



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: HvJ EU (zaaknr. C-491/10 PPU, LJN BP0409: [Joseba Andoni Aguirre Zarraga/Simone Pelz])

de Boer, T.M.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Boer, T. M., (2011). Case note: HvJ EU (zaaknr. C-491/10 PPU, LJN BP0409: [Joseba Andoni Aguirre Zarraga/Simone Pelz]), No. 460, Dec 22, 2010. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2011, No. 43).

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

NJ 2011/460: Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Verordening Brussel II bis (nr. (EG) 2201/2003. Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegg...

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Hof van Justitie van de Europese Unie (Eerste Kamer)	Datum:	22 december 2010
Magistraten:	A. Tizzano, J.-J. Kasel, M. Ilešič, E. Levits, M. Safjan	Zaaknr:	C-491/10 PPU
Conclusie:	-	LJN:	BP0409
Noot:	Th.M. de Boer	Documenten:	Uitspraak, Hof van Justitie van de Europese Unie (Eerste Kamer), 22-12-2010
Roepnaam:	Zarraga/Pelz		

Wetgang: Verordening Brussel II bis art. 42; Handvest van de grondrechten EU art. 24

Essentie

Verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens art. 267 VWEU, ingediend door het Oberlandesgericht Celle (Duitsland) bij beslissing van 30 september 2010.

Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken. Verordening Brussel II bis (nr. (EG) 2201/2003. Bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid. Ouderlijke verantwoordelijkheid. Gezagsrecht. Ontvoering van kind. Art. 42 Vo-BII bis. Uitvoering van door bevoegd (Spaans) gerecht gegeven beslissing waarvoor certificaat is afgegeven doe terugkeer van het kind gelast. Bevoegdheid van aangezocht (Duits) gerecht tot weigering om genoemde beslissing uit te voeren bij ernstige inbreuk op rechten kind.

Samenvatting

'In omstandigheden als in het hoofdgeding mag het bevoegde gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging zich niet verzetten tegen de tenuitvoerlegging van een beslissing waarvoor een certificaat is afgegeven, welke beslissing de terugkeer gelast van het kind dat ongeoorloofd wordt vastgehouden, op grond dat het gerecht van de lidstaat van herkomst deze beslissing heeft gegeven in strijd met art. 42 Verordening Brussel II bis, uitgelegd overeenkomstig art. 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, daar alleen de gerechten van de lidstaat van herkomst bevoegd zijn om te beoordelen of sprake is van een dergelijke schending.'

Partij(en)

Joseba Andoni Aguirre Zarraga
tegen
Simone Pelz

Uitspraak

Hof van Justitie EU:

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000 (PB L 338, blz. 1).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen J. A. Aguirre Zarraga en S. Pelz betreffende de terugkeer naar Spanje van hun dochter Andrea, die momenteel met haar moeder in Duitsland woont.

Toepasselijke bepalingen

Verordening nr. 2201/2003

- 3 Punt 17 van de considerans van verordening nr. 2201/2003 luidt:

'In geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van het kind dient de terugkeer van het kind onverwijld te worden verkregen en te dien einde dient het Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 [betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (hierna: 'Haags Kinderontvoeringsverdrag')] van toepassing te blijven, zoals aangevuld door de bepalingen van deze verordening, in het bijzonder artikel 11. De gerechten van de lidstaat waarnaar het kind ongeoorloofd is overgebracht of waar het ongeoorloofd wordt vastgehouden, dienen in staat te zijn zich in welbepaalde, naar behoren gemotiveerde gevallen tegen de terugkeer van het kind te verzetten. Een dergelijke beslissing moet evenwel kunnen worden vervangen door een latere beslissing van het gerecht van de lidstaat waar het kind vóór de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had. Brengt deze laatste beslissing de terugkeer van het kind met zich, dan dient de terugkeer plaats te vinden zonder dat enigerlei bijzondere procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waar het ontvoerde

kind zich bevindt.'

