Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
H. SAUGMANDSGAARD ØE
van 20 september 2018 [1]

Zaak C-393/18 PPU

UD
tegen
XB

[verzoek van de High Court of Justice of England and Wales, Family Division (rechter in eerste aanleg van Engeland en Wales, afdeling familierecht, Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Justitiële samenwerking in burgerlijke zaken – Bevoegdheid inzake ouderlijke verantwoordelijkheid – Verordening (EG) nr. 2201/2003 – Artikel 8, lid 1 – Begrip ‚gewone verblijfplaats van het kind' – Geboorte en ononderbroken verblijf van een zuigeling in een derde land tegen de wil van de moeder – Ontbreken van fysieke aanwezigheid van de zuigeling in een lidstaat – Situatie die voortvloeit uit door de vader uitgeoefende dwang en mogelijke schending van de grondrechten van de moeder en de zuigeling – Geen regel volgens welke een kind geen gewone verblijfplaats kan hebben in een lidstaat waar hij nooit fysiek aanwezig is geweest"

I. Inleiding

1. Met zijn verzoek om een prejudiciële beslissing verzoekt de High Court of Justice of England and Wales, Family Division [rechter in eerste aanleg van Engeland en Wales, afdeling familierecht, Verenigd Koninkrijk] het Hof om uitlegging van artikel 8, lid 1, van verordening (EG) nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid [2] (hierna: „Brussel II bis-verordening").

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de moeder, die de Bengalese nationaliteit heeft, en de vader, die de Britse nationaliteit heeft, over een kind dat ongeveer één jaar oud was op het moment waarop de zaak bij het gerecht aanhangig is gemaakt. Het kind in kwestie is in Bangladesh verwekt en geboren en heeft daar ononderbroken verbleven. Volgens de moeder wordt zij door de vader tegen haar wil in dit derde land vastgehouden. Zij was daar na een verblijf van ongeveer een half jaar in het Verenigd Koninkrijk met de vader enkel naartoe gereisd voor een tijdelijk bezoek. Wegens dwang van de vader zou zij genoodzaakt zijn geweest om in Bangladesh te bevallen en daar met het kind te blijven. De moeder verzoekt de verwijzende rechter het kind onder de bescherming van dit gerecht te plaatsen en de terugkeer van haar en het kind naar Engeland en Wales te gelasten, zodat zij aan de gerechtelijke procedure kan deelnemen.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 Verordening van de Raad van 27 november 2003 tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000 (PB 2003, L 338, blz. 1).

3. Op grond van artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening is de verwijzende rechter enkel bevoegd om dit verzoek te behandelen als het kind zijn gewone verblijfplaats op de datum waarop de zaak bij deze rechter aanhangig werd gemaakt, in het Verenigd Koninkrijk had. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de omstandigheid dat het kind nooit fysiek aanwezig is geweest in deze lidstaat, noodzakelijkerwijs belet dat het daar zijn gewone verblijfplaats heeft. Hij wenst tevens van het Hof te vernemen wat in deze context de invloed is van het feit dat deze afwezigheid van het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk voortvloeit uit de dwang die de vader op de moeder uitoefent waarbij mogelijkerwijs inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van moeder en kind.

4. Na mijn beoordeling zal ik vaststellen dat het feit dat een kind zich nooit in een lidstaat heeft bevonden, niet noodzakelijkerwijs belet dat het daar zijn gewone verblijfplaats heeft. Tevens zal ik de elementen verduidelijken, waaronder de reden voor de afwezigheid van de moeder en het kind van het grondgebied van deze lidstaat, die in aanmerking moeten worden genomen om te bepalen waar een kind in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding zijn gewone verblijfplaats heeft.

II. Toepasselijke bepalingen

5. Overweging 12 van de Brussel II bis-verordening luidt als volgt:

„De in deze verordening opgenomen bevoegdheidsregels met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid zijn zodanig opgezet dat zij in het belang van het kind zijn, en met name beantwoorden aan het criterium van de nauwe verbondenheid. Dit betekent dat de bevoegdheid in de eerste plaats bij de gerechten van de lidstaat van de gewone verblijfplaats van het kind moet berusten […].”

6. Volgens artikel 8, lid 1, van deze verordening, met als opschrift „Algemene bevoegdheid”, zijn „[t]er zake van de ouderlijke verantwoordelijkheid […] bevoegd de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan het kind zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak bij het gerecht aanhangig wordt gemaakt”.

III. Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure voor het Hof

7. Verzoekster in het hoofdgeding (UD), die de Bengalese nationaliteit heeft, is in 2013 in Bangladesh een gearrangeerd huwelijk aangegaan met verweerder in het hoofdgeding (XB), die de Britse nationaliteit heeft. Verzoekster en verweerder in het hoofdgeding zijn respectievelijk moeder en vader van een dochtertje dat in mei 2016 is verwekt in Bangladesh.

8. In juni of juli 2016 is UD naar het Verenigd Koninkrijk gereisd om te gaan samenwonen met XB. Aan haar werd een visum voor echtgenoten verleend door de United Kingdom Home Office (ministerie van Binnenlandse Zaken van het Verenigd Koninkrijk), dat geldig is van 1 juli 2016 tot en met 1 april 2019.

9. UD verwijt XB en zijn familie huiselijk geweld jegens haar te hebben gepleegd, zowel fysiek als geestelijk. Zij beschuldigt XB ook van twee verkrachtingen. XB betwist deze beschuldigingen.

10. Op 24 december 2016 is UD, terwijl zij hoogzwanger was, met XB naar Bangladesh gereisd, waar het kind op 2 februari 2017 is geboren. UD en het kind zijn daar sindsdien gebleven. Begin januari 2018 is XB naar Engeland en naar Wales teruggekeerd.

11. Partijen in het hoofdgeding voeren twee verschillende versies aan van de omstandigheden rondom hun reis naar Bangladesh en de gebeurtenissen die daarop volgden.

12. UD betoogt dat zij op onrechtmatige wijze en tegen haar wil door XB wordt vastgehouden in Bangladesh. Zij zou zijn gedwongen om daar te bevallen en te blijven, in strijd met haar grondrechten en die van het kind uit hoofde van de artikelen 3 en 5 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM"). UD stelt dat XB haar heeft achtergelaten in het dorp van haar vader met de mededeling dat hij haar na een week zou komen halen. Hij zou echter nooit zijn teruggekomen en zou haar paspoort en andere documenten in beslag hebben genomen opdat zij Bangladesh niet kon verlaten. UD geeft aan dat zij daar nooit naartoe zou zijn gegaan als ze de ware bedoelingen van XB had gekend. UD betoogt dat zij in het dorp in kwestie geen gas, elektriciteit en drinkwater heeft, en geen enkel inkomen geniet. Zij zou worden gestigmatiseerd door de dorpsgemeenschap vanwege het feit dat zij gescheiden leeft van XB.

13. XB betwist al deze stellingen. Volgens hem zijn zij op verzoek van UD naar Bangladesh gereisd, omdat zij ongelukkig was in het Verenigd Koninkrijk. Ook zou UD zelf hebben gewild dat XB zonder haar terugkeerde naar het Verenigd Koninkrijk.

14. Op 20 maart 2018 heeft UD een procedure ingeleid bij de High Court of Justice (England and Wales), Family Division. De moeder verzoekt deze rechterlijke instantie ten eerste om het kind onder de bescherming van deze instantie te plaatsen en ten tweede de terugkeer van haar en het kind naar Engeland en Wales te gelasten, zodat zij aan de gerechtelijke procedure kan deelnemen.

15. Tijdens een hoorzitting op dezelfde dag heeft UD aangevoerd dat de verwijzende rechter bevoegd is om deze zaak te behandelen. Zij voert primair aan dat het kind op de datum waarop de zaak aanhangig is gemaakt bij de verwijzende rechter, zijn gewone verblijfplaats in Engeland en Wales had. Subsidiair betoogt UD dat de rechter op grond van het nationale recht de parens-patriaebevoegdheid heeft (dat wil zeggen bevoegdheid op grond van nationaliteit of Brits staatsburgerschap) over en ten aanzien van het kind en deze bevoegdheid in casu moet uitoefenen.

16. Tijdens een hoorzitting op 16 april 2018 heeft XB de bevoegdheid van de High Court of Justice (England and Wales), Family Division, aangevochten. Volgens XB had het kind op de datum waarop het hoofdgeding is ingeleid, zijn gewone verblijfplaats in Bangladesh. Voorts heeft deze rechterlijke instantie geen parens-patriaebevoegdheid over en ten aanzien van het kind aangezien het geen Brits staatsburger is. Zelfs al zou deze instantie een dergelijke bevoegdheid hebben, dan zou zij zich er in casu hoe dan ook van moeten onthouden om deze uit te oefenen.

17. In zijn verwijzingsbeslissing stelt dezelfde rechter dat hij de feiten niet heeft vastgesteld omdat hij van mening is dat hij zich vooraf moet uitspreken over zijn bevoegdheid. Volgens de verwijzende rechter moet eerst worden vastgesteld of het kind op het moment waarop deze rechter is aangezocht, zijn gewone verblijfplaats in het Verenigd Koninkrijk had in de zin van artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening, voordat kan worden onderzocht of hij eventueel uit anderen hoofde bevoegd is.

18. Zijns inziens moest middels een prejudiciële verwijzing worden opgehelderd of de gewone verblijfplaats van het kind kan worden vastgesteld in een lidstaat waar het zich nooit fysiek heeft bevonden. De verwijzende rechter wenst in het bijzonder te vernemen of dit het geval kan zijn wanneer de moeder beweert dat het kind in een derde staat is geboren en verblijft, en zijn ouders, die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, geen gezamenlijk voornemen hebben daar te wonen en waar de moeder en het kind op onrechtmatige wijze onder dwang worden vastgehouden door de vader. Deze rechter stelt dat de handelwijze van XB, indien deze wordt bevestigd, waarschijnlijk schending van de grondrechten van de moeder en het kind oplevert op grond van de artikelen 3 en 5 van het EVRM.

19. Daarop heeft de High Court of Justice of England and Wales, Family Division, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is de fysieke aanwezigheid van een kind in een staat een essentieel element van de gewone verblijfplaats, in de zin van artikel 8 van de [Brussel II bis-verordening]?

2) Heeft, in omstandigheden waarin beide ouders de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, het feit dat een moeder is misleid om naar een andere staat te gaan en vervolgens door de vader in die staat onrechtmatig wordt vastgehouden, door middel van dwang of een andere onrechtmatige handeling, waardoor de moeder is gedwongen in die staat te bevallen van een kind, gevolgen voor de beantwoording van de [eerste vraag] indien mogelijkerwijs sprake is geweest van een schending van de mensenrechten van de moeder en/of het kind, overeenkomstig de artikelen 3 en 5 van het [EVRM], of anderszins?"

20. De verwijzende rechter heeft verzocht de prejudiciële verwijzing te behandelen volgens de spoedprocedure van artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. De Eerste kamer van het Hof heeft op 5 juli 2018, op voorstel van de rechter-rapporteur, de advocaat-generaal gehoord, besloten dit verzoek in te willigen.

21. UD, XB, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Alle genoemden en de Tsjechische regering waren vertegenwoordigd tijdens de pleitzitting op 7 september 2018.

IV. Analyse

A. Ontvankelijkheid

22. De regering van het Verenigd Koninkrijk voert aan dat de prejudiciële vragen niet ontvankelijk zijn op grond dat artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening enkel van toepassing is op bevoegdheidsconflicten tussen rechterlijke instanties van de lidstaten. Op grond van artikel 61, onder c), EG, het huidige artikel 67 VWEU, dat een van de rechtsgrondslagen van deze verordening vormt, zou de geografische werkingssfeer van de verordening beperkt zijn tot situaties die aanknopingspunten hebben met twee of meer lidstaten. Artikel 8, lid 1, van deze verordening zou dus niet van toepassing zijn op een geschil dat aanknopingspunten heeft met een lidstaat en een derde land.

