

GENERALADVOKAT
Y. BOTS STILLINGTAGEN
fremsat den 7. december 2010¹

1. Konflikterne mellem parterne i en skilsmisse om, hvad der skal ske med fællesbørnene, kan være en overordentlig smertefuld, for ikke at sige traumatiserende, oplevelse for disse børn. Denne prøvelse bliver så meget desto vanskeligere i tilfælde af blandede ægteskaber, hvor den ene af forældrene ikke accepterer de foranstaltninger, der er truffet vedrørende børnene af retten i den medlemsstat, hvor parret var bosiddende, rejser tilbage til sit hjemland med børnene og søger at opnå den modsatte afgørelse ved retterne i denne medlemsstat. Hvis manøveren lykkes, bliver børnenes situation således undergivet modstridende retsafgørelser, hvor resultatet oftest er en mere eller mindre længerevarende afbrydelse af enhver relation eller normal relation med den anden forælder.

2. Den ødelæggende virkning for børnene af sådanne handlinger har ledt staterne til, først ved indgåelse af aftale ved udarbejdelsen af Haagerkonventionen af 25. oktober 1980², herefter inden for Den Europæiske Unions rammer, først ved aftale og herefter i form af en forordning, at indføre ordninger for samarbejdet mellem retterne i medlemsstaterne, der, når et barn fjernes eller tilbageholdes

ulovligt af den ene af sine forældre, skal sikre, at barnet tilbagegives hurtigst muligt til det sted, hvor det havde sin bopæl inden bortførelsen.

3. Rådets forordning (EF) nr. 2201/2003³, der finder anvendelse på den foreliggende sag, fastsætter således en ordning, hvorefter retten på det sted, hvor barnet har sin bopæl — i tilfælde, hvor retten i den medlemsstat, hvortil barnet ulovligt er blevet fjernet, træffer en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives — på en måde har det sidste ord og kan afsige retsafgørelse om tilbagegivelse af barnet ved en afgørelse, der automatisk skal fuldbyrdes og ikke kan anfægtes i de øvrige medlemsstater.

4. Denne forstærkede fuldbyrdelsesevne er betinget af, at retten, der træffer beslutningen, udsteder en attest, der bl.a. attesterer, at barnet har haft mulighed for at blive hørt, medmindre en høring er fundet uhensigtsmæssig under hensyntagen til barnets alder eller modenhedsgrad, og at retten har taget hensyn til de grunde, som dannede grundlag for afgørelsen, truffet af retten på det sted,

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Konventionen om de civilretlige aspekter af internationale børnebortførelser (herefter »Haagerkonventionen af 1980«).

3 — Rådets forordning af 27.11.2003 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabsager og i sager vedrørende forældreansvar og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000 (EUT L 338, s. 1).

hvortil barnet ulovligt er blevet fjernet, om, at barnet ikke skal tilbagegives.

5. Fuldbyrnelsen af således attesterede afgørelser har allerede givet anledning til adskillige fortolkningsvanskeligheder, som har givet Domstolen lejlighed til at bekræfte og præcisere rækkevidden af deres specifikke eksigibilitet⁴. I Povse-dommen fastslog Domstolen således, at det følger af fordelingen af kompetence mellem retterne i domsstaten og retterne i fuldbyrdsstaten, at sidstnævnte blot kan fastslå en sådan attesteret afgørelses eksigibilitet, og at attesten alene kan prøves i domsstaten⁵.

6. I den foreliggende sag ønsker Oberlandesgericht Celle (Tyskland) oplyst, om den, trods en attesteret afgørelses specifikke eksigibilitet, kan nægte at fuldbyrde den i tilfælde af en særlig alvorlig tilsidesættelse af en af barnets grundlæggende rettigheder, når barnet ikke er blevet hørt, i strid med bestemmelserne i forordning nr. 2201/2003, fortolket i overensstemmelse med Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herafter »chartret om grundlæggende rettigheder«). Retten ønsker subsidiært oplyst, i hvilket omfang den er forpligtet til at fuldbyrde

en sådan afgørelse, når attesten, der ledsager den, indeholder en åbenbart urigtig oplysning om høring af barnet.

7. Den forelæggende ret har endvidere præciseret, at den ikke anmoder om anvendelsen af den præjudicielle hasteprocedure med den begrundelse, at de to spørgsmål, den forelægger, er af grundlæggende betydning, og at vurderingen heraf bør ske inden for rammerne af en tilbundsgående præjudiciel procedure.

8. Domstolen har imidlertid, i overensstemmelse med de beføjelser, der er tillagt den i procesreglementets artikel 104b, stk. 1, tredje og fjerde afsnit, fastslået, at betingelserne for at anvende hasteproceduren var opfyldt, og besluttet at undergive den foreliggende sag denne procedure.

9. I dette forslag vil jeg foreslå Domstolen at tage stilling til, om forudsætningen for forelæggelsen af de præjudicielle spørgsmål er korrekt, inden den tager stilling til selve spørgsmålene. Disse spørgsmål tager nemlig udgangspunkt i den forudsætning, hvorefter barnet ikke har haft mulighed for at blive hørt i modsætning til det, der er anført på den attest, der er knyttet til afgørelsen om tilbagegivelse, og derfor, at betingelserne for udstedelse af en sådan attest ikke blev overholdt af retten i domsstaten.

10. Det fremgår imidlertid af sagsakterne, at barnet ikke kunne blive hørt af denne ret, men det fremgår ligeledes, at det blev hørt

4 — Jf. dom af 11.7.2008, sag C-195/08 PPU, Rinau, Sml. I, s. 5271, og af 1.7.2010, sag C-211/10 PPU, Povse, Sml. I, s. 6673.

5 — Povse-dommen, præmis 73-75.

på anmodning af retterne i fuldbyrdelsesstaten inden for rammerne af den sag, der lå til grund for afgørelsen om ikke at tilbagegive barnet, og at barnets synspunkter, som kom til udtryk under denne høring, er nævnt i den anfægtede attesterede afgørelse.

i forordning nr. 2201/2003, under retterne i domsstatens eksklusive kompetence.

I — Retsforskrifter

11. Jeg foreslår derfor Domstolen i dette forslag først at tage stilling til, om den forelæggende rets forudsætninger er korrekte, og således at tage stilling til spørgsmålet, om betingelsen, hvorefter en retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet, kun kan attesteres, hvis barnet har haft mulighed for at blive hørt, under sådanne omstændigheder er blevet opfyldt.

12. Jeg vil redegøre for, hvorfor denne betingelse efter min opfattelse er blevet opfyldt.

13. Jeg vil herefter subsidiært bemærke, at selv hvis det forudsættes, at denne betingelse ikke var opfyldt, ville en ret i fuldbyrdelsesstaten ikke kunne nægte at fuldbyrde en attestet afgørelse. Jeg vil minde om, at på grund af den strenge fordeling af kompetence mellem retterne i de berørte medlemsstater henhører en anfægtelse af en sådan afgørelse og af en attest, udstedt på grundlag af artikel 42

14. De relevante forskrifter findes i Haagerkonventionen af 1980, forordning nr. 2201/2003 og chartret om grundlæggende rettigheder.

15. Haagerkonventionen af 1980, der trådte i kraft den 1. december 1983, er blevet ratificeret af alle medlemsstaterne. Den gælder fortsat mellem dem, men bestemmelserne heri er blevet suppleret med bestemmelserne i forordning nr. 2201/2003. Bestemmelserne i denne forordning har i forbindelserne mellem medlemsstaterne forrang for konventionens bestemmelser⁶.

A — Haagerkonventionen af 1980

16. Haagerkonventionen af 1980 tager udgangspunkt i den forudsætning, at enhver pludselig fjernelse af en mindreårig fra dennes sædvanlige opholdssted uden forældremyndighedsindehaverens samtykke kan skade barnets interesser alvorligt og udgør en faktisk foranstaltning, som skal

⁶ — Forordningens artikel 60 og 62.

bringes til ophør så hurtigt som muligt, uden en materiel undersøgelse af tvisten mellem forældrene.

17. Ifølge konventionens artikel 1 har denne konvention således til formål at sørge for, at forældremyndighed i en kontraherende stat bliver faktisk respekteret i andre kontraherende stater, og at sikre en umiddelbar tilbagegivelse af børn, som er ulovligt bortført til eller tilbageholdt i en sådan stat.

18. I henhold til konventionens artikel 3 er bortførelse eller tilbageholdelse af et barn ulovlig, hvis den strider mod en forældremyndighed tildelt en person ved loven eller en retlig afgørelse i den stat, hvor barnet havde bopæl umiddelbart før bortførelsen.

19. For så vidt angår ethvert spørgsmål om forældremyndighed er det »hensynet til barnets bedste«, der vejer tungest. Barnet har ret til stabilitet, til at kunne opholde sig på sit sædvanlige opholdssted, hvilket anses for at være et af de grundlæggende elementer i barnets velbefindende og udvikling. Barnet er ikke en genstand, som forældrene kan bruge som instrument i en konflikt mellem sig.