- 4** Punt 19 van de considerans van deze verordening luidt als volgt:
- 'Het horen van het kind speelt een belangrijke rol in de toepassing van onderhavige verordening, zonder dat deze echter de strekking heeft de ter zake geldende nationale procedures te wijzigen.'
- 5** Punt 21 van de considerans van verordening nr. 2204/2003 bepaalt het volgende:
- 'De erkenning en de tenuitvoerlegging van in een lidstaat gegeven beslissingen dienen gebaseerd te zijn op het beginsel van wederzijds vertrouwen, en de gronden tot weigering van de erkenning dienen tot het noodzakelijke minimum beperkt te blijven.'
- 6** Punt 24 van de considerans van deze verordening luidt als volgt:
- 'Tegen het certificaat dat met het oog op een vereenvoudigde tenuitvoerlegging van de beslissing wordt afgegeven, dient geen rechtsmiddel open te staan. Uitsluitend in geval van een materiële fout, dit wil zeggen wanneer het certificaat de inhoud van de beslissing niet correct weergeeft, kan het aanleiding geven tot een rectificatieprocedure.'
- 7** Punt 33 van de considerans van de verordening is als volgt verwoord:
- 'Deze verordening erkent de grondrechten en is in overeenstemming met de beginselen, die zijn erkend bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [dat op 7 december 2000 te Nice is afgekondigd (PB C 364, blz. 1; hierna: 'Handvest van de grondrechten')]. In het bijzonder beoogt zij de grondrechten van het kind, zoals die in artikel 24 van het Handvest van grondrechten [...] zijn erkend, ten volle te eerbiedigen'.
- 8** Artikel 11 van verordening nr. 2201/2003 ('Terugkeer van het kind') bepaalt het volgende:
- 1.** Wanneer een persoon, instelling of ander lichaam met gezagsrecht bij de bevoegde autoriteiten van een lidstaat een verzoek indient om op grond van het Verdrag van 's-Gravenhage [van 1980] een beslissing te nemen teneinde de terugkeer te verkrijgen van een kind dat ongeoorloofd is overgebracht of vastgehouden in een andere lidstaat dan de lidstaat waar het kind onmiddellijk voor de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, zijn de leden 2 tot en met 8 van toepassing.
 - 2.** Bij de toepassing van de artikelen 12 en 13 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 1980 wordt ervoor gezorgd dat het kind tijdens de procedure in de gelegenheid wordt gesteld te worden gehoord, tenzij dit gezien zijn leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam wordt geacht.
[...]
 - 8.** Niettegenstaande een beslissing houdende de niet-terugkeer op grond van het Verdrag van 's-Gravenhage van 1980, is een latere beslissing die de terugkeer van het kind met zich brengt, gegeven door een gerecht dat krachtens deze verordening bevoegd is, overeenkomstig afdeling 4 van hoofdstuk III uitvoerbaar, zulks teneinde de terugkeer van het kind te verzekeren.'
- 9** Wat betreft de erkenning van beslissingen bepaalt artikel 21 van deze verordening:
- 1.** De in een lidstaat gegeven beslissing wordt in de andere lidstaten erkend zonder dat daartoe enigerlei procedure vereist is.
[...]
 - 3.** Onverminderd afdeling 4 kan elke belanghebbende volgens de procedures van afdeling 2 een verzoek om een beslissing houdende erkenning of niet-erkenning van de beslissing indienen.
[...]
- 10** Volgens de bewoordingen van artikel 23 van voormelde verordening geldt:
- 'Een beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt niet erkend:
- a)** indien de erkenning, gelet op het belang van het kind, kennelijk strijdig zou zijn met de openbare orde van de aangezochte lidstaat;
 - b)** behalve in spoedeisende gevallen, indien zij is gegeven zonder dat het kind, in strijd met de fundamentele procesregels van de aangezochte lidstaat, in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord;
[...]
- 11** Artikel 42 van de verordening ('Terugkeer van het kind') luidt:
- 1.** De in artikel 40, lid 1, sub b, bedoelde terugkeer van een kind, die voortvloeit uit een in een lidstaat gegeven uitvoerbare beslissing, wordt in een andere lidstaat erkend en is aldaar uitvoerbaar zonder dat een uitvoerbaarverklaring behoeft te worden verkregen en zonder dat men zich tegen de erkenning kan verzetten, indien met betrekking tot de beslissing in de lidstaat van herkomst een certificaat overeenkomstig lid 2, is afgegeven. Ook indien het nationale recht niet bepaalt dat een overeenkomstig artikel 11, lid 8, gegeven beslissing die de terugkeer van het kind met zich brengt van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad is, kan het gerecht in de lidstaat van herkomst de beslissing bij voorraad uitvoerbaar verklaren.
 - 2.** De rechter van de lidstaat van herkomst geeft het in artikel 40, lid 1, sub b, bedoelde certificaat slechts af indien:
 - a)** het kind in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, tenzij zulks vanwege zijn leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam werd geacht,
 - b)** de partijen in de gelegenheid zijn gesteld te worden gehoord, en
 - c)** het gerecht bij het geven van de beslissing rekening heeft gehouden met de redenen en het bewijs op grond waarvan de beslissing ingevolge artikel 13 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 1980 is gegeven.
 Indien het gerecht of enige andere autoriteit maatregelen treft ter bescherming van het kind na diens terugkeer naar de staat van zijn gewone verblijfplaats, vermeldt het certificaat de bijzonderheden van die maatregelen.
De rechter van de lidstaat van herkomst geeft het certificaat ambtshalve af, met gebruikmaking van het in bijlage IV opgenomen modelformulier (certificaat betreffende de terugkeer).

Het certificaat wordt in de taal van de beslissing gesteld.'

- 12 Artikel 43 van verordening nr. 2201/2003 ('Verbetering van het certificaat') bepaalt het volgende:
1. Het recht van de lidstaat van herkomst is van toepassing op een eventuele verbetering van het certificaat.
 2. Voor het overige staat tegen de afgifte van een certificaat overeenkomstig artikel 41, lid 1, of artikel 42, lid 1, geen rechtsmiddel open.'
- 13 Artikel 60 van de verordening ('Verhouding tot bepaalde multilaterale verdragen') bepaalt dat deze verordening in de betrekkingen tussen de lidstaten voorrang heeft boven onder meer het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980.

Verordening (EG) nr. 1206/2001

- 14 Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkriging in burgerlijke en handelszaken (PB L 174, blz. 1), bepaalt in artikel 10, lid 4, inzake de gebruikmaking van moderne informatie- en communicatietechnologie:

'Het verzoekende gerecht kan van het aangezochte gerecht verlangen dat bij de verrichting van de handeling tot het verkrijgen van bewijs gebruik wordt gemaakt van communicatietechnologie, in het bijzonder video- en teleconferenties.

Aan die wens wordt door het aangezochte gerecht gehoor gegeven, tenzij deze vorm niet verenigbaar is met de wet van de lidstaat van het aangezochte gerecht, dan wel wegens grote praktische moeilijkheden niet mogelijk is.

[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 15 Uit de verwijzingsbeslissing en het door de verwijzende rechter aan het Hof meegedeelde procesdossier blijkt dat de voorgeschiedenis van het hoofdgeding en de diverse procedures waarbij de partijen in het hoofdgeding betrokken waren als volgt kunnen worden samengevat.

Voorgeschiedenis van het hoofdgeding

- 16 Aguirre Zarraga, van Spaanse nationaliteit, en Pelz, van Duitse nationaliteit, zijn op 25 september 1998 in Erandio (Spanje) getrouwd. Tijdens dit huwelijk werd op 31 januari 2000 dochter Andrea geboren. De gebruikelijke verblijfplaats van de familie was gelegen te Sondika (Spanje).
- 17 Daar de relatie tussen Pelz en Aguirre Zarraga rond het einde van het jaar 2007 verslechterd was, gingen ze uit elkaar, waarna beiden voor de Spaanse rechterlijke instanties om een echtscheiding verzochten.

