



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 16 april 2015¹

Zaak C-4/14

**Christophe Bohez
tegen
Ingrid Wiertz**

[verzoek van de Korkein oikeus (Finland) om een prejudiciële beslissing]

„Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken — Verordening (EG) nr. 44/2001 —
Rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken —
Uitgesloten gebieden — Familierecht — Verordening (EG) nr. 2201/2003 — Bevoegdheid, erkenning en
tenuitvoerlegging van beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid — Beslissing betreffende
omgangsrecht in combinatie met dwangsom — Tenuitvoerlegging van dwangsom”

I – Inleiding

1. De Korkein oikeus (Fins hooggerechtshof) wendt zich tot het Hof met een vraag over, ten eerste, de toepassing van verordening (EG) nr. 44/2001² op de tenuitvoerlegging in een lidstaat van een in een andere lidstaat gegeven rechterlijke beslissing, wanneer bij deze beslissing een dwangsom is opgelegd met het oog op de naleving van een omgangsrecht, en, ten tweede, de voorwaarden voor de tenuitvoerlegging van een dergelijke dwangsom.

2. Wanneer deze zaak in zijn geheel wordt beschouwd, blijkt duidelijk dat het moeilijk is vast te stellen welke regeling in het kader van het stelsel van erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen binnen de Europese Unie van toepassing is op een dwangsom. Deze moeilijkheid lijkt des te groter in het bijzondere geval waarin de dwangsom de naleving van een ouderlijk omgangsrecht moet waarborgen. Dit is het kader waarin het Hof de prejudiciële vragen die hem door de verwijzende rechter zijn voorgelegd moet beantwoorden.

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

² — Verordening van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1).

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

1. Verordening nr. 44/2001

3. Artikel 1, leden 1 en 2, onder a), van verordening nr. 44/2001, inzake het toepassingsgebied ervan, bepaalt:

„1. Deze verordening wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Zij heeft met name geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratief-rechtelijke zaken.

2. Deze verordening is niet van toepassing op:

a) de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen.”

4. De artikelen 45, lid 2, en 49 van verordening nr. 44/2001 maken deel uit van hoofdstuk III, „Erkenning en tenuitvoerlegging”.

5. In artikel 45, lid 2, van de verordening is het volgende bepaald:

„2. In geen geval wordt overgegaan tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing.”

6. Artikel 49 ervan luidt als volgt:

„In den vreemde gegeven beslissingen die een veroordeling tot een dwangsom inhouden, kunnen in de aangezochte lidstaat slechts ten uitvoer worden gelegd indien het bedrag ervan door de gerechten van de lidstaat van herkomst definitief is bepaald.”

2. Verordening (EG) nr. 2201/2003

7. Artikel 1 van verordening nr. 2201/2003³ definieert het toepassingsgebied van deze verordening als volgt:

„1. Deze verordening is, ongeacht de aard van het gerecht, van toepassing op burgerlijke zaken betreffende:

[...]

b) de toekenning, de uitoefening, de overdracht, de beperking of de beëindiging van de ouderlijke verantwoordelijkheid.

2. De in lid 1, onder b), bedoelde zaken hebben met name betrekking op:

a) het gezagsrecht en het omgangsrecht;

3 — Verordening 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).

[...]”

8. Artikel 26 van deze verordening luidt:

„In geen geval wordt de juistheid van de beslissing onderzocht.”

9. Artikel 28, lid 1, van verordening nr. 2201/2003 bepaalt wat de uitvoerbaarheid van beslissingen inzake het omgangsrecht betreft:

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

10. Voor bepaalde beslissingen inzake het omgangsrecht kan een bijzondere regeling gelden. Artikel 41, lid 1, eerste alinea, van deze verordening bepaalt:

„Het [...] omgangsrecht, wordt wanneer het is toegekend bij een in een lidstaat gegeven uitvoerbare beslissing, 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 die beslissing in de lidstaat van herkomst overeenkomstig lid 2 van dit artikel een certificaat is afgegeven.”

11. Artikel 47 van deze verordening bepaalt:

„1. De procedure van tenuitvoerlegging wordt beheerst door de wetgeving van de lidstaat van tenuitvoerlegging.

2. Elke beslissing van een gerecht van een andere lidstaat die overeenkomstig afdeling 2 uitvoerbaar is verklaard, dan wel waarvoor overeenkomstig artikel 41, lid 1, [...] een certificaat is afgegeven, wordt in de lidstaat van tenuitvoerlegging ten uitvoer gelegd onder dezelfde voorwaarden als een in die lidstaat gegeven beslissing.

[...]”

B – *Belgisch recht*

12. De dwangsom is geregeld in de artikelen 1385 bis tot en met 1385 nonies van het Gerechtelijk Wetboek (hierna: „Gerechtelijk Wetboek”).

13. Artikel 1385 bis van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt:

„De rechter kan op vordering van een der partijen de wederpartij veroordelen tot betaling van een geldsom, dwangsom genaamd, voor het geval dat aan de hoofdveroordeling niet wordt voldaan, onverminderd het recht op schadevergoeding indien daartoe gronden zijn. [...]”

14. Artikel 1385 ter van dit wetboek luidt als volgt:

„De rechter kan de dwangsom hetzij op een bedrag ineens, hetzij op een bedrag per tijdseenheid of per overtreding vaststellen. In de laatste twee gevallen kan de rechter eveneens een bedrag bepalen waarboven geen dwangsom meer verbeurd wordt.”

15. Artikel 1385 quater van dit wetboek bepaalt:

„De dwangsom, eenmaal verbeurd, komt ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. Deze partij kan de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld. [...]”

16. Artikel 1385 quinquies van ditzelfde wetboek luidt:

„De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen.”

17. Daar de rechterlijke beslissing waarbij de dwangsom wordt opgelegd, de executoriale titel vormt voor de invordering ervan (artikel 1385 quater van het Gerechtelijk Wetboek), hoeft de begunstigde de dwangsom voorafgaand aan de tenuitvoerlegging niet definitief laten bepalen.

18. In geval van betwisting door de schuldenaar dient de begunstigde van de dwangsom bewijs te leveren van de gestelde niet-nakomingen. De executierechter moet vervolgens toetsen of de voorwaarden van de dwangsom zijn vervuld.

C – Fins recht

19. In het Finse recht is de dwangsom die ter verzekering van de naleving van het omgangsrecht wordt opgelegd geregeld in de wet inzake de tenuitvoerlegging van beslissingen betreffende het ouderlijk gezag en het omgangsrecht (Lapsen huolto ja tapaamisoikeutta koskevan päätökseen täytäntöönpanosta annettu laki; hierna: „TpL”) alsook, voor zover van toepassing, in de dwangsomwet (Uhkasakkolaki; hierna: „dwangsomwet”).

20. Ingevolge artikel 16, lid 2, TpL kan het gerecht waarbij, nadat een beslissing is gegeven betreffende het omgangsrecht, een verzoek tot tenuitvoerlegging van dit recht wordt ingediend, de geëxecuteerde dwingen aan de beslissing te voldoen op straffe van een dwangsom.

21. De dwangsom wordt in beginsel forfaitair vastgesteld. Om een bijzondere reden kan deze echter ook cumulatief zijn (artikel 18, leden 1 en 2, TpL).

22. De dwangsom moet altijd worden voldaan aan de staat en niet aan de tegenpartij.

23. De rechter kan naar aanleiding van een nieuwe procedure bevelen dat de vastgestelde dwangsom wordt betaald, indien hij deze eis gerechtvaardigd acht. Betaling van de dwangsom kan niet worden bevolen indien de schuldenaar aantoont dat hij een geldige reden had om niet aan de verplichting te voldoen of wanneer ondertussen aan de verplichting is voldaan (artikel 19, leden 1 en 2, TpL).

24. De rechter kan het bedrag van de dwangsom verlagen ten opzichte van het oorspronkelijk vastgestelde bedrag indien de hoofdverplichting voor een substantieel deel is vervuld of de draagkracht van de schuldenaar aanzienlijk is verminderd, dan wel indien er sprake is van een andere gerechtvaardigde grond voor verlaging van de dwangsom (artikel 11 van de dwangsomwet).

25. Ingevolge artikel 12, lid 2, van de dwangsomwet kan de autoriteit die de dwangsom heeft vastgesteld, de desbetreffende beslissing intrekken en de zaak geheel of gedeeltelijk opnieuw behandelen wanneer de omstandigheden zijn gewijzigd, er sprake is van nieuwe inhoudelijke elementen of wanneer de eerdere beslissing berustte op een kennelijk onjuiste toepassing van de wet.

