht de aard van de transactie tussen de derde en de schijnvertegenwoordiger van het kind. Aannemelijk is echter dat de mate van oplettendheid die van de derde wordt verlangd, wil hij zich op artikel 19 kunnen beroepen, afhangt van het belang van de transactie die hij sluit, in het bijzonder wanneer het onroerende zaken betreft.

Artikel 20 (*Universeel karakter van de verwijzingsregels*)

De regel van artikel 20 is gebruikelijk in Haagse verdragen over toepasselijk recht. Zij is echter niet van toepassing in het geval van artikel 15, derde lid.

Artikel 21 (*Renvoi en conflit de systèmes*)

Het *eerste lid*, dat eveneens gebruikelijk is in Haagse verdragen over toepasselijk recht, bevestigt de uitsluiting van *renvoi*.

Het *tweede lid* herhaalt letterlijk artikel 4 van het Haags Verdrag van 1 augustus 1989 inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging (Trb. 1994, 168). Het bevat een uitzondering op de uitsluiting van *renvoi* in de gevallen waarin deze uitsluiting, zonder dat dit een noemenswaardig voordeel oplevert, de harmonie verstoort, die er mogelijk is tussen de niet-verdragsstaten waarmee de situatie aanknopingen heeft. Indien bijvoorbeeld het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een niet-verdragsstaat die de ouderlijke verantwoordelijkheid aan het nationale

recht van het kind onderwerpt, en laatstgenoemd recht – veronderstellenderwijs van een andere niet-verdragsstaat – dit verwijzingsresultaat aanvaardt, is het alleen maar gunstig als de ouderlijke verantwoordelijkheid die uit dat recht voortvloeit, in de verdragsstaten wordt erkend. Dit wordt in de eerste zin van het tweede lid verduidelijkt.

Ingeval het recht van die andere niet-verdragsstaat zichzelf niet toepasselijk acht, is er geen van te voren bestaande harmonie tussen niet-verdragsstaten die moet worden beschermd. De tweede zin van het tweede lid bepaalt dat dan toepasselijk is het recht dat rechtstreeks door artikel 16 wordt aangewezen, onder uitsluiting van *renvoi*. Artikel 21 regelt niet het geval waarin het recht van een niet-verdragstaat, dat door het verdrag wordt aangewezen, verwijst naar het recht van een verdragsstaat. Aangezien het tweede lid begint met het woord «Echter», is er evenwel aanleiding om van de uitsluiting van *renvoi* alleen af te wijken in het in dit lid genoemde geval.

Artikel 22 (*Openbare orde*)

Artikel 22 bevat de in Haagse verdragen gebruikelijke bepaling betreffende de openbare-orde-exceptie. Verduidelijkt is echter dat bij een beroep op de openbare orde rekening moet worden gehouden met het belang van het kind, welk belang trouwens leidraad moet zijn bij de toepassing van alle artikelen van het verdrag.

HOOFDSTUK IV – ERKENNING EN TENUITVOERLEGGING

Zoals reeds is aangegeven, vult dit hoofdstuk een lacune in het verdrag van 1961, dat slechts uitdrukking geeft aan het beginsel van wederzijdse erkenning van maatregelen, genomen in verdragsstaten, maar voor de tenuitvoerlegging verwijst naar het interne recht van de aangezochte staat dan wel de internationale verdragen die in die staat van kracht zijn. Inspiratie puttend uit recentere verdragen, waaronder de verdragen van Brussel en Lugano betreffende de bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, maakt het verdrag een onderscheid tussen de erkenning (artikelen 23–25), de uitvoerbaarverklaring of de registratie met het oog op tenuitvoerlegging (artikelen 26 en 27) en ten slotte de tenuitvoerlegging (artikel 28).

Artikel 23 (*Erkenning en gronden voor weigering van de erkenning*)

Het *eerste lid* voorziet het beginsel van erkenning van rechtswege in elke verdragsstaat van maatregelen die in een andere verdragsstaat zijn genomen. Het was niet mogelijk in een «*convention double*», gebaseerd op wederkerigheid, verder te gaan en, zoals sommige delegaties het zouden hebben gewenst, op bepaalde voorwaarden te voorzien in de erkenning van rechtswege van beslissingen van niet-verdragsstaten. Erkenning van rechtswege betekent dat deze wordt verkregen zonder dat enige procedure behoeft worden doorlopen, zolang degene die zich op de maatregel beroept, niet vraagt om tenuitvoerlegging. Het is de partij tegen wie de maatregel wordt ingeroepen, die zich, bijvoorbeeld in een procedure, moet beroepen op een grond voor niet-erkenning, als in het tweede lid voorzien. Het verdrag sluit echter niet uit dat men een preventieve procedure voert, waarin een rechterlijke uitspraak wordt verkregen inzake de erkenning of de niet-erkenning van een maatregel (artikel 24). Wil een maatregel worden erkend, dan moet het bestaan ervan uiteraard worden bewezen. Dat bewijs vloeit doorgaans voort uit het schriftelijke stuk van de autoriteit die de maatregel heeft genomen en waarin de beslissing die door haar is genomen, is neergelegd. In spoedeisende

gevallen kan het echter voorkomen dat een maatregel per telefoon is genomen en is neergelegd in een met de hand geschreven notitie in het dossier. Om bureaucratische rompslomp te voorkomen, heeft het verdrag de erkenning niet afhankelijk gesteld van de overlegging van een schriftelijk, gedateerd en door de afgevende autoriteit van de staat van oorsprong ondertekend stuk. Dientengevolge kan bijvoorbeeld een faxbericht dienen als bewijs van de maatregel waarvan erkenning wordt gevraagd.

Het *tweede lid* geeft een limitatieve opsomming van de gronden voor weigering van de erkenning. Van belang is dat het tweede lid de weigering toestaat, maar haar niet voorschrijft.