Procedure voor de Spaanse rechterlijke instanties

- 18 Pelz en Aguirre Zarraga hebben allebei het exclusieve gezagsrecht over het gemeenschappelijke kind gevorderd. Bij beslissing van 12 mei 2008 heeft de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 5 te Bilbao het gezagsrecht voorlopig aan Aguirre Zarraga toegekend. Pelz werd een omgangsrecht verleend. Na deze beslissing ging Andrea bij haar vader wonen.
- 19 Deze beslissing was met name gebaseerd op de aanbevelingen van de Equipo Psicosocial Judicial (gerechtelijke psychosociale dienst) in een op verzoek van de aangezochte rechter verleend advies. Dit advies stelde dat de vader het gezagsrecht moest krijgen omdat hij beter in staat was om de familiale, onderwijskundige en sociale entourage van het kind te verzekeren. Daar Pelz herhaaldelijk had meegedeeld dat zij met haar nieuwe partner en haar dochter naar Duitsland wilde verhuizen, oordeelde genoemde rechter dat de toewijzing van het gezagsrecht aan de moeder strijdig zou zijn met de conclusies van dit advies en eveneens in strijd zou zijn met het belang van het kind.
- 20 Pelz is in juni 2008 naar Duitsland verhuisd en heeft zich daar gevestigd. Zij woont daar nu met haar nieuwe partner. In de maand augustus 2008 is Andrea na afloop van de vakantie die ze bij haar moeder had doorgebracht bij haar moeder in Duitsland gebleven. Sindsdien is zij niet meer naar haar vader in Spanje teruggekeerd.
- 21 Daar Andrea in strijd met de beschikking van de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 5 de Bilbao van 12 mei 2008 sinds 15 augustus 2008 bij haar moeder in Duitsland woonde, heeft dit gerecht op 15 oktober 2008 op verzoek van Aguirre Zarraga een nieuwe beslissing inzake voorlopige maatregelen gegeven, waarin Andrea met name wordt verboden om Spanje in gezelschap van haar moeder, een familielid van haar moeder of een persoon die nauwe banden met deze heeft, te verlaten. Bovendien is het eerder aan Pelz toegekende omgangsrecht bij deze beslissing geschorst tot de uitspraak in een eindvonnis.
- 22 In juli 2009 werd de procedure betreffende het gezagsrecht over Andrea voor dezelfde rechter voortgezet. Deze achtte het nodig om een nieuw deskundigenadvies in te winnen en Andrea persoonlijk te horen, en stelde daarvoor zittingsdagen in Bilbao vast. Andrea en haar moeder zijn op deze data echter niet verschenen. Volgens de verwijzende rechter heeft de Spaanse rechter het verzoek van Pelz afgewezen om na het deskundigenonderzoek en het horen door de rechter samen met Andrea Spanje te mogen verlaten. Ook het uitdrukkelijke verzoek van Pelz om Andrea in het kader van een videoconferentie te horen, werd door deze rechter afgewezen.
- 23 Bij vonnis van 16 december 2009 heeft de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 5 de Bilbao het exclusieve gezagsrecht over Andrea aan de vader toegekend. Pelz heeft daartegen bij de Audiencia Provincial de Bizkaya hoger beroep ingesteld en met name gevorderd dat Andrea wordt gehoord.
- 24 Bij arrest van 21 april 2010 heeft laatstgenoemde rechterlijke instantie dit verzoek afgewezen omdat volgens de Spaanse procedureregels de overlegging van bewijzen in hoger beroep slechts in bepaalde uitdrukkelijk door de wet omschreven gevallen mogelijk is. De omstandigheid dat een in eerste aanleg voor een terechtzitting naar behoren opgeroepen partij niet vrijwillig is verschenen, behoort niet tot deze gevallen. Bovendien is de procedure nog steeds bij deze rechterlijke instantie aanhangig.

Procedures voor de Duitse rechterlijke instanties

- 25 In Duitsland zijn twee procedures gevoerd.
- 26 De eerste procedure betrof de vordering van Aguirre Zarraga tot terugkeer van zijn dochter naar Spanje, ingediend op grond van het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 1980. Deze vordering werd aanvankelijk bij beslissing van 30 januari 2009 door het Amtsgericht Celle toegewezen.

- 27 Pelz heeft tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld. Bij arrest van 1 juli 2009 heeft het Oberlandesgericht Celle dit beroep toegewezen, de bestreden beslissing vernietigd en de vordering van Aguirre Zarraga op grond van artikel 13, tweede alinea, van het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 1980 afgewezen.
- 28 Het Oberlandesgericht Celle heeft met name opgemerkt dat uit het verhoor van Andrea door het gerecht is gebleken dat zij zich consequent verzette tegen de door haar vader gevorderde terugkeer, en uitdrukkelijk weigerde om naar Spanje terug te keren. Uit het daarop door dit gerecht ingewonnen deskundigenadvies bleek dat gezien de leeftijd en rijpheid van Andrea, met haar mening rekening moest worden gehouden.
- 29 De tweede procedure voor de Duitse rechterlijke instanties is ingeleid op grond van een op 5 februari 2010 door de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 5 de Bilbao overeenkomstig artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 afgegeven certificaat op grond van het door dit gerecht op 16 december 2009 uitgesproken echtscheidingsvonnis, waarin eveneens uitspraak is gedaan over het gezagsrecht over Andrea.
- 30 Bij brief van 26 maart 2010 heeft het Bundesamt für Justiz bedoeld vonnis en certificaat aan het bevoegde gerecht van de Bondsrepubliek Duitsland, namelijk het Amtsgericht Celle, toegestuurd. Het Bundesamt heeft deze rechterlijke instantie eraan herinnerd dat de beslissing van de Spaanse rechterlijke instantie, welke beslissing de terugkeer van het kind gelast, op grond van artikel 44, lid 3, van het Gesetz zur Aus- und Durchführung bestimmter Rechtsinstrumente auf dem Gebiet des internationalen Familienrechts (wet inzake de tenuitvoerlegging van bepaalde rechtsinstrumenten inzake internationaal familierecht) van rechtswege ten uitvoer moest worden gelegd.
- 31 Pelz heeft zich tegen de gedwongen tenuitvoerlegging van deze beslissing waarvoor certificaat is afgegeven verzet en gevorderd dat deze niet wordt erkend.
- 32 Bij beslissing van 28 april 2010 heeft het Amtsgericht Celle geoordeeld dat het vonnis van de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 5 de Bilbao niet moest worden erkend of ten uitvoer gelegd, op grond dat deze rechtbank uitspraak had gedaan zonder Andrea te horen.
- 33 Op 18 juni 2010 heeft Aguirre Zarraga bij het Oberlandesgericht Celle tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld. Hij vorderde dat het vonnis wordt vernietigd, dat de vorderingen van Pelz worden afgewezen en dat het vonnis van de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 5 de Bilbao van 16 december 2009 van rechtswege ten uitvoer wordt gelegd voor zover het de terugkeer van Andrea naar haar vader gelast.
- 34 Het Oberlandesgericht Celle erkent weliswaar dat het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging van een overeenkomstig artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 afgegeven certificaat op grond van artikel 21 van deze verordening in beginsel geen eigen controlebevoegdheid heeft, maar is de mening toegedaan dat dit anders ligt bij een bijzonder ernstige inbreuk op een grondrecht.
- 35 Dienaangaande merkt de verwijzende rechter op dat de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 5 de Bilbao niet heeft gevraagd wat de actuele mening van Andrea was, en met deze mening dus geen rekening kon houden in het vonnis van 16 december 2009 inzake onder andere het gezagsrecht over dit kind. Voorts heeft de Spaanse rechter niet voldoende inspanningen gedaan om Andrea te kunnen horen, gelet op het belang van het in artikel 24, lid 1, van het Handvest van de grondrechten vervatte beginsel dat met de mening van het kind rekening wordt gehouden.
- 36 Bovendien vraagt het Oberlandesgericht Celle zich af of het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging, indien dit gerecht ondanks een dergelijke schending van een grondrecht geen controlebevoegdheid heeft, gebonden kan zijn door een certificaat dat op grond van artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 is afgegeven maar inhoudelijk kennelijk onjuist is. Volgens de verwijzende rechter bevat het certificaat van de Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nr. 5 de Bilbao van 5 februari 2010 namelijk een kennelijk onjuiste vermelding voor zover het daarin heet dat Andrea door dit Spaanse gerecht is gehoord, terwijl dit niet het geval is.
- 37 Daarop heeft het Oberlandesgericht Celle de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- 1) 'Heeft het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging, zo artikel 42 van verordening [nr. 2201/2003] conform het Handvest van de grondrechten wordt uitgelegd, in geval van bijzonder ernstige schendingen van grondrechten in de ten uitvoer te leggen beslissing van de lidstaat van herkomst bij wijze van uitzondering een eigen controlebevoegdheid?
 - 2) Is het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging verplicht tot tenuitvoerlegging hoewel uit het dossier blijkt dat het door het gerecht van de lidstaat van herkomst krachtens artikel 42 van verordening [nr. 2201/2003] afgegeven certificaat een kennelijk onjuiste vermelding bevat?'

