



Datum van
inontvangstneming

:

08/03/2023

Zaak C-35/23

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

25 januari 2023

Verwijzende rechter:

Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

16 januari 2023

Verzoekende partij en appellant:

Vader

Verwerende partij en geïntimeerde:

Moeder

[OMISSIS]

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESLISSING

In de familierechtelijke zaak

betreffende het ouderlijk gezag over L

tussen:

1. kind L, woonachtig in PL,
2. advocaat,
vertegenwoordiger ad hoc van de minderjarige,
3. vader, verzoeker en appellant, woonachtig in CH

[OMISSIS]

4. moeder, verweerster en geïntimeerde, woonachtig in PL

heeft [OMISSIS] [naam van de Senat] [het Oberlandesgericht] Frankfurt am Main (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Hessen, Duitsland) [OMISSIS] [korte beschrijving van het verloop van de procedure]

op 16 januari 2023 beslist als volgt:

I.

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

II.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof”) wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen met betrekking tot de uitlegging van de artikelen 10 en 11 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 (hierna: „Brussel II bis-verordening”):

In hoeverre is het regelgevingsmechanisme in de artikelen 10 en 11 van de Brussel II bis-verordening beperkt tot procedures tussen lidstaten van de Europese Unie onderling?

Meer bepaald:

1. Vindt artikel 10 van de Brussel II bis-verordening toepassing, met als gevolg dat de gerechten van de staat bevoegd blijven waar de laatste verblijfplaats was, indien het kind vóór de overbrenging zijn gewone verblijfplaats in een lidstaat van de Europese Unie (Duitsland) had en de teruggeleidingsprocedure op grond van het Haags Kinderontvoeringsverdrag tussen een lidstaat van de Europese Unie (Polen) en een derde staat (Zwitserland) is gevoerd en de terugkeer van het kind in die procedure is geweigerd?

Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

2. Welke eisen moeten in het kader van artikel 10, onder b), i), van de Brussel II bis-verordening worden gesteld om aan te tonen dat de gerechten bevoegd blijven?

3. Is artikel 11, leden 6 tot en met 8, van de Brussel II bis-verordening ook van toepassing in het geval van een teruggeleidingsprocedure op grond van het Haags Kinderontvoeringsverdrag tussen een derde staat en een lidstaat van de Europese Unie als land van toevlucht, indien het kind vóór de overbrenging zijn gewone verblijfplaats in een andere lidstaat van de Europese Unie had?

Motivering:

I.

Het geding betreft vragen over de werkingssfeer van de artikelen 10 en 11 van de Brussel II bis-verordening.

De ouders van het kind zijn op 7 maart 2013 in Frankfurt am Main (Duitsland) gehuwd. De vader bezit de Duitse, de moeder de Poolse nationaliteit. De ouders van het kind woonden aanvankelijk samen in Frankfurt am Main (Duitsland). Op 29 juni 2013 is de vader voor zijn werk naar Zwitserland verhuisd.

Het gezamenlijk kind L, dat de Duitse en inmiddels ook de Poolse nationaliteit heeft, is op 12 november 2014 in X (Zwitserland) geboren en woonde van januari 2015 tot begin april 2016 bij de moeder in Frankfurt am Main (Duitsland).

De vader bezocht de moeder en het kind regelmatig in Duitsland en ze brachten samen vakanties door. Op 11 mei 2015 heeft het Amt für Migration (migratiedienst) het verzoek tot gezinshereniging van de vader goedgekeurd. De moeder heeft toestemming tot verblijf voor bepaalde tijd in Zwitserland gekregen, die tot en met 31 december 2019 geldig was.

Op 9 april 2016 is de moeder met L naar Polen verhuisd. Daarbij heeft de moeder het hele gezin in Frankfurt [am Main] (Duitsland) uitgeschreven en het adres van de vader in Zwitserland aangegeven. In de zomer van 2016 solliciteerde de moeder naar functies in Zwitserland. Sinds november 2016 werkt de moeder in Polen voor Zurich Insurance.