20. Under disse omstændigheder er der fastsat bestemmelse om, at såfremt det er fastslået, at der er tale om ulovlig fjernelse, beordres barnet øjeblikkeligt tilbagegivet til sit sædvanlige opholdssted. Afgørelsen om tilbagegivelse adskilles således fra spørgsmålet

om tildelingen af forældremyndigheden, som retten på det sted, hvor barnet har sædvanligt opholdssted, er bedst egnet til at tage stilling til.

21. Artikel 12 i Haagerkonventionen af 1980 har således følgende ordlyd:

»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.

[...]«

22. Konventionens forfattere har imidlertid ønsket at moderere denne næsten automatiske tilbagegivelsesmekanisme ved hjælp af undtagelser, som gør det muligt at tage hensyn til barnets bedste og til omstændighederne. Konventionens artikel 13 bestemmer således, at den judicielle eller administrative myndighed i modtagerstaten ikke har pligt til at bestemme, at barnet skal tilbagegives, hvis den person, institution eller anden

myndighed, som modsætter sig tilbagegivelsen, godtgør, at:

B — *Forordning nr. 2201/2003*

- 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
 - 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, eller
 - barnet modsætter sig tilbagegivelsen og har nået en sådan alder og modenhedsgrad, at der bør tages hensyn til barnets mening.
23. Haagerkonventionen af 1980 ophører ifølge artikel 4 med at gælde, når barnet er fyldt 16 år. Ifølge konventionens artikel 20 kan tilbagegivelse af barnet efter bestemmelserne i artikel 12 nægtes, såfremt det ikke ville være foreneligt med grundlæggende principper i den anmodede stat til beskyttelse af menneskelige friheder og rettigheder.
24. Forordning nr. 2201/2003 har i lighed med Haagerkonventionen af 1980 til formål at forhindre børnebortførelser ved at sikre hurtig tilbagegivelse af det bortførte barn til oprindelsesmedlemsstaten. Forordningen indgår i rammerne for et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, der — således som det fremgår af anden betragtning til forordningen — er hjørnестenen i princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser.
25. Til dette formål har fællesskabslovgiver ønsket at oprette følgende ordning:
- Retterne i domsstaten bevarer kompetencen. Den ulovlige fjernelse af barnet medfører ikke i sig selv en overførsel af kompetence.
 - Retterne i den anmodede stat skal sikre hurtig tilbagegivelse af barnet.
 - Hvis retten i den anmodede stat beslutter, at barnet ikke skal tilbagegives, skal den fremsende sin afgørelse samt alle de beviser, hvorpå afgørelsen støttes, til den kompetente ret i domsstaten, og de to retter skal samarbejde.

- Hvis retten i domsstaten beordrer barnet tilbagegivet, skal dens afgørelse, når den er blevet attesteret af denne ret, anses for umiddelbart eksigibel i den anmodede stat og kan ikke anfægtes heri.
- og grundene til ikke-ankendelse bør begrænses til det nødvendige minimum.«

26. 17. betragtning til forordning nr. 2201/2003 er affattet som følger:

»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.«

27. Ifølge 21. betragtning til forordningen bør »[a]nkerkendelsen og fuldbyrdelsen af retsafgørelser truffet i en medlemsstat [...] være baseret på princippet om gensidig tillid,

28. Ifølge ordlyden af 23. betragtning til forordningen bør »[r]etsafgørelser om samværsret og retsafgørelser om tilbagegivelse af et barn, der er attesteret i domsstaten i overensstemmelse med denne forordning, [...] 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. betragtning til forordning nr. 2201/2003 følger op ved at nævne, at »[a]ttesten kan kun gøres til genstand for berigtigelse, hvis den indeholder materielle fejl, dvs. hvis den ikke korrekt afspejler retsafgørelsen«.

29. Forordningen anerkender endvidere betydningen af høringen af barnet. Ifølge ordlyden af 19. betragtning »[...] spiller en høring af barnet en vigtig rolle [[v]ed anvendelsen af denne forordning], uden at forordningen dog tager sigte på at ændre de nationale procedurer på området«.

30. Ifølge 20. betragtning til forordningen »[kan] [h]øringen af et barn i en anden

medlemsstat [...] ske i overensstemmelse med de metoder, der er fastsat i Rådets forordning (EF) nr. 1206/2001 af 28. maj 2001 om samarbejde mellem medlemsstaternes retter om bevisoptagelse på det civil- og handelsretlige område [7]«.

31. Endelig er det i 33. betragtning til forordning nr. 2201/2003 anført, at »[d]enne forordning anerkender de grundlæggende rettigheder og respekterer principperne i [...] chart[ret] om grundlæggende rettigheder. Den søger især at sikre fuld respekt for børns grundlæggende rettigheder som omhandlet i artikel 24 i nævnte charter«.

32. Disse forskellige hensyn, som lovgiver har haft for øje, gennemføres på følgende måde i forordning nr. 2201/2003.

33. I henhold til forordningens artikel 2, nr. 11), som i det væsentlige gengiver definitionen i Haagerkonventionen af 1980, er der tale om »ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af et barn«, 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, for så vidt denne forældremyndighed faktisk blev udøvet.

34. Nævnte forordnings artikel 11, der har overskriften »Tilbagegivelse af barnet«, bestemmer:

»1. Når en forældremyndighedsindehavende person, institution eller anden myndighed anmoder de kompetente myndigheder i en medlemsstat om at træffe afgørelse på grundlag af [Haagerkonventionen af 1980] 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 artikel 12 og 13 i Haagerkonventionen af 1980 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 artikel 13, litra b), i Haagerkonventionen af 1980, hvis det godtgøres, at der er truffet passende foranstaltninger til at sikre beskyttelsen af barnet efter dets tilbagegivelse.

[...]

6. Har en ret i medfør af artikel 13 i Haagerkonventionen af 1980 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 artikel 13 i Haagerkonventionen af 1980 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.«

35. Artikel 42 i forordning nr. 2201/2003, som findes i kapitel III, afdeling 4, bestemmer:

»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.

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.

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.

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

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:

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

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

36. I henhold til artikel 47, stk. 2, i forordning nr. 2201/2003 »[fuldbyrdes] [e]n afgørelse, der er truffet af en ret i en anden medlemsstat, og som er erklæret for eksigibel [...] eller attesteret [...] i fuldbyrdelsesstaten på samme vilkår, som hvis den var truffet i denne medlemsstat«.

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

C — Chartret om grundlæggende rettigheder

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 artikel 13 i Haagerkonventionen af 1980.

37. Chartret om grundlæggende rettigheder, som i henhold til artikel 6 TEU har samme juridiske værdi som traktaterne, fastsætter i artikel 24 barnets rettigheder på følgende måde:

»1. Børn har ret til den beskyttelse og omsorg, der er nødvendig for deres trivsel. De

kan frit udtrykke deres synspunkter. Der tages hensyn hertil i forhold, der vedrører dem, i overensstemmelse med deres alder og modenhed.

2. I alle handlinger vedrørende børn, uanset om de udføres af offentlige myndigheder eller private institutioner, skal barnets tarv komme i første række.

3. Ethvert barn har ret til regelmæssigt at have personlig forbindelse og direkte kontakt med begge sine forældre, medmindre dette er i modstrid med dets interesser.«

II — Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

38. De faktiske omstændigheder i hovedsagen, således som de er beskrevet af den forelæggende ret, kan sammenfattes således.

39. Joseba Andoni Aguirre Zarraga og Simone Pelz indgik ægteskab den 25. september 1998 i Erandio (Spanien). Fra dette ægteskab stammer deres datter Andrea, der blev født den 31. januar 2000. Familiens sædvanlige opholdssted var Sondika (Spanien).

40. I slutningen af 2007 blev forældrene skilt. Både Simone Pelz og Joseba Andoni Aguirre Zarraga anmodede om eneforældremyndighed over Andrea.

41. Ved afgørelse af 12. maj 2008 overgav Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao (Spanien) foreløbigt forældremyndigheden over Andrea til faderen. Andrea flyttede herefter til faderen. I juni 2008 flyttede moderen sin bopæl til Tyskland. Efter besøgskontakt med moderen i sommerferien 2008 beholdt hun Andrea hos sig. Siden den 15. august 2008 har Andrea således boet hos sin moder i Tyskland. På samme dato traf Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao en afgørelse, hvorved der blev nedlagt udrejseforbud fra Spanien for Andrea.

42. Andreas fader anmodede herefter om tilbagegivelse af datteren til Spanien på grundlag af Haagerkonventionen af 1980. Denne anmodning blev afvist ved afgørelse af 1. juli 2009 på grundlag af konventionens artikel 13, stk. 2. Den høring af Andrea, der blev gennemført på dette tidspunkt, viste, at Andrea bestemt og kategorisk modsatte sig tilbagegivelse til Spanien. Den sagkyndige erklæring, der herefter blev indhentet af retten, viste, at Andrea havde nået en sådan alder og modenhedsgrad, at der skulle tages hensyn til hendes synspunkter.

43. Det tyske justitsministerium fremsendte denne afgørelse til den spanske centrale myndighed ved skrivelse af 8. juli 2009.