Betreffende de spoedprocedure

- 38 Bij memorandum van 19 oktober 2010 heeft de president van het Hof overeenkomstig artikel 104 ter, lid 1, derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof de Eerste kamer verzocht om de noodzaak te onderzoeken om bij de prejudiciële verwijzing de spoedprocedure toe te passen.
- 39 Dienaangaande zij gepreciseerd dat het Hof blijkens de rechtspraak de hoogdringendheid erkent in geval van overbrenging van een kind, met name wanneer de scheiding van een kind van de ouder aan wie, zoals in het hoofdgeding, het gezagsrecht eerder al dan niet voorlopig is toegewezen, de relatie tussen ouder en kind zou kunnen verslechteren of schaden en psychische schade zou kunnen teweegbrengen (zie in die zin arresten van 11 juli 2008, Rinau, C-195/08 PPU, Jurispr. blz. I-5271, punt 44 (*NJ* 2009, 455; *red.*); 23 december 2009, Detiček, C-403/09 PPU, Jurispr. bl. I-12193, punt 30 (*NJ* 2011/348; *red.*); 1 juli 2010, Povse, C-211/10 PPU, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 35 (*NJ* 2011/459; *red.*), en 5 oktober 2010, McB, C-400/10 PPU, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 28).
- 40 Blijkens de verwijzingsbeslissing is Andrea sinds meer dan twee jaar van haar vader gescheiden en bestaat, gelet op de afstand en de gespannen relatie tussen de partijen in het hoofdgeding, een ernstig en concreet risico dat Andrea en haar vader gedurende de bij de verwijzende rechter aanhangige procedure geen contact met elkaar zullen hebben. Daarom zou de behandeling van dit verzoek om een prejudiciële beslissing volgens de normale procedure de relatie tussen Aguirre Zarraga en zijn dochter ernstig en zelfs onherstelbaar kunnen schaden, en de integratie van Andrea in haar familiale en sociale milieu bij een eventuele terugkeer naar Spanje nog meer kunnen bedreigen.
- 41 Daarom heeft de Eerste kamer op 28 oktober 2010 op voorstel van de rechter-rapporteur, de advocaat-generaal gehoord, beslist om de prejudiciële verwijzing volgens de spoedprocedure te behandelen.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

