CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL E. SHARPSTON van 20 mei 2010[1]

1. Ouders die nooit gehuwd zijn geweest en niet meer samenwonen, twisten om het ouderlijk gezag over tweelingen, waarvan de één in Duitsland bij zijn moeder verblijft en de ander in Spanje bij haar vader. Een Spaans gerecht heeft bij voorlopige voorziening het ouderlijk gezag over beide kinderen toegekend aan de vader, die verzoekt om erkenning en tenuitvoerlegging van de desbetreffende beschikking in Duitsland. Het Duitse Bundesgerichtshof verzoekt te vernemen of een dergelijke voorlopige voorziening in een andere lidstaat op dezelfde wijze moet worden erkend en ten uitvoer gelegd als een beslissing van het bevoegde gerecht waarbij het gezag definitief wordt toegewezen.

De toepasselijke wetgeving

2. De verwijzende rechter verzoekt om een beslissing inzake de uitlegging van de artikelen 2, punt 4, 20 en 21 e.v. van de „Brussel IIbis-verordening" (ook wel „Brussel IIa-verordening" genoemd).[2] Andere gedeelten van de verordening zijn echter eveneens van belang.

Considerans

3. De considerans van de verordening omvat onder meer de volgende overwegingen:

„2 De Europese Raad van Tampere heeft bevestigd dat het beginsel van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen de hoeksteen voor de totstandbrenging van een werkelijke justitiële ruimte vormt, en heeft het omgangsrecht aangemerkt als een prioriteit.

[...]

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000 (PB L 338, blz. 1) (hierna: de „verordening", of, ter onderscheiding van andere verordeningen, de „onderhavige verordening").

5 Teneinde de gelijke behandeling van alle kinderen te waarborgen is deze verordening van toepassing op alle beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, inclusief maatregelen ter bescherming van het kind, los van ieder verband met een procedure in huwelijkszaken.

[…]

12 De in deze verordening opgenomen bevoegdheidsregels met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid zijn zodanig opgezet dat zij in het belang van het kind zijn, en met name beantwoorden aan het criterium van de nauwe verbondenheid. Dit betekent dat de bevoegdheid in de eerste plaats bij de gerechten van de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind moet berusten, behalve in bepaalde gevallen waarin het kind van verblijfplaats is veranderd of wanneer er een overeenkomst bestaat tussen de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen.

[…]

16 Deze verordening mag er niet aan in de weg staan dat de gerechten van een lidstaat in spoedeisende gevallen voorlopige of beschermende maatregelen nemen met betrekking tot personen of vermogensbestanddelen die zich in die staat bevinden.

17 In geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van het kind dient de terugkeer van het kind onverwijld te worden verkregen en te dien einde dient het Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980[3] van toepassing te blijven, zoals aangevuld door de bepalingen van deze verordening, in het bijzonder artikel 11. […]

[…]

21 De erkenning en de tenuitvoerlegging van in een lidstaat gegeven beslissingen dienen gebaseerd te zijn op het beginsel van wederzijds vertrouwen, en de gronden tot weigering van de erkenning dienen tot het noodzakelijke minimum beperkt te blijven.

22 Authentieke akten en schikkingen tussen partijen, die in een lidstaat uitvoerbaar zijn, dienen voor de toepassing van de regels inzake de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging te worden gelijkgesteld met ‚beslissingen'.

23 De Europese Raad van Tampere heeft in zijn conclusies (punt 34) geoordeeld dat beslissingen in familierechtelijke procedures ‚automatisch in de gehele Unie moeten worden erkend, zonder enige

3 — Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, gesloten te Den Haag op 25 oktober 1980 (hierna: Haags verdrag van 1980).

intermediaire procedure of gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging'. Daarom dienen beslissingen betreffende het omgangsrecht en beslissingen betreffende de terugkeer van een kind, die in de lidstaat van herkomst overeenkomstig de bepalingen van deze verordening zijn gecertificeerd, in alle andere lidstaten te worden erkend en zijn ze er uitvoerbaar zonder dat daartoe enigerlei andere procedure vereist is. De bepalingen in verband met de tenuitvoerlegging van deze beslissingen blijven onder het nationale recht vallen.

24 Tegen het certificaat dat met het oog op een vereenvoudigde tenuitvoerlegging van de beslissing wordt afgegeven, dient geen rechtsmiddel open te staan. Uitsluitend in geval van een materiële fout, dit wil zeggen wanneer het certificaat de inhoud van de beslissing niet correct weergeeft, kan het aanleiding geven tot een rectificatieprocedure.

[…]"

Opzet van de verordening

4. De verordening bestrijkt zowel huwelijkszaken als zaken betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid. Sommige bepalingen zijn alleen relevant voor een van beide gebieden, en andere voor beide. Ik zal hieronder alleen de bepalingen vermelden die van belang zijn voor de in de onderhavige zaak opgeworpen vraagstukken inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid. Het is echter wellicht nuttig om de algehele opzet van de verordening in gedachten te houden.

5. Hoofdstuk I heeft betrekking op toepassingsgebied en definities en omvat de artikelen 1 en 2. Hoofdstuk II heeft betrekking op bevoegdheid, en is verdeeld in drie afdelingen: afdeling 1 (echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk) omvat de artikelen 3 tot en met 7; afdeling 2 (ouderlijke verantwoordelijkheid) de artikelen 8 tot en met 15; en afdeling 3 (gemeenschappelijke bepalingen) de artikelen 16 tot en met 20. Hoofdstuk III, inzake erkenning en tenuitvoerlegging, omvat zes afdelingen: afdeling 1 (erkenning) omvat de artikelen 21 tot en met 27; afdeling 2 (verzoek om uitvoerbaarverklaring), de artikelen 28 tot en met 36; afdeling 3 (gemeenschappelijke bepalingen van de afdelingen 1 en 2) de artikelen 37 tot en met 39; afdeling 4 (uitvoerbaarheid van bepaalde beslissingen omtrent het omgangsrecht en bepaalde beslissingen die de terugkeer van het kind met zich brengen) de artikelen 40 tot en met 45; afdeling 5 (authentieke instrumenten en overeenkomsten) artikel 46; en afdeling 6 (overige bepalingen) de artikelen 47 tot en met 52. Hoofdstuk IV, betreffende samenwerking tussen centrale autoriteiten inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, omvat de artikelen 53 tot en met 58. Hoofdstuk V, betreffende de verhouding tot andere instrumenten, omvat de artikelen 59 tot en met 63, terwijl de hoofdstukken VI

en VII, die de overgangs- en slotbepalingen bevatten, de rest van de tekst uitmaken.

Toepassingsgebied en definities

6. Volgens artikel 1, leden 1, sub b, en 2, sub a, is de verordening, ongeacht de aard van het gerecht, van toepassing op burgerlijke zaken betreffende de toekenning, de uitoefening, de overdracht, de beperking of de beëindiging van de ouderlijke verantwoordelijkheid, die met name het gezagsrecht en het omgangsrecht omvatten.

7. Artikel 2 geeft een aantal definities, waaronder met name de volgende:

„1. ‚gerecht': alle autoriteiten in de lidstaten die bevoegd zijn ter zake van de aangelegenheden die overeenkomstig artikel 1 binnen het toepassingsgebied van deze verordening vallen;

[…]

4. ‚beslissing': [onder meer] een door een gerecht van een lidstaat gegeven beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, ongeacht de benaming van die beslissing, zoals arrest, vonnis of beschikking;

5. ‚lidstaat van herkomst': de lidstaat waar de ten uitvoer te leggen beslissing is gegeven;

6. ‚lidstaat van tenuitvoerlegging': de lidstaat waar tenuitvoerlegging van de beslissing wordt gevraagd;

7. ‚ouderlijke verantwoordelijkheid': alle rechten en verplichtingen die ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst aan een natuurlijke persoon of aan een rechtspersoon zijn toegekend met betrekking tot de persoon of het vermogen van een kind. De term omvat onder meer het gezagsrecht en het omgangsrecht;

8. ‚persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt': elke persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind draagt;

9. ‚gezagsrecht': de rechten en verplichtingen die betrekking hebben op de zorg voor de persoon van een kind, in het bijzonder het recht de verblijfplaats van het kind te bepalen;

10. ‚omgangsrecht': omvat in het bijzonder het recht om een kind voor een beperkte tijd mee te nemen naar een andere plaats dan zijn gewone verblijfplaats;

11. ‚ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van een kind': het overbrengen of niet doen terugkeren van een kind:

a) wanneer dit geschiedt in strijd met het gezagsrecht dat ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst is toegekend overeenkomstig het recht van de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor zijn overbrenging of niet doen terugkeren, zijn gewone verblijfplaats had;

en

b) indien dit gezagsrecht op het tijdstip van overbrenging of niet doen terugkeren, alleen of gezamenlijk, daadwerkelijk werd uitgeoefend, dan wel zou zijn uitgeoefend indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden. Het gezag wordt geacht gezamenlijk te worden uitgeoefend als een van de personen die, ingevolge een beslissing of van rechtswege, de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, de verblijfplaats van het kind niet kan bepalen zonder de instemming van een andere persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt.

[...]"

Bevoegdheid

8. Artikel 8 van de verordening, dat betrekking heeft op de algemene bevoegdheid inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, luidt:

„1. Ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid zijn bevoegd de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak bij het gerecht aanhangig wordt gemaakt.

2. Het bepaalde in lid 1 geldt onder voorbehoud van de artikelen 9, 10 en 12."

9. Artikel 9 luidt:

„1. Wanneer een kind legaal van een lidstaat naar een andere lidstaat verhuist en aldaar een nieuwe gewone verblijfplaats verkrijgt, behouden de gerechten van de vorige gewone verblijfplaats van het kind, in afwijking van artikel 8, gedurende een termijn van drie maanden te rekenen vanaf de verhuizing, hun bevoegdheid tot wijziging van een in die lidstaat vóór de verhuizing van het kind gegeven beslissing betreffende het omgangsrecht indien de persoon die ingevolge die beslissing het omgangsrecht heeft zijn gewone verblijfplaats behoudt in de lidstaat van de vorige gewone verblijfplaats van het kind.

2. Lid 1 is niet van toepassing indien de in lid 1 bedoelde persoon die het omgangsrecht heeft, de bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat van de nieuwe gewone verblijfplaats van het kind heeft aanvaard door aan een procedure voor die gerechten deel te nemen zonder de bevoegdheid ervan aan te vechten."

10. Artikel 10 betreft de bevoegdheid in gevallen van kinderontvoering. Het komt er, kort gezegd, op neer dat bij ongeoorloofde overbrenging naar of niet doen terugkeren van een kind uit een lidstaat waar het tot dan toe niet zijn gewone verblijfplaats had, het kind niet automatisch een nieuwe gewone verblijfplaats krijgt, zodat de gerechten van de lidstaat waar de oorspronkelijke gewone verblijfplaats van het kind was, bevoegd blijven. (Artikel 11 voorziet in de mogelijkheid dat in dergelijke gevallen de terugkeer van het kind wordt bevolen.)

11. Artikel 12 betreft prorogatie van rechtsmacht. Met name bepaalt artikel 12, lid 3, dat de gerechten van een lidstaat in procedures die niet samenhangen met een verzoek om echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk, bevoegd kunnen zijn ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind, indien: a) het kind een nauwe band met de lidstaat heeft, met name wanneer één van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, daar zijn gewone verblijfplaats heeft of het kind onderdaan van die lidstaat is; en b) die bevoegdheid op het tijdstip waarop de zaak bij het gerecht aanhangig is gemaakt, uitdrukkelijk of ondubbelzinnig is aanvaard door alle partijen bij de procedure en door het belang van het kind wordt gerechtvaardigd. [4]

12. Artikel 13, lid 1, bepaalt dat wanneer de gewone verblijfplaats van een kind niet kan worden vastgesteld en de bevoegdheid niet kan worden bepaald op grond van artikel 12, de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zich bevindt, bevoegd zijn.

13. Artikel 15 staat een gerecht dat bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen toe om bij wijze van uitzondering, in het belang van het kind, de zaak te verwijzen naar een gerecht van een andere lidstaat waarmee het kind een bijzondere band heeft (met name wanneer het kind inmiddels zijn gewone verblijfplaats in die lidstaat heeft of voordien had, het kind onderdaan van die lidstaat is, of één van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, zijn gewone verblijfplaats in die lidstaat heeft), indien dat gerecht naar zijn inzicht beter in staat is de zaak te behandelen.

4 — Hoewel hier misschien niet direct relevant, bepaalt artikel 12, lid 1, dat een gerecht, in de uitoefening van zijn bevoegdheid op grond van artikel 3 ter zake van een verzoek om echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk, bevoegd is voor elke samenhangende kwestie inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, indien: a) ten minste één van de echtgenoten de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind draagt; en b) de bevoegdheid uitdrukkelijk of ondubbelzinnig door de echtgenoten en door de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, is aanvaard op het tijdstip waarop de zaak bij het gerecht aanhangig wordt gemaakt en door het belang van het kind wordt gerechtvaardigd.

14. Artikel 17 schrijft voor dat een gerecht van een lidstaat zichzelf ambtshalve onbevoegd verklaart wanneer er een zaak aanhangig is gemaakt waarvoor dit gerecht volgens de verordening niet, maar een gerecht van een andere lidstaat wél bevoegd is.

15. Artikel 19 heeft betrekking op aanhangigheid en onderling samenhangende procedures. Het bepaalt met name:

„[...]

2. Wanneer bij gerechten van verschillende lidstaten procedures betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind aanhangig zijn welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, houdt het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak ambtshalve aan totdat de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat.

3. Wanneer de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat, verwijst het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, partijen naar dat gerecht.

[…]"

16. Artikel 20, „Voorlopige en bewarende maatregelen", luidt:

„1. In spoedeisende gevallen vormt deze verordening voor de gerechten van een lidstaat geen beletsel om met betrekking tot personen of goederen die zich in die staat bevinden, voorlopige en bewarende maatregelen te nemen waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet, zelfs indien krachtens deze verordening een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen.

2. De ter uitvoering van lid 1 genomen maatregelen houden op van toepassing te zijn, wanneer het gerecht van de lidstaat dat krachtens deze verordening bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen, de maatregelen heeft genomen die hij passend acht."

Erkenning

17. Artikel 21 van de verordening bepaalt, voor zover hier van belang:

„1. De in een lidstaat gegeven beslissing wordt in de andere lidstaten erkend zonder dat daartoe enigerlei procedure vereist is.

[…]

3. Onverminderd afdeling 4 kan elke belanghebbende volgens de procedures van afdeling 2 een verzoek om een beslissing houdende erkenning of niet-erkenning van de beslissing indienen.

[…]

4. Indien voor een gerecht van een lidstaat de erkenning van een beslissing als incidentele vraag wordt opgeworpen, kan zij daarover uitspraak doen."

18. Artikel 23 geeft een opsomming van de gronden waarop erkenning van een beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt geweigerd. Deze gronden hebben, kort gezegd, betrekking op de openbare orde, het niet-horen van het kind of een partij, onverenigbaarheid met een latere beslissing en op niet-inachtneming van procedures tot plaatsing van een kind. Op geen van deze gronden lijkt in de onderhavige zaak een beroep te zijn gedaan.

19. De artikelen 24 en 26 verbieden iedere toetsing (in de lidstaat van uitvoering) van respectievelijk de bevoegdheid van het gerecht in de lidstaat van oorsprong en van de juistheid van de beslissing.

Tenuitvoerlegging

20. Artikel 28, lid 1, van de verordening luidt:

„Beslissingen betreffende de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind, die in een lidstaat zijn gegeven en aldaar uitvoerbaar zijn, en die betekend zijn, zijn in een andere lidstaat uitvoerbaar nadat zij aldaar op verzoek van een belanghebbende uitvoerbaar zijn verklaard."

21. Volgens artikel 30, lid 1, worden de vereisten voor indiening van het verzoek beheerst door de wetgeving van de lidstaat van tenuitvoerlegging. Artikel 30, lid 3, in samenhang met de artikelen 37 en 39, schrijft voor dat bij het verzoek worden gevoegd: a) een afschrift van de beslissing dat voldoet aan de voorwaarden tot vaststelling van de echtheid ervan, en b) een certificaat dat wordt afgegeven door het bevoegde gerecht of de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst, volgens het in bijlage II opgenomen formulier. Dat certificaat heeft in feite de vorm van een lijst van gegevens over het gerecht dat de beslissing heeft afgegeven, over de betrokken partijen en kinderen, en gegevens over de beslissing zelf, de uitvoerbaarheid ervan in de lidstaat van herkomst en de essentiële inhoud ervan.

22. Volgens artikel 31, leden 1 en 3, moet de rechterlijke instantie waarbij het verzoek

is ingediend, daarover onverwijld uitspraak doen, zonder de juistheid van de beslissing te onderzoeken. In die fase heeft noch de persoon tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, noch het kind, het recht zich uit te laten over het verzoek. Iedere partij kan echter een rechtsmiddel instellen tegen de beslissing over het verzoek, overeenkomstig de regels in de artikelen 33 tot en met 35. Volgens artikel 31, lid 2, kan het verzoek slechts om één van de in artikel 23 genoemde redenen worden afgewezen (hoewel het waarschijnlijk ook niet zou kunnen worden toegewezen wanneer niet voldaan was aan één van de beide in artikel 28, lid 1, genoemde voorwaarden, te weten uitvoerbaarheid in de lidstaat van herkomst en betekening aan de verweerder).

Authentieke instrumenten en overeenkomsten

23. Artikel 46 van de verordening luidt:

„Authentieke akten, verleden en uitvoerbaar in een lidstaat, en overeenkomsten tussen partijen, uitvoerbaar in de lidstaat van herkomst, worden onder dezelfde voorwaarden erkend en uitvoerbaar gemaakt als beslissingen."