Aanvankelijk bracht de vader bezoeken aan Polen. Vanaf 17 april 2017 heeft de moeder de vader de omgang met hun gezamenlijke dochter ontzegd en de dochter zonder toestemming van de vader bij een kinderdagverblijf in Polen aangemeld. Eind mei 2017 heeft de moeder de vader meegedeeld dat zij met de dochter in Polen blijft.

Bij verzoek van 7 juli 2017 heeft de vader via de Zwitserse centrale autoriteit, het Bundesamt für Justiz in Bern (federale autoriteit van justitie Bern, Zwitserland), een verzoek tot terugkeer van het kind naar Zwitserland ingediend. Dit verzoek is bij beslissing van 8 december 2017 van de Sąd Rejonowy (rechter in eerste aanleg) te Krakau (Polen) afgewezen omdat de vader voor onbepaalde tijd toestemming heeft gegeven voor de verhuizing van de moeder met L naar Polen. Tevens heeft de rechter bevestigd dat er in geval van een terugkeer in de zin van artikel 13, eerste alinea, onder b), van het Haags Kinderontvoeringsverdrag (hierna: „Haags Verdrag”) een ernstig risico bestaat voor het welzijn van het kind. De vader heeft toegegeven dat hij (eenmalig) geweld tegen de moeder heeft gebruikt. Het door de vader tegen deze beslissing ingestelde hoger beroep is bij beslissing van de Sąd Okręgowy (rechter in tweede aanleg) te Krakau van 17 april 2018 verworpen (XII Ca 168/18).

Bij verzoekschrift van 27 september 2017 heeft de moeder in Polen een echtscheidingsprocedure ingeleid. In oktober 2017 heeft de moeder L uitgeschreven bij de gemeente X in Zwitserland.

Bij beslissing van 5 juni 2018 heeft de Sąd Okręgowy te Krakau het ouderlijk gezag over het gezamenlijk kind voorlopig aan de moeder toegewezen en de onderhoudsplicht van de vader vastgesteld.

Een verzoek tot terugkeer van het kind op grond van het Haags Verdrag, dat op 29 juni 2018 bij het Bundesamt für Justiz (federale dienst voor justitie) in Bonn (Duitsland) is ingediend, is door de vader niet gehandhaafd.

In de hier aan de orde zijnde procedure heeft de vader bij verzoekschrift van 12 juli 2018, ingekomen bij het Amtsgericht Frankfurt am Main (rechter in eerste aanleg Frankfurt am Main, Duitsland) op 13 juli 2018, in punt I verzocht om toewijzing van het exclusieve ouderlijke gezag over het kind en subsidiair om toekenning van het recht om de verblijfplaats van het kind te bepalen.

Voorts heeft de vader in punt II verzocht om de moeder te gelasten het kind vanaf de inwerkingtreding van de beslissing naar de vader in Zwitserland terug te brengen.

De vader voert aan dat de ouders van het kind in het voorjaar van 2015 zijn overeengekomen om in de toekomst met L in Zwitserland te gaan wonen. In april 2016 heeft de moeder besloten om tijdelijk naar haar ouders in Polen te gaan om hen bij de bouw van een huis te helpen. De vader heeft hiermee ingestemd, maar de periode uitdrukkelijk beperkt tot twee jaar, maximaal drie jaar. Het kind moest in ieder geval uiterlijk vanaf november 2017 in Zwitserland naar het kinderdagverblijf gaan.

De moeder heeft zich tegen het verzoek verzet.

De moeder voert aan dat de vader heeft ingestemd met de verhuizing naar Polen en daar aan de aanvraag van het Poolse paspoort heeft meegewerkt. Zij hadden niet afgesproken dat de verhuizing naar Polen tijdelijk is en er bestond ook geen overeenstemming over een verhuizing naar Zwitserland.

In eerste aanleg is de vader op 9 mei 2019 gehoord. De moeder, die eveneens was opgeroepen en bij brief van 19 april 2019 vooraf had verzocht om in het kader van de rechtshulp te worden gehoord, verscheen niet op deze terechtzitting.