- 42 Met de prejudiciële vragen, die tezamen moeten worden behandeld, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het bevoegde gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging in omstandigheden als deze van het hoofdgeding, bij wijze van uitzondering de tenuitvoerlegging van een beslissing die de terugkeer van kind gelast en waarvoor door het gerecht van de lidstaat van herkomst een certificaat op grond van artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 is afgegeven, mag weigeren op grond dat laatstgenoemd gerecht in dit certificaat heeft bevestigd dat het de verplichting om het kind te horen alvorens in het kader van een echtscheidingsprocedure te beslissen over de toewijzing van het gezagsrecht heeft nageleefd, terwijl het kind in strijd met artikel 42, uitgelegd overeenkomstig artikel 24 van het Handvest van de grondrechten, in werkelijkheid niet is gehoord.
- 43 Ter beantwoording van deze vragen moet allereerst worden vastgesteld dat het in een context als in het hoofdgeding gaat over een onrechtmatig niet doen terugkeren in de zin van artikel 2, punt 11, van verordening nr. 2201/2003.
- 44 Zoals de advocaat-generaal in de punten 120 en 121 van zijn stellingname heeft opgemerkt, gaat deze verordening uit van de veronderstelling dat de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren van een kind in strijd met een in een andere lidstaat gewezen beschikking de belangen van dit kind ernstig aantast, en voorziet deze verordening dus in maatregelen op grond waarvan het kind zo snel mogelijk naar zijn gebruikelijke verblijfplaats kan terugkeren. Daartoe heeft deze verordening een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechter van de gebruikelijke verblijfplaats van het kind, indien deze rechter en de rechter van de plaats waar het kind zich onrechtmatig bevindt, de situatie verschillend beoordelen, bij uitsluiting bevoegd blijft om over de terugkeer van het kind te beslissen.
- 45 Het vereiste van een snelle afwikkeling, dat ten grondslag ligt aan een dergelijke regeling, verlangt dat in dergelijke omstandigheden de nationale rechterlijke instanties bij wie een vordering tot terugkeer van het kind aanhangig is gemaakt, snel oordelen. Daarom verplicht artikel 11, lid 3, van verordening nr. 2201/2003 overigens genoemde gerechten om de snelste procedures uit hun nationale recht toe te passen en om behalve wanneer dit wegens uitzonderlijke omstandigheden onmogelijk blijkt te zijn, ten laatste zes weken nadat het verzoek aanhangig is gemaakt te beslissen.
- 46 Hieraan moet nog worden toegevoegd dat het bij verordening nr. 2201/2003 ingevoerde systeem om deze doelstelling te bereiken is gebaseerd op de centrale rol die is toegekend aan het gerecht dat krachtens de bepalingen van die verordening bevoegd is om ten gronde uitspraak te doen, en dat, anders dan punt 21 van de considerans van deze verordening, dat bepaalt dat de erkenning en de tenuitvoerlegging van in een lidstaat gegeven beslissingen dienen gebaseerd te zijn op het beginsel van wederzijds vertrouwen, en de gronden tot weigering van de erkenning tot het noodzakelijke minimum beperkt dienen te blijven (zie arrest Povse, reeds aangehaald, punt 40), punt 17 van de considerans van genoemde verordening bepaalt dat inzake het onrechtmatig niet doen terugkeren de uitvoering van een beslissing die de terugkeer van het kind inhoudt dient plaats te vinden zonder dat enerlei bijzondere procedure vereist is voor de erkenning of tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waar het kind zich bevindt.
- 47 Het is dus met het oog op een snelle tenuitvoerlegging van met name beslissingen die de terugkeer van het kind gelasten die, zoals in het hoofdgeding, zijn gewezen onder de omstandigheden als vermeld in artikel 11, lid 8, van verordening nr. 2201/2003, dat deze verordening in de artikelen 40 tot en met 45 voorziet in een bijzondere regeling op grond waarvan zij uitvoerbaar worden in de lidstaat waar zij effect moeten sorteren.
- 48 Zo volgt uit de artikelen 42, lid 1, en 43, lid 2, van verordening nr. 2201/2003, uitgelegd in het licht van de punten 17 en 24 van de considerans ervan, dat een beslissing van het overeenkomstig deze verordening bevoegde gerecht die de terugkeer van het kind gelast, indien zij uitvoerbaar is en een certificaat als bedoeld in artikel 42, lid 1, in de lidstaat van herkomst is afgegeven, in een andere lidstaat wordt erkend en automatisch uitvoerbaar is, zonder dat tegen de erkenning ervan verzet mogelijk is (zie in die zin de reeds aangehaalde arresten Rinau, punt 84 en Povse, punt 70).
- 49 Het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging kan dus uitsluitend de uitvoerbaarheid vaststellen van een beslissing waarvoor aldus een certificaat is afgegeven.
- 50 Bovendien kan een rectificatieprocedure inzake het door de rechter van de lidstaat van herkomst afgegeven certificaat slechts worden ingeleid, of kunnen twijfels over de echtheid ervan slechts worden ingeroepen overeenkomstig de voorschriften van de lidstaat van herkomst (zie in die zin arrest Povse, reeds aangehaald, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Ter waarborging van een snelle uitvoering van de betrokken beslissingen en om te voorkomen dat de doelmatigheid van de bepalingen van verordening nr. 2201/2003 wordt ondermijnd door misbruik van procedure, is tegen de afgifte van een certificaat uit hoofde van artikel 42, lid 1, van deze verordening ieder ander rechtsmiddel dan een verzoek om verbetering in de zin van artikel 43, lid 1, van deze verordening uitgesloten, zelfs in de lidstaat van herkomst (zie in die zin arrest Rinau, reeds aangehaald, punt 85).
- 51 Uit de rechtspraak blijkt voorts eveneens dat in het kader van de duidelijke bevoegdheidsverdeling tussen het gerecht van de lidstaat van herkomst en dat van de lidstaat van tenuitvoerlegging, welke bevoegdheidsverdeling is vastgesteld bij verordening nr. 2201/2003 en gericht is op de snelle terugkeer van het kind, de vragen betreffende de regelmatigheid als zodanig van de beslissing die deze terugkeer beveelt, met name de vraag of de voorwaarden zijn vervuld opdat het bevoegde gerecht deze beslissing kan nemen, bij de gerechten van de lidstaat van herkomst moeten worden opgeworpen, in overeenstemming met de regels van zijn rechtsorde (arrest Povse, reeds aangehaald, punt 74).
- 52 In het licht van deze beginselen moet artikel 42, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 2201/2003, worden uitgelegd dat bepaalt dat het gerecht van de lidstaat van herkomst het in lid 1 van dit artikel bedoelde certificaat uitsluitend mag afgeven indien het kind in de gelegenheid is gesteld om te worden gehoord, tenzij zulks vanwege zijn leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam werd geacht [sub a], indien de partijen in de gelegenheid zijn gesteld te worden gehoord [sub b], en indien genoemd gerecht bij het geven van de beslissing rekening heeft gehouden met de redenen en het bewijs op grond waarvan de beslissing ingevolge artikel 13 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 1980 is gegeven [sub c].
- 53 Meteen zij opgemerkt dat artikel 42, lid 2, eerste alinea, van genoemde verordening geen andere doelstelling heeft dan de rechter van de lidstaat van herkomst de vereiste minimuminhoud te doen kennen van de beslissing op basis waarvan het in lid 1 van artikel 42 genoemd certificaat wordt afgegeven.
- 54 Gelet op de in de punten 48, 50 en 51 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak dient bovendien te worden vastgesteld dat genoemd artikel 42, lid 2, eerste alinea, de rechter van de lidstaat van tenuitvoerlegging niet machtigt om controle uit te oefenen op de in dat artikel gestelde voorwaarden voor de afgifte van genoemd certificaat.
- 55 Een dergelijke bevoegdheid zou namelijk het nuttig effect van het bij verordening nr. 2201/2003 ingevoerde systeem, zoals omschreven