Grensoverschrijdende samenwerking

24. Artikel 53 draagt de lidstaten op, centrale autoriteiten in te stellen om behulpzaam te zijn bij de toepassing van de verordening. Volgens artikel 55 omvatten de taken van deze autoriteiten, in specifieke gevallen op het gebied van de ouderlijke verantwoordelijkheid, de ondersteuning van de informatie-uitwisseling tussen de gerechten, met name met het oog op de uitvoering van artikel 15 (dat voorziet in verwijzing naar een gerecht dat beter in staat is de zaak te behandelen).

Preliminaire beslissingen

25. Hieraan moet worden toegevoegd dat de verordening is vastgesteld krachtens de artikelen 61, sub c, en 67, lid 1, EG, in titel IV van het derde deel van het EG-verdrag, betreffende visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen.

26. Hieruit volgt dat, zolang dit verdrag van kracht was (tot 30 november 2009), krachtens artikel 68, lid 1, EG alleen rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar waren voor hoger

beroep, het Hof van Justitie konden verzoeken een uitspraak te doen over de uitlegging ervan.

27. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op 1 december 2009, is artikel 68, lid 1, EG echter ingetrokken en is de bevoegdheid om een prejudiciële beslissing te vragen over aangelegenheden op dat bewuste terrein niet langer beperkt tot rechterlijke instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep.

28. Een dergelijke instantie is bovendien (zowel vóór als ná 30 november 2009), niet alleen bevoegd, maar ook gehouden zich tot het Hof van Justitie te wenden indien zij een beslissing over die vraag noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis. [5]

29. Ten slotte kan dit Hof, in overeenstemming met artikel 23bis van zijn Statuut en artikel 104ter van het Reglement voor de procesvoering, op verzoek van de verwijzende rechter of ambtshalve (gelet op de ultieme doelstelling om zo snel mogelijk langdurige stabiliteit tot stand te brengen in de levens van jonge kinderen), een verzoek om een prejudiciële beslissing behandelen volgens een speciale spoedprocedure.

Voorlopers van de verordening in het recht van de Europese Unie

30. De verordening maakt deel uit van een organisch ontwikkelingsproces dat het recht van de Europese Gemeenschap (thans de Unie) doormaakt en is ingezet met het Brusselse Executieverdrag van 1968, [6] dat inmiddels vrijwel geheel is achterhaald door verordening nr. 44/2001. [7] Deze instrumenten hebben echter geen betrekking op geschillen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid; deze werden voor het eerst (zij het slechts ten aanzien van kinderen van gehuwde ouders) aan de orde gesteld in verordening nr. 1347/2000, [8] inmiddels ingetrokken en

5 — Derde alinea van respectievelijk artikel 234 EG en artikel 267 VWEU.

6 — Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 27 september 1968. Een geconsolideerde versie van het verdrag, zoals gewijzigd bij de vier opeenvolgende toetredingsverdragen, is gepubliceerd in PB 1998, C 27, blz. 1. Het is nog van kracht wat betreft de betrekkingen tussen Denemarken en de overige lidstaten, evenals ten aanzien van bepaalde overzeese gebiedsdelen.

7 — Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB L 12, blz. 1), zoals gewijzigd (tevens bekend als de „Brussel I-verordening").

8 — Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen (PB L 160, ook bekend als de „Brussel II-verordening". Deze verordening neemt in grote lijnen het eraan voorafgaande „Brussel II-verdrag" betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken (PB 1998, C 221, blz. 2) over; het verdrag is in de praktijk nooit bekrachtigd, maar er is een Toelichtend verslag over de opstelling ervan (het Borrás-rapport, l.c. blz. 27).

vervangen door de onderhavige verordening. [9] Een groot aantal van de bepalingen daarin betreffende erkenning en tenuitvoerlegging, en met name ten aanzien van voorlopige maatregelen, vertoont niettemin gelijkenis met die in de onderhavige verordening. Waar dat het geval is, kunnen de rechtspraak en andere gezaghebbende bronnen [10] die op zulke bepalingen betrekking hebben eveneens relevant zijn in het verband van de onderhavige verordening.

31. Geen van de voorafgaande instrumenten bevat regels ten aanzien van kwesties betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid die los staan van huwelijkszaken.

32. Wat de kwestie van aanhangigheid betreft, bevatten artikel 21 van het Executieverdrag, artikel 11 van verordening nr. 1347/2000 en artikel 27 van verordening nr. 44/2001 bepalingen tot hetzelfde effect als artikel 19, leden 2 en 3, van de onderhavige verordening. [11]

33. Wat voorlopige maatregelen betreft, bevatte verordening nr. 1347/2000 in artikel 12, een bepaling die identiek luidde aan artikel 20, lid 1, van de onderhavige verordening, [12] terwijl zowel artikel 24 van het Executieverdrag als artikel 31 van verordening nr. 44/2001 daar naar hun inhoud grote gelijkenis mee vertonen.

34. Wat betreft de erkenning, kunnen bepalingen die vergelijkbaar zijn met (zij het niet identiek aan) de hierboven aangehaalde [13] worden aangetroffen in de artikelen 26 tot en met 29 van het Executieverdrag, de artikelen 14, 15, 17 en 19 van verordening nr. 1347/2000 en de artikelen 33 tot en met 36 van verordening nr. 44/2001. De gronden voor weigering van erkenning worden echter, begrijpelijkerwijs, bepaald door de aard van de betrokken maatregel, en noch het Executieverdrag, noch verordening nr. 44/2001 bevatten een algeheel verbod tot toetsing van de bevoegdheid van het gerecht van herkomst, zoals artikel 24 van de onderhavige verordening.

35. Ten aanzien van de tenuitvoerlegging vertonen de bepalingen in de artikelen 31 e.v. van het Executieverdrag, de artikelen 21 e.v.

9 — De Commissie had in de tussentijd ook een voorstel voor een verordening van de Raad betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid ingediend [COM(2001) 505 def, PB C 332E, blz. 269], die echter nooit als zodanig is vastgesteld.

10 — Zo heeft het Hof bij verscheidene gelegenheden verwezen naar het Jenard-rapport betreffende het Executieverdrag (PB 1979, C 59, blz. 1) en het Schlosser-rapport betreffende het verdrag inzake de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk (l.c., blz. 71). Het in voetnoot 8 genoemde Borrás-rapport zou eveneens behulpzaam kunnen zijn bij de uitlegging van verordening nr. 1347/2000 en de onderhavige verordening, haar opvolger, evenals de toelichtingen bij de diverse voorstellen van de Commissie voor de genoemde verordeningen.

11 — Zie hierboven, punt 15.

12 — Zie hierboven punt 16; de bepaling is tevens gelijkluidend (afgezien van het woord „verordening” in plaats van „verdrag”) aan artikel 12 van het in voetnoot 8 genoemde Brussel II-Verdrag.

13 — Zie hierboven, punten 17 tot en met 19.

van verordening nr. 1347/2000 en de artikelen 38 e.v. van verordening nr. 44/2001 zekere parallellen met die van de artikelen 28 e.v. van de verordening. [14]

36. Wat ten slotte authentieke instrumenten en overeenkomsten betreft, voorzien de artikelen 50 en 51 van het Executieverdrag en de artikelen 57 en 58 van verordening nr. 44/2001 in tenuitvoerlegging onder vergelijkbare voorwaarden als artikel 46 van de verordening; [15] een dergelijke bepaling ontbrak echter in verordening nr. 1347/2000.

37. Voor zover zulke oudere bepalingen nuttig kunnen zijn voor de uitlegging van de verordening, zal ik er in mijn onderstaande bespreking nader op ingaan.

Internationale voorgangers van de verordening

38. De afstamming van de verordening is echter — zoals misschien passend is voor een regeling van familierecht — niet tot één lijn beperkt.

39. Een eerste Haags Verdrag, [16] betreffende de regeling van de voogdij van minderjarigen, werd gesloten in 1902. [17] Het Kinderbeschermingsverdrag van 1961 [18] is grotendeels in zijn plaats getreden. Dat verdrag is op zijn beurt opgevolgd door het meest recente Haagse Kinderbeschermingsverdrag van 1996 (zij het dat dit niet op dezelfde schaal daarvoor in de plaats is getreden, aangezien de bekrachtiging niet compleet is). [19] Op een

14 — Zie hierboven, punten 20 tot en met 22.

15 — Zie hierboven, punt 23.

16 — De verscheidene verdragen van Den Haag waarnaar wordt verwezen, zijn te vinden op de website (http://www.hcch.net) en in de publicaties van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, waarvan alle lidstaten en de Europese Unie zelf (zie besluit 2006/719/EG van de Raad van 5 oktober 2006 betreffende de toetreding van de Gemeenschap tot de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, PB L 297, blz. 1, in samenhang met de laatste zin van artikel 1 VEU) lid zijn. Op de website zijn tevens te vinden het Steiger-rapport betreffende het Verdrag van 1961, het Pérez-Vera-rapport betreffende het Verdrag van 1980 en het Lagarde-rapport betreffende het Verdrag van 1996, die relevant zijn.

17 — Verdrag van 12 juni 1902 tot regeling der voogdij van minderjarigen (hierna: het „Verdrag van 1902").

18 — Verdrag betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen, getekend op 5 oktober 1961 (hierna: het „Verdrag van 1961"). Voor staten die zowel bij het verdrag van 1902 als van 1961 partij zijn, geldt het laatste. Het verdrag van 1902 is, wat de lidstaten betreft, nog altijd geldig voor betrekkingen tussen Luxemburg, België en Roemenië (zie „*Comparative study on enforcement procedures of family rights*", T.M.C. Asser Instituut, Den Haag, 2007, blz. 84). Het verdrag van 1961 is bekrachtigd door elf van de huidige lidstaten, waaronder zowel Duitsland als Spanje.

19 — Verdrag van 's-Gravenhage van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (PB 2008 L 151, blz. 39). Het is ondertekend door alle lidstaten van de Unie, maar tot nu toe door slechts acht bekrachtigd, Duitsland en Spanje niet inbegrepen; de overige lidstaten behalve Denemarken zijn gemachtigd om, in het belang van de Europese Gemeenschap, gelijktijdig het verdrag te bekrachtigen of tot dit verdrag toe te treden (zie beschikking 2008/431/EG van de Raad van 5 juni 2008, l.c. blz. 36).

hieraan gerelateerd terrein is er het Haagse Kinderontvoeringsverdrag van 1980. [20]

40. Voorts is er een verdrag uit 1980 van de Raad van Europa betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen. [21]

41. Volgens de artikelen 60 tot en met 62 van de verordening, behouden de verdragen van 1961, 1980 en 1996 in wezen hun gelding tussen de lidstaten die partij zijn bij genoemde verdragen, op de terreinen die niet door de onderhavige verordening worden geregeld, maar heeft de verordening voorrang ten aanzien van onderwerpen die wel daarin worden geregeld.

42. Wat de bevoegdheid in voogdijzaken betreft, kent het verdrag van 1902 deze in wezen toe aan de autoriteiten van het land waarvan het kind de nationaliteit heeft. Artikel 7 bepaalde echter dat, zolang er geen beslissing inzake de voogdij was genomen, en in alle spoedeisende gevallen, de plaatselijke autoriteiten alle nodige maatregelen konden nemen ter bescherming van de persoon of de belangen van een kind met een andere nationaliteit. Het verdrag zweeg op het punt van de erkenning of de tenuitvoerlegging van dergelijke maatregelen in een andere staat.

43. Het verdrag van 1961 geeft de voorkeur aan het recht van de nationaliteit van het kind voor zover het de „gezagsverhouding" betreft, maar verklaart in andere opzichten de autoriteiten van de staat van het gewone verblijf bevoegd om maatregelen ter bescherming van de persoon of het goed van het kind te nemen. Volgens artikel 7 moeten al deze maatregelen in alle verdragsluitende staten worden erkend, maar wanneer tenuitvoerlegging in een andere staat noodzakelijk is, worden erkenning en tenuitvoerlegging geregeld door hetzij de interne wet van de staat waar de tenuitvoerlegging wordt verzocht, hetzij desbetreffende internationale overeenkomsten. Artikel 9 (waarop de regels inzake wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van artikel 7 echter niet van toepassing zijn) bepaalt, dat de autoriteiten van de verdragsluitende staat op het grondgebied waarvan het kind zich bevindt of goederen bezit, in alle spoedeisende gevallen de noodzakelijke beschermingsmaatregelen kunnen nemen.

44. Het verdrag van 1996 laat iedere verwijzing naar nationaliteit achterwege en verklaart in alle aangelegenheden van ouderlijke verantwoordelijkheid (ruim gedefinieerd in artikel 3) de rechterlijke of administratieve autoriteiten van de verdragsluitende staat van het gewone verblijf van het kind bevoegd. Op grond van artikel 11 kunnen de autoriteiten van iedere verdragsluitende staat waar het kind of vermogen van het kind zich bevindt,

20 — Hierboven aangehaald in voetnoot 3. Het Haags verdrag van 1980 is door alle lidstaten bekrachtigd.

21 — Ondertekend in Luxemburg op 20 mei 1980, European Treaty Series nr. 105 (hierna: het „Europees verdrag van 1980"). Het is tot op heden bekrachtigd door alle lidstaten behalve Slovenië.

in alle spoedeisende gevallen alle noodzakelijke beschermende maatregelen nemen, die ophouden van kracht te zijn zodra de autoriteiten van de staat van het gewone verblijf de door de omstandigheden vereiste maatregelen hebben genomen. Op grond van artikel 12 kunnen de autoriteiten van een verdragsluitende staat waar het kind (anders dan door ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren) of vermogen van het kind zich bevindt, voorlopige beschermingsmaatregelen nemen waarvan de territoriale werking beperkt is tot de betrokken staat. De artikelen 23 tot en met 28 voorzien in wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging en zijn in grote lijnen vergelijkbaar met de bepalingen van de verordening, maar gesteld in meer algemene termen. Een belangrijk verschil is dat artikel 23, lid 2, sub a, toetsing toelaat van de bevoegdheid van het gerecht van herkomst.

45. Het Haags verdrag van 1980 heeft tot doel a) de onmiddellijke terugkeer te verzekeren van kinderen die ongeoorloofd zijn overgebracht of worden vastgehouden in een verdragsluitende staat; en b) het in een verdragsluitende staat bestaande recht betreffende het gezag en het omgangsrecht in de andere verdragsluitende staten daadwerkelijk te doen eerbiedigen (artikel 1). Het bepaalt onder meer dat het overbrengen of niet doen terugkeren van een kind als ongeoorloofd wordt beschouwd, wanneer: a) dit gebeurt in strijd met een gezagsrecht dat is toegekend volgens het recht van de staat waarin het kind onmiddellijk vóór zijn overbrenging zijn gewone verblijfplaats had, en b) op het tijdstip van overbrenging dit recht alleen of gezamenlijk daadwerkelijk werd uitgeoefend, dan wel zou zijn uitgeoefend, indien de overbrenging of het niet doen terugkeren niet zou hebben plaatsgevonden; het specificeert voorts dat het bedoelde gezagsrecht in het bijzonder kan voortvloeien uit een toekenning van rechtswege, een rechterlijke of administratieve beslissing of een overeenkomst die geldig is ingevolge het recht van die staat (artikel 3). Volgens artikel 16 kunnen autoriteiten die in kennis zijn gesteld van een ongeoorloofd overbrengen of vasthouden, niet over het gezagsrecht beslissen dan nadat is vastgesteld dat het kind niet dient terug te keren, of dan nadat een redelijke termijn is verstreken en daarin geen verzoek om terugkeer is ingediend.

46. Het Europees verdrag van 1980 bevat geen bepalingen omtrent bevoegdheid, maar geeft een algemene regel van wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van gezagsbeslissingen uit enige verdragsluitende staat, behoudens bepaalde uitzonderingen die vergelijkbaar zijn met, zij het ruimer dan, die in artikel 23 van de verordening. [22] Met name kan op bepaalde gronden de bevoegdheid van de autoriteit die de beslissing heeft genomen in twijfel worden getrokken (artikelen 9, lid 1, sub b, en 10, lid 1). Er wordt echter geen onderscheid aangebracht naargelang een maatregel al dan niet van voorlopige of spoedeisende aard is. Het verdrag geeft tevens een algemeen procedureel kader ter verkrijging van erkenning en tenuitvoerlegging, maar

22 — Zie hierboven, punt 18.

in minder detail dan de verordening (artikelen 13 tot en met 16).

47. Voor zover dit van nut kan zijn voor de uitlegging van de verordening, zal ik ook naar de bepalingen van deze verdragen verwijzen.

Bilateraal verdrag tussen Duitsland en Spanje

48. Een bilateraal verdrag tussen Duitsland en Spanje, betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en schikkingen en van uitvoerbare authentieke akten in burgerlijke en handelszaken,[23] is op 14 november 1983 ondertekend in Bonn. Het voorziet in wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen (met inbegrip van die aangaande huwelijkszaken en familiebetrekkingen) die zijn genomen door een gerecht in één van beide staten dat volgens de verdragsregels bevoegdheid bezat. Dit verdrag wordt genoemd in de voorlopige maatregel die in de onderhavige zaak aan de orde is. Volgens artikel 59, lid 1, van de verordening treedt de verordening voor de lidstaten echter (behoudens zekere andere, hier niet relevante, bepalingen) „in de plaats van de op het tijdstip van de inwerkingtreding ervan bestaande overeenkomsten tussen twee of meer lidstaten, die betrekking hebben op onderwerpen welke in deze verordening zijn geregeld".