44. Samme måned fortsatte forældremyndighedssagen ved Juzgado de Primera Instancia

e Instrucción n° 5 i Bilbao. Retten fastslog, at det var nødvendigt at indhente en ny sagkyndig undersøgelse samt at foretage en ny høring af Andrea, og der blev fastsat en retsmødedato herfor i Bilbao. På denne dato gav hverken Andrea eller hendes moder møde for retten. Det af moderen forinden fremsatte krav om frit lejde for sig selv og Andrea under den sagkyndige undersøgelse og den retlige høring blev afslået af den spanske ret. Retten afslog videre at foranstalte den af moderen udtrykkeligt foreslåede høring af Andrea inden for rammerne af en videokonference.

45. Ved dom af 16. december 2009 tilkendte Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n°5 i Bilbao faderen en efterældremyndigheden.

46. Moderen iværksatte appel til prøvelse af denne afgørelse og har navnlig henvist til nødvendigheden af en høring af Andrea. Ved dom af 21. april 2010 afslog Audiencia Provincial, Biscaya (Spanien), denne anmodning om at foranstalte en høring af barnet.

47. Den 5. februar 2010 attesterede Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao dommen af 16. december 2009 i medfør af artikel 42 i forordning nr. 2201/2003.

48. Moderen til barnet har for sin del nedlagt påstand om, at tvangsfuldbyrdelsen ikke anordnes, og at denne dom ikke anerkendes.

49. Ved en afgørelse af 28. april 2010 har Amtsgericht — Familiengericht — Celle taget denne påstand til følge med henvisning til, at Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao ikke havde hørt Andrea, før den traf afgørelse.

50. Faderen har iværksat appel til prøvelse af denne afgørelse den 18. juni 2010.

51. Oberlandesgericht Celle, for hvem sagen verserer, har anført, at den er stillet over for følgende spørgsmål:

52. Selv om dommen af 16. december 2009 er en retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet — efter der er truffet en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives — hvorover retten i fuldbyrdelsesstaten i princippet ikke har nogen kontrolbeføjelse, således som det fremgår af Rinau-dommen og Povse-dommen, er denne ret af den opfattelse, at den, i tilfælde af en særligt alvorlig overtrædelse af grundlæggende rettigheder, bør have en selvstændig kontrolbeføjelse, således at fuldbyrdelsen af en sådan afgørelse kan nægtes.

53. Oberlandesgericht Celle er således af den opfattelse, at retten i domsstatens manglende høring af Andrea i hovedsagen indebærer en

tilsidesættelse af artikel 24, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder. Denne overtrædelse er efter rettens opfattelse af så afgørende betydning, at der efter en fortolkning af artikel 42, stk. 1, i forordning nr. 2201/2003, i overensstemmelse med chartret om grundlæggende rettigheder, undtagelsesvis må antages at foreligge en prøvelsesbeføjelse for retterne i fuldbyrdelesstaten.

54. Oberlandesgericht Celle ønsker endelig oplyst, om retten — såfremt retten i fuldbyrdelesstaten trods denne overtrædelse af grundlæggende rettigheder ikke er tillagt nogen kontrolbeføjelse — kan være bundet af en attest, der er udstedt i medfør af artikel 42 i forordning nr. 2201/2003, hvis indhold er åbenlyst ukorrekt. Dette vil navnlig være tilfældet i den foreliggende sag, hvor attesten rummer en åbenlyst fejlagtig oplysning, nemlig at barnet er blevet hørt af Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao.

55. Herefter besluttede Oberlandesgericht Celle at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Har retten i fuldbyrdelesstaten undtagelsesvis, i tilfælde af alvorlig tilsidesættelse af grundlæggende rettigheder, beføjelse til at prøve den afgørelse, der er afsagt i

domsstaten, og som skal fuldbyrdes, på grundlag af en fortolkning af artikel 42 [i forordning nr. 2201/2003] i overensstemmelse med chartret om grundlæggende rettigheder?

2) Er retten i fuldbyrdelesstaten forpligtet til at fuldbyrde, når det fremgår af den forelagte dokumentation, at retten i domsstaten åbenlyst har udstedt en utilstrækkelig attest i henhold til artikel 42 [i forordning nr. 2201/2003]?«

III — Bedømmelse

56. Med sine spørgsmål ønsker den forelæggende ret for det første oplyst, om forordning nr. 2201/2003 skal fortolkes således, at retten i den anmodede stat kan nægte at fuldbyrde en retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet på grundlag af forordningens artikel 11, stk. 8, hvis det viser sig, at barnet ikke er blevet hørt, i strid med bestemmelserne i forordningens artikel 42, fortolket i overensstemmelse med den grundlæggende rettighed, der er fastsat i artikel 24 i chartret om grundlæggende rettigheder. Retten ønsker herefter oplyst, såfremt det første spørgsmål

besvares benægtende, om retten har pligt til at anordne fuldbyrdelse, når det viser sig, at den attest, der ledsager den pågældende afgørelse, er åbenbart ukorrekt, idet den fejlagtigt angiver, at barnet er blevet hørt.

57. Disse to spørgsmål tager således udgangspunkt i den forudsætning, at barnet i hovedsagen ikke har haft mulighed for at blive hørt, i strid med artikel 42 i forordning nr. 2201/2003, fortolket i lyset af artikel 24 i chartret om grundlæggende rettigheder.

58. Det fremgår imidlertid af de oplysninger, der er givet af den forelæggende ret og af sagsakterne, at der blev foretaget en høring af barnet i retsmødet ved Amtsgericht — Familiengericht — Celle den 20. marts 2009 inden for rammerne af sagen, hvori afgørelsen om, at barnet ikke skulle tilbagegives, blev afsagt af denne ret den 1. juli 2009.

59. Det fremgår ligeledes af en gennemgang af dommen afsagt af Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao den 16. december 2009, hvori barnet beordres tilbagegivet, og som blev afsagt, efter at denne afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, var blevet truffet, at denne ret har taget hensyn til denne høring og har redegjort for grundene til, at den trods barnets modvilje mod at vende tilbage for at bo i Spanien, fandt, at tilbagegivelsen af barnet var den løsning, der var mest i overensstemmelse med hensynet til barnets bedste.

60. Ifølge den forelæggende ret er denne høring og henvisningen hertil i dommen af 16. december 2009 ikke ensbetydende med, at barnets grundlæggende rettigheder som fastsat i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 er blevet iagttaget. Jeg vil minde om, at denne bestemmelse forskriver, at retten i domsstaten, der træffer en retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet trods en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, kun kan attestere, og derved give afgørelsen en styrket eksigibilitet, hvis barnet har haft mulighed for at blive hørt, medmindre dette forekommer uhensigtsmæssigt under hensyntagen til barnets alder eller modenhedsgrad.

61. Den forelæggende rets forudsætning hviler således på en fortolkning af artikel 42 i forordning nr. 2201/2003, hvorefter retten i domsstaten ikke kan nøjes med at henvise til en høring af barnet, som er foretaget af de retslige myndigheder i den anmodende stat, inden for rammerne af den procedure, der førte til afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives, men selv skal foretage en ny høring af barnet, idet barnets grundlæggende rettighed som fastsat i artikel 24 i chartret om grundlæggende rettigheder ellers risikerer at blive alvorligt tilsidesat.

62. Det er efter min mening afgørende, at Domstolen, inden sin vurdering af den forelæggende rets spørgsmål, tager stilling til, om denne forudsætning er korrekt, fordi den dels er afgørende for spørgsmålenes relevans, dels vedrører et væsentligt element i det system

og de garantier, der er fastsat i forordning nr. 2201/2003.

65. Den tyske regering og Europa-Kommissionen har gjort gældende, at spørgsmålet skal besvares benægtende. De begrundes deres synspunkt med flere argumenter, der kan sammenfattes således:

A — Spørgsmålet, om forudsætningen for de præjudicielle spørgsmål er korrekt

63. Jeg foreslår Domstolen indledningsvis at tage stilling til følgende spørgsmål:

»Gør den høring af barnet, som foretages af de retslige myndigheder i fuldbyrdsstaten inden for rammerne af den procedure, der har ført til en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, og som retten i domsstaten har taget i betragtning ved sin retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet i medfør af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003, det muligt at fastslå, at betingelsen i denne forordnings artikel 42, stk. 2, litra a), hvorefter barnet skal have haft mulighed for at blive hørt, er blevet opfyldt?«

64. For at iagttage kontradiktionsprincippet er parterne i hovedsagen samt de øvrige procesdeltagere, der har ret til at afgive indlæg for Domstolen, skriftligt eller under den mundtlige forhandling, blevet opfordret til at tage stilling til dette spørgsmål.

— Høringen ved retten i fuldbyrdsstaten og den høring, der er nævnt i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003, har forskellige formål, idet den første vedrører tilbagegivelse af barnet, mens den anden har til formål at gøre det muligt at tage stilling til den endelige forældremyndighed over barnet og således er mere omfattende.

