STANDPUNTBEPALING VAN ADVOCAAT-GENERAAL N. JÄÄSKINEN van 22 september 2010[1]

I — Inleiding

1. Met de onderhavige prejudiciële procedure wordt het Hof verzocht om zich uit te spreken over de uitlegging van verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000[2], ook „verordening Brussel II bis" genoemd.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een beroep dat is ingesteld bij de Supreme Court (Ierland) door McB., vader van drie kinderen[3], tegen de beslissing van de High Court (Ierland) van 28 april 2010 strekkende tot afwijzing van zijn verzoek om een beslissing of verklaring waarbij wordt vastgesteld dat de overbrenging van de kinderen naar het Verenigd Koninkrijk in de maand juli 2009 door E., hun moeder, ongeoorloofd is in de zin van artikel 2, punt 11, van verordening nr. 2201/2003 en dat de vader van de kinderen op het moment van die overbrenging een gezagsrecht had. McB. is niet met E. gehuwd en dat ook nooit geweest. Er is geen rechterlijke beslissing waarbij hem het gezagsrecht in de zin van verordening nr. 2201/2003 met betrekking tot hun gemeenschappelijke kinderen wordt toegekend.

3. Deze kwestie is aan de Ierse rechterlijke instanties voorgelegd, omdat de Engelse rechter tot wie de vader zich heeft gewend om de terugkeer van de kinderen te verkrijgen [de High Court of Justice of England and Wales, Family Division (Verenigd Koninkrijk)] hem op grond van artikel 15 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen[4] heeft verzocht een beslissing van de bevoegde autoriteiten van de gewone verblijfplaats van de kinderen, Ierland, over te leggen, waarin wordt vastgesteld dat de overbrenging ongeoorloofd was.

4. Naar Iers recht heeft de vader van de buitenhuwelijkse kinderen niet van rechtswege een gezagsrecht, maar kan hij dat verkrijgen op basis van een rechterlijke beslissing. Het feit dat de ouders ongehuwd hebben samengeleefd en dat de vader actief aan de opvoeding van het kind heeft bijgedragen, zoals in

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 338, blz. 1.

3 — De vertegenwoordiger van McB. heeft ter terechtzitting aangegeven dat deze in de geboorteakte van het eerste kind als vader wordt aangeduid, maar niet in de geboorteakten van de twee andere gemeenschappelijke kinderen van McB. en E. Het vaderschap van de drie kinderen lijkt mijns inziens door partijen echter niet te worden betwist.

4 — Hierna: „Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980".

casu, geeft hem dit recht niet. De prejudiciële vraag heeft betrekking op de vraag of verordening nr. 2201/2003, eventueel uitgelegd overeenkomstig artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie [5], zich ertegen verzet dat het Ierse recht het gezagsrecht van de vader van buitenhuwelijkse kinderen afhankelijk stelt van een dergelijke beslissing.

II — Rechtskader

A — *Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*

5. Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [6] (hierna: „EVRM") luidt als volgt:

„Recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven

1. Eenieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

B — *Het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980*

6. Artikel 1 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 bepaalt het volgende:

„Dit verdrag heeft tot doel:

a) de onmiddellijke terugkeer te verzekeren van kinderen die ongeoorloofd zijn overgebracht of worden vastgehouden in een verdragsluitende staat;

b) het in een verdragsluitende staat bestaande recht betreffende het gezag en het omgangsrecht in de andere verdragsluitende staten daadwerkelijk te doen eerbiedigen."

5 — Afgekondigd te Nice op 7 december 2000 (PB C 364, blz. 1), bij de vaststelling van het Verdrag van Lissabon (PB 2007, C 303, blz. 1) gewijzigd en dwingende juridische werking gekregen; hierna: „handvest".

6 — Ondertekend te Rome op 4 november 1950.

7. Artikel 3 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 voorziet in het volgende:

„Het overbrengen of het niet doen terugkeren van een kind wordt als ongeoorloofd beschouwd, wanneer:

a) dit geschiedt in strijd met een gezagsrecht, dat is toegekend aan een persoon, een instelling of enig ander lichaam, alleen of gezamenlijk, ingevolge het recht van de staat waarin het kind onmiddellijk vóór zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had; en

b) dit recht alleen of gezamenlijk daadwerkelijk werd uitgeoefend op het tijdstip van het overbrengen of het niet doen terugkeren, dan wel zou zijn uitgeoefend, indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden.

Het sub a bedoelde gezagsrecht kan in het bijzonder voortvloeien uit een toekenning van rechtswege, een rechterlijke of administratieve beslissing of een overeenkomst die geldig is ingevolge het recht van die staat."

8. Artikel 4 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 luidt:

„Het verdrag is van toepassing op ieder kind dat onmiddellijk voorafgaande aan de inbreuk op het recht betreffende het gezag of het omgangsrecht zijn gewone verblijfplaats had in een verdragsluitende staat. Het verdrag houdt op van toepassing te zijn zodra het kind de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt."

9. Artikel 5 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 is als volgt verwoord:

„Voor de toepassing van dit verdrag omvat:

a) het ‚gezagsrecht' het recht dat betrekking heeft op de zorg voor de persoon van het kind, en in het bijzonder het recht over zijn verblijfplaats te beslissen;

b) het ‚omgangsrecht' het recht het kind voor een beperkte tijdsduur mee te nemen naar een andere plaats dan zijn gewone verblijfplaats."

10. Hoofdstuk III van dat verdrag heeft betrekking op de terugkeer van het kind, en artikel 8, lid 1, ervan bepaalt:

„Personen, instellingen of lichamen die stellen dat een kind in strijd met het recht betreffende het gezag is overgebracht of wordt vastgehouden, kunnen zich richten tot de centrale autoriteit van hetzij de gewone verblijfplaats van het kind, hetzij de centrale autoriteit van iedere andere verdragsluitende staat, met het verzoek om behulpzaam te zijn bij het verzekeren van de terugkeer van het kind."