- in de punten 44 tot en met 51 van het onderhavige arrest, in gevaar kunnen brengen.
- 56 Wanneer een gerecht van een lidstaat het in genoemd artikel 42 bedoelde certificaat afgeeft, is dus het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging verplicht om de beslissing waarvoor het certificaat is afgegeven uit te voeren, zonder dat het zich tegen de erkenning of de uitvoerbaarverklaring kan verzetten.
 - 57 Deze uitlegging vindt steun in de omstandigheid dat de in de artikelen 23 en 31 van verordening nr. 2201/2003 voorziene redenen voor niet-erkenning of niet-uitvoerbaarverklaring door het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging van een beslissing inzake ouderlijke verantwoordelijkheid, waaronder de manifeste schending van de openbare orde van deze lidstaat en de schending van de fundamentele procesregels van deze lidstaat op grond waarvan het kind de mogelijkheid moet worden geboden om te worden gehoord, niet zijn opgenomen als redenen die de weigering van de rechter van deze staat in het kader van de procedures van hoofdstuk III, afdeling 4, van genoemde verordening kunnen rechtvaardigen (zie in die zin arrest Rinau, reeds aangehaald, punten 91, 97 en 99).
 - 58 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter echter te vernemen of deze uitlegging eveneens geldt in geval van bijzonder ernstige schendingen van grondrechten in de krachtens het certificaat ten uitvoer te leggen beslissing van de lidstaat van herkomst.
 - 59 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de in hoofdstuk III, afdeling 4, van verordening nr. 2201/2003 neergelegde duidelijke bevoegdheidsverdeling tussen de gerechten van de lidstaat van herkomst en die van de lidstaat van tenuitvoerlegging (zie aldus arrest Povse, reeds aangehaald, punt 73), uitgaat van de veronderstelling dat deze gerechten op de gebieden waarvoor zij specifiek bevoegd zijn hun verplichtingen op grond van deze verordening in overeenstemming met het Handvest van de grondrechten nakomen.
 - 60 Aangezien verordening nr. 2201/2003 niet strijdig mag zijn met het Handvest van de grondrechten, moeten dienaangaande de bepalingen van artikel 42 van genoemde verordening, die het recht van het kind om te worden gehoord ten uitvoer brengen, worden uitgelegd in het licht van artikel 24 van genoemd Handvest (zie in die zin arrest McB, reeds aangehaald, punt 60).
 - 61 Punt 19 van de considerans van verordening nr. 2201/2003 geeft overigens aan dat het horen van het kind een belangrijke rol speelt bij de toepassing van de verordening en punt 33 van de considerans benadrukt meer algemeen dat genoemde verordening de grondrechten erkent en in overeenstemming is met de beginselen die zijn erkend bij het Handvest, waarbij zij in het bijzonder beoogt de grondrechten van het kind, zoals die in artikel 24 van het Handvest zijn erkend, ten volle te eerbiedigen.
 - 62 Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt dat uit artikel 24 van dit Handvest en uit artikel 42, lid 2, eerste alinea, sub a, van verordening nr. 2201/2003 blijkt dat zij niet verwijzen naar het horen van het kind op zich, maar naar de mogelijkheid voor het kind om te worden gehoord.
 - 63 Ten eerste verlangt genoemd artikel 24 namelijk in lid 1 dat de kinderen vrijelijk hun mening mogen geven en dat met hun mening in aangelegenheden die hen betreffen uitsluitend 'in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid' rekening wordt gehouden, en moet overeenkomstig lid 2 bij alle handelingen betreffende kinderen rekening worden gehouden met het belang van het kind, welk belang dus kan rechtvaardigen dat het kind niet wordt gehoord. Ten tweede legt genoemd artikel 42, lid 2, eerste alinea, sub a, de verplichting op om het kind de mogelijkheid te geven om te worden gehoord, 'tenzij zulks vanwege zijn leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam werd geacht'.
 - 64 Dit betekent dat de rechter die over de terugkeer van een kind uitspraak moet doen, moet beoordelen of het nuttig is om het kind te horen. De conflicten op grond waarvan een beslissing tot toekenning van het gezagsrecht aan één van de ouders noodzakelijk is en de ermee verbonden spanningen, zijn namelijk situaties waarin het horen van het kind, in het bijzonder voor zover desgevallend vereist is dat het kind fysiek aanwezig is voor de rechter, niet raadzaam kan blijken te zijn of zelfs schadelijk zou kunnen zijn voor de psychische gezondheid van het kind, dat vaak deze spanningen ondergaat en onder de schadelijke gevolgen ervan lijdt. Ook al heeft het kind een recht om te worden gehoord, kan dit dus niet een absolute verplichting uitmaken, maar moet het in het licht van de noden in verband met het belang van het kind overeenkomstig artikel 24, lid 2, van het Handvest van de grondrechten concreet worden beoordeeld.
 - 65 Zoals bepaald in artikel 24 van het Handvest van de grondrechten en in artikel 42, lid 2, eerste alinea, sub a, van verordening nr. 2201/2003, vereist het recht van het kind om te worden gehoord dus niet dat het kind noodzakelijkerwijs door de rechter van de lidstaat van herkomst moet worden gehoord, maar legt het op dat aan het kind de procedures en de wettelijke voorwaarden ter beschikking worden gesteld opdat het vrijelijk zijn mening kan geven en dat de rechter van deze mening kennis neemt.
 - 66 Met andere woorden, ofschoon artikel 24 van het Handvest van de grondrechten en artikel 42, lid 2, eerste alinea, sub a, van verordening nr. 2201/2003 de rechter van de lidstaat van herkomst niet verplichten om het kind altijd te horen, zodat deze rechter dus een bepaalde beoordelingsmarge wordt gelaten, neemt dit niet weg dat deze bepalingen, wanneer de rechter besluit om het kind te horen, opleggen dat hij, in het licht van het belang van het kind en rekening houdend met de concrete omstandigheden, alle passende maatregelen neemt om het kind te horen, opdat deze bepalingen hun nuttige effect behouden en het kind een daadwerkelijke en effectieve mogelijkheid wordt geboden om zijn mening te geven.
 - 67 Om dezelfde reden moet de rechter van de lidstaat van herkomst, voor zover mogelijk en steeds rekening houdend met het belang van het kind, gebruik maken van alle middelen waarover hij krachtens zijn nationale recht beschikt, alsook van alle typische instrumenten van de grensoverschrijdende gerechtelijke samenwerking, desgevallend met inbegrip van de bij verordening nr. 1206/2001 voorziene instrumenten.
 - 68 De rechter van de lidstaat van herkomst mag een certificaat conform de eisen van artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 dus pas afgeven na te hebben onderzocht of in het licht van het belang van het kind en rekening houdend met alle concrete omstandigheden, bij de beslissing waarop het certificaat zal slaan het recht van het kind om vrijelijk zijn mening te geven is nageleefd en of het kind rekening houdend met de nationale proceduremiddelen en de instrumenten van de internationale gerechtelijke samenwerking een daadwerkelijke en effectieve mogelijkheid heeft gekregen om zijn mening te geven.
 - 69 Zoals is verduidelijkt in punt 51 van het onderhavige arrest, staat het echter uitsluitend aan de nationale gerechten van de lidstaat van herkomst om de rechtmatigheid van deze beslissing te toetsen aan artikel 24 van het Handvest van de grondrechten en artikel 42 van verordening nr. 2201/2003.
 - 70 Zoals in punt 46 van het onderhavige arrest is benadrukt, zijn de bij deze verordening vastgestelde systemen voor de erkenning en de tenuitvoerlegging van in een lidstaat gegeven beslissingen namelijk gebaseerd op het beginsel dat de lidstaten er wederzijds op mogen vertrouwen dat de respectievelijke nationale rechtsordes in staat zijn om een effectieve en gelijkwaardige bescherming te bieden van de op Unieniveau, in het bijzonder in het Handvest van de grondrechten, erkende grondrechten.
 - 71 Zoals de advocaat-generaal in punt 135 van zijn stellingname heeft opgemerkt, moeten de betrokken partijen in deze context dus in de lidstaat van herkomst de rechtsmiddelen aanwenden ter betwisting van de rechtmatigheid van een beslissing waarvoor een certificaat overeenkomstig artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 is afgegeven.