23. Blijkens de bewoordingen van deze bepaling zijn de gerechten van een lidstaat bevoegd voor zover „het kind [op dat grondgebied] zijn gewone verblijfplaats heeft op het tijdstip dat de zaak bij het gerecht aanhangig wordt gemaakt", zonder dat deze bevoegdheid is beperkt tot geschillen die aanknopingspunten hebben met een andere lidstaat.

24. Artikel 61, onder a), van de Brussel II bis-verordening bevestigt deze lezing. Volgens deze bepaling is die verordening in de verhouding tot het Verdrag van Den Haag van 19 oktober 1996 inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (hierna: „Verdrag van Den Haag van 1996")[3] van toepassing wanneer het kind zijn gewone verblijfplaats heeft

3 Het Verdrag van Den Haag van 1996 is in de plaats gekomen van het Verdrag van Den Haag van 5 oktober 1961 betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen (hierna: „Verdrag van Den Haag van 1961"). De Europese Unie is geen overeenkomstsluitende partij bij het Verdrag van Den Haag van 1996, maar alle lidstaten hebben het ondertekend.

in een lidstaat. In alle gevallen waarin aan dit criterium wordt voldaan, heeft de Brussel II bis-verordening dus voorrang op dit verdrag, waarbij het niet van belang is of het geding een potentieel bevoegdheidsconflict tussen lidstaten of tussen een lidstaat en een derde land dat dit verdrag heeft ondertekend, impliceert.

25. Voorts heeft artikel 12, lid 4, van deze verordening, waarin voor bepaalde omstandigheden is voorzien in een prorogatie van rechtsmacht van de gerechten van een lidstaat die hebben beslist over een echtscheidingsverzoek van de ouders, zelfs wanneer het kind daar niet zijn gewone verblijfplaats heeft, betrekking op de situatie van een kind dat zijn gewone verblijfplaats heeft in een derde staat die geen verdragsluitende partij is bij het Verdrag van Den Haag van 1996. Deze bepaling is dus specifiek van toepassing op geschillen die aanknopingspunten hebben met een lidstaat en een dergelijke derde staat. [4]

26. Op grond van een teleologische uitlegging van artikel 8, lid 1, van deze verordening ben ik tevens van mening dat de internationale bevoegdheid van de gerechten van een lidstaat vaststaat wanneer het kind daar zijn gewone verblijfplaats heeft, ook al bestaan er geen aanknopingspunten met een andere lidstaat.

27. In dit verband heeft het Hof in het arrest Owusu [5] gepreciseerd dat het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [6] (hierna: „Executieverdrag"), het instrument dat voorafging aan verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken [7] (hierna: „Brussel I-verordening"), tot doel had de werking van de gemeenschappelijke markt te vergemakkelijken door bevoegdheidsregels voor de aldaar gerezen geschillen op te stellen en de moeilijkheden rond de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen te beperken. Het Hof heeft geoordeeld dat de eenmaking van de bevoegdheidsregels voor geschillen die een aanknopingspunt hebben met een derde land, bijdraagt aan de verwezenlijking van dat doel, omdat daarmee belemmeringen worden weggenomen die kunnen voortvloeien uit de verschillen tussen de nationale wetgevingen. Het Hof heeft daaruit afgeleid dat voor de toepassing van de in artikel 2 Executieverdrag neergelegde regel, waarin algemene bevoegdheid wordt toegekend aan de gerechten van de lidstaat waar de verweerder zijn woonplaats heeft, geen rechtsverhouding is vereist waarbij meerdere verdragsluitende staten betrokken zijn. [8]

28. Mijns inziens gaat de gevolgde redenering in dit arrest ook op in het kader van artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening. Uit hoofde van artikel 67, lid 4, VWEU bevordert de Unie immers de wederzijdse erkenning van beslissingen van gerechten in de lidstaten in alle burgerlijke zaken. [9] Met harmonisering van de regels voor internationale bevoegdheid wordt beoogd wederzijds vertrouwen te scheppen door de rechtszekerheid te versterken, waardoor een systeem van automatische erkenning

4 Daarentegen houden sommige bepalingen van de Brussel II bis-verordening betreffende de bevoegdheid blijkens hun bewoordingen wel noodzakelijkerwijs een potentieel bevoegdheidsconflict in tussen de gerechten van twee of meer lidstaten (zie de artikelen 9, 10, 15, 19 en 20). Overigens zijn de bepalingen van deze verordening betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging enkel van toepassing op vonnissen van gerechten van de lidstaten [zie beschikking van 12 mei 2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, punten 19-22), en arrest van 20 december 2017, Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988, punt 27)]. Ook staat vast dat voor de toepassing van artikel 11 van deze verordening, betreffende de terugkeer van het kind, wordt verondersteld dat het overbrengen of niet doen terugkeren, plaatsvindt van de ene naar de andere lidstaat. De vraag die rijst, is dan ook niet wat de territoriale werkingssfeer van de Brussel II bis-verordening als geheel is, maar wat de toepasselijkheid van elke bepaling is.

5 Arrest van 1 maart 2005 (C-281/02, EU:C:2005:120, punt 33).

6 PB 1972, L 299, blz. 32.

7 Verordening van de Raad van 22 december 2000 (PB 2001, L 12, blz. 1).

8 Arrest van 1 maart 2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, punten 34 en 35). Zie ook advies 1/03 (Nieuw verdrag van Lugano) van 7 februari 2006 (EU:C:2006:81, punten 146-148).

9 Zo is in artikel 81, lid 2, VWEU bepaald dat er harmoniseringsmaatregelen worden vastgesteld op het gebied van justitiële samenwerking in burgerlijke zaken „*met name* wanneer dat nodig is voor de goede werking van de interne markt" (cursivering van mij).

van beslissingen tot stand kan worden gebracht.[10] Vanuit dat perspectief kunnen door onderlinge aanpassing van de bevoegdheidsregels voor geschillen die een aanknopingspunt met een derde land hebben, belemmeringen voor de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in de lidstaten in alle burgerlijke zaken, met inbegrip van familierechtelijke zaken, worden weggenomen.

29. Deze conclusie weerspiegelt overigens de wijze waarop de werkingssfeer van artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening door nationale rechters[11] en in de rechtsleer[12] wordt opgevat.

30. De door de regering van het Verenigd Koninkrijk opgeworpen grond voor niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen moet dan ook worden afgewezen.

31. Volledigheidshalve wijs ik er tevens op dat de ontvankelijkheid van deze vragen niet in geding kan worden gebracht op grond dat zij betrekking hebben op een scenario waarin bepaalde feiten niet zijn vastgesteld door de verwijzende rechter, maar enkel worden aangevoerd door de moeder.[13]

B. Ten gronde

1. Overwegingen vooraf

32. Het begrip „gewone verblijfplaats van het kind", dat de hoeksteen vormt van de Brussel II bis-verordening en de internationale verdragen die hieraan ten grondslag liggen, vervult in het kader van deze instrumenten een tweeledige functie.

33. In de eerste plaats vormt het criterium van de gewone verblijfplaats van het kind op het tijdstip waarop de zaak bij het gerecht aanhangig wordt gemaakt, uit hoofde van artikel 8, lid 1, van deze verordening de grondslag voor de algemene bevoegdheid van de gerechten van een lidstaat om te beslissen over zaken die betrekking hebben op de ouderlijke verantwoordelijkheid.[14] Deze bepaling is inhoudelijk identiek aan artikel 5, lid 1, van het Verdrag van Den Haag van 1996.

34. In de tweede plaats vormt het begrip „gewone verblijfplaats" van het kind de kern van het terugkeermechanisme zoals vastgelegd in het op 25 oktober 1980 te Den Haag gesloten Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (hierna: „Verdrag van Den Haag van 1980" en tezamen met het Verdrag van Den Haag van 1996, „verdragen

10 Zie punt 13 van het toelichtend verslag van A. Borrás (PB 1998, C 221, blz. 27), dat is opgesteld in het kader van de goedkeuringsprocedure voor het verdrag zoals opgesteld op grond van artikel K.3 van het [VEU], betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken dat op 28 mei 1998 is gesloten te Brussel (PB 1998, C 221, blz. 1, het „Brussel II-verdrag").

11 Zie bijvoorbeeld Cour de Cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Frankrijk), eerste civiele kamer, 13 mei 2015, nr. 15-10.872; Supreme Court of the United Kingdom (hoogste rechterlijke instantie van het Verenigd Koninkrijk), Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, punt 29, en de High Court of Ireland (rechter in eerste aanleg, Ierland), O'K v A, 1 juli 2008, [2008] IEHC 243, punt 5.8.

12 Zie bijvoorbeeld Gallant, E., „Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale", *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013, punten 24 e.v. en Magnus, U., en Mankowski, P., *European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, blz. 21.

13 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat een nationale rechter, „zelfs indien hij zich baseert op stellingen van een partij in het hoofdgeding waarvan hij de juistheid nog niet heeft onderzocht, [hem] een verzoek om uitlegging […] kan voorleggen, wanneer hij, gelet op de bijzonderheden van de zaak, van mening is dat een prejudiciële beslissing nodig is om vonnis te kunnen wijzen en dat de […] prejudiciële vragen relevant zijn" [arrest van 9 december 2003, Gasser (C-116/02, EU:C:2003:657, punt 27)]. In de onderhavige zaak is de verwijzende rechter van mening dat het Hof zijn vragen moet beantwoorden om over zijn bevoegdheid te kunnen beslissen, aangezien de bewijsnorm van relevante feiten waaraan hiertoe moet worden voldaan, afwijkt van de norm die van toepassing is op de vaststelling van de feiten ten gronde. In dit verband heeft het Hof in het arrest van 28 januari 2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, punten 59-63), geoordeeld dat de omvang van de controleverplichtingen die op de nationale gerechten rusten bij de verificatie van hun internationale bevoegdheid op grond van de Brussel I-verordening, betrekking heeft op intern procesrecht, onder voorbehoud dat geen afbreuk wordt gedaan aan het nuttig effect van deze verordening. Volgens het Hof moet de nationale rechter zich gemakkelijk over zijn eigen bevoegdheid kunnen uitspreken, zonder dat hij de zaak ten gronde hoeft te onderzoeken door over te gaan tot een gedetailleerde bewijsvoering met betrekking tot de zowel voor de bevoegdheid als voor de gegrondheid relevante feiten. Deze logica moet mijns inziens ook worden gevolgd voor de in de Brussel II bis-verordening neergelegde bevoegdheidsregels.