Tweede lid, onder a: Erkenning kan worden geweigerd indien de maatregel is genomen door een autoriteit wier bevoegdheid niet is gebaseerd op een bevoegdheidsgrond, voorzien in hoofdstuk II. Het verdrag sluit niet de erkenning uit van beschermende maatregelen, genomen in een verdragsstaat onder omstandigheden waarin het verdrag niet toepasselijk was, maar die erkenning valt zelf buiten het toepassingsgebied van het verdrag. Dit volgt uit de niet-opneming van een bepaling in de trant van artikel 4 van de verdragen van Brussel en Lugano (artikel 13 van de verordening «Brussel IIbis»). De bepaling onder *a* betekent dat de aangezochte autoriteit de bevoegdheid heeft de indirecte bevoegdheid van de autoriteit van de staat van oorsprong van de beslissing te controleren. Bij die controle is zij echter gebonden door de feitelijke vaststellingen waarop de autoriteit van de staat van oorsprong haar bevoegdheid heeft gebaseerd (vgl. artikel 25).

Er zij op geattendeerd dat wat de weigeringsgronden betreft, het enige belangrijke verschil met de verordening «Brussel IIbis» bestaat in deze mogelijkheid van controle van de bevoegdheid van de gerechten van de staat van oorsprong. *Tweede lid, onder b:* Erkenning kan worden geweigerd indien, buiten het geval van spoed, de maatregel is genomen zonder dat het kind de mogelijkheid is geboden om te worden gehoord, in strijd met fundamentele procedurele beginselen van de aangezochte staat. Deze weigeringsgrond is rechtstreeks gebaseerd op artikel 12, tweede lid, van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van het kind. Dit betekent niet dat het kind in alle gevallen moet worden gehoord. Het is niet steeds in het belang van het kind om een mening te moeten geven, met name als zijn ouders het eens zijn over een te nemen maatregel. Alleen wanneer het niet horen van het kind in strijd is met fundamentele beginselen van procesrecht van de aangezochte staat, kan het een grond opleveren om de erkenning te weigeren. Er is geen reden om een onderscheid te maken tussen een gerechtelijke of een administratieve procedure. De bepaling is een bepaling van procedurele openbare orde. Zij is niet van toepassing in spoedeisende gevallen, waarin aan de vereisten van procedurele openbare orde een soepeler interpretatie dient te worden gegeven. *Tweede lid, onder c:* Ook deze bepaling vormt een aspect van de procedurele openbare orde, die de schending van de rechten van de verdediging sanctioneert. Erkenning kan worden geweigerd «op verzoek van enige persoon die stelt dat de maatregel een inbreuk vormt op zijn ouderlijke verantwoordelijkheid, indien die maatregel, buiten het geval van spoed, is genomen zonder dat die persoon in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord». Indien bijvoorbeeld in het kader van artikel 18 de bevoegde autoriteit de ouderlijke verantwoordelijkheid aan de wettige drager ontnemt zonder deze te horen, kan deze een beroep doen op deze inbreuk op zijn ouderlijke verantwoordelijkheid ten einde zich te verzetten tegen de erkenning van de maatregel.

Tweede lid, onder d: Deze bepaling voorziet als weigeringsgrond de kennelijke strijd met de openbare orde van de aangezochte staat, maar voegt, evenals artikel 24 van het Haags Adoptieverdrag van 29 mei 1993, toe dat de openbare orde wordt beoordeeld rekening houdende met het belang van het kind. *Tweede lid, onder d:* Deze bepaling, waarvan de formulering lijkt op die van artikel 27, vijfde lid, van de Verdragen van

Brussel en Lugano, ziet op het geval van strijd tussen de te erkennen maatregel die is genomen in een verdragsstaat, en een andere later genomen maatregel in een niet-lidstaat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft en die voldoet aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte staat. In dat geval wordt, indien de twee maatregelen onverenigbaar zijn, de voorrang gegeven aan de tweede, die is genomen door een autoriteit die dichter bij het kind bevindt en beter in staat is zijn belang te beoordelen.

De voorrang van de maatregel die later in een niet-verdragsstaat is genomen, is beperkt tot maatregelen genomen in de niet-verdragsstaat van de gewone verblijfplaats van het kind. Zij strekt zich bijvoorbeeld niet uit tot maatregelen van de autoriteiten van de staat van de nationaliteit van het kind, die uit een oogpunt van nabijheid, minder goed dan de autoriteiten van de gewone verblijfplaats, in staat zijn het belang van het kind te beoordelen.

Deze beperking heeft tot gevolg dat een verdragsstaat niet de mogelijkheid heeft een maatregel te erkennen die is genomen in een niet-verdragsstaat die niet die is van de gewone verblijfplaats van het kind, wanneer deze onverenigbaar is met een eerder in een verdragsstaat door een op grond van hoofdstuk II bevoegde autoriteit genomen maatregel. Anders zou het zijn indien de aangezochte verdragsstaat op grond van een erkenningsverdrag gehouden zou zijn de door een niet-verdragsstaat genomen maatregel te erkennen. De strijd tussen de maatregelen zou dan een strijd zijn tussen dit verdrag en het verdrag tussen de aangezochte staat en de niet-verdragsstaat die de beslissing heeft gegeven. Daarvoor geeft artikel 52 de oplossing.

Tweede lid, onder f: Artikel 33 voorziet in een verplichte consultatieprocedure wanneer de autoriteit van een verdragsstaat de plaatsing van een kind, bijvoorbeeld bij wege van *kafala*, overweegt in een andere verdragsstaat. Artikel 23, tweede lid, onder f, voorkomt dat de staat waar de plaatsing is voorzien, voor een fait accompli wordt geplaatst en geeft deze de mogelijkheid de erkenning te weigeren indien de consultatieprocedure niet is gevolgd.

De weigeringsgronden zijn de enige die door de aangezochte staat kunnen worden aangevoerd. Met name mag de aangezochte autoriteit niet controleren welk recht door de autoriteiten van de staat van oorsprong is toegepast, zelfs indien de maatregel is genomen rekening houdend met een familierechtelijke betrekking, verwantschap of huwelijk, die in de aangezochte staat niet wordt erkend. Op dezelfde wijze als erkenning op grond van de verdragen van 2 oktober 1973 inzake onderhoudsverplichtingen, heeft de erkenning uitsluitend betrekking op de maatregel zelf en niet op de voorvraag naar de persoonlijke staat, waarop de maatregel is gebaseerd. In diezelfde geest kan de autoriteit die over de erkenning beslist, geen onderzoek doen naar de gronden waarop de genomen maatregel berust (vgl. artikel 27).