— Såfremt det accepteres, at betingelsen i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 er opfyldt, når barnet er blevet hørt af retten i fuldbyrdsstaten, vil det have til virkning systematisk at fritage retten i domsstaten for forpligtelsen til at høre barnet og således gøre omgæelse af denne bestemmelse mulig. Det ville være i strid med denne bestemmelses opbygning, som i litra a) fastsætter pligten til at høre barnet og ikke blot i litra c) pligten til at tage hensyn til alle de grunde, som dannede grundlag for afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives.

- Ifølge Kommissionen udgør den tid, der er forløbet mellem høringen af barnet ved retten i fuldbyrdsstaten og vedtagelsen af afgørelsen, der beordrer barnet tilbagegivet, næsten ni måneder, hvilket ikke gør det muligt at antage, at betingelsen i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 var opfyldt.
- som denne ret er gennemført i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003, for det første, at den skal fortolkes selvstændigt, for det andet at den har til formål at sikre, at et barn, der er i stand til at forme sine egne synspunkter, har fået mulighed for at give udtryk for sine synspunkter med hensyn til sin tilbagegivelse, og for det tredje, at disse synspunkter ikke er bindende for dommeren, men udgør et forhold, der gør det muligt at tage stilling til, om hensynet til barnets bedste er til hinder for en sådan tilbagegivelse.

66. I retsmødet den 6. december 2010 har Simone Pelz samt den græske, den franske og den lettiske regering tiltrådt dette synspunkt.

a) En selvstændig fortolkning

67. I modsætning til disse procesdeltagere og til den forelæggende ret mener jeg, i lighed med Joseba Andoni Aguirre Zarraga og den spanske regering, at spørgsmålet skal besvares bekræftende. Jeg støtter min opfattelse dels på indholdet af barnets grundlæggende ret til at blive hørt, der er gennemført ved artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003, dels på samarbejdsordningen mellem retterne i de forskellige medlemsstater, der er fastsat i forordningen.

69. Det er ubestridt, at forordning nr. 2201/2003, som enhver anden EU-retsakt, skal gennemføres i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder. Som det er anført i 33. betragtning, anerkender denne forordning de grundlæggende rettigheder og respekterer principperne i chartret om grundlæggende rettigheder, og søger især at sikre fuld respekt for børns grundlæggende rettigheder som omhandlet i artikel 24 i nævnte charter. Som det fremgår af 19. betragtning til forordningen, spiller en høring af barnet en vigtig rolle ved anvendelsen af denne forordning.

1. Indholdet af barnets grundlæggende ret til at blive hørt

68. Jeg mener for så vidt angår barnets grundlæggende ret til at blive hørt, således

70. Forordning nr. 2201/2003 indeholder således fire bestemmelser, der fastsætter, at barnet skal have haft mulighed for at blive hørt, nemlig artikel 11, stk. 2, artikel 42, stk. 2, litra a), som vedrører tilbagegivelse af et barn, som er blevet ulovligt fjernet eller

tilbageholdt, artikel 23, litra b), om grunde til ikke-ankendelse af retsafgørelser om forældreansvar og artikel 41, stk. 2, litra c), som angår anerkendelse af en afgørelse om samværsret.

71. Disse bestemmelser fastsætter ganske vist ikke regler for fremgangsmåden med hensyn til afholdelse af denne høring. Denne fremgangsmåde er, således som det er anført i 19. betragtning til forordning nr. 2201/2003, fortsat undergivet de nationale procedurer på området i overensstemmelse med princippet om procesautonomi. Dette betyder efter min mening imidlertid ikke, at spørgsmålet om, hvorvidt den betingelse, der er fastsat i forordningens artikel 42, stk. 2, litra a), om barnets grundlæggende rettigheder er blevet overholdt, skal vurderes på grundlag af grundlæggende retsprincipper i hver enkelt medlemsstat.

72. Ved en gennemgang af de forskellige artikler i forordning nr. 2201/2003, som foreskriver en sådan høring, kan det nemlig konstateres, at kun artikel 23 heri udtrykkeligt henviser til grundlæggende retsprincipper i fuldbyrdelsesstaten. Denne artikel fastsætter således, at en retsafgørelse om forældreansvar ikke anerkendes, såfremt den, bortset fra i hastetilfælde, »i modstrid med grundlæggende retsplejepprincipper i den medlemsstat, som anmodningen rettes til«, er truffet, uden at barnet har haft mulighed for at blive hørt.

73. En sådan henvisning findes imidlertid ikke i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 eller i nogen af de to andre ovennævnte artikler. Denne forskel i affattelsen viser efter min mening, at iagttagelsen af betingelsen i denne bestemmelse, hvorefter barnet skal have haft mulighed for at blive hørt, ikke afhænger af iagttagelsen af barnets grundlæggende rettigheder, således som de er fastsat i fuldbyrdelsesstatens retsorden. Opfyldelsen af betingelsen i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2002 er ikke undergivet betingelsen, hvorefter barnet skal have haft mulighed for at blive hørt i overensstemmelse med forfatningen i den medlemsstat, som barnet ulovligt er blevet fjernet til, eller hvor barnet ulovligt tilbageholdes.

74. En bestemmelse i en fællesskabstekst, der med henblik på fastsættelsen af sit indhold og sin rækkevidde ikke indeholder nogen henvisning til medlemsstaternes retsorden, skal i henhold til fast retspraksis fortolkes selvstændigt⁸. Domstolen har allerede anvendt denne praksis inden for rammerne af forordning nr. 2201/2003 for så vidt angår begreberne »det civile retlige område« i artikel 1, stk. 1, heri⁹, og »sædvanlig[t] opholdssted« i forordningens artikel 8, stk. 1¹⁰.

8 — Dom af 2.4.2009, sag C-523/07, A, Sml. I, s. 2805, præmis 34.

9 — Dom af 27.11.2007, sag C-435/06, C, Sml. I, s. 10141, præmis 46.

10 — A-dommen, præmis 35-37.

75. Den selvstændige karakter af betingelsen i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 bekræftes ligeledes efter min opfattelse af den selvstændige processuelle karakter af eksigibiliteten af en retsafgørelse, der beordrer et barn tilbagegivet efter vedtagelsen af en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives¹¹. For at sikre den effektive og hurtige tilbagegivelse af barnet, er en sådan afgørelse i henhold til forordningens artikel 11, stk. 8, eksigibel i henhold til kapitel III, afdeling 4, dvs. at den anerkendes og er eksigibel i den medlemsstat, som barnet ulovligt er blevet fjernet til, eller hvor barnet ulovligt tilbageholdes, uden at der kræves en afgørelse om eksigibilitet, og uden at der kan gøres indsigelse mod anerkendelsen¹².

76. Forordning nr. 2201/2003 adskiller sig således fra Haagerkonventionen af 1980, som i artikel 20 bestemmer, at tilbagegivelse af barnet kan nægtes, såfremt det ikke ville være foreneligt med grundlæggende principper i den anmodede stat. »Merværdien« af forordning nr. 2201/2003 i forhold til denne konvention er således, at det er gjort muligt at komme ud af de fastlåste situationer, som kan opstå som følge af forskellige vurderinger af barnets bedste, når denne vurdering foretages af retten i domsstaten og af retten i den anmodede stat under hensyn til deres egne grundlæggende principper.

77. Denne forordnings effektive virkning ville således blive bragt i fare, hvis retten i domsstatens skulle undersøge, om betingelserne for udstedelsen af attesten, der giver rettens afgørelse en specifik eksigibilitet, er iagttaget, henset til de grundlæggende rettigheder i den medlemsstat, som barnet ulovligt er blevet fjernet til, eller hvor barnet ulovligt tilbageholdes.

78. Det følger efter min mening heraf, at barnets grundlæggende ret til at blive hørt, således som den er fastsat i artikel 42 i forordning nr. 2201/2003, skal anses for at have et selvstændigt indhold. Dette indebærer i den foreliggende sag, at spørgsmålet, om forordningens artikel 42, stk. 2, litra a), er blevet iagttaget, skal vurderes på grundlag af indholdet af denne bestemmelse, idet det skal forstås på en ensartet måde i alle medlemsstaterne, således som fortolket af Domstolen, og ikke på grundlag af kravene i den tyske forfatning. Jeg bemærker i denne henseende, at den tyske regering er enig i denne vurdering.

b) Indholdet af retten til at blive hørt

79. Artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 bestemmer, at retten i domsstaten først kan attestere sin retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet — efter en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives — »hvis barnet har haft mulighed for at blive hørt, medmindre en høring er fundet

11 — Rinau-dommen, præmis 63, og Povse-dommen, præmis 56.

12 — Rinau-dommen, præmis 68.

uhensigtsmæssig under hensyntagen til barnets alder eller modenhedsgrad«.

grundlæggende rettighed skal tjene til at opnå barnets bedste.

