

Hof van Beroep te Gent, arrest van 10 december 2009

Ouderlijke verantwoordelijkheid – Internationale bevoegdheid – Artikel 8 Brussel IIbis verordening – Toepasselijk recht – Artikel 35 WIPR – Uitvoerbaarheid – Certificaat conform artikel 41 Brussel IIbis verordening

La responsabilité parentale – Compétence internationale – L'article 8 du Règlement Bruxelles IIbis – Droit applicable – L'article 35 du CDIP – Force exécutoire – Certificat conformément à l'article 41 du Règlement Bruxelles IIbis

Tussenarrest

Verzoek aan griffier om verstekprocedure a quo op te vragen + impliciet heropening debatten

Gedeeltelijk eindarrest:

2009/RK/207 2009/RK/207

In de zaak van:

B.M., wonende te 8670 KOKSIJDE,
appellante,

hebbende als raadsman mr. THOMAS Paul, advocaat te 8670 KOKSIJDE, Zeelaan 172,

tegen:

S.M., wonende te I-24126 BERGAMO,
geïntimeerde,

hebbende als raadsman mr. DAWYNDT Dirk, advocaat te 8670 KOKSIJDE, Zeelaan 195,
velt het hof het volgend arrest:

Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het hof op 13 augustus 2009, heeft de appellante hoger beroep ingesteld tegen de beschikking die op 29 juli 2009 in kort geding werd verleend door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Veurne.

Daarin werd geoordeeld over de gevorderde voorlopige maatregelen in het kader van een echtscheidingsprocedure tussen de partijen.

De partijen, bijgestaan door hun raadsliden, werden gehoord in openbare terechtzitting van 17 november 2009. Zij waren tevens in persoon aanwezig.

Advocaat-generaal Philippe GYSBERGS werd ter zelfde terechtzitting gehoord in zijn, gelet op de omstandigheden van de zaak, mondeling uitgebracht advies.

De partijen formuleerden hun opmerkingen terzake.

De dossiers van de rechtspleging en de overgelegde stukken werden ingezien.



De appellante legde een stukkenbundel I neer (naast een bundel II met procedurestukken) met een inventaris, die 15 stukken vermeldt.

De geïntimeerde legde een stukkenbundel neer met een inventaris, die 20 stukken vermeldt.

DE RELEVANTE FEITEN, DE PROCEDUREVOORGAANDEN EN DE VORDERINGEN

1.

De partijen huwden in Bergamo (Italië) op 9 mei 1997.

Volgens de geïntimeerde huwden zij onder het stelsel van scheiding van goederen. Het is niet duidelijk naar welk recht dit stelsel zou zijn aanvaard. Het hof maakt vooralsnog abstractie van het stuk 1 van de geïntimeerde (ten dele) in de Italiaanse taal opgesteld (cf. *infra*).

De partijen hebben drie kinderen uit het huwelijk geboren:

- G.S., geboren te Bergamo op 2 november 1999;
- G.S., geboren te Veurne op 29 oktober 2002;
- R.S., geboren te Veurne op 11 juni 2005.

2.

De geïntimeerde stelde op 27 maart 2009 bij dagvaarding een vordering in tot echtscheiding en tot het bekomen van voorlopige maatregelen in kort geding.

Op 22 april 2009 kwam de beschikking bij verstek tussen van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Veurne (procedurebundel appellante).

Desbetreffende verstekprocedure ontbreekt (ten onrechte) in het rechtsplegingsdossier *a quo*.

3.

De geïntimeerde tekende bij dagvaarding op 15 mei 2009 verzet aan tegen voormelde beschikking bij verstek van 22 april 2009.