11. Artikel 15 van dat verdrag luidt:

„Alvorens de terugkeer van het kind te gelasten, kunnen de rechterlijke of administratieve autoriteiten van een verdragsluitende staat verlangen dat de verzoeker een beslissing of verklaring van de autoriteiten van de staat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, overlegt, waarin wordt vastgesteld dat de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd was in de zin van artikel 3 van het verdrag, voor zover een dergelijke beslissing of verklaring in die Staat kan worden verkregen. De centrale autoriteiten van de verdragsluitende staten zijn de verzoeker zoveel mogelijk behulpzaam bij de verkrijging van een dergelijke beslissing of verklaring."

C — *De Verdragen*

12. Artikel 6 VEU bepaalt het volgende:

„1. De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.

De bepalingen van het Handvest houden geenszins een verruiming in van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald bij de Verdragen.

De rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan, waarbij de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van deze bepalingen vermeld zijn, terdege in acht genomen worden.

[...]

3. De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie."

13. Artikel 4 VWEU luidt:

„1. De Unie heeft een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid in de gevallen waarin haar in de Verdragen een bevoegdheid wordt toegedeeld die buiten de in de artikelen 3 en 6 bedoelde gebieden valt.

2. De gedeelde bevoegdheden van de Unie en de lidstaten betreffen in het bijzonder de volgende gebieden:

[...]

j) de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht;

[...]"

14. Artikel 81 VWEU voorziet in het volgende:

„1. De Unie ontwikkelt een justitiële samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen, die berust op het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en van beslissingen in buitengerechtelijke zaken. Deze samenwerking kan maatregelen ter aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten omvatten.

2. Voor de toepassing van lid 1 stellen het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure, met name wanneer dat nodig is voor de goede werking van de interne markt, maatregelen vast die het volgende beogen:

a) de wederzijdse erkenning tussen de lidstaten van rechterlijke beslissingen en van beslissingen in buitengerechtelijke zaken en de tenuitvoerlegging daarvan;

[...]

c) de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen;

[...]

e) daadwerkelijke toegang tot de rechter.

[...]"

15. Protocol (nr. 30) betreffende de toepassing van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie op Polen en het Verenigd Koninkrijk bepaalt in artikel 1 ervan:

„1. Het Handvest verleent het Hof van Justitie van de Europese Unie noch enig hof of enige rechtbank van Polen of het Verenigd Koninkrijk de bevoegdheid te bepalen dat de wetten, regelgeving of administratieve bepalingen, praktijken of maatregelen van Polen of het Verenigd Koninkrijk in strijd zijn met de grondrechten, vrijheden en beginselen die in het Handvest zijn herbevestigd.

2. Met name, en om twijfel te voorkomen, voorziet titel IV van het Handvest niet in rechten voor de justitiabele die op Polen of het Verenigd Koninkrijk van toepassing zijn, behalve voor zover de wetgeving van Polen of het Verenigd Koninkrijk in dergelijke rechten voorziet."

D — *Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie*

16. Artikel 7 van het handvest luidt als volgt:

„Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie."

17. Artikel 24, lid 3, van het handvest bepaalt het volgende:

„Ieder kind heeft het recht, regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, tenzij dit tegen zijn belangen indruist."

18. Titel VII van het handvest bevat de algemene bepalingen betreffende de uitlegging en de toepassing van het handvest. Artikel 51, met het opschrift „Toepassingsgebied", voorziet in het volgende:

„1. De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegedeeld.

2. Dit Handvest breidt het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken, schept geen nieuwe bevoegdheden of taken voor de Unie, noch wijzigt het de in de Verdragen omschreven bevoegdheden en taken."

E — *Verordening nr. 2201/2003*

19. Punt 5 van de considerans van verordening nr. 2201/2003 luidt als volgt:

„Teneinde de gelijke behandeling van alle kinderen te waarborgen is deze verordening van toepassing op alle beslissingen betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, inclusief maatregelen ter bescherming van het kind, los van ieder verband met een procedure in huwelijkszaken."

20. Punt 17 van de considerans van die verordening is als volgt verwoord:

„In geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van het kind dient de terugkeer van het kind onverwijld te worden verkregen en te dien einde dient het Verdrag

van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 van toepassing te blijven, zoals aangevuld door de bepalingen van deze verordening, in het bijzonder artikel 11. De gerechten van de lidstaat waarnaar het kind ongeoorloofd is overgebracht of waar het ongeoorloofd wordt vastgehouden, dienen in staat te zijn zich in welbepaalde, naar behoren gemotiveerde gevallen tegen de terugkeer van het kind te verzetten. Een dergelijke beslissing moet evenwel kunnen worden vervangen door een latere beslissing van het gerecht van de lidstaat waar het kind vóór de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had. Brengt deze laatste beslissing de terugkeer van het kind met zich, dan dient de terugkeer plaats te vinden zonder dat enigerlei bijzondere procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waar het ontvoerde kind zich bevindt."

21. Blijkens punt 30 van de considerans van verordening nr. 2201/2003 hebben Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland de wens te kennen gegeven aan de aanneming en toepassing van die verordening deel te nemen.

22. Punt 33 van de considerans van verordening nr. 2201/2003 luidt:

„Deze verordening erkent de grondrechten en is in overeenstemming met de beginselen, die zijn erkend bij het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. In het bijzonder beoogt zij de grondrechten van het kind, zoals die in artikel 24 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie zijn erkend, ten volle te eerbiedigen."

23. Artikel 1 van verordening nr. 2201/2003 bepaalt het volgende:

„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, sub b, bedoelde zaken hebben met name betrekking op:

a) het gezagsrecht en het omgangsrecht;

[...]"

24. Artikel 2, punten 7, 9 en 11, van verordening nr. 2201/2003 bevat de volgende definities:

„In deze verordening wordt verstaan onder:

[...]

7. ‚ouderlijke verantwoordelijkheid': alle rechten en verplichtingen die ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst aan een natuurlijke persoon of aan een rechtspersoon zijn toegekend met betrekking tot de persoon of het vermogen van een kind. De term omvat onder meer het gezagsrecht en het omgangsrecht;

[...]

9. ‚gezagsrecht': de rechten en verplichtingen die betrekking hebben op de zorg voor de persoon van een kind, in het bijzonder het recht de verblijfplaats van het kind te bepalen;

[...]