80. Det fremgår af ordlyden af denne bestemmelse, læst i lyset af artikel 24, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, at barnet, der er genstand for en retsafgørelse, der beordrer det tilbagegivet på grundlag af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003, skal have haft mulighed for frit at udtrykke sine synspunkter med hensyn til denne tilbagegivelse. Denne artikel er på området for bortførelse af børn udtryk for den nutidige udvikling i international og europæisk ret, hvorefter opfattelsen hos et barn, der er i stand til at udforme sine egne synspunkter, fremover skal tages i betragtning ved afgørelser, der vedrører det¹³.

81. Der kan udledes flere, lidt mere præcise, oplysninger om denne grundlæggende rettighed, således som den er fastsat i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003. Det bør først og fremmest understreges, at denne

82. Inden for rammerne af bestemmelserne i forordning nr. 2201/2003, som finder anvendelse i sager om ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af et barn, er barnets bedste i princippet en hurtig tilbagevenden til dets oprindelige opholdssted, fordi de faktiske foranstaltninger, som barnet har været udsat for, udgør et indgreb i dets grundlæggende ret til at personlig forbindelse og direkte kontakt med begge sine forældre¹⁴. Følgelig kan en sådan tilbagegivelse kun fraviges, hvis den selv tilsidesætter barnets bedste.

83. Den ret, der er tillagt barnet ved artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003, har således til formål at gøre det muligt for det at deltage i processen forud for den endelige afgørelse om tilbagegivelse, men denne deltagelse bør heller ikke selv være i strid med barnets bedste. Brydningsfeltet mellem disse rettigheder og disse interesser gør det, efter min opfattelse, muligt at udlede følgende slutsatser.

13 — Konventionen om barnets rettigheder, der blev vedtaget af De Forenede Nationers generalforsamling den 20.11.1989, bestemmer i artikel 12:

»1. Deltagerstaterne skal sikre et barn, der er i stand til at udforme sine egne synspunkter, retten til frit at udtrykke disse synspunkter i alle forhold, der vedrører barnet; [...]

2. Med henblik herpå skal barnet især gives mulighed for at udtale sig i enhver behandling ved dømmende myndighed eller forvaltningsmyndighed af sager, der vedrører barnet, enten direkte eller gennem en repræsentant eller et passende organ i overensstemmelse med de i national ret foreskrevne fremgangsmåder.«

Artikel 3 i den europæiske konvention om udøvelse af børns rettigheder af 25.1.1996, og artikel 6 i den europæiske konvention om kontakt med børn af 15.5.2003, fastsætter retten for barnet til at blive oplyst, adspurgt og til at give udtryk for sine synspunkter i retssager. Jf. bl.a. A. Goutte-noire »L'audition de l'enfant dans le règlement «Bruxelles II bis»«, i *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz, 2005, s. 201 ff.

84. Først og fremmest fastsætter artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 en ret, hvorfra der kun kan fraviges af den grund, der er nævnt i denne bestemmelse, dvs. når en høring er »uhensigtsmæssig«.

14 — Dom af 23.12.2009, sag C-403/09 PPU, Detiček, Sml. I, s. 12193, præmis 54. Jf. ligeledes Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Iglesias Gil og A.U.I. mod Spanien af 29.4.2003, *Reports of Judgments and Decisions* 2003-V.

henset til barnets alder eller modenhedsgrad. Det er interessant at notere, at der i teksten anvendes ordet »uhensigtsmæssig« og ikke henvises til en fysisk manglende kapacitet, der er objektivt og lægeligt fastslået. Denne uhensigtsmæssighed henviser således til en vurdering, der foretages af retten, af barnets evne til at fremsætte personlige synspunkter. Princippet, der bør lede denne vurdering, er, at ethvert barn, der er i stand til at udforme sine egne synspunkter, skal sættes i stand til at udtrykke sin mening. Det forekommer imidlertid ikke urimeligt at antage, at under en vis alder er et barn ikke i stand til at udtrykke et personligt standpunkt, der bør tages i betragtning¹⁵.

85. I den foreliggende sag er der ingen forskel i den vurdering, som retten i fuldbyrdelsesstaten og den vurdering, som retten i domsstaten har anlagt af Andreas evne til at blive hørt, idet den sidstnævnte ret havde indkaldt hende til en høring.

86. Endvidere fastsætter artikel 42, stk. 2, littera a), i forordning nr. 2201/2003 retten for et barn til at få mulighed for at blive hørt. Der stilles ikke krav om, at barnet faktisk skal være blevet hørt. Denne formulering har efter min vurdering to konsekvenser. For det første skal det barn, der i tilstrækkelig grad er

i stand til at udforme sine egne synspunkter, oplyses om, at det har ret til frit at udtrykke sin mening. I det omfang høringen af barnet i praksis, navnlig for så vidt angår et meget lille barn, afhænger af den forælders deltagelse, som ulovligt har fjernet eller tilbageholder barnet, skal medlemsstaterne give retten de redskaber, som efter omstændighederne kan afhjælpe de hindringer for høringen af dette barn, som denne forælder gør gældende.

87. For det andet indebærer denne formulering, at barnet også har ret til ikke at udtale sig. Barnet bør ikke være tvunget til at vælge mellem den forælder, der har fjernet eller tilbageholdt det ulovligt, og den anden forælder. Barnet bør heller ikke placeres i en situation, hvor det kan få indtryk af, at det alene er ansvarligt for afgørelsen om sin tilbagegivelse, og derfor for den lidelse, som denne beslutning efter omstændighederne kan påføre den en af forældrene. Betingelserne, hvorunder barnets udsagn indsamles, skal være tilpasset omstændighederne samt barnets alder og modenhed for ikke at udgøre en traumatiserende begivenhed for det¹⁶. En national ret bør, efter min mening, således lade

15 — Jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Pini, Bertani, Manera og Atripaldi mod Rumænien af 22.6.2004, *Reports of Judgments and Decisions* 2004-IV, hvori Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastslog, at de nationale myndigheder ikke havde overskredet grænserne for deres skøn ved at fastsætte en aldersgrænse på ti år, hvorfra barnet skulle give sit samtykke til sin adoption.

16 — Jf. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Sahin mod Tyskland, af 8.7.2003, *Reports of Judgments and Decisions* 2003-VIII, hvori Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastslog, at inden for rammerne af en sag om samværsret for en forælder, der ikke havde forældremyndigheden over barnet, har retten ikke pligt til systematisk at høre barnet, men bør have et vist skøn med hensyn til betingelserne for denne høring i betragtning af de særlige omstændigheder i sagen samt til det pågældende barns alder og modenhed (præmis 73).

barnet høre af en kompetent person inden for passende rammer, når retten anser det for uhensigtsmæssigt selv at foretage høringsen. Tilsvarende havde Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao ligeledes ret til, efter min opfattelse, i den foreliggende sags kontekst, at fastslå, at høring pr. videokonference af et så lille barn som Andrea var uhensigtsmæssig.

88. Det er under disse omstændigheder, at det tilkommer domsstaten, inden den attesterer sin afgørelse i medfør af artikel 42 i forordning nr. 2201/2003, at undersøge, om barnet har haft mulighed for at blive hørt i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne artikels stk. 2, litra a).

c) Barnets synspunkter er ikke bindende for retten i domsstaten

89. Endelig er barnets synspunkter, der er kommet til udtryk i høringen, ikke bindende for retten i domsstaten, der har kompetence til at træffe afgørelse på grundlag af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003. I Haagerkonventionen af 1980 er barnets modvilje mod tilbagegivelse udtrykkeligt nævnt i artikel 13 heri som en begrundelse for en afgørelse

om, at barnet ikke skal tilbagegives¹⁷, uden at denne modvilje imidlertid er bindende for retten i fuldbyrdesstaten. Forordning nr. 2201/2003 gengiver ikke denne bestemmelse i de tekststykker, som giver retten i domsstaten kompetence til at træffe afgørelse efter en sådan beslutning.

90. Artikel 42, stk. 2, litra c), i forordning nr. 2201/2003 bestemmer helt enkelt, at retten i domsstaten, der beordrer barnet tilbagegivet, i et sådant tilfælde skal attestere, at den har truffet sin afgørelse under hensyn til de grunde og det bevismateriale, som dannede grundlag for afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives.

91. Ordlyden af forordning nr. 2201/2003 viser i endnu højere grad end ordlyden af Haagerkonventionen af 1980, at barnets synspunkter er et element i den vurdering, som retten skal foretage, men som ikke er bindende for denne.

92. Når barnet, som det er tilfældet i den foreliggende sag, klart udtrykker modvilje mod sin tilbagegivelse i den høring, der blev afholdt af retten i fuldbyrdesstaten, og denne, inden for rammerne af sin suveræne

17 — Artikel 13, stk. 2, i Haagerkonventionen af 1980 bestemmer: »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.«

skønsbeføjelse har truffet en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, skal denne modvilje ganske rigtigt tages i betragtning af retten i domsstaten i dens endelige afgørelse, men den er ikke bindende for retten.

93. Barnets modvilje tvinger heller ikke retten til selv at foretage en ny høring af barnet, inden den træffer sin endelige afgørelse, således som jeg nu vil forklare i den anden del af min analyse, som vedrører ordningen i forordning nr. 2201/2003.