De feiten, de procedure en de prejudiciële vraag

49. De moeder van de tweelingen waarover het gezag in geding is, heeft de Duitse nationaliteit. De vader heeft de Spaanse nationaliteit. Zij zijn nooit gehuwd geweest, maar hebben van het midden van 2005 tot het begin van 2007 samengeleefd in Spanje. De kinderen (de jongen M. en het meisje S.) werden op 31 mei 2006 prematuur geboren. Hun gezondheidstoestand was zodanig dat zij nog een aantal maanden in het ziekenhuis verzorgd moesten worden. M. kon het ziekenhuis in september 2006 verlaten, maar S. werd pas in maart 2007 ontslagen.

50. Tegen die tijd wensten de ouders echter niet meer samen te leven. Op 25 januari

23 — Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Spanien über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Vergleichen sowie vollstreckbaren öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen; Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (hierna: „bilateraal verdrag van 1983").

2007 tekenden zij een overeenkomst waarbij de beëindiging van hun relatie werd geregeld. Hoewel beide ouders het ouderlijk gezag en het [feitelijk] gezag ten aanzien van de kinderen zouden behouden, zou de moeder met beide tweelingen naar Duitsland terugkeren, waar de vader een omgangsrecht met hen zou hebben.

51. Deze overeenkomst werd vervolgens op 30 januari 2007 door een notaris, in aanwezigheid en met instemming van beide partijen, geformaliseerd in de vorm van een *convenio regulador* (een overeenkomst waarbij de beeindiging van een huwelijk of gelijkwaardige relatie wordt geregeld, die gerechtelijk dient te worden goedgekeurd om uitvoerbaar te zijn [24]). In de notariële akte werd vermeld dat de overeenkomst, om volledig in werking te treden, rechterlijke goedkeuring behoefde, [25] en dat partijen uitdrukkelijk overeen waren gekomen zich te conformeren aan alle rechterlijke beslissingen met betrekking tot de geregelde onderwerpen.

52. Aangezien S. echter niet vóór de geplande reisdatum van 2 februari 2007 uit het ziekenhuis kon worden ontslagen, vloog de moeder op die datum toch naar Duitsland, met M. als enige tweeling, en verder met een oudere zoon uit een eerdere relatie.

Door de vader in Spanje ingeleide procedures

53. Op 28 juni 2007 vorderde de vader bij het plaatselijke gerecht van eerste aanleg (de Juzgado de Primera Instancia nr. 4 de San Lorenzo de El Escorial, hierna: „Spaanse rechter"), een „onmiddellijke en spoedeisende voorlopige maatregel" [26] tot toewijzing van het gezag over beide kinderen aan hem, terugkeer van M. naar Spanje en voor een bevel aan de moeder om per maand 300 EUR te betalen voor het onderhoud van elk kind.

54. De Spaanse rechter overwoog uitdrukkelijk of hij bevoegd was dergelijke maatregelen op te leggen, en constateerde dat dit het geval was.

55. De beschikking vermeldt dat de vader zijn verzoek om voorlopige maatregelen met betrekking tot de bevoegdheid van de Spaanse rechter had gebaseerd op de artikelen 1 en 2 van het Haags verdrag van 1980, op de verordening en op artikel 8 van het bilateraal verdrag van 1983.

24 — Artikelen 81, 86 en 90 van het Spaans Burgerlijk Wetboek; artikel 777 van de Ley de enjuiciamiento civil (wet op de burgerlijke rechtsvordering, hierna: „LEC").

25 — Zie artikel 46 van de verordening, hierboven aangehaald in punt 23. Deze rechterlijke goedkeuring blijkt vervolgens echter niet te zijn verkregen.

26 — Kennelijk kunnen „preliminaire" voorlopige voorzieningen worden gevorderd vóór de indiening van een verzoek om echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk op grond van artikel 771 van de LEC, mits het verzoek in de hoofdzaak wordt ingediend binnen een zekere termijn, op straffe van verval van de voorzieningen. In het onderhavige geval, waar de ouders niet getrouwd waren, lijkt deze procedure op verzoek en naar analogie te zijn toegepast. Zie verder hieronder, voetnoot 34.

56. Er wordt voorts in vermeld dat de moeder niet zelf op de zitting van 26 september 2007 aanwezig was, [27] maar eigen in het Duits geschreven opmerkingen heeft ingediend (die in het Spaans werden vertaald en door de rechter in overweging werden genomen), waarin zij de bevoegdheid van de Spaanse rechter betwistte en verzocht om voortzetting van de procedure in Duitsland, waar deze inmiddels aanhangig was gemaakt. [28] Zij werd op de terechtzitting tevens vertegenwoordigd door een raadsman, die betoogde dat de overbrenging van M. naar Duitsland geoorloofd was op grond van de notariële overeenkomst, en dat daar over zijn belangen diende te worden beslist.

57. De Spaanse rechter verwees ter motivering van zijn besluit dat hij bevoegdheid was in een algemene zin naar „de aangevoerde Europese wetgeving en de door Spanje en Duitsland bekrachtigde verdragen". Hij haalde met name artikel 769, lid 3, van de LEC aan, dat in zaken die uitsluitend betrekking hebben op het gezag over kinderen of op vorderingen tussen ouders over onderhoudsverplichtingen ten opzichte van kinderen, bevoegdheid toekent aan het gerecht van eerste aanleg in de plaats waar de ouders hun laatste gezamenlijke verblijf hadden. Hij verwees tevens naar artikel 1 van het Haags verdrag van 1980, dat het gerecht van de verblijfplaats van het kind bevoegd verklaart, met het argument dat M. tot 2 februari 2007 gewoon verblijf had in Spanje.

58. Hij verwees voorts uitdrukkelijk naar artikel 19 van de verordening, dat betrekking heeft op aanhangigheid, met de overweging dat, wanneer de door de moeder in Duitsland ingeleide procedure [29] hetzelfde onderwerp betrof en op dezelfde oorzaak berustte als de daarvóór door de vader in Spanje ingeleide procedure, het Duitse gerecht zijn uitspraak aan zou moeten houden.

59. De Spaanse rechter verwees echter niet naar artikel 20 van de verordening, betreffende voorlopige, waaronder bewarende, maatregelen in spoedeisende gevallen. Dat zou erop kunnen wijzen dat hij meende bevoegdheid ten gronde te hebben, en niet slechts de beperktere (optionele en uitzonderlijke) bevoegdheid om spoedeisende voorlopige of bewarende maatregelen te treffen voor personen die zich binnen zijn territoriale bevoegdheid bevinden.

60. De Spaanse rechter merkte voorts op dat de officier van justitie, die tot bevoegdheid van deze rechter had geconcludeerd, de geoorloofdheid van het vertrek van M. uit Spanje in twijfel had getrokken, door erop te wijzen dat de notariële overeenkomst niet rechterlijk was goedgekeurd. [30] De rechter vermeldde voorts ook (zij het niet

27 — In haar opmerkingen bij het Hof voert ze aan dat ze voor M. moest zorgen, die toen ziek was.

28 — Op 20 september 2007; zie hieronder, punten 67 e.v.

29 — Zie hieronder, punten 67 e.v.

30 — Zie hierboven, punt 51 en in punt 23, artikel 46 van de verordening.

uitdrukkelijk als bevoegdheidsgrondslag) dat de vader beweerde dat hij de overeenkomst onder dwang of bedrog had getekend en op de dag waarop hij de notariële akte tekende naar de politie was gegaan, in een poging de moeder te beletten met de kinderen naar Duitsland te vertrekken.

61. Alles bij elkaar genomen zouden deze aspecten kunnen suggereren, dat de Spaanse rechter de overbrenging van M. ongeoorloofd achtte in de zin van de verordening en van het Haags verdrag van 1980, zodat hij bevoegd bleef uit hoofde van artikel 10 van de verordening. De beschikking verwijst echter niet uitdrukkelijk naar deze bepaling, noch naar artikel 8, waarop de rechter, gezien zijn opvatting over het gewone verblijf van M., zijn bevoegdheid eveneens had kunnen baseren. [31]

62. Na te hebben besloten dat hij bevoegd was om de gevorderde maatregelen toe te wijzen, stelde de Spaanse rechter op 8 november 2007 een beschikking vast, die op 28 november 2007 werd gerectificeerd wat betreft het gezag (hierna: „bestreden beschikking"). Als spoedeisende en onmiddellijke bewarende maatregel beval deze voorlopig dat:

— het gezag over de tweelingen wordt toegekend aan de vader, [32] terwijl de *patria potestad* (het ouderlijk gezag, rechten en verplichtingen) door beide ouders gedeeld worden; in dat verband werd de moeder bevolen M. naar zijn vader in Spanje terug te laten keren, met behoud van onbeperkt omgangsrecht voor beide kinderen;

— de kinderen het grondgebied van Spanje niet zonder voorafgaand verlof mogen verlaten;

— hun paspoorten bij de vader berusten;

— elke wijziging in hun woonplaats aan voorafgaande rechterlijke goedkeuring is onderworpen; en

— geen verplichting ten laste van de moeder tot betaling van onderhoudsgeld voor de kinderen wordt vastgesteld.

63. Uit een gerechtelijk stuk van 11 januari 2008, dat bij de bestreden beschikking is gevoegd, en uit de artikelen 451 en 452 van de

31 — Voor zover de overbrenging van M. naar Duitsland geoorloofd kan zijn geweest, zouden de artikelen 8 en 9, gelezen in samenhang, echter meebrengen dat hij daar een nieuwe gewone verblijfplaats had verkregen, wat de Duitse rechter bevoegd zou maken.

32 — Vóór de rectificatie had de beschikking het *gezamenlijke* gezag toegewezen aan de vader; dat wordt in de rectificatiebeschikking beschreven als een „substantiële fout".

LEC, waar dit stuk naar verwijst, blijkt dat binnen vijf dagen bij dezelfde rechter een verzoek („recurso de reposición") kon worden ingediend om de beschikking in te trekken of te wijzigen. In haar bij het Hof ingediende opmerkingen verklaart de Spaanse regering, dat tegen een tussenbeslissing als de bestreden beschikking geen rechtsmiddel openstaat, maar dat deze tijdens de erop volgende procedure kan worden gewijzigd. Zij licht toe dat tussenbeslissingen alleen in werking treden wanneer zij worden gevolgd door een verzoek om een beslissing ten gronde, en dat in het onderhavige geval in januari 2008 een bodemprocedure werd ingesteld.

64. Op 11 januari 2008 heeft de Spaanse rechter tevens een certificaat afgegeven volgens het formulier in bijlage II van de verordening. [33] In dat certificaat werd onder meer vermeld, dat de beslissing niet bij verstek was gegeven, dat deze volgens het recht van de lidstaat van herkomst uitvoerbaar was, dat deze betekend was aan de moeder, tegen wie om tenuitvoerlegging werd verzocht, en dat de beslissing de terugkeer van het kind naar de vader behelsde.

65. Het door het Bundesgerichtshof toegezonden dossier van de nationale procedure omvat door de raadsman van de moeder overgelegde stukken, waarin vermeld wordt dat de beschikking van 8 november 2007 op 16 november 2007 werd betekend aan haar raadsman in Spanje, en dat ze aanneemt dat de raadsman van de vader op dezelfde datum in kennis ervan is gesteld. Zij stelt voorts dat het verzoek van de vader in de bodemprocedure op 21 januari bij het Spaanse gerecht is ingediend, terwijl dit om de tussenbeslissing te bekrachtigen, binnen 30 werkdagen na kennisgeving had moeten worden ingediend. [34]

66. De Duitse raadsman van de moeder heeft voorts, in antwoord op vragen van dit Hof, aangegeven dat de Spaanse rechter op 28 oktober 2008 zijn internationale bevoegdheid heeft bevestigd en zichzelf opnieuw heeft aangemerkt als „het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht" in de zin van artikel 19, lid 2, van de verordening. De moeder heeft vervolgens een rechtsmiddel ingesteld bij de Audiencia Provincial (provinciaal gerecht) in Madrid, waarbij zij deze aanname van bevoegdheid in de bodemprocedure

33 — Zie hierboven, punt 21. Dit certificaat betreft beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid. Hoewel één van de bevolen maatregelen de moeder opdroeg M. naar de vader terug te laten keren, gebruikte de Spaanse rechter niet het in bijlage IV vervatte formulier, dat is bedoeld voor beslissingen voor de terugkeer van een kind in omstandigheden volgend op een ontvoering, een aanvankelijk bevel tot terugkeer en een beslissing van niet-terugkeer krachtens het Haags verdrag van 1980 (zie de artikelen 11, lid 8, 40, lid 1, sub b, en 42 van de verordening en artikel 13 van het Haags verdrag van 1980).

34 — Dit volgt kennelijk uit artikel 771, lid 5, van de LEC („Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los *treinta días siguientes a su adopción* se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio" — mijn cursivering). Artikel 771, waarnaar de Spaanse rechter in zijn beschikking verwijst, betreft voorlopige maatregelen als preliminaire voorziening voorafgaande aan een verzoek om nietigverklaring, scheiding van tafel en bed of echtscheiding. Wanneer het verzoek ontvankelijk wordt verklaard worden volgens artikel 772, lid 1, de voorafgaande voorlopige maatregelen in de nieuwe procedure opgenomen. Ondanks dat de ouders nooit getrouwd waren, lijken deze bepalingen naar analogie van toepassing te zijn, in het licht, aldus de Spaanse regering, van artikel 748, lid 4, dat de bepalingen van de desbetreffende titel toepasselijk verklaart op procedures die uitsluitend het gezag over minderjarige kinderen betreffen.

betwist. De provinciale rechter heeft dat beroep, kort voor de terechtzitting in de onderhavige prejudiciële procedure, verworpen en, met vermelding van artikel 20 van de verordening in zijn beslissing, de bevoegdheid van het gerecht in eerste aanleg ten aanzien van *beide* tweelingen bevestigd. Het gerecht in eerste aanleg had verder echter nog geen beslissing ten gronde genomen.

Door de moeder in Duitsland ingeleide procedures

67. Op 20 september 2007, terwijl de hierboven beschreven procedures in Spanje reeds aanhangig waren, maar vóór de bestreden beschikking werd genomen, had de moeder een procedure bij het Amtsgericht te Albstadt aanhangig gemaakt, waarin ze om het gezag over beide kinderen verzocht.

68. De verwijzingsbeslissing vermeldt dat deze procedure krachtens artikel 16 van het Haags verdrag van 1980 werd geschorst.[35] Het Amtsgericht Stuttgart, waar de zaak vervolgens op procedurele gronden naar werd verwezen, trekt zijn bevoegdheid in twijfel en is voornemens, gelet op de in Spanje aanhangige bodemprocedure, de procedure overeenkomstig artikel 19, lid 2, van de verordening te schorsen.

69. Volgens de relevante rechterlijke beslissingen die de raadsman van de moeder op verzoek van het Hof heeft overgelegd, heeft het Amtsgericht op 8 december 2008 de procedure inderdaad op die grond geschorst. Deze beslissing werd echter op 14 mei 2009 in een door de moeder bij het Oberlandesgericht te Stuttgart ingesteld beroep vernietigd. De appelrechter merkte op dat de procedure in Spanje naar zijn aard een tussenprocedure was, terwijl de Duitse procedure de definitieve toewijzing van het gezag betrof; hij oordeelde derhalve dat de twee procedures niet in de zin van artikel 19, lid 2, hetzelfde onderwerp betroffen en op dezelfde oorzaak berustten, en dat de lagere rechter zijn bevoegdheid in dat licht opnieuw moest onderzoeken.

70. Het Amtsgericht gaf in zijn beslissing van 8 juni 2009 echter aan dat het nog steeds niet overtuigd was, voornamelijk omdat het niet zeker was of de overbrenging van M. naar Duitsland geoorloofd was, waardoor de Duitse rechter bevoegdheid zou hebben verkregen op grond van artikel 9 van de verordening, of ongeoorloofd, in welk geval de Spaanse rechter krachtens artikel 10 bevoegd zou blijven. Het overwoog tevens dat de bevoegdheidskwestie alleen zou kunnen worden opgelost

35 — Zie hierboven, punt 45.

door een prejudiciële vraag ter opheldering te stellen aan het Hof van Justitie. [36]

Door de vader in Duitsland ingeleide procedures

71. In de procedure die de aanleiding was tot het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, verzoekt de vader om uitvoerbaarverklaring van de bestreden beschikking in Duitsland.

72. Volgens de verwijzingsbeschikking vorderde hij oorspronkelijk primair de terugkeer van M, en alleen uit voorzorg uitvoerbaarverklaring van de bestreden beschikking. Later heeft hij echter prioriteit gegeven aan de verklaring van uitvoerbaarheid.

73. Het nationale dossier dat aan het Hof is toegezonden omvat gewaarmerkte afschriften (en gewaarmerkte Duitse vertalingen) van de oorspronkelijke beschikking en de rectificatiebeschikking van de Spaanse rechter, alsmede het certificaat dat die rechter op 11 januari 2008 volgens het formulier van bijlage II van de verordening heeft afgegeven.

74. De bevoegde gerechten van eerste en tweede aanleg (weer het Amtsgericht en het Oberlandesgericht te Stuttgart) hebben de beslissing van de Spaanse rechter derhalve voorzien van een formule van tenuitvoerlegging, en hebben de moeder gewaarschuwd dat niet-voldoen aan de beslissing gestraft wordt met een boete. Tegen deze beslissingen heeft zij beroep in cassatie ingesteld bij het Bundesgerichtshof, dat de beslissing in beroep als volgt samenvat.