Artikel 24 *(Preventieve procedure inzake erkenning of niet-erkenning)*

Aangezien de erkenning van rechtswege plaatsvindt, zal pas wanneer in een staat een beroep op de maatregel wordt gedaan, een beslissing worden genomen over de eventuele betwisting ervan wegens het bestaan van een weigeringsgrond. Mogelijk valt dat tijdstip te laat. Iemand kan een legitiem belang hebben om twijfel over het bestaan van een weigeringsgrond direct weg te nemen. Zo kan iemand belang erbij hebben om de erkenning van een maatregel in een andere staat te doen vaststellen in het volgende geval. In staat A is het gezag over het kind toegekend aan de moeder, met verbod om de gewone verblijfplaats in een andere staat te vestigen zonder uitdrukkelijke toestemming van de vader. De vader is bereid toe te staan dat het kind naar staat B verhuist, maar hij zou niet willen dat de moeder hiervan gebruik maakt om het kind vervolgens over

te brengen naar staat C. Hij heeft er dus belang bij om zich er onmiddellijk van te vergewissen dat staat B de in A genomen maatregel erkent en de moeder niet toestaat om zonder toestemming opnieuw de verblijfplaats van het kind te wijzigen. Omgekeerd kan een vader die tegen zijn wil is ontdaan van de ouderlijke verantwoordelijkheid over een kind, welke verantwoordelijkheid aan de moeder is toegekend door een in A genomen beslissing, er belang bij hebben te doen vaststellen dat die maatregel in B niet wordt erkend, indien hij wil voorkomen dat de moeder daar namens het kind een rechtshandeling verricht, waarvan hij meent dat deze niet in het belang van het kind is.

De bepaling beperkt de mogelijkheid van een preventieve procedure tot de erkenning van *maatregelen*. Zij is niet toepasselijk op ouderlijke verantwoordelijkheid die van rechtswege bestaat, want zij veronderstelt het bestaan van een beslissing.

Het verdrag laat aan het recht van de aangezochte staat over om de procedure te bepalen. Voor Nederland wordt aan artikel 24 van het verdrag uitvoering gegeven in hoofdstuk 5 van het voorstel voor een uitvoeringswet. De erkenningsprocedure is dezelfde als voor het exequatur. Het is een procedure op tegenspraak.

De verordening voorziet in een soortgelijke procedure in artikel 21, derde en vierde lid.

Artikel 25 (*Vaststelling van de feiten betreffende de bevoegdheid*)

Zoals hiervoor reeds is aangegeven in verband met artikel 23, tweede lid, onder *a*, is de autoriteit van de aangezochte staat gebonden aan de vaststelling van de feiten waarop de autoriteit van de staat waar de maatregel is genomen, haar bevoegdheid heeft gebaseerd. Indien bijvoorbeeld de autoriteit van de staat van oorsprong haar beslissing heeft genomen als autoriteit van de gewone verblijfplaats van het kind, mag de autoriteit van de aangezochte staat niet de feiten onderzoeken waarop de autoriteit van de staat van oorsprong zijn beoordeling van de gewone verblijfplaats van het kind heeft gebaseerd. Wanneer de bevoegdheid berust op een beoordeling vooraf van het belang van het kind door de autoriteit van de staat van oorsprong, bindt dit oordeel de autoriteit van de aangezochte staat. Deze regel komt ook voor in andere verdragen.

Artikel 26 (*Uitvoerbaarverklaring*)

Dit artikel ziet op het geval waarin de in een verdragsstaat genomen maatregelen, die daar uitvoerbaar zijn, meebrengen dat in een andere verdragsstaat executiemaatregelen moeten worden genomen. Is dit niet het geval, dan is artikel 23 – dat wil zeggen de erkenning – voldoende om de maatregel effect te doen sorteren. Zo zullen de door een in een verdragsstaat genomen maatregel aan een wettelijk vertegenwoordiger toegekende bevoegdheden deze vertegenwoordiger, als er geen grond voor niet-erkenning is, de mogelijkheid bieden om in een andere verdragsstaat namens het kind de transacties aan te gaan die voor de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind noodzakelijk zijn. Maar indien een executiemaatregel nodig is, bijvoorbeeld een dwangmaatregel om de teruggave van het kind te bewerkstelligen of de gedwongen verkoop van een goed, dan moet in verband met die maatregel in de tweede staat een exequatur dan wel – afhankelijk van de in bepaalde staten toepasselijke procedure, een registratie met het oog op tenuitvoerlegging worden verkregen.

Het *eerste lid* wijst op die noodzaak en vermeldt dat de procedure in de aangezochte staat zal plaatsvinden «op verzoek van een belanghebbende partij, volgens de procedure die in het recht van die staat is voorzien». In dit verband wordt verwezen naar het voorgestelde hoofdstuk 5 van de uitvoeringswet.

Het *tweede lid* bepaalt slechts dat de aangezochte staat een «eenvoudige en snelle procedure» toepast, maar laat die staat de vrijheid te bepalen hoe hij aan dit vereiste voldoet.

Naar het voorbeeld van artikel 34, tweede lid, van het Verdrag van Brussel van 1968 geeft het *derde lid* aan dat het exequatur slechts kan worden geweigerd op een van de gronden, genoemd in artikel 23, tweede lid. Men vergelijk artikel 31 van de verordening «Brussel IIbis».

Artikel 27 (*Verbod van revision au fond*)

Het verbod van *revision au fond* is een standaardclausule in verdragen over erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen. Zij betreft zowel de erkenning als de uitvoerbaarverklaring of de registratie. Vgl. artikel 26 van de verordening.

Artikel 28 (*Tenuitvoerlegging*)

In dit artikel is het beginsel neergelegd, dat maatregelen die in een verdragsstaat zijn genomen en in een andere verdragsstaat uitvoerbaar zijn verklaard, hier ten uitvoer worden gelegd als waren zij genomen door de autoriteiten van die andere staat». Het gaat in zekere zin om de naturalisatie van de maatregel in de staat waar zij ten uitvoer zal worden gelegd. Vgl. artikel 28 van de verordening.

