

ADVIES
van de Adviescommissie
Familie- en Jeugdrecht van de
Nederlandse Orde van Advocaten

Inzake:

Conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Wet van 2 mei 1990 tot uitvoering van het op 20 mei 1980 te Luxemburg tot stand gekomen Europese Verdrag betreffende de erkenning en de ten uitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen, uitvoering van het op 25 oktober 1980 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen alsmede algemene bepalingen met betrekking tot verzoeken tot teruggeleiding van ontvoerde kinderen over de Nederlandse grens en de uitvoering daarvan en van de Uitvoeringswet internationale kinderbescherming.

Namens de leden van de Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten volgt onderstaand het advies inzake bovengenoemd conceptwetsvoorstel.

Inleiding

Het hierboven vermelde conceptwetsvoorstel van de Minister van Justitie strekt ertoe de positie te verbeteren van de direct betrokkenen in zaken van internationale kinderontvoering. Het belang van het kind staat daarbij voorop. Voorts strekt het conceptwetsvoorstel ertoe de positie van de Centrale Autoriteit ten opzichte van de ouders die zijn betrokken in zaken van internationale kinderontvoering en -bescherming te verduidelijken.

De volgende wijzigingen worden hiertoe voorgesteld:

1. de concentratie van de rechtspraak in eerste aanleg en hoger beroep in terugleidingszaken;
2. het beperken van de mogelijkheid tot het instellen van cassatieberoep tegen terugleidingsbeslissingen;
3. de verlening van de bevoegdheid aan de rechter om te beslissen dat de ten uitvoerlegging van de beslissing van de rechtbank tot teruggeleiding wordt geschorst door het hiertegen instellen van hoger beroep;
4. het vervallen van de procesvertegenwoordigende bevoegdheid van de Centrale Autoriteit.

Tevens wordt voorgesteld de procesvertegenwoordigende bevoegdheid van de Centrale Autoriteit te doen vervallen in zaken van internationale kinderbescherming. Daartoe wordt een wijziging van de Uitvoeringswet internationale kinderbescherming voorgesteld.

Het conceptwetsvoorstel van de Minister is zowel geïnspireerd door het advies van de Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht over de knelpunten bij de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland, als door de motie van het kamerlid Teeven c.s. alsmede door het plenaire debat op 15 april 2009.

Achtergrond en problematiek

In de memorie van toelichting (consultatieversie 1) noemt de Minister als argument voor het nieuwe wetsvoorstel de verbetering van de positie van de direct betrokkenen in zaken van internationale kinderontvoering.

De situaties van internationale kinderontvoering zijn ingrijpend en complex. Vanuit de praktijk wordt gesignaleerd dat in internationale kinderontvoeringszaken een spanningsveld is ontstaan tussen de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag en het belang van het kind, zoals neergelegd in de internationale verdragen, waaronder het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Dit spanningsveld lijkt met name te zijn ontstaan door maatschappelijke veranderingen.

Het Haags Kinderontvoeringsverdrag gaat het uit van het motto "eerst terug, dan praten". In de praktijk blijkt echter dat een teruggeleiding niet altijd in belang van het kind is. Het Haags Kinderontvoeringsverdrag dateert uit 1980 en met het verdrag werd geprobeerd een eind te maken aan situaties waarin kinderen door de niet verzorgende ouder, vaak de ouder zonder gezag werden ontvoerd. Het Verdrag is van oorsprong niet geschreven voor ontvoerende verzorgende ouders met gezag, maar vooral om in te grijpen als de niet verzorgende ouder het kind meeneemt naar het land van herkomst van die niet verzorgende ouder. In de jaren zeventig, toen de tekst van het verdrag werd opgesteld, was het meestal de vader die zijn kind meenam. Kinderontvoering door de vader vindt nog steeds plaats. Echter, op dit moment blijkt in 70% van de gevallen de verzorgende ouder, veelal de moeder, de ontvoerder te zijn. Dit hoge aantal is ontstaan aan de ene kant door toegenomen migratie en aan de andere kant door de ontwikkelingen in het recht.