- 72 Wat betreft het hoofdgeding volgt uit het aan het Hof voorgelegde dossier dat bij de Audiencia Provincial de Bizkaya nog een procedure in hoger beroep aanhangig is. Voorts heeft de Spaanse regering ter terechtzitting verduidelijkt dat tegen de beslissing van laatstgenoemd gerecht zelf een rechtsmiddel op nationaal niveau bestaat, namelijk op zijn minst een 'recurso de amparo' bij het Grondwettelijk Hof. In het kader van dit rechtsmiddel kunnen met name mogelijke schendingen van grondrechten, zoals het recht van het kind om te worden gehoord, worden aangevoerd.
- 73 Het staat dus aan deze gerechten van de lidstaat van herkomst om te onderzoeken of het recht van het kind om te worden gehoord bij de beslissing waarvoor overeenkomstig artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 een certificaat is afgegeven, is geschonden.
- 74 Uit het voorgaande volgt dat in omstandigheden als in het hoofdgeding uitsluitend de gerechten van de lidstaat van herkomst bevoegd zijn om uitspraak te doen over de vraag of artikel 42, lid 2, eerste alinea, sub a, van verordening nr. 2201/2003 is geschonden door het gerecht van de lidstaat van herkomst dat de beslissing heeft gegeven waarvoor een certificaat is afgegeven, en dat de bevoegde rechter van de lidstaat van tenuitvoerlegging zich niet mag verzetten tegen de erkenning en de tenuitvoerlegging van deze beslissing, gelet op het door genoemd gerecht van de lidstaat van herkomst afgegeven certificaat.
- 75 Gelet op het voorgaande moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat het bevoegde gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging zich in omstandigheden als in het hoofdgeding niet mag verzetten tegen de tenuitvoerlegging van een beslissing waarvoor een certificaat is afgegeven, welke beslissing de terugkeer gelast van het kind dat ongeoorloofd wordt vastgehouden, op grond dat het gerecht van de lidstaat van herkomst deze beslissing heeft gegeven in strijd met artikel 42 van verordening nr. 2201/2003, uitgelegd overeenkomstig artikel 24 van het Handvest van de grondrechten, daar alleen de gerechten van de lidstaat van herkomst bevoegd zijn om te beoordelen of sprake is van een dergelijke schending.

Kosten

- 76 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

In omstandigheden als in het hoofdgeding mag het bevoegde gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging zich niet verzetten tegen de tenuitvoerlegging van een beslissing waarvoor een certificaat is afgegeven, welke beslissing de terugkeer gelast van het kind dat ongeoorloofd wordt vastgehouden, op grond dat het gerecht van de lidstaat van herkomst deze beslissing heeft gegeven in strijd met artikel 42 van verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000, uitgelegd overeenkomstig artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, daar alleen de gerechten van de lidstaat van herkomst bevoegd zijn om te beoordelen of sprake is van een dergelijke schending.

Noot

Auteur: Th.M. de Boer

- Net als in de zaak *Povse/Alpago* (NJ 2011/459) gaat het hier om een machtsstrijd tussen de rechterlijke instanties van twee verschillende EU-lidstaten naar aanleiding van een kindervervoering. De rechter van het land waar het kind vóór de ontvoering verbleef, Spanje, wijst een exclusief gezagsrecht toe aan de in Spanje wonende vader, maar de rechter van het land waar deze beschikking ten uitvoer moet worden gelegd, Duitsland, weigert daaraan mee te werken. Aan deze beslissing zijn verschillende procedures voorafgegaan. In eerste instantie hebben beide ouders in het kader van een echtscheidingsprocedure voor de Spaanse rechter ieder het eenhoofdige gezag over hun kind gevraagd. Op 12 mei 2008 wordt het gezag voorlopig aan de vader toegewezen en kort daarna vertrekt de moeder met haar nieuwe vriend naar haar geboorteland Duitsland. In augustus 2008, in het kader van de door de Spaanse rechter vastgestelde omgangsregeling, verblijft het kind bij haar moeder in Duitsland maar na afloop van dit bezoek keert zij niet terug naar Spanje. De Spaanse rechter besluit daarop het omgangsrecht te schorsen en bepaalt een zittingsdag waarop het kind in persoon kan worden gehoord. De moeder verzet zich daartegen en stelt een videoconferentie voor, maar deze suggestie wordt verworpen. Het eind van het liedje is dat de Spaanse rechter op 16 december 2009 het eenhoofdige gezag definitief aan de vader toekent. De moeder gaat tegen die beslissing in beroep, omdat het kind — intussen ruim negen jaar oud — niet is gehoord. Dat beroep wordt afgewezen, omdat het kind tijdens de voor het verhoor bestemde zitting van de *Juzgado de Primera Instancia* niet was verschenen.
In Duitsland heeft de vader kort na de ontvoering een terugleidingsprocedure in gang gezet op grond van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 (HKOV). In eerste instantie wordt hij in het gelijk gesteld, maar in hoger beroep wijst het Oberlandesgericht Celle zijn verzoek alsnog af, omdat het kind zelf zich tegen haar terugkeer verzet (art. 13 lid 2 HKOV). Meer dan een half jaar later wendt de vader zich opnieuw tot de Duitse rechter, ditmaal om tenuitvoerlegging te vragen van de Spaanse gezagsbeslissing van 16 december 2009, waarbij hij het in art. 42 Brussel II-bis bedoelde certificaat overlegt, op grond waarvan een beslissing die de terugkeer van een ontvoerd kind inhoudt in andere lidstaten zonder exequatur ten uitvoer kan worden gelegd. Kennelijk is de Duitse rechter hier niet van onder de indruk, want hij weigert de Spaanse beslissing te erkennen, aangezien het kind — in strijd met art. 24 lid 1 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie — in de Spaanse procedure niet is gehoord. In hoger beroep erkent het Oberlandesgericht Celle dat de Duitse rechter gehouden is mee te werken aan de tenuitvoerlegging van een beschikking waarvoor het in art. 42 Brussel II-bis genoemde certificaat is afgegeven. Het is echter van mening dat op die regel een uitzondering moet worden gemaakt als er, zoals hier, een ernstige inbreuk op een grondrecht is gemaakt en het certificaat bovendien, in strijd met de waarheid vermeldt dat het kind wel degelijk is gehoord. Voor de zekerheid besluit het Oberlandesgericht het Hof van Justitie de vraag voor te leggen of deze zienswijze juist is.
- Na lezing van het arrest *Povse/Alpago* zal het niet verbazen dat het Hof een andere mening is toegedaan. Bij de bepalingen van Brussel II-bis die betrekking hebben op de terugkeer van een ontvoerd kind, gaat het om snelheid: een beslissing waaruit volgt dat het kind dient terug te keren naar het land van herkomst, moet zo snel mogelijk worden uitgevoerd. Dat verklaart in de eerste plaats dat zo'n beslissing in de lidstaat waar zij effect moet sorteren ten uitvoer kan worden gelegd zonder dat daarvoor, zoals in andere gevallen, een verklaring van