De strekking van deze bepaling blijkt bijvoorbeeld bij de tenuitvoerlegging van een beslissing over een kind dat reeds een zekere rijpheid heeft bereikt en dat beslist weigert bij de ouder te gaan wonen aan wie het gezag is toegekend. Er is geen bepaling opgenomen die de aangezochte autoriteit in dit geval zou toestaan de tenuitvoerlegging te weigeren. Het probleem van het verzet van het kind doet zich in interne situaties op dezelfde wijze voor als in internationale situatie, en het verdient de voorkeur het aan de aangezochte autoriteit over te laten de moeilijkheid op te lossen met de middelen die haar interne recht biedt voor interne situaties. Indien het interne recht van de aangezochte staat het in deze situatie mogelijk maakt een gerechtelijke of administratieve beslissing niet ten uitvoer te leggen, zal die regel eveneens kunnen worden toegepast op een gerechtelijke beslissing die in een andere verdragsstaat is genomen. De tweede zin versterkt de bepaling door aan te geven dat de tenuitvoerlegging plaatsvindt in overeenstemming met het recht van de aangezochte staat, binnen de daarin voorziene grenzen, rekening houdend met het belang van het kind. Indien bijvoorbeeld de autoriteit van de gewone verblijfplaats van het kind heeft beslist dat het kind bij zijn ouders blijft, maar onder toezicht van een ter plaatse gevestigde maatschappelijke instelling wordt geplaatst, en indien het gezin zich later in een andere verdragsstaat vestigt, zal de in de eerste staat genomen maatregel in de tweede staat slechts ten uitvoer kunnen worden gelegd indien de autoriteiten van de tweede staat naar hun eigen recht bevoegd zijn de toezichthoudende taak die op de autoriteiten van de eerste staat rustte, uit te oefenen. Is dit niet het geval, dan is het aan de autoriteiten van de tweede staat om, zo mogelijk na consultatie van de autoriteiten van de eerste staat, de maatregel in overeenstemming met artikel 5, tweede lid te wijzigen of aan te passen.

HOOFDSTUK V – SAMENWERKING

De opstellers van het verdrag van 1961 hadden het nut ingezien van een zekere samenwerking tussen autoriteiten van de verschillende verdragsstaten, belast met het nemen van maatregelen ter bescherming van de persoon of de goederen van kinderen. Dat verdrag had te dien einde verschillende gevallen omschreven waarin een autoriteit, alvorens een

beslissing te nemen, van te voren de normaal bevoegde autoriteit moest informeren (artikelen 4 en 11, eerste lid) dan wel de autoriteit die nog van kracht zijnde maatregelen had genomen (artikel 5, tweede lid), of waarin zij zelfs met haar van gedachten moest wisselen (artikel 10). Die samenwerking heeft in de praktijk nauwelijks gefunctioneerd, omdat een organisatie om haar operationeel te maken, ontbrak.

Uit deze mislukking is een aantal lessen geleerd. Gekozen is voor de aanwijzing, in elke verdragsstaat, van een centrale autoriteit die in zekere zin het vaste contactpunt zal zijn voor autoriteiten van andere verdragsstaten, die aan hun verzoeken kan voldoen, maar die niet wordt verplicht tot enig initiatief of tot het geven van informatie of tot consultatie vooraf, behalve in het geval van artikel 33. Naast de aldus aan de centrale autoriteiten toegekende rol, voorziet het verdrag in ruime mogelijkheden voor informatie-uitwisseling en rechtstreekse informatieverzoeken tussen autoriteiten van verdragsstaten die belast zijn met het nemen van beschermingsmaatregelen, alsmede de mogelijkheid om tussen hen afspraken te maken om die samenwerking te vereenvoudigen. Het functioneren van de samenwerking zal bepaalde kosten meebrengen. Artikel 38, geïnspireerd door artikel 26 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980, bepaalt dat elke centrale autoriteit in beginsel haar eigen kosten draagt. Verwezen wordt in dit verband naar artikel 5, derde lid, van het voorstel van een uitvoeringswet.

Artikel 29 *(Aanwijzing van een centrale autoriteit)*

Artikel 29 verplicht de verdragsstaten een centrale autoriteit aan te wijzen, die aan de haar door het verdrag opgelegde verplichtingen moet voldoen. Het voorziet in de mogelijkheid meer dan een centrale autoriteit aan te wijzen in staten met meer dan een territoriale eenheid. Voor Nederland is de aanwijzing geregeld in artikel 4 van het voorstel van een uitvoeringswet. Men vergelijk artikel 53 van de verordening.

Artikel 30 *(Algemene verplichting tot samenwerking)*

Artikel 30 is geïnspireerd door artikel 7 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 en artikel 7 van het Haags Adoptieverdrag 1993. De op verzoek door de centrale autoriteit te verstrekken informatie zal betrekking hebben op de in haar staat geldende regelgeving en de beschikbare diensten op het gebied van kindbescherming. Een soortgelijke bepaling is opgenomen in artikel 54 van de verordening.

Artikel 31 *(Informatieverstrekking, bemiddeling, opsporing)*

Genoemd worden taken die de centrale autoriteit moet verrichten, «hetzij rechtstreeks, hetzij via overheidsinstanties of andere instellingen». Welbewust is geen nadere omschrijving gegeven van die instellingen. Terwijl bijvoorbeeld in het geval van adoptie begrijpelijk is dat men gebruik maakt van instellingen die in hun staat vergunning hebben verkregen om bepaalde taken te verrichten, is het op het veel ruimere terrein van kindbescherming onwenselijk om bij voorbaat uit te sluiten dat gebruik wordt gemaakt van diensten van organismen die geen vergunning hebben gevraagd, maar hun nut hebben bewezen op het terrein waarop zij actief zijn.

Artikel 31, onder a: De centrale autoriteit heeft als eerste taak de informatie-uitwisseling te vereenvoudigen en de in de artikelen 8 en 9 en in dit hoofdstuk bedoelde bijstand te verlenen». De laatste zinsnede beoogt aan te geven dat de centrale autoriteit zonnodig ook informatie verstrekt waarover zij zelf beschikt.