Bij de bestreden beschikking op verzet van 29 juli 2009 nam de voorzitter onder meer volgende maatregelen:

- de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag door beide ouders;
- het hoofdverblijf van de kinderen bij de moeder en de inschrijving van de kinderen in het bevolkingsregister aldaar;
- een bijkomend verblijf van de kinderen bij de vader, elk derde weekend van de maand van vrijdag 19 uur tot zondag 19 uur, dat in België (Koksijde) moet worden uitgeoefend;
- een bijkomend verblijf van de kinderen bij vader tijdens de nader omschreven helften van de schoolvakanties (vanaf het jaar 2010: elke maand augustus; tijdens de pare jaren: de herfst- en krokusvakantie en de eerste week van de kerst- en paasvakantie; tijdens de onpare jaren: de tweede week van de kerst- en paasvakantie);
- de afhaling en terugbrenging van de kinderen door de vader op het adres van de moeder;
- de veroordeling van de geïntimeerde tot betaling aan de appellante van een onderhoudsbijdrage van maandelijks 200 EUR per kind, vanaf april 2009, boven de kinderbijslag, met indexkoppeling en met ontvangstmachtiging;
- de veroordeling van de geïntimeerde tot betaling aan de appellante van een persoonlijke onderhoudsuitkering van maandelijks 1.400 EUR, vanaf april 2009, met indexkoppeling en met ontvangstmachtiging.

De kosten werden aangehouden om gevoegd te worden bij het geding ten gronde.



4.

Ingevolge artikel 748bis Ger.W. worden de conclusies van de appellante, neergelegd ter griffie op 8 oktober 2009, aangezien als syntheseconclusies, die voor de toepassing van artikel 780, eerste lid, 3° Ger.W. alle vorige conclusies vervangen en desgevallend de gedinginleidende akte van de partij die de syntheseconclusies neerlegt.

Het hof weerhoudt om die reden niet de vorderingen van de appèlakte die niet in voormelde conclusies werden hernomen.

De appellante vordert tenslotte dus nog voor het hof:

- de uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag door haar;
- de inschrijving van de kinderen in het bevolkingsregister op haar adres (hetzij een bevestiging van de bestreden beschikking);
- de veroordeling van de geïntimeerde tot betaling van een onderhoudsbijdrage voor de kinderen van 500 EUR per kind per maand, boven de kinderbijslag, met indexkoppeling, meer de helft van de buitengewone kosten;
- de veroordeling van de geïntimeerde tot betaling van een persoonlijke onderhoudsuitkering van 5.000 EUR, met indexkoppeling;
- de veroordeling van de geïntimeerde tot betaling van de aflossing van de hypothecaire lening ad 1.500 EUR, “bij wijze van onderhoudsbijdrage” (*sic*);
- de ontvangstmachtiging voor de onderhoudsbijdragen (hetzij de bevestiging van de bestreden beschikking);
- minstens, bij wijze van onderzoeksmaatregel, een bedrijfsrevisor aan te stellen;
- de afwijzing van de oorspronkelijke vordering van de geïntimeerde (*sic*);
- de bepaling dat het recht op persoonlijk contact van de geïntimeerde in België dient uitgevoerd te worden, met verbod het land te verlaten met de kinderen;
- de bepaling dat, voorafgaandelijk aan de uitoefening van de omgangsregeling, de geïntimeerde zijn onderhoudsplichten integraal moet voldaan hebben;
- de afwijzing van het incidenteel beroep als onontvankelijk, minstens ongegrond;
- de veroordeling van de geïntimeerde tot betaling van de gerechtskosten in beide instanties.

Bij aanvullende conclusies, neergelegd ter griffie van het hof op 30 oktober 2009, verduidelijkt zij tevens haar vordering om het onderhoudsgeld voor de kinderen te verhogen met de ontbrekende (weggevalen) kinderbijslag, hetgeen echter louter een bevestiging uitmaakt van wat reeds eerder werd gevorderd.

Wat betreft de afgifte van de goederen wordt geen specifieke vordering meer gesteld. De appellante beperkt zich tot een louter “*niet akkoord*”.

5.

De geïntimeerde besluit tot de ongegrondheid van het hoofdberoep.

Bij incidenteel beroep vordert de geïntimeerde:

- de bepaling dat het recht op persoonlijk contact in de vakantie-periodes niet beperkt is tot Koksijde/België;
- het verbeuren van een dwangsom van 10.000 EUR, telkenmale het omgangsrecht wordt geweigerd;
- de veroordeling van de appellante tot betaling van een schadevergoeding van 845,22 EUR, meer de gerechtelijke rente (*sic* onder de noemer incidenteel beroep aangehouden).