2. Ordningen i forordning nr. 2201/2003

94. Indledningsvis skal det understreges, at artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 ikke fastsætter, at retten i domsstaten selv skal foretage en høring af barnet. Bestemmelsen kræver blot, at barnet har haft mulighed for at blive hørt. Denne betingelse kan således være opfyldt, når barnet er blevet hørt af de retslige myndigheder i en anden medlemsstat, således som 20. betragtning til forordningen bekræfter, idet det heri er anført, at høringen af et barn i en anden medlemsstat kan ske i overensstemmelse med de metoder, der er fastsat i forordning (EF) nr. 1206/2001 af 28. maj 2001 om samarbejde mellem medlemsstaternes retter om bevisoptagelse på det civil- og handelsretlige område.

95. Når det pågældende barn er blevet hørt af fuldbyrdsstatens retslige tjenestegrene, ikke på anmodning fra retten i domsstaten i henhold til forordning nr. 1206/2001, men inden for rammerne af en sag, der har ført til en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, mener jeg ikke, henset til ordningen i forordning nr. 2201/2003, at retten i domsstaten er forpligtet til i medfør af denne forordnings artikel 42, stk. 2, litra a), at foretage en ny høring.

96. Det væsentligste kendetegn ved den ordning, der er fastsat i forordningen i tilfælde af barnebortførelse, er knyttet til det forhold, at sagen ved retten i fuldbyrdsstaten, der har ført til en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, og sagen ved retten i domsstaten, der skal træffe den endelige afgørelse om barnets tilbagegivelse, ikke udgør lukkede procedurer, der er i indbyrdes konkurrence. De er supplerende komponenter i én og samme procedure, som angår situationen for et barn, hvis forældre er uenige om forældremyndigheden, og hvori to retter i forskellige medlemsstater i medfør af forordning nr. 2201/2003 har en ubetinget forpligtelse til at arbejde sammen for at finde den løsning, der er den mest egnede til at beskytte barnets bedste.

97. Inden for rammerne af denne ordning er retten i fuldbyrdsstaten og retten i domsstaten, når en forælder til et barn, der ulovligt er fjernet eller tilbageholdt i en anden medlemsstat, anmoder om tilbagegivelse af barnet, successivt stillet over for samme

spørgsmål. Således som Domstolen anførte i Povse-dommen, indebærer denne ordning en dobbelt vurdering af spørgsmålet om barnets tilbagegivelse, hvorved der sikres et bedre grundlag for afgørelsen og en udvidet beskyttelse af barnets interesser¹⁸.

98. Den gensidige tillid og anerkendelse, der ligger til grund for forordning nr. 2201/2003, har således til formål inden for det europæiske retsområde at skabe et system, som i videst muligt omfang tilnærmer den ordning, der gælder i en enkelt medlemsstat, når en forælder nægter at efterkomme de foreløbige foranstaltninger om forældremyndigheden for et fællesbarn. I en rent national sag ville den retslige behandling af en sådan nægtelse blive anset for en begivenhed, der har betydning i skilsmisssagen.

99. Det er efter min mening derfor, at fællesskabslovgiver ved dels i artikel 11, stk. 2, i forordning nr. 2201/2003, dels i artikel 42, stk. 2, litra), heri at fastsætte, at barnet skal have haft mulighed for at blive hørt, ikke har ønsket at gøre høringen af barnet til et formelt krav, der nødvendigvis skal foretages på hvert trin i proceduren med henblik på dets tilbagegivelse. Lovgiver har ønsket, at barnet, der er genstand for en sådan procedure, faktisk har haft mulighed for at udtrykke sig inden for sagens globale rammer, og allerede fra det

tidspunkt, hvor sagen i den anmodede stat bliver indledt. Fællesskabslovgiver har ikke krævet, at barnet systematisk høres på ny af retten i domsstaten, der skal træffe afgørelse på grundlag af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003.

100. Denne ret bør kunne støtte sig på den høring, der er foretaget i fuldbyrdelesstaten, når den fastslår, at den på grundlag af resultatet af denne høring råder over de nødvendige oplysninger for at kunne træffe sin egen afgørelse.

101. Jeg støtter for det første min vurdering på artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 2201/2003, hvorefter de relevante oplysninger, der er indsamlet af retten i fuldbyrdelesstaten, inden den traf afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, herunder navnlig en udskrift af retsbogen, skal fremsendes til den kompetente ret i domsstaten, der skal træffe endelig afgørelse om barnets tilbagegivelse¹⁹.

19 — Artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 2201/2003, har følgende ordlyd:

»Har en ret i medfør af artikel 13 i Haagerkonventionen af 1980 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 for 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.«

18 — Præmis 60.

102. Min vurdering støttes for det andet på det forhold, at i henhold til artikel 42, stk. 2, litra c), i forordning nr. 2201/2003 skal retten i domsstaten tage hensyn til de grunde og det bevismateriale, som dannede grundlag for retten i den anmodede stats afgørelse om, at barnet ikke skulle tilbagegives.

103. En udskrift af retsbogen fra den høring af barnet, som retten i fuldbyrdsstaten havde pligt til at foretage inden for rammerne af sagen, der førte til afgørelsen om, at barnet ikke skal tilbagegives, er således en integrerende del af de oplysninger, der skal fremsendes til retten i domsstaten, der har stedlig kompetence, og som er forpligtet til at tage hensyn hertil.

104. Endelig mener jeg, at min vurdering er støttet af det krav om hurtighed, der gælder for denne procedure. Tilbagegivelsen af det ulovligt fjernede eller tilbageholdte barn indebærer generelt set, at barnet endnu ikke har tid til fuldt at blive integreret i sit nye miljø. Det er derfor, at forordning nr. 2201/2003 pålægger retter, hvortil der er indgivet en anmodning om tilbagegivelse, hurtigt at træffe afgørelse ved at anvende de hurtigste procedurer, der er til rådighed efter national lovgivning, og senest seks uger efter indgivelse af anmodningen²⁰. Dette krav om hurtighed gælder logisk set også for retten i

domsstaten, der skal træffe endelig afgørelse om tilbagegivelse.

105. Denne ret kan ganske vist fastslå, at det er nyttigt eller nødvendigt atter at høre barnet, inden den træffer sin endelige afgørelse. Jeg skal bemærke, at i den foreliggende sag indkaldte Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao, efter Amtsgericht — Familiengericht — Celles afgørelse om, at barnet ikke skulle tilbagegives, barnet og dets mor med henblik på høring af dem i Spanien.

106. Det forhold, at retten, efter at Andrea og hendes mor udeblev, traf sin endelige afgørelse om tilbagegivelse af barnet uden hverken at have foretaget en afhøring af hende via videokonference eller at have forsøgt at organisere en høring i Tyskland ved selv at rejse dertil, eller at give de tyske retslige myndigheder mandat til at foretage en sådan, henhører imidlertid under rettens suveræne skøn og kan ikke anses for en tilsidesættelse af barnets grundlæggende ret til at have fået mulighed for at blive hørt.

107. Jeg mener heller ikke, at det forhold, at Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao i sin dom af 16. december 2009 ikke blot beordrede Andrea tilbagegivet, men ligeledes tog stilling til spørgsmålet om forældremyndigheden over hende og tildelte den til faderen, kan begrunde den anden konklusion.

20 — Jf. artikel 11, stk. 3 og 6, i forordning nr. 2201/2003.

108. Som Domstolen fastslog i Povse-dommen, gør forordning nr. 2201/2003 det muligt for retten i domsstaten at beordre barnet tilbagegivet efter en afgørelse om, at der ikke skal ske tilbagegivelse, uden først at skulle tage stilling til spørgsmålet om den endelige forældremyndighed²¹. Imidlertid giver forordningen retten mulighed for at knytte de to spørgsmål sammen og tage endelig stilling til spørgsmålet om forældremyndighed, således som det klart fremgår af artikel 11, stk. 7, hvorfor spørgsmålet om barnets tilbagegivelse fremstår som konsekvensen af denne tildeling.

109. Denne fremgangsmåde giver den fordel, at det undgås, at barnet kastes frem og tilbage mellem de pågældende stater, hvis retten i domsstaten fastslår, at forældremyndigheden i sidste ende skal tildeles den forælder, der ulovligt har fjernet eller tilbageholdt det. Fremgangsmåden forudsætter imidlertid, at denne ret har tilstrækkelige oplysninger til at kunne tage stilling til denne tildeling, herunder høring af barnet, når det i tilstrækkelig grad er i stand til at udforme sine egne synspunkter.

110. I modsætning til det af den tyske regering og af Kommissionen anførte mener jeg ikke, at høringen af barnet, i dette tilfælde, af retten i fuldbyrdsstaten inden for rammerne af den sag, der har ført til en afgørelse

om, at barnet ikke skal tilbagegives, nødvendigvis vil være utilstrækkelig til at fastslå, at barnets ret til at blive hørt er blevet respekteret, fordi høringen skulle have et meget mere snævert fokus, begrænset til tilbagegivelse.

