

Nummer:

Rep. nr.: 2009/

Zitting van:

30 SEPTEMBER 2009

EINDARREST

Het HOF VAN BEROEP, zitting houdend te ANTWERPEN,
ACHTSTE KAMER, recht doende in burgerlijke zaken, heeft
volgend arrest gewezen:

Inzake : 2009/RK/166

A.D.

geboren te Antwerpen op 11 november 1968, wonende te Spanje,
[adres, SPANJE];

APPELLANTE

tegen de beschikking van de Voorzitter van de rechtbank
van eerste aanleg te Turnhout, zetelend in kort geding,
d.d. 30 april 2009

vertegenwoordigd door mr. , advocaat te [adres]

TEGEN :

I.R.

geboren te Hasselt op 2 december 1967, wonende te [adres, BEL-
GIË];

GEÏNTIMEERDE

in persoon verschenen zijnde, bijgestaan door mr. ,
advocaat te [adres];

Gelet op de door de wet vereiste procedurestukken die worden over-
gelegd, o.m. de op tegenspraak gewezen beschikking van de voor-

zitter van de rechtbank van eerste aanleg te Turnhout, zetelend in kort geding, van 30.4.2009, waartegen een naar termijn en vorm regelmatig hoger beroep werd ingesteld bij verzoekschrift in hoger beroep neergelegd op de griffie van het Hof op 13.5.2009.

Gelet op het verzoek tot heropening van de debatten.

VOORAFGAANDELIJK

1.

Bij schrijven van 15.9.2009 van haar raadsman heeft mevrouw A.D. aan het Hof een kopie meegedeeld van een brief van 3.9.2009 van haar raadsman in Spanje, Mter. , gericht aan het Spaanse Ministerie van Justitie.

Het betreft een brief in het Spaans opgesteld, waarvan geen vertaling werd meegedeeld, zodat het Hof zelf geen kennis kan nemen van de inhoud van laatstvermeld schrijven.

Mevrouw A.D. heeft in haar schrijven naar het Hof evenmin de concrete inhoud van de Spaanse brief meegedeeld. Zij beperkte zich ertoe te stellen dat “het een en ander “ in toepassing is van o.m. art. 8 ev. van het Verdrag van 's Gravenhage van 25.10.1980 betreffende de burgerlijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen. Zij vervolgde “mogelijk dringt zich een heropening van de debatten op”.

Mevrouw A.D. laat tevens na de mogelijke gevolgen van het schrijven van 3.9.2009 op huidige procedure aan te duiden.

In deze omstandigheden dient het verzoek tot heropening van de debatten te worden afgewezen.

2.

Partijen zijn gehuwd geweest. Het echtscheidingsvonnis werd uitgesproken lastens mevrouw A.D. op 4.11.2004, betekend op 17.12.2004 en overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand op 31.1.2005.

Mevrouw A.D. is orthopedisch chirurg en woont in Spanje, Alicante. De heer I.R. is oncoloog en woont te Herenthout.

Zij hebben twee kinderen : E., geboren op [dag.maand].1998, en N, geboren op [dag.maand].2000.

3.

Een vroegere procedure met betrekking tot de kinderen leidde tot een tussenarrest van dit Hof van 18.2.2004, waarbij de volgende voorlopige maatregelen werden uitgesproken :

- hoofdverblijf van de kinderen in Spanje bij mevrouw A.D. met inschrijving op haar adres,
- een omgangsregeling voor de heer I.R. van vier dagen per maand, telkens het laatste weekend, van vrijdagmorgen 10u tot maandagavond 18u, de kinderen door mevrouw A.D. te brengen en terug te halen, alsook de helft van de kerst-, paas-en zomervakantie,
- er werd deskundige aangesteld.

Na het deskundig onderzoek volgde een eindarrest van 25.5.2005 dat de verblijfsregeling gedeeltelijk wijzigde :

- er werd gepreciseerd dat de “schoolvakanties” dienden te worden begrepen zoals deze in Spanje plaats vinden,
- volledige kerst- en paasvakantie bij vader,
- alsook de eerste zes weken tijdens de zomervakantie.