11. ‚ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van een kind': het overbrengen of niet doen terugkeren van een kind:

a) wanneer dit geschiedt in strijd met het gezagsrecht dat ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst is toegekend overeenkomstig het recht van de lidstaat waar het kind onmiddellijk vóór zijn overbrenging of niet doen terugkeren, zijn gewone verblijfplaats had;

en

b) indien dit gezagsrecht op het tijdstip van overbrenging of niet doen terugkeren, alleen of gezamenlijk, daadwerkelijk werd uitgeoefend, dan wel zou zijn uitgeoefend indien een zodanige gebeurtenis niet had plaatsgevonden. Het gezag wordt geacht gezamenlijk te worden uitgeoefend als een van de personen die, ingevolge een beslissing of van rechtswege, de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, de verblijfplaats van het kind niet kan bepalen zonder de instemming van een andere persoon die de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt."

25. Artikel 10 van verordening nr. 2201/2003, met het opschrift „Bevoegdheid in gevallen van kinderontvoering", bepaalt het volgende:

„In geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van het kind blijven de gerechten van de lidstaat waar het kind onmiddellijk vóór de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, bevoegd totdat het kind in een andere lidstaat een gewone verblijfplaats heeft verkregen en:

a) enige persoon, instelling of ander lichaam die gezagsrecht bezit, in de overbrenging of het niet doen terugkeren heeft berust;

of

b) het kind gedurende ten minste een jaar nadat de persoon, de instelling of het lichaam met gezagsrecht kennis heeft gekregen of had moeten krijgen van de verblijfplaats van het kind, in die andere lidstaat heeft verbleven en in zijn nieuwe omgeving geworteld is, en aan één van de volgende voorwaarden is voldaan:

i) er is bij de bevoegde autoriteiten van de lidstaat waarheen het kind is overgebracht of waar het wordt vastgehouden, geen verzoek tot terugkeer ingediend binnen een jaar nadat de persoon die gezagsrecht bezit, kennis heeft gekregen of had moeten krijgen van de verblijfplaats van het kind;

ii) een door de persoon met gezagsrecht ingediend verzoek tot terugkeer is ingetrokken en binnen de sub i gestelde termijn is geen nieuw verzoek ingediend;

iii) een voor een gerecht in de lidstaat waar het kind onmiddellijk vóór de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, dienende zaak is overeenkomstig artikel 11, lid 7, gesloten verklaard;

iv) een gezagsbeslissing die niet de terugkeer van het kind met zich brengt, is uitgesproken door de gerechten van de lidstaat waar het kind onmiddellijk vóór de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had."

26. Artikel 11 van die verordening, met het opschrift „Terugkeer van het kind", luidt:

„1. Wanneer een persoon, instelling of ander lichaam met gezagsrecht bij de bevoegde autoriteiten van een lidstaat een verzoek indient om op grond van het [Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980] een beslissing te nemen

teneinde de terugkeer te verkrijgen van een kind dat ongeoorloofd is overgebracht of vastgehouden in een andere lidstaat dan de lidstaat waar het kind onmiddellijk vóór de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, zijn de leden 2 tot en met 8 van toepassing.

[...]

3. Het gerecht waarbij een in lid 1 bedoeld verzoek om terugkeer van het kind is ingediend, beschikt met bekwame spoed, met gebruikmaking van de snelste procedures die in het nationale recht beschikbaar zijn.

Onverminderd de eerste alinea beslist het gerecht uiterlijk zes weken nadat het verzoek aanhangig is gemaakt, tenzij dit als gevolg van uitzonderlijke omstandigheden onmogelijk blijkt.

[...]"

27. De artikelen 60 en 62 van verordening nr. 2201/2003 voorzien in het volgende:

„Artikel 60

Verhouding tot bepaalde multilaterale verdragen

In de betrekkingen tussen de lidstaten heeft deze verordening voorrang boven de volgende verdragen, voor zover zij betrekking hebben op onderwerpen die in deze verordening zijn geregeld:

[...]

e) het [Haags Kinderontvoeringsverdrag] 1980 inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen.

[...]

Artikel 62

Geldingsbereik

1. De in artikel 59, lid 1, en de artikelen 60 en 61 genoemde overeenkomsten en verdragen behouden hun gelding op de terreinen die niet door de onderhavige verordening worden geregeld.

2. De in artikel 60 genoemde verdragen, met name het [Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980], behouden hun gelding tussen de lidstaten die partij zijn bij genoemde verdragen, met inachtneming van artikel 60."

F — *Het nationale recht*

28. Section 6A van de Guardianship of Infants Act 1964 (wet van 1964 inzake de voogdij over kinderen; hierna: „wet van 1964")[7] bepaalt dat „wanneer de vader en de moeder niet met elkaar gehuwd zijn, de rechter de vader op diens verzoek bij beschikking als voogd van het kind kan aanwijzen". Bovendien bepaalt Section 11(4) van de wet van 1964[8]:

„Met betrekking tot een kind wiens vader en moeder niet met elkaar gehuwd zijn, geldt het recht van diens vader of moeder om op grond van deze Section een verzoek betreffende het gezag over of de omgang met het kind in te dienen, ook voor de vader die geen voogdij heeft over het kind, en daarom dienen de verwijzingen naar de vader of de ouder van het kind in deze Section aldus te worden opgevat dat zij ook die vader omvatten."

29. De wet van 1991 betreffende de ontvoering van de kinderen en de tenuitvoerlegging van beschikkingen inzake gezagsrecht[9] (hierna: „wet van 1991") bepaalt in Section 15(1) ervan dat een bevoegde rechter kan verklaren dat het overbrengen van kinderen uit Ierland in geval van overbrenging of het niet doen terugkeren naar een lidstaat, een ongeoorloofde overbrenging of een ongeoorloofd niet doen terugkeren in de zin van artikel 2 van verordening nr. 2201/2003 is, of ongeoorloofd is in de zin van artikel 3 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980.

III — Hoofdgeding en prejudiciële vraag

30. De moeder van de kinderen waarover het gezag in geding is, heeft de Britse nationaliteit. De vader heeft de Ierse nationaliteit. Zij zijn nooit gehuwd geweest, maar hebben samengewoond in Engeland, Australië, Noord-Ierland en vanaf de maand november 2008 in Ierland. De belangrijkste elementen van het feitelijk en procedureel kader van het geding kunnen worden samengevat in de vorm van een tabel.