In 1980 was het gebruikelijk dat de verzorgende ouder het eenhoofdig gezag kreeg na de echtscheiding. Anno 2009 is dit in Nederland niet langer het geval; het uitgangspunt is gezamenlijk gezag na echtscheiding. Dit geldt temeer door de nieuwe wetgeving waarin ouders verplicht worden samen een ouderschapsplan op te stellen. Vaak is het bij een inkomende ontvoeringszaak niet helemaal duidelijk wie het gezag heeft omdat er in het buitenland andere regels gelden.

Het adagium dat het Haags Kinderontvoeringsverdrag het belang van het kind vooropstelt, door een snelle terugkeer te realiseren, is een loze kreet. In de praktijk blijkt dat internationale kinderontvoeringszaken lang duren en een kind vaak langer dan een jaar in Nederland verblijft voordat het wordt teruggestuurd naar het land van herkomst.

De rol van de Centrale Autoriteit in kinderontvoeringszaken is vaak onduidelijk. Op grond van het verdrag rust op haar de verplichting tot onderlinge samenwerking (met de Centrale Autoriteit uit het andere land) en tot bevordering van de samenwerking tussen de nationale autoriteiten met als doel de onmiddellijke terugkeer van het kind te verzekeren. De Centrale Autoriteit heeft onder andere een taak bij de opsporing, preventie, bemiddeling en indien nodig gegevensuitwisseling met betrekking tot de maatschappelijke omstandigheden van het kind en het nationale recht van het kind waaruit het kind ontvoerd is, het verzoeken tot teruggeleiding, juridische bijstand verlenen aan de verzoeker en advies geven aan de nationale regering.

De Centrale Autoriteit benadert de zaak vanuit verschillende invalshoeken, aan de ene kant als bemiddelaar, zij moet proberen om met de betrokken partijen tot een minnelijke schikking te komen, en aan de andere kant treedt zij op als procesvertegenwoordiger voor de verzoekende partij.

Het is op grond van hetgeen hierboven is aangegeven aan te bevelen zowel de Uitvoeringswet Internationale Kinderontvoering als de Uitvoeringswet Internationale Kinderbescherming aan te passen aan de huidige problematiek.

Algemene beoordeling wetsvoorstel

I Bespoediging van de terugleidingsprocedure

Het Haags Kinderontvoeringsverdrag pretendeert een snelle terugkeer. Voortvarendheid is geboden om te voorkomen dat het ontvoerde kind in zijn nieuwe omgeving geworteld raakt en de terugleiding meer kwaad dan goed doet. Het verdrag vereist dat er binnen zes weken een rechterlijke beslissing is. Gemiddeld duurt een zaak vanaf het moment van de daadwerkelijke ontvoering tot de uitspraak van de Hoge Raad een jaar. Het kan zijn dat partijen dan echter nog niet weten waar zij aan toe zijn. De Hoge Raad kan de zaak terugverwijzen naar een ander hof of de ontvoerende ouder kan zich tegen de executie van het bevel tot terugleiding verzetten. Herhaaldelijk heeft het Europees Hof van de Rechten van de Mens geconcludeerd dat een procedure betreffende de terugkeer te lang had geduurd waardoor sprake was van strijd met artikel 8 EVRM.¹

Beperking van het cassatieberoep

De Adviescommissie acht het argument van de Minister dat door het feitelijk karakter van de geschilpunten in terugleidingszaken, de cassatieprocedure zelden een toevoegde waarde heeft, niet doorslaggevend. De Hoge Raad kijkt niet meer inhoudelijk naar de zaak in die zin dat hij de feiten vaststelt. De Hoge Raad oordeelt of de lagere rechter het recht, zowel de wetten als verdragen, goed heeft toegepast en of de lagere rechter zijn beslissing voldoende heeft gemotiveerd. Zoals uit de jurisprudentie blijkt, is het in kinderonvoeringszaken bij de Hoge Raad geregeld zo dat de zaak wordt terugverwezen naar een ander hof: blijkbaar is het cassatieberoep dus niet voor niets.