uitvoerbaarheid nodig is. Voldoende is dat er een certificaat wordt overgelegd, ambtshalve afgegeven door de rechter van wie de beslissing afkomstig is (art. 42 lid 2). In de tweede plaats wordt een snelle uitvoering van de hier bedoelde beslissingen gewaarborgd door een rechtsmiddelenverbod: in de staat van herkomst kan alleen een verzoek tot rectificatie worden ingediend, in de staat van tenuitvoerlegging kan hoe dan ook niet over (de afgifte van) het certificaat worden geklaagd (art. 43). Bezwaren tegen de beslissing zelf mogen alleen worden opgeworpen bij de gerechten van de staat van herkomst.

Hieruit volgt, aldus het Hof, dat de rechter van de staat van tenuitvoerlegging niet mag toetsen of de afgifte van het certificaat wel voldoet aan de in art. 42 lid 2 gestelde eisen, ook niet als het gaat om de eis dat het kind, mits oud en wijs genoeg, in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord. In de staat van tenuitvoerlegging zal moeten worden aangenomen dat de rechter die het certificaat heeft afgegeven, heeft voldaan aan alle verplichtingen die de verordening en het Handvest Grondrechten hem opleggen. Of dat zo is, staat niet ter beoordeling van de rechter van de staat van tenuitvoerlegging. Mocht er sprake zijn van een schending van het bepaalde in art. 42 lid 2 jo. art. 24 lid 1 Handvest, dan kan daarover alleen geklaagd worden in de staat van herkomst. In casu bestond daartoe ook alle gelegenheid, omdat er in Spanje nog een appelprocedure liep en omdat over de schending van grondrechten in laatste instantie nog geklaagd kan worden bij het Spaanse *Tribunal Constitucional*.

3. Eigenlijk was de vraag van het Oberlandesgericht hiermee afdoende beantwoord. Maar het Hof wilde kennelijk ook nog iets zeggen over de weigering van de Spaanse rechter het kind te horen. Zo'n weigering kan zeer wel gerechtvaardigd zijn, niet alleen als het kind te jong is om te worden gehoord, maar ook als het daarvan psychische schade zou kunnen ondervinden, met name als het lijfelijk in de rechtszaal aanwezig moet zijn. Art. 24 Handvest legt de rechter dan ook geen absolute verplichting op het kind te horen, maar laat hem een zekere beoordelingsvrijheid. Niettemin zal hij moeten onderzoeken of er mogelijkheden zijn om het kind in de gelegenheid te stellen zijn mening kenbaar te maken, zonder dat het daardoor in een dwangpositie wordt gebracht. Daarbij zal hij ook moeten denken aan 'alle typische instrumenten van de grensoverschrijdende gerechtelijke samenwerking', zoals met name de in de Bewijsverordening genoemde middelen tot verkrijging van bewijs in het buitenland (r.o. 67). Daartoe behoort niet alleen de rogatoire commissie (eventueel uitgevoerd in aanwezigheid van en/of met deelneming van een vertegenwoordiger van de verzoekende instantie), maar ook het gebruik van moderne communicatietechnologie, met name video- en teleconferenties. Ik lees hierin een kritische kanttekening bij de afwijzende reactie van de Spaanse rechter op het verzoek van de moeder het kind via een videoconferentie te horen. Die afwijzing was des te ongelukkiger, omdat de moeder wegens overtreding van een door dezelfde rechter opgelegd uitreisverbod strafvervolgning tegemoet kon zien als zij met het kind voor het verhoor naar Spanje zou komen. Garanties voor een 'safe return' van moeder en kind wilde de Spaanse rechter niet geven. Het is dus niet zo gek dat het kind niet verscheen tijdens de voor het verhoor bepaalde zitting.

Opmerkelijk genoeg gaat het Hof geheel voorbij aan de opvatting van A-G Bot, die in zijn conclusie vooropstelt dat er in casu geen sprake is van schending van het recht om te worden gehoord, aangezien het kind haar mening al kenbaar had gemaakt aan de Duitse rechter bij de behandeling van het teruggeleidingsverzoek en de Spaanse rechter zijn beslissing om haar niet opnieuw te horen mocht nemen op grond van het verslag van die hoorzitting. Volgens de A-G is er aan de voorwaarde van art. 42 lid 2 sub a voldaan, als het kind al gehoord is in een andere lidstaat in het kader van de HKOV-procedure en de rechter van de staat van herkomst daarmee — in overeenstemming met art. 42 lid 2 sub c — rekening heeft gehouden bij zijn beslissing om het kind toch te doen terugkeren.

Het Hof denkt daar kennelijk anders over, want in het arrest is de door de A-G voorgestelde uitleg niet overgenomen. De rechter van de staat van herkomst is weliswaar niet *verplicht* het kind te horen (r.o. 65-66), maar het feit dat hij zich al voldoende geïnformeerd acht door het verslag van een in een andere lidstaat gehouden hoorzitting, wordt niet genoemd als een geldige reden om dat niet te doen. Dat lijkt mij ook juist, niet alleen omdat een kind in de periode tussen de hoorzitting in de teruggeleidingsprocedure en een comparitie ter voorbereiding van de gezagsbeslissing van mening veranderd kan zijn, maar ook omdat het verslag van een hoorzitting toch iets anders is dan een (video)gesprek met het kind zelf. Bovendien zou in het standpunt van de A-G een vrijbrief gezien kunnen worden om het horen van het kind stelselmatig achterwege te laten als het al eerder de gelegenheid heeft gehad zijn mening kenbaar te maken. De in art. 42 lid 2 sub a gestelde voorwaarde zou dan zijn betekenis verliezen en geheel opgaan in de eis van art. 42 lid 2 sub c.