75. Er lijken geen voor de hand liggende redenen te zijn waarom de beslissing van de Spaanse rechter niet uitvoerbaar zou zijn. Het is een voorlopige maatregel, maar artikel 2, punt 4, van de verordening onderscheidt in het kader van de erkenning en de tenuitvoerlegging niet naar de verschillende vormen van een beslissing. De kinderen zijn niet door de Spaanse rechter gehoord, maar hierdoor worden geen wezenlijke beginselen van Duits procesrecht geschonden, vooral omdat de kinderen ten tijde van de beslissing pas anderhalf jaar oud waren. De moeder betoogt dat de Spaanse beslissing niet uitvoerbaar is omdat de bodemprocedure te laat is ingeleid, maar de Spaanse rechter heeft een certificaat krachtens artikel 39 van de verordening afgegeven. Er is evenmin sprake van een grond tot weigering van tenuitvoerlegging uit hoofde van artikel 23 van de verordening. Er is geen kennelijke schending van de Duitse openbare orde en aan het recht van de moeder om gehoord te worden is voldaan door haar oproeping ter zitting. Dat zij niet

36 — Het Hof heeft ter zake nog geen vraag ontvangen van het Amtsgericht, dat immers vóór de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op 1 december 2009, niet tot verwijzing bevoegd was.

in persoon is verschenen, maar door een advocaat werd vertegenwoordigd, is haar zaak. Een inhoudelijke toetsing van de in Spanje besliste gezagsprocedure is de rechter in een procedure inzake de erkenning en tenuitvoerlegging verboden.

76. De moeder betoogt voor het Bundesgerichtshof dat de bepalingen van de verordening inzake erkenning en tenuitvoerlegging niet van toepassing zijn op voorlopige maatregelen als bedoeld in artikel 20 van de verordening, omdat deze niet als „beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid" in de zin van artikel 2, punt 4, zijn aan te merken.

77. Het Bundesgerichtshof bespreekt verschillende benaderingen die in de literatuur worden voorgestaan.

78. Een eerste groep schrijvers sluit maatregelen genomen onder de omstandigheden die worden omschreven in artikel 20, lid 1, van de verordening, uit van de werkingssfeer van de bepalingen betreffende erkenning en tenuitvoerlegging. Zij delen deze bepaling in als een zuivere bevoegdheidsregeling, een opvatting waarvoor steun te vinden zou zijn in het arrest „A",[37] waarin is geoordeeld dat voorlopige maatregelen in de zin van artikel 20 voorlopig van aard moeten zijn en dat de uitvoering en het bindende karakter ervan worden vastgesteld in de nationale wetgeving. Mits beide partijen worden gehoord, moeten voorlopige maatregelen (anders dan betreffende huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid) worden erkend en tenuitvoergelegd uit hoofde van het Executieverdrag en verordening nr. 44/2001, waarbij alleen de door het Hof van Justitie vastgestelde beperkingen in acht moeten worden genomen. Hoewel de situatie in het kader van de onderhavige verordening hiermee vergelijkbaar lijkt, heeft artikel 20, lid 1, betrekking op maatregelen waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet „met betrekking tot personen of goederen die zich in die staat bevinden", zodat dit het voorwerp van de voorlopige maatregel aan de territoriale bevoegdheid koppelt. Uit de bewoordingen van de artikelen 1, lid 1, 2, punt 4, en 20, lid 1, volgt dat de werkingssfeer van de bepalingen betreffende erkenning en tenuitvoerlegging is beperkt tot beslissingen in de bodemprocedure.

79. Een tweede groep wil de werkingssfeer van artikel 2, punt 4, uitbreiden tot voorlopige maatregelen die een bevoegde rechter binnen de mogelijkheden van een bodemprocedure vaststelt, vooropgesteld dat het recht door de rechter gehoord te worden ten minste achteraf is gewaarborgd. Anders dan het Executieverdrag en de Brussel I-verordening, is de onderhavige verordening afgestemd op driehoeksverhoudingen waarbij een derde persoon, het kind, speciale bescherming behoeft. Derhalve moet het recht om te worden gehoord op enig moment in de procedure

37 — Arrest van 2 april 2009 (C-523/07, Jurispr. blz. I-2805).

worden gewaarborgd, zelfs indien dit pas na de vaststelling van een voorlopige maatregel zou zijn worden. [38]

80. Een derde groep zou de toepassing van de verordening willen beperken tot voorlopige maatregelen die pas zijn genomen nadat de partijen zijn gehoord. Het louter achteraf in acht nemen van het vereiste van hoor en wederhoor is niet voldoende. Het is een tekortkoming van de verordening dat zij voor gezagszaken instrumenten overneemt die zijn ontwikkeld voor procedures op tegenspraak; dit zou niet, ten koste van het uitgebalanceerde stelsel van het Haags verdrag van 1980, moeten worden uitgebreid.

81. Ten slotte pleit een vierde groep ervoor om alle voorlopige maatregelen onder het stelsel van de verordening betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging te brengen. Sommigen van die groep beschouwen maatregelen die zijn vastgesteld onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden als beslissingen in de zin van artikel 2, punt 4, terwijl anderen dit niet doen; allen zijn het echter over eens dat de artikelen 21 e.v. erop van toepassing zijn.

82. Het lot van het door de moeder ingestelde beroep en van het verzoek van de vader om uitvoerbaarverklaring van de bestreden beschikking, zou derhalve verschillend zijn al naargelang van de gevolgde benadering.

38 — Vergelijk het arrest van 16 juni 1981, Klomps/Michel (166/80, Jurispr. blz. 1593).

Evenals de appelrechter aanvaardt het Bundesgerichtshof echter dat de beschikking niet in strijd is met de Duitse openbare orde, dat de moeder voldoende gelegenheid had om haar standpunt bij de Spaanse rechter naar voren te brengen en dat het feit dat een kind van 18 maanden oud niet werd gehoord, geen grond vormt om erkenning en tenuitvoerlegging van de beschikking te weigeren.

83. Gelet op al deze overwegingen, verzoekt het Bundesgerichtshof om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Zijn de artikelen 21 e.v. van [de verordening] betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen van andere lidstaten in de zin van artikel 2, punt 4, van [die verordening], ook toepasselijk op uitvoerbare voorlopige maatregelen inzake het gezagsrecht als bedoeld in artikel 20 van [die] verordening?”

84. In antwoord op een vraag van het Hof of de spoedprocedure krachtens artikel 104ter van het Reglement voor de procesvoering moest worden toegepast, bevestigde het Bundesgerichtshof dat het een dergelijke stap niet nodig achtte. Het Hof heeft de procedure evenmin ambtshalve ingeleid, hoewel de president heeft besloten dat de zaak in overeenstemming met de eerste subparagraaf van artikel 55, lid 2, van het Reglement voorrang moest worden toegekend.

85. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de moeder, de Tsjechische, de Duitse, de Hongaarse, de Italiaanse, de Portugese en de Spaanse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie. Dezelfde partijen, met uitzondering van de Italiaanse, de Hongaarse en de Portugese regering, waren vertegenwoordigd bij de mondelinge behandeling op 17 maart 2010, en hebben gepleit. De vader heeft geen standpunt aan het Hof kenbaar gemaakt.

Beoordeling

Algemene overwegingen

86. Geschillen ten aanzien van het gezag over kinderen die volgen op het verbreken van de relatie van de ouders, behoren tot de bitterste en meest emotioneel geladen zaken waarover rechters zich hebben uit te spreken. De opgave om de diepgewortelde passies die dergelijke geschillen oproepen te verzoenen, doet een zwaar beroep op de vaardigheden van alle betrokken welzijnswerkers, maatschappelijk werkers en raadslieden. Wanneer een gerechtelijke beslissing nodig is, wordt deze vaak door tenminste één van de betrokken ouders als onrechtvaardig ervaren.

87. Wanneer een dergelijk geschil meer dan één land omvat en meer dan één rechtssysteem — zoals in de hedendaagse Europese Unie steeds gangbaarder is — kunnen de moeilijkheden aanzienlijk worden aangescherpt door onzekerheid over de vraag welke instanties bevoegd zijn, en door de waarschijnlijkheid dat een van de ouders te maken zal krijgen met een rechtssysteem dat hem of haar nog minder vertrouwd is dan het eigen, en dikwijls in een taal die niet de eigen taal is.

88. Alsof dat niet genoeg is, leeft in de verbeelding van het publiek een wijdverspreide, half-uitgesproken verdenking (dikwijls aangemoedigd door de populaire media, die zich graag storten op dergelijke tot de verbeelding sprekende menselijke drama's) dat de gerechten in andere landen minder rechtvaardig zijn dan die in het eigen land, en geneigd zijn hun eigen onderdanen op oneerlijke wijze te bevoordelen.

89. Zulke moeilijkheden zijn met wetgeving niet weg te werken. Zij illustreren echter de volstrekte noodzakelijkheid van een duidelijk geheel van regels voor de gehele EU inzake de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen op dit terrein, waar vertraging en onzekerheid bijzonder schadelijk kunnen zijn voor de belangen van de eerstbetrokkenen: de kinderen. De verordening beoogt een dergelijk geheel van regels te verschaffen. In geval van twijfel (waar soms sprake van lijkt te zijn, althans onder de Duitse academische auteurs die door

het Bundesgerichtshof werden aangehaald), dient de uitlegging van die regels te worden opgehelderd door het Hof. [39]

90. Deze regels moeten worden toegepast met afstandelijkheid, zonder acht te slaan op het effect dat zij waarschijnlijk zullen hebben op de beslissing ten gronde. Ze zijn zuiver procedureel van aard. Hun doel is om ervoor te zorgen, ten eerste, dat op de vragen ten gronde snel wordt beslist — niet haastig, maar ongehinderd door vertraging die maar al te waarschijnlijk voortkomt uit langdurige bevoegdheidsgeschillen — door een gerecht waarvan de bevoegdheid duidelijk kan worden vastgesteld, te bepalen in het licht van het belang van het kind, met bijzondere aandacht voor het criterium van verbondenheid; en ten tweede, dat aan de beslissingen van dat gerecht, eveneens zonder vertraging, volle werking wordt toegekend binnen de hele Europese Unie.

91. Wat de bevoegdheid aangaat, is de verordening opgesteld met het oogmerk om een duidelijk kader te verschaffen waarbinnen het bevoegde gerecht kan worden aangewezen. Er zullen zich echter onvermijdelijk situaties voordoen waarin enige onzekerheid optreedt. Daarom, en wegens het gevaar dat een teleurgestelde ouder de vaststelling van een gerecht dat het bevoegd is, als nauw verweven zal beschouwen met de beslissing die hem in het ongelijk stelde, lijkt het van cruciaal belang dat de vaststelling van de bevoegdheid in iedere zaak zo expliciet, duidelijk en grondig mogelijk wordt gemotiveerd. Het valt te betreuren dat dit cruciale doel in de bestreden beschikking niet wordt gerealiseerd.

92. Wat de erkenning en tenuitvoerlegging aangaat, is de verordening gebaseerd op een bijzonder hoog niveau van wederzijds vertrouwen, met haar vereiste van erkenning zonder enige specifieke procedure, beperking van de gronden voor niet-erkenning tot een minimum en haar verbod van toetsing van de bevoegdheid van het gerecht van herkomst of de inhoud van de beslissing. Een dergelijk niveau van wederzijds vertrouwen (dat essentieel is ter vermijding van de vertragingen en conflicten waardoor dit soort procedures anders geplaagd worden) legt op zijn beurt een zware verantwoordelijkheid op het gerecht dat zich bevoegd verklaart; het vereist voorts het bestaan van passende procedurele waarborgen in de lidstaat van herkomst, omdat de resulterende beschikking in de lidstaat van erkenning of tenuitvoerlegging niet kan worden betwist.

93. Wat dat betreft, kan ik alleen maar citeren uit een initiatiefvoorstel voor een richtlijn betreffende de rechten op tolk- en

39 — Zie ook de punten 70 tot en met 74 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Detiček (arrest van 23 december 2009, C-403/09 PPU, Jurispr. blz. I-12193).

vertaaldiensten in strafprocedures, dat gepubliceerd werd op de dag na de mondelinge behandeling van de onderhavige zaak. [40] Punt 4 van de considerans van de voorgestelde richtlijn luidt als volgt:

„Wederzijdse erkenning kan alleen effectief functioneren in een geest van vertrouwen, waarbij niet alleen de gerechtelijke autoriteiten, maar alle bij de strafprocedure betrokken actoren beslissingen van de gerechtelijke autoriteiten van de andere lidstaten als gelijkwaardig aan hun eigen beslissingen beschouwen; daarbij gaat het niet alleen om het vertrouwen dat de regels van de partners adequaat zijn, maar ook om het vertrouwen dat die regels correct worden toegepast."

94. Deze uiteenzetting kan, lijkt me, in haar geheel worden getransponeerd uit het terrein van het strafproces naar procedures betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, het gezag en de verzorging van kinderen.

Tweelingen en de verordening

95. Een opmerkelijk aspect van deze zaak is, dat het een geschil betreft inzake het gezag over tweelingen, die op dit moment in verschillende lidstaten verkeren — en daar voor de doeleinden van de verordening wellicht inmiddels gewoon verblijf hebben verkregen. Een beginsel dat een buitengewoon grote rol speelt bij het nemen van beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, gezag of verzorging, is dat broers en zusjes, en bovenal tweelingen, samen moeten blijven tenzij heel uitzonderlijke redenen voor het tegendeel pleiten. Het lijkt op zijn minst van essentieel belang, dat de gezagsvraag voor beide kinderen door hetzelfde gerecht wordt behandeld — zoals overigens in de bestreden beschikking wordt opgemerkt.

96. De verordening bevat geen specifieke bepaling voor een dergelijke situatie. [41] Deze omissie lijkt te betreuren, maar ik zie in dat de precieze formulering van een dergelijke bepaling een delicate aangelegenheid kon blijken te zijn. Een dergelijke regel mag dan ontbreken, maar de verordening geeft een gerecht dat bevoegd is wel de mogelijkheid (in artikel 15) een zaak te verwijzen naar een gerecht

40 — Initiatief van het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Estland, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Hongarije, de Republiek Oostenrijk, de Portugese Republiek, Roemenië, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechten op tolk- en vertaaldiensten in strafprocedures (PB 2010 C 69, blz. 1).

41 — Het is waarschijnlijk (hoewel dit voor zover ik kon zien door geen van beide uitdrukkelijk is uitgesproken) dat zowel de Spaanse rechter in zijn bestreden beschikking als de Spaanse regering in haar opmerkingen ter terechtzitting de opvatting aanhingen dat tweelingen voor de toepassing van de verordening geacht worden een gezamenlijke gewone verblijfplaats te hebben, en geen nieuwe verblijfplaats verwerven voordat *beide* naar een nieuwe lidstaat zijn overgebracht. Wat hun opvatting ook moge zijn, de verordening bevat geen zodanige regel, noch kan deze, naar mijn mening, in redelijkheid eruit worden afgeleid.

in een andere lidstaat waarmee het kind een bijzondere band heeft, wanneer dit beter in staat is de zaak te behandelen en dit in het belang van het kind is; de verordening verplicht de gerechten om hiertoe samen te werken. Zij draagt de centrale autoriteiten tevens op (in artikel 55) de informatie-uitwisseling tussen de gerechten te ondersteunen, met het oog op de uitvoering van de desbetreffende bepalingen. In het arrest „A",[42] benadrukte het Hof de verplichting van de nationale rechters om rechtstreeks of met tussenkomst van hun centrale autoriteiten met elkaar te communiceren.

97. Het lijkt uitermate wenselijk dat in een geval als het onderhavige, waar sprake is van één geschil dat het gezag over beide tweelingen betreft, en waar derhalve ten minste één samenhangende beoordeling van de hele situatie is vereist, de betrokken gerechten en centrale autoriteiten actief de toepassing van deze bepalingen nastreven, teneinde het erover eens te worden dat de zaak moet worden behandeld door één van beide gerechten, namelijk datgene dat gelet op alle omstandigheden en met name het belang van de tweelingen, daartoe het beste in staat lijkt.

42 — Reeds aangehaald in voetnoot 37, punten 61 e.v., punten 4 en 5 van het dictum.

98. Het bereiken van dergelijke overeenstemming, in een vroeg stadium, zou langdurige beroepsprocedures, bevoegdheidsgeschillen en verwijzing naar dit Hof kunnen voorkomen, wat allemaal in het belang van de kinderen zou zijn. Het kan zijn dat een gerecht, op grond van het door slechts één van de ouders overgelegde bewijsmateriaal, verwijzing naar het andere gerecht gevaarlijk vindt. Maar communicatie en samenwerking zouden een dergelijke eerste indruk kunnen wegnemen, en in het belang van de kinderen lijkt het essentieel dat een poging daartoe wordt ondernomen.

99. Het Hof heeft echter helaas geen enkele aanwijzing gekregen dat in de onderhavige zaak een dergelijk initiatief heeft plaatsgevonden.

100. Het zou nog meer te betreuren zijn (en zou zelfs een falen van de gemeenschapswetgever signaleren) wanneer een werktuiglijke toepassing van de verordening erin zou resulteren dat één kwestie van ouderlijke verantwoordelijkheid over tweelingen zonder meer werd verdeeld over gerechten in twee verschillende lidstaten, wat mogelijk tot verschillende beslissingen en daarmee tot zeer ongelukkige situaties zou leiden, dit alles duidelijk in het nadeel van de kinderen.

De reikwijdte van de vraag en van artikel 20

101. De Duitse rechters moeten beslissen of de bestreden beschikking in Duitsland uit hoofde van de verordening moet worden erkend en ten uitvoer gelegd.

102. De vraag die het Bundesgerichtshof aan het Hof heeft voorgelegd is in wezen, of voorlopige maatregelen in de zin van artikel 20 van de verordening, die uitvoerbaar zijn in de lidstaat waarin ze zijn getroffen, in andere lidstaten op dezelfde wijze moeten worden erkend en ten uitvoer gelegd als andere uitvoerbare beslissingen.