14 Niet betwist is dat in het hoofdgeding vragen aan de orde zijn die betrekking hebben op de ouderlijke verantwoordelijkheid zoals omschreven in artikel 2, punt 7, van de Brussel II bis-verordening.

van Den Haag”).[15] Dit mechanisme, aangevuld met de bepalingen van de Brussel II bis-verordening en in het bijzonder artikel 11, blijft van toepassing tussen de lidstaten in zaken waarop deze verordening van toepassing is.[16] In wezen is het overbrengen of niet doen terugkeren van een kind ongeoorloofd indien dit in strijd is met een gezagsrecht dat onmiddellijk voorafgaand aan deze gebeurtenis volgens de wetgeving van het land van de gewone verblijfplaats van het kind is toegekend.[17] Wanneer de overbrenging of het niet doen terugkeren ongeoorloofd is, moet de terugkeer van het kind naar die lidstaat in beginsel onverwijld worden gelast.[18]

35. Volgens de rechtspraak van het Hof heeft het begrip „gewone verblijfplaats van het kind” in beide contexten dezelfde betekenis.[19] Deze benadering valt in het bijzonder te verklaren door het feit dat zowel artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening als het terugkeermechanisme ertoe strekt dat geschillen over ouderlijke verantwoordelijkheid worden beslecht door de gerechten van de lidstaat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, die het best in staat worden geacht om de belangen van dit kind te beschermen.[20]

36. Meer bepaald blijkt uit overweging 12 van deze verordening dat de algemene bevoegdheidsregel in artikel 8, lid 1, een uitvloeisel is van het criterium van de nauwe verbondenheid, waarmee de wetgever uitdrukking heeft willen geven aan de doelstelling van bescherming van het belang van het kind. De wetgever was van mening dat de gerechten van de lidstaat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft, vanwege hun nauwe verbondenheid met de sociale en gezinsomgeving van het kind, het best in staat zijn diens situatie in het kader van de bodemprocedure te beoordelen[21], in voorkomend geval nadat de terugkeer van het kind naar die lidstaat heeft plaatsgevonden overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag van Den Haag van 1980, zoals aangevuld door de Brussel II bis-verordening. Deze bevoegdheidsregel en het terugkeermechanisme worden dan ook ingegeven door een bepaalde opvatting van het belang van het kind, op algemene wijze bezien.[22] Dit belang wordt in een later stadium geconcretiseerd, tijdens de procedure ten gronde over kwesties die de ouderlijke verantwoordelijkheid betreffen.[23]

37. Het begrip „gewone verblijfplaats van het kind” is noch in de verdragen van Den Haag, noch in de Brussel II bis-verordening gedefinieerd. In deze omstandigheden is het Hof er, net als de gerechten van de verdragsluitende staten, toe genoopt de contouren te schetsen van een toets op basis waarvan de gewone verblijfplaats van het kind in elk concreet geval kan worden vastgesteld. Hierbij moet een evenwicht worden gezocht tussen verschillende vereisten.

15 Het Verdrag van Den Haag van 1980 is door alle lidstaten ondertekend. De Unie is hierbij echter geen verdragsluitende partij. Overigens heeft de Volksrepubliek Bangladesh noch dit verdrag, noch het Verdrag van Den Haag van 1996 ondertekend.

16 Zie artikel 62, lid 2, en overweging 17 van de Brussel II bis-verordening. Uit hoofde van artikel 60, onder e), van deze verordening hebben de bepalingen van de verordening voorrang boven die van het Verdrag van Den Haag van 1980. Zie arrest van 5 oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punt 36).

17 Zie artikel 3 van het Verdrag van Den Haag van 1980 en artikel 2, punt 11, van de Brussel II bis-verordening.

18 Zie artikel 12 van het Verdrag van Den Haag van 1980 en artikel 11 van de Brussel II bis-verordening.

19 Arresten van 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punt 54), en 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 41).

20 Zie toelichtend verslag van E. Pérez-Vera, Actes et documents de la XIV[ème] session (1980), deel III (hierna: „verslag Pérez-Vera”), punten 16, 19 en 66. Uit punt 16 van dit document blijkt dat het onvermogen om bevoegdheidscriteria op het gebied van gezagsrecht vast te leggen in verdragen, heeft geleid tot de keuze voor het terugkeermechanisme, waardoor „de definitieve beslissing over het gezag, weliswaar via een omweg, in de meeste gevallen kan worden genomen door de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind vóór zijn overbrenging”.

21 Zie in die zin arrest van 9 november 2010, Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, punt 84).

22 Zie punten 24 en 25 van het verslag Pérez-Vera en arrest van 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Zie in die zin arrest van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 66).

38. Ten eerste moet de toets rechters voldoende speelruimte bieden opdat zij hun beslissingen kunnen afstemmen op de omstandigheden van elke specifieke zaak teneinde het criterium van de nauwe verbondenheid zo goed mogelijk te weerspiegelen. In dit verband blijkt uit de voorbereidende werkzaamheden van de verdragen van Den Haag dat de opstellers het begrip „gewone verblijfplaats van het kind" bewust niet hebben gedefinieerd. Volgens hen wordt dat begrip bepaald door feitelijke beoordelingen en zou het niet moeten worden afgebakend door rigide rechtsregels zoals de regels voor het vaststellen van de woonplaats. [24]

39. Ten tweede moet deze toets een zekere mate van voorspelbaarheid en rechtszekerheid waarborgen doordat de beoordelingsbevoegdheid van de rechters voldoende is afgebakend. Dit laatste vereiste sluit ook aan op de eenvormigheid die wordt nagestreefd bij de toepassing van de Brussel II bis-verordening en de verdragen van Den Haag: hoe nauwkeuriger en duidelijker de aanknopingspunten, hoe voorspelbaarder en dus eenvormiger de uitkomsten bij de verschillende gerechten.

40. Ik acht het zinvol hier te wijzen op het belang van een coherente en eenvormige toepassing van het criterium van de gewone verblijfplaats van het kind, zowel binnen de Unie als in de staten die partij zijn bij de verdragen van Den Haag. Het gaat erom dat bevoegdheidsconflicten tussen de gerechten van de lidstaten en de gerechten van andere staten die partij zijn bij het Verdrag van Den Haag van 1996, worden voorkomen en dat het terugkeermechanisme uit het Verdrag van Den Haag van 1980 eenvormig kan worden toegepast. [25] Vanuit deze invalshoek acht ik het zinvol om in mijn analyse bepaalde beslissingen van gerechten van derde landen die partij zijn bij deze verdragen, in de beschouwing te betrekken. [26]

2. Noodzaak van fysieke aanwezigheid van het kind in een lidstaat om vast te stellen dat het daar zijn gewone verblijfplaats heeft (eerste vraag)

a) Inleidende overwegingen

41. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een kind fysiek aanwezig moet zijn geweest in een lidstaat, ook al was dat in het verleden en voor een beperkte tijd, om daar zijn gewone verblijfplaats te hebben in de zin van artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening.

42. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing is deze vraag gerezen tegen de achtergrond van een gerechtelijke discussie die is gevoerd in de Supreme Court of the United Kingdom (hoogste rechterlijke instantie van het Verenigd Koninkrijk) in een geding waarvan de feitelijke constellatie raakvlakken vertoont met de onderhavige zaak. In arrest A v A (Children: Habitual Residence) [27] moest die rechter zich uitspreken over de gewone verblijfplaats van een kind dat was geboren in

24 Bij de goedkeuring van het Verdrag van Den Haag van 1961 werd de voorkeur gegeven aan het criterium van de gewone verblijfplaats van het kind boven dat van nationaliteit, waarop de bevoegdheid op het gebied van de status van personen van oudsher was gebaseerd maar dat achterhaald werd geacht, en boven dat van de woonplaats, dat een juridisch begrip vormde dat in de nationale rechtsstelsels verschillend was gedefinieerd. De gewone verblijfplaats werd beschouwd als een „feitelijk begrip" dat overeenkwam met het „daadwerkelijke centrum van het leven van de minderjarige" [toelichtend verslag van W. de Steiger, Actes et documents de la IX^{ème} session (1960), deel IV, blz. 9, 13 en 14]. In de voorbereidende werkzaamheden voor de goedkeuring van het Verdrag van Den Haag van 1980 wordt opnieuw gesteld dat de gewone verblijfplaats in tegenstelling tot het concept „woonplaats", een „louter feitelijk begrip" vormt (verslag Pérez-Vera, punt 66). Tijdens de voorbereidende werkzaamheden voor het Verdrag van Den Haag van 1996 werd een voorstel tot invoeging van een definitie van dit begrip afgewezen op grond dat de uitlegging van talrijke andere verdragen waarin hetzelfde begrip voorkomt, daardoor zou kunnen worden verstoord [toelichtend verslag van P. Lagarde, Actes et documents de la XVIII^{ème} session (1996), deel II, punt 40]. Deze verslagen zijn tevens beschikbaar op https://www.hcch.net/fr/instruments.

25 Zie in dit verband conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak A (C-523/07, EU:C:2009:39, punten 26 en 30).

26 Zo sluit ik mij met name aan bij de Britse en Canadese gerechten, in wier rechtspraak veelvuldig wordt verwezen naar de beslissingen van gerechten van andere staten die partij zijn bij het Verdrag van Den Haag van 1980 en van het Hof. Zie bijvoorbeeld Supreme Court of Canada (Hooggerechtshof, Canada), Balev, 2018 SCC 16, punten 40-57 en Supreme Court of the United Kingdom (hoogste rechterlijke instantie van het Verenigd Koninkrijk), A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, punten 46 e.v.

27 [2013] UKSC 60.

Pakistan en nog nooit het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk had betreden. Zijn moeder had een aantal jaren in het Verenigd Koninkrijk gewoond, waar zij drie kinderen had gekregen. Vóór de verwekking van een vierde kind was zij naar Pakistan gereisd voor een tijdelijk bezoek. Vervolgens was zij daar samen met haar drie eerste kinderen vastgehouden door de vader, die hun paspoorten had ingenomen, en was zij gedwongen daar te bevallen van het vierde kind.

43. De meerderheid van de rechters, aangevoerd door Lady Hale, neigde op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de gewone verblijfplaats van het kind een feitelijk begrip vormt [28], tot het oordeel dat de fysieke aanwezigheid van het kind in het Verenigd Koninkrijk een voorafgaande voorwaarde vormt om te bepalen dat het daar zijn gewone verblijfplaats heeft. De meerderheid van de rechters erkende echter dat het Hof eerst zijn licht over deze vraag moest laten schijnen middels een prejudiciële beslissing en heeft deze vraag onbeantwoord gelaten door de bevoegdheid van de Britse gerechten op een andere grondslag te baseren, te weten de parens-patriaebevoegdheid. [29] Lord Hughes stelde zich op een ander standpunt. Volgens hem had het kind, ook op basis van de feitelijke benadering van het Hof, zijn gewone verblijfplaats in het Verenigd Koninkrijk aangezien de leden van het gezin waarvan het deel uitmaakte, daar voldoende waren gevestigd om er hun gewone verblijfplaats te hebben, en het kind daar enkel afwezig was ten gevolge van de door de vader uitgeoefende dwang. [30]

44. De in de eerste prejudiciële vraag opgeworpen problematiek is ook bij de Franse gerechten onder de aandacht gekomen. De Cour de cassation (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Frankrijk) heeft zich over een situatie gebogen waarin een moeder, die in de Verenigde Staten woonde met de vader en hun eerste kind, zwanger naar Frankrijk was gereisd voor een tijdelijk bezoek aan familie. De moeder was vervolgens op het Franse grondgebied gebleven, was daar bevallen van het tweede kind en had eenzijdig besloten de kinderen niet naar de Verenigde Staten te laten terugkeren. In deze omstandigheden heeft de Cour de cassation geoordeeld dat beide kinderen hun gewone verblijfplaats in de Verenigde Staten hadden, hoewel het pasgeboren kind daar nooit was geweest. [31]

45. Het Hof heeft weliswaar herhaaldelijk benadrukt dat de fysieke aanwezigheid van een kind in een bepaald land *niet volstaat* om te bepalen dat het daar zijn gewone verblijfplaats heeft, maar heeft de vraag of fysieke aanwezigheid hiertoe een *noodzakelijke* voorwaarde is, mijns inziens nog niet beantwoord. [32] Eerst zal ik ingaan op deze rechtspraak en de juridische toets die zich daaruit aftekent [onderdeel b)]. Vervolgens zal ik de redenen uiteenzetten waarom ik van mening ben dat de fysieke aanwezigheid van een kind in een bepaald land, in het licht van de beginselen uit de bestaande rechtspraak en van de doelstellingen en achtergrond van de Brussel II bis-verordening, geen voorafgaande voorwaarde vormt om te bepalen dat het in dat land zijn gewone verblijfplaats heeft [onderdeel c)].

b) Toets zoals ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof

46. In zijn verschillende arresten heeft het Hof een toets opgesteld en uitgewerkt waarmee de gewone verblijfplaats van het kind kan worden vastgesteld op basis van een hoofdzakelijk feitelijke en casuïstische benadering. Zo heeft het getracht gestalte te geven aan het criterium van de nauwe verbondenheid waarvoor de wetgever in het belang van het kind heeft gekozen.