7 — Guardianship of Infants Act 1964, zoals ingevoegd bij Section 12 van de wet van 1987 inzake het statuut van kinderen (Status of Children Act 1987).

8 — Zoals gewijzigd bij Section 13 van de wet van 1987.

9 — Child Abduction and Enforcement of Custody Orders Act, nr. 6/1991.

Datum	Ierland	Verenigd Koninkrijk
2000		Geboorte eerste kind (Engeland).
2002		Geboorte tweede kind (Engeland).
2007		Geboorte derde kind (Noord-Ierland).
november 2008	Partijen zijn in Ierland gaan wonen.	
11 juli 2009	De moeder heeft de kinderen meegenomen naar een vrouwenopvanghuis.	
25 juli 2009		De moeder heeft de kinderen meegenomen naar het Verenigd Koninkrijk.
2 november 2009		De vader heeft de High Court of Justice of England and Wales, Family Division, bij wege van een inleidend verzoekschrift verzocht, overeenkomstig de in het Verenigd Koninkrijk uitgevaardigde wettelijke regeling ter uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 en van verordening nr. 2201/2003 de terugkeer van de kinderen naar Ierland te gelasten.
20 november 2009		De Engelse rechter heeft van de vader verlangd dat deze overeenkomstig artikel 15 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 een beslissing of verklaring van de High Court (Ierland) overlegt waarin wordt vastgesteld dat de overbrenging van de kinderen uit Ierland ongeoorloofd was in de zin van artikel 3 van dat verdrag.

Datum	Ierland	Verenigd Koninkrijk
22 december 2009	De vader heeft de High Court (Ierland) overeenkomstig de Ierse wettelijke regeling ter uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 en artikel 15 ervan verzocht om een verklaring dat de overbrenging van de kinderen uit Ierland in de maand juli 2009 ongeoorloofd was in de zin van zowel artikel 3 van dat verdrag als artikel 2 van verordening nr. 2201/2003. In hetzelfde verzoekschrift heeft de vader de High Court verzocht hem de voogdij en het gezagsrecht met betrekking tot de kinderen toe te kennen. Op deze laatste twee vorderingen is door de Ierse rechterlijke instanties nog geen uitspraak gedaan.	
28 april 2010	De High Court (Ierland) heeft geoordeeld dat verzoeker in het hoofdgeding geen gezagsrecht met betrekking tot de kinderen had op het tijdstip waarop deze uit Ierland zijn overgebracht, en dat de overbrenging dus niet ongeoorloofd was in de zin van dat verdrag of die verordening.	
	De vader heeft tegen dat arrest hogere voorziening ingesteld bij de Supreme Court.	
30 juli 2010	De Supreme Court heeft een prejudiciële vraag gesteld.	

31. In zijn verwijzingsbeslissing merkt de Supreme Court op dat de vader op 25 juli 2009 geen gezagsrecht met betrekking tot zijn kinderen had in de zin van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. De verwijzende rechter merkt evenwel op dat het begrip „gezagsrecht" voor de behandeling van vorderingen tot terugkeer van kinderen van de ene lidstaat naar de andere op grond van dat verdrag thans gedefinieerd is in artikel 2, punt 9, van verordening nr. 2201/2003.

32. Volgens de verwijzende rechter impliceren noch de bepalingen van verordening nr. 2201/2003, noch artikel 7 van het handvest dat de vader van een buitenhuwelijks kind voor de beoordeling of het overbrengen van het kind al dan niet ongeoorloofd is, noodzakelijkerwijs moet worden geacht een gezagsrecht daarover te hebben, wanneer een dergelijk recht hem niet bij een rechterlijke beslissing is toegekend. Hij merkt evenwel op dat de uitlegging van deze bepalingen van het Unierecht tot de bevoegdheid van het Hof behoort.

33. De Supreme Court heeft besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Staat verordening [nr. 2201/2003], ongeacht of zij conform artikel 7 van het [handvest] dan wel op een andere wijze wordt uitgelegd, in de weg aan de wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke de vader van een kind die niet is gehuwd met de moeder van dat kind, van een bevoegde rechterlijke instantie een beschikking moet hebben gekregen waarbij hem gezagsrecht wordt toegekend, om te worden geacht ‚gezagsrecht' te hebben met het gevolg dat de overbrenging van dat kind uit het land waar het zijn gewone verblijfplaats heeft, ongeoorloofd is in de zin van artikel 2, punt 11, van die verordening?"

IV — Standpuntbepaling

A — *Ontvankelijkheid*

34. De Europese Commissie heeft aangevoerd dat de prejudiciële vraag mogelijk niet-ontvankelijk is. De Bondsrepubliek Duitsland heeft ook de onbevoegdheid van het Hof om op de prejudiciële vraag te antwoorden aangevoerd. Volgens de Duitse regering is in werkelijkheid de uitlegging van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 in geding en niet de uitlegging van verordening nr. 2201/2003. De aan de orde gestelde problemen betreffen ook de verhouding tussen dat verdrag en die verordening.

35. De Commissie merkt op dat krachtens Section 15 van de wet van 1991 bij de Ierse rechterlijke instanties een beroep overeenkomstig artikel 15 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 is ingesteld, om te doen verklaren dat de overbrenging uit Ierland van de kinderen van verzoeker in het hoofdgeding ongeoorloofd was in de zin van artikel 3 van dat verdrag en van artikel 2 van verordening nr. 2201/2003.

36. De Commissie heeft twijfels over de vraag of de prejudiciële vraag daadwerkelijk betrekking heeft op de uitlegging van artikel 2, punt 11, van verordening nr. 2201/2003, dan wel of zij eerder de uitlegging van de artikelen 1 en 3 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 betreft. Indien dat het geval zou zijn, zou het Hof niet bevoegd zijn de hem gestelde vraag te beantwoorden, aangezien de Europese Unie geen partij is bij dat verdrag, ook al zijn alle lidstaten daarbij aangesloten.

37. Volgens de Commissie vindt een enge uitlegging steun in het feit dat verordening nr. 2201/2003 nog niet van toepassing was toen de zaak aan de Ierse rechterlijke instanties werd voorgelegd.