III – Feiten van het hoofdgeding, prejudiciële vragen en procesverloop voor het Hof

26. Uit de verwijzingsbeslissing komt naar voren dat Christophe Alfons Adrien Bohez en Ingrid Wiertz op 16 mei 1997 in België in het huwelijk zijn getreden en twee kinderen hebben gekregen. Het echtpaar is in 2005 gescheiden en Wiertz is in Finland gaan wonen.

27. De Rechtbank van eerste aanleg te Gent (België) heeft op 28 maart 2007 een beslissing gegeven betreffende het ouderlijk gezag, de huisvesting, het omgangsrecht en de alimentatie met betrekking tot de kinderen (hierna: „beslissing van 28 maart 2007”). Om de naleving van het aan Bohez toegekende omgangsrecht te waarborgen, werd bij deze beslissing een dwangsom vastgesteld. Deze dwangsom hield in dat een bedrag van 1 000 EUR per kind aan Bohez moest worden voldaan voor elke dag dat het kind niet was afgegeven. Het maximumbedrag van de dwangsom werd bepaald op 25 000 EUR.

28. Bohez heeft de Finse rechter verzocht Wiertz ertoe te veroordelen hem de in de beslissing van 28 maart 2007 vastgestelde dwangsom te betalen, te weten 23 398,69 EUR, voor omgang die niet heeft plaatsgevonden, of deze beslissing in Finland uitvoerbaar te verklaren. Ter onderbouwing van zijn verzoek heeft hij voor de Itä-Uudenmaan käräjäoikeus (rechtbank van eerste aanleg te Itä Uusimaa) aangevoerd dat tal van bezoeken niet waren doorgegaan, zodat het maximumbedrag van de in deze beslissing vastgestelde dwangsom al was bereikt. Hij was op basis van het feit dat naar Belgisch recht de dwangsom rechtstreeks door met de tenuitvoerlegging belaste autoriteiten wordt ingevorderd zonder dat een nieuwe gerechtelijke procedure is vereist, van mening dat zijn verzoek moest worden beschouwd als een verzoek tot invordering van een opeisbare geldvordering en derhalve binnen het toepassingsgebied van verordening nr. 44/2001 viel.

29. Wiertz wierp daartegen op dat de betalingsverplichting niet definitief door de Belgische rechter was bevestigd en de beslissing derhalve niet uitvoerbaar was. De tekortkomingen die konden leiden tot de verplichting tot betaling van de dwangsom waren door geen enkele autoriteit vastgesteld. Wiertz voerde tevens aan dat zij de in de beslissing van 28 maart 2007 vastgestelde bezoeken in het geheel niet had belemmerd.

30. Bij beslissing van 8 maart 2012 heeft de Itä-Uudenmaan käräjäoikeus vastgesteld dat het verzoek geen betrekking had op de tenuitvoerlegging van een beslissing betreffende het omgangsrecht, maar enkel op de tenuitvoerlegging van een dwangsom die was opgelegd ter verzekering van de naleving van de beslissing van 28 maart 2007. Hij heeft hieruit afgeleid dat het verzoek, voor zover het betrekking had op de tenuitvoerlegging van een beslissing waarbij een geldelijke verplichting werd vastgesteld, binnen de werkingssfeer van verordening nr. 44/2001 viel. De Itä-Uudenmaan käräjäoikeus merkte echter op dat bij de beslissing van 28 maart 2007, in strijd met het vereiste van artikel 49 van verordening nr. 44/2001, enkel een dwangsom per tijdseenheid was opgelegd en de hoogte ervan niet definitief was bepaald, en verklaarde het verzoek van Bohez derhalve niet-ontvankelijk.

31. De Helsingin hovioikeus (gerechtshof te Helsinki) heeft bij beslissing van 16 augustus 2012 de afwijzing van het verzoek van Bohez op grond van niet-ontvankelijkheid bekrachtigd. In zijn motivering maakte deze rechter echter een andere analyse dan de rechter in eerste aanleg. Hij was van oordeel dat het verzoek binnen het kader van de tenuitvoerlegging van een beslissing inzake het omgangsrecht viel en derhalve, gelet op artikel 1, lid 2, onder a), van verordening nr. 44/2001, niet onder die verordening viel, maar onder verordening nr. 2201/2003. De procedure van tenuitvoerlegging zou derhalve in het onderhavige geval overeenkomstig artikel 47, lid 1, van verordening nr. 2201/2003 worden bepaald door het Finse recht, dat wil zeggen de Tpl.

32. Bohez heeft cassatieberoep ingesteld bij de Korkein oikeus en, onder herhaling van zijn conclusie in eerste aanleg, geconcludeerd tot vernietiging van de beslissing van de Helsingin hovioikeus.

33. Onder deze omstandigheden heeft de Korkein oikeus bij beslissing van 31 december 2013, ingekomen ter griffie van het Hof op 6 januari 2014, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Moet artikel 1, lid 2, van verordening [nr. 44/2001] aldus worden uitgelegd dat zaken betreffende de tenuitvoerlegging van een dwangsom die in een beslissing betreffende het ouderlijk gezag of het omgangsrecht is opgelegd ter verzekering van de nakoming van de hoofdverplichting, niet binnen het toepassingsgebied van deze verordening vallen?
- 2) Indien de in de vorige vraag bedoelde zaken binnen het toepassingsgebied van verordening [nr. 44/2001] vallen, moet artikel 49 van deze verordening dan aldus worden uitgelegd dat een per dag vastgestelde dwangsom die in de lidstaat van herkomst als zodanig rechtstreeks uitvoerbaar is tot het beloop van het vastgestelde bedrag, maar waarvan het definitieve bedrag nog kan worden gewijzigd naar aanleiding van een verzoek of verweer van de schuldenaar van de dwangsom, pas dan in een [andere] lidstaat uitvoerbaar is wanneer het bedrag ervan apart en definitief is vastgesteld in de lidstaat van herkomst?
- 3) Indien voornoemde zaken niet binnen het toepassingsgebied van verordening [nr. 44/2001] vallen, moet artikel 47, lid 1, van verordening [nr. 2201/2003] dan aldus worden uitgelegd, dat de maatregelen ter verzekering van de naleving van beslissingen betreffende het gezagsrecht en het omgangsrecht onder de procedure van tenuitvoerlegging als bedoeld in deze bepaling vallen, dat wil zeggen een procedure van tenuitvoerlegging die door de wetgeving van de lidstaat van tenuitvoerlegging wordt beheerst, of kunnen zij worden beschouwd als integrerend deel van de beslissing betreffende het gezagsrecht en het omgangsrecht, die ingevolge verordening [nr. 2201/2003] rechtstreeks in de andere lidstaat ten uitvoer moet worden gelegd?
- 4) Wanneer om de tenuitvoerlegging van een dwangsom in een andere lidstaat wordt verzocht, kan dan als voorwaarde worden gesteld dat het bedrag van deze dwangsom apart en definitief is bepaald in de lidstaat van herkomst, ook indien bij de tenuitvoerlegging verordening nr. 44/2001 niet van toepassing is?
- 5) Wanneer een tot naleving van het omgangsrecht vastgestelde dwangsom in een andere lidstaat uitvoerbaar is zonder dat het bedrag van de in te vorderen dwangsom in de lidstaat van herkomst apart en definitief is bepaald:
 - a) vereist de tenuitvoerlegging van de dwangsom dan toch dat wordt nagegaan of de uitoefening van het omgangsrecht is verhinderd om redenen die ten behoeve van de bescherming van de rechten van het kind absoluut in aanmerking moesten worden genomen, en
 - b) welke rechter is dan voor de toetsing van deze omstandigheden bevoegd, en meer bepaald:
 - i) is de bevoegdheid van de rechter van de staat van tenuitvoerlegging steeds uitsluitend beperkt tot de vraag of de beweerde verhindering van de omgang berust op een grond die uitdrukkelijk is voorzien in de beslissing in de hoofdzaak, of
 - (ii) vloeit uit de door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde rechten van het kind voort dat de rechter van de staat van tenuitvoerlegging een ruimere bevoegdheid of verplichting heeft, na te gaan of de uitoefening van het omgangsrecht is verhinderd om redenen die ten behoeve van de bescherming van de rechten van het kind absoluut in aanmerking moesten worden genomen?”

34. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de partijen in het hoofdgeding, de Finse, de Litouwse en de Spaanse regering alsmede de Europese Commissie.

35. Bohez, de Finse regering alsmede de Commissie hebben tevens pleidooi gehouden ter terechtzitting van 8 januari 2015.

IV – Analyse

36. Het prejudiciële verzoek van de Korkein oikeus werpt in wezen twee problemen op in verband met de tenuitvoerlegging in een lidstaat van een in een andere lidstaat gegeven rechterlijke beslissing, wanneer bij deze beslissing, tot naleving van het omgangsrecht dat door de oorspronkelijke rechter is vastgesteld, een dwangsom is opgelegd waarvan het bedrag cumulatief wordt vastgesteld.⁴ Het eerste probleem heeft betrekking op de verordening die op een dergelijke dwangsom van toepassing is, en het tweede op de voorwaarden voor de tenuitvoerlegging van de dwangsom.

37. In deze context lijkt het mij noodzakelijk vooraf de altijd weer delicate vraag te onderzoeken hoe de dwangsom in het Finse en het Belgische recht wordt gekwalificeerd, teneinde vast te stellen welke regeling in het onderhavige geval op een dergelijke maatregel van toepassing is in het kader van het stelsel van erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen binnen de Unie.

A – Voorafgaande opmerkingen over de juridische aard van de dwangsom

38. Ik wil er allereerst aan herinneren dat de verwijzende rechter bij uitsluiting bevoegd is de feiten van het bij hem aanhangige geding vast te stellen en te beoordelen, alsook om het nationale recht uit te leggen en toe te passen.⁵

39. Onder deze omstandigheden moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de dwangsom een systeem is dat in meerdere lidstaten wordt gebruikt⁶, met inbegrip van de dwangsom tot waarborging van het omgangsrecht.⁷ Bij vergelijking van de nationale regelingen die de dwangsom beheersen, blijkt dat er tal van punten van overeenstemming bestaan, maar ook grote verschillen.⁸ Dit is met name het geval bij de Belgische en de Finse regelingen, die in het hoofdgeding aan de orde zijn.⁹

4 — In het onderhavige geval wordt het bedrag vastgesteld per niet-nakoming en per kind, en is het gemaximeerd. Zie punt 27 van de onderhavige conclusie.

5 — Arrest Econord (C-182/11 en C-183/11, EU:C:2012:758, punt 21).

6 — Zie de artikelen 1050 en 1050¹ van het Poolse gerechtelijk wetboek, de artikelen 709 en 711 van het Spaanse gerechtelijk wetboek, de artikelen L 131-1 tot en met 131-4 van het Franse wetboek van tenuitvoerlegging van civielrechtelijke beslissingen, en § 888 van het Duitse gerechtelijk wetboek. Zie met name Grzegorzcyk, P., „Egzekucja świadczeń polegających na wykonaniu lub zaniechaniu czynności w państwach europejskich”, *Proces Cywilny. Nauka, kodyfikacja, praktyka*, Grzegorzcyk, P., Knoppek, K., Walasik, M. (red.), Warszawa, 2012, blz. 1021-1055, en Ramien, O., *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1992.

7 — Zie de artikelen 598¹⁵ en 598¹⁶ van het Poolse gerechtelijk wetboek.

8 — Behalve wat het Belgische, het Luxemburgse en het Nederlandse recht betreft, waar de regelingen op dit punt identiek zijn. Zie Payan, G., „*Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*”, uitgeverij Bruylant, Brussel, 2012, blz. 172-184. De bepalingen inzake de dwangsom zijn namelijk vastgesteld in de wet van 31 januari 1980 houdende goedkeuring van de Benelux-Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom, en van de bijlage (eenvormige wet betreffende de dwangsom), ondertekend te 's-Gravenhage op 26 november 1973 (*Belgisch Staatsblad* van 20 februari 1980, blz. 2181).

9 — De overeenkomsten en verschillen tussen de verschillende nationale wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op de dwangsom zijn al belicht in verschillende toelichtende rapporten over het Verdrag van Brussel van 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32; hierna: „Executieverdrag”) en verordening nr. 44/2001. Zie in dat verband het rapport van Schlosser, P. over het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie, ondertekend te Luxemburg op 9 oktober 1978 (PB 1979, C 59, blz. 132), alsmede het rapport inzake de toepassing van verordening nr. 44/2001 in de lidstaten (rapport Heidelberg) van Hess, B., Pfeiffer, T., en Schlosser, P., Munchen, 2007. Zie in dat verband tevens het toelichtend rapport over het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Lugano op 30 oktober 2007 (PB 2009, C 319, blz. 46).

40. In de tweede plaats komt ten aanzien van de punten van overeenstemming tussen deze twee nationale rechtsstelsels uit de verwijzingsbeslissing naar voren dat de dwangsom een aanvulling is op de hoofdverplichting, dat zij moet worden opgelegd door een rechter¹⁰ en dat hiermee financiële druk wordt uitgeoefend op de schuldenaar tot uitvoering van de tegen hem gegeven rechterlijke beslissing. De dwangsom is in het Finse en het Belgische¹¹ recht namelijk dwingend van aard en enkel verschuldigd omdat de rechterlijke beslissing niet is nagekomen. De dwangsom lijkt door deze dwingende aard dus op een maatregel van tenuitvoerlegging.¹²

41. In de derde plaats komt, wat de verschillen betreft, uit de verwijzingsbeslissing naar voren dat het Finse en het Belgische recht vooral uiteen lopen met betrekking tot, ten eerste, de procedure die leidt tot de oplegging en de tenuitvoerlegging van een dwangsom, en, ten tweede, de bepaling van de begunstigde van het geldbedrag dat uit hoofde van de dwangsom verschuldigd is.¹³

42. Wat in de eerste plaats de procedure van oplegging en tenuitvoerlegging van een dwangsom betreft, bestaan de verschillen hoofdzakelijk ten aanzien van het vereiste en de wijzen van de definitieve bepaling ervan. Uit de verwijzingsbeslissing komt namelijk naar voren dat het dwangsommechanisme in het Belgische recht, dat tevens van toepassing is op het gebied van het omgangsrecht, geen enkele vorm van een vaststellingsprocedure kent.¹⁴ Met andere woorden, de begunstigde hoeft de dwangsom voorafgaand aan de tenuitvoerlegging niet gerechtelijk te laten bepalen.¹⁵ Volgens artikel 1385 quater van het Gerechtelijk Wetboek is de dwangsom namelijk definitief en opeisbaar op grond van de rechterlijke beslissing waarbij deze is opgelegd. De dwangsom is krachtens deze beslissing, wanneer na de betekening ervan de hierin bepaalde voorwaarden zijn vervuld, geheel verschuldigd en kan worden ingevorderd zonder dat een nieuwe rechterlijke beslissing is vereist¹⁶, met inbegrip van de gevallen waarin het bedrag van de dwangsom wordt bepaald per tijdseenheid, bijvoorbeeld per dag of per overtreding.¹⁷ Krachtens artikel 1385 quinques van het

10 — Zie artikel 1385 bis van het Gerechtelijk Wetboek en artikel 16, lid 2, TpL.

11 — Het Belgische recht definieert de dwangsom als een „condamnation au paiement d'une somme d'argent, prononcée à titre accessoire par le juge, pour exercer une pression sur le débiteur de manière que ce dernier exécute la condamnation mise à sa charge” [„veroordeling tot betaling van een geldsom, die als aanvulling wordt opgelegd door de rechter teneinde druk uit te oefenen op de schuldenaar zodat deze de hem opgelegde veroordeling ten uitvoer legt”]. Zie Van Ommeslaghe, P., „Les obligations – Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations”, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1986, nr. 94, blz. 198, en Van Compernelle, J., *L'astreinte*, Ed. Larcier, 2007, blz. 33. Volgens de Belgische doctrine vormt de dwangsom dus een „aan de rechter voorbehouden dwangmiddel om een bevel te doen naleven door degene tot wie dit is gericht”. Zie Moreau-Margrève, I., „L'astreinte”, *Annuaire de droit de Liège*, 1982, blz. 14.