Artikel 31, onder b: De tweede taak bestaat hierin dat de centrale autoriteit «door bemiddeling, verzoening of overeenkomstige methoden minnelijke

schikkingen bevordert met betrekking tot de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind, in de omstandigheden waarin het verdrag van toepassing is». Men zie in dit verband het voorgestelde artikel 4, derde lid, van de uitvoeringswet, dat dezelfde bewoordingen gebruikt. *Artikel 31, onder c:* Aan de centrale autoriteit wordt voorts opgedragen om «op verzoek van de bevoegde autoriteit van een andere verdrag-sluitende staat bijstand te verlenen bij het opsporen van het kind, indien het ernaar uitziet dat dit zich op het grondgebied van de aangezochte staat bevindt en bescherming nodig heeft». Verwezen zij naar de voorgestelde artikelen 7 en 8 van de uitvoeringswet.

Artikel 32 (*Verzoek om rapport of om maatregelen*)

Dit artikel heeft betrekking op het geval waarin een autoriteit (hetzij centraal of niet) van een staat waarmee het kind een nauwe band heeft, zich zorgen maakt over het lot van een kind dat zijn gewone verblijfplaats heeft of zich bevindt in een andere verdragsstaat, en de centrale autoriteit van die staat een gemotiveerd verzoek toezendt om een rapport over de situatie van het kind over te leggen of maatregelen ter bescherming van de persoon of het vermogen van het kind te nemen. Artikel 32 geeft de aangezochte centrale autoriteit de bevoegdheid om aan dit verzoek te voldoen, hetzij rechtstreeks, hetzij via openbare of andere instellingen. Het verplicht haar daartoe echter niet.

Artikel 33 (*Grensoverschrijdende plaatsing*)

Dit artikel, dat reeds vermeld is in de toelichting op artikel 23, tweede lid, onder f, heeft betrekking op de enige verplichte consultatieprocedure waarin het verdrag voorziet. Daarvan is sprake als de op grond van de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteit overweegt het kind te plaatsen in een pleeggezin, een instelling of de verstrekking van zorg door middel van *kafala*, en deze plaatsing dient plaats te vinden in een andere verdragsstaat. Deze consultatie geeft de autoriteit van de staat van opvang een controle op de beslissing en maakt het mogelijk van te voren de voorwaarden voor het verblijf van het kind in de staat van opvang te regelen, in het bijzonder waar het betreft de in die staat toepasselijke regelgeving inzake de toelating van het kind en de verdeling van de kosten verbonden aan de plaatsing. De consultatie vindt plaats met de centrale autoriteit of met een andere bevoegde autoriteit van de staat van opvang, en zij wordt belichaamd door de verstrekking aan die autoriteit van een rapport over de situatie van het kind en de gronden voor het plaatsingsvoorstel.

Het *tweede lid* verduidelijkt dat de plaatsingsmaatregel door de verzoe-kende staat pas mag worden genomen na goedkeuring door de centrale autoriteit of andere bevoegde autoriteit in de aangezochte staat. Op de niet-inachtneming van de consultatieprocedure vooraf staat de sanctie van niet-erkenning van de plaatsingsmaatregel (artikel 23, tweede lid, onder f).

Aan dit artikel en aan het corresponderende artikel 56 van de verordening is uitvoering gegeven in het voorgestelde hoofdstuk 3 van de uitvoeringswet.

Artikel 34 (*Verstrekking van concrete informatie over een bepaald kind*)

Dit artikel geeft de bevoegde autoriteit van een verdragsstaat, wanneer zij overweegt een beschermende maatregel te nemen, aan elke autoriteit van een andere verdragsstaat, die over informatie beschikt die nuttig is in verband met de bescherming van het kind, de mogelijkheid te verzoeken haar deze te doen toekomen. Ofschoon het artikel dit niet uitdrukkelijk bepaalt, is duidelijk dat de autoriteiten die hier worden bedoeld,

overheidsinstanties zijn – alleen zij zijn trouwens op grond van het verdrag bevoegd om maatregelen te nemen – en niet verenigingen of niet-gouvernementele organisaties.

Deze mogelijkheid om informatie te vragen spreekt vanzelf. Toch zijn enige voorzieningen getroffen om een ongecontroleerde gegevensverzameling te voorkomen. Uiteraard moet het belang van het kind richtsnoer zijn, zowel voor de verzoekende als voor de aangezochte autoriteit. Alleen «als de situatie van het kind dit vereist», mag een verzoek om informatie worden gedaan. Het is aan de verzoekende autoriteit om deze voorwaarde te beoordelen en in de motivering van haar verzoek te laten uitkomen dat daaraan voldaan is. In dezelfde geest verbiedt artikel 37 een dergelijk verzoek als het de persoon of het vermogen van het kind in gevaar zou kunnen brengen of een ernstige bedreiging zou vormen voor de vrijheid of het leven van een familielid van het kind. Het artikel gaat ervan uit dat de autoriteiten van de eerste staat ervan op de hoogte zijn dat het kind zich in de tweede staat bevindt. Dit beperkt de praktische betekenis van de bepaling. Niets belet de autoriteiten van de eerste staat echter om eerst op grond van artikel 31, onder c, een verzoek om opsporing van het kind aan de autoriteiten van de tweede staat te richten en daarna een verzoek om informatie als bedoeld in artikel 36.

Artikel 37 (*Informatie waardoor het kind een risico loopt*)

Artikel 37 is gebaseerd op de overweging dat een verzoek om informatie of de verstrekking van informatie als bedoeld in de artikelen 32, 34 en 36, de persoon of het vermogen van het kind in gevaar zouden kunnen brengen of een bedreiging zou kunnen vormen voor de vrijheid of het leven van een familielid van het kind. Het schrijft voor dat de autoriteit die van mening is dat een zodanig risico bestaat, geen informatie moet vragen of verstrekken.