111. Spørgsmålet om tilbagegivelse og endelig forældremyndighed er ikke helt vidt forskellige. De er det så meget desto mindre i den foreliggende sag, som Andrea har erklæret sin modvilje mod tilbagerejse til Spanien, hvilket a fortiori indebærer hendes modstand mod, at forældremyndigheden over hende tildeles faderen. Muligheden for retten i domsstaten for at fastslå, at barnet har haft mulighed for at blive hørt om tildeling af forældremyndigheden, afhænger således af omstændighederne og af indholdet af høringen af barnet, der er gennemført i fuldbyrdsstaten. Det er efter min mening afgørende på denne vis at overlade skønsbeføjelsen til den nationale ret med hensyn til vurderingen af, om den på grundlag af denne høring har tilstrækkelige oplysninger til at kunne tage endelig stilling til spørgsmålet om forældremyndigheden over barnet i den afgørelse, den træffer på grundlag af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003.

112. Det skal videre tilføjes, således som anført af den spanske regering i retsmødet, at en afgørelse om forældremyndigheden over et barn, såsom dommen afsagt af Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao den 16. december 2009, kun er »endelig«, for så vidt som det er nødvendigt at adskille den fra de midlertidige foranstaltninger, der iværksættes under skilsmissegagen, og at en

21 — Den doms præmis 54 lyder således:
 »Tilsvarende knytter forordningens artikel 40 og 42-47 ikke på nogen måde fuldbyrdelsen af en afgørelse, der er truffet i medfør af artikel 11, stk. 8, og ledsaget af en attest som omhandlet i forordningens artikel 42, stk. 1, til den omstændighed, at der forinden er truffet en afgørelse om forældremyndigheden.«

sådan afgørelse altid kan genoptages, enten efter forældrenes aftale eller i tilfælde af nye oplysninger.

B — *Vurdering af de præjudicielle spørgsmål*

113. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 5 i Bilbao på grund af den periode, der var forløbet siden høringen af barnet i Tyskland, dvs. næsten ni måneder, ikke i det foreliggende tilfælde med rette kunne fastslå, at betingelsen i artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 var opfyldt.

114. En sådan periode kan ganske vist forekomme lang i en sag om tilbagegivelse, men endnu engang kan jeg ikke se, hvad en ny høring af barnet ville have kunnet bibringe, eftersom hun allerede havde erklæret sin modvilje mod at blive tilbagegivet til Spanien.

115. Henset til alle disse betragtninger, foreslår jeg således Domstolen at fastslå, at artikel 42, stk. 2, litra a), i forordning nr. 2201/2003 skal fortolkes således, at betingelsen i denne bestemmelse er opfyldt, når barnet er blevet hørt af de retslige myndigheder i fuldbyrdesstaten inden for rammerne af den sag, der har ført til en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, og når retten i den kompetente medlemsstat har taget denne høring i betragtning med hensyn til sin afgørelse, hvorved barnet beordres tilbagegivet på grundlag af forordningens artikel 11, stk. 8.

116. Henset til min stillingtagen for så vidt angår den forudsætning, hvorpå de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Oberlandesgericht Celle, hviler, vil jeg kun subsidiært tage stilling til disse.

117. Med disse spørgsmål, som jeg foreslår behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om forordning nr. 2201/2003 skal fortolkes således, at retten i den anmodede stat kan modsætte sig fuldbyrdelsen af en attesteret afgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet efter en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, når det fremgår, at det pågældende barn, i modsætning til det, der er angivet på attesten, der er udstedt på grundlag af forordningens artikel 42, ikke har haft mulighed for at blive hørt, i strid med denne bestemmelse og den grundlæggende ret, der er fastsat i artikel 24, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder.

118. Der skal således foretages en vurdering af dette spørgsmål med udgangspunkt i det forhold, at barnet, der er genstand for afgørelsen på grundlag af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003, ikke har haft mulighed for at blive hørt i strid med oplysningerne på attesten, der er knyttet til denne afgørelse.

119. Jeg mener, i lighed med Kommissionen og i modsætning til den tyske regering, at selv i et sådant tilfælde har retten i fuldbyrdelsesstaten ikke ret til at nægte at fuldbyrde den pågældende afgørelse. Jeg støtter mig herved på ordningen i forordning nr. 2201/2003, således som den er fortolket i retspraksis.

120. Således som beskrevet tager denne forordning, i lighed med Haagerkonventionen af 1980, udgangspunkt i antagelsen, hvorefter den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse af barnet i strid med en retsafgørelse alvorligt skader dette barns bedste, hvorfor der bør tages skridt med henblik på barnets tilbagegivelse til sit oprindelige opholdssted så hurtigt som muligt.

121. Jeg har ligeledes beskrevet, hvordan merværdien i denne forordning i forhold til konventionen er, at der indføres en ordning, hvorefter det i tilfælde af, at retten på barnets sædvanlige opholdssted og retten på det sted, hvortil barnet ulovligt er fjernet, anlægger forskellige vurderinger, er den førstnævnte ret, der bevarer kompetencen og på en måde har det sidste ord med hensyn til afgørelsen af, om dette barn faktisk skal vende tilbage til sit oprindelige opholdssted.

122. Denne kompetence for retten i domsstaten hviler på den antagelse, at denne ret er bedst i stand til at træffe endelig afgørelse om tilbagegivelse, fordi den kan indhente alle de oplysninger om barnets omgivelser og blandt alle de personer, barnet var i kontakt

med, som gør det muligt at vurdere, om der er en gyldig grund til at nægte tilbagegivelse af barnet.

123. Denne ordnings opbygning og formål blev klart beskrevet af Domstolen i Povsedommen som svar på spørgsmålet, om en afgørelse om foreløbig overgivelse af forældremyndigheden, der senere er truffet af en ret i fuldbyrdelsesstaten, og som er eksigibel i henhold til denne stats lovgivning, kunne gøres gældende som en hindring for fuldbyrdelsen af en afgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet, der forinden var afsagt i medfør af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003 og atteret i overensstemmelse med denne forordnings artikel 42.

124. Domstolen udtalte følgende:

»73 Det følger af [artikel 42, stk. 1, og artikel 43, stk. 1 og 2, i forordning nr. 2201/2003], der fastlægger en klar fordeling af kompetencen mellem retterne i domsstaten og fuldbyrdelsesstaten, og som har til formål at sikre en hurtig tilbagegivelse af barnet, at en attest, der er udstedt i henhold til forordningens artikel 42, der gør den således attererede afgørelse specifikt eksigibel, ikke kan appelleres. Den fuldbyrdende ret kan blot fastslå en sådan afgørelses eksigibilitet, og de eneste måder til prøvelse af attesten er anlæggelse af et berigtigelses-søgsmål eller en indsigelse om attestens

autenticitet efter domsstatens regler (jf. i denne retning Rinau-dommen, præmis 85, 88 og 89). De eneste retsregler i fuldbyrdelsesstaten, der finder anvendelse, er bestemmelserne vedrørende spørgsmål om proceduren.

imidlertid hverken formkrav eller procedurespørgsmål, men spørgsmål vedrørende realiteten.

74 Derimod skal spørgsmålene om afgørelsens materielle korrekthed som sådan, navnlig spørgsmålet, om betingelserne for, at den kompetente ret kunne træffe denne afgørelse, var opfyldt, herunder eventuelle spørgsmål, der rejses med henblik på at anfægte rettens kompetence, afgøres af retterne i domsstaten i overensstemmelse med bestemmelserne i denne medlemsstats lovgivning. Tilsvarende kan en anmodning om udsættelse af gennemførelsen af en attesteret afgørelse kun indgives til den kompetente ret i domsstaten i overensstemmelse med bestemmelserne i denne medlemsstats lovgivning.

76 Følgelig skal den uforenelighed, der er omhandlet i forordningens artikel 47, stk. 2, andet afsnit, mellem en attesteret afgørelse og en senere truffet eksigibel retsafgørelse alene vurderes i forhold til eventuelle senere retsafgørelser, der er truffet af de kompetente retter i domsstaten.«

125. Sammenfattende kan retten i fuldbyrdelsesstaten således ikke nægte at fuldbyrde en attesteret afgørelse, der er truffet på grundlag af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003.

126. Jeg mener, at denne fortolkning også må gælde i det tilfælde, hvor attesten, helt ekstraordinært, er blevet fejlagtigt udstedt, idet barnet ikke har haft mulighed for at blive hørt.

75 Der kan således ikke fremsættes nogen indsigelse ved retterne i den medlemsstat, som barnet ulovligt er fjernet til, mod fuldbyrdelsen af en sådan afgørelse, idet retsreglerne i denne medlemsstat alene finder anvendelse for spørgsmål vedrørende proceduren som omhandlet i forordningens artikel 47, stk. 1, dvs. fremgangsmåden med hensyn til fuldbyrdelsen af afgørelsen. En retssag som den, der ligger til grund for det foreliggende præjudicielle spørgsmål, angår

127. I denne forordning har fællesskabslovgiver draget lærdom af utilstrækkelighederne i den ordning, der gælder efter Haagerkonventionen af 1980, hvor forskellige vurderinger af barnets bedste retter i de kontraherende stater imellem resulterer i en lovliggørelse af barne bortførelser, eftersom barnets bedste

måles i forhold til grundlæggende retsprincipper i hver enkelt stat.