12 — De Franse doctrine beschouwt de dwangsom als een „indirecte” of „minnelijke” uitvoeringsmaatregel. Deze onderscheidt zich namelijk van maatregelen tot gedwongen tenuitvoerlegging, omdat deze laatste de schuldeiser in staat stellen het aan hem verschuldigde te verkrijgen zonder enige medewerking van de schuldenaar, terwijl de financiële druk die door de dwangsom wordt uitgeoefend op de schuldenaar tot doel heeft deze ertoe aan te zetten vrijwillig tot uitvoering over te gaan. Dit brengt mee dat schuldeisers bij niet-betaling van de bedragen die als dwangsom zijn verschuldigd, voor de invordering ervan gebruik kunnen maken van maatregelen van gedwongen tenuitvoerlegging. Zie in die zin Payan, G., op. cit., blz. 172. Bepaalde auteurs merken de dwangsom aan als een norm, waarop het territorialiteitsbeginsel van de dwangmaatregel, die kenmerkend is voor de bijzondere regeling van gedwongen tenuitvoerlegging, dus niet van toepassing is. Zie Cuniberti, G., „Quelques observations sur le régime de l'astreinte en droit international privé”, *Gazette du Palais*, 2009, nr. 332, blz. 2 e.v.

13 — Ook wat het toepassingsgebied van de dwangsom betreft, bestaat er een verschil tussen de nationale rechtsstelsels. In bepaalde rechtsstelsels, met name in het Belgische, het Luxemburgse en het Nederlandse recht, kan geen dwangsom worden opgelegd indien de hoofdverplichting een betalingsverplichting is. Zie in dat verband wat het Belgische recht betreft, artikel 1385 bis van het Gerechtelijk Wetboek. In het Franse recht daarentegen kan een dwangsom in beginsel worden opgelegd wanneer de uit de titel voortvloeiende verplichting niet enkel een verplichting om te doen of te laten betreft, maar tevens een verplichting om een geldsom te betalen. Zie Payan, G., op. cit., blz. 177.

14 — In het nationale recht heeft deze uitsluiting zowel betrekking op de feitenrechter als op de beslagrechter. Zie Van Compernelle, J., op. cit., blz. 38 en 77.

15 — De vervolgdde partij kan niettemin de toepassing van de dwangsom aanvechten bij de beslagrechter overeenkomstig artikel 1498 van het Gerechtelijk Wetboek. *Ibidem*, blz. 78.

16 — Zie arrest van 25 september 2000 van het Belgische Hof van Cassatie. Zie tevens Van Compernelle, J., op. cit., blz. 38.

17 — Op de begunstigde van de dwangsom rust het bewijs dat alle voorwaarden voor opeisbaarheid ervan zijn vervuld. Dit bewijs moet bij betwisting meestal voor de beslagrechter worden geleverd. Deze toetst achteraf het bestaan van een tekortkoming in de nakoming van de hoofdverplichting alsmede de rechtmatigheid van de executie maatregel bij het onderzoek naar de voorwaarden voor de opeisbaarheid van de dwangsom. Zie Van Compernelle, J., op. cit., blz. 38 en 78.

Gerechtelijk Wetboek geldt voor de herziening van de dwangsom dat deze enkel kan worden opgeheven, gewijzigd of verminderd door de feitenrechter die haar heeft opgelegd, en dat het bedrag dat is vastgesteld in de beslissing waarbij de dwangsom is opgelegd, niet met terugwerkende kracht kan worden verminderd.¹⁸

43. In het Finse recht daarentegen heeft de in artikel 16 TpL bedoelde dwangsom, volgens de informatie van de verwijzende rechter en de Finse regering, tot doel te bevorderen dat er ontmoetingen worden georganiseerd tussen het kind en de verzoeker overeenkomstig de beslissing inzake het omgangsrecht. De beslissing waarbij de betaling van de dwangsom wordt bevolen, wordt gegeven nadat de hoofdbeslissing is gegeven en veronderstelt dat de verzoeker een nieuwe procedure inleidt.¹⁹ De executierechter zal namelijk pas bij betwisting door de schuldenaar van de dwangsom nagaan of deze zijn hoofdverplichting geheel of ten dele niet is nakomen²⁰ en of eventuele rechtvaardigingsgronden bestaan. Krachtens artikel 19, lid 2, TpL kan de betaling van de dwangsom niet worden bevolen indien de schuldenaar aantoont dat er sprake was van een gerechtvaardigde grond waardoor hij niet aan de verplichting kon voldoen, of wanneer ondertussen aan de verplichting is voldaan.²¹ In tegenstelling tot het Belgische recht kan de rechter krachtens het Finse recht het bedrag van de dwangsom opnieuw onderzoeken en verlagen indien de hoofdverplichting voor een wezenlijk deel is vervuld, de financiële draagkracht van de schuldenaar aanzienlijk is verslechterd of er een andere geldige reden bestaat om de hoogte van de dwangsom te verlagen.²²

44. Wat in de tweede plaats de bepaling van de begunstigde van de verbeurde dwangsom betreft, komt uit de verwijzingsbeslissing naar voren dat het bedrag van de dwangsom naar Belgisch recht overeenkomstig artikel 1385 quater van het Gerechtelijk Wetboek²³ toekomt aan de schuldeiser, terwijl dit naar Fins recht aan de staat wordt betaald.²⁴

45. Ik zal nu de twee problemen bezien die in dit verzoek om een prejudiciële beslissing aan de orde worden gesteld, die ik heb geschetst in punt 36 van deze conclusie: welke verordening is van toepassing op het hoofdgeding en wat zijn de voorwaarden voor de tenuitvoerlegging van de dwangsom?

B – Toepasselijkheid van verordening nr. 44/2001

46. Wat de eerste prejudiciële vraag betreft, of een in België gegeven rechterlijke beslissing waarbij een dwangsom is opgelegd, zoals die aan de orde is in het hoofdgeding, tot verzekering van de nakoming van een omgangsrecht, vatbaar is voor tenuitvoerlegging in Finland op grond van verordening nr. 44/2001, betogen Wiertz, alle regeringen van de lidstaten die aan de procedure deelnemen, alsmede de Commissie dat deze verordening niet van toepassing is.

18 — Zie artikel 598¹⁶, lid 1, tweede alinea, van het Poolse gerechtelijk wetboek: „Een rechtbank kan in uitzonderlijke gevallen, bij wijziging van de omstandigheden, de hoogte van de reeds vastgestelde dwangsom wijzigen.”

19 — Uit de verwijzingsbeslissing komt naar voren dat de verzoeker bewijs moet leveren van de belemmeringen die de tegenpartij tegen het omgangsrecht heeft opgeworpen.

20 — Zie artikel 19, lid 1, TpL.

21 — Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat met name een ziekte van het kind die van dien aard is dat hierdoor het omgangsrecht wordt verhinderd, het verzuim van de ouder met het omgangsrecht om het kind op de overeengekomen wijze te komen halen of het feit dat een voldoende rijp kind zich verzet tegen de omgang, geldige redenen vormen in de zin van deze bepaling. De rechtbank is verplicht ambtshalve rekening te houden met de relevante omstandigheden in het licht van het hogere belang van het kind.

22 — Zie artikel 11 van de dwangsomwet.

23 — Zie ook Payan, G., op. cit., blz. 181.

24 — Dit is tevens het geval in het Duitse recht, waar de opbrengst van de dwangsom aan de fiscus wordt betaald. Zie arrest van het Bundesgerichtshof (federaal gerechtshof, Duitsland) van 2 maart 1983 – IVb ARZ 49/82. Zie ook Hüfstege, R., *Zivilprozessordnung*, Thomas, H., Putzo, H. (red.), 29e druk, München 2008, § 888, punt 15; Stöber, K., in Zöller, R. (red.), *Zivilprozessordnung*, 28e druk, Keulen 2010, § 888, punt 13.

47. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de twijfels van de Korkein oikeus over de vraag welke verordening van toepassing is, voortkomen uit het feit dat de verplichting waarvan nakoming wordt geëist, te weten de betaling van een dwangsom, een geldvordering is die verband houdt met het omgangsrecht. Ofschoon deze rechter van oordeel is dat dit type dwangsom in beginsel niet onder verordening nr. 44/2001 valt, betwijfelt hij niettemin of de nakoming ervan valt onder verordening nr. 2201/2003.

48. Om een antwoord te geven op de eerste prejudiciële vraag, lijkt het mij noodzakelijk na te gaan of een dwangsom zoals die aan de orde is in het hoofdgeding, in het kader van de uitlegging van artikel 1 van verordening nr. 44/2001 voldoet aan de criteria die zijn ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof.