28 Zie punt 47 e.v. van deze conclusie.

29 [2013] UKSC 60, punten 55-58.

30 Zie met name [2013] UKSC 60, punten 82-93. Bovendien was de verwijzende rechter in specifieke omstandigheden, die vergelijkbaar zijn met die van de zaak A v A (Children: Habitual Residence), van mening dat een kind zijn gewone verblijfplaats in het Verenigd Koninkrijk had, ook al was het daar nooit geweest. Zie High Court of Justice (England and Wales), Family Division, B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 Cour de cassation, eerste civiele kamer, 26 oktober 2011, nr. 10-19.905 (Bulletin 2011, I, nr. 178).

32 Zie punt 47 en de punten 54-63 van deze conclusie.

47. Volgens vaste rechtspraak komt de gewone verblijfplaats van het kind overeen met de plaats die „een zekere integratie in een sociale en familiale omgeving" tot uitdrukking brengt [33] of, volgens de formulering in het recente arrest HR, „de plaats waar zich in feite het centrum van zijn leven bevindt". [34] Deze juridische toets door de nationale rechter houdt in dat de feiten moeten worden beoordeeld om deze plaats te bepalen op basis van alle omstandigheden die elk individueel geval kenmerken. In dit verband moeten „[n]aast de fysieke aanwezigheid van het kind in een lidstaat […] andere factoren aantonen dat deze aanwezigheid niet tijdelijk of toevallig is en dat de verblijfplaats van het kind een zekere integratie in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking brengt" [35] – of, zoals geformuleerd in het arrest Mercredi, „een zekere bestendigheid of regelmatigheid" [36].

48. Deze factoren zijn onder meer de duur, de regelmatigheid, de omstandigheden en de redenen van het verblijf in de betrokken lidstaat of lidstaten, de nationaliteit van het kind [37], de plaats waar en de omstandigheden waaronder het naar school gaat, de talenkennis en de familiale en sociale banden van het kind in die lidstaat of lidstaten. [38] De bedoeling van de ouders om zich ergens met het kind te vestigen, vormt een extra aanwijzing, mits daaraan uiting is gegeven door tastbare maatregelen (zoals de koop of huur van een woning). [39] Het relatieve gewicht van deze elementen hangt af van de omstandigheden die elk concreet geval kenmerken. [40]

49. Het Hof moest deze toets toepassen voor de vaststelling van de gewone verblijfplaats van een zuigeling [41] en heeft toen, voor het eerst in het arrest Mercredi [42], erkend dat bij de beoordeling van de integratie van een kind in een familiale en sociale omgeving de omstandigheden van het verblijf van de personen van wie het afhankelijk is, niet buiten beschouwing mogen worden gelaten. Het Hof heeft erop gewezen dat de omgeving waarin een jong kind opgroeit, hoofdzakelijk een familieomgeving is die wordt bepaald door de referentiepersoon of -personen bij wie het woont, die effectief gezag over hem uitoefenen en voor hem zorgen [43] – in de regel zijn ouders. [44] Wanneer een dergelijk kind in het dagelijks leven bij zijn ouders woont, impliceert de bepaling van de gewone verblijfplaats derhalve die van de plaats waar zijn ouders zich op bestendige wijze ophouden en in een sociale en familiale omgeving zijn geïntegreerd. [45]

33 Zie bijvoorbeeld arresten van 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punt 38); 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).

34 Arrest van 28 juni 2018 (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 42). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in zaak A (C-523/07, EU:C:2009:39, punt 38). Deze toets komt overeen met die voor het „daadwerkelijke centrum van het leven van de minderjarige" zoals genoemd in de voorbereidende werkzaamheden voor het Verdrag van Den Haag van 1961 (zie voetnoot 24 van deze conclusie).

35 Arresten van 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punt 38), en 9 oktober 2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, punt 51). Zie ook arresten van 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punt 49); 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 43), en 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 41).

36 Arrest van 22 december 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punt 44).

37 De vermelding van dit criterium stuit op het bezwaar dat de nationaliteit van een kind een op zichzelf staand aanknopingspunt vormt, dat van juridische aard is en dat de opstellers van de verdragen van Den Haag (waarop de Brussel II bis-verordening is gebaseerd) juist terzijde hebben willen stellen ten gunste van het feitelijke criterium van de gewone verblijfplaats van het kind (zie voetnoot 24 van deze conclusie). Zie Lamont, R., „Case C-523/07, A, Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 april 2009 (EU:C:2009:225)", *Common Market Law Review* 47, 2010, blz. 241. In die optiek speelt de nationaliteit van een kind enkel een rol voor zover zij een aanwijzing vormt voor de sociale werkelijkheid van de omgeving van een kind. Zie in die zin arrest van 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punten 57-60).

38 Zie in die zin arresten van 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punt 39), en 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 43).

39 Zie arresten van 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punt 40); 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punt 50); 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 46), en 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 46).

40 Zie in die zin arresten van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 48), en 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 49).

41 Volgens het Franse woordenboek Larousse wordt met het begrip „nourrisson" („zuigeling") een kind bedoeld vanaf het einde van de neonatale periode tot aan de leeftijd van twee jaar, terwijl een „nouveau-né" („pasgeborene") een kind van maximaal 28 dagen oud. Gemakshalve hanteer ik de term „zuigeling" voor beide categorieën zeer jonge kinderen. Het meisje in het hoofdgeding was op het tijdstip waarop de verwijzende rechter werd aangezocht, een zuigeling.

42 Arrest van 22 december 2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

43 Arrest van 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punten 52-54). Zie ook arrest van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 45).

44 Arrest van 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 44).

45 Zie arrest van 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 45).

50. Deze plaats moet worden vastgesteld aan de hand van een niet-uitputtende lijst aanwijzingen van dezelfde aard als die waaruit de integratie van een kind in een dergelijke omgeving blijkt. Deze aanwijzingen omvatten onder meer de duur, de regelmatigheid, de omstandigheden en de redenen van het verblijf van de ouders in de betrokken lidstaat of lidstaten, hun talenkennis, hun geografische afkomst en familiale wortels en de familiale en sociale banden die zij in die lidstaat hebben.[46] Met de bedoeling van de ouders om zich met het kind op een bepaalde plaats te vestigen, wordt rekening gehouden voor zover daarin tot uitdrukking komt dat de ouders (en dus het kind) werkelijk zijn geïntegreerd in een sociale en familiale omgeving.[47] In deze optiek vormt deze bedoeling van de ouders een factor die weliswaar belangrijk is, maar niet noodzakelijkerwijs doorslaggevend.[48] Het gewicht dat wordt toegekend aan de aspecten die verband houden met de integratie van de ouders hangt samen met de mate waarin het kind afhankelijk is van zijn ouders, die per leeftijd verschilt.

51. De logica van deze benadering komt vooral duidelijk naar voren wanneer de gewone verblijfplaats van een pasgeborene aan de orde is. Als enkel objectieve feiten betreffende de integratie tijdens een verblijf van een kind op een bepaalde plaats in aanmerking werden genomen, zou iedere pasgeborene verstoken zijn van een gewone verblijfplaats, doordat hij per definitie niet de tijd heeft gehad om op enige plaats te integreren. Daaruit zou voortvloeien dat geen enkele pasgeborene de bescherming zou genieten van het terugkeermechanisme dat is neergelegd in het Verdrag van Den Haag van 1980 en is aangevuld bij de Brussel II bis-verordening.

52. Hieruit volgt dat het Hof een zogenoemde „hybride” benadering heeft ontwikkeld waarbij de gewone verblijfplaats van het kind wordt bepaald op basis van zowel objectieve factoren die het verblijf van een kind op een bepaalde plaats kenmerken, als omstandigheden van het verblijf van zijn ouders en hun bedoelingen met betrekking tot de woonplaats van het kind. Het begrip „gewone verblijfplaats” is weliswaar gericht op het kind en behelst de plaats waar zich feitelijk het centrum van zijn leven bevindt, maar deze plaats is op zijn beurt, in een mate die varieert naargelang van de leeftijd van het kind, afhankelijk van de plaats waar zich het daadwerkelijke centrum van het leven van zijn ouders bevindt en waar zij voornemens zijn het kind op te voeden.

53. Voortbouwend op diverse vonnissen in landen die partij zijn bij het Verdrag van Den Haag van 1980 heeft de hoogste rechter in Canada benadrukt[49] dat de hybride benadering, die de voorkeur heeft boven die waarbij louter wordt gekeken naar de „acclimatisering” van het kind[50] en die waarbij een doorslaggevend gewicht wordt toegekend aan de bedoeling van de ouders[51], thans een tendens vormt die zich op internationaal niveau aftekent in de rechtspraak over dit verdrag.

46 Arresten van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 45), en 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 45). Zie ook arrest van 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punten 55 en 56).

47 Zie in die zin Supreme Court of the United Kingdom, Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence), [2013] UKSC 75, punt 23: „[…] it is clear that parental intent does play a part in establishing or changing the habitual residence of a child: not parental intent in relation to habitual residence as a legal concept, but parental intent in relation to the reasons for a child's leaving one country and going to stay in another”.

48 Zie arresten van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punten 47 en 50), en 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 64).

49 Zie Supreme Court of Canada, 20 april 2018, Balev, 2018 SCC 16, punten 50-57.

50 Zie United States Court of Appeals, Sixth Circuit, Friedrich v. Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) en Robert v. Tesson, 507 F.3d 981 (2007) en Court of Appeal (Montreal) (Canada), 8 september 2000, nr. 500-09-010031-003.

51 Zie bijvoorbeeld United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Mozes v Mozes, 239 F 3d 1067 (2001) en United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

c) Rechtspraak van het Hof over de al dan niet noodzakelijke fysieke aanwezigheid

1) Stelling dat het Hof hierover reeds heeft beslist

54. Geen van de belanghebbenden betwist dat de globale beoordeling van de omstandigheden van elk concreet geval in de praktijk doorgaans leidt tot de conclusie dat het daadwerkelijke centrum van het leven van een kind – en derhalve zijn gewone verblijfplaats – zich bevindt op een plaats waar hij reeds fysiek aanwezig is geweest. UD, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Tsjechische regering zijn echter, anders dan XB en de Commissie, van mening dat in bepaalde uitzonderlijke omstandigheden met deze globale beoordeling kan worden gerechtvaardigd dat een kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een land waar het nooit is geweest.

55. In dit verband bevat de hierboven uiteengezette rechtspraak van het Hof, zoals door XB en de Commissie wordt aangevoerd, een aantal passages waarin op het eerste gezicht wordt gepleit voor de conclusie dat voor de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind in een lidstaat wordt verondersteld dat het daar fysiek aanwezig is geweest. Wanneer deze passages echter binnen de passende context worden gelezen, blijkt niettemin dat voorzichtigheid geboden is alvorens deze conclusie te trekken.

56. Om te beginnen zou het feit dat herhaaldelijk de formulering „naast de fysieke aanwezigheid”[52] wordt gebruikt, voorafgaand aan de opsomming van andere relevante factoren, kunnen doen vermoeden dat deze parameter een noodzakelijk bestanddeel vormt van de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind. Gezien de feitelijke constellatie van de bij hem aanhangig gemaakte zaken heeft het Hof zich echter nooit specifiek gebogen over de vraag of fysieke aanwezigheid al dan niet noodzakelijk is. Zoals UD en de regering van het Verenigd Koninkrijk hebben gesteld, is de enige lering die uit het gebruik van deze formulering kan worden getrokken, het feit dat fysieke aanwezigheid *niet volstaat* als grondslag voor de gewone verblijfplaats van het kind. Hieruit kan niet worden afgeleid dat dit bestanddeel hiertoe *noodzakelijk* is.