103. Er is derhalve een vooronderstelling dat de bestreden beschikking onder artikel 20 valt. De grondslag voor die vooronderstelling is niet geheel duidelijk. Het Bundesgerichtshof heeft dit wellicht aangenomen op grond van de bewoordingen van het cassatieberoep van de moeder of door de vaststellingen van de lagere rechter, zoals ter terechtzitting werd uitgelegd door de Duitse regering. Hoe dit ook zij, waarschijnlijk berust deze uiteindelijk op de opvatting dat de Spaanse rechter van oordeel was dat voldaan was aan de in artikel 20, lid 1, genoemde voorwaarden, of dat alle voorlopige maatregelen onder artikel 20 vallen, ongeacht door welke rechter ze worden vastgesteld. Als dat zo is, lijkt geen van beide opvattingen me echter terecht.

104. Wat de eerste opvatting betreft, is er in een aantal van de bij het Hof ingediende opmerkingen op gewezen dat de bestreden beschikking in het geheel geen melding maakt van artikel 20 en dat M. zich op het relevante tijdstip niet meer in Spanje bevond. Er wordt niet vermeld op welke grondslag de Spaanse rechter zich precies bevoegd achtte. De beschikking bevat echter aanwijzingen die allemaal kunnen worden verklaard met de hypothese dat hij meende bevoegd te zijn om ten gronde over de ouderlijke verantwoordelijkheid ten aanzien van beide kinderen te beslissen [43] en dat zijn voorlopige voorziening, procedureel gezien, een bij tussenbeslissing gegeven proloog was voor een meer definitieve beslissing ter zake, te nemen na het nader horen van beide ouders in een bodemprocedure, dan een spoedeisende maatregel genomen onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden.

43 — Zie hierboven, punten 54 tot en met 61. Onder bepaalde omstandigheden zou het feit dat de laatste gezamenlijke woonplaats van de ouders in Spanje was, en de vader daar nog steeds woont, een grondslag kunnen vormen voor bevoegdheid krachtens artikel 12, lid 1 (zie hierboven, voetnoot 4), terwijl het feit dat M. daar vroeger gewoon verblijf had, samen met de (zij het enigszins onzekere) door de vader geuite bezwaren tegen diens overbrenging, een grondslag kunnen zijn voor bevoegdheid krachtens artikel 10 (zie hierboven, punt 10); de verwijzing naar voorrang uit hoofde van artikel 19 lijkt alleen relevant met betrekking tot materiële bevoegdheidsconflicten (zie verder hieronder, punt 169).

105. Wat de tweede opvatting betreft, lijkt me dat deze uitlegging bij nader onderzoek geen stand kan houden.

106. Ten eerste geeft de verordening in de artikelen 8 tot en met 15 een alomvattende regeling betreffende de bevoegdheid inzake ouderlijke verantwoordelijkheid. Het is aan dergelijke zaken inherent dat veel beslissingen een voorlopig karakter hebben. Artikel 20 maakt vervolgens duidelijk dat deze regeling voor de gerechten van een lidstaat geen beletsel vormt om spoedeisende voorlopige maatregelen waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet, te nemen ten aanzien van personen in die staat, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat bevoegd is om ten gronde over de zaak te beslissen, en dat die maatregelen ophouden van kracht te zijn, wanneer het laatste gerecht passende maatregelen heeft genomen. Een dergelijke bepaling is niet gericht op regeling van alle voorlopige maatregelen, noch op toekenning van bevoegdheid ten gronde. Zij staat slechts toe dat in met name genoemde omstandigheden een ander gerecht, dat daar tijdelijk beter voor geplaatst is dan het ten gronde bevoegde gerecht, om met spoed de nodige voorlopige maatregelen te nemen, die zullen moeten wijken voor de maatregelen waartoe het laatste gerecht zal besluiten. [44]

107. Een antwoord dat alleen ingaat op de status van maatregelen genomen onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden zou dus niet bijdragen tot de oplossing van het onderliggende materiële vraagstuk inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking, hoewel dit mogelijk wel het Bundesgerichtshof zou helpen om een beslissing te nemen over het aanhangige cassatieberoep ingeval (wegens aan de nationale procedure inherente beperkingen) die beslissing ervan moet uitgaan dat de bestreden beschikking *wel* onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden was genomen. Het zou nog minder tot een oplossing bijdragen om te weigeren de vraag te beantwoorden, zoals voorgesteld door de Tsjechische regering, op de grond dat het, gelet op de feiten, een theoretische vraag is.

108. Het is echter vaste rechtspraak van het Hof, dat de prejudiciële procedure met de daarmee gepaard gaande samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof zelf, het de taak oplegt de nationale rechter een voor de oplossing van de bij hem aanhangige zaak nuttig antwoord te geven. Daartoe heeft het Hof de plicht alle bepalingen van het recht van de EU uit te leggen die voor dat doel noodzakelijk zijn, met inbegrip van bepalingen die niet uitdrukkelijk worden genoemd in de gestelde vragen, en moet het Hof die vragen eventueel opnieuw formuleren. [45]

109. Een dergelijke benadering lijkt des te meer noodzakelijk in een geschil inzake ouderlijke verantwoordelijkheid dat al overdreven lang voortsleept. Het is inmiddels twee

44 — Zie verder hieronder, punt 169.

45 — Zie bijvoorbeeld het arrest van 26 juni 2008, Wiedermann en Funk (gevoegde zaken C-329 en 343/06, Jurispr. blz. I-4635), punt 45, en de daar aangehaalde rechtspraak.

jaar geleden, wat meer is dan de halve leeftijd van de tweelingen, dat de bestreden beschikking is afgegeven en gecertificeerd door de Spaanse rechter. Dat staat in regelrechte tegenspraak met de centrale doelstelling van de verordening om de belangen van het kind te dienen door te verzekeren dat de totstandkoming en tenuitvoerlegging van beslissingen snel plaatsvinden, zonder procedurele vertragingen op te lopen als gevolg van het grensoverschrijdende karakter van de situatie.

110. Ik ben het derhalve oneens met de enge benadering van de Duitse regering (te weten dat alleen de verwijzende rechter, die volledig op de hoogte is van de procedure en de aanhangige vraagstukken, in principe bevoegd is om de te beantwoorden vraag te definiëren en af te perken). Ik zal er daarentegen naar streven alle kennelijk relevante vraagstukken en bepalingen op zodanige wijze te bespreken dat ik een zo nuttig mogelijk antwoord kan geven, met als doel een spoedige alomvattende oplossing in het belang van de tweelingen.

111. Bij het vaststellen van de vraagstukken waarop de zaak voor het Bundesgerichtshof betrekking heeft, moet worden opgemerkt dat de vader in zijn verzoek *feitelijk* alleen vraagt om erkenning en tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking ten aanzien van M., die zich in Duitsland bevindt. Ten aanzien van S., die zich nog in Spanje bevindt, is erkenning van de beschikking in Duitsland niet nodig, en is tenuitvoerlegging daar niet denkbaar. Een afzonderlijk vraagstuk dat aan de orde is in de voor het Amtsgericht Stuttgart aanhangige procedure (dat blijkbaar eveneens een rol heeft gespeeld in de beroepsprocedure bij de Audiencia Provincial te Madrid) is, of de Duitse dan wel de Spaanse rechter bevoegd is te beslissen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid over een van beide of beide tweelingen; er is echter geen vraag ter zake naar het Hof verwezen. Aangezien de beide vraagstukken met elkaar verweven zijn, kunnen sommige opmerkingen niettemin, ten minste indirect, ook dit tweede vraagstuk raken.

112. Zoals we hebben gezien, voorziet de verordening in nagenoeg automatische erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen, berustend op een hoge mate van wederzijds vertrouwen, dat op zijn beurt een hoge mate van verantwoordelijkheid en samenwerking vereist. Hoewel er een aantal uitzonderingen op het vereiste van erkenning en tenuitvoerlegging zijn, zou men derhalve hebben mogen verwachten, dat de bestreden beschikking van de Spaanse rechter in principe in Duitsland zou worden erkend en tenuitvoergelegd.

113. Daartegen zijn echter een aantal bezwaren aangevoerd — hoofdzakelijk door de moeder, al hebben verscheidene lidstaten overeenkomstige overwegingen naar voren gebracht. Er zijn in wezen vijf argumenten: (i) de Spaanse rechter had krachtens de verordening geen materiële bevoegdheid om over de ouderlijke verantwoordelijkheid ten aanzien van M. te beslissen; (ii) de bestreden

beschikking was een voorlopige maatregel, en de artikelen 21 e.v. van de verordening schrijven geen erkenning of tenuitvoerlegging voor van voorlopige maatregelen van welke aard dan ook; (iii) de bestreden beschikking was een voorlopige maatregel in de zin van artikel 20 van de verordening, en de artikelen 21 e.v. van de verordening schrijven geen erkenning of tenuitvoerlegging voor van voorlopige maatregelen van die specifieke soort; (iv) artikel 20 van de verordening gaf de Spaanse rechter geen bevoegdheid om over de ouderlijke verantwoordelijkheid ten aanzien van M. te beslissen; en (v) ondanks het certificaat dat de Spaanse rechter krachtens artikel 39 van de verordening heeft afgegeven, hield de bestreden beschikking op in Spanje uitvoerbaar te zijn, toen de vader binnen 30 werkdagen na de datum van de beschikking geen bodemprocedure aanhangig had gemaakt.

114. Ik zal proberen al deze punten op stelselmatig te bespreken, waarbij ik ook in zal gaan op de aard van de bestreden beschikking, wat een doorslaggevend vraagstuk lijkt te zijn in het kader van de uiteindelijke beslissing over de erkenning of tenuitvoerlegging ervan.

115. Ik zal eerst uitgaan van de hypothese dat de Spaanse rechter krachtens de artikelen 8 e.v. van de verordening dacht bevoegd te zijn om ten gronde te beslissen ten aanzien van beide tweelingen. Ik zal onderzoeken hoe de verordening de moeder de mogelijkheid kan geven, wanneer ze die bevoegdheid betwist, te bereiken dat de beschikking in Duitsland niet wordt erkend of tenuitvoergelegd. In dat verband zal ik bespreken of het verschil maakt dat de bestreden beschikking een voorlopige voorziening was.

116. Vervolgens zal ik ervan uitgaan dat de Spaanse rechter heeft geoordeeld dat hij (ten aanzien van M.) niet ten gronde bevoegd was, maar dat zijn voorlopige voorziening was toegestaan door artikel 20 van de verordening, en zal ik de vraag stellen of de maatregelen waar dat artikel betrekking op heeft, normaliter moeten worden erkend en tenuitvoergelegd in andere lidstaten. Als dat het geval is, zal ik opnieuw bespreken welke stappen moeten worden genomen wanneer de bevoegdheid wordt betwist.

117. Alvorens deze hypotheses te behandelen, lijkt het me echter zinnig om kort op te helderen wat verstaan wordt onder een „voorlopige" maatregel.

„Voorlopige" maatregelen

118. Op het eerste gezicht lijkt de behoefte aan opheldering twijfelachtig: een voorlopige maatregel is, zoals het woord al aangeeft, een maatregel die bedoeld is voor slechts een beperkte periode te gelden — totdat een bepaalde gebeurtenis plaatsvindt of een bepaalde tijd is verstreken.

119. Het familierecht brengt echter naar zijn aard en wezen met zich mee dat, omdat kinderen opgroeien en omstandigheden veranderen, beslissingen *ten gronde* over ouderlijke verantwoordelijkheid misschien gewijzigd (of zelfs helemaal herzien) moeten worden. Geen van zulke beslissingen is derhalve ooit definitief of onherroepelijk in de zin waarin een echtscheidingsbeslissing definitief of onherroepelijk is. En de werking van alle beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid is altijd beperkt in de tijd, in de zin dat zij noodzakelijkerwijze ophouden te gelden wanneer het kind meerderjarig wordt.

120. In het verband van artikel 20 van de verordening, is de situatie duidelijk: een voorlopige maatregel is een maatregel die wordt genomen in spoedeisende omstandigheden, die ophoudt van kracht te zijn wanneer het gerecht dat bevoegd is om ten gronde te beslissen, de maatregelen neemt die het passend acht.

121. Naar analogie zou men kunnen zeggen dat een voorlopige beslissing inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, genomen door een gerecht dat bevoegd is ten gronde te beslissen, dikwijls is genomen om het hoofd te bieden aan omstandigheden die geen volledig onderzoek van de zaak toelaten, en dat de specifieke bedoeling ervan in principe is, te worden vervangen door een beslissing die na een grondiger onderzoek genomen wordt en, behoudens een wijziging in omstandigheden, *niet* specifiek bedoeld is om te worden vervangen of gewijzigd. Kortheidshalve zal ik deze laatste soort beslissing aanduiden als „vaste" beslissing, aangezien deze werkelijk definitief noch onherroepelijk is.

122. In deze context beschouwd, is een zekere spoedeisendheid een gebruikelijk kenmerk van een voorlopige maatregel (wanneer het om de toepassing van artikel 20 gaat is het zelfs een vereiste). Het lijkt me belangrijk om in gedachten te houden dat spoedeisende maatregelen dikwijls worden vastgesteld in een versnelde procedure waar sommige of veel van de normale waarborgen ontbreken. Het is misschien niet mogelijk alle belanghebbenden te horen of al het relevante bewijs te onderzoeken. Beslissingen kunnen soms zelfs telefonisch worden genomen, en worden in het dossier dan enkel met een handgeschreven aantekening vermeld. [46]

123. Met deze overwegingen in gedachten zal ik nu de twee hierboven beschreven hypotheses onderzoeken.

46 — Een voorbeeld uit het Lagarde-rapport betreffende het Haags verdrag van 1996, reeds aangehaald in voetnoot 16, punt 120.

Eerste hypothese: bevoegdheid ten gronde

bestreden beschikking in Spanje was verstreken tegen de tijd dat de vader een procedure voor uitvoerbaarverklaring in Duitsland aanhangig maakte; ik zal hierop later ingaan, in de punten 148 e.v.

„Vaste" beslissing

125. Voorts is duidelijk dat de gerechten van de lidstaat van erkenning of tenuitvoerlegging noch de bevoegdheid van het gerecht van herkomst mogen toetsen, noch de inhoud van diens beslissing.

124. De bewoordingen en de opzet van de verordening zijn duidelijk: een in een lidstaat genomen beslissing moet in de andere lidstaten worden erkend zonder dat daartoe een bijzondere procedure wordt vereist, en een in een lidstaat genomen beslissing die daar uitvoerbaar is en is betekend, moet in een andere lidstaat ten uitvoer worden gelegd wanneer deze daar in overeenstemming met de in de verordening gegeven procedures uitvoerbaar is verklaard. Specifieke en beperkte gronden voor niet-erkenning en voor weigering van een verzoek tot uitvoerbaarverklaring zijn neergelegd in artikel 23, gelezen in samenhang met artikel 31, lid 2; hieraan moet vermoedelijk ontbreken van uitvoerbaarheid in de lidstaat van herkomst en het achterwege blijven van betekening aan de verweerder worden toegevoegd, zoals artikel 28, lid 1, duidelijk lijkt aan te geven. Wanneer geen van deze gronden toepasselijk is, is er eenvoudig geen mogelijkheid tot weigering van erkenning of tenuitvoerlegging. In het onderhavige geval is de enige grond waarop een beroep is gedaan (door de moeder, voor het Amtsgericht Stuttgart), dat de geldigheid van de

126. Het verbod van toetsing van de bevoegdheid ligt eveneens besloten in artikel 19 van de verordening inzake aanhangigheid. Wanneer bij gerechten van verschillende lidstaten procedures betreffende hetzelfde kind aanhangig zijn die hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, houdt het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak ambtshalve aan totdat de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat, waarop het partijen naar dat gerecht moet verwijzen. Volgens de rechtspraak met betrekking tot de materieel equivalente bepaling in artikel 21 van het Executieverdrag, moet het gerecht waar de zaak het eerst is aangebracht, besluiten of het

bevoegd is. [47] (Ik stem ermee in dat de rechtspraak betreffende het Executieverdrag of de opvolger ervan, verordening nr. 44/2001, niet automatisch en zonder meer naar de onderhavige verordening kan worden overgezet [48], maar in dit specifieke opzicht zie ik geen reden om het niet te doen.)

127. Wat kan men dan doen wanneer, zoals in het onderhavige geval, een partij de bevoegdheid betwist van het gerecht dat de beslissing heeft genomen waarvan de erkenning of tenuitvoerlegging wordt gevraagd? Het voor de hand liggende antwoord is, om dat bij het gerecht zelf te doen. Wanneer de bestreden beschikking een vaste beslissing inzake ouderlijke verantwoordelijkheid was geweest, zou de verordening de moeder duidelijk niet hebben toegestaan een weigering van erkenning of tenuitvoerlegging in Duitsland te verkrijgen, of om daar een andere procedure aanhangig te maken voor een nieuwe vaste beslissing op de grond dat de Duitse en niet de Spaanse rechter bevoegd was. Haar enige mogelijkheid zou derhalve zijn geweest om binnen het Spaanse systeem beroep in te stellen tegen de aanname van bevoegdheid door de Spaanse rechter, [49] met het vooruitzicht op, op zijn laatst in het gerecht van laatste aanleg, een prejudiciële verwijzing naar dit Hof.