49. Dienaangaande zij er allereerst aan herinnerd dat, aangezien het Executieverdrag in de verhoudingen tussen de lidstaten²⁵ is vervangen door verordening nr. 44/2001²⁶, de uitlegging die het Hof heeft gegeven aan het Executieverdrag geldig blijft voor de overeenkomstige bepalingen van deze verordening.²⁷ Bovendien volgt uit overweging 19 van verordening nr. 44/2001 dat de continuïteit in de uitlegging tussen het Executieverdrag en deze verordening moet worden gewaarborgd.

50. Het Hof heeft in het arrest Realchemie Nederland²⁸ verklaard dat het toepassingsgebied van verordening nr. 44/2001, net als dat van het Executieverdrag, is beperkt tot „burgerlijke en handelszaken”, zoals bepaald in artikel 1, lid 1²⁹, ervan. Zo is de verordening krachtens lid 2, onder a), van datzelfde artikel, niet van toepassing op het huwelijksgoederenrecht. Dienaangaande merken de regeringen van Finland, Spanje en Litouwen, alsmede de Commissie op dat verordening nr. 2201/2003, die van toepassing is op beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid³⁰, waaronder, volgens artikel 1, lid 2, onder a), het omgangsrecht, juist is vastgesteld om deze lacune deels op te vullen.³¹

51. Wat de vraag betreft of een geding al dan niet binnen het toepassingsgebied van verordening nr. 44/2001 valt, was het Hof van oordeel dat dit toepassingsgebied overwegend wordt bepaald door factoren die kenmerkend zijn voor de aard van de tussen de procespartijen bestaande rechtsbetrekkingen of het voorwerp van het geschil.³² Meer bepaald wat de voorlopige maatregelen betreft, is het Hof van oordeel dat de vraag of verordening nr. 44/2001 daarop kan worden toegepast, niet wordt beantwoord door de aard van die maatregelen, maar door de aard van de rechten die erdoor worden gewaarborgd.³³

52. Zoals ik in punt 40 van deze conclusie heb uitgelegd, is de dwangsom die in het hoofdgeding aan de orde is, volgens artikel 1385 bis van het Gerechtelijk Wetboek, accessoir aan de hoofdverplichting. In het onderhavige geval moet Wiertz krachtens de hoofdverplichting Bohez in de gelegenheid stellen het aan hem toegekende omgangsrecht uit te oefenen.

25 — Zie voor het Koninkrijk Denemarken de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en het Koninkrijk Denemarken betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, ondertekend te Brussel op 19 oktober 2005 (PB L 299, blz. 62).

26 — Zie artikel 68, lid 1, van verordening nr. 44/2001.

27 — Arresten Draka NK Cables e.a. (C-167/08, EU:C:2009:263, punt 20), SCT Industri (C-111/08, EU:C:2009:419, punt 22), German Graphics Graphische Maschinen (C-292/08, EU:C:2009:544, punt 27), Realchemie Nederland (C-406/09, EU:C:2011:668, punt 38), Sapir e.a. (C-645/11, EU:C:2013:228, punt 31) en Sunico e.a. (C-49/12, EU:C:2013:545, punt 32).

28 — C-406/09, EU:C:2011:668, punt 39.

29 — Ibidem, punt 39.

30 — Artikel 1, lid 1, onder b), van verordening nr. 2201/2003.

31 — Wat betreft de redenen die rechtvaardigden dat kwesties die te maken hebben met de staat van natuurlijke personen werden uitgesloten van het Executieverdrag, wordt in het rapport van de heer P. Jenard over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1979, C 59, blz. 10), verklaard dat „[w]elke bevoegdheidsregels ook gekozen zouden zijn – zulks in de veronderstelling dat het Comité tot eenmaking van deze regels op dit terrein had kunnen geraken – de wettelijke stelsels waarop moet worden gelet, en met name de collisieregels, vertoonden een dergelijke verscheidenheid, dat het moeilijk was om, in het stadium van de exequaturprocedure, van de controle op deze regels af te zien”.

32 — Realchemie Nederland (EU:C:2011:668, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 — Ibidem, punt 40.

53. In het kader van de tenuitvoerlegging van een beslissing van een rechterlijke instantie waarbij een geldboete wordt opgelegd om een rechterlijke uitspraak in burgerlijke en handelszaken te laten naleven, heeft het Hof gepreciseerd dat de aard van dit recht van tenuitvoerlegging afhankelijk is van het subjectieve recht waarvan de schending de grond vormt voor het gelasten van de tenuitvoerlegging³⁴, dus in casu het omgangsrecht van Bohez.

54. Hieruit volgt naar mijn mening dat de invordering van een dwangsom zoals die aan de orde is in het hoofdgeding, niet binnen het toepassingsgebied van verordening nr. 44/2001 valt. Ten eerste is deze dwangsom namelijk accessoir van aard en nauw verbonden met het omgangsrecht waarvan zij de naleving moet waarborgen, en, ten tweede, is verordening nr. 44/2001 niet van toepassing op vragen inzake het omgangsrecht.

55. Ik geef het Hof dan ook in overweging om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat een rechterlijke beslissing die in een lidstaat is gegeven en waarbij een dwangsom is opgelegd ter waarborging van de naleving van een omgangsrecht, niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging in een andere lidstaat op grond van verordening nr. 44/2001.

56. Gelet op het antwoord dat ik voor de eerste vraag in overweging geef, is beantwoording op de tweede vraag overbodig.

C – Voorwaarden voor de tenuitvoerlegging van de dwangsom in het kader van verordening nr. 2201/2003

57. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de dwangsom, voor zover deze de tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing inzake het omgangsrecht waarborgt, moet worden beschouwd als een tenuitvoerleggingsmaatregel en uit dien hoofde valt onder de procedure van tenuitvoerlegging van het omgangsrecht, die volgens artikel 47, lid 1, van verordening nr. 2201/2003, wordt beheerst door het nationale recht, dan wel of de dwangsom integrerend deel uitmaakt van de beslissing betreffende het omgangsrecht en zodoende rechtstreeks uitvoerbaar is op basis van verordening nr. 2201/2003.

58. Ter beantwoording van deze vraag zal ik in de eerste plaats de juridische aard van de dwangsom analyseren in het licht van het stelsel van erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen binnen de Unie. In de tweede plaats zal ik onderzoeken of een dwangsom zoals die in het hoofdgeding, integrerend deel uitmaakt van de beslissing ten principale betreffende het omgangsrecht of dat zij integendeel als daarvan losstaand kan worden gezien, als autonome verplichting.

1. Juridische aard van de dwangsom in het licht van het stelsel van erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen binnen de Unie

59. Zoals is vermeld in punt 39 van deze conclusie, is de dwangsom in zijn algemeenheid een instrument dat in meerdere lidstaten wordt gebruikt en tot doel heeft de uitvoering te waarborgen van een verplichting, die in het hoofdgeding bestaat in de naleving van het omgangsrecht. De dwangsom is dus accessoir van aard en berust op de veronderstelling dat de debiteur door het vooruitzicht een groot geldbedrag te moeten betalen ertoe wordt aangezet zijn verplichting vrijwillig na te komen. Zoals ik al heb vermeld, lijkt de dwangsom hierdoor op een tenuitvoerleggingsmaatregel.

34 — Zie naar analogie arrest Realchemie Nederland (C-406/09, EU:C:2011:668, punt 42).

60. De verschillende stappen van de tenuitvoerlegging van de dwangsom maken duidelijk hoe ingewikkeld deze is, en bieden meer inzicht in de aard ervan. Voor elk van deze stappen, te weten de uitspraak van de hoofdveroordeling waarbij de dwangsom wordt opgelegd, de definitieve bepaling van het daadwerkelijk berekende bedrag en de vrijwillige dan wel gedwongen tenuitvoerlegging ervan, kunnen namelijk verschillende regels en procedures gelden.³⁵ De complexiteit van de dwangsom is echter nog pregnanter wanneer de maatregel moet worden vastgesteld in een grensoverschrijdende situatie.³⁶

61. Dit laatste element, het grensoverschrijdende aspect, verklaart met name de moeilijkheid om vast te stellen welk stelsel van toepassing is op de dwangsom in het kader van het stelsel van erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen binnen de Unie, een situatie die zich voordoet in het hoofdgeding.

62. Gelet op het voorgaande is de juridische aard van een dwangsom als die in het hoofdgeding doorslaggevend.

2. De dwangsom als integrerend deel van de beslissing ten principale betreffende het omgangsrecht

63. Ik wil mijn analyse graag beginnen met een vraag: moet de dwangsom die in het hoofdgeding aan de orde is, worden beschouwd als integrerend deel van de beslissing ten principale betreffende het omgangsrecht of kan zij daarentegen los worden gezien als een autonome verplichting?