Tijdens die terechtzitting heeft de vader verklaard dat de ouders in het kader van een telefoongesprek op 29 januari 2016 hadden besproken dat L maximaal twee tot drie jaar in Polen blijft en in elk geval in Zwitserland naar het kinderdagverblijf moet gaan.

Bij beslissing van 3 juni 2019, betekend op 7 juni 2019, heeft het Amtsgericht het verzoek van de vader tot toewijzing van het ouderlijk gezag afgewezen.

In zijn motivering geeft de rechter aan dat het aangezochte gerecht niet internationaal bevoegd is. De vader heeft niet aangetoond dat er concreet is overeengekomen dat de moeder en het kind tijdelijk in Polen zouden verblijven. De informatie van verzoeker over de mondelinge bespreking van 9 mei 2019 is in tegenspraak met zijn eerdere uiteenzettingen in de memorie van 3 augustus 2018, waaruit blijkt dat de ouders nog in mei 2017 zonder resultaat over de duur van het verblijf in Polen hadden gesproken.

Volgens de vader is het Amtsgericht Frankfurt am Main krachtens artikel 11, lid 6, gelezen in samenhang met artikel 7, en artikel 10 van de Brussel II bis-verordening bevoegd. De Sąd Rejonowy te Krakau heeft in zijn beslissing van 8 december 2017 vastgesteld dat de woonplaats van het kind vóór de verhuizing naar Polen niet in Zwitserland was omdat het kind met de moeder in Duitsland woonde.

De vader is van mening dat de voor procedures op grond van het Haags Verdrag geldende beginselen, volgens welke de persoon die zich tegen de terugkeer van het kind verzet, moet aantonen dat degene die het (gezamenlijke) gezag over het kind had, in de overbrenging of het niet doen terugkeren had toegestemd of naderhand hierin had berust, ook in casu van toepassing waren. De moeder heeft niet aangetoond dat de toestemming voor onbepaalde tijd is gegeven.

Voorts stelt de vader dat de toewijzing van het ouderlijk gezag aan de vader het meest in het belang van het kind zou zijn. Door eigenmachtig te handelen heeft de moeder de rechten van de vader met gezag in de praktijk terzijde geschoven en dus niet in het belang van het kind gehandeld. De vader verwijst in dit verband ook naar de voor procedures op grond van het Haags Verdrag geldende beginselen.

Met het beroep, ingekomen bij het Amtsgericht [Frankfurt am Main] op 8 juli 2019, handhaaft de vader zijn verzoek in eerste aanleg.

De moeder concludeert tot verwerping van het beroep.

De Senat heeft de vader er herhaaldelijk op gewezen dat zijn beroep geen kans van slagen heeft omdat zelfs indien het gerecht internationaal bevoegd zou zijn, er niet van kan worden uitgegaan dat het belang van het kind het beste is gediend met de toewijzing van het ouderlijk gezag aan de vader [§ 1671 Bürgerliches Gesetzbuch (Duits burgerlijk wetboek; hierna: „BGB”)].

Ook heeft de Senat de vader erop gewezen dat naar zijn oordeel de toepassing van artikel 10 van de Brussel II bis-verordening tot onderlinge betrekkingen tussen de lidstaten van de Europese Unie beperkt is en de procedure tussen Polen en Zwitserland niet de gevolgen van artikel 10 van die verordening kan teweegbrengen.

De vader stelt voor om het Hof in Luxemburg te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

[OMISSIS]

[vragen die volgens de vader dienen te worden opgehelderd; gedeeltelijk opgenomen in de uitsluitend relevante prejudiciële vragen].

In 2022 had de vader omgang met het kind in Polen op basis van een daar getroffen gerechtelijke regeling.

II.