128. Het bewandelen van een dergelijke weg kan een langdurige aangelegenheid blijken te zijn [50] (hoewel men mag hopen dat de procedure met de grootst mogelijke spoed zou worden behandeld en, natuurlijk, kan zelfs het gerecht in eerste aanleg inmiddels in geval van twijfel een vraag naar het Hof verwijzen met een verzoek om toepassing van de spoedprocedure), maar het is de enige weg die onder de verordening open staat. Dit onderstreept opnieuw de zware verantwoordelijkheid die op de nationale gerechten rust wanneer zij zich bevoegd verklaren, evenals de noodzaak om dat expliciet, volledig en duidelijk te motiveren. Alleen zulke zorgvuldigheid kan het door de verordening verlangde klimaat van wederzijds vertrouwen doen ontstaan, en alleen met een dergelijke motivering kan een appelrechter, een gerecht van tenuitvoerlegging in een andere lidstaat of het Hof van Justitie, al

47 — In zijn arrest van 27 juni 1991, Overseas Union Insurance e.a. (C-351/89, Jurispr. blz. I-3317), punten 22 e.v., merkte het Hof op, dat de doelstelling om negatieve bevoegdheidsgeschillen te voorkomen kan worden bereikt zonder dat het laatst aangezochte gerecht de bevoegdheid van het eerst aangezochte gerecht onderzoekt, en dat dit gerecht in geen geval beter in staat is te beoordelen, of het andere gerecht bevoegd is. De regels van het Executieverdrag gelden gelijkelijk voor beide gerechten en kunnen door elk van hen met hetzelfde gezag worden uitgelegd en toegepast. Wanneer de bevoegdheid van het eerst aangezochte gerecht wordt betwist, kan het daarna aangezochte gerecht alleen zijn uitspraak aanhouden en niet zelf de bevoegdheid van het eerste gerecht onderzoeken. In het arrest van 9 december 2003, Gasser (C-116/02, Jurispr. blz. I-14693), punten 46 e.v., bevestigde het Hof deze uitspraken, en wees het erop dat artikel 21 een procedureregel was, die duidelijk en uitsluitend gebaseerd is op de chronologische volgorde waarin de betrokken gerechten zijn aangezocht.

48 — Zie bijvoorbeeld punten 63 en 64 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak „A", reeds aangehaald in voetnoot 37.

49 — Zoals ze inderdaad in de bodemprocedure in Spanje lijkt te hebben gedaan, vóór er zelfs maar een vaste beslissing is genomen.

50 — Ik teken op, uit de schriftelijke opmerkingen van de moeder en wat zij ter terechtzitting heeft opgemerkt, dat op haar beroep tegen de beslissing van de Spaanse rechter van 28 oktober 2008, waarbij deze zijn internationale bevoegdheid ten aanzien van beide tweelingen in de bodemprocedure bevestigde, pas in februari of maart 2010 een beslissing is genomen.

naargelang het geval, zo snel mogelijk vaststellen welke aspecten worden betwist.

bepalingen van hoofdstuk III inzake erkenning en tenuitvoerlegging spreken, eveneens zonder onderscheid, van erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen; en in datzelfde hoofdstuk geeft artikel 23, sub b, de mogelijkheid dat in spoedeisende gevallen een „beslissing" wordt genomen, hiermee implicerend dat deze een voorlopig karakter kan hebben.

Voorlopige beslissing

129. Wat maakt het uit, als het al uitmaakt, of de beslissing (genomen door een gerecht dat zichzelf bevoegd acht ten gronde te beslissen) duidelijk een voorlopige beslissing is? Dat zou een aardige weergave kunnen zijn van de situatie in de onderhavige zaak.

130. Ten eerste maakt de verordening, zoals in een aantal van de schriftelijke opmerkingen wordt aangetekend, geen uitdrukkelijk onderscheid tussen definitieve of vaste beslissingen enerzijds en voorlopige beslissingen anderzijds. Artikel 2, punt 4, geeft een ruime definitie van de term „beslissing", met voorbijgaan aan de gebruikte formele termen, en bevat geen aanwijzing dat enige categorie moet worden uitgesloten; de bepalingen van hoofdstuk II inzake bevoegdheid [51] onderscheiden niet tussen procedures aan de hand van het al dan niet voorlopige karakter van de te nemen (ruim gedefinieerde) beslissing. De

131. Ik zie ook geen dringende reden, te ontlenen aan het karakter van voorlopige maatregelen, om een onderscheid te maken. Een gerecht dat bevoegd is om ten gronde te beslissen is een gerecht in de lidstaat waarmee het kind, in principe, de nauwste band heeft (of waar het, op zijn minst, wezenlijk mee is verbonden). Dit is tevens het gerecht dat de beslissing ten gronde zal nemen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, welke beslissing krachtens de verordening in alle andere lidstaten moet worden erkend en tenuitvoergelegd. Het moet noodzakelijkerwijs ook bevoegd zijn om alle voorlopige maatregelen te treffen die nodig zijn tot het moment waarop een vaste beslissing kan worden genomen. [52] En zulke voorlopige maatregelen zullen nauw verbonden zijn met de daarop volgende vaste beslissing. Het gerecht zal over deze maatregelen beslissen in het licht van onder meer zijn eigen taak om zo snel tot een dergelijke vaste beslissing te komen als verenigbaar is

51 — Behoudens artikel 20, waar de onderhavige hypothese zich niet mee bezig houdt.

52 — Zoals onlangs, althans impliciet, is erkend door het Hof in het arrest Detiček (hierboven aangehaald, in voetnoot 39), waar het oordeelde dat een voorlopige toekenning van het gezag door een gerecht dat bevoegd was ten gronde te beslissen, voorrang had boven een latere voorlopige toekenning, beweerdelijk op grond van artikel 20, door een gerecht in een andere lidstaat waarheen het kind, ongeoorloofd volgens de eerdere toekenning, was overgebracht.

met een grondige inhoudelijke beoordeling van de zaak, en het zal zo veel mogelijk proberen te waarborgen dat de voorlopige maatregelen die beslissing niet in gevaar brengen of daarop vooruitlopen.

132. In dat licht ben ik van mening dat voorlopige maatregelen die zijn genomen door een gerecht dat krachtens de verordening bevoegd is om ten gronde te beslissen, in andere lidstaten onder dezelfde voorwaarden moeten worden erkend en tenuitvoergelegd als de vervolgbeslissing die hetzelfde gerecht zal moeten nemen. Iedere andere benadering zou die volgende beslissing in gevaar kunnen brengen, omdat het alle pogingen tot verzekering van continuïteit zou ondermijnen. Het zou voorts de verordening grotendeels haar effect ontnemen ten aanzien van een breed scala van beslissingen die dagelijks door familierechters in de hele Europese Unie worden genomen.

133. Desondanks zou betoogd kunnen worden dat het feit dat de procedure voorafgaand aan de vaststelling van een voorlopige maatregel dikwijls verkort is, en wellicht niet alle procedurele waarborgen biedt die normaal een eerlijke behandeling verzekeren, tegen automatische erkenning en tenuitvoerlegging pleit.

134. Hierop kan echter geantwoord worden, dat artikel 23 van de verordening de omstandigheden omschrijft waarin erkenning en tenuitvoerlegging kan worden geweigerd, en dat de wetgever hierbij duidelijk dergelijke verkorte procedures op het oog had: weigering mag onder meer plaatsvinden wanneer het kind niet in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord (behoudens spoedeisende gevallen), of, indien de beslissing bij verstek is genomen, wanneer de persoon tegen wie verstek werd verleend niet tijdig op de hoogte is gesteld om zijn of haar verdediging voor te bereiden, of wanneer de beslissing in de weg staat aan de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid van een persoon die niet in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord. [53]

135. De verordening lijkt derhalve niet te voorzien in een algemene uitsluiting van het normale regiem van erkenning en tenuitvoerlegging eenvoudig omdat de procedures van dien aard zijn dat sommige van de gebruikelijke waarborgen kunnen ontbreken. Van uitsluiting is alleen sprake wanneer een partij werkelijk bepaalde waarborgen ontzegd worden. In het onderhavige geval wordt niet gesuggereerd dat er waarborgen ontzegd werden: de kinderen waren te jong om te worden gehoord, en de moeder heeft ruimschoots de gelegenheid gekregen, en gebruikt, om haar standpunt naar voren te brengen.

136. Een ander denkbaar argument om voorlopige maatregelen met meer omzichtigheid te behandelen is, dat tegen de voorlopige beslissing misschien geen rechtsmiddel open staat, zodat de partij die de bevoegdheid wil betwisten dit noch in de lidstaat van herkomst

53 — Artikel 23, respectievelijk sub b, c en d.

noch in de lidstaat van tenuitvoerlegging kan doen.

137. Of een dergelijke situatie zich in het onderhavige geval voordoet blijkt niet uit het dossier.[54] Noch is dit naar mijn mening door de antwoorden van de Spaanse regering op de schriftelijke dan wel mondelinge vragen van het Hof geheel duidelijk geworden. Er is hoe dan ook ten minste gesuggereerd dat er een of ander rechtsmiddel open kan hebben gestaan tegen de aanname van de Spaanse rechter dat hij bevoegd was om de bestreden beschikking te geven, en het ziet er naar uit dat de moeder ten minste in staat was die bevoegdheid in het kader van de daarop volgende bodemprocedure te betwisten. Wat hiervan in deze context ook zij, wanneer in enig specifiek geval geen rechtsmiddel openstaat tegen de beslissing waarin een gerecht zich bevoegd verklaart, en die bevoegdverklaring voor dat gerecht wordt betwist, valt het gerecht onder de rechterlijke instanties die uit hoofde van de derde alinea van artikel 267 VWEU (voorheen artikel 234 EG) verplicht zijn het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing. Dat verzoek zou dan, naar men mag hopen, behandeld worden in een versnelde procedure.

138. In de schriftelijke opmerkingen die zij bij het Hof heeft ingediend, heeft de moeder nog een andere grond genoemd om voorlopige beslissingen (van een gerecht dat zichzelf ten gronde bevoegd acht) niet op dezelfde wijze als vaste beslissingen te erkennen of ten uitvoer te leggen. Na te hebben betoogd dat maatregelen die zijn genomen onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden niet moeten worden erkend of tenuitvoergelegd in andere lidstaten (waarop ik hieronder zal ingaan[55]), redeneert zij dat dezelfde benadering gevolgd dient te worden wanneer het gerecht niet in dergelijke omstandigheden handelt, maar zich ten gronde bevoegd verklaart en voorlopige maatregelen binnen de reikwijdte van die bevoegdheid neemt. Bij een andere benadering zou het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging moeten bepalen of het gerecht van herkomst zijn bevoegdheid had gebaseerd op de artikelen 8 tot en met 14 dan wel op artikel 20, terwijl artikel 24 van de verordening toetsing van de bevoegdheid van het gerecht van herkomst uitdrukkelijk verbiedt.

139. Die analyse is naar mijn mening onjuist, ongeacht of een onderscheid zou moeten worden aangebracht tussen de twee categorieën van voorlopige maatregelen. Om te bepalen of een voorlopige maatregel werd genomen op basis van een uit de verordening afgeleide bevoegdheid ten gronde dan wel onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden, is het

54 — Zie hierboven, punt 63. Zie ook het arrest van 25 juni 2009, Roda Golf & Beach Resort (C-14/08, Jurispr. blz. I-5439), punten 24 tot en met 30.

55 — Zie hieronder, punten 156 e.v.

niet nodig de bevoegdheid van het gerecht van herkomst te *toetsen* maar slechts om *vast te stellen* op welke grondslag het zichzelf bevoegd achtte.

140. Ik geef toe, dat het misschien niet altijd makkelijk is om die grondslag vast te stellen. In het onderhavige geval is de bestreden beschikking niet zo volledig of duidelijk gemotiveerd als wenselijk zou zijn, al blijkt eruit dat de Spaanse rechter de zaak vanuit verschillende oogpunten heeft onderzocht en zichzelf van zijn bevoegdheid heeft overtuigd, met verwijzing naar verscheidene mogelijke gronden van bevoegdheid ten gronde, maar niet naar artikel 20. In andere gevallen is de motivering mogelijk veel bondiger of zelfs geheel afwezig, en wordt totaal voorbij gegaan aan de op de nationale rechter rustende verplichtingen die voortvloeien uit het beginsel van wederzijds vertrouwen waarvan de verordening is doordrongen.

141. Met name de Commissie en de Duitse regering suggereren dat, wanneer de grondslag waarop de bevoegdheid wordt aangenomen niet duidelijk kan worden afgeleid uit de bewoordingen of de inhoud van de beslissing waarvan de erkenning of tenuitvoerlegging wordt gevraagd, deze, met overeenkomstige toepassing van het Mietz-arrest,[56] geacht moet worden te zijn gebaseerd op artikel 20.

56 — Arrest van 27 april 1999 (C-99/96, Jurispr. blz. I-2277), met name de punten 50 en 55.

Ter terechtzitting leek de Tsjechische regering de exact tegengestelde benadering voor te staan.

142. In het Mietz-arrest benadrukte het Hof (in het kader van het Executieverdrag) dat het gerecht van herkomst in zijn bevel tot voorschotbetaling niet uitdrukkelijk had verwezen naar zijn bevoegdheid krachtens het Executieverdrag om van het bodemgeschil kennis te nemen, en dat een dergelijke bevoegdheid niet duidelijk bleek uit de bewoordingen van zijn beslissing (wat wel het geval zou zijn geweest indien bijvoorbeeld uit de beslissing was gebleken dat de verweerder woonde op het grondgebied van de verdragsluitende staat van het gerecht van herkomst en dat geen van de in het Executieverdrag bepaalde exclusieve bevoegdheidsgronden van toepassing was). Het Hof oordeelde derhalve dat, waar het gerecht van herkomst zwijgt over de grondslag van zijn bevoegdheid, de noodzaak om te voorkomen dat de verdragsregels worden omzeild meebrengt, dat diens beslissing aldus moet worden verstaan, dat het zijn bevoegdheid om voorlopige maatregelen te gelasten heeft gebaseerd op zijn nationale rechtsregels en niet op een aan het verdrag ontleende bevoegdheid om van het bodemgeschil kennis te nemen.

143. Zoals ik al heb opgemerkt, leent de rechtspraak inzake het Executieverdrag en verordening nr. 44/2001 zich niet in alle opzichten ertoe om zonder meer te worden getransponeerd naar de context van de onderhavige verordening. In het onderhavige opzicht moet naar mijn mening een voorbehoud worden gemaakt, hoewel ik geen aanleiding

zie voor de totale omkering die wordt voorgesteld door de Tsjechische regering.

144. De onderhavige verordening spreekt, anders dan het Executieverdrag en verordening nr. 44/2001, concreet over communicatie en uitwisseling van informatie tussen rechterlijke instanties, waar nodig bevorderd door de centrale autoriteiten van de betrokken lidstaten. Het strookt met de geest van wederzijdse samenwerking die aan de verordening ten grondslag ligt, dat deze informatie-uitwisseling zich uitstrekt tot alle onderwerpen die procedures inzake de erkenning of tenuitvoerlegging van beslissingen kunnen vergemakkelijken of bespoedigen. Aangezien hier slechts hoeft te worden vastgesteld op welke grondslag het gerecht van herkomst zichzelf bevoegd heeft geacht, zou de communicatie niet al te bezwaarlijk moeten zijn.

145. Ik zou de door het Hof in de context van het Executieverdrag gevolgde benadering derhalve willen nuanceren. De nauwere samenwerking en de specifieke voorziening die de verordening maakt voor informatie-uitwisseling tussen rechterlijke instanties (waarbij de verplichting die te gebruiken in de rechtspraak duidelijk tot uiting komt [57]) verlangen dat het gerecht van tenuitvoerlegging, bij twijfel over de grondslag waarop het gerecht van herkomst zich bevoegd heeft geacht, probeert deze grondslag te vernemen van het betrokken gerecht. Alleen indien deze poging geen redelijk prompt resultaat oplevert, mag worden aangenomen dat bevoegdheid is aangenomen onder de in artikel 20, lid 1, genoemde omstandigheden.

146. In het onderhavige geval lijkt mij dat, zelfs als de bestreden beschikking niet zo expliciet is als gewenst zou zijn, het niet meer dan natuurlijk zou zijn om daaruit de conclusie te trekken dat de Spaanse rechter zichzelf bevoegd achtte om ten gronde te beslissen en zich niet op artikel 20 heeft gebaseerd. [58]

147. Hieraan kan worden toegevoegd, dat de rechter zich onder de omstandigheden van het geval niet op artikel 20 had kunnen baseren, aangezien M. zich in geen enkel stadium van de procedure voor de Spaanse rechter in Spanje bevond. (De punten 50 tot en met 52 van het arrest Detiček, [59] geven wellicht de indruk dat, om een voorlopige maatregel inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden te kunnen nemen, niet alleen het kind, maar ook de personen die deze verantwoordelijkheid voorheen en/of recentelijk uitoefenden, zich in de betrokken lidstaat moeten bevinden. Ik ben het echter eens met het ter terechtzitting door een aantal van de aanwezigen geuite standpunt, dat een dergelijke benadering niet juist is en dat alleen de aanwezigheid van het kind bepaalt of ten aanzien van hem of haar spoedeisende voorlopige maatregelen kunnen worden genomen.) Wat S. betreft, betekent het feit dat zij sinds haar geboorte het Spaanse grondgebied nooit verlaten heeft, dat de bevoegdheid van de Spaanse rechter

57 — Zie hierboven, punt 96 en voetnoot 42.

58 — Zie hierboven, punten 54 tot en met 61 en 104, en voetnoot 43.

59 — Reeds aangehaald in voetnoot 39.

om krachtens artikel 8 ten gronde te beslissen, onbetwistbaar is en dat (op dit moment) erkenning of tenuitvoerlegging in een andere lidstaat niet aan de orde zijn.