57. Evenmin kunnen er conclusies worden getrokken uit de passage in het arrest W en V[53] dat „voor het bepalen van de gewone verblijfplaats van een kind in een bepaalde lidstaat ten minste vereist [is] dat het kind [daar] fysiek […] aanwezig is geweest”. Deze zinsnede moet namelijk worden begrepen in het licht van de feitelijke achtergrond van de zaak die tot dit arrest heeft geleid. Daarin voerde een van de ouders aan dat het kind zijn gewone verblijfplaats had in Litouwen, terwijl de nationaliteit van het kind het enige aanknopingspunt met die lidstaat vormde. Het Hof heeft er dan ook op gewezen dat enkel de nationaliteit van een lidstaat geen compensatie kan vormen voor het ontbreken van tastbare aanknopingspunten met die lidstaat, aangezien het kind daar niet eens is geweest.[54] Aan het Hof was niet de vraag voorgelegd of dergelijke aanknopingspunten, wanneer zij wel bestaan, in bepaalde gevallen een compensatie kunnen vormen voor het ontbreken van fysieke aanwezigheid in de lidstaat in kwestie.

58. Tot slot wordt het standpunt van XB en de Commissie evenmin geschraagd in het arrest OL.[55] In de zaak die tot dat arrest heeft geleid, betrof een kind van een Griekse moeder en een Italiaanse vader, die beiden vóór zijn geboorte in Italië woonden. Volgens de vader waren zij overeengekomen dat het kind in Griekenland geboren zou worden met dien verstande dat de kind en de moeder vervolgens in Italië zouden gaan wonen – een voornemen dat de moeder vervolgens heeft geweigerd ten uitvoer te brengen. De vader stelde bij een Griekse rechtbank dat de moeder het kind ongeoorloofd vasthield in

52 Zie punt 47 van deze conclusie.

53 Arrest van 15 februari 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118, punt 61).

54 Zie in dit verband voetnoot 37 van deze conclusie.

55 Arrest van 8 juni 2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

een andere lidstaat (Griekenland) dan de lidstaat waar het onmiddellijk vóór het niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had (Italië) in de zin van artikel 11, lid 1, van de Brussel II bis-verordening. De rechter moest daarom onderzoeken of het kind op het relevante tijdstip zijn gewone verblijfplaats had in Italië, ook al was het daar nooit geweest.

59. Tegen deze achtergrond had de rechter het Hof de vraag voorgelegd of de fysieke aanwezigheid van het kind in een lidstaat in alle gevallen een voorafgaande voorwaarde vormde om te kunnen vaststellen dat het daar zijn gewone verblijfplaats had. Indien de eerdere rechtspraak volgens het Hof reeds een bevestigend antwoord op deze vraag had geboden, had het zich ertoe kunnen beperken de nationale rechter daarop te wijzen. Zo had het geschil in kwestie eenvoudig kunnen worden beslecht. Overigens had advocaat-generaal Wahl het Hof, met name op basis van het arrest W en V[56], in overweging gegeven deze weg in te slaan.[57]

60. Het Hof heeft de prejudiciële vraag echter geherformuleerd om niet op algemene en abstracte wijze te hoeven antwoorden en de betrokken rechter tegelijkertijd zinvol bij te staan zodat het bij hem aanhangige geschil kon worden beslecht.[58] Het Hof heeft zich toegespitst op de situatie, zoals aan de orde in dit geding, waarin een kind overeenkomstig de gemeenschappelijke wens van zijn ouders ter wereld is gekomen en meerdere maanden ononderbroken met zijn moeder heeft verbleven buiten de lidstaat waarin de ouders vóór zijn geboorte hun gewone verblijfplaats hadden. Daarbij heeft het onderzocht of in een dergelijke situatie doorslaggevend gewicht toekomt aan de aanvankelijke bedoeling van de ouders dat de moeder met het kind naar die lidstaat zou terugkeren, om te kunnen vaststellen dat dit kind daar zijn gewone verblijfplaats heeft, los van het feit dat het daar nooit fysiek aanwezig is geweest.

61. In antwoord op de aldus geherformuleerde vraag heeft het Hof zich er ten eerste toe beperkt geen algemene regel te formuleren volgens welke de gezamenlijke bedoeling van de personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, voor de terugkeer van een kind in een lidstaat doorslaggevend is en automatisch zwaarder weegt dan de fysieke aanwezigheid van een kind in een andere lidstaat. Er bestaat dan ook geen absolute regel die erop neerkomt dat de gewone verblijfplaats van het kind noodzakelijkerwijs die van zijn ouders is en niet eenzijdig, tegen de wil van een van de ouders die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, kan worden veranderd door de andere ouder.[59]

62. Ten tweede heeft het Hof beoordeeld of op grond van de omstandigheden die hem door de nationale rechter ter kennis zijn gebracht, kon worden vastgesteld dat het kind zijn gewone verblijfplaats had in de lidstaat waar zijn ouders aanvankelijk voornemens waren met hem te gaan wonen (Italië). Het Hof had deze beoordeling overbodig kunnen achten als het hem duidelijk had geleken dat het ontbreken van fysieke aanwezigheid van het kind in Italië volstond om uit te sluiten dat het daar zijn gewone verblijfplaats had. Op basis van deze beoordeling kwam het Hof tot de slotsom dat het kind zijn gewone verblijfplaats niet in die lidstaat kon hebben aangezien het sinds een aantal maanden in Griekenland verbleef en daar overeenkomstig de gemeenschappelijke wens van zijn ouders ter wereld was gekomen.[60] Het Hof heeft geenszins uitgesloten dat een nationale rechter in andere omstandigheden, in het bijzonder wanneer de geboorteplaats niet overeenstemt met de gemeenschappelijke wens van de ouders, kan vaststellen dat het daadwerkelijke centrum van het leven van een kind zich in het licht van alle relevante factoren bevindt in een lidstaat waar het nooit heeft verbleven.

56 Arrest van 15 februari 2017 (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 Conclusie in de zaak OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punten 57 en 61). In de punten 81-83 nuanceert advocaat-generaal Wahl zijn standpunt echter door te stellen dat niet kan worden uitgesloten dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen waarin het criterium van de fysieke aanwezigheid buiten toepassing wordt gelaten, mits er een tastbare band bestaat met een lidstaat waar het kind nooit is geweest. Een dergelijke band moet in het belang van het kind berusten op „sterke en reële aanwijzingen" die zwaarder wegen dan de fysieke aanwezigheid.

58 Arrest van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 35).

59 Arrest van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 50 e.v.).

60 Arrest van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punten 49 en 50).

2) Keuze voor de benadering die het best aansluit op de rechtspraak en de doelstellingen van artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening

63. Aangezien het Hof zich nog niet heeft uitgesproken over de vraag of fysieke aanwezigheid in een lidstaat al dan niet noodzakelijk is om te kunnen bepalen dat het kind daar zijn gewone verblijfplaats heeft, moet worden onderzocht bij welke door de belanghebbenden voorgedragen oplossingen de feitelijke benadering, zoals gevolgd in de rechtspraak op grond van het door de wetgever neergelegde criterium van de nauwe verbondenheid, het beste aansluit.

64. Volgens UD, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Tsjechische regering verdraagt de feitelijke aard van het begrip „gewone verblijfplaats" zich slecht met een vaste regel dat de fysieke aanwezigheid in een lidstaat een absolute voorwaarde vormt voor de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind, los van het onderzoek naar de andere relevante omstandigheden. Zij stellen met name dat factoren die betrekking hebben op de integratie van de ouder die daadwerkelijk het gezag uitoefent over een jong kind, van belang zijn. XB en de Commissie voeren daarentegen aan dat een kind per definitie niet geïntegreerd kan zijn op een plaats waar het nooit is geweest en dat de bepaling dat het daar zijn gewone verblijfplaats heeft, een fictie zou zijn die indruist tegen de feitelijke aard van het betrokken begrip.

65. Eerstgenoemd standpunt strookt mijns inziens meer met de feitelijke benadering van het Hof. Wanneer het ontbreken van fysieke aanwezigheid als absoluut criterium zou worden aangemerkt, zou er een juridische subtoets ontstaan aangezien geen van de andere relevante factoren zou kunnen worden onderzocht indien niet is voldaan aan een voorafgaande voorwaarde betreffende de fysieke aanwezigheid van een kind. Een dergelijke algemene en abstracte regel zou de flexibiliteit wegnemen waarmee het criterium van de nauwe verbondenheid in het belang van het kind gestalte kan krijgen. Uit voornoemde rechtspraak blijkt immers dat dit criterium niet zozeer verband houdt met enkel de geografische verbondenheid van een kind met een bepaalde plaats, maar met de verbondenheid tussen een kind en een sociale en familiale omgeving op een bepaalde plaats.

66. Een flexibele benadering blijkt noodzakelijk, in het bijzonder voor de specifieke gevallen waarin zuigelingen ter wereld komen en verblijven in een ander land dan dat waar zich het daadwerkelijke centrum van het leven de ouders zich bevindt vanwege hun familiale en sociale banden. Ik wijs er in dit verband op dat het Hof heeft erkend dat het daadwerkelijke centrum van het leven van zuigelingen in de praktijk afhankelijk is van dat van hun ouders doordat zij per definitie niet los van hun ouders banden op een bepaalde plaats hebben kunnen ontwikkelen.[61] Wordt deze sociale en familiale werkelijkheid genegeerd, dan is de uitkomst naar mijn mening kunstmatiger dan wanneer wordt erkend dat een zuigeling in dergelijke uitzonderlijke situaties zijn gewone verblijfplaats kan hebben op een plaats waar hij nooit fysiek aanwezig is geweest.

67. De gewone verblijfplaats van een zuigeling moet dus niet enkel worden bepaald op grond van objectieve parameters voor het verblijf van de zuigeling in het land waar hij zich bevindt, maar ook van aanwijzingen met betrekking tot de integratie van de ouder(s) van wie hij afhankelijk is in een sociale en familiale omgeving in een ander land. In deze context zijn de omstandigheden die ten grondslag liggen aan het feit dat de zuigeling en de ouder(s) van wie hij afhankelijk is, aanwezig zijn in het eerste land – en daarmee samenhangend afwezig zijn uit het tweede land – bij zijn geboorte en in zijn korte bestaan, bijzonder relevant.

61 Zie punten 49 en 50 van deze conclusie.

68. Wanneer zich buiten de wil van de ouder(s) van wie hij afhankelijk is, bepaalde omstandigheden voordoen, zoals toeval of overmacht, die ertoe leiden dat de zuigeling ter wereld komt en verblijft buiten het land waar het gezin waartoe hij behoort, dat door deze ouders is gesticht en eventueel andere gezinsleden omvat, bestendig en regelmatig is gevestigd, heeft de zuigeling zijn gewone verblijfplaats in dat land. Het centrum van het leven van de zuigeling bevindt zich dan feitelijk daar waar hij zal worden geïntegreerd in dit gezin en waar hij zich al had moeten bevinden als deze externe omstandigheden zich niet hadden voorgedaan.