Prof. Mr. M.R. Bruning pleit voor een termijn van maximaal zes maanden, waarbij de procedure bij de drie instanties hoogstens twee maanden per instantie mag zijn. De Hoge Raad zou voor kinderonvoeringszaken een snellere procedure moeten bieden en deze zaken zelf moeten afdoen zonder terugverwijzing naar een ander gerechtshof.²

Opmerking verdient hierbij dat op het moment de rechtspraak wordt geconcentreerd bij het Haagse arrondissement, conform het voorliggende voorstel, ook geen verwijzing naar een ander hof kan plaatsvinden.

Het beperken van het cassatieberoep is drastisch. Het belang van de cassatie is juist om de beslissingen van lagere rechters te toetsen. Een cijfermatige onderbouwing van de Minister ontbreekt aangaande het aantal kinderonvoeringszaken dat jaarlijks bij de Hoge Raad komt. Er wordt vanuit gegaan dat een cassatieberoep gemiddeld 33 weken in beslag neemt. De Adviescommissie is het eens met prof. mr. Bruning die aangeeft dat de Hoge Raad in dit soort zaken een snellere procedure moet bieden.

¹ Zie bijvoorbeeld: EHRM 13 juli 2006, nr. 37284/02 (Lafargue t. Roemenië), EHRM 22 juni 2006, nr. 7548/04 (Bianchi t. Zwitserland), EHRM 27 juli 2006, nr. 7198/04 (Iosub t. Roemenië) en M.R. Bruning, 2007, *Strijd om een kind na echtscheiding: de opmars van positieve verplichtingen*, noot bij Kaplan t. Oostenrijk, EHRM 18 januari 2007, nr. 45983/99.

² M.R. Bruning, *Standpuntbepaling internationale kinderonvoering, amendement 140 (Jeanine Hennis-Plasschaert) on the draft report Towards an EU Strategy on the rights of the Children (European Parliament Resolution)*, Defence for Children International, november 2007.

De Staatscommissie wijst er – terecht – op dat in het cassatieberoep doorgaans omstandigheden worden aangevoerd die aan het oordeel van de feitenrechter zijn onderworpen en waarover de Hoge Raad zich in beginsel niet kan uitspreken.³ Echter, het nadeel van het afschaffen van cassatieberoep is dat toetsing van beslissingen van lagere rechters op juridische gronden vervalst.

Alhoewel de Adviescommissie onderkent dat alle betrokkenen zijn gebaat bij een zo snel mogelijke afhandeling van de procedure, acht zij het van groter belang dat ook rechterlijke beslissingen in kinderontvoeringszaken aan de Hoge Raad ter toetsing kunnen worden voorgelegd. Afschaffing van cassatie in kinderontvoeringszaken holt de rechtsbescherming van de burger uit. Het moet mogelijk zijn om de procedure bij de Hoge Raad in deze zaken zo in te richten dat een snellere doorlooptijd wordt bereikt.

Concentratie van rechtspraak in teruggeleidingszaken

De Minister stelt voor de rechtspraak te concentreren bij de rechtbank en het Hof 's-Gravenhage. Als argumenten voor de concentratie worden gegeven het spoedeisend karakter van deze zaken en de vereiste deskundigheid voor de behandeling. Voorts stelt de Minister dat concentratie zal leiden tot een opbouw van expertise en een bundeling van de kennis en contacten (tussen rechters, het openbaar Ministerie en de andere betrokkenen).