64. Ik ben wat het hoofdgeding betreft van mening dat een dergelijke dwangsom een integrerend deel is van de beslissing ten principale betreffende het omgangsrecht.

65. In dat verband wil ik eerst benadrukken dat uit de verwijzingsbeslissing naar voren komt dat de dwangsom die door de Belgische rechter is opgelegd, tot doel heeft de naleving van een beslissing inzake het omgangsrecht te verzekeren. Zij is door de rechter van de lidstaat van herkomst tegelijk met de beslissing ten principale vastgesteld en is dus accessoir van aard. Het betreft hier de eerste stap van de uitvoering van de dwangsom, zoals vermeld in punt 60 van deze conclusie, te weten de uitspraak van de hoofdveroordeling waarbij deze dwangsom wordt opgelegd.

66. De Commissie heeft ter terechtzitting terecht opgemerkt dat de situatie waar we ons thans op richten, te weten de tenuitvoerlegging in een andere lidstaat van een beslissing betreffende het omgangsrecht waarbij een dwangsom is opgelegd, niet moet worden verward met het geval waarin de rechter van de lidstaat van herkomst een beslissing inzake het omgangsrecht heeft vastgesteld, maar zonder daarbij een dwangsom op te leggen.³⁷ In dat hypothetische geval zou de oplegging van een dwangsom achteraf door de rechter van de lidstaat van tenuitvoerlegging zeker worden beheerst door artikel 47, lid 1, van verordening nr. 2201/2003 en zijn onderworpen aan de wetgeving van de lidstaat van tenuitvoerlegging. Artikel 26 van deze verordening staat echter geen onderzoek toe naar de juistheid van de beslissing betreffende het omgangsrecht.

67. Ik wil vervolgens met kracht benadrukken dat, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing en de schriftelijke opmerkingen van de Commissie, de tenuitvoerlegging van de dwangsom die in het hoofdgeding aan de orde is, veronderstelt dat de ouder bij wie het kind verblijft zijn verplichting tot medewerking aan de uitvoering van het omgangsrecht niet is nagekomen. In dat verband deel ik het

35 — Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak DHL Express France (C-235/09, EU:C:2010:595, punten 47 en 48).

36 — Ibidem (punten 47 en 48).

37 — Ik wil benadrukken dat in beginsel, wanneer door de rechter van de lidstaat van herkomst ter verzekering van een hoofdverplichting, namelijk het omgangsrecht, een dwangsom wordt opgelegd in een latere beslissing dan de beslissing waarbij dat recht is vastgesteld, de dwangsom accessoir van aard blijft. Zij kan derhalve niet worden beheerst door artikel 47, lid 1, van verordening nr. 2201/2003.

standpunt van de regeringen van Finland, Spanje en Litouwen alsmede van de Commissie, dat de dwangsom een integrerend deel is van de beslissing inzake het omgangsrecht. Het lijkt derhalve logisch aan te nemen dat de dwangsom in beginsel even uitvoerbaar is als de beslissing inzake het omgangsrecht zelf, zoals bepaald door verordening nr. 2201/2003.

68. Indien daarentegen in het onderhavige geval wordt uitgegaan van de uitlegging van de Finse regering dat de dwangsom valt binnen de procedure van tenuitvoerlegging in de zin van artikel 47, lid 1, van verordening nr. 2201/2003, zou deze niet kunnen worden erkend of ten uitvoer worden gelegd op basis van deze verordening, maar zijn onderworpen aan het recht van de lidstaat van tenuitvoerlegging³⁸, zoals deze regering zelf opmerkt. In dat geval zou het gevaar bestaan dat de dwangsom die door de rechter in de lidstaat van herkomst, in dit geval de Belgische rechter, is opgelegd ter verzekering van de naleving van het omgangsrecht, van zijn werking wordt ontdaan, terwijl het toch gaat om een maatregel die de naleving van het omgangsrecht moet waarborgen. Het dwingende karakter van de dwangsom zou uitsluitend beperkt blijven tot de lidstaat van herkomst.

69. Ik kom dan ook tot de conclusie dat een dwangsom die een integrerend deel vormt van de beslissing betreffende het omgangsrecht, zoals in het hoofdgeding aan de orde is, uit dien hoofde rechtstreeks uitvoerbaar is op basis van verordening nr. 2201/2003 en niet kan worden beschouwd als een maatregel van tenuitvoerlegging die valt binnen de procedure van tenuitvoerlegging in de zin van artikel 47, lid 1, van verordening nr. 2201/2003.

D – Definitieve bepaling van de dwangsom in het kader van verordening nr. 2201/2003: analoge toepassing van artikel 49 van verordening nr. 44/2001

70. Met zijn vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het bedrag van de dwangsom, voorafgaand aan de tenuitvoerlegging ervan in de aangezochte lidstaat, in een nieuwe rechterlijke beslissing in de lidstaat van herkomst definitief moet worden bepaald door de rechter van deze lidstaat.

71. Uit de mondelinge opmerkingen van de regeringen van Finland en Litouwen komt naar voren dat zij menen dat een dergelijk optreden van de rechter van de lidstaat van herkomst geen nut heeft, omdat de tenuitvoerlegging van de dwangsom in het kader van artikel 47, lid 1, van verordening nr. 2201/2003 in ieder geval onder de nationale regels van de lidstaat van tenuitvoerlegging valt. De Spaanse regering en de Commissie daarentegen betogen in hun opmerkingen dat het ontbreken van een regel als in artikel 49 van verordening nr. 44/2001 in verordening nr. 2201/2003 door analoge toepassing van deze bepaling moet worden gecompenseerd.

72. Ik onderschrijf dit tweede standpunt.

38 — Het lijkt mij dat dit betoog tegenstrijdig is, gelet op het feit dat de Finse regering van mening is dat de dwangsom een integrerend deel vormt van de beslissing inzake het omgangsrecht.

73. Verordening nr. 2201/2003 voorziet inderdaad niet in het vereiste dat de dwangsom definitief wordt vastgesteld; in het onderhavige geval echter, is de analoge toepassing van artikel 49 van verordening nr. 44/2001 een onderzoek waard.³⁹ De wetgever van de Unie behandelt de dwangsom namelijk alleen in het kader van artikel 49 van verordening nr. 44/2001.⁴⁰ Het optreden van de wetgever van de Unie op dit gebied heeft tot gevolg dat de in een lidstaat uitgesproken rechterlijke beslissingen die een veroordeling tot een dwangsom inhouden „in een aangezochte lidstaat slechts ten uitvoer [kunnen] worden gelegd indien het bedrag ervan door de gerechten van de lidstaat van herkomst definitief is bepaald”.⁴¹ Voor de toepassing van dit artikel geldt dus de voorwaarde dat de dwangsom definitief is bepaald.⁴² Met andere woorden: op grond van artikel 49 van verordening nr. 44/2001 kan geen dwangsom worden bepaald in een andere lidstaat dan die waar deze dwangsom is opgelegd.⁴³ Dientengevolge zijn de rechterlijke beslissingen waarbij een dwangsom wordt opgelegd waarvan het bedrag niet „definitief is bepaald” in de lidstaat van herkomst, uitgesloten van de toepassing van het beginsel van vrij verkeer van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, dat overeenkomstig overweging 6 van verordening nr. 44/2001 een van de fundamentele doelstellingen ervan is.

74. Ik ben van mening dat een overeenkomstige toepassing van deze bepaling in het onderhavige geval relevant is. Over een dergelijke toepassing wil ik het volgende opmerken.

75. In de eerste plaats is, zoals ik eerder heb aangegeven, niet in alle lidstaten vereist dat de dwangsom definitief is bepaald.⁴⁴ In de voorafgaande fase waarin de dwangsom definitief wordt bepaald, kunnen in de verschillende nationale rechtsordes dus verschillende regels en procedures gelden, hetgeen in deze zaak het geval is, omdat het Belgische recht geen procedure tot bepaling van de dwangsom kent. Het verschil tussen de nationale rechtsstelsels was juist de reden voor de vaststelling van de regel in

39 — Zie Magnus, U., en Mankowski, P., „Introduction”, *Brussels II bis Regulation*, Magnus, U., en Mankowski, P., (red.), Sellier European Law Publishers, 2012, blz. 32: „[it] ought to be stressed again that it would be foolish to dispose lightly of the treasure contained in the Brussels I regime and the experiences made in that realm. Prospective adventure trips might turn into entertainment journeys where Brussels I has already paved the ways”.