38. Ik merk in de eerste plaats op dat het hoofdgeding voor de Supreme Court uitdrukkelijk betrekking heeft op de toepassing van verordening nr. 2201/2003 en het handvest, en niet op de toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. Het feit dat het in het Verenigd Koninkrijk aanhangige geding de toepasselijkheid van dat verdrag betreft, brengt daarin geen verandering. Aan de orde is dus een vraag over het Unierecht die voor de verwijzende rechter hypothetisch noch irrelevant is.

39. In de tweede plaats wijs ik erop dat het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 als zodanig geen bestanddeel van de rechtsorde van de Unie is en dat het Hof dus niet bevoegd is tot uitlegging ervan. [10]

40. Krachtens de bepalingen van het Verdrag is de Unie evenwel bevoegd om wetgevend op te treden met betrekking tot kwesties inzake de bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen op het gebied van de ouderlijke verantwoordelijkheid. [11] In het bijzonder bepaalt artikel 1 van verordening nr. 2201/2003 dat die verordening ongeacht de aard van het gerecht van toepassing is op burgerlijke zaken betreffende de toekenning, de uitoefening, de overdracht, de beperking of de beëindiging van de ouderlijke verantwoordelijkheid; zij neemt dus de werkingssfeer van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 over. Enkel bij de artikelen 60 en 62 van verordening nr. 2201/2003 heeft de wetgever dat verdrag weer doen gelden door het van toepassing te verklaren in de betrekkingen tussen de lidstaten op de onderwerpen die niet door die verordening worden geregeld. Verordening nr. 2201/2003 heeft namelijk voorrang boven het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 voor zover dat verdrag betrekking heeft op onderwerpen die door de verordening worden geregeld, maar het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 behoudt zijn gelding voor de onderwerpen die niet door die verordening worden

10 — De lidstaten zijn verdragsluitende partijen bij dat verdrag, maar de Unie niet. Zie voor een recente samenvatting van de rechtspraak arrest van 4 mei 2010, TNT Express Nederland (C-533/08, Jurispr. blz. I-4107, punten 58-61).

11 — Verordening nr. 2201/2003 noemt als rechtsgrondslag artikel 61, sub c, EG (dat verwijst naar artikel 65 EG) en artikel 67, lid 1, EG; zie artikel 81 VWEU voor de regeling hieromtrent na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon.

geregeld. [12] De wetgever heeft er dus voor gekozen te verwijzen naar de bepalingen van een bestaand instrument van het internationale publiekrecht in plaats van bepalingen van het Unierecht met betrekking tot hetzelfde onderwerp vast te stellen.

41. De noodzaak om in het ontwerp voor verordening nr. 2201/2003 bepalingen met betrekking tot dezelfde onderwerpen als het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 op te nemen was destijds controversieel. [13] Verordening nr. 2201/2003 zoals vastgesteld regelt een groot aantal situaties betreffende de bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid. Volgens die verordening dient in geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van een kind het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 „van toepassing te blijven, zoals aangevuld door de bepalingen van deze verordening, in het bijzonder artikel 11". [14]

42. Ook al lijkt artikel 11 van verordening nr. 2201/2003 de toepasselijkheid van die verordening afhankelijk te stellen van de vaststelling dat het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 van toepassing is, dit neemt niet weg dat bij overbrengingen tussen de lidstaten, de toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 en van de verordening nr. 2201/2003 onlosmakelijk verbonden zijn.

43. Bovendien moet worden vastgesteld dat voor zover zowel in het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 als in verordening nr. 2201/2003 een vergelijkbare definitie is opgenomen, een dergelijke formulering „gecommunautariseerd" is en het Hof haar kan uitleggen. [15] Dat geldt bijvoorbeeld voor de vraag of een overbrenging of niet doen terugkeren al dan niet geoorloofd is, hetgeen wordt gedefinieerd in artikel 3 van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 en artikel 2, punt 11, van verordening nr. 2201/2003. Er bestaan niettemin enkele verschillen tussen die verordening en dat verdrag. [16]

44. Daar de prejudiciële verwijzing wel degelijk de uitlegging van het Unierecht betreft, geef ik het Hof derhalve in overweging de vraag ontvankelijk te achten.

12 — Zie artikelen 60 en 62 van verordening nr. 2201/2003.

13 — Zie onder meer McEleavy, P., „The New Child Abduction Regime of the European Union: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?" *Journal of Private International Law,* april 2005, blz. 5.

14 — Zie punt 17 van de considerans van verordening nr. 2201/2003.

15 — Zie Borrás, A., „Protection of Minors and Child Abduction under the Hague Conventions and the Brussels II bis Regulation", *Japanese and European Private International Law in Comparative perspective,* onder redactie van Basedow, J., e.a., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, blz. 345.

16 — Wat bijvoorbeeld de drie vormen van toekenning van het gezagsrecht betreft laat dat verdrag daaraan de term „in het bijzonder" voorafgaan, wat de indruk wekt dat het enkel om een illustratieve opsomming gaat, terwijl volgens de tekst van verordening nr. 2201/2003 dezelfde opsomming uitputtend lijkt te zijn.

B — *Ten gronde*

1. Uitlegging van artikel 2, punt 11, sub a, van verordening nr. 2201/2003

45. Ik merk op dat artikel 2, punt 11, sub a, van genoemde verordening bepaalt dat onder „ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren" wordt verstaan het overbrengen of niet doen terugkeren van een kind wanneer „dit geschiedt in strijd met het gezagsrecht dat ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst is toegekend *overeenkomstig het recht van de lidstaat waar het kind* onmiddellijk vóór zijn overbrenging of niet doen terugkeren, *zijn gewone verblijfplaats had.* Onder „gezagsrecht" wordt krachtens artikel 2, punt 9, van dezelfde verordening verstaan „de rechten en verplichtingen die betrekking hebben op de zorg voor de persoon van een kind, in het bijzonder het recht de verblijfplaats van het kind te bepalen".