4.

Deze regeling werd gedurende meerdere jaren toegepast tot dit voorjaar.

De kinderen verbleven van 27.2.2009 tot en met 2.3.2009 andermaal bij hun vader. Op de laatste dag verwittigde de heer I.R. mevrouw A.D. dat de kinderen niet wilden terugkeren naar Spanje.

Er werd door mevrouw A.D. op 5.3.2009 een strafklacht met burgerlijke partijstelling neergelegd wegens niet teruggave van de kinderen. Zij liet tevens op datum van 27.3.2009 de twee arresten van dit Hof betekenen aan de heer I.R..

De heer I.R. van zijn kant heeft een verzoekschrift neergelegd bij de Jeugdrechtbank te Turnhout en nadien een dagvaarding in kort geding laten betekenen op 31.3.2009 teneinde de kinderen voorlopig bij hem te laten verblijven in afwachting van de behandeling en uitspraak door de Jeugdrechtbank.

Deze dagvaarding werd betekend op het adres van gerechtsdeurwaarder , die in opdracht van mevrouw A.D. de twee arresten van dit Hof heeft betekend met de vermelding “ woonstkiezend teneinde dezer op mijn kantoor”.

Mevrouw A.D. stelde dat de vordering van de heer I.R. ontoelaatbaar was, minstens ongegrond, bij gebreke aan een rechtsgeldige betekening, gebrek aan rechtsmacht en gebrek aan urgentie.

Mevrouw A.D. stelde een tegenvordering in teneinde :

- de heer I.R. te horen veroordelen tot ter beschikking stelling van de kinderen onder verbeurte van een dwangsom van 2.500 EUR,

- voor recht te horen zeggen dat beroep mag worden gedaan op de maternale grootouders voor het brengen en terughalen,
- het omgangsrecht voorlopig te horen opschorten tot er een uitspraak is in België of Spanje,
- subsidiair, een dwangsom op te leggen van 10.000 EUR telkenmale dat in de toekomst de kinderen niet tijdig mee terug gegeven worden.

Bij de tussenbeschikking van 9.4.2009 werd het verhoor van de minderjarige kinderen bevolen. Dit vond plaats op 16.4.2009.

5.

Bij de bestreden beschikking van 30.4.2009 werd beslist, ingevolge het verhoor van de kinderen, dat zij in afwachting van de behandeling van de zaak door de Jeugdrechtbank, in België zullen verblijven bij hun vader te Herenthout. De eerste rechter achtte het niet in het belang van de kinderen hen terug te sturen naar Spanje, omwille van diverse omstandigheden door hem nader gepreciseerd.

Wat de procedurele excepties betreft, was de eerste rechter van oordeel dat de betekening regelmatig was nu de vordering in kort geding betrekking heeft op de verblijfsregeling van de kinderen, zoals tot op heden bepaald in de betekende arresten.

De eerste rechter verklaarde zich materieelrechtelijk bevoegd, omdat in de dagvaarding de urgentie was ingeroepen.

Hij verklaarde zich ook territoriaal bevoegd, omdat de gevorderde maatregel in de woonplaats van de heer I.R. moet worden uitgevoerd.

De tegenvordering van mevrouw A.D. werd afgewezen en de kosten werden voorbehouden voor de bodemrechter.

6.

Het hoger beroep van mevrouw A.D. heeft tot doel, bij hervorming van de bestreden beschikking, de oorspronkelijke vordering van de heer I.R. ontoelaatbaar, minstens ongegrond te horen verklaren en haar tegenvordering ontvankelijk en gegrond.

In subsidiaire orde, bij handhaving van de beslissing van de eerste rechter, vraagt mevrouw A.D. zelf een omgangsrecht zoals nader gepreciseerd in haar beroepsbesluiten.