40 — Een aantal auteurs is naar aanleiding van de moeilijkheden met betrekking tot de uitlegging van artikel 49 van verordening nr. 44/2001 inzake het begrip „dwangsom” in de verschillende nationale rechtsstelsels van mening dat dit begrip autonoom moet worden uitgelegd, met een focus op de functie van dit instrument namelijk de veroordeling, of de dreiging van de veroordeling van een partij tot de betaling van een geldsom teneinde een rechterlijke beslissing in burgerlijke en handelszaken te laten naleven. Zie Guinchard, E., „Procédures civiles d'exécution en droit international privé”, Guinchard, S., en Moussa, T., (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 7e druk, 2012, blz. 2172 en 2192.

41 — Deze voorwaarde was neergelegd in artikel 43 van het Executieverdrag. Zie rapport van de heer P. Jenard, op. cit., blz. 54. Deze oplossing was tevens gekozen in het Verdrag van Lugano van 16 september 1988, en is overgenomen in artikel 49 van het [nieuwe] Verdrag van Lugano van 30 oktober 2007 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2007, L 339, blz. 1).

42 — Op deze oplossing is kritiek geuit, met name in het rapport van Hess, B., Pfeiffer, T., en Schlosser, P., op. cit., blz. 271-275, waarin werd gewezen op problemen bij de uitlegging van artikel 49 van verordening nr. 44/2001. Zie tevens Hess, B., Pfeiffer, T. en Schlosser, P., *The Brussels I. Regulation (EC) No 44/2001*, Beck München, 2008, blz. 156-159. In deze lijn luidde artikel 67 van het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerleggingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), [COM(2010) 748 definitief, van 14 december 2010, blz. 271-275], als volgt: „[i]n den vreemde [...] gegeven beslissingen die een veroordeling tot betaling van een dwangsom inhouden, kunnen in de aangezochte lidstaat van tenuitvoerlegging slechts ten uitvoer worden gelegd overeenkomstig de afdelingen 1 of 2, al naar gelang van het geval. Het bevoegde gerecht of de bevoegde autoriteit in de lidstaat van tenuitvoerlegging bepaalt het bedrag ervan indien dat bedrag door de gerechten van de lidstaat van herkomst niet definitief is bepaald.” Zoals de Commissie heeft opgemerkt in haar schriftelijke opmerkingen, is naar aanleiding van onderhandelingen toch geconcludeerd dat de voorwaarde inzake de vaststelling van het definitieve bedrag van de dwangsom het enige concrete middel was waarmee de tenuitvoerlegging van dwangsommen in den vreemde kon worden gewaarborgd. De bepaling is onveranderd overgenomen bij de herschikking van verordening nr. 44/2001. Zie tevens mijn opmerking in de volgende voetnoot.

43 — Zie artikel 55 van verordening nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (PB 2012, L 351, blz. 1). Ook al verschilt de formulering van dit artikel van die van artikel 49 van verordening nr. 44/2001, het vereiste dat de dwangsom definitief wordt bepaald staat in beide artikelen. Zie tevens artikel 66 van verordening nr. 1215/2012: „1. Deze verordening is slechts van toepassing op rechtsvorderingen die zijn ingesteld, authentieke akten die zijn verleden of geregistreerd, en gerechtelijke schikkingen die zijn goedgekeurd of getroffen op of na 10 januari 2015. 2. Niettegenstaande artikel 80 blijft verordening (EG) nr. 44/2001 van toepassing op beslissingen gegeven inzake rechtsvorderingen die zijn ingesteld, op authentieke akten die zijn verleden of geregistreerd, en op gerechtelijke schikkingen die zijn goedgekeurd of getroffen vóór 10 januari 2015 en die onder die verordening vallen.”

44 — Zie punt 42 van de onderhavige conclusie.

artikel 49 van verordening nr. 44/2001.⁴⁵ Meer bepaald komt uit het rapport van Schlosser⁴⁶ naar voren dat deze regel is opgenomen „om de moeilijkheden te ondervangen die in dit verband in het internationale verkeer kunnen voortvloeien uit de tenuitvoerlegging van beslissingen over individuele handelingen, [...] wanneer de gestelde sanctie een ‚astreinte‘ is”.

76. Volgens de Commissie is deze vraag, ofschoon verordening nr. 2201/2003 geen bepaling bevat die vergelijkbaar is met artikel 49 van verordening nr. 44/2001, niet gesteld bij de onderhandelingen of aan de orde gekomen bij de opstelling van verordening nr. 2201/2003. Zoals zij ter terechtzitting heeft opgemerkt, mag hieruit desondanks niet worden afgeleid dat de wetgever de bedoeling had de tenuitvoerlegging van de dwangsom van het toepassingsgebied van deze verordening uit te sluiten.

77. In de tweede plaats merk ik op dat met de overeenkomstige toepassing van artikel 49 van verordening nr. 44/2001 ieder vorm van onderzoek van de juistheid van de beslissing van de rechter van de lidstaat van herkomst, die het gevolg zou kunnen zijn van het optreden van de rechter van de lidstaat van tenuitvoerlegging⁴⁷ en krachtens artikel 26 van verordening nr. 2201/2003 is verboden⁴⁸, wordt voorkomen. Wanneer deze laatste rechter de dwangsom namelijk zodanig gaat inrichten dat alle procedurele elementen die krachtens zijn eigen nationale recht moeten worden nageleefd hierin worden opgenomen, zou hij niet alleen de moeilijkheden ondervinden die in verband staan met de toepassing van procedureregels van een andere rechtsorde, maar bovenal, en dit is het belangrijkste punt, ingaan tegen het stelsel van de tenuitvoerlegging dat is vastgesteld door verordening nr. 2201/2003 en het beginsel van de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissing waarop deze verordening is gebaseerd.⁴⁹ Het lijkt mij dat in dat opzicht tevens moet worden opgemerkt dat uit de overwegingen 2 en 21 van verordening nr. 2201/2003 naar voren komt dat het stelsel van erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen de hoeksteen is van de oprichting van een echte ruimte van recht en uitgaat van het beginsel van wederzijds vertrouwen.

78. Hieraan zou ik daarenboven toevoegen dat, gelet op de bijzondere aard van het omgangsrecht met betrekking tot de praktische uitvoering ervan⁵⁰, het gerecht in de lidstaat van de tenuitvoerlegging ten aanzien van de beslissing inzake het omgangsrecht enkel de bevoegdheid heeft die hem is toegekend krachtens artikel 48 van verordening nr. 2201/2003 betreffende de modaliteiten van uitoefening van dat recht.⁵¹ Deze bepaling biedt het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging namelijk een bepaalde beoordelingsvrijheid, op basis waarvan het kan ingrijpen teneinde de doeltreffende tenuitvoerlegging van het omgangsrecht te waarborgen. Het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging kan de beslissing echter niet op juistheid onderzoeken en mag enkel nagaan of deze beslissing praktische bepalingen bevat betreffende de uitoefening van dat recht en of deze bepalingen voldoende zijn.⁵² In dat verband onderstreept de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen dat de gerechten de prerogatieven die hun worden geboden door artikel 48 van verordening nr. 2201/2003 zouden moeten gebruiken om ervoor te zorgen dat het omgangsrecht altijd mogelijk is en, zo nodig, ten uitvoer kan worden gelegd. Ik ben het daarmee eens.

45 — Zie Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001. Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 4e druk L.G.D.J., 2010, blz. 487.

46 — Op. cit., blz. 132.

47 — Zie McEleavy, P., „Article 48”, *Brussels II bis Regulation*, Magnus, U., en Mankowski, P., (red.), op. cit., blz. 398-402, blz. 399: „It was clear[ly] [...] that courts in the State of enforcement were afforded a limited power through Art. 48 to review the foreign order to assess the modalities of its operation”.

48 — Zie in dat verband tevens artikel 45, lid 2, van verordening nr. 44/2001.

49 — Zie naar analogie, arrest Aguirre Zarraga (C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, punten 69 en 70).

50 — Het omgangsrecht hangt vaak af van externe factoren, zoals de gezondheid van het kind of de afstand tussen de ouder en het kind, die des te meer invloed hebben in een grensoverschrijdende context.