Artikel 38 (*Kosten*)

Het functioneren van de samenwerkingsmechanismen brengt kosten mee. Artikel 38 stelt de regel, die men in een enigszins andere vorm reeds vindt in het Kinderontvoeringsverdrag 1980, dat de centrale autoriteiten en andere publiekrechtelijke instellingen van verdragsstaten de kosten van de toepassing van hoofdstuk 5 zelf dragen. Onder «openbare lichamen» wordt verstaan publiekrechtelijke lichamen van de verdragsstaten, en niet: gerechtelijke instanties. Derhalve vallen gerechtskosten en, meer in het algemeen, proceskosten en in het bijzonder advocatenkosten niet onder dit artikel. Daarentegen zijn daaronder wel begrepen, naast de vaste kosten van het functioneren van autoriteiten, de kosten van correspondentie en informatieverstrekking, van het vergaren van diverse informatie en van het opsporen van een kind, van het regelen van bemiddeling of van minnelijke schikkingen, evenals de kosten van het uitvoeren van maatregelen die in een andere staat zijn genomen, waaronder plaatsingsmaatregelen.

De bepaling kent de autoriteiten van een staat echter het recht toe om «een redelijke vergoeding te vragen te vragen voor het verlenen van diensten», bijvoorbeeld voor het opsporen van een kind, het verstrekken van informatie of bewijsstukken of bijstand bij de terugkeer van het kind. De gebezigde woorden lijken aan te geven dat het hier gaat om een verzoek om restitutie van kosten die reeds zijn gemaakt of een voorschot dat moet worden betaald voordat diensten worden verleend. In beide gevallen dient een zekere matigheid te worden betracht. Bovendien biedt het tweede lid verdragsstaten de mogelijkheid afspraken te maken over de verdeling van deze kosten.

In dit verband wordt verwezen naar het voorgestelde artikel 5, derde lid, van de uitvoeringswet.

Artikel 39 *(Overeenkomsten tussen verdragsstaten)*

Naar het voorbeeld van artikel 39, tweede lid, van het Haags Adoptieverdrag van 29 mei 1993 is voor verdragsstaten voorzien in de mogelijkheid om onderling overeenkomsten te sluiten die de toepassing van het hoofdstuk over samenwerking vereenvoudigen. In de geest van de bepaling gaat het hier om overeenkomsten die de samenwerking, voorzien in dit hoofdstuk, versterken, bijvoorbeeld door sommige bepalingen in dwingende verplichtingen om te zetten.

HOOFDSTUK VI – ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 40 *(Internationaal certificaat)*

Het praktisch nut van een internationaal certificaat waarin de drager van ouderlijke verantwoordelijkheid en diens bevoegdheden worden vermeld, is verdedigd door de Union internationale du notariat latin, die zich daarbij beriep op het Haags verdrag van 2 oktober 1973 inzake de internationale administratie van nalatenschappen. De praktijk heeft behoefte aan zekerheid met betrekking tot de persoon van het kind, en meer nog met betrekking tot diens vermogen. Een certificaat dat bewijskracht heeft en in alle verdragsstaten wordt erkend, kan kosten en geschillen vermijden. De conferentie heeft dit idee aanvaard, maar heeft verdragsstaten die niet daarvoor voelen, niet willen dwingen een zodanig certificaat in te voeren (*eerste lid*). Het in artikel 40 voorziene certificaat heeft dus een facultatief karakter. De staat waarvan de autoriteiten bevoegd zijn een certificaat af te geven, is die van de gewone verblijfplaats van het kind of de staat van oorsprong van een beschermende maatregelen. Het is aan elke staat die het certificaat wenst, om de autoriteiten aan te wijzen die bevoegd zijn om het op te stellen (*derde lid*). Dat zijn in het algemeen niet de autoriteiten die de maatregel hebben genomen. Het kan een fysieke persoon zijn, bijvoorbeeld een notaris, of een lichaam.

Het certificaat zal worden afgegeven «aan de persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid heeft of aan de persoon aan wie de bescherming van de persoon of het vermogen van het kind is toevertrouwd, op zijn of haar verzoek (*eerste lid*). Die persoon zal dus het certificaat kunnen overleggen wanneer hij of zij zijn hoedanigheid tegenover derden wil bewijzen.

Het certificaat vermeldt wie de ouderlijke verantwoordelijkheid heeft, of deze van rechtswege uit het op grond van artikel 16 toepasselijke recht voortvloeit dan wel uit een beschermende maatregel die door een op grond van hoofdstuk II bevoegde autoriteit is genomen. Het vermeldt ook de bevoegdheden van de drager van ouderlijke verantwoordelijkheid. Eventueel zal het certificaat in negatieve zin kunnen aangeven welke bevoegdheden de drager van ouderlijke verantwoordelijkheid niet heeft. Zo zal het kunnen aangeven dat de wettelijke vertegenwoordiger van een kind dat zijn gewone verblijfplaats in de Verenigde Staten heeft, niet bevoegd is het vermogen dat het kind in een andere staat bezit, te beheren.

Op grond van het tweede lid van artikel 40 wordt de persoon «vermoed de in het certificaat aangegeven hoedanigheid en bevoegdheden te bezitten, behoudens bewijs van het tegendeel». Elke belanghebbende zal dus de juistheid van de in het certificaat opgenomen gegevens kunnen betwisten, maar bij gebreke van betwisting kunnen derden veilig rechtshandelingen verrichten met de in het certificaat genoemde persoon, binnen de grenzen van de bevoegdheden die daarin zijn vermeld.

Het voorgestelde artikel 25 van de uitvoeringswet wijst de notaris aan als autoriteit die in Nederland bevoegd is om het in artikel 40 van het verdrag bedoelde certificaat af te geven.

Artikel 41 *(Vertrouwelijkheid van persoonsgegevens)*

Artikel 41 is qua inhoud gelijk aan artikel 31 van het Haags Adoptieverdrag van 1993. De bescherming van persoonsgegevens, met name wanneer deze in elektronische vorm zijn neergelegd, is trouwens een algemene doelstelling die door moderne staten wordt onderschreven. Zoals aangegeven in de toelichting op artikel 2, dient deze bescherming ook nadat het kind de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, te worden verzekerd.

Artikel 42 *(Vertrouwelijkheid van informatie)*

Deze bepaling schrijft voor dat autoriteiten aan wie informatie is verstrekt, de vertrouwelijkheid daarvan dienen te garanderen in overeenstemming met hun eigen recht.