69. Een voorbeeld dat is ingegeven door voorbeelden van de Supreme Court of the United Kingdom in de zaak A v A (Children: Habitual Residence)[62] en in de opmerkingen van de regering van het Verenigd Koninkrijk en van de Tsjechische regering vormt hiervan een illustratie. Stel dat een paar, dat bestendig en regelmatig is gevestigd in Duitsland, op vakantie gaat in Frankrijk, waar de moeder gedwongen wordt vroegtijdig te bevallen. Moet worden geoordeeld dat het kind onmiddellijk na zijn geboorte zijn gewone verblijfplaats heeft op de plaats waar zijn ouders (en zijn eventuele oudere broers en zussen) wonen, waar hij zal gaan verblijven en waar zijn wieg misschien al klaarstaat (dat wil zeggen in Duitsland), dan wel dat het geen gewone verblijfplaats heeft voordat het naar Duitsland is gegaan?[63]

70. Mijns inziens lijdt het geen twijfel dat de conclusie dat Duitsland onmiddellijk na de geboorte van het kind zijn gewone verblijfplaats is, een getrouwere afspiegeling vormt van de daadwerkelijke integratie van het kind in een sociale en familiale omgeving.[64]

71. Deze overwegingen doen uiteraard geen afbreuk aan de mogelijkheid dat de gewone verblijfplaats van het kind zich verplaatst naarmate de tijd verstrijkt en zich andere objectieve omstandigheden voordoen. Als het kind bij een spoedbevalling ter wereld is gekomen buiten het land waar het gezin waartoe hij behoort, zijn gewone verblijfplaats heeft, geldt deze conclusie slechts zolang de verblijfsduur van het kind in het geboorteland en de daaruit voortvloeiende culturele en sociale banden de balans niet laten doorslaan naar de vaststelling dat het kind daar feitelijk het centrum van zijn leven heeft verkregen. Met het verstrijken van de tijd vervaagt de werkelijkheid van de banden die het kind heeft met het land waar het zou worden geïntegreerd in een sociale en familiale omgeving, en wordt deze fictiever.

72. Voorts doet de door mij bepleite lezing niets af aan het feit dat de gewone verblijfplaats van het kind *in de meeste gevallen* overeenkomt met een plaats waar het fysiek aanwezig is geweest. Deze lezing houdt enkel in dat bij de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind zijn daadwerkelijke integratie in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking moet komen, en dit niet moet zijn afgebakend met strakke rechtsregels. In specifieke situaties betreffende zuigelingen kan op grond van een beoordeling van de reeks omstandigheden die eigen zijn aan elk geval worden geconcludeerd dat het centrum van het leven van het kind zich in feite bevindt in een land waar het nooit is geweest.

62 [2013] UKSC 60, punt 42.

63 Een derde benadering, die behelst dat het kind zijn gewone verblijfplaats in Frankrijk zou hebben louter vanwege het feit dat het zich daar sinds zijn geboorte bevindt, lijkt zonder meer uitgesloten aangezien deze toevallige aanwezigheid niet bestendig en regelmatig van aard is zoals vereist voor de vaststelling van de gewone verblijfplaats van het kind.

64 In tegenstelling tot de suggestie van advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punt 85) wordt met de door mij voorgestelde benadering niet erkend dat een kind al vóór zijn geboorte een gewone verblijfplaats kan hebben, noch dat een ongeboren kind derhalve onder de werkingssfeer van de van de Brussel II bis-verordening kan vallen. Deze benadering beperkt zich ertoe een sociale werkelijkheid tot uitdrukking te brengen waarbij een zuigeling niet kan zijn geïntegreerd in een familiale en sociale omgeving die op zichzelf staat en is losgekoppeld van degenen die dagelijks voor hem zorgen.

73. Diverse rechters van de Supreme Court of the United Kingdom hebben in dit verband zeer verhelderende standpunten uiteengezet. Zij hebben er meermalen op gewezen dat de afweging van factoren op grond waarvan de gewone verblijfplaats van het kind kan worden bepaald, weliswaar niet kan worden vastgelegd in rechtsregels, maar wel zinvol kan worden afgebakend met bepaalde „feitelijke generaliseringen". Met andere woorden, bepaalde voorstellen blijken in het algemeen, maar niet telkens, te stroken met de feitelijke situatie waarin het kind zich bevindt. [65]

74. Dat is het geval van het voorstel dat de gewone verblijfplaats van een zuigeling is afgeleid van die van de ouder(s) van wie hij afhankelijk is [66], net als het voorstel dat de gewone verblijfplaats van een kind een zekere fysieke aanwezigheid in het desbetreffende land veronderstelt. [67] Het feit dat beide voorstellen tegen elkaar kunnen indruisen (zoals in bovengenoemd voorbeeld wordt geïllustreerd), laat zien dat zij niet tot absolute rechtsregels kunnen worden verheven.

75. Aan deze conclusie wordt mijns inziens niet afgedaan door overwegingen met betrekking tot de vereisten van voorspelbaarheid, rechtszekerheid en eenvormigheid van oplossingen binnen de Unie.

76. Allereerst gaat de op aanwijzingen gebaseerde methode die sinds het arrest A [68] in vaste rechtspraak wordt gevolgd, noodzakelijkerwijs gepaard met een zeker risico dat gerechten in soortgelijke gevallen voor verschillende oplossingen kiezen, als uitvloeisel van de beoordelingsbevoegdheid waarover nationale rechters beschikken. [69] Deze „prijs" wordt doorgaans aanvaard omwille van de flexibiliteit die nodig is om in het belang van het kind gestalte te geven aan het criterium van de nauwe verbondenheid met zijn sociale en familiale omgeving. Ik zie niet in waarom de specifieke gevallen van zuigelingen die ter wereld komen en verblijven in een ander land dan dat waar het centrum van het leven van hun ouders zich feitelijk bevindt – de enige scenario's waarin het in de praktijk mogelijk is dat een kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een lidstaat waar het nooit is geweest – in tegenstelling tot alle andere situaties op starre wijze zouden moeten worden behandeld.

77. De argumentatie van de Commissie dat in dergelijke situaties geen flexibele benadering hoeft te worden gevolgd, voor zover het kind zich in een lidstaat bevindt, overtuigt mij niet. De Commissie stelt dat in artikel 13 van de Brussel II bis-verordening een subsidiaire bevoegdheidsgrondslag is neergelegd op grond van de aanwezigheid van het kind, wanneer er geen gewone verblijfplaats bestaat. Ik merk echter op dat deze bevoegdheidsgrondslag, die slechts een geografische dimensie van het criterium van de nauwe verbondenheid behelst, geen enkel bestendigheidskenmerk omvat, en dus subsidiair is. [70] Artikel 13 van deze verordening is dan ook enkel van toepassing op uitzonderlijke situaties waarin de gewone verblijfplaats van het kind niet kan worden bepaald. [71] Sterker nog, deze problematiek heeft in de praktijk een nog grotere praktische betekenis in het kader van de

65 Zie A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, punten 44 (meerderheid van de rechters) en 73-75 en punten 83 en 84 (ander standpunt). Zie ook Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence), [2013] UKSC 75, punt 21.

66 Zie arrest van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 50), en Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence), [2013] UKSC 75, punt 21: „the proposition […] that a young child in the sole lawful custody of his mother will necessarily have the same habitual residence as she does, is to be regarded as a helpful generalisation of fact, which will usually but not invariably be true, rather than a proposition of law". Zie ook Supreme Court of the United States, Delvoye v. Lee, 2003 U.S. LEXIS 7737: „There is general agreement on a theoretical level that because of the factual basis of the concept there is no place for habitual residence of dependence. However, in practice it is often not possible to make a distinction between the habitual residence of a child and that of its custodian."

67 Zie in dit verband het andere standpunt van Lord Hughes in de zaak A v A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, punt 92.

68 Arrest van 2 april 2009 (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 Op grond van artikel 19, lid 2, van de Brussel II bis-verordening kunnen bevoegdheidsconflicten echter kunnen worden vermeden. Deze bepaling luidt als volgt: „Wanneer bij gerechten van verschillende lidstaten procedures betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid voor een kind aanhangig zijn welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, houdt het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak ambtshalve aan totdat de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat."

70 Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak A (C-523/07, EU:C:2009:39, punten 20 en 21).

71 Arrest van 2 april 2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, punt 43). Artikel 13 van de Brussel II bis-verordening heeft in het bijzonder betrekking op uitzonderlijke gevallen van bepaalde verhuizingen waarbij een kind gedurende een overgangsperiode zijn gewone verblijfplaats in het land waaruit het vertrekt, heeft verloren en nog geen gewone verblijfplaats heeft in het gastland. Zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak A (C-523/07, EU:C:2009:39, punt 45) en de *Praktijkgids voor de toepassing van de verordening Brussel II bis* van de Commissie (te raadplegen op https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed/language-nl, blz. 29).

terugkeerprocedure, zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft benadrukt. In het geval dat een van de ouders, zoals in voornoemd voorbeeld, zou weigeren naar Duitsland terug te keren met de pasgeborene, zou deze procedure alleen in gang kunnen worden gezet indien wordt geoordeeld dat hij daar zijn gewone verblijfplaats heeft.

78. Ten slotte betwijfel ik of een regel volgens welke de verblijfplaats van een kind noodzakelijkerwijs een element van fysieke aanwezigheid vereist, de rechtszekerheid in ieder geval daadwerkelijk ten goede komt. De in Duitsland gevestigde ouders van het kind dat door overmacht in Frankrijk ter wereld is gekomen, zouden immers in redelijkheid kunnen verwachten dat de Duitse gerechten zich uitspreken over alle geschillen inzake het ouderlijk gezag. Vanuit hun standpunt bezien zou een regel op grond waarvan deze gerechten zich onbevoegd moeten verklaren vanwege het enkele feit dat het kind zich vanwege een onvoorspelbare en onvrijwillige gebeurtenis nog niet in Duitsland bevindt, een bron van rechtsonzekerheid vormen. [72]

79. Gelet op het voorgaande zou niet automatisch een doorslaggevend gewicht kunnen worden toegekend aan het criterium van de fysieke aanwezigheid zonder de specifieke omstandigheden van elke zaak in ogenschouw te nemen. De fysieke aanwezigheid van een kind in een lidstaat vormt dus geen voorafgaande voorwaarde om vast te stellen dat hij zijn gewone verblijfplaats in de zin van artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening op die plaats heeft.

3. Gevolgen van dwang voor de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind (tweede vraag)

a) Inleidende overwegingen

80. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen wat de gevolgen zijn van het feit dat de moeder naar eigen zeggen door de vader is misleid om naar een derde land te gaan en daar vervolgens door hem onrechtmatig is vastgehouden, waardoor zij gedwongen was daar te bevallen, voor de vaststelling dat een kind zijn gewone verblijfplaats heeft in een lidstaat, ook al is het daar nooit fysiek aanwezig geweest. Volgens de rechter vormt deze situatie bovendien een mogelijke schending van de grondrechten van de moeder en het kind op grond van de artikelen 3 en 5 van het EVRM, die inhoudelijk zijn overgenomen in de artikelen 4 en 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).

81. Met deze vraag wordt het Hof verzocht te verduidelijken wat het belang is van de omstandigheid dat de aanwezigheid van de moeder en het kind in Bangladesh op het tijdstip waarop de zaak aanhangig is gemaakt – en parallel daaraan, hun afwezigheid uit het grondgebied van het Verenigd Koninkrijk – enkel het gevolg zou zijn van de door de vader uitgeoefende dwang. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat UD in wezen beweert dat zij aanvankelijk, op het moment van hun vertrek naar Bangladesh, voornemens was in het Verenigd Koninkrijk te bevallen en daar met het kind te verblijven, en dacht dat XB (die samen met haar de ouderlijke verantwoordelijkheid draagt) dat voornemen ook had. [73] Door het dwingende gedrag van XB zou dit voornemen echter niet ten uitvoer zijn gebracht.

82. Deze feitelijke constellatie lijkt helaas geen uitzonderlijk en alleenstaand geval te zijn. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft erop gewezen dat deze situatie zich reeds heeft voorgedaan en in andere zaken onderwerp van discussie is geweest bij de gerechten van het Verenigd Koninkrijk. [74]

72 Met een dergelijke regel zou de rechter in deze situaties bovendien de mogelijkheid worden ontnomen om in het licht van alle andere relevante omstandigheden een eenvoudige conclusie te trekken over de gewone verblijfplaats van het kind.