7.

De heer I.R. concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep en vraagt de bevestiging van de bestreden beschikking.

In ondergeschikte orde vraagt de heer I.R. de kinderen te willen horen, minstens een deskundige te willen aanstellen om na te gaan of de weigering van de kinderen hun moeder in Spanje te vervoegen al dan niet kan aanvaard worden als reden om de verblijfsregeling te wijzigen.

In meest ondergeschikte orde, vraagt hij de omgang van de kinderen met hun moeder enkel toe te laten in België via bezoeken in het milieu van vader, onder toezicht van derden, en dit zoals nader uitgewerkt in zijn conclusies in hoger beroep.

Hij vraagt alleszins mevrouw A.D. uitdrukkelijk verbod op te leggen de kinderen mee te nemen naar het buitenland.

BEOORDELING

Betekening van de dagvaarding

8.

Mevrouw A.D. stelt dat de dagvaarding in kort geding haar op 31.3.2009 ten onrechte werd betekend op het adres van gerechtsdeurwaarder , aangezien zij voor huidige procedure geen woonstkeuze heeft gedaan bij voornoemde gerechtsdeurwaarder. Zij is van oordeel dat de inleidende dagvaarding van 31.3.2009 derhalve absoluut nietig is, wat volgens haar leidt tot de ontoelaatbaarheid van de hoofdvordering zoals ingesteld door de heer I.R..

De heer I.R. wijst er echter op dat mevrouw A.D. kort voor de betekening van de dagvaarding in kort geding, zelf bij de betekening op 27.3.2009 van de beide arresten van dit Hof van Beroep van respectievelijk 18.2.2004 en 25.5.2005 woonstkeuze heeft gedaan bij voornoemde gerechtsdeurwaarder. De heer I.R. is van oordeel dat hij derhalve overeenkomstig art. 111 B.W. diende te dagvaarden op deze gekozen woonplaats, nu de in kort geding gevorderde maatregel betrekking heeft op de verblijfsregeling voor de kinderen, die net het voorwerp uitmaakt van de betekende arresten.

Het Hof van Cassatie bestempelt de keuze van woonplaats als een speciale wijze van betekening, die afwijkt van de normale betekeningswijzen, met name aan de woonplaats of aan de persoon. Derhalve dient er omzichtig te worden omgegaan met deze speciale betekeningswijze.

Art. 111 B.W. bepaalt dat wanneer een partij in een akte, met het oog op de uitvoering van die akte, woonplaats kiest op een andere plaats dan haar werkelijke woonplaats, de op die akte betrekking hebbende betekeningen, rechtsvorderingen en vervolgingen kunnen betekend worden aan deze gekozen woonplaats.

Met de eerste rechter is het Hof van oordeel dat in casu het standpunt van de heer I.R. dient te worden bijgetreden. Huidige kort ge-

dingprocedure heeft inhoudelijk duidelijk gevolgen op de uitvoering van de twee voornoemde arresten van dit Hof, aangezien de facto de tijdelijke schorsing wordt gevraagd van de uitvoering van de arresten totdat een uitspraak zal voorhanden zijn van de inmiddels gevatte Jeugdrechtbank. De vordering tot het bekomen van een tijdelijke wijziging van de verblijfsregeling zoals vastgelegd in de voornoemde arresten, kan immers niet anders worden geïnterpreteerd dan als een verzoek tot feitelijke opschorting van de opgelegde verblijfsmaatregelen.

Waar dit in algemene termen een quasi ondenkbare wijze van procederen is, dient te worden aanvaard dat in familiaalrechtelijke geschillen, in het bijzonder inzake verblijfsregelingen voor kinderen, er zich bepaalde feitelijke toestanden of evoluties kunnen voordoen, die wijzigingen kunnen noodzaken en dus de uitvoering van gerechtelijke uitspraken kunnen beïnvloeden. Het is in dit verband dan ook volledig in overeenstemming met de bedoeling van art. 111 B.W. dat de door mevrouw A.D. gedane woonstkeuze in de betekeningsakte niet enkel geldt ten aanzien van een eventuele cassatievoorziening, maar ook ten aanzien van huidige kort geding-procedure.