Artikel 43 *(vrijstelling van legalisatie)*

De vrijstelling van legalisatie of enige andere soortgelijke formaliteit is voorzien door een aantal eerdere verdragen. Zij sluit niet uit dat de autoriteit aan wie documenten worden overgelegd, die verdacht lijkt, daarover inlichtingen vraagt. De vrijstelling strekt zich uit tot «alle bescheiden die krachtens het verdrag worden verzonden of afgegeven» dat wil zeggen tot alle schriftelijk verstrekte informatie, tot gerechtelijke of administratieve beslissingen en tot certificaten die ingevolge artikel 40 zijn afgegeven.

Artikelen 44 en 45 *(aanwijzing van autoriteiten)*

Artikel 44 beoogt het voor een verzoekende autoriteit van een verdragsstaat gemakkelijker te maken, te weten tot welke autoriteit zij zich in de aangezochte staat moet richten wanneer de overdracht van een zaak aan een geschikter forum wordt overwogen (artikelen 8 en 9) of de plaatsing van een kind in een ander land (artikel 33).

In hoofdstuk 7 van de uitvoeringswet wordt, in verband met de artikelen 8 en 9, voorzien in de aanwijzing van een of meer kinderrechtshouders, belast met het faciliteren van contacten van rechters in Nederland en in het buitenland. Wat de plaatsing van kinderen in het buitenland betreft, wordt in hoofdstuk 3 van de uitvoeringswet de centrale autoriteit voor Nederland als instantie aangewezen die de verzoeken behandelt.

De aanwijzingen moeten ingevolge artikel 45 worden gemeld bij het Permanent Bureau van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.

Artikelen 46–49

De artikelen 46 tot en met 49 bevatten een aantal bepalingen over staten met meer dan een territoriale eenheid of met een meervoudig rechtstelsel.

Artikelen 50–52 *(Voorrang van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980)*

De voorrang van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 boven het verdrag van 1961 was reeds bepaald in artikel 34 van het Kinderontvoeringsverdrag. Het was dus logisch om deze voorrang uit te breiden tot het nieuwe verdrag dat het verdrag van 1961 zal vervangen. Is een kind ongeoorloofd overgebracht, dan blijft de prioriteit diens onmiddellijke terugkeer eerst te verzekeren. Pas na die terugkeer kan ten gronde worden gesproken over beschermende maatregelen. In dit verband wordt verwezen naar de toelichting op artikel 7. Verder wordt verwezen naar hetgeen in de toelichting op de uitvoeringswet is opgemerkt over de

samenloop van de verordening «Brussel IIbis» en het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. Dit verdrag blijft ook in de betrekkingen tussen de EG-lidstaten gelden. De verordening geeft enige aanvullende voorzieningen.

Artikel 51 (*Vervanging van de verdragen van 1902 en 1961*)

Artikel 51 bepaalt in eenvoudige bewoordingen dat in de betrekkingen tussen verdragsstaten het onderhavige verdrag de oude verdragen van 1902 (door Nederland opgezegd) en van 1961 vervangt, met dien verstande dat die vervanging geen belemmering moet vormen voor de erkenning van maatregelen die vroeger met toepassing van het verdrag van 1961 zijn genomen. Met andere woorden, maatregelen genomen overeenkomstig artikel 5 van het verdrag van 1961 door de autoriteiten van de verdragsstaat waarvan het kind de nationaliteit had, moeten in de staat van de gewone verblijfplaats van het kind nog steeds worden geacht door bevoegde autoriteiten te zijn genomen, zelfs indien de twee betrokken staten intussen partij bij het nieuwe verdrag zijn geworden. Overigens rijzen bij de overgang van het ene naar het andere verdrag vragen waarop deze bepaling geen antwoord geeft. Indien bijvoorbeeld de gewone verblijfplaats van het kind overgaat van staat A naar staat B, die beide tevoren partij bij het verdrag van 1961 waren, maar ten tijde van de wijziging partij zijn bij het nieuwe verdrag, dient dit laatste logischerwijze in hun onderlinge betrekkingen te worden toegepast. Indien het kind echter de nationaliteit van staat C heeft, die partij is bij het verdrag van 1961 maar niet bij het nieuwe, zal het verdrag van 1961 de staten A en B blijven binden tegenover staat C, die, door aanspraak te maken op de bevoegdheid van zijn autoriteiten of de erkenning van de van rechtswege uit zijn recht volgende gezagsrelatie, de toepassing van het nieuwe verdrag in de betrekkingen tussen staten A en B kan blokkeren. De enige uitweg voor die staten zou zijn om het verdrag van 1961 op te zeggen. Dit beoogt artikel 51 te voorkomen door een overgangperiode te voorzien.

Artikel 52 (*Samenloop met andere verdragen, ontkoppelingsclausule*)

Artikel 52 ziet met name op het probleem van samenloop met het destijds in voorbereiding zijnde verdrag «Brussel II», dat later is omgezet in de verordening «Brussel II» en inmiddels is opgegaan in de verordening «Brussel IIbis». De lidstaten van de Europese Unie, die eveneens lidstaten zijn van de Haagse Conferentie, wilden de vrijheid hebben onderling een verdrag tot stand te brengen met regels over de bevoegdheid en de erkenning van beslissingen inzake de bescherming van kinderen, met name in geval van echtscheiding. De overige lidstaten wilden echter voorkomen dat die vrijheid tot gevolg zou hebben dat het Haagse verdrag zou worden verzwakt.

Het *eerste lid* betreft alleen eerdere overeenkomsten. Het stemt overeen met de gebruikelijke bepalingen voor samenloop die men in veel verdragen aantreft, behalve de laatste zinsnede. Het nieuwe verdrag laat eerdere overeenkomsten tussen verdragsstaten onverlet, tenzij de staten partijen bij deze overeenkomsten een andersluidende verklaring afleggen. Het *tweede lid* heeft rechtstreeks betrekking op het destijds in onderhandeling zijnde verdrag tussen de lidstaten van de Europese Unie, maar het is in algemene bewoordingen geformuleerd en zou uiteraard van belang kunnen zijn voor andere staten die partij zijn bij het nieuwe verdrag en die bijvoorbeeld regionale overeenkomsten zouden willen sluiten.