1. Internationale bevoegdheid

De internationale bevoegdheid van de Duitse gerechten vloeit voor procedures betreffende het ouderlijk gezag die vóór 1 augustus 2022 zijn ingeleid, in beginsel voort uit artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening, onder voorbehoud van de regelingen in de artikelen 9, 10 en 12 (artikel 8, lid 2, van de Brussel II bis-verordening). De nieuwe verordening (EG) 2019/1111 van 25 juni 2019 (hierna: „Brussel II ter-verordening”) is slechts van toepassing op procedures die na 1 augustus 2022 zijn ingesteld (artikel 100, lid 1, Brussel II ter-verordening). Op de onderhavige procedure blijft de Brussel II bis-verordening van toepassing, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 2201/2003 (artikel 100, lid 2, Brussel II ter-verordening).

Het beslissende aanknopingspunt voor de internationale bevoegdheid is volgens artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening de gewone verblijfplaats van het kind (onder a), voor zover geen andere regelingen van toepassing zijn die voorrang hebben (in casu artikel 10 van de Brussel II bis-verordening).

a. Artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening

Volgens artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening zijn ter zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid de gerechten van de lidstaat op het grondgebied bevoegd waarvan het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak aanhangig wordt gemaakt.

De gewone verblijfplaats moet worden bepaald op basis van het geheel van feitelijke omstandigheden die eigen zijn aan elke zaak, afhankelijk van de integratie in een sociale en familiale omgeving als centrum van de belangen van het kind. Daartoe moet rekening worden gehouden met de duur, de regelmatigheid en de omstandigheden van het verblijf op het grondgebied van een lidstaat (arresten van 2 april 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225, punten 42 en 44; 22 december 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punt 47, en 8 juni 2017, OL, C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 42).

L woont sinds april 2016 met haar moeder in Polen en ging daar sinds april/mei 2017 naar het kinderdagverblijf.

Op het tijdstip dat de zaak in juli 2018 aanhangig is gemaakt, had L haar gewone verblijfplaats in Polen, zodat de bevoegdheid van de Duitse gerechten niet kan worden gebaseerd op artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening.

b. Bevoegdheid in gevallen van kinderontvoering

Artikel 10 van de Brussel II bis-verordening bevat een verdergaande bepaling betreffende de bevoegdheid voor gevallen van het ongeoorloofd overbrengen of niet doen terugkeren van een kind. In deze gevallen blijft de internationale bevoegdheid van de staat van de vorige gewone verblijfplaats bestaan, zelfs indien het kind een nieuwe gewone verblijfplaats in een andere staat verkrijgt, tenzij aan bijzondere voorwaarden wordt voldaan.

Daarvoor zou eerst artikel 10 van de Brussel II bis-verordening in casu van toepassing moeten zijn.

Volgens de bewoordingen van artikel 10 van de Brussel II bis-verordening („lidstaat”) is de toepassing van de regel beperkt tot onderlinge betrekkingen tussen de lidstaten waarvoor die verordening bindend is. Het Hof heeft in dit verband gepreciseerd dat de omstandigheid dat in artikel 10 van de Brussel II bis-verordening de term „lidstaat” en niet „staat” of „derde staat” wordt gebezigd en dat de attributie van bevoegdheid daarin afhankelijk wordt gesteld van de huidige of vroegere gewone verblijfplaats „in een lidstaat”, zonder dat wordt gerept van de mogelijkheid dat een verblijfplaats op het grondgebied van een derde staat is verkregen, erop duidt dat dit artikel uitsluitend de bevoegdheid in geval van kinderontvoering tussen lidstaten regelt (arrest van 24 maart 2021, MCP, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, punten 38-40).

Volgens de vader is aan deze voorwaarde voldaan omdat de onderhavige procedure wordt gevoerd tussen Duitsland en Polen en dus twee lidstaten van de Europese Unie waarvoor de Brussel II bis-verordening bindend is. L woonde met haar moeder in Frankfurt [am Main, Duitsland] en had bijgevolg haar gewone verblijfplaats in Duitsland.