Het feit dat het betekeningsexploot vermeldt “ woonstkiezend teneinde dezer” doet geen arfbreuk aan de hiervoor uiteengezette motivering. Uit niets blijkt dat de woorden “teneinde dezer” zouden betreffen dat enkel woonstkeuze werd gedaan voor wat betreft een eventuele voorziening in cassatie.

Het hoger beroep is bijgevolg ongegrond op dit punt.

Bevoegdheid

9.

Mevrouw A.D. stelt dat de eerste rechter territoriaal niet bevoegd was. Zij wijst erop dat de in casu toepasselijke EG Verordening nr. 2201/2003 van de Raad van 27.11.2003, meer bepaald art.20, de kort gedingrechter enkel bevoegd maakt ingeval van hoogdringendheid, waarbij diens beslissing enkel van toepassing is tot het gerecht van de lidstaat dat krachtens de Verordening bevoegd is om over de grond van de zaak te beslissen een uitspraak heeft gedaan.

Volgens mevrouw A.D. ligt er geen enkel bewijs van hoogdringendheid voor en is bovendien de Belgische bodemrechter gevat en niet de volgens haar bevoegde Spaanse bodemrechter.

Het Hof onderschrijft op dit punt de oordeelkundige motieven van de eerste rechter. Aangezien de heer I.R. zich in de inleidende dagvaarding heeft beroepen op hoogdringendheid, dan is de Belgische kort gedingrechter bevoegd kennis te nemen van de vordering ingesteld bij hoogdringendheid, ten aanzien van de kinderen die op dat ogenblik in België verblijven.

Welke bodemrechter uiteindelijk bevoegd is, daarover mag de kort gedingrechter geen uitspraak doen. Derhalve kan dit aspect zeker geen deel uitmaken van de beoordeling van zijn eigen bevoegdheid.

Of er al dan niet daadwerkelijk urgentie voor handen is, maakt deel uit van de beoordeling ten gronde van de kort gedingrechter.

Het hoger beroep is op dit punt bijgevolg ook ongegrond.

Exceptie van gewijsde

Mevrouw A.D. beroept zich vervolgens op de exceptie van gewijsde, verwijzend naar de eerdere arresten van het Hof van beroep.

Indien er zich bijzondere nieuwe omstandigheden voordoen, is het ten allen tijde mogelijk wijzigingen te bekomen aan de verblijfsregeling inzake de kinderen, zelfs bij hoogdringendheid.

Beoordeling ten gronde o.m. van de spoedeisendheid

11.

De heer I.R. stelt dat de kinderen weigerden terug te keren naar Spanje, toen zij in de laatste krokusvakantie bij hem verbleven, omdat zij gepest en geslagen werden door de vriend van hun moeder. Volgens de heer I.R. waren de verhalen van de kinderen dermate ernstig dat hij de kinderen in hun belang niet heeft laten terugkeren naar Spanje.

De eerste rechter heeft beide kinderen gehoord in raadkamer op 16.4.2009. Hiervan werd een proces-verbaal opgemaakt.

Ten aanzien van de eerste rechter heeft de oudste dochter E. (thans 11 jaar) verklaard dat zij geslagen wordt door de vriend van hun moeder en dat hij fysiek geweld gebruikt. Zij verklaarde helemaal niet goed op te kunnen schieten met de betrokken man. Tevens verklaarde zij haar familie in België te missen en in feite te willen opgroeien in haar geboorteland België.