De Adviescommissie is met de Minister van mening dat concentratie een adequate behandeling van de teruggeleidingszaken en de kwaliteit van de rechtspraak ten goede komt. Echter, hierin schuilt het gevaar dat, omdat het een selecte poule van rechters betreft die in dat geval alle beslissingen omtrent kinderontvoeringszaken nemen, er een lijn wordt uitgestippeld die bij ieder zaak gevolgd zal worden. Juist door de diversiteit aan rechtbanken, rechters en hoven wordt iedere keer met een 'frisse' blik naar een zaak gekeken. Dit kan de rechtspraak juist ten goede komen. Bovendien kan de voorgestelde concentratie van rechtspraak tot onwenselijke uitkomsten leiden indien slechts cassatie in het belang der wet mogelijk is. In dat geval wordt mogelijk weliswaar sneller geprocedeerd, maar of de rechtzoekende daarbij is gebaat, is zeer de vraag.

Teneinde expertise bij de rechterlijke macht op te bouwen geeft de Adviescommissie in overweging om de rechtspraak te concentreren tot de vijf rechtbanken van elk hofressort en de vijf hoven. Op deze wijze wordt tegemoetgekomen aan de wens om te komen tot de opbouw van expertise zonder dat dat ten koste van diversiteit van rechtspraak gaat en bovendien wordt de reistijd voor de (advocaat van de) verwerende ouder beperkt.

Europees Verdrag

Hiervoor geldt hetzelfde als onder het kopje 'concentratie van de rechtspraak in teruggeleidingszaken' is opgemerkt.

II De uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de beslissing in eerste aanleg

Op het moment dat de uitspraak, in het geval een der partijen in hoger beroep gaat, geen schorsende werking zou hebben, kan er een ping-pong situatie ontstaan. De kans bestaat dat het kind, na de uitspraak van de hogere instantie, toch in Nederland mag blijven. Het is een ongewenste situatie als het kind dan – weer – vanuit het andere land terug moet keren naar Nederland. In kinderontvoeringszaken is door rechtbanken in voorkomende gevallen beslist dat het instellen van het hoger beroep schorsende werking heeft. Het lijkt de Adviescommissie gewenst om de rechter in de wet de mogelijkheid toe te kennen om dienovereenkomstig te beslissen.

³ Advies van de Staatscommissie voor Internationaal Privaatrecht over de knelpunten bij de uitvoering van het Haags verdrag in Nederland (Kamerstukken II 2008/09, nr. 30 072, nr. 15).

De Adviescommissie merkt voorts op dat de toevoeging 'in het belang van het kind' in artikel 13 laatste zin van het vijfde lid kan vervallen. Het verdrag is immers geschreven met het oog op het belang van het kind. Deze toevoeging is om die reden overbodig. De toevoeging brengt een onnodige beperking met zich en weglating geeft de rechter meer vrijheid om eventuele andere omstandigheden mee te wegen.

III Afschaffing van de procesvertegenwoordigende bevoegdheid van de Centrale Autoriteit

Kinderontvoering

De Adviescommissie ondersteunt het voornemen van de Minister om de bevoegdheid van de Centrale Autoriteit, te weten om de verzoeker in procedures op grond van kinderontvoeringsverdragen in rechte te vertegenwoordigen, af te schaffen. Dit verduidelijkt de positie van de Centrale Autoriteit ten opzichte van de betrokken ouders. Dat de Centrale Autoriteit de achtergebleven ouder in rechte vertegenwoordigt, zorgt voor onduidelijkheid en onbegrip bij de ontvoerende (Nederlandse) ouder. Deze ouder is vaak teruggekomen met het idee dat in Nederland familie en vrienden wonen en het Nederlandse rechtstelsel voor haar/hem als Nederlandse onderdaan gunstig zal uitpakken. Niets is minder waar.