148. De moeder heeft, ten slotte, voor het Amtsgericht Stuttgart betoogd dat, ondanks de afgifte van het certificaat door de Spaanse rechter krachtens artikel 39 van de verordening, de bestreden beschikking in Spanje niet uitvoerbaar is omdat voorlopige maatregelen als de onderhavige ophouden te gelden wanneer niet binnen 30 werkdagen een bodemprocedure wordt ingeleid en in het onderhavige geval de vader een dergelijke procedure niet binnen deze periode heeft ingeleid. [60]

149. Of deze stelling wel of niet feitelijk en naar Spaans procesrecht gegrond is, is geen vraag die door dit Hof kan worden beantwoord. Er kan zich echter een vraagstuk voordoen dat verband houdt met de verordening, wanneer een partij uitvoerbaarverklaring in een andere lidstaat vraagt voor een maatregel die in de lidstaat van herkomst niet meer uitvoerbaar is maar hiervoor wel een certificaat is afgegeven.

150. Volgens artikel 28, lid 1, van de verordening dient een beslissing inzake de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid, om in een andere lidstaat ten uitvoer te kunnen worden gelegd, uitvoerbaar te zijn in de lidstaat van herkomst. Volgens de artikelen 37, lid 1, sub b, en 39 moet de aanvraag voor een uitvoerbaarverklaring vergezeld worden van een certificaat volgens het formulier in bijlage II, dat is afgegeven door het bevoegde gerecht in de lidstaat van herkomst. Onder punt 9.1 van dat certificaat moet het betrokken gerecht opgeven of de beslissing volgens de wetgeving van die staat uitvoerbaar is. Derhalve doet zich de vraag voor, of het gerecht in de lidstaat van tenuitvoerlegging de vrijheid heeft om voorbij dat eenmaal afgegeven certificaat te kijken, teneinde vast te stellen of de beslissing (nog) uitvoerbaar is.

151. Naar mijn mening heeft het gerecht dat om uitvoerbaarverklaring wordt verzocht deze mogelijkheid. Hoewel artikel 31, lid 2, bepaalt dat het verzoek alleen geweigerd kan worden op één van de gronden genoemd in artikel 23, lijkt het logischerwijs noodzakelijk dat weigering ook mogelijk is wanneer de beslissing in de lidstaat van herkomst niet uitvoerbaar is, aangezien deze uitvoerbaarheid een uitdrukkelijk in artikel 28, lid 1, neergelegde voorwaarde is. Overlegging van het in bijlage II bedoelde certificaat is echter geen absoluut vereiste om aan die voorwaarde te voldoen, aangezien artikel 38, lid 1, het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging toestaat gelijkwaardige stukken of andere informatie te accepteren. Bovendien wordt in de afdelingen 2 en 3 van hoofdstuk III, die betrekking hebben op procedures voor uitvoerbaarverklaring van beslissingen inzake

60 — Zie hierboven, punt 65.

ouderlijke verantwoordelijkheid, nergens bepaald dat het certificaat van bijlage II bindend of onbetwistbaar is.

152. Dit staat in scherp contrast met de bepalingen van afdeling 4, betreffende de uitvoerbaarheid van bepaalde beslissingen omtrent het omgangsrecht en bepaalde beslissingen die de terugkeer van het kind gelasten. Deze afdeling voorziet in certificaten volgens de formulieren in respectievelijk bijlage III en IV, en in erkenning en tenuitvoerlegging „zonder dat een uitvoerbaarverklaring behoeft te worden verkregen en zonder dat men zich tegen de erkenning kan verzetten, indien met betrekking tot die beslissing in de lidstaat van herkomst [...] een certificaat is afgegeven”.[61] Er wordt voorts bepaald dat tegen afgifte van een certificaat geen rechtsmiddel mag openstaan[62], maar door geen ruimte te laten voor aanvaarding van andere gelijkwaardige stukken of informatie, is overlegging van het certificaat in de praktijk tot een absoluut vereiste voor tenuitvoerlegging gemaakt.

153. Naar mijn mening was het derhalve de bedoeling van de wetgever om een onderscheid te maken tussen, enerzijds, beslissingen inzake de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid en, anderzijds, beslissingen inzake omgangsrecht of beslissingen waarbij de terugkeer van het kind wordt gelast.[63] Voor de laatstgenoemde is het certificaat betreffende onder meer de uitvoerbaarheid in de lidstaat van herkomst van cruciaal belang: behalve noodzakelijk is het ook bindend. Voor de eerstgenoemde beslissingen is het certificaat weliswaar belangrijk, maar noch absoluut noodzakelijk, noch onaantastbaar.

154. Wanneer een maatregel niet onbeperkt uitvoerbaar is in de lidstaat van herkomst, maar zijn gelding verliest of kan verliezen na het verstrijken van een bepaalde periode, of omdat een bepaalde gebeurtenis zich al dan niet heeft voorgedaan, is het natuurlijk niet alleen wenselijk, maar inherent aan het systeem van wederzijds vertrouwen waarvan de verordening doordrongen is, dat die beperking door het gerecht van herkomst op het certificaat wordt vermeld. Bij ontbreken van een dergelijke vermelding blijft het elke betrokken partij vrij staan, bewijzen aan te voeren dat de maatregel niet langer uitvoerbaar is. In dat geval staan dezelfde manieren van communicatie tussen de rechterlijke instanties en de centrale autoriteiten open als wanneer de bevoegdheidsgrondslag moet worden nagegaan. Wanneer deze een bevredigend antwoord opleveren, hoeft het gerecht van tenuitvoerlegging uiteraard niet verder te zoeken, maar bij gebrek aan een dergelijk

61 — Zie de artikelen 41, lid 1, en 42, lid 1.

62 — Artikel 43, lid 2.

63 — Dit standpunt lijkt bevestigd te worden door de punten 23 en 24 van de considerans, die alleen betrekking lijken te hebben op „beslissingen betreffende het omgangsrecht en beslissingen betreffende de terugkeer van een kind”, waar wordt gesproken over automatische erkenning zonder gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging en zonder de mogelijkheid een rechtsmiddel in te stellen tegen een certificaat.

antwoord, mag het de partijen niet beletten om met andere middelen tijdig bewijs aan te dragen.

informatie-uitwisseling worden gebruikt om na te gaan of de beslissing in de lidstaat van herkomst (nog steeds) uitvoerbaar is.

Tweede hypothese: maatregel toegestaan door artikel 20

155. Ik kom derhalve tot het standpunt, dat voorlopige maatregelen die door het gerecht van een lidstaat worden vastgesteld op basis van een bevoegdheid die het gerecht heeft afgeleid van de regels in de verordening betreffende de bevoegdheid ten gronde, in andere lidstaten erkend en tenuitvoergelegd moeten worden op dezelfde wijze als elke andere op dezelfde grondslag genomen beslissing, in overeenstemming met de artikelen 21 e.v. van de verordening. Een gerecht dat kennis neemt van een verzoek om erkenning of niet-erkenning van een dergelijke maatregel, of om uitvoerbaarverklaring ervan, is gerechtigd om de grondslag waarop het gerecht van herkomst zijn bevoegdheid baseert vast te stellen, hetzij aan de hand van de bewoordingen of de inhoud van die beslissing, hetzij door zo nodig direct met dat gerecht of via de aangewezen centrale autoriteiten contact op te nemen. Indien dit contact geen redelijk prompt resultaat oplevert, en alleen dan, moet worden aangenomen dat de bevoegdheid aanwezig werd geacht onder de in artikel 20, lid 1, genoemde omstandigheden. In het geval van (voorlopige) beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid kan, wanneer de juistheid van een krachtens artikel 39 afgegeven certificaat wordt betwist, dezelfde manier van

156. Geldt deze conclusie wat betreft de erkenning en tenuitvoerlegging ook wanneer de voorlopige maatregelen in kwestie niet worden vastgesteld op basis van bevoegdheid ten gronde krachtens de verordening, maar op basis van nationaal recht onder de beperkte omstandigheden die worden toegestaan door artikel 20?

157. Een voor de hand liggende eerste opmerking is, dat de bewoordingen van artikel 20 zelf de aard van de bedoelde maatregelen („met betrekking tot personen of goederen die zich in die staat bevinden"), op zodanige wijze omschrijven dat vraagstukken van erkenning of tenuitvoerlegging in een andere staat zich niet dikwijls zullen voordoen. Bovendien betekent het feit dat zulke maatregelen hun gelding verliezen zodra het ten gronde bevoegde gerecht een beslissing neemt, dat erkenning of tenuitvoerlegging waarschijnlijk slechts van kortstondige waarde is voor de partij die

erom verzoekt. [64] Het feit dat zulke situaties zich misschien veel minder snel voordoen in de in artikel 20 genoemde omstandigheden dan in het geval van voorlopige maatregelen genomen door een gerecht met bevoegdheid ten gronde, betekent echter niet dat ze nooit kunnen voorkomen, met name in het geval dat zich een onvoorziene gebeurtenis voordoet tijdens een geoorloofd tijdelijk verblijf van een kind in een derde lidstaat.

158. Van alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, zijn alleen de Spaanse en de Italiaanse regering van mening dat maatregelen genomen onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden moeten worden erkend en tenuitvoergelegd in andere lidstaten. Beide regeringen wijzen op de buitengewoon ruime definitie van „beslissing" in artikel 2, punt 4, van de verordening, [65] wat de term is die wordt gebruikt in alle bepalingen inzake erkenning en tenuitvoerlegging en die, naar hun mening, iedere uitvoerbare beslissing van elk gerecht moet omvatten, ongeacht de grondslag waarop deze berust. De Italiaanse regering legt de nadruk op het belang van het recht gehoord te worden en beschouwt dit als het enige doorslaggevende criterium voor de uitvoerbaarheid van een beslissing in andere lidstaten. De Spaanse regering is van mening dat het nuttig effect van de verordening zou worden ondermijnd wanneer maatregelen genomen onder de omstandigheden genoemd in artikel 20 zouden worden uitgesloten van de bepalingen inzake erkenning en tenuitvoerlegging. [66]

159. De Commissie, die in haar schriftelijke opmerkingen nog de mening aanhing dat artikel 20 in de context van het hoofdgeding niet van belang was, koos ter terechtzitting voor een nogal originele benadering. Zij opperde dat de bepalingen van de artikelen 21 e.v. van de verordening wel van toepassing zijn op maatregelen genomen onder de in artikel 20, lid 1, genoemde omstandigheden, maar alleen indien elk van deze omstandigheden (aanwezigheid van de betrokken persoon of goederen, spoedeisendheid en voorlopig karakter van de maatregel) streng gecontroleerd kon worden, en mits het recht gehoord te worden was gewaarborgd. Zij betoogde met name, dat het voorlopig karakter van de maatregel in de desbetreffende beslissing moet worden vermeld en de geldigheidsduur ervan aangegeven.

160. Hoewel dat wellicht een wenselijke benadering is, lijkt ze mij geen grondslag te hebben in de verordening zelf. Ze lijkt namelijk te behelzen dat bij de toepassing van de artikelen 21 e.v. de toepasselijkheid wordt gewijzigd

64 — Sommige maatregelen, zoals rechterlijke goedkeuring van de verkoop van bezittingen van het kind (of van het echtpaar, aangezien artikel 20 ook echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring omvat), of van een chirurgische ingreep bij het kind (beide voorbeelden ontleend aan het Lagarde-rapport betreffende het Haags verdrag van 1996, reeds aangehaald in voetnoot 16, punt 68, met betrekking tot artikel 11, lid 1, van dat verdrag), zullen natuurlijk feitelijke gevolgen hebben die in andere lidstaten niet anders dan erkend kunnen worden.

65 — „(...) een door een gerecht van een lidstaat gegeven beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, ongeacht de benaming van die beslissing, zoals arrest, vonnis of beschikking".

66 — Met verwijzing naar het arrest van 11 juli 2008, Rinau (C-195/08 PPU, Jurispr. blz. I-5271), punten 80 e.v.

van artikel 24, dat iedere bevoegdheidstoetsing verbiedt. Ik acht een dergelijke benadering onder de thans geldende wetgeving derhalve niet gerechtvaardigd.

161. De overige partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend hebben een aantal, elkaar veelal overlappende, argumenten naar voren gebracht, die allemaal neigen naar de opvatting dat de regels inzake erkenning en tenuitvoerlegging in de artikelen 21 e.v. niet van toepassing zijn op voorlopige maatregelen die uitsluitend op basis van artikel 20 zijn vastgesteld.

162. In de eerste plaats merken de Portugese regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk op dat, omdat artikel 20 van voorlopige „maatregelen" spreekt in plaats van „beslissingen", het specifiek de bedoeling was dergelijke maatregelen uit te sluiten van de term „beslissingen" zoals gebruikt in de rest van de verordening, en met name in bepalingen inzake erkenning en tenuitvoerlegging. Ik vind dit geen overtuigend argument, vooral gelet op de woorden „ongeacht de benaming van die beslissing, zoals arrest, vonnis of beschikking" in artikel 2, punt 4, bezien in samenhang met de zeer ruime definitie van „gerecht" in artikel 2, punt 1. Binnen die context zou ik hebben verwacht dat de wetgever, als hij in artikel 20 had willen onderscheiden tussen een „maatregel" en een „beslissing", dit explicieter zou hebben gedaan. Mijn indruk is dat de woordkeuze is terug te voeren op de herkomst van de bepaling, aangezien in de voorgangers ervan [67] vrijwel uitsluitend wordt gesproken van „maatregelen".

163. De regeringen van Tsjechië, Portugal en het Verenigd Koninkrijk leggen er voorts alle de nadruk op, dat artikel 20 een uitzondering vormt op de algemene opzet van de verordening en als zodanig beperkt moet worden uitgelegd. Ik kan aanvaarden dat artikel 20 een uitzondering is, maar het is een uitzondering op de algemene bevoegdheidsregels (met inbegrip van de aanhangigheidsregel [68]) in hoofdstuk II, waarvan het deel uitmaakt, en niet op de regels inzake erkenning en tenuitvoerlegging in hoofdstuk III. Ik ben het er derhalve mee eens, dat artikel 20 beperkt moet worden uitgelegd bij de beoordeling of een situatie eronder valt, met name wat betreft de voorwaarden van spoedeisendheid en van aanwezigheid binnen het grondgebied. Ik ben echter niet overtuigd dat hieruit automatisch een beperkte toepassing van de bepalingen inzake erkenning en tenuitvoerlegging zou moeten voortvloeien, vooral niet gezien de kennelijk uitputtende lijst van gronden tot weigering van erkenning in artikel 23 van de verordening. [69]

67 — Zie hierboven, punten 30 tot en met 47.

68 — Zie hieronder, punt 169.

69 — Zie hierboven, punt 18; artikel 22 bevat een overeenkomstige lijst van gronden tot weigering van de erkenning van beslissingen inzake echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk. Ik teken bovendien aan, dat advocaat-generaal Kokott in punt 56 van haar conclusie inzake „A" (reeds aangehaald in voetnoot 37), waarop het Verenigd Koninkrijk zich beroept, alleen de bevoegdheidsvraag besprak waarop die zaak betrekking had, en niet het vraagstuk van erkenning en tenuitvoerlegging.

164. Een ander argument, dat is aangevoerd door de moeder en de regeringen van Hongarije en het Verenigd Koninkrijk, is gebaseerd op de punten 50 tot en met 52 van het arrest „A", [70] waar het Hof in wezen uitsprak dat, aangezien artikel 20 doelt op maatregelen „waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet", het aan de nationale wetgever is deze te bepalen en dat, aangezien dergelijke maatregelen op basis van de bepalingen van het nationale recht worden vastgesteld, het bindende karakter ervan uit de betrokken nationale wetgeving moet voortvloeien. Daarom ontlenen, volgens deze partijen, voorlopige maatregelen die uitsluitend op basis van artikel 20 zijn vastgesteld, aan de verordening zelf geen bindende werking en moet de bindende werking ervan, aangezien deze uit het nationale recht voortvloeit, beperkt blijven tot het grondgebied waarop die wet toepasselijk is.

165. Naar mijn mening ontlenen echter alle beslissingen waarop de verordening betrekking heeft, voorlopig of niet, en of ze nu zijn genomen op basis van een bevoegdheid ten gronde krachtens de verordening of alleen op basis van artikel 20, hun bindende werking in de eerste plaats aan het nationale recht van het gerecht dat deze heeft vastgesteld, en pas in de tweede plaats aan de verordening. [71] Het is zelfs, volgens artikel 28, lid 1, een uitdrukkelijke voorwaarde voor uitvoerbaarverklaring in een andere lidstaat, dat een beslissing inzake de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid uitvoerbaar is in de lidstaat van herkomst. Er lijkt dus geen reden te bestaan om vraagstukken in verband met de tenuitvoerlegging van voorlopige maatregelen die zijn genomen onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden, anders te behandelen dan alle andere maatregelen, uitsluitend op grond van de bron waaraan zij hun bindende werking ontlenen. [72]

166. Een ander argument, naar voren gebracht door de regering van het Verenigd Koninkrijk in haar schriftelijke opmerkingen, is dat erkenning en tenuitvoerlegging van „artikel-20-maatregelen" buiten het grondgebied van de staat van herkomst, het stelsel van de verordening kan ondermijnen, alsmede de algemene regel dat de bevoegdheid moet berusten bij de lidstaat van het gewone verblijf van het kind. Artikel 20 zorgt ervoor dat er geen bevoegdheidsvacuüm optreedt, maar brengt een risico van vertraging mee tot het gerecht dat ten gronde bevoegd is kan optreden. Wanneer maatregelen uit hoofde van artikel 20 in andere lidstaten ten uitvoer moeten worden gelegd zou dit dat risico kunnen verhogen. Een ouder zou bijvoorbeeld, onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden, een interim gezagsbeschikking kunnen vorderen bij een gerecht dat krachtens de verordening niet bevoegd is ten gronde. Als de andere ouder in de lidstaat van het gewone

70 — Reeds aangehaald in voetnoot 37.