De in dit lid genoemde onderlinge overeenkomsten betreffen «kinderen die hun gewone verblijfplaats hebben in een van de staten die partij zijn bij dergelijke overeenkomsten». Deze verduidelijking betekent dat die staten in elk geval de mogelijkheid hebben afzonderlijke overeenkomsten te sluiten voor die kinderen. Zij lijkt niet te kunnen worden geïnterpreteerd

als een beperking van de bevoegdheid van verdragsstaten om overeenkomsten met derde landen aan te gaan.

Het *derde lid* geeft aan dat de afzonderlijke overeenkomsten die door een of meer verdragsstaten worden aangegaan «in de betrekkingen van deze staten met andere verdragsstaten geen afbreuk doen aan de toepassing van de bepalingen van dit verdrag». Met andere woorden, er is volledige vrijheid om afzonderlijke overeenkomsten te sluiten, maar de verdragsstaten die partij zijn bij dergelijke afzonderlijke overeenkomsten mogen aan die overeenkomsten geen argument ontleen om zich te onttrekken aan hun verplichtingen op grond van het verdrag jegens andere verdragsstaten die geen partij zijn bij de afzonderlijke overeenkomsten.

In dit verband zij verwezen naar hetgeen in de toelichting op de uitvoeringswet is uiteengezet over de samenloop tussen het verdrag en de verordening «Brussel IIbis». Verder zij verwezen naar artikel 26 van de uitvoeringswet, dat voorziet in de voorrang van het verdrag van 1996 boven het Europese verdrag van 20 mei 1980 betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissing inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen (Trb. 1981, 10).

Het *vierde lid* stelt eenvormige wetten, gebaseerd op het bestaan van bijzondere banden tussen betrokken landen, gelijk met afzonderlijke overeenkomsten. De bepaling is met name voor de Scandinavische landen van belang.

Artikel 53 (*Overgangsrecht*)

Artikel 53 bevat twee overgangsregels voor de bevoegdheid van autoriteiten en de erkenning van maatregelen. Logischerwijze volgt uit het eerste lid dat de bevoegdheidsregels in een staat pas worden toegepast met ingang van de inwerkingtreding van het verdrag in die staat. Maatregelen, genomen in de verdragsstaat voordat het verdrag in die staat in werking is getreden, met inachtneming van de toen toepasselijke bevoegdheidsregels, worden dus niet ongeldig als gevolg van de inwerkingtreding van het verdrag, ook al zijn de autoriteiten die ze hebben genomen op grond van het verdrag niet meer bevoegd. Het verloop van procedures die hangende zijn zonder dat op het tijdstip van inwerkingtreding van het verdrag een maatregel is genomen, hangt af van het nationale recht van elke verdragsstaat. In dit verband wordt verwezen naar het voorgestelde artikel 29, tweede lid, van de uitvoeringswet.

Artikel 53 stelt geen overgangsregel voor de conflictenregels van het verdrag. Echter, wil de verwijzingsregel van artikel 15 (recht, toepasselijk op beschermingsmaatregelen) in een verdragsstaat toepasselijk zijn, dan moeten de autoriteiten van die staat op grond van het verdrag bevoegd zijn, hetgeen uit een oogpunt van overgangsrecht door het eerste lid van artikel 53 is geregeld.

Het verdrag zwijgt echter over het overgangsrecht met betrekking tot de regel inzake het recht, toepasselijk op het van rechtswege ontstaan van ouderlijke verantwoordelijkheid (artikel 16). Deze kwestie wordt aan het nationale recht overgelaten. Aannemelijk is dat men niet mag terugkomen op de geldigheid van rechtshandelingen die vóór de inwerkingtreding van het verdrag in een staat door de drager van ouderlijke verantwoordelijkheid zijn verricht overeenkomstig het recht dat volgens de oude verwijzingsregel toepasselijk was. Onzeker is echter welk antwoord het nationale recht zal geven op de vraag of de persoon die ingevolge het recht dat ingevolge de nieuwe verwijzingsregel van toepassing is, drager van ouderlijke verantwoordelijkheid is, de plaats inneemt van de vroegere dan wel of, naar analogie van de in artikel 16 voor het «*conflict mobile*» gegeven oplossing, deze nieuwe drager zich bij de eerdere voegt, totdat een eventueel conflict tussen hen beiden door een maatregel van de autoriteiten van de gewone verblijfplaats wordt opgelost. In het voorstel voor een uitvoeringswet is voor deze laatste oplossing gekozen.

Artikel 54 *(Taal waarin mededelingen worden gedaan)*

Artikel 54 is identiek aan artikel 24 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. Een mededeling wordt gedaan in de oorspronkelijke taal, vergezeld van een vertaling in de officiële taal van de staat van de staat waarvoor zij bestemd is, of, indien dat niet doenlijk is, in het Engels of het Frans.

Artikel 55 *(Voorbehoud met betrekking tot vermogen)*

Het voorbehoud, voorzien in artikel 55, is op verzoek van de delegaties van het Verenigd Koninkrijk, Australië en Canada opgenomen. Het is ingegeven door de vrees van betrokken delegaties dat hun staten het verdrag niet zouden kunnen ratificeren indien hun autoriteiten niet bevoegd zouden blijven om maatregelen ter bescherming van op hun grondgebied liggend vermogen of (met name onroerende) vermogensbestanddelen van het kind te nemen, en indien ze niet de mogelijkheid zouden hebben een ouderlijke verantwoordelijkheid of een maatregel niet te erkennen, die onverenigbaar zou zijn met een door hun autoriteiten ten aanzien van dat vermogen genomen maatregel. Voor Nederland bestaat geen aanleiding om dit voorbehoud te maken.

Artikel 56 *(Toetsing van de werking van het verdrag)*

Dit artikel is gelijk aan artikel 42 van het Haags Adoptieverdrag. Het is van belang dat de Conferentie periodiek bijeenkomsten organiseert om de praktische werking van het verdrag te onderzoeken en eventueel suggesties te doen om deze te verbeteren. De Conferentie heeft bij herhaling dergelijke vergaderingen gehouden voor andere verdragen die daarin formeel niet voorzagen, maar de opneming van een uitdrukkelijke bepaling maakt dergelijke vergaderingen verplicht.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

De Minister van Buitenlandse Zaken,
B. R. Bot