46. Met de Supreme Court en de Commissie ben ik van mening dat de tekst van deze twee bepalingen geen enkele twijfel of dubbelzinnigheid laat bestaan over de uitlegging ervan: het is duidelijk dat het recht van de lidstaat waar het kind zijn gewone verblijfplaats had vóór zijn overbrenging of niet doen terugkeren moet bepalen of die overbrenging of dat niet doen terugkeren al of niet geoorloofd is. Uit de duidelijke vaststelling van de Supreme Court dat de vader geen gezagsrecht had volgens het Ierse recht en dat hij geen bepalingen kon inroepen op basis waarvan hij zich kon verzetten tegen het overbrengen van de kinderen, volgt dat de overbrenging van de kinderen uit Ierland en hun niet-terugkeer uit het Verenigd Koninkrijk niet ongeoorloofd waren in de zin van artikel 2, punt 11, van verordening nr. 2201/2003.

47. In vrijwel alle lidstaten lijkt een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de vrijwel automatische toekenning van het gezagsrecht aan de vader of niet al naargelang hij gehuwd is of niet.

48. In dit verband noem ik een recent rapport waarin een overzicht wordt gegeven van de toekenning van de „ouderlijke verantwoordelijkheid" in een aantal lidstaten van de Raad van Europa. [17] Weliswaar wordt in dit rapport de kwestie van de „ouderlijke verantwoordelijkheid" onderzocht, maar dat hoeft niet hetzelfde te zijn als het in verordening nr. 2201/2003 bedoelde gezagsrecht. Hoe dan ook, professor Lowe constateert dat de „ondervraagde lidstaten alle aan de ouders van binnen het huwelijk geboren kinderen een gezamenlijke ouderlijke verantwoordelijkheid en aan de moeders van buitenechtelijke kinderen de ouderlijke verantwoordelijkheid toekennen". Dat correspondeert met

17 — Zie het rapport van professor Lowe, N., „Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation", Raad van Europa, Straatsburg, 25 september 2009, CJ-FA(2008) 5, blz. 32. Dit rapport omvat ongeveer dertig landen, namelijk bijna alle lidstaten van de Unie en een aantal van de andere lidstaten van de Raad van Europa.

de aanbevelingen in dezelfde zin die in een aantal internationale instrumenten worden geformuleerd.

49. Voor de kinderen van ongehuwde paren is de situatie anders, en tamelijk divers. In elf landen hebben beide ouders een gezamenlijke ouderlijke verantwoordelijkheid wanneer het vaderschap door erkenning of een rechterlijke beslissing eenmaal is vastgesteld. In elf andere landen is dit echter niet voldoende; de vader moet extra maatregelen nemen om de ouderlijke verantwoordelijkheid te verkrijgen (bijvoorbeeld door de moeder te huwen, door een overeenkomst met haar te sluiten of door een rechterlijke beslissing te verkrijgen). Die uiteenlopende benaderingen komen tot uiting in de diverse internationale instrumenten op dit gebied. [18]

50. De Ierse wettelijke regeling, die tot de tweede genoemde groep lijkt te behoren, is dus geenszins uitzonderlijk.

51. Concluderend stelt verordening nr. 2201/2003 geen voorwaarden voor de toekenning van het gezagsrecht vast, ook al noemt zij de toekenning ingevolge een beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst als de drie vormen ervan, waarbij het — door het weglaten van de term „in het bijzonder" die in het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 wordt genoemd [19] — om een limitatieve opsomming gaat. Verordening nr. 2201/2003 geeft niet aan welke ouder het gezagsrecht zou moeten hebben. Die kwestie is evenmin geregeld in het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. Het is een zaak van het nationale recht.

52. Ten slotte bevat artikel 2, punt 11, van verordening nr. 2201/2003 ook een conflictregel. Het stelt vast welk recht toepasselijk is op de bepaling van het gezagsrecht in de context van ongeoorloofde overbrenging van kinderen. Uit de verschillende mogelijkheden heeft de verordening gekozen voor het „recht van de lidstaat waar het kind onmiddellijk vóór zijn overbrenging of niet doen terugkeren, zijn gewone verblijfplaats had". In dit verband, en voor de toepasselijkheid van verordening nr. 2201/2003, lijken aan alle andere gezagsrechten die eventueel zijn verkregen in een ander land dan dat waarin het gezin eerder zijn verblijf had, geen werking toe te komen.

18 — Professor Lowe vraagt zich in zijn rapport, op. cit., af of de benaderingen voor gehuwde of ongehuwde paren in de toekomst niet zouden moeten worden geharmoniseerd, maar dat is thans nog niet het geval.

19 — Voor het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 lijkt de exacte formulering van de term „in het bijzonder" een zeker belang te hebben: „Eveneens zijn de bronnen waaruit het gezagsrecht kan voortvloeien dat men tracht te beschermen al die bronnen waarop een vordering kan worden gebaseerd in het kader van het betrokken rechtsstelsel. In dit verband noemt artikel 3, lid 2, een aantal — ongetwijfeld de belangrijkste — van die bronnen, maar met beklemtoning van de niet-uitputtende aard van de opsomming [...] Zoals we evenwel in de volgende paragrafen zullen zien, bestrijken die bronnen een ruim juridisch terrein; het feit dat de onvolledigheid ervan wordt onderstreept moet dus vooral als een bevordering van een flexibele uitlegging van de gehanteerde begrippen worden opgevat, waardoor een zo groot mogelijk aantal gevallen in aanmerking kunnen worden genomen." Zie rapport explicatif (toelichtend rapport) van Pérez-Vera, E., *Akten en documenten van de veertiende zitting (1980)*, Haagse conferentie voor internationaal privaatrecht, deel III, blz. 445, punt 67 (het rapport explicatif kan worden geraadpleegd op: http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf).

2. Bestaat er een „potentieel" gezagsrecht („inchoate right") voor de vader van een buitenhuwelijks kind in het Unierecht?