De Senat volgt dit standpunt niet, maar ziet de toepassing van de artikelen 10 en 11 van de Brussel II bis-verordening in de context van de uitvoering van een teruggeleidingsprocedure op grond van het Haags Verdrag. Artikel 11 van de Brussel II bis-verordening bevat aanvullende procedureregels die van toepassing zijn op teruggeleidingsprocedures op grond van het Haags Verdrag, wanneer zowel het land van herkomst als het land van toevlucht lidstaten van de Europese Unie zijn of deze door de Brussel II bis-verordening zijn gebonden [OMISSIS] [verwijzing naar de juridische literatuur]. De bepalingen van de artikelen 10 en 11 van de Brussel II bis-verordening versterken enerzijds het terugkeermechanisme van het Haags Verdrag door de toepassing van de uitzonderingen te beperken en aan de tenuitvoerlegging van de terugkeerbeslissing voorrang toe te kennen, maar daartegenover staan bijzondere bepalingen voor de versnelling en het horen van

partijen alsmede verplichtingen inzake de bescherming en informatieverstrekking ten opzichte van de betrokken partijen.

Het Hof heeft in zijn arrest van 24 maart 2021, C-603/20 PPU, betreffende de uitlegging van artikel 10 van verordening (EG) nr. 2201/2003 (meer specifiek: de bepaling van de verblijfsplaats in gevallen van kinderontvoering) geoordeeld dat bij de uitlegging van een bepaling van het Unierecht niet alleen rekening dient te worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt (arrest van 24 maart 2021, MCP, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, punt 37). Betreffende de uitlegging van artikel 10 van Brussel II bis-verordening volgt uit de bewoordingen van het artikel en uit de uitlegging die daaraan wordt gegeven in de door de Europese Commissie gepubliceerde praktijkgids voor de toepassing van verordening nr. 2201/2003 duidelijk dat de regel alleen betrekking heeft op bevoegdheidsgeschillen tussen de lidstaten en niet op bevoegdheidsgeschillen tussen een lidstaat en een derde staat (arrest van 24 maart 2021, MCP, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, punt 29). Het Hof heeft tevens benadrukt dat aan een bijzondere bevoegdheidsregel een strikte uitlegging moet worden gegeven, die niet verder gaat dan de uitdrukkelijk in de betrokken verordening vermelde gevallen, of hierbij niet slechts een deel van de bewoordingen ervan in aanmerking mag worden genomen en los van de rest mag worden toegepast (arrest van 24 maart 2021, MCP, C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, punten 47 en 48).

Volgens de Senat mogen de bepalingen in de artikelen 10 en 11 van de Brussel II bis-verordening dan ook niet los van elkaar worden gezien.

In het kader van de terugleidingsprocedure, die op verzoek van de vader op 7 juli 2017 via het Bundesamt für Justiz in Bern (Zwitserland) is ingeleid met het oog op de terugkeer van het kind naar Zwitserland, waren de vereisten van artikel 11 van de Brussel II bis-verordening voor de uitvoering van procedures op grond van het Haags Verdrag niet van toepassing omdat Zwitserland niet door de Brussel II bis-verordening gebonden is. Na de afwijzing van het verzoek tot terugkeer bestond er voor de rechter in Polen dan ook geen aanleiding om op grond van artikel 11, leden 6 en 7, van de Brussel II bis-verordening op te treden en de gerechten of de centrale autoriteit in Duitsland op de hoogte te stellen van de afwijzende beslissing.

Het tweede verzoek tot terugkeer, dat de vader kort vóór de inleiding van de onderhavige procedure bij het Bundesamt für Justiz in Bonn (Duitsland) heeft ingediend, kan niet tot gevolg hebben dat het gerecht op grond van artikel 10 van de Brussel II bis-verordening bevoegd blijft, aangezien deze procedure niet wordt voortgezet. In dit verband is de ontvangst van een verzoek door het gerecht beslissend. Volgens de informatie van de vader is in Polen geen andere terugleidingsprocedure ingeleid.

Bovendien lijkt het in beginsel twijfelachtig dat een tweede verzoek op grond van het Haags Verdrag ontvankelijk is, aangezien door de definitieve beslissing van de

rechter in tweede aanleg in Polen waarschijnlijk geen nieuwe procedure op grond van het Haags Verdrag over dezelfde zaak mag worden ingeleid. In de beslissingen van de Poolse gerechten wordt ook ingegaan op de kwestie van het ongeoorloofd niet doen terugkeren van het kind.