71 — Gezien het feit dat de verordening op geen van de erdoor bestreken gebieden bepalingen van materieel recht omvat, zal het bovendien altijd het geval zijn, zelfs wanneer de bevoegdheid duidelijk is gebaseerd op één van de bepalingen in de artikelen 8 tot en met 15, dat alleen maatregelen kunnen worden genomen „waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet".

72 — Ik wil er opnieuw op wijzen (zie hierboven, voetnoot 69, betreffende de conclusie van AG Kokott) dat het Hof in de zaak „A" geen vraagstuk van tenuitvoerlegging was voorgelegd, maar alleen was gevraagd of nationaalrechtelijke bepalingen ter zake van een voorlopige maatregel, genomen onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden, bindend waren, waarop het antwoordde dat dat afhing van het nationale recht.

verblijf van het kind een procedure aanhangig probeerde te maken bij het ten gronde bevoegde gerecht, zou dat gerecht zich niet bevoegd kunnen verklaren zolang het eerst aangezochte gerecht de zaak niet zou verwijzen. In de praktijk kan dat de nodige tijd kosten, in welke tijd de eerste ouder een in heel Europa erkende en uitvoerbare beschikking zou hebben verkregen.

167. Deze opvatting gaat er kennelijk vanuit dat, wanneer bij een gerecht van een lidstaat een verzoek wordt ingediend op de uitsluitende grond dat zich de in artikel 20 van de verordening genoemde omstandigheden voordoen, dat gerecht voor toepassing van de regels van artikel 19 betreffende aanhangigheid „het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht" is, zodat „het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht" niet kan optreden tot het eerste gerecht de zaak ernaar verwijst. [73]

168. Tijdens de mondelinge behandeling volgde het Verenigd Koninkrijk echter een andere benadering, namelijk dat artikel 20 uit het geheel van bevoegdheidsregels in de rest van de verordening, „een eigen hoekje heeft uitgehouwen" waarin deze regels niet van toepassing zijn, maar de nationale bevoegdheidsregels zijn bewaard. De Duitse regering voegde hieraan toe dat zuiver formeel gezien, artikel 20 volgt op artikel 19, dat alleen betrekking heeft op de eraan voorafgaande bevoegdheidsregels, en dat de nuttige werking van artikel 20 aanzienlijk zou worden aangetast wanneer de aanhangigheidsregels erop van toepassing waren. De Commissie was van mening dat de aanhangigheidsregels van toepassing zijn, maar dat het criterium in artikel 19 van „hetzelfde onderwerp [...] en dezelfde oorzaak" streng moet worden toegepast, zodat er in de praktijk bijna nooit identiciteit zou zijn in bodemprocedures en in procedures onder de in artikel 20, lid 1, genoemde omstandigheden.

169. Ik ben van mening dat een gerecht dat uitsluitend uit hoofde van artikel 20 optreedt, geen bevoegdheid uitoefent die door de verordening wordt toegekend. Er is voor dat gerecht slechts „geen beletsel" om met betrekking tot personen of goederen die zich binnen zijn territoriale rechtsmacht bevinden, de spoedeisende maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn en waarin de wetgeving van die lidstaat voorziet, en die geldig zijn totdat het ten gronde bevoegde gerecht passende maatregelen neemt. Het feit dat het uitsluitend op basis van artikel 20 optreedt, betekent op zich al dat voor de toepassing van artikel 19 geen bevoegdheid *kan* worden vastgesteld, zodat het feit dat die procedure aanhangig is, de aanhangigheidsregels niet in werking stelt. Uit de opzet van artikel 20, en met name uit artikel 20, lid 2, lijkt duidelijk te volgen dat de bepaling geen beletsel opwerpt om een procedure in te stellen bij het gerecht dat uit hoofde van de verordening ten gronde bevoegd is, en dat de beslissingen van

73 — Het Amtsgericht en het Oberlandesgericht te Stuttgart gaan wellicht van dezelfde veronderstelling uit (zie hierboven, punten 69 en 70).

dat gerecht onmiddellijk in de plaats zullen treden van die op basis van artikel 20. De opvatting van de Commissie, die in de praktijk wellicht grotendeels tot dezelfde resultaten leidt, lijkt daarentegen onnodig gekronkeld en ongewis.

170. Naar mijn mening is er derhalve geen gevaar dat de algehele opzet van de verordening wordt ondermijnd, of de algemene regel waarbij bevoegdheid wordt toegekend aan de gerechten van de lidstaat van het gewone verblijf van het kind, wanneer voorlopige maatregelen die zijn genomen onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden, worden erkend of tenuitvoergelegd in andere lidstaten dan waarin ze werden vastgesteld. Zoals ik die algehele opzet begrijp, blijft het ten gronde bevoegde gerecht, wanneer daar eenmaal een procedure is ingeleid, te allen tijde bevoegd om alle passende maatregelen te nemen. De eventuele bevoegdheid van een ander gerecht om voorlopige maatregelen te treffen onder de in artikel 20 genoemde omstandigheden blijft ondergeschikt aan die bevoegdheid ten gronde. Wanneer er al een risico van vertraging is, komt dit niet door de aanhangigheidsregels of de uitvoerbaarheid van maatregelen genomen onder de omstandigheden van artikel 20, maar alleen door een mogelijk gebrek aan voortvarendheid om het ten gronde bevoegde gerecht te benaderen. Aan de andere kant zou aan de effectiviteit van onder die omstandigheden genomen maatregelen (die bij definitie dringend noodzakelijk zijn) wel heel makkelijk te ontkomen zijn wanneer hun uitvoerbaarheid, zolang het andere gerecht nog niet is aangezocht, in rook zou opgaan zodra het kind over een nationale grens werd gebracht.

171. Geen van de tot nu toe behandelde argumenten heeft me overtuigd dat voorlopige maatregelen genomen onder de in artikel 20 van de verordening genoemde omstandigheden, wat betreft hun erkenning en tenuitvoerlegging in andere lidstaten, anders zouden moeten worden behandeld dan maatregelen (al dan niet voorlopige) die zijn vastgesteld door een gerecht dat krachtens de verordening bevoegd is ten gronde. Een ander, door de moeder en de Duitse en Hongaarse regeringen aangevoerd, argument lijkt me echter overtuigender.

172. De formulering van artikel 20, lid 1, van de onderhavige verordening is gelijkluidend aan die van artikel 12 van verordening nr. 1347/2000 en (afgezien van het woord „verdrag" in plaats van „verordening") aan die van artikel 12 van het Brussel II-verdrag. De toelichting bij het Commissievoorstel van 1999 dat leidde tot de vaststelling van verordening nr. 1347/2000 [74] en het Borrás-rapport betreffende het Brussel II-verdrag [75] verklaren met betrekking tot deze bepalingen beide (gelijkluidend): „Artikel 12 bepaalt alleen de territoriale werking, die beperkt is tot de staat waar de maatregelen worden genomen." De toelichting bij het Commissievoorstel van 2002 voor de onderhavige verordening [76]

74 — COM(1999) 220 def.
75 — Reeds aangehaald in voetnoot 8.
76 — COM(2002) 222 def.

verklaart met betrekking tot artikel 20: „Dit artikel sluit nauw aan bij artikel 12 van Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad", al zwijgt het verder over de territoriale werking.

173. De context suggereert dus een weloverwogen intentie bij de opstellers van de drie genoemde instrumenten, om voorlopige maatregelen die enkel zijn genomen op de grondslag van spoedeisendheid en aanwezigheid, door een gerecht zonder bevoegdheid ten gronde, uit te sluiten van de bepalingen inzake erkenning en tenuitvoerlegging in andere lidstaten. De Raad moet geacht worden zich van deze intentie bewust te zijn geweest toen hij verordening nr.1347/2000 vaststelde, en hiermee te hebben ingestemd door geen wijziging aan te brengen in artikel 12 ervan. Naar mijn mening mag verder worden aangenomen, dat een expliciete wijziging vereist zou zijn geweest om deze zienswijze in de context van de onderhavige verordening te herzien.

174. Toegegeven moet worden, dat andere elementen in de verder verwijderde voorouders van de verordening ten gunste van erkenning en tenuitvoerlegging zouden kunnen pleiten. In het Schlosser-rapport betreffende de toetredingen in 1978 tot het Executieverdrag[77] werd bijvoorbeeld verklaard ten aanzien van de overeenkomstige verdragsbepaling, dat het brede scala van voorlopige maatregelen die volgens het recht van Ierland en het Verenigd Koninkrijk mogelijk zijn, bepaalde moeilijkheden kon opleveren „als de uit deze staat stammende voorlopige beslissingen in het executierecht van de oorspronkelijke lidstaten moet[en] worden gerubriceerd", hiermee aangevende dat tenuitvoerlegging in andere lidstaten mogelijk werd geacht. Uit het Lagarde-rapport betreffende het Haags verdrag van 1996[78] blijkt, dat op basis van spoedeisendheid getroffen beschermende maatregelen uit hoofde van artikel 11 van dat verdrag in alle verdragsluitende staten erkend moeten worden, terwijl niet-spoedeisende voorlopige maatregelen uit hoofde van artikel 12 alleen territoriale werking hebben.

175. Ondanks dergelijke aanwijzingen, hoe overtuigend ook, en ondanks dat ik ook voordelen zie[79] in de mogelijkheid om maatregelen genomen onder de omstandigheden van artikel 20, lid 1, uit hoofde van de verordening in andere lidstaten te erkennen en tenuitvoer te leggen tot het tijdstip waarop het ten gronde bevoegde gerecht is opgetreden, blijkt naar mijn mening echter duidelijk uit de onmiddellijke totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling, dat zulke maatregelen bedoeld zijn om in de eerste plaats effect te sorteren binnen de lidstaat waar zij bevolen worden. De bepalingen van de artikelen 21 e.v. van de verordening, die voorzien in nagenoeg

77 — Aangehaald in voetnoot 10, punt 183.

78 — Aangehaald in voetnoot 16, punten 72 en 75.

79 — Zie hierboven, punt 170, in fine.

automatische erkenning en tenuitvoerlegging in andere lidstaten, zijn daar derhalve niet op van toepassing.

176. Ik wil er echter met nadruk op wijzen, dat de conclusie die ik aldus heb bereikt niet betekent dat de verordening *uitsluit* dat maatregelen gelast onder de omstandigheden van artikel 20, lid 1, in andere lidstaten worden erkend of ten uitvoer gelegd. Het betekent, dat de erkenning en tenuitvoerlegging van dergelijke maatregelen niet wordt geregeld door de verordening. En voor niet door de verordening geregelde onderwerpen, blijven bestaande verdragen van toepassing op de betrekkingen tussen de lidstaten. [80] Eén zo een relevant verdrag zou het Europees verdrag van 1980 [81] kunnen zijn, dat geen onderscheidt maakt tussen voorlopige en andere maatregelen, maar waarvan artikel 14 de verdragsluitende staten opdraagt „bij erkenning en tenuitvoerlegging van een beslissing inzake het gezag een eenvoudige en snelle procedure toe [te passen]". In het onderhavige geval zou ook het bilaterale verdrag van 1983 [82] relevant kunnen blijken te zijn.

177. Hieruit volgt dat, wanneer een voorlopige maatregel genomen onder de in artikel 20, lid 1, bedoelde omstandigheden (dus op basis van de bevoegdheid en de rechtsmiddelen waarin de nationale wet voorziet) niet kan profiteren van de nagenoeg automatische procedures van erkenning en tenuitvoerlegging uit de verordening, deze niettemin kan profiteren van andere, zij het wellicht meer omslachtige, procedures uit hoofde van het nationale recht, en wel met name die welke worden vereist door multilaterale of bilaterale verdragen waarbij de berokken lidstaten partij zijn.

178. In het licht van bovenstaande opvatting lijkt het me niet nodig in te gaan op de vraag [bezwaar (iv), hierboven genoemd in punt 113] of het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging een op artikel 20 gebaseerde bevoegdheid kan betwisten. Het feit dat M. zich niet in Spanje bevond op het tijdstip dat de bestreden beschikking werd genomen, en dat dus niet voldaan werd aan één van de voorwaarden van artikel 20, lid 1, is voor de Duitse gerechten niet van belang indien de bepalingen inzake erkenning en tenuitvoerlegging in de verordening hoe dan ook niet van toepassing zijn wanneer het gaat om bevoegdheid op die grondslag. Een vergelijkbare overweging is dan van toepassing op de bewering dat de geldigheid van de bestreden beschikking was vervallen tegen de tijd dat de tenuitvoerlegging ervan werd verzocht.

179. Indien de erkenning en tenuitvoerlegging van een maatregel genomen onder de omstandigheden van artikel 20, lid 1, geen onderwerpen zijn die worden geregeld door de verordening, is hoe dan ook het verbod van toetsing van bevoegdheid in artikel 24

80 — Zie de artikelen 59 tot en met 62 van de verordening.

81 — Zie hierboven, punten 40 en 46.

82 — Zie hierboven, punt 48.

niet van toepassing op verzoeken tot zodanige erkenning of tenuitvoerlegging.

Slotopmerkingen

180. Ik achtte het nodig een brede aanpak te volgen bij de bespreking van de vraagstukken die in dit prejudiciële verzoek aan de orde komen, en er onderwerpen in te betrekken die uiteindelijk misschien niet geheel ter zake doende blijken te zijn voor de beantwoording van de opgeworpen vragen.

181. Dat is grotendeels te wijten aan de kennelijke discrepantie tussen de grondslag (welke dat dan ook was) waarop de Spaanse rechter zichzelf in feite bevoegd achtte en de veronderstelling, in de procedure bij de verwijzende rechter, over welke grondslag dat was.

182. Die discrepantie (in samenhang met, moet worden gezegd, het ontbreken van iedere inbreng van de vader) heeft waarschijnlijk niet alleen het Hof belemmerd in zijn streven om een nuttig antwoord te geven op de fundamentele opgeworpen vraag, maar ook de lidstaten en de Commissie in hun pogingen het Hof in dit opzicht bij te staan. Al met al heeft deze waarschijnlijk bijgedragen tot het voortduren van een procedure die, gelet op het belang van de betrokken kinderen, juist zo veel mogelijk bespoedigd had moeten worden.

183. De bedoelde discrepantie lijkt gedeeltelijk het resultaat te zijn van het feit dat in de bestreden beschikking niet duidelijk wordt aangegeven wat de grondslag is van de bevoegdheid op basis waarvan deze is vastgesteld en gedeeltelijk, wellicht, van de procedurele beperkingen die worden gesteld door of aan het door de moeder ingestelde cassatieberoep bij het Bundesgerichtshof.

184. Ongeacht de oorzaken van deze discrepantie, brengen het bestaan en de effecten ervan mij ertoe om opnieuw met nadruk te wijzen op de verplichtingen die op de nationale gerechten zijn gelegd als uitvloeisel van het door de verordening in het leven geroepen systeem van wederzijds vertrouwen, waarvan een wezenlijk doel is de snelle afwikkeling te verzekeren van geschillen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, door het gerecht dat het best in staat is om een beslissing te nemen die in het belang van het kind is — in dit geval de belangen van heel jonge tweelingen.

185. Dat doel is in het onderhavige geval niet gerealiseerd.

Conclusie

186. Gelet op alle bovenstaande overwegingen, geef ik het Hof in overweging de door het Bundesgerichtshof gestelde vraag als volgt te beantwoorden:

— „Voorlopige maatregelen vastgesteld door een gerecht van een lidstaat op basis van een bevoegdheid die dat gerecht ontleent aan de regels inzake de bevoegdheid ten gronde van verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, moeten in andere lidstaten worden erkend en ten uitvoer gelegd op dezelfde wijze als elke andere beslissing die op dezelfde basis is vastgesteld, in overeenstemming met de artikelen 21 e.v. van die verordening.

— Voorlopige maatregelen die door een gerecht van een lidstaat zijn vastgesteld op basis van het nationale recht, onder de omstandigheden genoemd in artikel 20 van verordening nr. 2201/2003, hoeven in andere lidstaten niet te worden erkend of ten uitvoer gelegd volgens de artikelen 21 e.v. van de verordening. Deze verordening sluit echter niet uit dat deze worden erkend of tenuitvoergelegd in overeenstemming met procedures uit hoofde van het nationale recht, met name die welke worden vereist door multilaterale of bilaterale verdragen waarbij de betrokken lidstaten partij zijn.

— Een gerecht dat kennis neemt van een verzoek tot erkenning of niet-erkenning van een voorlopige maatregel, of tot uitvoerbaarverklaring ervan, is gerechtigd om de grondslag waarop het gerecht van herkomst zichzelf bevoegd achtte vast te stellen, hetzij aan de hand van de bewoordingen of de inhoud van die beslissing of, zo nodig, door direct of via de aangewezen centrale autoriteiten met dat gerecht contact op te nemen. Wanneer geen van deze methodes een duidelijk en bevredigend resultaat oplevert, en alleen dan, moet worden aangenomen dat het gerecht zich bevoegd heeft geacht onder de in artikel 20, lid 1, genoemde

omstandigheden. Bij voorlopige beslissingen inzake ouderlijke verantwoordelijkheid kan, wanneer de juistheid wordt betwist van een certificaat dat is afgegeven krachtens artikel 39 van verordening nr. 2201/2003, dezelfde manier van informatie-uitwisseling worden gebruikt om na te gaan of de beslissing (nog steeds) uitvoerbaar is in de lidstaat van herkomst; wanneer dit geen succes heeft, kunnen andere bewijsmiddelen worden gebruikt, mits deze tijdig worden overgelegd."