Hij vraagt de veroordeling van de appellante tot de gerechtskosten van deze instantie.

Beoordeling

vooraf: nopens de overgelegde stukken in de Italiaanse taal

Volgende stukken zijn (al dan niet ten dele) in de Italiaanse taal opgesteld: stukken 1, 3, 8, 16, 17 en 18 geïntimeerde.

De appellante vraagt de niet vertaalde stukken te weren.

Het hof merkt op dat de appellante zelf onder haar stuk I 4 b een niet vertaald Italiaans stuk overlegt.

Nu de zaak ten dele niet in staat van wijzen is, is het passend de stukken opgesteld in de Italiaanse taal met vertaling over te leggen.

de internationale bevoegdheid en het toepasselijk recht

1.

De appellante heeft de Nederlandse nationaliteit en woont in België (stuk 20 geïntimeerde straf dossier).

De geïntimeerde heeft de Italiaanse nationaliteit en woont inmiddels in Italië (stuk 20 geïntimeerde straf dossier).

Over de nationaliteit van de kinderen heeft het hof geen uitsluitsel.

Op 27 maart 2009, hetzij de datum van de gedinginleidende dagvaarding in echtscheiding en voorlopige maatregelen, waren de partijen nog gedomicilieerd in België op het adres te 8670 Koksijde (procedurebundel appellante).

Het is niet betwist dat de kinderen steeds op deze woonplaats van de moeder in België bleven gedomicilieerd en er verbleven.

2.

De bevoegdheid van de Belgische rechter inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid – in de zin van gezagsrecht en omgangsrecht overeenkomstig art. 2.7. Brussel *Ibis-Vo* – staat vast overeenkomstig art. 8.1. Brussel *Ibis-Vo*.

De lidstaat die voor geschillen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid als het natuurlijke *forum* wordt beschouwd, is die op het grondgebied waarvan de kinderen hun gewone verblijfplaats hebben.

Het tijdstip waarop dit moet beoordeeld worden is het moment waarop de zaak aanhangig wordt gemaakt.

De territoriale bevoegdheid binnen de aangewezen lidstaat (België) is deze van de rechtbank van eerste aanleg te Veurne en in hoger beroep deze van het hof.



3.

Door het WbIPR wordt het Belgisch recht als toepasselijk recht aangewezen, nl. ingevolge art. 35 § 1 WbIPR met betrekking tot de maatregelen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag over alsmede het verblijf/omgangsrecht van de gemeenschappelijke minderjarige kinderen.

de ontvankelijkheid van de hogere beroepen

De bestreden beschikking op verzet werd betekend op 10 augustus 2009.

De appèlakte werd neergelegd ter griffie van het hof op 13 augustus 2009.

Het principaal beroep is tijdig en regelmatig naar de vorm.

Ook het incidenteel beroep werd regelmatig ingesteld, althans wat betreft de vorderingen met betrekking tot de verblijfsregeling en het verbeuren van een dwangsom.

De niet gestaafde exceptie van niet ontvankelijkheid van het incidenteel beroep, zoals ingeroepen door de appellante, faalt hiervoor naar recht.

Beide hogere beroepen zijn in die zin ontvankelijk.

de uitoefening van het ouderlijk gezag

1.

In geval de ouders van een kind niet samenleven, kan de rechter op grond van art. 374, § 1, tweede lid BW beslissen om af te wijken van het systeem van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag dat de wetgever bij niet-samenlevende ouders vooropstelt.

Het voormelde wetsartikel bevat in algemene bewoordingen de voorwaarden op grond waarvan de rechter tot de uitzondering van de uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag door één ouder *kan* beslissen met name:

“Bij gebreke van overeenstemming over de organisatie van de huisvesting van het kind, over de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid, zijn opvoeding, zijn opleiding en zijn ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes of wanneer deze overeenstemming strijdig lijkt met het belang van het kind, ...”