2. Toepassing van artikel 10 van de Brussel II bis-verordening

Indien artikel 10 van de Brussel II bis-verordening in beginsel ook op de in casu aan de orde zijnde situatie van toepassing is, is er slechts sprake van een wijziging van de bevoegdheid (bij gebreke van instemming van de twee personen die het gezagsrecht bezitten, onder a), wanneer het kind een nieuwe gewone verblijfplaats heeft verkregen, ten minste één jaar in die andere lidstaat verblijft, in de nieuwe omgeving geworteld is en aan één van de onder b), onder i) tot en met iv), genoemde voorwaarden is voldaan. In casu is de bepaling onder i) relevant volgens die het gerecht niet bevoegd blijft indien binnen één jaar nadat de persoon die het gezagsrecht bezit, kennis heeft gekregen of had moeten krijgen van de verblijfplaats van het kind, geen verzoek tot terugkeer van het kind is ingediend bij de bevoegde autoriteiten van de lidstaat waarheen het kind is overgebracht of waar het ongeoorloofd wordt vastgehouden [artikel 10, onder b), onder i), van de Brussel II bis-verordening].

De vader moest bijgevolg het verzoek tot terugkeer binnen één jaar indienen nadat hij kennis heeft gekregen van de ongeoorloofdheid dan wel of er sprake was van de ongeoorloofdheid, om te waarborgen dat de Duitse gerechten internationaal bevoegd blijven.

De vader stelt dat hij toestemming voor een tijdelijk verblijf van de moeder met L in Polen heeft gegeven. Na het verstrijken van deze termijn is de moeder in strijd met de door de vader aangevoerde afspraak niet met L naar Zwitserland verhuisd.

In dit verband voert de vader aan dat het kind uiterlijk sinds 24 mei 2017 (eerste dag op het kinderdagverblijf) ongeoorloofd in Polen wordt vastgehouden. De vader stelt verder dat de ouders hadden afgesproken dat het kind vanaf november 2017 naar een kinderdagverblijf in Zwitserland zou gaan.

Het verzoek tot toewijzing van het gezag van de vader is op 13 juli 2018 bij het Amtsgericht ingekomen. De termijn van één jaar als bedoeld in artikel 10, onder b), onder i), van de Brussel II bis-verordening zou alleen in acht zijn genomen indien moet worden uitgegaan van het latere tijdstip, namelijk de eerste dag op het kinderdagverblijf. Indien men het betoog in de teruggeleidingsprocedure volgt (ongeoorloofdheid door de aanmelding voor het kinderdagverblijf vanaf mei 2017), zou het verzoek niet binnen de termijn van één jaar als bedoeld in artikel 10, onder b), onder i), van de Brussel II bis-verordening zijn ontvangen.

De vraag is hier of de vader als gevolg van de procedure op grond van het Haags Verdrag in Polen geen verdere uiteenzettingen meer mag indienen dan wel of in het kader van artikel 10 van de Brussel II bis-verordening ook een later

begintijdstip in aanmerking kan worden genomen. In dat geval zou na afloop van de teruggeleidingsprocedure het tijdstip voor de aanvang van de termijn van één jaar kunnen worden uitgesteld, hetgeen uiteindelijk niet strookt met de intentie om in het belang van het kind zo snel mogelijk duidelijkheid over het gezagsrecht te verkrijgen.

Tussen de ouders is nog steeds in geding of zij overeengekomen zijn dat het verblijf van de moeder en het kind in Polen tijdelijk is. De moeder ontkent dat dit was afgesproken.

Wat de kwestie van de stelplicht en de bewijslast betreft, verwijst de vader naar de beginselen die voor het bewijs van instemming of een overeenkomst in procedures op grond van het Haags Verdrag gelden, volgens welke de ouder die zich tegen de terugkeer verzet, moet aantonen dat de verzoeker in de overbrenging had toegestemd of hierin (naderhand) heeft berust [zie artikel 13, eerste alinea, onder a), Haags Verdrag].

Volgens de Senat kunnen de in een procedure op grond van het Haags Verdrag geldende bijzondere regels inzake de bewijslast niet in casu worden toegepast. Het voorwerp van de onderhavige procedure is niet de terugkeer van het kind in het kader van de procedure op grond van het Haags Verdrag, maar een verzoek tot toewijzing van het ouderlijk gezag waarop de procesregels van toepassing zijn die in het algemeen voor gezagsprocedures gelden. De voorwaarden van artikel 10 van de Brussel II bis-verordening moeten zelfstandig worden beoordeeld door de gerechten in de voormalige staat van verblijf (arrest van 22 december 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punten 62 e.v.). De beslissing over het verzoek tot terugkeer op grond van het Haags Verdrag is in de nieuwe staat van verblijf niet bindend. In dit verband geldt het beginsel van ambtshalve onderzoek van § 26 van het Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (wet inzake procedures in familie zaken en inzake vrijwillige toepassing), dat ook inhoudt dat de internationale bevoegdheid ambtshalve moet worden onderzocht [beslissing van 17 februari 2010 – XII ZB 68/09 – van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) (OMISSIS) (verwijzing naar juridisch vaktijdschrift)]. In een verzoekschriftprocedure, zoals het onderhavige verzoek tot toewijzing van het ouderlijk gezag krachtens § 1671 BGB, rust op de betrokken partijen een zekere bewijslast voor de voor hen gunstige feiten. Tegenstrijdigheden in het betoog van de vader moeten daarom door de rechter ook dienovereenkomstig worden meegewogen.

3. Toepassing van artikel 11, lid 8, van de Brussel II bis-verordening

Volgens de bepalingen van artikel 11, leden 6 tot en met 8, van de Brussel II bis-verordening moet in geval van de niet-terugkeer van het kind in de procedure op grond van het Haags Verdrag ingevolge artikel 13 van dat verdrag een gezagsprocedure in de voormalige staat van verblijf worden ingeleid. Met name beslissingen over het ouderlijk gezag die na de niet-terugkeer van het kind in de

procedure op grond van het Haags Verdrag binnen de werkingssfeer van artikel 11 van de Brussel II bis-verordening zijn gegeven en de overbrenging (terugkeer) van het kind betreffen, zijn volgens artikel 11, lid 8, en artikel 40, lid 1, onder b), van de Brussel II bis-verordening, gelezen in samenhang met artikel 42 van die verordening, met voorrang uitvoerbaar.

De vader is van mening dat een beslissing van de Senat over het ouderlijk gezag waarin de terugkeer van het kind wordt gelast, onder artikel 11, lid 8, van de Brussel II bis-verordening valt en dus onder de regels inzake de geprivilegieerde tenuitvoerlegging.

Naar het oordeel van de Senat moet voor de toepassing van artikel 10, leden 6 tot en met 8, van de Brussel II bis-verordening evenwel een procedure op grond van het Haags Verdrag tussen twee door de Brussel II bis-verordening gebonden lidstaten zijn gevoerd, zodat artikel 11, lid 8, van die verordening in casu niet van toepassing is. Het doel van artikel 11, lid 8, van de Brussel II bis-verordening is de uitvoering van beslissingen over het gezagsrecht te vergemakkelijken die na procedures op grond van het Haags Verdrag zijn gegeven, waarvoor de specifieke vereisten in artikel 11, leden 2 tot en met 5, van de Brussel II bis-verordening gelden. Zoals reeds uiteengezet, viel de teruggeleidingsprocedure tussen Zwitserland en Polen niet binnen de werkingssfeer van de Brussel II bis-verordening. Beslissend is hier niet de woonplaats van de vader, maar de kwestie van de wederzijdse binding en verplichting van de staten door de Brussel II bis-verordening.

[OMISSIS]

[OMISSIS]

[handtekeningen, waarmede]