73 Er kan worden getwijfeld aan het feit dat de moeder niet verwachtte in Bangladesh te bevallen, terwijl zij op het moment van vertrek naar dit land al meer dan 7 maanden zwanger was. Aangezien de verwijzende rechter stelt dat hij zijn bevoegdheid moet baseren op de bewering van de moeder dat zij door de vader is gedwongen in Bangladesh te bevallen, baseer ik mijn analyse echter op deze veronderstelling.

74 Zie Supreme Court of the United Kingdom, A v A (Children), [2013] UKSC 60 en High Court of Justice (England and Wales), Family Division, B v H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

83. Eerst zal ik trachten te beoordelen in hoeverre ingevolge de beginselen uit de bestaande rechtspraak rekening moet worden gehouden met de voornoemde dimensie van dwang [onderdeel b)]. Vervolgens zal ik ingaan op de vraag of het belang van het kind en de grondrechten in het Handvest vereisen dat andere beginselen worden toegepast in een situatie als in het hoofdgeding[onderdeel c)].

b) Toepassing van de beginselen uit de bestaande rechtspraak

84. Overeenkomstig de feitelijke benadering van het Hof vormt de omstandigheid dat de moeder haar kind heeft gekregen in een derde land en daar enkel met dit kind is gebleven vanwege de door de vader uitgeoefende dwang, mijns inziens een relevant feit voor de beoordeling van de banden die het kind heeft zowel met het derde land waar het daadwerkelijk verblijft, als met de lidstaat waar het ter wereld zou zijn gekomen en zou hebben verbleven zonder een dergelijke dwang.[75]

85. Enerzijds komt deze omstandigheid voort uit „de omstandigheden en de redenen van het verblijf" van de moeder en het kind in dit derde land in de zin van de rechtspraak.[76] In casu zou die omstandigheid een aanwijzing kunnen vormen dat het kind zijn gewone verblijfplaats niet in Bangladesh heeft, ook al heeft het noodgedwongen al zijn aanknopingspunten in dit land, waar het sinds zijn geboorte woont en waaraan het vanwege zijn geografische en culturele afkomst verbonden is.

86. Omdat het kind nog zo jong is, wordt zijn leefomgeving hoofdzakelijk bepaald door die van degene(n) van wie het afhankelijk is – dat wil zeggen, waarschijnlijk en op grond van de feiten in de verwijzingsbeslissing, zijn moeder (aangezien zijn vader is teruggekeerd naar het Verenigd Koninkrijk). Volgens UD kon zij door het dwingende gedrag van XB niet zelf beslissen waar zij met haar zuigeling ging wonen en moest zij gedwongen in een dorp blijven waar zij zou worden gestigmatiseerd door de lokale gemeenschap en geen toegang tot elementaire voorzieningen en geen inkomen zou hebben. Ik betwijfel dat een onvrijwillig en precair verblijf van de moeder en het kind in een derde land dermate bestendig en regelmatig is dat het kind daar zijn gewone verblijfplaats kan hebben. Is er wel echt sprake van integratie in een sociale en familiale omgeving als de banden van de zuigeling met dit derde land alleen hebben kunnen ontstaan door een situatie die het gevolg is van de door zijn vader uitgeoefende dwang?[77]

87. Ondanks het feit dat UD afkomstig is uit Bangladesh en daar in het dorp van haar familie verblijft, blijven deze overwegingen relevant. De geografische en familiale herkomst van de ouder die het gezag over het kind uitoefent vormen – net zoals de culturele en familiale banden van het kind die daaruit voortvloeien – immers slechts één van de factoren die in ogenschouw kunnen worden genomen bij de algehele analyse van de omstandigheden van elk geval.[78] Deze factor kan andere objectieve omstandigheden, zoals het feit dat de moeder beweerdelijk onder dwang met haar dochter wordt vastgehouden in Bangladesh, niet verhullen.

75 Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, moet de nationale rechter op basis van bepaalde feiten die door de moeder worden aangevoerd en die nog niet zijn vastgesteld, beslissen over zijn bevoegdheid (zie de punten 17 en 31 van deze conclusie). In deze omstandigheden strekken de hiernavolgende uiteenzettingen ertoe deze rechter bij te staan in de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind in een feitelijke constellatie die overeenkomt met deze versie van de feiten, zonder afbreuk te doen aan de door deze rechter te verrichten beoordeling van de feiten voor wat betreft de gegrondheid.

76 Zie punt 48 van deze conclusie.

77 In diezelfde zin heeft een aantal rechters in de Verenigde Staten bij de bepaling van de verblijfplaats van een kind rekening gehouden met de op de moeder van dat kind uitgeoefende dwang. Zo heeft de District Court of Utah geoordeeld dat een kind, hoewel het in Duitsland verbleef, daar niet zijn gewone verblijfplaats had omdat de moeder en het kind met verbale, emotionele en fysieke mishandeling door de vader werden verhinderd dit land te verlaten [Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993)]. De District Court of Washington heeft geoordeeld dat de moeder van de kinderen in kwestie haar gewone verblijfplaats niet in Griekenland had, waar zij met de kinderen sociaal geïsoleerd en zonder zelfstandigheid leefde, zonder de culturele normen en de taal van dat land te kennen, met beperkte toegang tot financiële middelen, en slachtoffer was van geweldpleging door de vader [Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045, (2001)]. De District Court of Minnesota heeft de omstandigheid in aanmerking genomen dat de vader de moeder had belet het grondgebied van Israël te verlaten, waarvan zij beiden de nationaliteit hadden en waar de moeder elf maanden met de vader en hun kinderen had gewoond, om uit te sluiten dat deze kinderen daar hun gewone verblijfplaats hadden [Silverman v. Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313].

78 Zie arrest van 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punten 52-58).

88. De overweging dat het kind zonder dwingend gedrag van de vader ter wereld zou zijn gekomen in de betrokken lidstaat en daar na zijn geboorte zou hebben verbleven, volstaat echter niet om te bepalen dat het kind zijn gewone verblijfplaats in die lidstaat heeft. Volgens de rechtspraak van het Hof zou zelfs een dergelijke fysieke aanwezigheid hiertoe niet hebben volstaan. Dan zou nog op basis van daadwerkelijke banden tussen het kind en het grondgebied van die lidstaat moeten kunnen worden geoordeeld dat het centrum van het leven van het kind zich feitelijk daar bevindt.

89. Zoals hierboven uiteengezet [79] heeft een zuigeling die deel uitmaakt van een gezin waarvan de leden het daadwerkelijke centrum van hun leven in een lidstaat hebben, daar zijn gewone verblijfplaats, ook al is hij daar niet geboren en is hij daar nog niet geweest vanwege omstandigheden die los staan van de wil van de ouder(s) van wie hij afhankelijk is. De verwijzende rechter dient in het licht van alle relevante omstandigheden te beoordelen of de situatie als in het hoofdgeding een dergelijk geval vormt. De hiernavolgende overwegingen kunnen hierbij een leidraad vormen.

90. In de eerste plaats verdienen de *elementen die het verblijf van de moeder in het Verenigd Koninkrijk kenmerken* en de sociale en familiale banden die zij daar heeft gehad, bijzondere aandacht. Het centrum van het leven van het kind kan zich daar immers enkel bevinden voor zover zijn moeder, van wie het afhankelijk is, daar zelf is geïntegreerd in een sociale en familiale omgeving. In dit verband moet met name rekening worden gehouden met de duur van het verblijf van UD in het Verenigd Koninkrijk, de periode die haar visum voor echtgenoten bestrijkt, haar talenkennis en haar eventuele culturele en sociale banden in die lidstaat.

91. Tegen deze achtergrond rijst de vraag in hoeverre de *bedoeling* van UD ten aanzien van het verblijf van het kind in het Verenigd Koninkrijk na diens geboorte in aanmerking moet worden genomen, die naar haar zeggen ten tijde van hun vertrek naar Bangladesh dezelfde was als die van XB. In dit verband wijs ik erop dat de bedoeling van de ouders voor wat betreft de verblijfplaats van het kind niet noodzakelijkerwijs zwaarder weegt dan de daadwerkelijke banden van het kind met een andere plaats. [80] Het gewicht van deze factor hangt af van de omstandigheden van elk concreet geval.

92. Wanneer een kind tegen de wil van de ouder van wie het afhankelijk is op een andere plaats ter wereld komt en verblijft, in weerwil van de aanvankelijke bedoeling van de ouders – of van de enige ouder die het ouderlijk gezag wil uitoefenen [81] – om zich met het kind op een bepaalde plaats te vestigen, kan de bedoeling naar mijn mening een bijzonder belangrijk element vormen. Dat is het geval omdat de objectieve elementen betreffende het verblijf van het kind en deze ouder in het land waar zij zich bevinden, in een dergelijke situatie geen goede indicatoren vormen voor de plaats waar zij daadwerkelijk zijn geïntegreerd in een familiale en sociale omgeving. De bedoeling voor wat betreft de verblijfplaats van een kind in een bepaald land, mits daaraan uiting is gegeven door tastbare maatregelen, vormt dan een factor die zwaarder kan wegen dan deze objectieve elementen, doordat de integratie van de ouder van wie het kind in dat land afhankelijk is, wordt gestaafd, ook al is de ouder daaruit sinds de geboorte van het kind afwezig.

79 Zie de punten 65-71 hierboven.

80 Arrest van 8 juni 2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, punt 48). Zie punt 60 hierboven.

81 De Commissie voert aan dat de eenzijdige bedoeling van enkel één van de ouders die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen, in geen enkel geval een compensatie kan vormen voor het ontbreken van de fysieke afwezigheid van het kind in de lidstaat in kwestie. Dit argument moet worden weerlegd in het licht van het arrest van 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 63), waaruit blijkt dat de bedoeling van een ouder die het gezagsrecht heeft maar het kind niet daadwerkelijk verzorgt, enkel in aanmerking moet worden genomen voor zover hij voornemens is zijn gezagsrecht uit te oefenen. Hieruit vloeit voort dat de eenzijdige bedoeling van enkel de ouder die daadwerkelijk voornemens is zijn gezagsrecht uit te oefenen, in aanmerking kan worden genomen. Deze oplossing strookt overigens met de geest van de terugkeerprocedure die is neergelegd in het Verdrag van Den Haag van 1980 en is aangevuld bij de Brussel II bis-verordening. In artikel 3, onder b), van dit Verdrag, dat inhoudelijk is overgenomen in artikel 2, punt 11, onder b), van deze verordening, is immers vastgelegd dat het overbrengen of het niet doen terugkeren van een kind enkel ongeoorloofd is wanneer dit geschiedt in strijd met een gezagsrecht ingevolge het recht van de staat waarin het kind zijn gewone verblijfplaats had en dit recht *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.

93. Eventuele aanwijzingen die erop duiden dat de ouders of enkel de moeder vóór hun vertrek naar Bangladesh stappen zouden hebben ondernomen om het kind in het Verenigd Koninkrijk ter wereld te laten komen, het in deze lidstaat permanent te huisvesten en het daar de dagelijkse zorg te bieden, zouden dus bijzonder aandachtig in aanmerking moeten worden genomen bij de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind.

94. In de tweede plaats blijkt voor wat betreft de omstandigheden betreffende de *integratie van de vader* in de desbetreffende lidstaat uit de rechtspraak dat de ouder die niet daadwerkelijk gezag over het kind uitoefent (ook al draagt diegene de ouderlijke verantwoordelijkheid voor het kind), slechts deel uitmaakt van de familiale omgeving van het kind indien het nog steeds regelmatig omgang met die ouder heeft. [82] Ingeval de vader naar die lidstaat terugkeert en de moeder belet daar met het kind terug te komen, is er geen sprake meer van een dergelijke omgang. Het verblijf en de integratie van de vader in die lidstaat op het tijdstip waarop de zaak aanhangig is gemaakt, bieden in deze omstandigheden geen adequate aanwijzingen van de plaats waar zich feitelijk het centrum van het leven van het kind bevindt.