Aldus worden de voorwaarden aangegeven waaronder de ouder, die niet het hoofdverblijf heeft, zijn ouderlijke prerogatieven kunnen worden ontnomen.

2.

De appellante bewijst niet *in concreto* door een precies, ernstig of relevant gegeven de vervulling van de voorwaarde van het gebrek aan overeenstemming met de andere ouder die de kinderen nadeel toebrengt in voormelde zin.

De loutere vaststelling dat de geïntimeerde een ‘lange afstand-ouder’ is, volstaat niet als redengeving voor een uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag.



De geografische verwijdering van de ouders is geen voldoende reden om bij de keuze voor gezamenlijke dan wel uitsluitende uitoefening af te wijken van het principe van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag.

De wederzijdse bereikbaarheid is gegarandeerd door de moderne communicatiemiddelen, naast de uitoefening van het omgangsrecht met de geïntimeerde op geregelde tijdstippen.

de verblijfsregeling bij/omgangsregeling met de vader

1.

Wat betreft de omgangsregeling buiten de schoolvakanties is er geen betwisting dat deze wordt uitgeoefend door de vader in België.

De praktijk leert dat de geïntimeerde niet altijd stipt de kinderen kon afhalen. Hij wijt dit aan zijn activiteiten als internationaal zakenman, hetgeen het hof aannemelijk voorkomt. Eén en ander kan echter niet tot gevolg hebben dat de kinderen (en de appellante) een groot deel van de vrijdagavond in het ongewisse blijven over de al dan niet tijdige aankomst van de geïntimeerde.

De geïntimeerde kon er zich, naar aanleiding van de behandeling van de zaak ter terechtzitting, in vinden dat zijn omgangsrecht met start op vrijdagavond zou vervallen indien hij meer dan één uur te laat is voor de uitoefening ervan. In dat geval wordt de start van het verblijf bij hem verplaatst naar de daaropvolgende zaterdag om 10.00 uur.

2.

Op het verzoek van de appellante op een uitreisverbod buiten België tijdens de schoolvakanties wordt door het hof in beperkte mate (buiten de Schengenruimte) ingegaan.

Aan de vader kan evenwel niet het recht worden ontzegd om, bijvoorbeeld, de vakanties met zijn kinderen in het vaderlijk familiaal milieu in zijn vaderland Italië door te brengen.

3.

De appellante heeft toegegeven dat zij de kinderen tijdens de zomervakantie 2009 meenam naar Nederland derwijze dat het verblijf bij hun vader niet kon doorgaan (stuk 20 geïntimeerde).

Alhoewel het hof ter zake uiterst omzichtig tewerk gaat, is, in de concrete omstandigheden van deze zaak (inzonderheid het feit dat de appellante ertoe neigt een uitvoerbare gerechtelijke beslissing niet te respecteren), het opleggen van een dwangsom zoals in het *dictum* bepaald, verantwoord.

Het hof verwijst in verband met de niet-afgifte van de kinderen aan de vader tijdens de zomervakantie naar de stukken 6, 7, 8, 10, 11, 19 en 20 geïntimeerde. De brief van 13 augustus 2009 van de raadsman van de appellante impliceert dat zijn cliënte, door haar tot 22 augustus 2009 volgehouden vakantieverblijf in Nederland met de kinderen, de bestreden beschikking zou negeren in de mate dat het vakantieverblijf bij de geïntimeerde aanving op 16 augustus 2009 (stuk 10 geïntimeerde).

Het hof beklemtoont de principiële afdwingbaarheid van het contactrecht dat los staat van de onderhoudsplicht door de omganggerechtigde, waarvan hij zich evident correct dient/diende te kwijten. Op de vraag van de appellante om de uitoefening van de omgangsregeling te laten



doorgaan onder de opschortende voorwaarde van de betaling van de alimentatie wordt niet ingegaan.