Ook de jongste dochter N. (9 jaar) verklaarde eveneens geslagen te zijn geworden door de vriend van hun moeder. Zij verklaarde dat hij meestal gemeen is tegen hen en dat zij tegen hun moeder reeds gezegd hebben de nieuwe partner niet zo graag te hebben. Uit de verklaring van N. blijkt ook dat de kinderen inmiddels reeds 6 à 7

keer van school zijn moeten veranderen, telkens zij nieuwe vriendinnetjes hadden. N. verklaarde ook bij haar zus te willen blijven.

Beide kinderen hebben benadrukt dat zijzelf weigerden terug te keren en dat het niet de heer I.R. is die hun tegen hun wil in België wil houden.

12.

Het Hof is van oordeel dat het huidige probleem een spoedeisende zaak uitmaakt, zoals bedoeld in art. 20 van de EG Verordening 2201/2003.

De heer I.R. zag zich op 2.3.2009 blijkbaar geconfronteerd met een wenend kind van 11 jaar dat absoluut niet meer terug wou naar het moederlijk milieu in Spanje, hoofdzakelijk omwille van de partner van mevrouw A.D. die fysiek geweld gebruikt ten aanzien van hen alsook pesterijen.

In het kader van huidige kort gedingprocedure is er geen reden om de verklaringen van de kinderen als niet geloofwaardig of niet voldoende ernstig te bestempelen. Zij zijn 11 en 9 jaar oud en volgens de eerste rechter zeer intelligent.

De eerste rechter heeft dan ook terecht de situatie als spoedeisend beschouwd, de vordering van de heer I.R. gegrond verklaard en de nodige bewarende en voorlopige maatregelen genomen, in afwachting van behandeling van de zaak door de bodemrechter.

13.

Mevrouw A.D. stelde in subsidiaire orde een tegenvordering in ten einde zelf een omgangsrecht te bekomen.

Volgens de heer I.R. heeft mevrouw A.D. tot op heden geen enkel contact gezocht met haar kinderen, op welke wijze ook. Het Hof dient vast te stellen dat mevrouw A.D. alleszins op geen enkele zitting aanwezig is geweest in het kader van huidige kort procedure. Het wordt geenszins ontkend dat mevrouw A.D. de gehele tijd in Spanje is gebleven met haar partner. Over haar bedoeling om op zeer korte termijn naar België te komen en hier te verblijven, werd niets meegedeeld.

In deze omstandigheden kan het Hof geen vast gestructureerd omgangsrecht toekennen en moet het er zich toe beperken aan mevrouw A.D. enkel een omgangsrecht toe te kennen, uit te oefenen in België met verbod te kinderen mee te nemen naar het buitenland en volgens de modaliteiten door de heer I.R. te bepalen in het belang van de kinderen.

OM DIE REDENEN: HET HOF,

Rechtsprekend op tegenspraak;

Gelet op art. 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken;

Gehoord substituut-procureur-generaal in zijn advies dat omwille van de omstandigheden van de zaak onmiddellijk mondeling ter te-

rechtzitting werd gegeven en waarop partijen hebben kunnen repliceren.

Wijst het verzoek tot heropening der debatten af.

Verklaart het hoger beroep van mevrouw A.D. ontvankelijk, doch ongegrond.

Verklaart de tegenvordering van mevrouw A.D. ontvankelijk, doch slechts in de hierna beperkte mate gegrond.

Bevestigt de bestreden beschikking, met dien verstande dat aan mevrouw A.D. een omgangsrecht met de twee betrokken kinderen wordt toegekend, uit te oefenen in België met verbod te kinderen mee te nemen naar het buitenland, volgens de modaliteiten door de heer I.R. te bepalen in het belang van de kinderen, dit alles in afwachting van een uitspraak ten gronde door de bodemrechter.

Verwijst mevrouw A.D. in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van de heer I.R. begroot op 1.200 EUR rechtsplegingsvergoeding.

Aldus gedaan en uitgesproken in openbare terechtzitting van

DERTIG SEPTEMBER TWEEDUIZEND EN NEGEN

waar aanwezig waren :

dd. Voorzitter
Raadsheer

Raadsheer
Griffier