95. In de derde plaats moet ook het *tijdsbestek* tussen de geboorte van het kind en het aanhangig maken van de zaak bij de verwijzende rechter in aanmerking worden genomen. De duur van het verblijf in een bepaalde lidstaat vormt in het algemeen een factor waarin de integratie van het kind in die lidstaat, en daarmee samenhangend, de afwezigheid van tastbare banden met een ander land, tot uitdrukking kan komen. Het belang daarvan bij de globale beoordeling van de relevante omstandigheden varieert echter eveneens naargelang van elk specifiek geval. [83]

96. Deze factor brengt dan ook niet automatisch de daadwerkelijke integratie van het kind tot uitdrukking wanneer de ononderbroken duur van zijn verblijf in een land, en parallel daaraan zijn afwezigheid uit een ander land, voortkomt uit dwang. Tenzij er een kunstmatige laag wordt toegevoegd aan het begrip „gewone verblijfplaats", verliest een kind dat opgroeit en banden aangaat in het land waar het gedwongen verblijft, zonder enige band te ontwikkelen met het land waar het zich zonder deze dwang had moeten bevinden, op een bepaald punt zijn gewone verblijfplaats in dat land. [84] Dit is echter niet noodzakelijkerwijs het geval van een kind dat, zoals in casu, nog een zuigeling was op het moment dat de zaak aanhangig werd gemaakt. Bijgevolg zou de verblijfsduur van het kind in Bangladesh er mijns inziens op zich niet aan in de weg moeten staan dat het Verenigd Koninkrijk zijn gewone verblijfplaats is.

97. Al deze overwegingen leiden tot de volgende conclusie in een situatie als in het hoofdgeding, waarin het kind is geboren in een derde land en ten gevolge van door de vader uitgeoefende dwang is verhinderd met zijn moeder naar een lidstaat te gaan en waarin het kind nog een zuigeling was op het tijdstip waarop de zaak aanhangig werd gemaakt bij de verwijzende rechter. In een dergelijke situatie heeft het kind alleen zijn gewone verblijfplaats in die lidstaat in de zin van artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening indien het daar zonder dwang bestendig en regelmatig aanwezig was geweest en was geïntegreerd als lid van een gezin waarvan het andere lid of de andere leden het centrum van zijn of hun leven feitelijk in die lidstaat hebben. Deze voorwaarde houdt in dat de moeder moet zijn geïntegreerd in een sociale en familiale omgeving in de betrokken lidstaat. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of dit in het licht van alle relevante omstandigheden, waaronder objectieve factoren betreffende het voormalige verblijf en de integratie van de moeder in die lidstaat en de tastbare uitingen van haar bedoeling ten aanzien van de verblijfplaats van het kind, het geval is.

82 Zie arrest van 28 juni 2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, punt 48).

83 Op grond van het arrest van 22 december 2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, punt 51), moet het verblijf van het kind in de lidstaat in kwestie weliswaar „normaal gezien van een zekere duur […] zijn, teneinde een voldoende bestendigheid tot uitdrukking te brengen", maar in de Brussel II bis-verordening is geen minimale duur vastgelegd, aangezien de verblijfsduur slechts één van de vele aanwijzingen vormt.

84 Zie punt 71 hierboven.

c) Rol van de grondrechten van het kind en de moeder

98. Volledigheidshalve lijkt het mij zinvol om te verduidelijken dat de bescherming van het belang van het kind, zoals gewaarborgd in artikel 24 van het Handvest, en van de grondrechten die zijn neergelegd in de artikelen 4 en 6 van het Handvest [85], geen andere conclusie zouden rechtvaardigen, ingeval de toepassing van de toets van het „daadwerkelijke centrum van het leven van een kind" geen grondslag zou kunnen vormen voor de algemene bevoegdheid van de gerechten van een lidstaat in een situatie als in het hoofdgeding.

99. Er zij nogmaals op gewezen dat deze toets een afspiegeling is van het criterium van de nauwe verbondenheid dat ten grondslag ligt aan artikel 8, lid 1, van deze verordening en waarmee de wetgever het belang van het kind in algemene zin heeft willen beschermen. [86] De volgende overwegingen staan volgens mij in de weg aan een in de rechtspraak ontwikkelde afwijkende toets waarmee dit criterium zou worden losgelaten wanneer het belang van het kind in een specifiek geval in het gedrang komt en zijn andere grondrechten dreigen te worden geschonden in het derde land waar het zich bevindt.

100. Overeenkomstig artikel 51, lid 2, van het Handvest, breidt het Handvest „het toepassingsgebied van het recht van de Unie niet verder uit dan de bevoegdheden van de Unie reiken". Het Hof mag het Unierecht dus binnen de grenzen van de hem toegedeelde bevoegdheden in het licht van het Handvest uitleggen. [87] De Unie en haar lidstaten zijn uit hoofde van het Unierecht of het EVRM niet verplicht hun rechtsmacht uit te oefenen in situaties die zich voordoen in derde landen indien er geen aanknopingspunt bestaat dat is vastgelegd in het Unierecht of het EVRM, zoals uitgelegd in de rechtspraak van Straatsburg. [88]

101. In de tweede plaats is er in de Brussel II bis-verordening reeds een mechanisme ingesteld op grond waarvan de lidstaten de belangen van een kind kunnen beschermen, zelfs als er geen aanknopingspunt bestaat op grond van het Unierecht. Voor het geval van geen enkele lidstaat een gerecht op grond van de artikelen 8 tot en met 13 van de Brussel II bis-verordening bevoegd is, is in artikel 14 van deze verordening vastgelegd dat de lidstaten uit hoofde van nationale wetgeving residuele bevoegdheid kunnen toekennen aan hun gerechten. Wanneer met de op het criterium van de nauwe verbondenheid gebaseerde bepalingen van deze verordening van geen enkele lidstaat een gerecht kan worden aangewezen, staat het elke lidstaat dan ook vrij de bevoegdheid van zijn eigen gerechten te baseren op nationale rechtsregels waarmee van dit criterium wordt afgeweken.

102. In casu bestaat een dergelijke residuele bevoegdheid in de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk in de vorm van de parens-patriaebevoegdheid van de gerechten van deze lidstaat. Zoals blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier, is de toepassing van deze regel echter beperkt tot Britse burgers en behoort deze tot de discretionaire bevoegdheid van de nationale gerechten.

103. Overigens heeft XB aangevoerd dat UD zich in voorkomend geval zou kunnen wenden tot de gerechten van Bangladesh, met name ingeval in het recht van dit derde land bevoegdheidsregels zouden zijn neergelegd op grond van de aanwezigheid van het kind. In dit verband preciseert de verwijzende rechter weliswaar dat het feit dat UD en het kind door XB worden vastgehouden, een mogelijke schending van hun grondrechten kan vormen, maar wijst hij niet uitdrukkelijk op

85 Zie de overwegingen 12 en 33 van de Brussel II bis-verordening, waarin wordt gesteld dat de door het Handvest gewaarborgde grondrechten in de verordening worden erkend en geëerbiedigd.

86 Zie punt 36 hierboven.

87 Zie met name arrest van 5 oktober 2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, punt 51).

88 Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM") is de rechtsmacht van de verdragsluitende staten in de zin van artikel 1 van het EVRM in beginsel beperkt tot hun eigen grondgebied Dit beginsel bestaan kent alleen uitzonderingen in zeer specifieke omstandigheden, die buiten de feitelijke context van deze zaak liggen. Zie bijvoorbeeld EHRM, 7 juli 2011, Al-Skeini e.a. tegen Verenigd Koninkrijk (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, §§ 130-142 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

beweringen dat de Volksrepubliek Bangladesh haar positieve verplichting om deze rechten te beschermen, met name door het uitoefenen van haar rechtsmacht, niet is nagekomen.[89] In deze omstandigheden lijkt het mij niet gepast om de onderhavige analyse te baseren op hypothesen in die zin.

104. In ieder geval draagt artikel 14 van de Brussel II bis-verordening volgens mij de gedachte in zich dat elke lidstaat, met name op basis van, in voorkomend geval, „comity"-overwegingen (courtoisie tussen naties) dient te beslissen of de vrees dat de gerechten van een derde land geen beschermende regels toepassen overeenkomstig de rechten en waarden die gelden in de betrokken lidstaat, al dan niet de invoering van een specifieke bevoegdheidsgrondslag in hun nationale recht rechtvaardigt.[90]

105. Hieruit volgt dat artikel 8, lid 1, van de Brussel II bis-verordening niet aldus kan worden uitgelegd dat de gewone verblijfplaats van het kind wordt bepaald op basis van criteria die zouden afwijken van het criterium van de nauwe verbondenheid waaraan gestalte is gegeven in de toets van het „daadwerkelijke centrum van het leven van een kind", zelfs wanneer het belang en de grondrechten van het kind in een derde land mogelijkerwijs worden geschonden.

V. Conclusie

106. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de High Court of Justice of England and Wales, Family Division [rechter in eerste aanleg van Engeland en Wales, afdeling familierecht, Verenigd Koninkrijk], als volgt te beantwoorden:

„1) De gewone verblijfplaats van een kind, in de zin van artikel 8, lid 1, 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, komt overeen met de plaats waar zich feitelijk het centrum van zijn leven bevindt. Deze plaats dient te worden bepaald op basis van alle omstandigheden die eigen zijn aan elke zaak. In bepaalde uitzonderlijke situaties kan op grond van een globale beoordeling van alle omstandigheden worden geoordeeld dat het centrum van het leven van het kind zich feitelijk bevindt op een plaats waar hij nooit fysiek aanwezig is geweest. De fysieke aanwezigheid van het kind op het grondgebied van een lidstaat vormt dan ook geen voorafgaande voorwaarde om te bepalen dat het daar zijn gewone verblijfplaats heeft.

2) De omstandigheid dat de moeder van een zuigeling, die daadwerkelijk het gezag over het kind uitoefent, door de vader is gedwongen in een derde land te bevallen en daar na de geboorte met de zuigeling te blijven, waardoor beiden zich mogelijkerwijs in een situatie bevinden die indruist tegen de grondrechten zoals verankerd in de artikelen 4 en 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, vormt een relevant element voor de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind in de zin van artikel 8, lid 1, van verordening nr. 2201/2003.

In een dergelijke situatie kan de zuigeling zijn gewone verblijfplaats echter alleen hebben in een lidstaat, ook al is hij daar nooit fysiek aanwezig geweest, indien het centrum van het leven van zijn moeder zich feitelijk aldaar bevindt, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan. In dit

89 De Volksrepubliek Bangladesh is weliswaar niet gebonden aan het EVRM noch aan het Handvest, maar in de artikelen 7 en 9 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, dat op 16 december 1966 is aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en op 23 maart 1976 in werking is getreden, en waarbij de republiek Bangladesh partij is, zijn rechten gewaarborgd die overeenkomen met de rechten die in respectievelijk de artikelen 3 en 5 van het EVRM en de artikelen 4 en 6 van het Handvest zijn neergelegd.

90 Zie in dit verband het afwijkende standpunt van Lord Sumption in de zaak Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, punten 66 en 76. Hij stelt dat enkel de afkeuring van de regels die van toepassing zijn krachtens het recht van het land waar het kind aanwezig is, niet zou kunnen volstaan als bevoegdheidsgrondslag van de gerechten van het Verenigd Koninkrijk.

verband zijn eventuele familiale, sociale en culturele banden van de moeder in die lidstaat van bijzonder belang, evenals eventuele tastbare aanwijzingen waaruit blijkt dat de moeder de bedoeling had om daar direct na de geboorte met het kind te verblijven.”