Teneinde toekomstige conflicthaarden bij de uitoefening van het omgangsrecht te voorkomen, acht het hof het aangewezen de verblijfsregeling bij de geïntimeerde duidelijk af te bakenen.

het certificaat betreffende beslissingen inzake het omgangsrecht bedoeld in art. 41, lid 1 Brussel IIbis-Vo

Elke beslissing inzake het ‘omgangsrecht’ wordt in een andere lidstaat rechtstreeks erkend en is uitvoerbaar op voorwaarde dat zij vergezeld gaat van een certificaat dat is afgegeven door de rechter van de lidstaat van herkomst die de beslissing heeft gegeven.

Het certificaat garandeert dat tijdens de procedure bepaalde procedurele waarborgen in acht zijn genomen.

Te dezen zijn alle partijen in de gelegenheid gesteld te worden gehoord.

Er bestaat voor de betrokken minderjarige kinderen naar Belgisch recht geen hoorplicht.

Gelet op hun zeer jonge leeftijd beschikken de kinderen overigens niet over het vereiste onderscheidingsvermogen.

Indien het ‘omgangsrecht’ betrekking heeft op een geval dat op het tijdstip van de uitspraak een grensoverschrijdend karakter heeft, geeft de rechter het certificaat ambtshalve af wanneer de beslissing uitvoerbaar wordt.

Om die reden wordt desbetreffend certificaat aan onderhavig arrest als bijlage gehecht teneinde er één geheel mee uit te maken.

de kinderbijslag

Het hof neemt akte van het zittingsakkoord dat desbetreffend werd gesloten zoals in het *dictum* van onderhavig arrest weergegeven.

de overige geschilpunten

1.

Op het principaal beroep blijven ter beoordeling van het hof:

- de kinderalimentatie;
- de alimentatie voor de appellante;
- de kosten in beide instanties.

Tevens blijft ter beoordeling van het hof de door de geïntimeerde gevorderde schadevergoeding uit hoofde van de kosten wegens niet afgifte van de kinderen tijdens de zomervakantie 2009.



De zaak is op al deze punten niet in staat van wijzen. Overigens heeft het openbaar ministerie wat betreft de kinderalimentatie nog geen advies verleend (proces-verbaal van de terechtzitting van 17 november 2009).

2.

Het hof verzoekt de partijen in conclusies standpunt in te nemen nopens de internationale bevoegdheid en het toepasselijk recht wat betreft de nog hangende geschilpunten.

3.

Het hof verzoekt de geïntimeerde om over te leggen:

- een vertaling van stukken in de Italiaanse taal in zoverre deze worden aangewend;
- het akkoord dat werd gesloten tussen de geïntimeerde en PIKANOL naar aanleiding van de beëindiging van de tewerkstelling aldaar;
- alle relevante (bij voorkeur boekhoudkundige en fiscale) stukken met betrekking tot het inkomen van de geïntimeerde geput uit de door hem sedert aanvang 2009 in Italië opgestarte vennootschap.

Het hof verzoekt de appellante stukken voor te leggen waaruit blijkt:

- dat zij haar verdienvermogen tracht te benutten;
- of en, zo ja, vanaf wanneer en aan welk bedrag de kinderbijslag door een kinderbijslagfonds wordt uitbetaald vanaf 1 april 2009.

Het hof verzoekt de appellante op haar beurt om een vertaling over te leggen van haar stuk I 4b in de Italiaanse taal in zoverre dit stuk wordt aangehouden.

4.

De geïntimeerde antwoordt niet op het verweer van de appellante dat de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van nutteloze kosten bij de niet afgifte van de kinderen tijdens de zomervakantie als een nieuwe, voor het eerst in graad van beroep, geformuleerde vordering moet worden aangezien.

De vraag rijst overigens of de beweerde schadevergoeding niet wordt ingevorderd in het kader van de hangende strafprocedure.

De geïntimeerde zal in conclusies over deze vragen standpunt willen innemen in zoverre in deze vordering wordt volhard.