51 — Volgens artikel 48 van verordening nr. 2201/2003, op voorwaarde dat „de noodzakelijke modaliteiten niet of onvoldoende zijn voorzien in de beslissing van de gerechten van de lidstaat die bevoegd zijn ten gronde over de zaak te beslissen, mits de wezenlijke bestanddelen van die beslissing worden geëerbiedigd”.

52 — Zie McEleavy, P., op. cit., blz. 398.

79. In de derde plaats is analoge toepassing van artikel 49 van verordening nr. 44/2001 naar mijn mening geboden als uitzondering op de algemene regel van artikel 41, lid 1, van verordening nr. 2201/2003. Deze regel bepaalt dat een beslissing inzake het omgangsrecht in een andere lidstaat wordt erkend en aldaar uitvoerbaar is „zonder dat een uitvoerbaarverklaring behoeft te worden verkregen en zonder dat men zich tegen de erkenning kan verzetten, indien met betrekking tot die beslissing in de lidstaat van herkomst overeenkomstig lid 2 van dit artikel een certificaat is afgegeven”. Aldus is enkel het gerecht van de lidstaat van herkomst bevoegd tot een eventuele wijziging van het omgangsrecht om, ten eerste, beter rekening te houden met het hogere belang van het kind en, ten tweede, het omgangsrecht aan te passen aan de wijzigingen die zich eventueel hebben voorgedaan. Het gerecht van de lidstaat van tenuitvoerlegging moet zijn beslissing kunnen baseren op een dwangsom waarvan het bedrag definitief is bepaald.

80. In het hoofdgeding moet Bohez derhalve het definitieve bedrag van de dwangsom laten bevestigen door de Belgische rechter, ook al is krachtens het Belgische recht geen enkele afzonderlijke beslissing vereist. In dat verband lijkt het mij nuttig te verwijzen naar de Belgische rechtspraak en de doctrine op dat gebied. Volgens de Belgische rechtspraak wordt het beroep voor de rechter van de lidstaat van herkomst gerechtvaardigd in het licht van verordening nr. 44/2001, ook al kent het Belgische recht geen procedure om de dwangsom definitief te laten bepalen.⁵³ In de Belgische doctrine heerst de mening dat verordening nr. 44/2001 in de context van de „Europese ruimte” voorrang heeft en de Belgische beslagrechter bevoegd is om de dwangsom definitief te bepalen, zelfs indien een tenuitvoerleggingsprocedure niet in België is ingeleid.⁵⁴ In ieder geval zijn de bevoegde autoriteiten van de lidstaat van herkomst bevoegd om de dwangsom definitief te bepalen.

81. In de vierde plaats lijkt mij dat het vereiste dat de dwangsom definitief is bepaald, in het kader van verordening nr. 2201/2003 goed samengaat met een gevoelig onderwerp als gezinsverhoudingen in het algemeen en het omgangsrecht in het bijzonder. Artikel 24, lid 3, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt dat het „kind [...] het recht [heeft], regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist”.⁵⁵ In dat verband komt uit overweging 2 van verordening nr. 2201/2003 naar voren dat het omgangsrecht als prioritair wordt aangemerkt. Het is ter bescherming van de rechten van het kind dus van fundamenteel belang dat beide ouders hun omgangsrecht daadwerkelijk kunnen uitoefenen, hetgeen juist het doel is van iedere dwangsom.

82. In deze context kan door de overeenkomstige toepassing van artikel 49 van verordening nr. 44/2001 rechterlijk toezicht worden uitgeoefend op de door de crediteur gestelde gebreken in de nakoming van de hoofdverplichting. Dit toezicht is van kapitaal belang om beter tegemoet te komen aan het hogere belang van het kind. Dit vooronderstelt namelijk dat de rechter van de lidstaat van herkomst niet alleen vaststelt hoe vaak het kind afwezig is geweest, maar ook de redenen hiervoor, bijvoorbeeld of deze verband houden met een ongeval, de gezondheid van het kind of een ouder, de weigering van een adolescent om contact te onderhouden met de ouder die niet het gezag heeft, of met economische problemen van de ouders.

53 — Zie de beschikking van 17 september 2003 van de president van de rechtbank van eerste aanleg te Luik: „[...] het betreft een preventief beroep dat ontvankelijk is in het geval uit het gedrag van de debiteur duidelijk blijkt dat hij betwist dat de dwangsom verschuldigd is. Daarenboven vereist artikel 49 van verordening EG nr. 44/2001 [...], dat het bedrag van de dwangsom vooraf wordt vastgesteld, hetgeen in het licht van de verordening rechtvaardigt dat voor een rechter van de lidstaat van herkomst beroep wordt ingesteld, ook al voorziet de Benelux verordening niet in een procedure om de dwangsom definitief te bepalen.”

54 — Zie de Leval, G., en van Compernelle, J., *Saisies et astreinte*, Édition de la Formation permanente CUP – Oktober 2003, Universiteit van Luik, blz. 272, en van Compernelle, J., op. cit., blz. 47: „Anders dan is bepaald in de ruimte van de Benelux, is het in de Europese ruimte noodzakelijk dat men zich opnieuw tot een rechter in de lidstaat van herkomst wendt ter verkrijging van een nieuwe titel waarbij de dwangsom definitief wordt bepaald en op basis waarvan een procedure ter gedwongen invordering kan plaatsvinden. De Europese verordening heeft dus voorrang en de beslagrechter is bevoegd de dwangsom definitief te bepalen, ook al is geen procedure tot tenuitvoerlegging ingeleid.”

55 — Zie overweging 33 van verordening n° 2201/2003. Zie ook Lenaerts, K., „The Interpretation of the Brussels II Bis Regulation by the European Court of Justice”, *En hommage à Albert Weitzel – L'Europe des droits fondamentaux, Sous la direction de Luc Weitzel*, Pedone A., 2013, blz. 129-152, blz. 132: „The Regulation must be interpreted in compliance with the fundamental rights of the child concerned, notably with Articles 7 and 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”.

83. Tot slot moeten, zoals naar voren komt uit punt 79 van deze conclusie, de twee betrokken gerechten, indien een dwangsom is opgelegd bij een beslissing inzake het omgangsrecht en de tenuitvoerlegging ervan wordt verzocht in een andere lidstaat, in het hogere belang van het kind samenwerken om te waarborgen dat met alle gegevens van de zaak rekening wordt gehouden. Hiertoe kunnen zij gebruik maken van hun prerogatieven krachtens artikel 48 van verordening nr. 2201/2003. Een dergelijke samenwerking impliceert dat bevoegdheden en verantwoordelijkheden worden gedeeld tussen de rechter van de lidstaat van herkomst en de rechter van de lidstaat van tenuitvoerlegging teneinde het kind de bescherming te bieden die het wordt toegekend door het Unierecht. De betrokken gerechten moeten in de eerste plaats rekening houden met het hogere belang van het kind.⁵⁶

84. Gelet op het voorgaande ben ik derhalve van mening dat voor de dwangsom, voorafgaand aan de tenuitvoerlegging in de aangezochte lidstaat, een nieuwe rechterlijke beslissing moet worden gegeven in de lidstaat van herkomst, zodat het bedrag ervan definitief wordt bepaald door de rechter van deze lidstaat.

85. Gelet op het antwoord op de derde en de vierde vraag behoeft de vijfde vraag van de verwijzende rechter niet te worden beantwoord.

V – Conclusie

86. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de door de Korkein oikeus gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

- „1) Een rechterlijke beslissing die in een lidstaat is gegeven en waarbij een dwangsom is opgelegd ter waarborging van de naleving van een omgangsrecht, is niet vatbaar voor tenuitvoerlegging in een andere lidstaat op grond van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.
- 2) Een dwangsom die integrerend deel uitmaakt van de beslissing inzake het omgangsrecht, zoals in het hoofdgeding aan de orde is, is uit dien hoofde rechtstreeks uitvoerbaar op basis 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, en kan niet worden beschouwd als een maatregel van tenuitvoerlegging die valt binnen de procedure van tenuitvoerlegging in de zin van artikel 47, lid 1, van die verordening.
- 3) Voorafgaand aan de tenuitvoerlegging in de aangezochte lidstaat, moet voor de dwangsom een nieuwe rechterlijke beslissing worden gegeven in de lidstaat van herkomst, zodat het bedrag ervan definitief wordt bepaald door de rechter van deze lidstaat.”

56 — Zie Lenaerts, K., op. cit., blz. 151: „When interpreting the provisions of the Brussels II bis Regulation relating to matters of parental responsibility, the ECJ always takes into account the best interests of the child”.