Voorts neemt de afschaffing de onduidelijkheid weg in welke rol de Centrale Autoriteit optreedt. In het begin heeft zij een bemiddelende rol. Op het moment dat de ouders geen overeenstemming kunnen bereiken, treedt zij voor één van die ouders op als procespartij. Dat is voor de betrokken andere ouder vaak zeer verwarrend.

Op het moment dat de achtergebleven ouder wordt bijgestaan door de Centrale Autoriteit zorgt dit voor een onevenredig voordeel voor deze ouder. De Centrale Autoriteit procedeert al jaren in dit soort zaken en heeft derhalve meer kennis en ervaring, hoe ervaren de advocaat ook is. De niet-gepubliceerde uitspraken zijn immers eveneens beschikbaar voor de Centrale Autoriteit omdat zij in al deze zaken als procesvertegenwoordiger optreedt.

De Centrale Autoriteit moet een rol als casemanager krijgen, waarbij zij zich volledig kan richten op het bevorderen van een oplossing in het belang van het ontvoerde kind en niet langer als 'advocaat' van de achtergebleven ouder. De Centrale Autoriteit dient als schakel te fungeren, zowel tussen de instanties/advocaten in Nederland als de instanties (openbaar Ministerie en centrale autoriteit) in het buitenland.

Zoals Prof. mr. M.V. Antokolskaia en mr. G.C.A.M. Ruitenberg in hun onderzoek⁴ aangeven, is het van belang dat de Centrale Autoriteit over een lijst van gespecialiseerde advocaten beschikt, waarnaar zij de achtergebleven alsmede de ontvoerende ouder kan doorverwijzen. Aan deze advocaten kan de Centrale Autoriteit door middel van initiële en reguliere (bij)scholing haar expertise overdragen die zij op het gebied van het procederen in kinderontvoeringszaken heeft opgebouwd. Aan de advocaten op de lijst kunnen kwaliteitseisen worden gesteld in de zin van specialisatie, ervaring en scholing. Er zijn op dit moment plannen om een Vereniging van Internationale Kinderontvoeringsadvocaten op te richten. Het ministerie heeft geld ter beschikking gesteld voor de pilot cross border Mediation bij kinderontvoeringszaken. Ook zijn een aantal gespecialiseerde advocaten opgeleid via het IKO om aan deze pilot mee te werken. De kwaliteit lijkt voldoende gewaarborgd te zijn.

⁴ M.V. Antokolskaia & G.C.A.M. Ruitenberg, *Taken en functies van de Centrale Autoriteit bij de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Duitsland, Engeland & Wales, Frankrijk en Zweden. Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het WODC van het Ministerie van Justitie*, februari 2008, Den Haag: WODC Ministerie van Justitie 2008.

Kinderbescherming

Hiervoor geldt hetzelfde als hierboven opgemerkt onder het kopje 'kinderontvoering'.

Administratieve lasten en regeldruk

Het voorstel van de Minister leidt, gezien het geringe aantal gevallen waarover het gaat, mogelijk tot een beperkte toename van het beroep op de gefinancierde rechtsbijstand. De afschaffing van de Centrale Autoriteit als procesvertegenwoordiger brengt mee dat de achtergebleven ouder zich – eveneens – tot een advocaat moet wenden om een verzoek tot teruggeleiding bij de rechtbank in te dienen. Deze ouder kan, indien nodig, aanspraak maken op gefinancierde rechtsbijstand.

Artikelsgewijze toelichting

Voordat wordt ingegaan op de artikelsgewijze toelichting merkt de Adviescommissie op dat in beide wetten het woord 'procureur' door 'advocaat' vervangen dient te worden. Dit geldt zowel voor artikel 6 lid 2 in de Uitvoeringswet Internationale Kinderontvoering (UIK) als voor de artikelen 13 en 15 lid 3 in de Uitvoeringswet Internationale Kinderbescherming (UIB).