OP DIE GRONDEN,

HET HOF,

recht doende op tegenspraak,

gelet op artikel 24 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken;

verklaart het principaal beroep ontvankelijk;

verklaart het incidenteel beroep (wat betreft de vorderingen met betrekking tot de verblijfsregeling en het verbeuren van een dwangsom) ontvankelijk;



tot dusver ten gronde wijzend op deze hogere beroepen:

neemt akte van het deelakkoord van de partijen aangaande de kinderbijslag zoals dit werd opgenomen in het proces-verbaal van de terechtzitting van 17 november 2009, en dat luidt als volgt:

“Mr. Dawyndt, namens zijn cliënt, verklaart akkoord te gaan om de kinderbijslag t..b.v. 511,66 euro per maand aan de moeder voor te schieten vanaf 01 december 2009 en dit voor maximum een periode van zes maanden en mits terugbetaling van de voorgeschoten bedragen door de appellante aan de geïntimeerde van zodra een kinderbijslagfonds de betreffende kinderbijslag-bedragen aan de appellante uitkeert “;

bevestigt de bestreden beschikking wat betreft de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag en de verblijfsregeling van de kinderen van de partijen bij hun vader, mits deze aanvullingen en met dien verstande dat:

- voor de telling van de weekends wordt gestart bij het eerste weekend dat volledig (vrijdag, zaterdag én zondag) in de betrokken maand valt;
- de regeling voor de herfst-, kerst-, krokus- en paasvakantie begint op maandag om 10 uur en eindigt op de vrijdag nadien om 19 uur;
- de zomervakantie begint op 1 juli om 10 uur en eindigt op 31 augustus om 19 uur;
- tijdens de zomervakantie de overgang doorgaat op 1 augustus om 10 uur;
- de weekendregeling doorloopt tijdens de vakantieperiodes behalve tijdens de zomervakantie waarin zij niet verder loopt;
- als een vakantie-regeling aansluit bij een weekendregeling vooraf of achteraf de kinderen tussenin niet naar de omgangsplichtige ouder dienen teruggebracht te worden;
- als de omgangsgerechtigde ouder bij de uitoefening van het weekendrecht op vrijdagavond meer dan een uur te laat is bij het ophalen van de kinderen, dit omgangsrecht pas ingaat de dag nadien op zaterdag om 10 uur;
- gezegd wordt dat de omgangsplichtige ouder een dwangsom van 1000 EUR zal verbeuren telkens wanneer de kinderen niet met de omgangsgerechtigde ouder worden meegegeven en die weigering door een gerechtsdeurwaarder wordt vastgesteld; de dwangsom zal niet verbeurd worden wanneer er een door stukken gestaafde overmacht is;
- voor het vakantieverblijf van de kinderen bij de geïntimeerde een uitreisverbod wordt opgelegd voor de landen buiten de Schengenruimte;

alvorens nader te oordelen over de overige geschilpunten:

verzoekt de partijen de zaak verder in staat te stellen, te handelen zoals hoger gevraagd onder de rubriek “*overige geschilpunten*” en zoals naar recht behoort;

verzoekt de griffier om het nodige te doen opdat het dossier van de rechtspleging *a quo* zou worden vervolledigd met de verstekprocedure;

bepaalt de termijn voor verzending aan de andere partij en neerlegging ter griffie voor:

- conclusies door de geïntimeerde uiterlijk op 08 april 2010;
- syntheseconclusies door de appellante uiterlijk op 07 juni 2010;



– syntheseconclusies door de geïntimeerde uiterlijk op 06 september 2010;

stelt de zaak voor verdere behandeling in voortzetting op de terechtzitting van deze kamer van

donderdag 07 oktober 2010 om 12.00 uur

(met een gezamenlijke pleitduur van 30 minuten)

verstaat dat in afwachting daarvan de in de bestreden beschikking opgelegde alimentaties voor de kinderen en de appellante persoonlijk voorlopig behouden blijven volgens de erin nader omschreven modaliteiten;

houdt de beslissing nopens de kosten aan.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, **elfde ter kamer**, zetelende in burgerlijke zaken, op **tien december tweeduizend en negen**.

Aanwezig:

mevrouw Sabine De Bauw - raadsheer, wn. kamervoorzitter;

de heer Lodewijk Langelet - griffier