53. Het belangrijkste argument van de vader lijkt het volgende te zijn: niettegenstaande de Ierse wettelijke regeling zou hem een „potentieel" gezagsrecht moeten worden toegekend, dat kan worden erkend („inchoate right"). [20] Dat recht zou in het Unierecht moeten worden toegekend aan de vader van een buitenhuwelijks kind die met de moeder heeft samengewoond en zich daardoor net als een gehuwde vader bereid heeft getoond te delen in de verantwoordelijkheden van het gezinsleven. Dat recht zou gebaseerd zijn op artikel 8 van het EVRM en op de artikelen 7 en 24, lid 3, van het handvest. Ter ondersteuning van deze stelling verwijst hij onder meer naar een aantal arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

54. Wat het handvest betreft, zijn twee aspecten essentieel. Het handvest heeft weliswaar dezelfde juridische waarde als de Verdragen, maar de bepalingen van het handvest houden geenszins een verruiming in van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald in de Verdragen. [21] Wanneer het Verdrag de Unie niet de bevoegdheid verleent, wetgevend op te treden met betrekking tot de inhoudelijke voorwaarden voor het gezagsrecht, verleent het handvest die bevoegdheid evenmin. [22]

55. In voorkomend geval kan de verenigbaarheid van de voorwaarden voor de toekenning van het gezagsrecht aan de vader worden getoetst aan het EVRM. Ik maak in dit verband drie opmerkingen.

56. Ten eerste ziet het Hof toe op de eerbiediging van de grondrechten, waaronder die welke worden gewaarborgd door het EVRM [23], maar oefent het die taak uit binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Momenteel is de Unie evenwel niet bevoegd om wetgevend op te treden met betrekking tot de kwestie van de toekenning van het gezagsrecht. De bevoegdheden van de Unie, hoe talrijk ook, hebben geen betrekking op de materieelrechtelijke kwesties die in casu aan de orde zijn, namelijk welke persoon het gezagsrecht moet hebben. [24]

57. Aangezien de materiële voorwaarden voor de toekenning van het gezagsrecht in het geheel niet worden geregeld door het Unierecht, volgt daaruit dat er in casu geen verband bestaat tussen het recht van de Unie en het EVRM.

58. Wanneer de voorwaarden voor de toekenning van het gezagsrecht volgens de wetgeving van een lidstaat echter in strijd met het EVRM zouden blijken te zijn, is het mijns inziens niet uitgesloten dat dit feit gevolgen zou kunnen hebben voor de toepassing van verordening nr. 2201/2003. Met name zou

20 — Het is niet gemakkelijk een juiste vertaling te vinden voor de term „inchoate right". De in de databank van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 gebruikte term („droit de garde implicite": „potentieel gezagsrecht") dekt mijns inziens niet precies wat McB. hier bedoelt.

21 — Zie artikel 6, lid 1, VEU.

22 — Zie artikel 51, lid 1, van het handvest.

23 — Zie artikel 6, lid 3, VEU.

24 — Ik merk voorts op dat het Verdrag thans voorziet in de toetreding van de Unie tot het EVRM, en wel in artikel 6, lid 2, VEU. Net als lid 1 beklemtoont dit lid dat die toetreding de bevoegdheden van de Unie, zoals bepaald in de Verdragen, niet wijzigt.

de verplichting voor een andere lidstaat om beslissingen inzake de toekenning van het gezagsrecht te erkennen, in voorkomend geval door het Hof moeten worden onderzocht.

59. Volledigheidshalve wil ik nog enkele aspecten onderzoeken van de door de vader, McB., genoemde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

60. De door McB. genoemde rechtspraak lijkt betrekking te hebben op de toekenning van het gezagsrecht en de beperkingen die daaraan door het nationale recht worden gesteld, met name wat alleenstaande vaders betreft. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Zaunegger v Duitsland een schending van het EVRM door de Bondsrepubliek Duitsland vastgesteld. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat de zeer restrictieve voorwaarden naar Duits recht voor de toekenning van het gezagsrecht aan de alleenstaande vader, die de moeder een absoluut vetorecht verlenen, onverenigbaar waren met het EVRM. [25]

61. Mijns inziens lijken de omstandigheden van de zaak Guichard v Frankrijk sterk op de onderhavige zaak. [26]

62. In die zaak had de vader voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens schending van het EVRM aangevoerd. In zijn arrest wijst het Europees Hof voor de Rechten van de Mens erop dat op grond van de bepalingen van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980, de centrale autoriteiten alle passende maatregelen moeten nemen om de onmiddellijke terugkeer van ongeoorloofd overgebrachte kinderen te verzekeren. Dat verdrag bepaalt in dit verband dat een overbrenging als „ongeoorloofd" moet worden beschouwd wanneer zij in strijd met een „gezagsrecht" is geschied, dat betrekking heeft op de zorg voor de persoon van het kind en in het bijzonder het recht om over zijn verblijfplaats te beslissen. Het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 bepaalt met name in artikel 3 ervan dat het gezagsrecht in het bijzonder kan voortvloeien uit een toekenning van rechtswege. Dat was in die zaak het geval, aangezien ten tijde van de overbrenging van het kind van Frankrijk naar Canada de Franse bepalingen de uitoefening van het ouderlijk gezag (dat een gezagsrecht impliceert) van rechtswege aan de moeder toekenden, terwijl de vader en de moeder beiden hun buitenhuwelijkse kind hadden erkend. In die omstandigheden kon de overbrenging niet als „ongeoorloofd" in de zin van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 worden beschouwd. Derhalve kon de verzoeker, die niet de houder van een „gezagsrecht" in de zin van het Haags

25 — EHRM, arrest Zaunegger v Duitsland van 3 december 2009 (verzoekschrift nr. 22028/04). Op basis daarvan heeft het Duitse constitutionele Hof (Bundesverfassungsgericht) onlangs voor recht verklaard dat de Duitse wettelijke regeling op dit punt in strijd is met de Duitse grondwet (arrest van 21 juli 2010, 1 BvR 420/09).

26 — EHRM, arrest Guichard v Frankrijk van 2 september 2003 (verzoekschrift nr. 56838/00).

Kinderontvoeringsverdrag 1980 was, zich niet beroepen op de door dat verdrag geboden bescherming.

63. Gelet op een en ander heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat artikel 8 EVRM, uitgelegd in het licht van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980, de Franse autoriteiten in de hem voorgelegde zaak geen positieve verplichtingen oplegde om het kind te doen terugkeren. De zaak is echter niet-ontvankelijk verklaard omdat de vader niet alle nationale rechtsmiddelen had uitgeput alvorens zich tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te wenden.

64. Alle bovengenoemde zaken hebben gemeen dat het verzoek om de uit het gezagsrecht voortvloeiende voorrechten te mogen uitoefenen door de nationale autoriteiten was afgewezen.