Artikel 1

Onderdelen A, B, C (artikelen 5, 7 en 10)

De Adviescommissie vraagt zich af of artikel 5 UIK niet integraal dient te worden gewijzigd. De Centrale Autoriteit wordt een 'casemanager' en krijgt daarbij een eigen rol met eigen taken. Zij vertegenwoordigt geen partij meer, treedt niet meer namens een van partijen op, zij is een onafhankelijke instantie.

Met betrekking tot artikel 10 UIK merkt de Adviescommissie op dat 'een' termijn, 'de' termijn is geworden. Voorts vraagt de Adviescommissie zich af of deze zin nog correct is, aangezien de Centrale Autoriteit geen invloed meer heeft op het moment van indiening van het verzoek. De achtergebleven ouder wordt bijgestaan door een advocaat en deze advocaat dient het verzoek in bij de rechtbank; hierop heeft de Centrale Autoriteit geen invloed meer.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de tweede 'de' onjuist is en dient te vervallen.

Onderdeel D (artikel 11)

De Adviescommissie is van mening dat 'die rechtbank' (lid 1) beter vervangen kan worden door 'de rechtbank 's-Gravenhage' of 'genoemde rechtbank'.

In lid 2 kan het woord 'de' voor 'kennisneming' vervallen.

Onderdeel F (artikel 13)

Zoals reeds hierboven opgemerkt, is de Adviescommissie van mening dat de toevoeging 'in het belang van het kind' kan komen te vervallen. De wet heeft het 'belang van het kind' als uitgangspunt. Opnemen beperkt de rechter, door weglating heeft de rechter de vrijheid om ook eventuele andere zwaarwegende feiten en omstandigheden te laten meewegen.

Bij lid 8 van artikel 13 zou de toevoeging gerechtshof 's-Gravenhage' wenselijk zijn, hierdoor wordt nogmaals de concentratie van de rechtspraak aangegeven.

Artikel II

Onderdelen A t/m E (artikelen 5, 6, 13, 15 en 18)

Voor wat betreft artikel 5 UIB wordt hier herhaald het commentaar bij artikel 5 UIK.

In de artikelen 13 en 15 UIB blijft na schrapping van de 3e en 5e volzin conform het voorstel van de Minister van Justitie de zin over de woonplaatskeuze in stand. De Adviescommissie zet haar vraagtekens bij de aanvullende waarde van deze woonplaatskeuze.

Artikel 17 lid 1, tweede zin is naar mening van de Adviescommissie overbodig aangezien de procesbevoegdheid van de Centrale Autoriteit is vervallen. Deze zin kan worden verwijderd.

Conclusie

De Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten onderschrijft het in het conceptwetsvoorstel neergelegde voornemen om de procesvertegenwoordigende bevoegdheid van de Centrale Autoriteit af te schaffen. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan de 'equality of arms' van de ontvoerende en de achtergebleven ouder en maakt een einde aan de dubbelrol van de Centrale Autoriteit, die voor de rechtzoekende vaak tot onbegrip leidt. Teneinde voortgang en kwaliteit in de procedure te bewaken, is het wel van belang dat in kinderontvoeringszaken gespecialiseerde advocaten de ouders bijstaan. Tevens ondersteunt de Adviescommissie het voornemen om de bestaande praktijk, te weten de mogelijkheid van het schorsen van de uitvoerbaar bij voorraadverklaring, in de wettelijke regeling op te nemen.

De Adviescommissie signaleert dat de gewenste concentratie van rechtspraak in combinatie met het enkel toelaten van cassatie in het belang der wet leidt tot een met onvoldoende waarborgen omklede rechtsgang in kinderontvoeringszaken en om die reden onwenselijk is. Voorgesteld wordt om de rechtspraak te concentreren bij de vijf hoven en de daartoe behorende vijf rechtbanken. De mogelijkheid tot cassatie dient in stand te blijven. De procedure bij de Hoge Raad kan in tijd worden beperkt.

Haarlem, 13 oktober 2009

De Adviescommissie Familie- en Jeugdrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten