# GENERALADVOKAT E. SHARPSTONS STILLINGTAGEN
fremsat den 16. juni 2010[1]

1. Et barn, der blev født i Italien i 2006, og som har italiensk far og østrigsk mor, der aldrig har været gift, befinder sig for tiden i Østrig med moderen mod faderens ønske. I forbindelse med en retssag, hvorunder der skal træffes afgørelse vedrørende forældreansvaret over for barnet, har en italiensk ret afsagt kendelse om, at barnet skal tilbagegives til Italien. Oberster Gerichtshof (højesteret) (Østrig) har stillet Domstolen fem spørgsmål om forhold, der eventuelt vil kunne begrunde, at fuldbyrdelse af denne kendelse kan afslås.

## De relevante retsforskrifter

2. Situationen reguleres på Den Europæiske Unions niveau i Rådets forordning (EF) nr. 2201/2003[2] sammenholdt med Haagerkonventionen af 1980[3].

*Konventionen*

3. Det bestemmes i konventionens præambel, at de stater, som har undertegnet konventionen, er »fast overbeviste om, at hensynet til, hvad der er bedst for barnet, er af største vigtighed ved spørgsmål om forældremyndighed«, og erklærer, at de ønsker »at beskytte børn på internationalt plan mod de skadelige virkninger af ulovlig bortførelse eller tilbageholdelse og at etablere fremgangsmåder for at sikre, at børnene umiddelbart tilbagegives til

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Forordning af 27.11.2003 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabssager og i sager vedrørende forældreansvar og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000 (EUT L 338, s. 1, herefter »forordningen«).

3 — Konventionen om de civilretlige virkninger af internationale børnebortførelser, indgået den 25.10.1980 og i kraft siden den 1.12.1983, som alle medlemsstaterne har tilsluttet sig (herefter »konventionen«). I modsætning til forordningen indeholder konventionen ingen kompetenceregler. Forordningen er i denne henseende inspireret af konventionen om kompetence, lovvalg, anerkendelse, fuldbyrdelse og samarbejde vedrørende forældreansvar og foranstaltninger til beskyttelse af børn, indgået i Haag den 19.10.1996 (EUT 2008 L 151, s. 39). Det skal bemærkes, at forordningen i henhold til sin artikel 60 har forrang for konventionen, for så vidt som denne vedrører spørgsmål, der er reguleret i forordningen.

den stat, hvor de har bopæl, samt at sikre beskyttelse af samværsret«.

4. Konventionens artikel 3 bestemmer:

»Bortførelse eller tilbageholdelse af et barn skal anses for ulovlig, hvis:

a) den strider mod de rettigheder, som tilkommer en person, en institution eller en anden myndighed som forældremyndighedsindehaver, enten i fællesskab eller alene, ifølge loven i den stat, hvor barnet havde bopæl umiddelbart før bortførelsen eller tilbageholdelsen, og

b) disse rettigheder faktisk blev udøvet, enten i fællesskab eller alene, da bortførelsen eller tilbageholdelsen fandt sted, eller ville være blevet udøvet, hvis ikke bortførelsen eller tilbageholdelsen var sket.

Forældremyndigheden som nævnt i denne artikels litra a) kan i første række støttes på loven eller på en retlig eller administrativ afgørelse, men også på aftale, som har retlig gyldighed ifølge loven i den pågældende stat.«

5. Konventionens artikel 12 bestemmer:

»Hvis et barn er blevet ulovligt bortført eller tilbageholdt som angivet i artikel 3, og hvis der, da sagen blev indledt ved den judicielle eller administrative myndighed i den kontraherende stat, hvor barnet befinder sig, er gået mindre end ét år fra den dag, da den ulovlige bortførelse eller tilbageholdelse fandt sted, skal den pågældende myndighed bestemme, at barnet straks skal gives tilbage.

Også i de tilfælde, hvor sagen er blevet indledt efter udløbet af den periode på et år, der er nævnt i foregående stykke, skal den judicielle eller administrative myndighed bestemme, at barnet skal gives tilbage, medmindre det godtgøres, at barnet er faldet til i sine nye omgivelser.

[…]«

6. Det bestemmes i konventionens artikel 13:

»Uanset bestemmelserne i den foregående artikel, har den judicielle eller administrative myndighed i modtagerstaten ikke pligt til at bestemme, at barnet skal tilbagegives, hvis den person, institution eller anden myndighed, som modsætter sig tilbagegivelsen, godtgør at:

a) den person, institution eller anden myndighed, som drog omsorg for barnets person, ikke faktisk udøvede forældremyndigheden, da bortførelsen eller tilbageholdelsen fandt sted, eller havde samtykket i eller efterfølgende affundet sig med bortførelsen eller tilbageholdelsen, eller

b) der er en alvorlig risiko for, at tilbagegivelsen vil udsætte barnet for fysisk eller psykisk skade eller på anden måde sætte barnet i en situation, som det ikke bør tåle.

Den judicielle eller administrative myndighed kan også nægte at tilbagegive barnet, hvis den finder, at barnet modsætter sig tilbagegivelsen, og at barnet har nået en sådan alder og modenhedsgrad, at der bør tages hensyn til barnets mening.

Når de judicielle eller administrative myndigheder overvejer de forhold, der er nævnt i denne artikel, skal de tage hensyn til de oplysninger vedrørende barnets sociale baggrund, som fremskaffes af centralmyndigheden eller en anden kompetent myndighed i den stat, hvor barnet har bopæl.«

7. Konventionens artikel 17 bestemmer:

»Den omstændighed, at en afgørelse om forældremyndighed er blevet truffet eller kan anerkendes i modtagerstaten, kan ikke alene danne grundlag for at nægte at tilbagegive et barn i medfør af denne konvention, men de judicielle eller administrative myndigheder i modtagerstaten kan tage hensyn til begrundelsen for afgørelsen ved anvendelsen af denne konvention.«

8. Det bestemmes i konventionens artikel 19:

»En afgørelse om tilbagegivelse af barnet i medfør af denne konvention skal ikke anses for en realitetsafgørelse om noget forældremyndighedsspørgsmål.«

*Forordningen*

9. Flere af betragtningerne til forordningen er relevante for analysen af de af den forelæggende ret rejste spørgsmål, navnlig:

»(12) De kompetenceregler, der fastsættes i denne forordning for sager vedrørende forældreansvar, er udformet under hensyntagen til barnets bedste og bygger navnlig på kriteriet om nærhed. Dette betyder, at kompetencen først og fremmest bør tilfalde retterne i den medlemsstat, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted, undtagen i visse situationer, hvor barnets opholdssted ændres, eller hvor indehaverne af forældreansvar har aftalt andet.

[…]

(17) I tilfælde af ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af et barn bør tilbagegivelsen af barnet bringes i stand uden opsættelse, og med henblik herpå bør Haagerkonventionen af 25. oktober 1980 fortsat anvendes som suppleret af bestemmelserne i denne forordning, særlig artikel 11. Retterne i den medlemsstat, som barnet ulovligt er blevet fjernet til, eller hvor barnet ulovligt tilbageholdes, bør kunne modsætte sig en tilbagegivelse i konkrete, behørigt begrundede tilfælde. En sådan afgørelse bør dog kunne erstattes af en senere afgørelse truffet af retten i den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted før den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse. Indebærer sidstnævnte retsafgørelse, at barnet skal gives tilbage, skal dette ske, uden at der må kræves nogen særlig procedure for anerkendelse og fuldbyrdelse af afgørelsen i den medlemsstat, hvor det fjernede eller tilbageholdte barn befinder sig.

[…]

(21) Anerkendelsen og fuldbyrdelsen af retsafgørelser truffet i en medlemsstat bør være baseret på princippet om gensidig tillid, og grundene til ikkeanerkendelse bør begrænses til det nødvendige minimum.

[…]

(23) Det Europæiske Råd i Tammerfors slog i sine konklusioner (punkt 34) fast, at retsafgørelser truffet i familietvister burde anerkendes »automatisk [...] i hele EU uden mellemliggende procedurer eller grunde til at nægte fuldbyrdelse«. Retsafgørelser om samværsret og retsafgørelser om tilbagegivelse af et barn, der er attesteret i domsstaten i overensstemmelse med denne forordning, bør derfor anerkendes og være eksigible i alle andre medlemsstater, uden at der kræves nogen yderligere procedure. Selve proceduren for fuldbyrdelse af sådanne retsafgørelser bør fortsat afgøres efter national lovgivning.

(24) Den attest, der udstedes for at lette fuldbyrdelsen af en retsafgørelse, bør ikke kunne appelleres. Attesten kan kun gøres til genstand for berigtigelse, hvis den indeholder materielle fejl, dvs. hvis den ikke korrekt afspejler retsafgørelsen.«

10. Forordningens artikel 2 definerer visse af de udtryk, der anvendes i forordningen. Der forstås bl.a. ved:

»4) »retsafgørelse«: enhver afgørelse om skilsmisse, separation eller omstødelse af

ægteskab og enhver afgørelse om forældreansvar truffet af en ret i en medlemsstat, uanset hvordan den betegnes såsom dom eller kendelse

[…]

11) »ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af et barn«: et barns fjernelse eller tilbageholdelse:

a) når denne strider mod en forældremyndighed, som er tilkendt ved en retsafgørelse, eller som består som følge af loven eller en aftale, der er gyldig i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted umiddelbart før fjernelsen eller tilbageholdelsen,

og

b) for så vidt denne forældremyndighed faktisk blev udøvet, i fællesskab eller alene, da fjernelsen eller tilbageholdelsen fandt sted, eller ville være blevet udøvet, hvis ikke fjernelsen eller tilbageholdelsen var sket. Forældremyndigheden anses for at blive udøvet i fællesskab, når en af indehaverne af forældreansvar ikke i henhold til en retsafgørelse eller som følge af loven kan bestemme, hvor barnet skal bo, uden samtykke fra en anden indehaver af forældreansvar.

[…]«

11. I henhold til forordningens artikel 8 og med forbehold af bestemmelserne i artikel 9, 10 og 12 ligger kompetencen til at træffe afgørelse om spørgsmål vedrørende forældreansvar over for et barn hos retterne i den medlemsstat, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted på det tidspunkt, hvor sagen anlægges.

12. Forordningens artikel 10[4] bestemmer i denne henseende:

»I tilfælde af ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af et barn bevarer retterne i den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted umiddelbart før den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse, deres kompetence, indtil barnet har fået sædvanligt opholdssted i en anden medlemsstat, og

a) hver forældremyndighedsindehavende person, institution eller anden myndighed har affundet sig med fjernelsen eller tilbageholdelsen,

4 — Artikel 9 og 12, som vedrører henholdsvis det tilfælde, hvor et barn lovligt er flyttet til en anden medlemsstat, og det tilfælde, hvor alle parterne utvetydigt har accepteret, at retterne i en anden medlemsstat, hvortil barnet har en væsentlig tilknytning, har kompetence, er ikke relevante i denne sag.

eller

b) barnet har boet i denne anden medlemsstat i et tidsrum af mindst ét år, efter at den forældremyndighedsindehavende person, institution eller anden myndighed har fået eller burde have fået kendskab til barnets opholdssted, og barnet er faldet til i sine nye omgivelser, forudsat at en af følgende betingelser er opfyldt:

i) Der er ikke inden et år efter, at indehaveren af forældremyndigheden har fået eller burde have fået kendskab til barnets opholdssted, fremsat nogen anmodning om tilbagegivelse over for de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvortil barnet er fjernet, eller hvor det tilbageholdes.

ii) Indehaveren af forældremyndigheden har trukket sin anmodning om tilbagegivelse tilbage, og der er ikke indgivet en ny anmodning inden for det tidsrum, der er omhandlet i nr. i).

iii) En sag anlagt ved en ret i den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted umiddelbart før den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse, er afsluttet i henhold til artikel 11, stk. 7.

iv) Der er af en ret i den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted umiddelbart før den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse, truffet en afgørelse om forældremyndighed, som ikke indebærer tilbagegivelse af barnet.«

13. Forordningens artikel 11 har følgende ordlyd:

»1. Når en forældremyndighedsindehavende person, institution eller anden myndighed anmoder de kompetente myndigheder i en medlemsstat om at træffe afgørelse på grundlag af [konventionen] med henblik på at opnå tilbagegivelse af et barn, som ulovligt er blevet fjernet til eller ulovligt tilbageholdes i en anden medlemsstat end den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted umiddelbart før den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse, finder stk. 2-8 anvendelse.

2. Når [konventionens] artikel 12 og 13 […] finder anvendelse, sikres det, at barnet får mulighed for at blive hørt under sagen, medmindre dette forekommer uhensigtsmæssigt under hensyntagen til barnets alder eller modenhedsgrad.

3. En ret, til hvilken der er indgivet en anmodning om tilbagegivelse af et barn som omhandlet i stk. 1, fremmer sagen hurtigt under anvendelse af de hurtigste procedurer, der er til rådighed efter national lovgivning.

Uden at dette berører første afsnit, træffer retten sin afgørelse senest seks uger efter, at anmodningen er indgivet, medmindre særlige omstændigheder gør dette umuligt.

4. En ret kan ikke afslå at tilbagegive et barn i medfør af [konventionens] artikel 13, litra b), […] hvis det godtgøres, at der er truffet passende foranstaltninger til at sikre beskyttelsen af barnet efter dets tilbagegivelse.

5. En ret kan ikke afslå at tilbagegive et barn, medmindre den person, der har anmodet om tilbagegivelse af barnet, har haft mulighed for at blive hørt.

6. Har en ret i medfør af [konventionens] artikel 13 […] bestemt, at et barn ikke skal tilbagegives, fremsender den straks, enten direkte eller gennem den pågældende medlemsstats centralmyndighed, en genpart af retsafgørelsen samt af de relevante dokumenter, herunder navnlig en udskrift af retsbogen, til den kompetente ret eller centralmyndigheden i den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted umiddelbart før den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse, som fastsat i national lovgivning. Alle de nævnte dokumenter skal være retten i hænde inden en måned efter, at afgørelsen om ikke at tilbagegive barnet er truffet.

7. Medmindre en af parterne allerede har anlagt sag ved retterne i den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted umiddelbart før den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse, underretter den ret eller centralmyndighed, der modtager de i stk. 6 omhandlede oplysninger, parterne og opfordrer dem til at indgive indlæg til retten i overensstemmelse med national lovgivning inden tre måneder regnet fra datoen for underretningen af parterne, således at retten kan tage stilling til forældremyndigheden over barnet.

Med forbehold af denne forordnings regler for kompetence afslutter retten sagen, hvis den ikke har modtaget indlæg inden fristens udløb.

8. Uanset om det i medfør af [konventionens] artikel 13 […] er blevet bestemt, at et barn ikke skal tilbagegives, er en senere retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet, truffet af en ret, der har kompetence i medfør af denne forordning, eksigibel i henhold til kapitel III, afdeling 4, for at sikre tilbagegivelse af barnet.«

14. Forordningens artikel 15 vedrører muligheden for henvisning til en ret, der er bedre egnet til at behandle sagen. Den bestemmer:

»1. Undtagelsesvis kan en ret i en medlemsstat, der har kompetence til at påkende sagens realitet, hvis den finder, at en ret i en anden

medlemsstat, som barnet har en særlig tilknytning til, er bedre egnet til at behandle sagen eller en specifik del af sagen, såfremt dette er til barnets bedste:

a) udsætte behandlingen af sagen eller den specifikke del heraf og opfordre parterne til at anlægge sag ved retten i den pågældende anden medlemsstat i overensstemmelse med stk. 4, eller

b) anmode en ret i en anden medlemsstat om at erklære sig kompetent i overensstemmelse med stk. 5.

2. Stk. 1 finder anvendelse:

a) på anmodning af en af parterne

b) af rettens egen drift, eller

c) på anmodning af en ret i en anden medlemsstat, som barnet har en særlig tilknytning til, jf. stk. 3.

Henvisningen kan dog kunne finde sted af rettens egen drift eller på anmodning af en ret i en anden medlemsstat, hvis i det mindste én af parterne er indforstået hermed.

3. Barnet anses for at have en særlig tilknytning til en medlemsstat som omhandlet i stk. 1:

a) hvis barnet har fået sit sædvanlige opholdssted i den pågældende medlemsstat, efter at sagen er anlagt ved den i stk. 1 omhandlede ret

b) hvis barnet tidligere havde sit sædvanlige opholdssted i den pågældende medlemsstat

c) hvis barnet er statsborger i den pågældende medlemsstat

d) hvis en indehaver af forældreansvar har sit sædvanlige opholdssted i den pågældende medlemsstat, eller

e) hvis barnets formue befinder sig i den pågældende medlemsstat, og sagen vedrører foranstaltninger til beskyttelse af barnet i tilknytning til forvaltning eller bevarelse af denne formue eller disponering herover.

4. Den ret i den første medlemsstat, der har kompetence til at påkende sagens realitet, fastsætter et tidsrum, inden for hvilket der skal anlægges sag ved en ret i den anden medlemsstat i overensstemmelse med stk. 1.

Er sagen ikke anlagt inden udløbet af dette tidsrum, fortsætter den ret, ved hvilken sagen er anlagt, med at udøve sin kompetence i overensstemmelse med artikel 8-14.

5. Retten i den anden medlemsstat kan, hvis dette på grund af sagens særlige omstændigheder er til barnets bedste, erklære sig kompetent inden seks uger efter, at sagen er anlagt, eller anmodningen er modtaget i medfør af stk. 1, litra a) eller b). I så fald erklærer den ret, ved hvilken sagen først er anlagt, sig inkompetent. Erklærer retten i den anden medlemsstat sig ikke kompetent, fortsætter den ret, ved hvilken sagen først er anlagt, med at udøve sin kompetence i overensstemmelse med artikel 8-14.

6. Ved anvendelsen af denne artikel arbejder retterne sammen, enten direkte eller gennem de centralmyndigheder, der er udpeget i medfør af artikel 53. [5]

15. Forordningens kapitel III har overskriften »Anerkendelse og fuldbyrdelse«. Afdeling 1 vedrører anerkendelse. I denne afdeling opregner bl.a. artikel 23 grunde til ikke-anerkendelse af retsafgørelser om forældreansvar. Artiklen bestemmer:

»En retsafgørelse om forældreansvar kan ikke anerkendes:

a) såfremt en anerkendelse åbenbart vil stride mod grundlæggende retsprincipper i den medlemsstat, som anmodningen rettes til, under hensyntagen til barnets bedste

b) såfremt den, bortset fra i hastetilfælde, i modstrid med grundlæggende retsplejeprincipper i den medlemsstat, som anmodningen rettes til, er truffet, uden at barnet har haft mulighed for at blive hørt

c) såfremt en person er dømt som udeblevet, og det indledende processkrift i sagen eller et tilsvarende dokument ikke er blevet forkyndt for den pågældende i så god tid og på en sådan måde, at denne har kunnet varetage sine interesser under sagen, medmindre det fastslås, at vedkommende utvetydigt har accepteret retsafgørelsen

d) på anmodning af en person, der gør gældende, at retsafgørelsen krænker vedkommendes forældreansvar, såfremt afgørelsen er truffet, uden at vedkommende har haft mulighed for at blive hørt

5 — Forordningens artikel 53 bestemmer, at hver medlemsstat udpeger en eller flere centralmyndigheder, »som skal bistå ved anvendelsen af denne forordning« (jf. punkt 22 i denne stillingtagen).«

e) såfremt den er uforenelig med en retsafgørelse om forældreansvar, der senere er truffet i den medlemsstat, som anmodningen rettes til

f) såfremt den er uforenelig med en retsafgørelse om forældreansvar, der senere er truffet i en anden medlemsstat eller i det tredjeland, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted, og denne senere retsafgørelse opfylder de nødvendige betingelser for at blive anerkendt i den medlemsstat, som anmodningen rettes til,

eller

g) såfremt den i artikel 56 angivne procedure ikke er blevet fulgt. [6]

16. Artikel 24 i samme afdeling 1 bestemmer:

»Kompetencen for retten i domsstaten kan ikke efterprøves. Den i […] artikel 23, litra a), omhandlede efterprøvelse vedrørende grundlæggende retsprincipper kan ikke foretages i forhold til kompetencereglerne i artikel [8]-14. [7]

17. Kapitel III, afdeling 4, der har overskriften »Eksigibiliteten af visse retsafgørelser om samværsret og visse retsafgørelser om tilbagegivelse af barnet«, omfatter artikel 40-45. Artikel 40, der har overskriften »Anvendelsesområde«, bestemmer:

»1. Denne afdeling finder anvendelse på:

[…]

b) tilbagegivelse af et barn i medfør af en retsafgørelse truffet i henhold til artikel 11, stk. 8.

2. Denne afdeling er ikke til hinder for, at en indehaver af forældreansvar kan anmode om anerkendelse og fuldbyrdelse efter afdeling 1 og 2.«

6 — Forordningens artikel 56 vedrører anbringelse af barnet på en institution eller hos en plejefamilie i en anden medlemsstat.«

7 — Citatet gengiver kun henvisninger til bestemmelserne om forældreansvar og udelader bestemmelserne om skilsmisse, separation eller omstødelse af ægteskab, som ikke er relevante her.«

18. Det bestemmes i artikel 42, som har overskriften »Tilbagegivelse af barnet«:

»1. En eksigibel retsafgørelse om tilbagegivelse af barnet, jf. artikel 40, stk. 1, litra b), der er truffet i en medlemsstat, anerkendes i en anden medlemsstat og er eksigibel dér, uden at der kræves en afgørelse om eksigibilitet, og uden at der kan gøres indsigelse mod anerkendelsen, hvis retsafgørelsen er blevet attesteret i domsstaten i overensstemmelse med stk. 2.

Selv om en retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet, jf. artikel 11, stk. 8, i henhold til national lovgivning ikke er eksigibel som følge af loven, uanset en eventuel appel, kan retten i domsstaten erklære den for eksigibel.

2. Den dommer i domsstaten, som har truffet den i artikel 40, stk. 1, litra b), omhandlede retsafgørelse, udsteder kun den i stk. 1 omhandlede attest:

a) hvis barnet har haft mulighed for at blive hørt, medmindre en høring er fundet uhensigtsmæssig under hensyntagen til barnets alder eller modenhedsgrad

b) hvis parterne har haft mulighed for at blive hørt, og

c) hvis retten i sin afgørelse har taget hensyn til de grunde og det bevismateriale, som dannede grundlag for den retsafgørelse, der blev truffet i medfør af [konventionens] artikel 13 […].

Træffer retten eller en anden myndighed foranstaltninger til at sikre beskyttelsen af barnet efter dets tilbagevenden til den medlemsstat, hvor det har sit sædvanlige opholdssted, skal attesten indeholde nærmere oplysninger om sådanne foranstaltninger.

Dommeren i domsstaten udsteder attesten af egen drift og udfærdiger den på formularen i bilag IV (retsafgørelser om tilbagegivelse af barnet).

Attesten udfærdiges på det sprog, som retsafgørelsen er affattet på.«

19. Blandt de forhold, der i den forbindelse skal attesteres, findes følgende attest i bilag IV, punkt 13:

»Retsafgørelsen beordrer barnet tilbagegivet, og retten har i sin afgørelse taget hensyn til de grunde og det bevismateriale, som dannede grundlag for den retsafgørelse, der blev truffet i medfør af [konventionens] artikel 13 […]«

20. Det bestemmes i forordningens artikel 43:

»1. Enhver berigtigelse af attesten sker efter domsstatens lovgivning.

2. Anden appel i forbindelse med udstedelsen af en attest i henhold til artikel 41, stk. 1, eller artikel 42, stk. 1, er ikke mulig.«

21. Forordningens artikel 47, der har overskriften »Fuldbyrdelsesprocedure«, bestemmer:

»1. Fuldbyrdelsesproceduren afgøres efter fuldbyrdelsesstatens lovgivning.

2. En afgørelse, der er truffet af en ret i en anden medlemsstat, og som er erklæret for eksigibel i overensstemmelse med afdeling 2 eller attesteret i overensstemmelse med artikel 41, stk. 1, eller artikel 42, stk. 1, fuldbyrdes i fuldbyrdelsesstaten på samme vilkår, som hvis den var truffet i denne medlemsstat.

Navnlig kan en retsafgørelse, der er attesteret i overensstemmelse med artikel 41, stk. 1, eller artikel 42, stk. 1, ikke fuldbyrdes, hvis den er uforenelig med en senere truffet eksigibel retsafgørelse.«

22. Forordningens artikel 53 bestemmer, at hver medlemsstat udpeger en eller flere centralmyndigheder, som skal bistå ved anvendelsen af forordningen. I henhold til forordningens artikel 55, litra c), er en af disse myndigheders opgaver i forbindelse med specifikke sager om forældreansvar at »fremme kommunikationen retterne imellem, navnlig i forbindelse med gennemførelsen af artikel 11, stk. 6 og 7, samt artikel 15«.

**Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger**

23. Jeg vil i denne sag gå til værks, som jeg gjorde i min stillingtagen i den sag, der gav anledning til Rinau-dommen [8], idet jeg sammenfatter tvistens væsentligste faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne, således som de fremgår af forelæggelseskendelsen og bilagene hertil, i form af et oversigtsskema.

8 — Dom af 11.7.2008, sag C-195/08 PPU, Sml. I, s. 5271.

| Dato | Italien | Østrig |
|---|---|---|
| 6.12.2006 | Barnets fødsel; forældrene har fælles forældremyndighed i henhold til italiensk ret. | |
| 31.1.2008 | Moderen forlader den fælles bopæl med barnet. | |
| 4.2.2008 | Faderen nedlægger ved Tribunale per i Minorenni di Venezia (ungdomsdomstolen i Venedig) påstand om forældremyndighed for ham alene over barnet og forbud mod, at moderen forlader Italien med barnet. | |
| 8.2.2008 | Tribunale per i Minorenni di Venezia forbyder foreløbigt moderen at forlade Italien med barnet. | |
| | Moderen anmoder om tildeling af forældremyndigheden over barnet til hende alene. | Moderen flytter på trods af forbuddet til Østrig med barnet. |
| 16.4.2008 | | Faderen anmoder om tilbagegivelse af barnet i medfør af konventionen. |
| 23.5.2008 | Inden Tribunale per i Minorenni di Venezia træffer endelig afgørelse om forældremyndigheden, bestemmer den, at der skal indhentes en psykologudtalelse, og at der skal være regelmæssig kontakt mellem barnet og faderen, dels i Italien, dels i Østrig, ved de respektive sociale myndigheder; med henblik på at moderen kan rejse mellem de to lande med barnet for at muliggøre kontakten med faderen, tilbagekalder retten udrejseforbuddet; retten tildeler foreløbigt begge forældre fælles forældremyndighed og giver moderen ret til at beholde barnet hos sig i Østrig med hende som eneudøver af beføjelsen til at bestemme over barnets daglige tilværelse. | De østrigske retsinstanser ser i første omgang bort fra denne afgørelses eksistens og indhold. |

| Dato | Italien | Østrig |
|---|---|---|
| 6.6.2008 | | Bezirksgericht Judenburg (retten i retskredsen Judenburg, som er den retskreds, hvor moderen og barnet bor) forbyder efter moderens anmodning faderen at tage kontakt til moderen og barnet, da han har chikaneret moderen. |
| 3.7.2008 | | I henhold til konventionens artikel 13, litra b) (alvorlig risiko for psykisk skade ved adskillelse fra moderen) afviser Bezirksgericht Leoben (retten i retskredsen Leoben, som er nabokredsen til Judenburg)[9] faderens anmodning (af 16.4.2008) om en afgørelse om, at barnet skal tilbagegives til Italien. |
| 1.9.2008 | | Landesgericht Leoben (regionalretten i Leoben) annullerer efter appel iværksat af faderen kendelsen af 3. juli 2008 på grundlag af forordningens artikel 11, stk. 5, idet Bezirksgericht ikke hørte faderen. |

9 — Det fremgår ikke af sagsakterne, hvorfor retsforhandlingerne i Østrig foregik ved retterne i to forskellige retskredse.

| Dato | Italien | Østrig |
|---|---|---|
| 6.9.2008 | | Bezirksgericht Judenburgs kendelse af 6. juni 2008 udløber, da den ikke længere er i kraft. |
| 21.11.2008 | | Bezirksgericht Leoben hører faderen og afviser igen hans anmodning, denne gang under henvisning til Tribunale per i Minorenni di Venezias kendelse af 23. maj 2008 (som den på dette tidspunkt havde fået kendskab til), idet den bestemmer, at barnet skal blive hos sin mor i Østrig. |
| 7.1.2009 | | Landesgericht Leoben stadfæster afvisningen af faderens anmodning, idet den igen henviser til konventionens artikel 13, litra b). |

| Dato | Italien | Østrig |
|---|---|---|
| 9.4.2009 | Faderen anmoder Tribunale per i Minorenni di Venezia om at bestemme, at barnet skal tilbagegives i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8. | |
| 15.5.2009 | Moderen påberåber sig, at Tribunale per i Minorenni di Venezia ikke har kompetence i henhold til forordningens artikel 10; subsidiært anmoder hun om hjemvisning til Bezirksgericht Judenburg i henhold til forordningens artikel »15, litra b), stk. 5«[10]. | |
| 30.4.2009 og 19.5.2009 | Tribunale per i Minorenni di Venezia hører partsrepræsentanterne, idet moderen ikke giver møde personligt; repræsentanterne erklærer sig villige til at drøfte en plan for kontakten mellem faderen og barnet, der skal udarbejdes af en af retten udpeget ekspert. | |

10 — Jf. fodnote 36 i denne stillingtagen.

| Dato | Italien | Østrig |
|---|---|---|
| 26.5.2009 | | Efter anmodning fra moderen (som ikke blev meddelt Tribunale per i Minorenni di Venezia) erklærer Bezirksgericht Judenburg (uden at have hørt faderen), at retten har kompetence til at behandle moderens anmodning om forældremyndighed »i medfør af [forordningens] artikel 15, stk. 5«; den anmoder Tribunale per i Minorenni di Venezia om at frasige sig kompetencen og at overgive sagen til den østrigske ret. |
| 26.6.2009 | Faderen erklærer sig parat til at overholde den samkvemsplan, der skal udarbejdes. | |
| 27.6.2009 | Moderen erklærer, at hun ikke vil godtage den samkvemsplan, der skal udarbejdes, idet hun påberåber sig personlige problemer og bekymring for barnets velfærd. | |
| 8.7.2009 | Den sagkyndige psykolog forelægger sit forslag til en samkvemsplan for Tribunale per i Minorenni di Venezia, som samme dag modtager anmodningen om sagens overgivelse til Bezirksgericht Judenburg. | |

| Dato | Italien | Østrig |
|---|---|---|
| 10.7.2009 | Tribunale per i Minorenni di Venezia afviser moderens indsigelse mod dens kompetence og afslår at overgive kompetencen til Bezirksgericht Judenburg, da betingelserne i forordningens artikel 15 ikke er opfyldt (der er ikke tale om en undtagelsessituation i den i stk. 1 omhandlede forstand, og det er ikke fastslået, at der er en særlig tilknytning til Østrig i den i stk. 3 omhandlede forstand); retten fastslår, at psykologudtalelsen ikke kunne færdiggøres på grund af moderens manglende samarbejde; den bestemmer, at barnet omgående skal tilbagegives til Italien, enten sammen med moderen (idet der i så fald skal stilles en bolig til rådighed for hende og udarbejdes en samkvemskalender) eller til faderen med henblik på at genskabe kontakten mellem faderen og barnet, og retten attesterer sin afgørelse i overensstemmelse med forordningens artikel 42, stk. 2. | |
| 25.8.2009 | | Bezirksgericht Judenburg tildeler foreløbigt moderen forældremyndigheden, da det vil indebære en risiko for barnets bedste, hvis det tilbagegives til Italien. Rettens afgørelse meddeles faderen uden oversættelse og uden oplysning om retten til at nægte modtagelsen heraf. |

| Dato | Italien | Østrig |
|---|---|---|
| 22.9.2009 | | Faderen anmoder Bezirksgericht Leoben om at fuldbyrde Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse af 10. juli 2009 om tilbagegivelse, idet han påberåber sig forordningens artikel 47. |
| 23.9.2009 | | Bezirksgericht Judenburg attesterer, at dens kendelse af 25. august 2009 er retskraftig og kan fuldbyrdes. |
| 12.11.2009 | | Bezirksgericht Leoben afviser anmodningen om fuldbyrdelse af Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse om tilbagegivelse, da barnets tilbagegivelse til faderen vil udsætte det for risiko for psykisk skade. |
| 30.11.2009 | | Faderen iværksætter appel til prøvelse af Bezirksgericht Leobens afgørelse af 12. november 2009. |

| Dato | Italien | Østrig |
|---|---|---|
| 20.1.2010 | | Landesgericht Leoben tager faderens appel til følge, idet den henviser til en strikte anvendelse af forordningens bestemmelser. |
| 16.2.2010 | | Moderen iværksætter en »revisionsanke« til prøvelse af Landesgericht Leobens afgørelse af 20. januar 2010 ved Oberster Gerichtshof. |
| 20.4.2010 | | Oberster Gerichtshof stiller Domstolen fem præjudicielle spørgsmål, idet den anmoder om behandling efter hasteproceduren. |
| 3.5.2010 | | Domstolen modtager anmodningen om præjudiciel afgørelse. |

**De præjudicielle spørgsmål**

24. Den forelæggende ret har anerkendt, at i henhold til Rinau-dommen [11] tilkommer det, når der foreligger en attest i henhold til forordningens artikel 42, alene retten i fuldbyrdelsesstaten at fastslå, at en afgørelse, der er truffet i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, er eksigibel, og at anordne barnets umiddelbare tilbagegivelse. Den materielle prøvelse af den italienske afgørelse er derfor principielt udelukket. Den omstændighed, at retten i domsstaten angiveligt savner stedlig kompetence, kan i medfør af nationale retsplejeregler ikke gøres gældende i forbindelse med en »revisionsanke«. Der er dog efter

11 — Nævnt i fodnote 8.

rettens opfattelse grundlag for at underkaste visse punkter en nærmere prøvelse.

25. Oberster Gerichtshof har derfor besluttet at stille Domstolen følgende fem spørgsmål:

»1) Skal der ved en »afgørelse om forældremyndighed, som ikke indebærer tilbagegivelse af barnet« som omhandlet i [forordningens] artikel 10, litra b), nr. iv), […] ligeledes forstås en foreløbig afgørelse, hvorved »forældrenes beslutningsbeføjelse«, navnlig retten til at bestemme, hvor barnet skal opholde sig, overføres til den bortførende forælder, indtil der træffes endelig afgørelse om forældremyndigheden?

2) Er en afgørelse om tilbagegivelse kun omfattet af anvendelsesområdet for […] forordningens artikel 11, stk. 8, når retten anordner tilbagegivelse på grundlag af en af denne ret truffet afgørelse om forældremyndighed?

3) For det tilfælde, at spørgsmål 1 eller 2 besvares bekræftende, spørges:

a) Kan den omstændighed, at retten i domsstaten ikke er kompetent (spørgsmål 1), eller at […] forordningens artikel 11, stk. 8 (spørgsmål 2), ikke finder anvendelse i fuldbyrdelsesstaten, gøres gældende mod fuldbyrdelsen af en afgørelse, for hvilken retten i domsstaten har udstedt en attest i henhold til […] forordningens artikel 42, stk. 2?

b) Eller skal sagsøgte i et sådant tilfælde nedlægge påstand om annullation af attesten i domsstaten, hvorved fuldbyrdelsen i fuldbyrdelsesstaten kan udsættes, indtil domsstatens afgørelse foreligger?

4) For det tilfælde, at spørgsmål 1 eller 2 eller spørgsmål 3, litra a), besvares benægtende, spørges:

Er en afgørelse, som er truffet af retten i fuldbyrdelsesstaten, og som er eksigibel i henhold til dennes stats lovgivning, ved hvilken afgørelse den bortførende forælder foreløbigt overgives forældremyndigheden, i henhold til […] forordningens artikel 47, stk. 2, også til hinder for fuldbyrdelsen af en afgørelse om tilbagegivelse, som forinden er truffet af domsstaten i medfør af […] forordningens artikel 11, stk. 8, hvis den ikke er til hinder for fuldbyrdelsen af en afgørelse om tilbagegivelse, truffet af fuldbyrdelsesstaten i medfør af Haagerkonventionen […]?

5) For det tilfælde, at spørgsmål 4 ligeledes besvares benægtende, spørges:

a) Kan fuldbyrdelsen af en afgørelse, for hvilken retten i domsstaten har udstedt en attest i henhold til […] forordningens artikel 42, stk. 2, nægtes af fuldbyrdelsesstaten, hvis omstændighederne har ændret sig, siden afgørelsen blev truffet, på en sådan måde, at fuldbyrdelsen nu vil indebære en alvorlig risiko for barnets tarv?

b) Eller skal sagsøgte gøre disse ændrede omstændigheder gældende i domsstaten, hvorved fuldbyrdelsen i fuldbyrdelsesstaten kan udsættes, indtil domsstatens afgørelse foreligger?«

**Retsforhandlingerne for Domstolen**

26. Da sagen behandles efter den i artikel 104b i Domstolens procesreglement regulerede hasteprocedure, har den østrigske regering og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige bemærkninger, da de er de eneste, der med undtagelse af parterne i tvisten i hovedsagen kan intervenere på dette tidspunkt. De samme parter samt den tjekkiske, den tyske, den franske, den italienske, den lettiske, den slovenske og Det Forenede Kongeriges regering var til stede under retsmødet den 14. juni 2010. Forældrene gjorde, selv om de var berettigede til at indgive skriftlige bemærkninger og være til stede under retsmødet, ikke brug af deres ret i denne sag.

**Analyse**

*Indledende bemærkninger*

27. Oberster Gerichtshofs spørgsmål er i ikke ubetydeligt omfang fremkaldt af den opfattelse, at der er en diskrepans mellem en ordlydsfortolkning og en formålsfortolkning af visse bestemmelser i forordningen. Det forekommer dermed vigtigt at huske på de tre grundlæggende principper, der ligger bag de relevante bestemmelser i forordningen, og som skal være vejledende for enhver formålsfortolkning [12].

12 — Jf. også Rinau-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 47 ff., og min stillingtagen i samme sag, punkt 15 ff.

28. For det første bygger forordningen på, at barnets tarv har forrang, og at barnets rettigheder skal overholdes. Ud over ønsket om i hvert tilfælde at tage hensyn til barnets bedste kommer denne opfattelse navnlig til udtryk i den generelle regel, hvorefter det er retsinstanserne på barnets sædvanlige opholdssted, der er bedst egnede til at besvare ethvert spørgsmål om forældremyndigheden eller forældreansvaret, og som dermed principielt skal have kompetence inden for dette område. Det er imidlertid min opfattelse, at selv om den ret, der skal træffe afgørelse i en konkret sag, skal tage hensyn til hvert enkelt berørt barns konkrete tarv, skal fortolkningen af forordningen bygge på et mere overordnet begreb for barnets bedste, der finder generel anvendelse.

29. For det andet søger forordningen at garantere, at alle ulovlige fjernelser af børn forbliver uden retsvirkninger, medmindre de efterfølgende godtages af alle andre berørte parter. Ud fra dette synspunkt fastsætter forordningen dels en halvautomatisk mekanisme, således at barnet omgående tilbagegives, dels en meget streng begrænsning af mulighederne for at overføre kompetencen til retsinstanserne i den medlemsstat, hvortil barnet ulovligt er blevet fjernet, hvorved retsinstanserne i medlemsstaten med det tidligere sædvanlige opholdssted kan se bort fra en eventuel afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, der er truffet med hjemmel i konventionens artikel 13.

30. Også på det specifikt afgrænsede område vedrørende forældreansvaret og den ulovlige fjernelse af børn forfølger forordningen således mindst to formål – kompetence hos retsinstanserne i barnets opholdsstat og barnets tilbagegivelse efter en ulovlig fjernelse til den tidligere opholdsstat – som kan være delvist uforenelige, i det mindste hvis der er tale om en længerevarende fjernelse, således at barnet har fået et nyt sædvanligt opholdssted i den medlemsstat, barnet er flyttet til.

31. For det tredje kræver forordningen, at de nationale retsinstanser har en høj grad af gensidig tillid, der begrænser årsagerne til manglende anerkendelse af afgørelser fra en ret i en anden medlemsstat til et nødvendigt minimum, og som gør anerkendelsen og fuldbyrdelsen af disse afgørelser halvautomatisk. I øvrigt fastsætter forordningen i samme ånd en samarbejdsmekanisme og opfordrer de nationale retter til at anvende den.

32. To andre af forordningens aspekter fortjener efter min opfattelse også at blive understreget.

33. For det første fastsætter forordningen kun regler om kompetence, anerkendelse og fuldbyrdelse. Den regulerer ingen materielle spørgsmål. I modsætning til det, som den østrigske regering tilsyneladende fremførte under retsmødet, er forordningens anvendelse ikke udtryk for en »europæisk integration på bekostning af barnet«, men tilsigter klart at fastlægge den kompetente ret i grænseoverskridende situationer og at sikre, at andre retter har tillid til dennes afgørelser, eftersom *alle* medlemsstaternes retter skal træffe deres afgørelser ved at lade det berørte barns bedste veje tungest.

34. For det andet forudsætter forordningen – og kræver endog i visse tilfælde – at retterne og parterne handler hurtigt på området for ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse [13] af et barn. Hvis denne hurtige handling reelt ikke sikres, indskrænkes anvendelsen af forordningen, således som det fremgår af denne sag. Forordningen tilsigter navnlig at undgå, at situationen kompliceres på grund af en ny tilknytning, som barnet kan få til den medlemsstat, hvortil det ulovligt er fjernet.

35. Endelig skal der erindres om de successive etaper i den procedure, der er fastsat i konventionen og forordningen i tilfælde af ulovlig (og anfægtet) fjernelse. For det første skal den forladte forælder i henhold til konventionens artikel 12 rette henvendelse til retterne i den medlemsstat, hvortil barnet er fjernet, med henblik på at opnå en kendelse om tilbagegivelse. Denne anmodning skal tages til følge, medmindre der er usædvanlige afvisningsgrunde, herunder de grunde, der er opregnet i konventionens artikel 13, og hvis det i tilfælde af afvisning i henhold til denne artikels litra b) ikke er godtgjort, at der er truffet passende foranstaltninger til at sikre beskyttelsen af barnet efter dets tilbagegivelse (jf. forordningens artikel 11, stk. 4). I alle tilfælde skal afgørelsen træffes senest seks uger efter, at anmodningen er indgivet, medmindre særlige omstændigheder gør dette umuligt (forordningens artikel 11, stk. 3). I tilfælde af en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, skal den meddeles myndighederne i den medlemsstat, hvor barnet tidligere opholdt sig, og parterne (principielt forældrene) skal have mulighed for at udtrykke sig over for den kompetente ret i den medlemsstat. I givet fald kan denne sidstnævnte ret ikke desto mindre bestemme, at barnet skal tilbagegives (forordningens artikel 11, stk. 8), og dens afgørelse kan fuldbyrdes direkte i den medlemsstat, hvortil barnet er fjernet, hvis den er attesteret i overensstemmelse med forordningens artikel 42. En sådan attest er imidlertid kun mulig, hvis retten har taget hensyn til den begrundelse og de beviser, der ligger bag afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives. En ret, der bestemmer, at barnet skal tilbagegives under disse omstændigheder, skal endvidere give myndighederne i den medlemsstat, hvortil barnet er fjernet, nærmere oplysninger om enhver foranstaltning,

13 — Forordningen vedrører både tilfælde med ulovlig fjernelse og med ulovlig tilbageholdelse. I det følgende vil jeg kun behandle »ulovlig fjernelse«, fordi dette er situationen i den foreliggende sag. Alle betragtningerne vedrører ikke desto mindre begge tilfælde.

der er truffet med henblik på at sikre beskyttelsen af barnet efter tilbagegivelsen.

*Det første spørgsmål*

36. Oberster Gerichtshof har spurgt Domstolen, om en foreløbig foranstaltning, der tildeler den forælder, der har opfostret barnet, »forældrenes beslutningsbeføjelse, navnlig retten til at bestemme, hvor barnet skal opholde sig», indtil der er truffet endelig afgørelse om forældremyndigheden, skal anses for en «afgørelse om forældremyndighed, der ikke indebærer tilbagegivelse af barnet« i den i forordningens artikel 10, litra b), nr. iv), omhandlede forstand [14].

37. Det drejer sig under den nævnte sag om at afgøre, om Tribunale per i Minorenni di Venezia med afgørelsen af 23. maj 2008 mistede den kompetence, den ellers havde bevaret i medfør af den generelle regel i forordningens artikel 10 som ret i den medlemsstat, hvor barnet havde haft sædvanligt opholdssted umiddelbart før den ulovlige fjernelse. Oberster Gerichtshof er nemlig af den opfattelse, at barnet nu har fået nyt sædvanligt opholdssted i Østrig, og at selv om betingelsen i den nævnte artikels litra a) (i denne sag faderens samtykke) ikke er opfyldt, er de to første betingelser, der stilles alternativt i litra b), opfyldt (nemlig at barnet har boet i Østrig i et tidsrum af mindst ét år, efter at faderen har fået kendskab til barnets opholdssted, og at barnet er faldet til i sine nye omgivelser). Hvis mindst en af de yderligere betingelser i nr. i)-iv) ligeledes er opfyldt, overgår den generelle kompetence til retterne i Østrig, som er medlemsstaten med barnets nye sædvanlige opholdssted. Oberster Gerichtshof har forkastet betingelse nr. i)-iii), men er af den opfattelse, at hvis – således som moderen har gjort gældende – Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse af 23. maj 2008 er en »afgørelse om forældremyndighed, som ikke indebærer tilbagegivelse af barnet«, er betingelse nr. iv) opfyldt.

38. Oberster Gerichtshof er imidlertid af den opfattelse, at denne betingelse i henhold til en formålsfortolkning ikke kan anses for opfyldt – selv hvis den pågældende afgørelse i henhold til en ordlydsfortolkning faktisk er en »afgørelse om forældremyndighed«, fordi den regulerer forældremyndigheden over barnet, selv om det er foreløbigt, og ikke

14 — Således som den italienske regering præciserede under retsmødet, forekommer det, at udtrykket »forældrenes beslutningsbeføjelse«, navnlig retten til at bestemme, hvor barnet skal opholde sig, der er anvendt i det præjudicielle spørgsmål, slet ikke afspejler indholdet af Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse af 23.5.2008 på korrekt vis. Det er imidlertid ubestridt, at denne afgørelse faktisk vedrører forældremyndigheden over barnet og ikke barnets tilbagegivelse.

indebærer, at barnet skal tilbagegives, i det mindste ikke omgående.

39. Rettens ræsonnement er i det væsentlige det følgende. Når en *endelig* afgørelse om forældremyndighed ikke indebærer, at barnet skal tilbagegives, er der ingen grund til at opretholde kompetencen hos retterne i den tidligere opholdsstat. Retterne i den nye opholdsstat er altid bedre egnede til at træffe de senere afgørelser vedrørende barnet, og betingelserne i forordningens artikel 10, litra b), nr. iv), er forståelige og rimelige. Mens en *foreløbig* tilladelse til lade barnet blive hos den »bortførende forælder« derimod kun tilsigter at undgå, at barnet flyttes rundt, mens den endelige afgørelse afventes, vil en ordlydsfortolkning, der indebærer, at retten på det tidligere sædvanlige opholdssted mister sin kompetence, omvendt hindre denne i at træffe endelig afgørelse. Denne ret bør imidlertid under hensyn til forordningens formål kun miste sin kompetence, hvis retsforhandlingerne om forældremyndigheden *afsluttes,* uden at det bestemmes, at barnet skal tilbagegives. Den østrigske regering har helt tilsluttet sig dette ræsonnement.

40. Kommissionen har i samme ånd understreget risikoen for, at en ret i den tidligere opholdsmedlemsstat undlader at træffe en foreløbig afgørelse om forældremyndighed, som lader barnet blive i den nye opholdsmedlemsstat, og som sikrer barnets tarv, af frygt for at blive frataget sin kompetence til efterfølgende at træffe endelig afgørelse. Kommissionen er ligeledes af den opfattelse, at betingelserne om kompetencens overførsel, der er opregnet i forordningens artikel 10, som værende undtagelser til den generelle regel om opretholdelse af kompetencen hos retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat, snarere skal fortolkes indskrænkende end udvidende.

41. De medlemsstater, der var repræsenteret under retsmødet, har alle, med undtagelse af Republikken Slovenien, i det væsentlige forsvaret det samme synspunkt.

42. Jeg kan samlet set tilslutte mig dette synspunkt, selv om det er min opfattelse, at visse detaljer skal nuanceres, og at visse andre betragtninger bør undersøges, som går i modsat retning, og som ikke umiddelbart kan forkastes.

43. Jeg bemærker for det første, at Oberster Gerichtshofs overvejelser i et vist omfang hviler på de grunde, der fik Tribunale per i Minorenni di Venezia til at tildele moderen den foreløbige forældremyndighed. Jeg er dog tøvende over for at følge denne fremgangsmåde. Det forekommer mig principielt ikke ønskeligt at fortolke forordningen ved hjælp af den specifikke begrundelse i en individuel afgørelse om forældremyndighed. Det skal snarere afgøres, om der kan udledes en objektiv sondring af det forhold, at afgørelsen er foreløbig eller ikke. Der er i øvrigt altid en risiko for, at retten i en medlemsstat foretager

en forkert fortolkning af begrundelsen fra retten i en anden medlemsstat [15]. Jeg vil derfor analysere spørgsmålet ved at følge en mere generel fremgangsmåde.

44. Jeg er dernæst i en sammenhæng som den nærværende tøvende over for uden nogen yderligere tilpasning at anvende princippet om, at undtagelser eller fravigelser til en regel skal fortolkes indskrænkende. Hvad angår artikel 10 er forholdet således det, at hvis reglen om opretholdelse af kompetencen hos retten på det tidligere sædvanlige opholdssted udgør et af forordningens grundlæggende principper – nemlig at fratage den bortførende forælders ulovlige handling enhver retsvirkning – så udgør undtagelsen et andet grundlæggende princip, eftersom der er tale om en kompetenceregel »udformet under hensyntagen til barnets bedste og bygge[nde] navnlig på kriteriet om nærhed« [16].

45. Det må endelig erkendes, at uanset hvor meget der kan synes at tale for den løsning, som den forelæggende ret, Kommissionen og næsten alle de medlemsstater, der var til stede under retsmødet, har foreslået, er der visse argumenter, som kan tale herimod. De kan sammenfattes således.

46. Forordningens artikel 10, litra b), nr. iv), behandler en situation, hvor barnet har boet mindst et år i den medlemsstat, hvortil det ulovligt er fjernet, hvor det har fået et nyt sædvanligt opholdssted, og hvor det er faldet til i sine nye omgivelser, og hvorunder retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat ikke alene i dette tidsrum ikke har truffet endelig afgørelse om forældremyndigheden over barnet, men også har været af den opfattelse, at – ganske vist midlertidigt, men i alle tilfælde i tidsrummet på mindst et år – hensynet til barnets bedste tilsagde, at det blev i den medlemsstat, hvortil det var fjernet. Som tiden går, er det meget sandsynligt, at disse retter har mere og mere vanskeligt ved at få oplysninger om barnets faktiske situation og omgivelser (ved hjælp af f.eks. psykologer, rapporter fra de sociale myndigheder og/eller alt efter barnets alder direkte udspørgen). De befinder sig endvidere i en medlemsstat, med hvilken barnet uden tvivl er i gang med at miste kontakten. Under sådanne omstændigheder skal princippet om kompetence hos den ret, der er tættest på barnet, da ikke veje tungere end

15 — Jeg spørger endog mig selv, om dette ikke i et vist omfang er tilfældet i denne sag. Oberster Gerichtshof synes nemlig at forudsætte, at Tribunale per i Minorenni di Venezia navnlig tildelte moderen den foreløbige forældremyndighed for at undgå en flytten frem og tilbage af barnet, mens denne ret efter min forståelse af kendelsen af 23.5.2008 navnlig ønskede at lette barnets flytninger med moderen mellem Østrig og Italien med henblik på at opretholde kontakten til faderen.

16 — Jf. tolvte betragtning til forordningen. Det skal endvidere bemærkes, at kriteriet om nærhed efter sin art kan have forskellige resultater, efterhånden som tiden går.

opretholdelsen af kompetencen hos retten på det tidligere sædvanlige opholdssted?

47. Jeg mener ikke, at svaret på dette spørgsmål skal være bekræftende.

48. Når et barn er blevet ulovligt fjernet til en anden medlemsstat, er forordningens og konventionens umiddelbare formål at sikre barnets hurtige tilbagevenden med henblik på at fratage den »bortførende forælder« enhver praktisk eller retlig fordel, vedkommende kan håbe at drage af situationen [17]. Hvis dette formål gennemføres effektivt, har det ligeledes en ikke ubetydelig afskrækkende virkning, således som det er forklaret i begrundelsen for Kommissionens forslag forud for forordningens vedtagelse [18], hvorefter »det i visse tilfælde kan være berettiget, at den faktiske situation, som er opstået gennem en ulovlig bortførelse, som retsvirkning får en overførsel af kompetence. I denne forbindelse må der sikres en balance, således at det både er muligt at tildele den ret, der nu er tættest på barnet, kompetence og at forhindre, at bortføreren høster fordel af sin ulovlige handling«.

49. Det er denne ligevægt – mellem to principper, som jeg har identificeret ovenfor [19] – forordningens artikel 10 tilsigter at skabe for så vidt angår for det første den generelle kompetence på området for forældremyndighed og sekundært gennem forordningens artikel 11, stk. 8, særkompetencen til at bestemme, at barnet skal tilbagegives.

50. Hvad angår ulovlige fjernelser kræver grundprincippet, der tilsigter at fratage den »bortførende forælder« enhver fordel af den ulovlige handling, at retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat opretholder deres kompetence. Dette princip gælder ikke kun for den generelle kompetence, men ligeledes og så meget desto mere for kompetencen til at bestemme, at barnet skal tilbagegives.

51. Det forekommer ikke desto mindre helt rimeligt – og i overensstemmelse med ønsket om den ovenfor beskrevne ligevægt – at bestemme, således som forordningens artikel 10, litra a), gør det, at erhvervelsen af et nyt sædvanligt opholdssted *sammen med det*

17 — Jeg er ikke desto mindre enig med den præcisering, som den franske regering fremkom med under retsmødet, nemlig at der her ikke er tale om en straf, der pålægges den »bortførende forælder«, men snarere en foranstaltning, som tilsigter at genskabe den retlige situation, der ville have bestået, hvis den ulovlige fjernelse ikke var sket.

18 — Forslag til Rådets forordning af 17.5.2002 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabssager og i sager vedrørende forældremyndighed, om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000 og om ændring af forordning (EF) nr. 44/2001, for så vidt angår sager vedrørende underholdspligt (KOM(2002) 222 endelig, udg. 2), hvad angår artikel 21 i forslaget til forordning, som er blevet forordningens artikel 10. Bestemmelsens ordlyd er ændret, men indholdet er i det væsentlige forblevet det samme.

19 — Jf. punkt 28 og 29 i denne stillingtagen.

*forhold, at de parter, der har forældremyndigheden, har affundet sig hermed*, kan overføre denne kompetence til retterne i den nye opholdsmedlemsstat. I så fald har kompetencen til at bestemme, at barnet skal tilbagegives, ikke længere nogen eksistensberettigelse.

52. Det kunne forekomme lige så rimeligt at fastsætte den samme kompetenceoverførsel, hver gang et barn ikke alene har fået et nyt sædvanligt opholdssted, men ligeledes har boet i den nye medlemsstat i mere end et år og er faldet til i de nye omgivelser, selv i mangel af en udtrykkelig affinden sig hermed fra de parter, der har forældremyndigheden. Dette er nemlig løsningen i artikel 7 Haagerkonventionen af 1996 [20], som synes at være i overensstemmelse med princippet om kompetence hos retterne på det sædvanlige opholdssted for at sikre barnets bedste. Selv om det fremgår af de forberedende arbejder forud for forordningens vedtagelse, at flere delegationer var gunstigt indstillet over for denne løsning [21], er det imidlertid i sidste ende en mere krævende fremgangsmåde, der bevidst er valgt, som strengt begrænser kompetenceoverførslen til de fire tilfælde, der udtømmende er opregnet i den endelige udgave af forordningens artikel 10, litra b).

53. De tre første tilfælde indebærer stiltiende de facto affinden sig med situationen fra forældremyndighedsindehaverne (nemlig sædvanligvis den efterladte forælder), for så vidt som der ikke er fremsat anmodning om barnets tilbagegivelse i den medlemsstat, hvortil barnet ulovligt er fjernet, eller en sådan anmodning er trukket tilbage eller afvist, uden at anmoderen har fulgt sagen op i henhold til forordningens artikel 11, stk. 7 og 8, i den tidligere opholdsmedlemsstat.

54. Det fjerde tilfælde, som er af interesse i den forelæggende sag, er tilfældet med en afgørelse om forældremyndighed, *som ikke indebærer tilbagegivelse af barnet*, og som er truffet af en ret i den tidligere opholdsmedlemsstat. Der er her ikke tale om, at denne ret stiltiende affinder sig med kompetenceoverførslen, men snarere en afgørelse, som godkender, at barnet har fået nyt sædvanligt opholdssted i en anden medlemsstat, som vil indebære kompetenceoverførsel. Mens

20 — Omtalt i fodnote 3. Denne konvention er underskrevet af alle Unionens medlemsstater med undtagelse af Republikken Malta, men den er fortsat kun ratificeret af otte af dem, dog ikke Republikken Østrig og Den Italienske Republik. Alle de øvrige medlemsstater, med undtagelse af Kongeriget Danmark, er bemyndiget til at ratificere konventionen eller tilslutte sig den samtidigt i Unionens interesse (jf. Rådets beslutning 2008/431/EF af 5.6.2008 om bemyndigelse af visse medlemsstater til i Det Europæiske Fællesskabs interesse at ratificere eller tiltræde Haagerkonventionen af 1996 om kompetence, lovvalg, anerkendelse, fuldbyrdelse og samarbejde vedrørende forældreansvar og foranstaltninger til beskyttelse af børn og om bemyndigelse af visse medlemsstater til at fremsætte en erklæring om anvendelsen af de relevante interne fællesskabsretlige regler (EUT L 151, s. 36)).

21 — Jf. bl.a. afdeling II, litra a), i Rådets dokument 13940/02 af 8.11.2002, punkt 11 ff.

kompetenceoverførslen således sker automatisk i medfør af forordningens artikel 8 og 9, når et barn skifter opholdssted ved lovligt at flytte fra en medlemsstat til en anden, skal retten i den tidligere opholdsmedlemsstat i tilfælde af ulovlig fjernelse legalisere denne fjernelse ved at godkende den for at opnå samme resultat.

55. Det er ikke bestridt, at der gives udtryk for en sådan godkendelse i en afgørelse, som tilsigter at regulere forældremyndighedsspørgsmålet på varig måde, forudsat at de øvrige betingelser i forordningens artikel 10, litra b) (ny bopæl i mere end et år, faldet til i de nye omgivelser), er opfyldt. Ifølge en ordlydsfortolkning (den slovenske regering har understreget den meget brede definition af begrebet »retsafgørelse« i forordningens artikel 2, nr. 4)) gælder det samme for en foreløbig afgørelse, som skal erstattes af den senere varige afgørelse.

56. Jeg mener imidlertid ikke, at det skal være tilfældet. Det tidsrum på et år, som betinger kompetenceoverførslen i alle de tilfælde, der omhandles i forordningens artikel 10, litra b), indebærer klart i de tre første tilfælde en bestemt tidsfrist for indgivelse af eller bekræftelse af en anmodning om tilbagegivelse af barnet. Det vil derfor være forbløffende – og usammenhængende – hvis det i det fjerde tilfælde indebærer en tidsfrist for retsforhandlingernes afslutning. Det er imidlertid dette resultat, der opstår, hvis foreløbige afgørelser medtages i begrebet »afgørelse om forældremyndighed, som ikke indebærer tilbagegivelse af barnet«. I så fald ville en ret, der ikke har truffet en »afgørelse om forældremyndighed, som ikke indebærer [omgående] tilbagegivelse af barnet«, bevare sin kompetence indtil retsforhandlingernes afslutning, mens en ret, der har truffet en sådan afgørelse (hvilket ofte kan vise sig at være ønskeligt, henset til barnets tarv), derved ville pålægge sig selv en bestemt dato for at træffe en mere varig afgørelse.

57. Når en ret skal behandle en tvist om forældremyndigheden over et barn, og navnlig når denne tvist er opstået i forbindelse med en ulovlig fjernelse, står den ofte over for et stort problem. Den ihærdighed, som opildner forældrene, kan føre den ene eller anden til at anvende alle tilgængelige muligheder for retslige skridt med det formål at få barnet tilbage. I visse tilfælde kan den berørte forælder tage fejl af retsmidlerne, i andre kan vedkommende bevidst udnytte dem. Eftersom retterne i to medlemsstater nødvendigvis er berørte, kan retsforhandlingerne i en medlemsstat i øvrigt forsinke retsforhandlingerne i en anden, og en eventuel manglende kommunikation kan forlænge fristerne yderligere. I alle tilfældene er der imidlertid en reel risiko for, at den ret i den tidligere opholdsmedlemsstat,

der skal behandle sagen, faktisk mister kontrollen over retsforhandlingernes varighed.

58. Denne sag er et eksempel herpå. Det fremgår for det første, at Bezirksgericht Leoben ikke afviste faderens anmodning om tilbagegivelse på grundlag af konventionen førend den 3. juli 2008, omkring 11 uger efter anmodningens indgivelse den 16. april 2008, mens forordningens artikel 11, stk. 3, fastsætter en frist på maksimalt seks uger, »medmindre særlige omstændigheder gør dette umuligt«. Efter denne afvisning iværksatte faderen appel til prøvelse af afvisningen i Østrig i stedet for at rette direkte henvendelse til Tribunale per i Minorenni di Venezia for at opnå en afgørelse i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8 – to gange, fordi den første afvisning blev annulleret, og der blev afvist på ny. Endvidere ventede faderen, også efter at hans anden appel blev forkastet den 7. januar 2009, tre måneder, inden han indgav anmodningen i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8 [22]. I hele dette tidsrum kunne de foranstaltninger, som Tribunale per i Minorenni di Venezia havde truffet med henblik på at have tilstrækkelige oplysninger til at kunne træffe en varig afgørelse om forældremyndigheden over barnet (kontakt med faderen, psykolograpporten) – hvilke foranstaltninger netop havde begrundet afgørelsen om foreløbigt at lade barnet blive hos moderen i Østrig – ikke gennemføres på grund af moderens totale mangel på samarbejde. Tidsrummet på et år er således forløbet, uden at dette kan tilskrives hverken faderens affinden sig hermed eller Tribunale per i Minorenni di Venezias uvirksomhed [23].

59. Den ret, der i første omgang skal behandle en sådan tvist, skal imidlertid meget ofte træffe omgående foreløbige foranstaltninger for at tage højde for de mest presserende spørgsmål, mens den venter på at få alle nødvendige oplysninger for at kunne træffe en varig afgørelse om forældremyndigheden over barnet. Det er netop det, der er sket i denne sag. Det forekommer mig ikke sandsynligt, at lovgiver har ønsket automatisk at overføre kompetencen efter et år i en sådan situation, mens kompetencen ville være forblevet hos den første ret, hvis den ikke havde skullet træffe en omgående foreløbig foranstaltning, som udsatte den varige afgørelse om forældremyndigheden til en senere dato. Dette ville svare til at afbryde retsforhandlingerne ved den kompetente ret med den blotte begrundelse, at retten traf en foreløbig foranstaltning, som den anså for nødvendig.

22 — Det kan være, at denne frist kan forklares med en dårlig forståelse af forordningens artikel 11, stk. 7, som fastsætter en frist på tre måneder for at give parterne mulighed for at fremsætte bemærkninger til afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives, men jeg har ikke oplysninger herom.

23 — Jeg nævner den foreliggende sag som eksempel herpå, men sammenlignelige omstændigheder fremgår også af Rinaudommen og sag C-256/09, Purrucker, der verserer for Domstolen. I den foreliggende sag bemærker jeg, at visse forsinkelser i meddelelsen af Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse af 23.5.2008 til de østrigske retter og i anmodningen om overførslen af kompetence, som Bezirksgericht Judenburg den 26.5.2009 rettede til Tribunale per i Minorenni di Venezia, ligeledes kan have bidraget til retsforhandlingernes forlængelse.

60. Det er derimod kun, hvis den anmodende forælder, efterhånden som tiden går, affinder sig med situationen – hvilket bringer alle allerede indledte retsforhandlinger til endeligt ophør eller udelukker alle senere retsforhandlinger, som havde kunnet føre til en afgørelse om tilbagegivelse, der kan fuldbyrdes i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, og artikel 42 – eller der træffes en afgørelse fra den kompetente ret, der behandler sagen, som bringer den anlagte sag til afslutning, og som ikke indebærer tilbagegivelse af barnet, at overførslen af kompetence til retterne i den medlemsstat, hvortil barnet ulovligt er fjernet, efter min opfattelse kan være berettiget. De fire tilfælde i forordningens artikel 10, litra b), har således alle et sammenhængende grundlag i en udtrykkelig eller stiltiende afgørelse, som udelukker den efterfølgende anvendelse af mekanismen i forordningens artikel 11, stk. 8, og artikel 42.

61. Under retsmødet blev det spørgsmål rejst, hvordan retten i den medlemsstat, hvortil barnet ulovligt er fjernet, med sikkerhed kan afgøre, om afgørelsen fra retten i den tidligere opholdsmedlemsstat er foreløbig eller endelig. Afgørelser om forældremyndighed kan nemlig altid efter deres art underkastes revision, hvis omstændighederne ændrer sig, og de har dermed aldrig den samme grad af endelighed som de fleste andre retsafgørelser [24]. I øvrigt kan processuelle og terminologiske forskelle mellem medlemsstaternes retsordener gøre opgaven med at sondre mellem en foreløbig afgørelse og en »endelig« afgørelse mindre ligetil.

62. Det forekommer mig, at svaret skal findes i det af den franske regering udtrykte kriterium, nemlig at en afgørelse om forældremyndighed skal anses for foreløbig, så længe retten ikke har »udtømt sin opgave«. Det er dermed tilstrækkeligt at undersøge – med hjælp fra, om nødvendigt, de relevante centralmyndigheder – om der i de berørte retsforhandlinger fortsat skal træffes foranstaltninger, uden at det er nødvendigt at indlede en ny sag for retten.

63. Jeg når derfor til den konklusion, at forordningens formål er til hinder for en ordlydsfortolkning af artikel 10, litra b), nr. iv), og at en foreløbig foranstaltning, der tildeler den forælder, der har bortført barnet, forældremyndigheden over det, indtil der er truffet endelig (eller varig) afgørelse om forældremyndigheden, ikke er en »afgørelse om forældremyndighed, som ikke indebærer tilbagegivelse af barnet« i denne bestemmelses forstand.

*Det andet spørgsmål*

64. Oberster Gerichtshof har spurgt, om en afgørelse om tilbagegivelse kun er omfattet af

24 — Jf. mit forslag til afgørelse i Purrucker-sagen, nævnt i fodnote 23, punkt 118 ff.

anvendelsesområdet for forordningens artikel 11, stk. 8, når retten træffer den på grundlag af en af denne ret selv truffet afgørelse om forældremyndighed.

65. Oberster Gerichtshof har forklaret, at moderen har anført, at kun en afgørelse om tilbagegivelse, der er truffet på grundlag af en afgørelse om forældremyndighed, er omfattet af forordningens artikel 11, stk. 8. Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse af 10. juli 2009, som faderen har ønsket fuldbyrdet, bygger ikke på en afgørelse om forældremyndighed og er dermed ikke omfattet af denne bestemmelse.

66. Oberster Gerichtshof har med rette anerkendt, at en sådan fortolkning hverken støttes af bestemmelsens ordlyd – som uden nærmere kvalifikation taler om »en senere retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet« – eller af Rinau-dommen [25] – som understreger den processuelle selvstændighed af den afgørelse, der kommer efter en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives – men er af den opfattelse, at den ikke kan udelukkes i forbindelse med en systematisk fortolkning og en formålsfortolkning. For det første fremgår det af forordningens artikel 11, stk. 7, at ordningen i stk. 6-8, som giver retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat det sidste ord, kun er berettiget, hvis afgørelsen om tilbagegivelse bygger på en afgørelse om forældremyndighed, som indebærer tilbagegivelse af barnet. For det andet gør en sådan fortolkning ordningen i artikel 10 og 11 mere sammenhængende i sin helhed.

67. Jeg præciserer indledningsvis, at jeg på ingen måde er overbevist om, at den forelæggende rets betragtninger skal føre til det resultat, den er fortaler for. Således som jeg har forklaret i forbindelse med det første spørgsmål, er konventionens første formål at sikre, medmindre der er tale om særlige omstændigheder, barnets *omgående* tilbagegivelse, *inden* spørgsmålet om forældremyndighed eller forældreansvar undersøges. Forordningens artikel 11 tilsigter at styrke denne ordning, fortsat med henblik på en tilbagegivelse *uden opsættelse* – og ikke efter en afgørelse om spørgsmålet om forældremyndighed efter afslutningen af retsforhandlinger, som kan vise sig at være langvarige.

68. Oberster Gerichtshof er imidlertid af den opfattelse – og dette synspunkt blev ligeledes forsvaret af flere medlemsstater under retsmødet – at en afgørelse om tilbagegivelse, der bygger på en afgørelse om forældremyndighed, som indebærer barnets tilbagegivelse, og som træffes efter en fuld oplysning af de faktiske omstændigheder og fuld bevisoptagelse, giver en bedre garanti for, at den er begrundet, end en afgørelse, der er truffet under en sag om foreløbige foranstaltninger.

69. I øvrigt har den forelæggende ret anført, at hvis en afgørelse af denne sidstnævnte art

25 — Nævnt i fodnote 8, navnlig præmis 63 ff.

er omfattet af forordningens artikel 11, stk. 8, vil det være vanskeligt at forstå artiklen i sin helhed. I stedet for at kræve, at retten i den medlemsstat, hvortil barnet ulovligt er fjernet, først tager en sag om tilbagegivelse i medfør af konventionen under behandling, kan retten i den tidligere opholdsmedlemsstat nemlig træffe en simpel afgørelse om tilbagegivelse straks efter bortførelsen, som kan være umiddelbart eksigibel i den anden medlemsstat, helt ligesom afgørelsen i medfør af artikel 11, stk. 8. Proceduren efter konventionen, som kræves i henhold til denne artikel 11, vil således alene føre til en forsinkelse, uden at den har nogen form for selvstændig betydning.

70. Hvad angår dette ræsonnements første del anerkender jeg, at en procedure, som indebærer en mere dybtgående undersøgelse af de faktiske omstændigheder, giver en bedre garanti for, at den er begrundet. Proceduren i forordningens artikel 11, stk. 8, giver, hvis den afvikles på korrekt vis, efter min opfattelse en helt tilstrækkelig garanti. Der er tale om en situation, hvor retten i den medlemsstat, hvortil barnet ulovligt er fjernet, allerede har afvist at bestemme, at barnet skal tilbagegives, af en eller flere af de grunde, der er opregnet i konventionens artikel 13, og har meddelt retten i den tidligere opholdsmedlemsstat – eventuelt med hjælp fra de respektive centralmyndigheder i henhold til forordningens artikel 55, litra c) – en genpart af afgørelsen og af alle de relevante dokumenter. Denne sidstnævnte ret – som er bedre egnet til at vurdere de omstændigheder, hvorunder barnet levede inden bortførelsen, og de omstændigheder, hvorunder det i givet fald vil leve efter tilbagegivelsen – kan kun i overensstemmelse med forordningens artikel 42 attestere den trufne afgørelse i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, hvis den har taget hensyn til alle de grunde og beviser, som afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives, hviler på [26]. Den kan dermed formodes – også i overensstemmelse med princippet om gensidig tillid, som ligger bag forordningen – at have forkastet disse grunde og beviser på grundlag af andre forhold, som den første ret ikke havde kendskab til.

71. Den fremgangsmåde, som visse medlemsstater støttede under retsmødet, forekommer derimod at bygge på en manglende tillid hos retterne i den medlemsstat, hvortil barnet er fjernet, til afgørelser, der er truffet af retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat. En sådan fremgangsmåde udgør ikke kun en fornægtelse af princippet om gensidig tillid, men tager på ingen måde hensyn til den åbenbare fordel, der følger af en dobbelt undersøgelse af anmodningen om tilbagegivelse fra to retters side, hvoraf den ene er bedre egnet til at tage hensyn til de aktuelle omstændigheder, hvorunder barnet lever, mens den anden er bedre egnet til at vurdere de omstændigheder, hvorunder barnet levede tidligere og vil leve, hvis og når det bliver tilbagegivet.

26 — Forordningens artikel 42, stk. 2, første afsnit, litra c), og bilag IV, punkt 13.

72. Hvad angår den anden del forekommer det mig, at den bygger på en forkert opfattelse af forholdet mellem konventionen og forordningen. Konventionen bestemmer utvetydigt, at det i tilfælde af en bortførelse af barnet først er retterne i den stat, hvor barnet befinder sig, der skal rettes henvendelse til for at opnå barnets omgående tilbagegivelse. Det er nemlig disse retter, som er bedst egnede til at bestemme, at barnet skal tilbagegives på den mest effektive måde. Deres afgørelser er umiddelbart eksigible i henhold til den nationale procedure. Det er kun, hvis disse retter er af den opfattelse, at der består en af de grunde til, at barnet ikke skal tilbagegives, der er opregnet i konventionens artikel 13 – og dermed udelukkende under særlige omstændigheder – at det er nødvendigt at rette henvendelse til den kompetente ret i den tidligere opholdsmedlemsstat i medfør af forordningens artikel 11. Denne sidstnævnte ret skal således være overbevist om, at den påberåbte grund ikke er til hinder for tilbagegivelsen, inden den kan se bort fra afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives, der er truffet i medfør af konventionen.

73. Hvis det derimod tilkom retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat indledningsvis at træffe afgørelse om barnets tilbagegivelse, vil fuldbyrdelsesproceduren for det første – altid og ikke kun i tilfælde af en sag i henhold til forordningens artikel 11, stk. 8 – vanskeliggøres af behovet for et samarbejde mellem myndighederne i to forskellige medlemsstater, hvilket i de fleste tilfælde gør det nødvendigt, at de relevante dokumenter oversættes, og for det andet vil det skorte på en mekanisme, der er en væsentlig beskyttelse af barnets interesser, nemlig den obligatoriske dobbelte undersøgelse i tvivlstilfælde af muligheden for at bestemme, at det skal tilbagegives.

74. Det forekommer mig derfor, at ordningen i forordningens artikel 11 i sin helhed er helt sammenhængende, uden at der er behov for at kræve en forudgående afgørelse om forældremyndighed som grundlag for den afgørelse, der træffes i medfør af artikel 11, stk. 8.

75. Oberster Gerichtshof har videre anført, at en afgørelse, der er truffet i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, kan, hvis den går *forud* for en varig afgørelse om forældremyndigheden, som kan føre til et andet resultat, gøre det nødvendigt for barnet at flytte to gange. Dette er en betragtning, som også flere medlemsstater understregede under retsmødet.

76. Muligheden for to flytninger kan ikke benægtes. Der er imidlertid tale om et forhold, der efter min opfattelse er godtaget af såvel konventionens som forordningens ophavsmænd som en nødvendig logisk følge af formålet om at sikre barnets omgående tilbagegivelse eller tilbagegivelse uden opsættelse i tilfælde af ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse. Denne hensigt forekommer mig meget klar efter det system, der følger af forordningens relevante bestemmelser. Først tilbagegives barnet til den tidligere opholdsmedlemsstat, og derefter afgøres spørgsmålene om forældremyndighed og forældreansvar. Dette indebærer nødvendigvis i et vist

antal tilfælde, at barnet flytter to gange – eller rettere tre gange, hvis man medregner den første ulovlige fjernelse. Selv om en række flytninger bestemt ikke er i overensstemmelse med barnets tarv, forekommer det mig, at den mere tungtvejende interesse i at hindre ethvert bortførelsesforsøg ved at fratage det alle praktiske eller retlige virkninger skal have forrang i henhold til forordningens (og konventionens) ånd.

77. I øvrigt skal proceduren bedømmes i lyset af det forfulgte formål, nemlig at få barnet tilbagegivet for at være til rådighed for den kompetente ret. Denne tilbagegivelse består blot i at »korrigere« den første ulovlige fjernelse. Den kompetente ret skal derefter undersøge spørgsmålet om forældremyndigheden under hensyntagen til alle omstændighederne, og i det mindste visse aspekter af denne undersøgelse, såsom psykologiske observationer, sociale rapporter eller i givet fald direkte udspørgen, kræver sædvanligvis, at barnet er til stede. Det kan ikke harmonere med barnets tarv at vanskeliggøre og forlænge denne proces ved at beholde barnet i den medlemsstat, hvortil det ulovligt er fjernet. Endelig træffer retten sin afgørelse, som har eller ikke har den følge, at der sker en sidste flytning, men som er truffet i en fuldt oplyst sag.

78. Endelig har Oberster Gerichtshof nævnt, at muligheden for, at retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat kan bestemme, at barnet skal tilbagegives i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, uden at der først er truffet en afgørelse om forældremyndighed, strider mod princippet om gensidig tillid, fordi det heri ligger, at retterne i den anden medlemsstat kunne tænkes at afvise tilbagegivelsen af subjektive grunde.

79. Dette argument overbeviser mig slet ikke. Således som jeg har forklaret ovenfor, giver proceduren snarere garanti for en dobbelt undersøgelse i tvivlstilfælde af ønskeligheden af barnets tilbagegivelse og kræver en velovervejet begrundelse for enhver afgørelse om tilbagegivelse i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8. Dette forekommer mig på ingen måde uforeneligt med princippet om gensidig tillid, som ligger bag forordningen, og som tværtimod kræver, at retten i en medlemsstat ikke tillægger retterne i en anden medlemsstat subjektive bagtanker, men anser deres afgørelser for at være lige så objektivt begrundede som afgørelser fra retterne i dens egen medlemsstat.

80. Det er dermed min opfattelse, at intet i forordningens ordlyd eller opbygning begrænser muligheden for at bestemme, at barnet skal tilbagegives i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, til den situation, hvor den samme ret allerede har truffet en afgørelse om forældremyndigheden.

*Det tredje spørgsmål*

81. For det tilfælde, at det første eller det andet spørgsmål besvares bekræftende, har Oberster Gerichtshof spurgt, om det er muligt i fuldbyrdelsesstaten at påberåbe sig, at retten i domsstaten (første spørgsmål) ikke har kompetence, eller at forordningens artikel 11, stk. 8, ikke finder anvendelse (andet spørgsmål) på fuldbyrdelsen af en afgørelse, for hvilken retten i domsstaten har udstedt en attest i henhold til forordningens artikel 42, stk. 2, eller om sagsøgte i så fald skal nedlægge påstand om annullation af attesten i domsstaten, hvorved fuldbyrdelsen i fuldbyrdelsesstaten udsættes, indtil domsstatens afgørelse foreligger.

82. For så vidt som jeg foreslår at besvare de to første spørgsmål benægtende, er det tredje spørgsmål ikke længere relevant. Jeg vil ikke desto mindre undersøge det, henset til muligheden for, at Domstolen besvarer det første eller det andet spørgsmål bekræftende, og navnlig henset til den mere generelle interesse, der kan være i at afklare grænserne for mulighederne for at anfægte fuldbyrdelsen af en afgørelse, der er attesteret i overensstemmelse med forordningens artikel 42, stk. 2.

83. Oberster Gerichtshof har anført, at da Tribunale per i Minorenni di Venezia har udstedt en attest i overensstemmelse med forordningens artikel 42, har de nationale østrigske retter ikke kompetence til at undersøge afgørelsens realitet. Det kan dog ikke udelukkes, at disse retter kan efterprøve, om afgørelsen blev afsagt på grundlag af forordningens artikel 11, stk. 8. Eftersom forordningens afdeling 4 i henhold til dens artikel 40 finder anvendelse på »tilbagegivelse af et barn i medfør af en retsafgørelse truffet i henhold til artikel 11, stk. 8«, finder forordningens artikel 42, stk. 1, kun anvendelse, og attesten er dermed kun bindende, hvis der findes en sådan afgørelse – hvilket ikke er tilfældet, hvis svaret på det ene eller det andet af de to første spørgsmål er bekræftende.

84. Den forelæggende ret er også af den opfattelse, at eftersom attesten skal gøre det muligt straks at foretage fuldbyrdelse uden yderligere materiel prøvelse, er det kun retten i domsstaten, der kan fastslå, at attesten er udstedt med urette. Forordningens artikel 43 omhandler imidlertid alene en »berigtigelse« af attesten. Artikel 10 i forordning nr. 805/2004 [27], som er en nyere bestemmelse vedrørende en analog problemstilling, bestemmer derimod, at attesten til bekræftelse af, at der foreligger et europæisk tvangsfuldbyrdelsesdokument, efter anmodning indgivet til den behandlende ret tilbagekaldes, hvis den tydeligvis er blevet udstedt med urette. Eftersom EU-lovgiver bestemt ikke har

27 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 805/2004 af 21.4.2004 om indførelse af et europæisk tvangsfuldbyrdelsesdokument for ubestridte krav (EUT L 143, s. 15).

ønsket en svagere retsbeskyttelse omkring barnets tilbagegivelse end vedrørende inddrivelsen af ubestridte krav, skal det samme ifølge Oberster Gerichtshof gælde for den attest, der er udstedt i denne sag. I så fald skal artikel 23 i forordning nr. 805/2004 [28] også finde analog anvendelse, således at det gøres muligt at udsætte fuldbyrdelsen, indtil retten i domsstaten har truffet afgørelse vedrørende en påstand om berigtigelse eller tilbagekaldelse af attesten.

85. Den forelæggende rets ræsonnement hviler således i stort omfang på en sammenligning med forordning nr. 805/2004, der er vedtaget mindre end fem måneder efter forordningen, og de forberedende arbejder til de to forordninger pågik i vidt omfang i det samme tidsrum i Rådet for Den Europæiske Union. Det ville derfor efter min opfattelse være overraskende, at en mærkbar forskel mellem de to forordninger (udelukkende berigtigelse i tilfælde af en materiel fejl i forbindelse med forordningen og berigtigelse i tilfælde af en materiel fejl og tilbagekaldelse, hvis attesten er udstedt med urette i forbindelse med forordning nr. 805/2004) ikke betyder, at lovgiver har ønsket denne forskel. Det fremgår af de forberedende arbejder, at der var forsøgt forskellige muligheder i de to tilfælde, inden man nåede til den nuværende forskellige ordlyd [29].

86. Det forekommer mig dermed udelukket at forsøge at fortolke den første af disse to forordninger i lyset af den anden, så meget desto mere som de særlige områder, de vedrører, er meget forskellige og ikke nødvendigvis indebærer sammenlignelige fremgangsmåder, selv om de begge er omfattet af det generelle område for det retlige samarbejde i civile sager. Der er nemlig ingen sammenligning mellem vigtigheden af at sikre et barns tilbagegivelse i tilfælde af en ulovlig fjernelse og vigtigheden af at inddrive et ubestridt krav. Jeg bemærker i øvrigt, at de situationer, der er reguleret i de relevante bestemmelser, også er forskellige, for så vidt som der i forbindelse med de i forordningen regulerede situationer er tale om en konflikt og dermed en strid, der allerede er kendt, og som mindst to retter allerede har fået forelagt og taget hensyn til, mens anmodningen om tilbagekaldelse af attesten i forbindelse med forordning nr. 805/2004 omdanner et krav, der angiveligt er ubestridt, til et krav, der i mindste bestrides delvist, hvilket kan begrunde, at den fuldbyrdende ret, som

28 — »Hvis debitor [...] har anmodet om en [...] tilbagekaldelse af attesten som et europæisk tvangsfuldbyrdelsesdokument efter artikel 10, kan den kompetente ret eller myndighed i fuldbyrdelsesstaten på debitors anmodning [...] c) under særlige omstændigheder udsætte fuldbyrdelsesproceduren.«

29 — Jf. f.eks. i forbindelse med forordningen dokument 7730/03 fra den tyske delegation af 21.3.2003, som taler kraftigt for (s. 10) muligheden for et søgsmål mod attestens udstedelse – hvilket standpunkt ikke er anvendt i den vedtagne forordning. I forbindelse med forordning nr. 805/2004 skal det derimod bemærkes, at Kommissionens oprindelige forslag (KOM(2002) 159 endelig) blot, men dog med et fuldstændigt og udtrykkeligt ræsonnement i begrundelsen, bestemte, at den afgørelse, der træffer afgørelse om en attest, »[ikke kan] appelleres« – hvilket standpunkt Kommissionen opretholdt i sit ændrede forslag (KOM(2003) 341 endelig), selv efter et ændringsforslag fra Europa-Parlamentet om indførelse af en mulighed for søgsmål, men som Europa-Parlamentet og Rådet ikke anvendte i den endeligt vedtagne forordning.

ikke tidligere har behandlet kravet, udsætter sagen.

87. Når det er sagt, er det åbenbart, at det spørgsmål stadig kan rejses, hvilke muligheder der står til rådighed, når det viser sig, at en attest af den i forordningens artikel 42 omhandlede art er blevet udstedt med urette. Selv om interessen i straks at få et barn, der er blevet fjernet ulovligt, tilbage og at sikre den blotte og hurtige fuldbyrdelse af afgørelserne om denne tilbagegivelse efter den i forordningens artikel 11 omhandlede procedure taler imod, at det skal være muligt at anfægte den i artikel 42 omhandlede attest, er det altid muligt, at en ret udsteder en sådan attest i den fejlagtige tro, at den er berettiget hertil, mens de nødvendige betingelser for at træffe en afgørelse på grundlag af forordningens artikel 11, stk. 8, reelt ikke er opfyldt.

88. Et eksempel, der blev påberåbt under retsmødet, er det, hvor retten i den tidligere opholdsmedlemsstat bestemmer, at barnet skal tilbagegives, uden at der tidligere har været truffet en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, i henhold til konventionens artikel 13 i den medlemsstat, hvortil barnet ulovligt er fjernet, og retten attesterer sin afgørelse i overensstemmelse med forordningens artikel 42. Den pågældende ret har bestemt kompetence til at træffe en afgørelse om, at barnet skal tilbagegives under disse omstændigheder, men der er i så fald ikke tale om en afgørelse som omhandlet i forordningens artikel 11, stk. 8. Attesteringen af en sådan afgørelse i overensstemmelse med artikel 42 er dermed ikke hjemlet [30], og attesten er følgelig udstedt med urette.

89. Man kan næppe forestille sig, at lovgiver har ønsket at fjerne alle retsmidler til berigtigelse af en fejl af denne art, som ikke nødvendigvis svarer til den eneste berigtigelsesmulighed i henhold til 24. betragtning til forordningen, nemlig »hvis den ikke korrekt afspejler retsafgørelsen«.

90. Dette er en problematik, som jeg allerede har behandlet i min stillingtagen i Rinau-sagen [31] samt senest og i en lidt anden sammenhæng i mit forslag til afgørelse i Purrucker-sagen [32]. Jeg vil her begrænse mig til at sammenfatte det synspunkt, som jeg nåede til i denne henseende, idet jeg henviser til redegørelsen i de to nævnte sager.

91. Forordningen forbyder klart alle søgsmål mod attestens udstedelse. Det er derimod ikke forbudt at anlægge sag til anfægtelse af den attesterede afgørelse. Hvis en part er af den opfattelse, at de nødvendige betingelser for, at den pågældende ret kunne træffe denne

30 — Jf. Rinau-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 58 ff. En sådan afgørelse kan, selv om den ikke er umiddelbart eksigibel i henhold til forordningens artikel 42 og 47, ikke desto mindre anerkendes og fuldbyrdes i henhold til artikel 28 ff. om en anden afgørelse.

31 — Nævnt i fodnote 8, jf. navnlig punkt 85-96 i stillingtagenen.

32 — Nævnt i fodnote 23, jf. navnlig punkt 127, 128 og 148-154 i forslaget til afgørelse.

afgørelse, ikke er opfyldt, skal vedkommende kunne anfægte denne rets kompetence for retten selv – hvilket moderen synes at have gjort i denne sag – og eventuelt ved at iværksætte en appel for en højere ret. Hvis national ret ikke giver mulighed for sagsanlæg under disse omstændigheder, skal retten i medfør af artikel 267, stk. 3, TEUF indbringe spørgsmålet for Domstolen. Alle søgsmål eller præjudicielle forelæggelser for Domstolen skal under disse omstændigheder behandles hurtigst muligt.

92. En sådan konklusion besvarer den første del af den forelæggende rets tredje spørgsmål, men retten har ligeledes i spørgsmålets anden del spurgt, om retten i fuldbyrdelsesstaten i tilfælde af en attesteret afgørelse, hvor attestens berettigelse bestrides, kan udsætte fuldbyrdelsen af afgørelsen med henblik på at give mulighed for en eventuel tilbagekaldelse af attesten.

93. Jeg bemærker, at i denne sag er der intet i forelæggelsesafgørelsen eller de andre dokumenter, der er fremlagt for Domstolen, som angiver, at moderen har forfulgt sin anfægtelse af Tribunale per i Minorenni di Venezias kompetence ved i Italien at iværksætte appel til prøvelse af afgørelsen af 10. juli 2009, som faderen har begæret fuldbyrdet i Østrig.

94. Under sådanne omstændigheder forekommer det mig helt udelukket, at de østrigske retter kan udsætte fuldbyrdelsen af denne afgørelse med henblik på at give moderen mulighed for at anlægge en sag. Disse retter har ikke selv kompetence til at påkende sagen, og da der ikke er anlagt sag ved en kompetent ret, er der intet i forordningens ordlyd eller formål, der berettiger, at fuldbyrdelsen af en afgørelse, hvis formål, således som det er fremgået, er at få barnet tilbagegivet uden opsættelse, forsinkes.

95. Ville det være anderledes, hvis moderen allerede havde anlagt en sådan sag, inden faderen forsøgte at få afgørelsen fuldbyrdet i Østrig? En udsættelse af fuldbyrdelsen kunne forekomme mere berettiget under disse omstændigheder, eftersom retten i fuldbyrdelsesmedlemsstaten står over for en reel, ikke længere hypotetisk, usikkerhed vedrørende den anfægtede afgørelses eksigibilitet. Retten kan således undgå en uberettiget flytning af barnet, som efterfølges af enten en ny flytning eller en uberettiget tilbageholdelse af barnet i domsmedlemsstaten.

96. Jeg er imidlertid ikke overbevist om, at forordningen giver mulighed for en sådan udsættelse. Ikke alene indeholder den ingen udtrykkelig bestemmelse herom, men herudover kan det udledes af, at der andetsteds i forordningen findes en bestemmelse, som giver mulighed for udsættelse af at træffe afgørelse om en anmodning om, at en afgørelse

om udøvelsen af forældreansvaret [33] erklæres eksigibel, at denne undladelse er bevidst – hvilken hensigt i øvrigt bekræftes af det forhold, at de nuværende bestemmelser i artikel 43 og 44 var meget omdiskuterede under forordningens udarbejdelse [34] , uden at der blev vedtaget en bestemmelse, som gav mulighed for udsættelse af fuldbyrdelsen.

97. I lighed med den konklusion, som jeg er nået til hvad angår muligheden for at anfægte afgørelsen [35], forekommer det mig ikke desto mindre åbenbart, at den forælder, der anfægter denne afgørelse i domsmedlemsstaten, ligeledes i samme medlemsstat skal kunne anmode om udsættelse af fuldbyrdelsen af afgørelsen, og at retterne i fuldbyrdelsesmedlemsstaten bør tage en sådan udsættelse i betragtning.

98. På baggrund af ovenstående betragtninger når jeg dermed til den konklusion, at Domstolen bør besvare Oberster Gerichtshofs tredje spørgsmål således, at når en afgørelse, for hvilken en ret i en medlemsstat har udstedt en attest i overensstemmelse med forordningens artikel 42, stk. 2, anfægtes med den begrundelse, at den ret, der har udstedt den, ikke har kompetence, eller at forordningens artikel 11, stk. 8, ikke finder anvendelse, er det eneste mulige retsmiddel at anfægte selve afgørelsen (og ikke attesten) ved retterne i denne medlemsstat. Retterne i fuldbyrdelsesmedlemsstaten har ikke kompetence til at afvise eller udsætte fuldbyrdelsen.

*Det fjerde spørgsmål*

99. For det tilfælde, at det første, det andet eller første del af det tredje præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, har Oberster Gerichtshof spurgt, om en afgørelse, som er truffet af en ret i fuldbyrdelsesstaten, og som er eksigibel i henhold til dennes stats lovgivning, ved hvilken afgørelse den bortførende forælder foreløbigt overgives forældremyndigheden, i henhold til forordningens artikel 47, stk. 2, er til hinder for fuldbyrdelsen af en kendelse om tilbagegivelse, som forinden er afsagt af domsstaten i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, selv om den ikke ville være til hinder for fuldbyrdelsen af en kendelse om tilbagegivelse, der er afsagt af fuldbyrdelsesstaten i medfør af konventionen.

100. Inden jeg behandler dette spørgsmål, som i forbindelse med retsforhandlingerne i hovedsagen vedrører virkningerne af Bezirksgericht Judenburgs kendelse af 25. august 2009, forekommer det mig nyttigt at undersøge de betingelser, hvorunder denne ret har

33 — Forordningens artikel 35, der findes i kapitel III, afdeling 2, og som ikke finder anvendelse på afgørelser om, at barnet skal tilbagegives, idet de er reguleret i afdeling 4.

34 — Jf. dokument 7730/03 fra den tyske delegation af 21.3.2003, nævnt i fodnote 29. Der var således tale om artikel 48 i forslaget til forordning.

35 — Jf. punkt 91 i denne stillingtagen.

anset sig for kompetent til at træffe den pågældende afgørelse.

101. Det fremgår af Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse af 10. juli 2009, at moderen først anmodede den italienske ret om at henvise sagen til de østrigske retter i henhold til forordningens artikel 15 [36]. Denne anmodning blev forkastet, da situationen for det første ikke udgjorde usædvanlige omstændigheder, men vedrørte en sædvanlig tvist mellem forældre om forældremyndigheden over deres barn (mens artikel 15 finder anvendelse »undtagelsesvis«), og da barnet for det andet ikke havde »særlig tilknytning« til Østrig i henhold til definitionen i artikel 15, stk. 3.

102. Denne afgørelse er omfattet af Tribunale per i Minorenni di Venezias kompetence og er ikke anfægtet i denne præjudicielle forelæggelse. Jeg har ikke desto mindre visse forbehold heroverfor.

103. For det første forekommer det mig ikke korrekt at *udelukke* anvendelsen af forordningens artikel 15 med den begrundelse, at proceduren vedrører en sædvanlig tvist mellem forældre om forældremyndigheden over deres barn. Det indledende ord »undtagelsesvis« kræver efter min opfattelse ikke, at situationen skal være usædvanlig, inden bestemmelsen kan finde anvendelse. Det gør det snarere muligt for en kompetent ret at *fravige* de generelle kompetenceregler og at henvise sagen eller en del af sagen til en ret i en anden medlemsstat, til hvilken barnet har en særlig tilknytning, *hvis* den er af den opfattelse, at denne sidstnævnte ret er bedre egnet til at påkende sagen, og at henvisningen tjener barnets bedste – hvilket tilfælde principielt vil være en undtagelse.

104. For det andet forekommer det mig – i modsætning til det af Tribunale per i Minorenni di Venezia anførte i begrundelsen – at flere af de alternative kriterier i forordningens artikel 15, stk. 3 (hvoraf det er tilstrækkeligt, at blot et af dem er til stede, for at der foreligger en »særlig tilknytning«), faktisk er opfyldt i denne sag. Det er således ubestridt, at barnet er både østrigsk og italiensk statsborger, hvilket opfylder betingelsen i bestemmelsens litra c), som ikke er begrænset til tilfælde med et enkelt statsborgerskab. Det forekommer mig endvidere klart, at moderen på det tidspunkt, hvor anmodningen om henvisning blev afvist, havde bopæl i Østrig, hvilket svarer til kriteriet i litra d) [37].

36 — For så vidt om Tribunale per i Minorenni di Venezia henviste til artikel »15, litra b), stk. 5«, er det usikkert, om den ønskede at henvise til litra b) i artikel 15, stk. 1, 2 eller 3, da hver af disse i givet fald kan være relevant. Den mest sandsynlige forklaring forekommer ikke desto mindre at være, at moderen har anmodet denne ret om i henhold til stk. 1, litra b), at anmode Bezirksgericht Judenburg om »at erklære sig kompetent i overensstemmelse med stk. 5«.

37 — Jeg anfører endvidere, at barnet har boet i Østrig i mere end halvdelen af sit liv (uanset om det havde fået nyt »sædvanligt opholdssted« i forordningens forstand), hvilket eventuelt kan opfylde betingelsen i litra b) i den franske version, men ikke nødvendigvis i de andre sprogversioner.

105. Når det er sagt, og selv hvis Tribunale per i Minorenni di Venezias begrundelse kan anses for utilstrækkelig i visse henseender, er det klart, at intet i forordningens artikel 15 kan *forpligte* denne ret til at være af den opfattelse, at Bezirksgericht Judenburg var bedre egnet til at påkende sagen, og at henvisningen ville tjene barnets bedste, og dermed til at overlade sagen til den østrigske ret. Jeg anfører også, at Domstolen ikke har fået meddelelse om en eventuel appel, som moderen skulle have iværksat til prøvelse af dette afslag på henvisning, hvilket forekommer at være det sædvanlige retsmiddel, hvis moderen ville anfægte Tribunale per i Minorenni di Venezias begrundelse.

106. Det fremgår endvidere af forelæggelsesafgørelsen, at moderen uden at afvente Tribunale per i Minorenni di Venezias behandling af hendes anmodning anlagde sag direkte ved Bezirksgericht Judenburg vedrørende forældremyndigheden. Retten erklærede sig den 26. maj 2009 for kompetent »i medfør af forordningens artikel 15, stk. 5« og anmodede den italienske ret om at overføre sagen til sig. Det er tilsyneladende på grundlag af denne erklæring om kompetence, at Bezirksgericht Judenburg traf sin afgørelse af 25. august 2009, som foreløbigt tildelte moderen forældremyndigheden, og det er i relation til denne afgørelse, at Oberster Gerichtshof har spurgt, om den kan være til hinder for fuldbyrdelsen af Tribunale per i Minorenni di Venezias kendelse om tilbagegivelse af 10. juli 2009.

107. Domstolen råder ikke over ordlyden af denne afgørelse af 26. maj 2009, men Oberster Gerichtshofs korte sammenfatning synes at angive, at Bezirksgericht Judenburg tilsidesatte forordningens artikel 15, da den erklærede sig for kompetent. Denne artikel giver nemlig ikke en ret mulighed for at erklære sig kompetent af egen drift. Det fremgår klart af forordningens artikel 15, stk. 5, at en sådan erklæring [38] om kompetence skal komme efter, at anmodningen er modtaget »i medfør af stk. 1, litra a) eller b)« –dvs. på direkte eller indirekte initiativ fra den kompetente ret, som har udsat sagen og opfordret parterne til at anlægge sag ved retten i en anden medlemsstat, eller som selv anmoder denne ret om at udøve sin kompetence. En anmodning om henvisning, der fremsættes af en ret i en anden medlemsstat, hvortil barnet har en særlig tilknytning, er bestemt mulig i medfør af stk. 2, litra c) [39], men afgørelsen i henhold til denne anmodning henhører under den ret, som er kompetent til at påkende realiteten, og tilkommer dermed retten i (den tidligere) opholdsmedlemsstat.

108. Bezirksgericht Judenburgs kompetence til at træffe afgørelsen af 25. august

38 — Jeg bemærker, at den engelske version af forordningen mere udtrykkeligt bestemmer, at den pågældende ret *godtager* kompetencen, og ikke, at den *erklærer sig* for kompetent.

39 — Det fremgår af Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse af 10.7.2009, at Bezirksgericht Judenburg faktisk indgav en sådan anmodning, men samtidigt med erklæringen om, at den selv havde kompetence, og dermed uden at afvente svaret på denne anmodning.

2009 forekommer derfor at kunne anfægtes. Hvis Tribunale per i Minorenni di Venezia i medfør af forordningens artikel 10, litra b), nr. iv), havde mistet sin kompetence på dette tidspunkt (hvilket spørgsmål efter min opfattelse skal besvares benægtende), er det sandsynligt, at Bezirksgericht Judenburg havde fået kompetence i henhold til den almindelige regel i forordningens artikel 8. Den har derimod ikke kunnet få kompetence gennem forordningens artikel 15, fordi Tribunale per i Minorenni di Venezia ikke har taget noget initiativ i denne retning [40].

109. Oberster Gerichtshof har i forelæggelseskendelsen anført visse grunde til, at Bezirksgericht Judenburgs attest, hvorefter rettens afgørelse af 25. august 2009 var blevet retskraftig og kunne fuldbyrdes, kan være udstedt med urette, navnlig på grund af eventuelle fejl i forbindelse med afgørelsens meddelelse. Oberster Gerichtshof har imidlertid præciseret, at attesten er bindende for alle andre østrigske retter og kun i givet fald kan tilbagekaldes af Bezirksgericht Judenburg selv efter anmodning eller af egen drift. Oberster Gerichtshof har ikke taget hensyn til den mulighed, at Bezirksgericht Judenburg med urette erklærede sig kompetent, og har dermed ikke anført, om en eventuel manglende kompetence heller ikke er omfattet af dens kontrol. Under alle omstændigheder forekommer det mig, at erklæringen om kompetence i medfør af forordningens artikel 15 skal kunne gøres til genstand for en prøvelse ved de østrigske domstole.

110. Med forbehold for disse sidstnævnte betragtninger, som Oberster Gerichtshof i givet fald skal tage hensyn til, vil jeg undersøge det fjerde præjudicielle spørgsmål, idet jeg, ligesom Oberster Gerichtshof har gjort det, antager, at Bezirksgericht Judenburgs afgørelse af 25. august 2009, som foreløbigt tildeler moderen forældremyndigheden, kan fuldbyrdes.

111. Den forelæggende ret har forklaret, at selv om en eksigibel afgørelse om forældremyndighed, der er uforenelig med en tidligere truffet afgørelse, principielt forhindrer fuldbyrdelsen af denne sidstnævnte afgørelse – hvilket udtrykkeligt er bestemt i forordningens artikel 47, stk. 2, andet afsnit – er dette ikke nødvendigvis korrekt i henhold til national ret. Oberster Gerichtshof har nemlig selv for nylig udtalt, at en afgørelse om tilbagegivelse, der er truffet i Østrig i medfør af konventionen, skal fuldbyrdes, selv hvis en foreløbig afgørelse om forældremyndighed, som en anden østrigsk ret har truffet, er til hinder herfor, fordi konventionens artikel 17 bestemmer, at den omstændighed, at en afgørelse om forældremyndighed er blevet truffet i modtagerstaten, ikke alene kan danne grundlag for at nægte at tilbagegive et barn. Når en afgørelse om tilbagegivelse, der er truffet i udlandet, i medfør af forordningens artikel 47, stk. 2, skal behandles nøjagtigt som afgørelsen fra en national ret, kan en foreløbig

40 — Jeg anfører i øvrigt, at artikel 15 kun finder anvendelse, hvis den ret, der overfører sagen, selv har kompetence. Bezirksgericht Judenburg har dermed ved at støtte sig til denne artikel stiltiende, men nødvendigvis, anerkendt Tribunale per i Minorenni di Venezias kompetence den 26.5.2009.

afgørelse om tildeling af forældremyndighed ikke hindre fuldbyrdelsen heraf.

112. Oberster Gerichtshof har i spørgsmålet dermed forudsat, at bestemmelsen i forordningens artikel 47, stk. 2, andet afsnit (»[…] en retsafgørelse, der er attesteret i overensstemmelse med […] artikel 42, stk. 1, [kan] ikke fuldbyrdes, hvis den er uforenelig med en senere truffet eksigibel retsafgørelse«) henviser til alle eksigible senere trufne afgørelser, herunder i fuldbyrdelsesmedlemsstaten. Kommissionen har anfægtet denne fortolkning, idet den har gjort gældende, at den ophæver den mekanisme, som lovgiver har ønsket i artikel 11, stk. 8, som giver retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat det sidste ord vedrørende barnets tilbagegivelse. Betydningen af forordningens artikel 47, stk. 2, andet afsnit, er at præcisere, at en senere afgørelse fra en ret i *domsmedlemsstaten* kan gøre den afgørelse, der er afsagt i medfør af artikel 11, stk. 8, forældet, og den kan således ikke fuldbyrdes.

113. Selv om bestemmelsens ordlyd ikke indeholder den af Kommissionen foreslåede præcisering, tilslutter jeg mig dens synspunkt. Ud over de argumenter, den har gjort gældende – og det er sikkert, at forordningens artikel 11, stk. 8, ikke ville give mening, hvis den afgørelse, som den vedrører, kunne fortrænges af en senere afgørelse fra den ret, der allerede har afsagt afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives i henhold til konventionens artikel 13 – er det klart, at en »senere truffet eksigibel retsafgørelse« kun kan være afgørelsen fra en kompetent ret. Da der imidlertid som udgangspunkt er tale om en afgørelse om forældreansvar, er det retterne i den medlemsstat, hvor afgørelsen er truffet i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, der har kompetence, og ikke retterne i den medlemsstat, hvor barnet ulovligt opholder sig.

114. Under retsmødet blev det spørgsmål rejst, hvorfor lovgiver, hvis bestemmelsen i forordningens artikel 47, stk. 2, andet afsnit, er begrænset til tilfælde med annullation af en afgørelse, der er attesteret i domsmedlemsstaten, ikke udtrykkeligt har præciseret dette i stedet for at vælge ordet »uforenelig«, som også kan finde anvendelse i forhold til en afgørelse, der er truffet senere i fuldbyrdelsesmedlemsstaten. Jeg mener imidlertid, at også dette spørgsmål er blevet tilfredsstillende besvaret. Selv hvis muligheden for, at en ret i fuldbyrdelsesmedlemsstaten blot ved at træffe en modsatrettet afgørelse kan gøre den afgørelse, der i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, skal udgøre det sidste ord om barnets tilbagegivelse, virkningsløs, kan udelukkes, kan der findes andre former for afgørelser, der er uforenelige med afgørelsen om tilbagegivelse – f.eks. hvis tilbagegivelsen skulle ske til en forælder, der i mellemtiden er blevet idømt en fængselsstraf. Det kan ligeledes bemærkes, at forordningens artikel 47 også finder anvendelse på afgørelser, der er attesteret i overensstemmelse med

forordningens artikel 41, som vedrører samværsretten, og som dermed kan påvirkes af senere afgørelser med forskellige påbud.

115. Forordningen skal under alle omstændigheder, så vidt det er muligt, fortolkes i overensstemmelse med konventionen og især ikke således, at den styrkede afgørelsesbeføjelse, der tilkommer retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat i henhold til forordningens artikel 11, stk. 8, og attesteringsordningen i dens artikel 42, bliver svagere i forhold til bestemmelsen i konventionens artikel 17, som navnlig bestemmer, at den omstændighed, at en afgørelse om forældremyndighed er blevet truffet i modtagerstaten, ikke alene kan danne grundlag for at nægte at tilbagegive et barn, men at myndighederne i denne stat kan tage hensyn til begrundelsen for en sådan afgørelse.

*Det femte spørgsmål*

116. Endelig har Oberster Gerichtshof for det tilfælde, at det fjerde spørgsmål besvares benægtende, spurgt, om fuldbyrdelsen af en afgørelse, for hvilken retten i domsstaten har udstedt en attest i overensstemmelse med forordningens artikel 42, stk. 2, kan nægtes af fuldbyrdelsesstaten, når den vil indebære en alvorlig risiko for barnets tarv, hvis situationen har ændret sig, siden afgørelsen blev truffet, eller om den ændrede situation skal gøres gældende i domsstaten, og om det er muligt at udsætte fuldbyrdelsen i fuldbyrdelsesmedlemsstaten, indtil domsstatens afgørelse foreligger.

117. Den forlæggende ret har forklaret, at moderen sandsynligvis vil nægte at tage til Italien med barnet, og at hun ikke kan tvinges hertil. Fuldbyrdelsen af afgørelsen om tilbagegivelse vil således indebære, at barnet fjernes fra moderen for at blive bragt tilbage til faderen. I henhold til forordningens artikel 47, stk. 2, skal fuldbyrdelsen ske på de samme betingelser, som hvis afgørelsen var afsagt i Østrig. Ifølge østrigsk retspraksis kan en afgørelse om tilbagegivelse, der er afsagt i Østrig i medfør af konventionen, imidlertid ikke fuldbyrdes, hvis den ændrede situation indebærer en alvorlig risiko for, at barnet udsættes for fysisk eller psykisk skade, hvilket kan være tilfældet, hvis barnet har boet i fuldbyrdelsesstaten i lang tid.

118. I denne sag har barnet boet lidt over et år i Italien, og Tribunale per i Minorenni di Venezia afsagde kendelsen om tilbagegivelse halvandet år efter barnets ulovlige fjernelse til Østrig. Der har ikke været nogen kontakt mellem faderen og barnet i ni måneder efter

denne kendelse, og i de 18 måneder forud herfor var kontakten begrænset til samvær. Barnet har således tilbragt mere end to tredjedele af sit liv adskilt fra faderen. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at det ikke kan udelukkes, at barnets fjernelse fra moderen og tilbagegivelse til faderen indebærer en alvorlig risiko for dets psykiske udvikling, og at dette, selv om moderens adfærd er kritisabel, ikke berettiger, at barnet skal udsættes for en sådan risiko.

119. Det kan derfor være, at hvis en sådan kendelse om tilbagegivelse blev afsagt i Østrig, ville den ikke blive fuldbyrdet. Eftersom forordningens artikel 47 pålægger den samme behandling som for afgørelser, der er truffet i fuldbyrdelsesstaten, skal det samme gælde for Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse.

120. Det tilkommer imidlertid Tribunale per i Minorenni di Venezia i overensstemmelse med ånden i og formålet med de relevante bestemmelser at bedømme, om situationen har ændret sig. Der er reelt set ikke tale om fuldbyrdelse, men om den materielle berettigelse af afgørelsen om tilbagegivelse. I henhold til dette synspunkt skal moderen anmode Tribunale per i Minorenni di Venezia om at annullere sin afgørelse. I afventning heraf bør det være muligt at udsætte afgørelsens fuldbyrdelse i Østrig.

121. Den østrigske regering har i denne henseende anført, at i henhold til forordningens artikel 47, stk. 1, afgøres fuldbyrdelsesproceduren efter fuldbyrdelsesmedlemsstatens lovgivning. Der skal tages hensyn til alle de hindringer for fuldbyrdelsen, der følger af denne lovgivning. I denne sag omfatter disse hindringer alle de omstændigheder, der er opstået senere, og som kan bringe barnets bedste i fare. Hvis det tilkommer retten i domsstaten at undersøge en sådan hindring, vil det føre til en adskillelse af undersøgelsen af de forskellige hindringer og til en parallel kompetence hos retterne i to stater, hvilket hverken begunstiger den gensidige tillid eller barnets bedste, som skal forblive det væsentligste kriterium. Endelig svarer kompetencen hos retterne i fuldbyrdelsesstaten til forordningens opbygning. I medfør af nærhedskriteriet er myndighederne i den stat, hvor barnet opholder sig, bedst egnede til at vurdere, om situation har ændret sig, siden afgørelsen blev truffet.

122. Kommissionen er derimod af den opfattelse, at forordningens artikel 47, stk. 2, skal fortolkes under hensyntagen til princippet om, at barnet hurtigt skal tilbagegives, og under hensyn til den opdeling af kompetencerne, der følger heraf. Den endelige bindende afgørelse om tilbagegivelsen tilkommer retten i den tidligere opholdsmedlemsstat, idet retten i fuldbyrdelsesstaten kun kan fastsætte fremgangsmåden i forbindelse med fuldbyrdelsen. Forordningens artikel 47, stk. 2, første afsnit, betyder dermed, at de formelle betingelser i fuldbyrdelsesstaten – f.eks. hvad angår frister, kompetente tjenester og sanktionsordninger – finder anvendelse på selve fuldbyrdelsen, mens retten i domsstaten kun

har kompetence til at træffe afgørelse om materielle klagepunkter vedrørende fuldbyrdelsesdokumentets retmæssighed – f.eks. for at afgøre, om fuldbyrdelsen af afgørelsen kan udsættes, fordi dens iværksættelse på grund af, at situationen har ændret sig siden dets udstedelse, ikke længere er til barnets bedste.

123. Jeg deler Kommissionens synspunkt, som også delvist synes at have overbevist den forelæggende ret selv [41]. I henhold til forordningens opbygning tilkommer det alene retterne i den tidligere opholdsmedlemsstat at træffe den endelige afgørelse om muligheden for barnets tilbagegivelse. Eftersom en af retterne i den stat, hvortil barnet ulovligt er fjernet, har truffet afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, jf. konventionens artikel 13, er deres kompetence på området udtømt, undtagen for så vidt i givet fald angår tilbagekaldelsen eller annullationen af denne afgørelse. Alle senere materielle afgørelser – som skal tage hensyn til den begrundelse og de beviser, på grundlag af hvilke afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives, er truffet – tilkommer den kompetente ret i den tidligere opholdsmedlemsstat. Denne senere afgørelse skal i givet fald fuldbyrdes på bindende vis i en anden medlemsstat – ganske vist i henhold til *proceduren* (dvs. *formaliteterne*) i landets egen lov, men uden at der kan tages hensyn til *materielle* betragtninger, som kan være til hinder for fuldbyrdelsen.

124. Det forekommer mig imidlertid åbenbart, at en eventuel risiko for fysisk eller psykisk skade er omfattet af de materielle betragtninger og ikke af de formelle. I tilfælde af at den endelige afgørelse om barnets tilbagegivelse anfægtes, er det dermed den ret, der har truffet den, og ikke den, der skal fuldbyrde den, som den berørte part skal rette henvendelse til.

125. Hvad angår muligheden for at udsætte afgørelsen i afventning af resultatet af en sådan anfægtelse finder de samme betragtninger, som jeg har redegjort for i punkt 93-97 i denne stillingtagen, anvendelse, og det skal konkluderes, at en sådan mulighed ikke står åben for den fuldbyrdende ret, men at retterne i domsstaten i tilfælde af anfægtelse skal kunne udsætte fuldbyrdelsen i afventning af afgørelsen om anfægtelsen.

126. Endelig og under alle omstændigheder skal jeg bemærke, at den forelæggende ret har henvist til muligheden for psykisk skade, der ikke alene følger af barnets adskillelse fra faderen i de ni måneder efter Tribunale per i Minorenni di Venezias afgørelse af 10. juli 2009, men ligeledes af adskillelsen i de 18

41 — Jf. punkt 120 i denne stillingtagen.

forudgående måneder. Selv hvis fuldbyrdelsen af denne afgørelse måtte kunne anfægtes i den ene eller anden henseende på grund af den efterfølgende udvikling, kan den imidlertid ikke anfægtes på grundlag af noget aspekt ved den tidligere situation, som Tribunale per i Minorenni di Venezia nødvendigvis må have taget hensyn til. Hvad angår en sådan senere udvikling skal det understreges, at den blotte omstændighed, at tiden er gået, ikke herved kan tages i betragtning, når proceduren i henhold til forordningen følges på korrekt vis, og en i medfør af forordningens artikel 11, stk. 8, afsagt kendelse er umiddelbart eksigibel uden mulighed for at anfægte anerkendelsen heraf.

## Stillingtagen

127. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Domstolen skal besvare de af Oberster Gerichtshof stillede spørgsmål således:

»1) En foreløbig foranstaltning, der tildeler den forælder, der har bortført et barn, forældremyndigheden over det, indtil der er truffet endelig (eller varig) afgørelse om forældremyndigheden, er ikke en »afgørelse om forældremyndighed, som ikke indebærer tilbagegivelse af barnet« i den i artikel 10, litra b), nr. iv), i Rådets forordning (EF) nr. 2201/2003 af 27. november 2003 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabssager og i sager vedrørende forældreansvar og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000 omhandlede forstand.

2) En afgørelse om tilbagegivelse er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003, uafhængigt af om retten har eller ikke har truffet den på grundlag af en af denne ret selv truffet afgørelse om forældremyndighed.

3) Når en afgørelse, for hvilken en ret i en medlemsstat har udstedt en attest i overensstemmelse med artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 2201/2003, anfægtes med den begrundelse, at den ret, der har udstedt den, ikke har kompetence, eller at forordningens artikel 11, stk. 8, ikke finder anvendelse, er det eneste mulige retsmiddel at anfægte selve afgørelsen (og ikke attesten) ved retterne i denne medlemsstat. Retterne i fuldbyrdelsesmedlemsstaten har ikke kompetence til at afvise eller udsætte fuldbyrdelsen.

4) En afgørelse, som er truffet af en ret i fuldbyrdelsesstaten, ved hvilken den bortførende forælder foreløbigt tildeles forældremyndigheden, er ikke til hinder for fuldbyrdelsen af en afgørelse om tilbagegivelse, som forinden er truffet af domsstaten i medfør af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003.

5) Når en afgørelse, for hvilken en ret i en medlemsstat har udstedt en attest i overensstemmelse med artikel 42, stk. 2, i forordning nr. 2201/2003, anfægtes med den begrundelse, at fuldbyrdelsen vil indebære en alvorlig risiko for barnets bedste, fordi omstændighederne har ændret sig, siden afgørelsen blev truffet, er det eneste mulige retsmiddel at anfægte selve afgørelsen (og ikke attesten) ved retterne i denne medlemsstat. Retterne i fuldbyrdelsesmedlemsstaten har ikke kompetence til at afvise eller udsætte fuldbyrdelsen.«