65. In de onderhavige zaak had de vader op het tijdstip van de overbrenging zelfs nog geen verzoek om de toekenning van het gezagsrecht ingediend, hoewel die mogelijkheid is voorzien in de nationale wetgeving. Ik merk ook op dat indien de bevoegde nationale rechterlijke instantie dit verzoek zou inwilligen, de moeder de toekenning van een dergelijk recht aan de vader niet zou kunnen verhinderen.

66. Gezien het feit dat er geen sprake is van een nationale beslissing waarbij het gezagsrecht aan McB. wordt geweigerd, kan de vraag over een eventuele schending van het EVRM zich zelfs niet voordoen.

67. Volledigheidshalve stel ik evenwel vast dat de voorwaarden voor de toekenning van het gezagsrecht mijns inziens niet onverenigbaar zijn met de door het EVRM gewaarborgde rechten. Er is in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geen steun te vinden voor de stelling van McB. dat het met het EVRM in strijd zou zijn indien de rechten van een vader van een buitenhuwelijks kind met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid zouden worden geacht niet van rechtswege te bestaan, zelfs niet in geval van samenwoning, maar af te hangen van een toekenning bij wege van een rechterlijke beslissing (of in voorkomend geval ingevolge een overeenkomst). Uit het EVRM vloeit geen gezagsrecht voor de vader voort. Hij heeft enkel het recht om te verzoeken om de toekenning van een dergelijk recht, op gelijke voet met de moeder, voor zover dat in het belang van het kind is.

68. Wat meer specifiek de bescherming van het gezinsleven betreft, die door de vader is ingeroepen en in artikel 7 van het handvest wordt genoemd, is dat aspect vanuit verticaal gezichtspunt geanalyseerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, namelijk in het kader [27] van inmengingen door de autoriteiten die de bescherming binnen een gezin

27 — Ik breng in herinnering dat McB. niet voorkomt op de geboorteakte van twee van de drie betrokken kinderen.

aantasten. [28] De vader doet hierop evenwel in een totaal ander kader een beroep: vanuit het horizontale gezichtspunt van de betrekkingen tussen de leden van het gezin, en niet de betrekkingen met de Ierse autoriteiten, waartoe hij zich niet heeft gewend om te bewerkstellingen dat zijn grondrecht op eerbiediging van het gezinsleven volgens de modaliteiten van de toepasselijke wettelijke regeling wordt beschermd, of hem het gezagsrecht wordt toegekend. In feite verzoekt McB. het Hof om een uitlegging volgens welke hij op basis van het EVRM een potentieel gezagsrecht zou kunnen verkrijgen — dat onbekend is in het recht van de betrokken lidstaat — dat ex post zou kunnen worden tegengeworpen aan de moeder en zo haar gezagsrecht, dat in het recht van de betrokken staat is erkend, ex post zou beperken. Dat is niet mogelijk. De uitlegging waarom de vader, McB., verzoekt zou neerkomen op rechtstreekse werking van het EVRM tegenover een particulier.

69. Ex post erkennen dat de vader van een buitenhuwelijks kind een „potentieel" gezagsrecht heeft, zou voorts diverse problemen opleveren. In de eerste plaats zou die constructie het vrij verkeer van personen kunnen belemmeren, dat volgens het Verdrag ook betrekking heeft op de moeder. De moeder zou niet meer vrijelijk over de verblijfplaats van het kind en dus over haar eigen verblijfplaats kunnen beslissen. Verder zou de persoon in kwestie, namelijk de moeder, geen duidelijk beeld meer kunnen hebben van haar eigen rechtspositie.

70. Ten slotte zou een dergelijk „potentieel" gezagsrecht, dat enkel voortvloeit uit het biologisch vaderschap, zelfs in de context van feitelijk samenwonen, zonder een duidelijke en verifieerbare rechtsgrondslag zoals een akte van de burgerlijke staat of een bestuurlijk of rechterlijk document ter bevestiging van een dergelijke juridische hoedanigheid (die van rechtswege of ingevolge een rechterlijke beslissing of een rechtsgeldige overeenkomst over het gezagsrecht is verkregen) evenmin verenigbaar zijn met de eis van de voor de rechtszekerheid noodzakelijke duidelijkheid, ten behoeve van de juiste toepassing van verordening nr. 2201/2003 door de rechterlijke en bestuurlijke autoriteiten van de lidstaten. Het is mijns inziens volledig in overeenstemming met het grondrecht van ieder kind om regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide houders te onderhouden, zoals in artikel 24, lid 3, van het handvest neergelegd en in punt 33 van de considerans van verordening nr. 2201/2003 genoemd, dat dergelijke duidelijkheid wordt geëist ten aanzien van de rechtsbetrekkingen tussen ouders en kinderen.

71. Om terug te komen op het eigenlijke doel van het prejudiciële verzoek, wijs ik er tot slot op, wat het Unierecht betreft, dat hier niet aan de orde is of de vader al of niet het gezagsrecht zou moeten hebben, noch om te bepalen hoe en onder welke voorwaarden het gezagsrecht kan worden toegekend. Het doel van deze procedure voor het Hof is het uitleggen van de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voor de toepassing van verordening nr. 2201/2003 in geval van vermeende kinderontvoering.

28 — Zie artikel 8, lid 2, van het EVRM, en bijvoorbeeld EHRM, arrest A.W. Khan v Verenigd Koninkrijk van 12 januari 2010 (verzoekschrift nr. 47486/06).

V — Conclusie

72. In die omstandigheden geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Supreme Court als volgt te beantwoorden:

„Het recht van de Unie verzet zich niet tegen de wettelijke regeling van een lidstaat die voor de doelstellingen van de toepassing van artikel 2, punt 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. 1347/200, voor het bewijs dat inbreuk is gemaakt op het gezagsrecht dat ingevolge een rechterlijke beslissing, van rechtswege of bij een rechtsgeldige overeenkomst is toegekend overeenkomstig het recht van de lidstaat waar het kind onmiddellijk vóór zijn overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had, van de vader van een kind die niet gehuwd is met de moeder van dat kind verlangt dat hij van de bevoegde rechterlijke instantie een beschikking heeft verkregen waarbij hem het gezag over dat kind is toegekend, om te worden geacht ‚gezagsrecht' te hebben in de zin van artikel 2, punt 11, van die verordening."