128. Fællesskabslovgiver har således for det første bestemt, at inden for rammerne af artikel 42 i forordning nr. 2201/2003 skal disse grundlæggende rettigheder have et selvstændigt indhold, der er ensartet i alle medlemsstaterne, nemlig som sammenfattet i chartret om grundlæggende rettigheder. Den har for det andet lagt til grund, at graden af gensidig tillid mellem medlemsstaterne til, at retterne i de øvrige medlemsstater kan sikre en reel beskyttelse af disse rettigheder, gør det muligt at føre denne logik helt ud i sin yderste konsekvens og at give den endelige afgørelse, truffet af den stedligt kompetente ret, en specifik eksigibilitet, der ikke kan bestrides i de andre medlemsstater.

129. Det er i denne henseende tilstrækkeligt at sammenligne affattelsen af bestemmelserne i afdeling 4 i kapitel III i forordning nr. 2201/2003, som fastsætter denne specifikke eksigibilitet, med ordlyden af bestemmelserne i Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA²² om den europæiske arrestordre. Denne rammeafgørelse forskriver udtrykkeligt, at overgivelse af den person, der er genstand for en europæisk arrestordre, skal ske på grundlag af en afgørelse fra en ret i fuldbyrdsstaten, og rammeafgørelsen opregner grunde

til at afslå overgivelse, som denne ret kan eller skal gøre brug af²³. I rammeafgørelsen har EU-lovgiver således ønsket, at iagttagelsen af de grundlæggende rettigheder undergives en dobbelt kontrol af såvel retterne i den anmodende medlemsstat som retterne i den anmodede medlemsstat.

130. Derimod har fællesskabslovgiver i forordning nr. 2201/3002 trådt et skridt nærmere gensidig anerkendelse, idet der ikke er fastsat bestemmelse om en sådan dobbelt kontrol. Dette supplerende skridt indebærer imidlertid ikke en mindre vidtgående beskyttelse af barnets grundlæggende rettigheder. Det fremgår af 33. betragtning til forordningen, at fællesskabslovgiver henviser til den afgørende betydning af, at disse rettigheder iagttages. Lovgiver er imidlertid af den opfattelse, at disse rettigheder kan sikres af retterne i domsstaten.

131. Det påhviler således den forælder, der mener, at retsafgørelsen, der beordrer barnet tilbagegivet, er blevet truffet, uden at barnet har haft mulighed for at blive hørt, i strid med dets grundlæggende rettigheder, og derfor, at attesten var fejlagtig, at anfægte denne afgørelse ved den kompetente ret i domsstaten, uden at det dog indebærer, at iværksættelsen af en sådan appeladgang som sådan begrundet en udsættelse af fuldbyrdelsen af denne afgørelse i fuldbyrdsstaten.

22 — Rammeafgørelse af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne (EFT L 190, s. 1, herefter »rammeafgørelsen«).

23 — Jf. rammeafgørelsens artikel 3 og 4.

132. Den tyske regering har anmodet Domstolen om at udvide sin stillingtagen til at omfatte den hypotese, hvorefter de kompetente retter i domsstaten har tilsidesat deres forpligtelser og ikke har ændret en afgørelse, der er behæftet med en åbenbar overtrædelse af de grundlæggende rettigheder.

133. Denne regering har herved gjort gældende, at retten i den anmodede stat bør kunne modsætte sig at fuldbyrde en sådan afgørelse, når en appel til retterne i domsstaten ikke har ført til noget resultat, selv om barnets grundlæggende rettighed åbenlyst er blevet tilsidesat. Denne regering har gjort gældende, at forordning nr. 2201/2003 i et sådant tilfælde ikke kan medføre en pligt til at fuldbyrde en afgørelse, der åbenbart tilsidesætter grundlæggende rettigheder. Den støtter sin argumentation på, at appellen i den foreliggende sag, der er iværksat af Andreas moder, til prøvelse af dommen af 16. december 2009, ikke blev taget til følge.

134. Jeg mener, at den foreliggende sag ikke kræver en stillingtagen til en sådan hypotese. Hvis Domstolen for det første følger min vurdering af den tilgrundlæggende forudsætning for de præjudicielle spørgsmål, er barnets grundlæggende ret til at blive hørt ikke blevet åbenbart tilsidesat. Denne rettighed blev overholdt. For det andet har den spanske regering i retsmødet bestridt oplysningen, hvorefter barnets moder skulle have udtømt

alle appelmuligheder i Spanien. Regeringen har oplyst, at der i dens interne retsorden findes en særlig appeladgang, når en part påstår, at der er sket en tilsidesættelse af dens grundlæggende rettigheder.

135. I denne henseende mener jeg, at den omstændighed, at der i domsstaten interne retsorden findes appeladgangen (som det er tilfældet i den foreliggende sag), som er udformet med henblik på at gøre det muligt for interesserede parter at bestride en retsafgørelse, der er attesteret i henhold til artikel 42 i forordning nr. 2201/2003, og derfor at gøre gældende, at retten, der har afsagt denne retsafgørelse, ikke har iagttaget de grundlæggende rettigheder, er det nødvendige modstykke til, at der ikke findes nogen mulighed for at anfægte en sådan afgørelse i fuldbyrdelsesstaten.

136. Under alle omstændigheder burde den tyske regerings hypotese således ikke kunne forekomme. Det påhviler de nationale retter at anvende EU-retten i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, og i tilfælde af tvivl om disse rettigheders rækkevidde at forelægge spørgsmålet for Domstolen til præjudiciel afgørelse. Det påhviler ligeledes medlemsstaterne i deres retsorden at fastsætte tilstrækkelige retsmidler til at sikre, at disse rettigheder faktisk respekteres. Overholdelsen af disse forpligtelser er underlagt Kommissionens kontrol, der bl.a. kan retsfølge en medlemsstat for traktatbrud, hvis

dens retter, og navnlig dens øverste domstol, tilsidesætter dem²⁴.

alvorlig fare, hvis fuldbyrdelsen af en sådan afgørelse kunne anfægtes på den ene eller den anden måde ved de retslige myndigheder i den anmodede stat, og således afhænge af udfaldet af en sag ved disse retter.

137. Den foreliggende sag giver ikke anledning til at betvivle kapaciteten for retsordenen i hver enkelt medlemsstat til at sikre en anvendelse af forordning nr. 2201/2003, der respekterer barnets grundlæggende rettigheder.

138. Sagen viser derimod, at anerkendelsen af en nægtelsesadgang for retterne i fuldbyrdesstaten ville give mulighed for blokeringer eller ubegrundede forsinkelser i fuldbyrdelsen af retsafgørelser, der beordrer barnet tilbagegivet, som er truffet på grundlag af artikel 11, stk. 8, i forordning nr. 2201/2003. Som nævnt gør hver eneste måneds forsinkelse med fuldbyrdelsen af en afgørelse om tilbagegivelse denne tilbagegivelse mere vanskelig og gør situationen mere alvorlig på det særlige og meget tunge område med børnebortførelser. Den effektive virkning af forordning nr. 2201/2003 ville således blive bragt i

139. Henset til disse betragtninger, foreslår jeg Domstolen at supplere det ovenstående svar med, at selv hvis barnet ikke har haft mulighed for at blive hørt, i strid med de oplysninger, der fremgår af attesten udstedt på grundlag af artikel 42 i forordning nr. 2201/2003 og under tilsidesættelse af bestemmelserne i denne artikel samt med den grundlæggende ret, fastsat i artikel 24, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder, bør forordningen fortolkes således, at retten i den medlemsstat, som anmodningen rettes til, ikke kan nægte at fuldbyrde en attesteret retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet, truffet på grundlag af forordningens artikel 11, stk. 8.

24 — Dom af 9.12.2003, sag C-129/00, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 14637, præmis 32.

IV — Stillingtagen

140. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som Oberlandesgericht Celle har forelagt, som følger:

»Artikel 42, stk. 2, litra a), 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 skal fortolkes således, at betingelsen i denne bestemmelse er opfyldt, når barnet er blevet hørt af de retslige myndigheder i fuldbyrdelsesstaten inden for rammerne af den sag, der har ført til en afgørelse om, at barnet ikke skal tilbagegives, og når retten i den kompetente medlemsstat har taget denne høring i betragtning med hensyn til sin afgørelse, hvorved barnet beordres tilbagegivet på grundlag af forordningens artikel 11, stk. 8.

Selv hvis barnet ikke har haft mulighed for at blive hørt, i strid med de oplysninger, der fremgår af attesten udstedt på grundlag af artikel 42 i forordning nr. 2201/2003 og under tilsidesættelse af bestemmelserne i denne artikel samt med den grundlæggende ret, fastsat i artikel 24, stk. 1, i Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, bør forordningen fortolkes således, at retten i den anmodede stat ikke kan nægte at fuldbyrde en attesteret retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet, truffet på grundlag af forordningens artikel 11, stk. 8.«