Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
H. SAUGMANDSGAARD ØE
fremsat den 20. september 2018 [1]

Sag C-393/18 PPU

UD
mod
XB

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af High Court of Justice (England & Wales) Family Division (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for familieretlige sager, Det Forenede Kongerige))

»Præjudiciel forelæggelse – retligt samarbejde i civile sager – kompetence vedrørende forældreansvar – forordning (EF) nr. 2201/2003 – artikel 8, stk. 1 – begrebet »barnets sædvanlige opholdssted« – et barns fødsel og sammenhængende ophold i et tredjeland mod moderens vilje – spædbarnet er ikke fysisk til stede i en medlemsstat – situation som følge af tvang udøvet af faderen og en potentiel tilsidesættelse af moderens og spædbarnets grundlæggende rettigheder – ingen regel om, at et barn ikke kan anses for have sit sædvanlige opholdssted i en medlemsstat, hvor det aldrig har været fysisk til stede«

I. Indledning

1. Med sin anmodning om præjudiciel afgørelse ønsker High Court of Justice (England & Wales), Family Division (ret i første instans (England og Wales) afdelingen for familieretlige sager, Det Forenede Kongerige) Domstolens fortolkning af artikel 8, stk. 1, i forordning (EF) nr. 2201/2003 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabssager og i sager vedrørende forældreansvar [2] (herefter »Bruxelles IIa-forordningen«).

2. Anmodningen er fremsat i forbindelse med en tvist mellem moderen, en bangladeshisk statsborger, og faderen, der er britisk statsborger, til et barn, som var ca. et år på det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt ved denne ret. Barnet blev undfanget og født og har opholdt sig uafbrudt i Bangladesh. Moderen har gjort gældende, at faderen tilbageholder hende mod hendes vilje i dette tredjeland, som hun, efter at have opholdt sig ca. seks måneder i Det Forenede Kongerige sammen med faderen, kun var rejst til for at aflægge et midlertidigt besøg. På grund af den tvang, som faderen udøvede mod hende, var hun nødsaget til at føde i Bangladesh og blive dér sammen med barnet. Moderen har for det første nedlagt påstand om, at barnet kommer under den forelæggende rets værgemål, og for det andet, at hun og barnet skal vende tilbage til England og Wales, så de kan deltage i retssagen.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – Rådets forordning af 27.11.2003 om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000 (EUT 2003, L 338, s. 1).

3. I henhold til Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1, har den forelæggende ret kun kompetence til at træffe afgørelse i sagen, hvis barnet havde sin sædvanlige bopæl i Det Forenede Kongerige på det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt ved denne ret. Den forelæggende ret ønsker oplyst, hvorvidt den omstændighed, at barnet aldrig har været fysisk til stede i denne medlemsstat, nødvendigvis er til hinder for, at det har sædvanligt opholdssted i denne stat. Den har ligeledes spurgt Domstolen, hvilken konsekvens det i denne sammenhæng har, at barnets manglende tilstedeværelse på Det Forenede Kongeriges område skyldes den tvang, som faderen udøvede over moderen, hvorved moderens og barnets grundlæggende rettigheder kan være tilsidesat.

4. Min bedømmelse munder ud i den konklusion, at den omstændighed, at et barn aldrig har befundet sig i en medlemsstat, ikke nødvendigvis er til hinder for, at det har sit sædvanlige opholdssted i denne medlemsstat. Jeg vil desuden præcisere de forhold – herunder grunden til, at moderen og barnet ikke befinder sig på denne medlemsstats område – som der skal tages hensyn til ved fastlæggelsen af barnets sædvanlige opholdssted i en situation som den i hovedsagen omhandlede.

II. Retsforskrifter

5. 12. betragtning til Bruxelles IIa-forordningen har følgende ordlyd:

»De kompetenceregler, der fastsættes i denne forordning for sager vedrørende forældreansvar, er udformet under hensyntagen til barnets bedste og bygger navnlig på kriteriet om nærhed. Dette betyder, at kompetencen først og fremmest bør tilfalde retterne i den medlemsstat, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted […]«

6. Forordningens artikel 8, der har overskriften »Generel kompetence«, bestemmer i stk. 1, at »[k]ompetencen til at træffe afgørelse om spørgsmål vedrørende forældreansvar over for et barn ligger hos retterne i den medlemsstat, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted på det tidspunkt, hvor sagen anlægges«.

III. Tvisten i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne for Domstolen

7. Sagsøgeren i hovedsagen (UD), der er bangladeshisk statsborger, indgik i 2013 et arrangeret ægteskab i Bangladesh med sagsøgte i hovedsagen (XB), der er britisk statsborger. Sagsøgeren og sagsøgte i hovedsagen er henholdsvis moder og fader til en lille pige, der blev undfanget i Bangladesh i maj 2016.

8. I juni eller juli 2016 indrejste UD i Det Forenede Kongerige for at bo dér sammen med XB. Hun fik udstedt et ægtefællevisum af United Kingdom Home Office (Det Forenede Kongeriges indenrigsministerium), gyldigt fra den 1. juli 2016 til den 1. april 2019.

9. UD har foreholdt XB og hans familie, at de har udøvet både fysisk og psykisk vold i hjemmet. Hun har også hævdet, at XB har voldtaget hende to gange. XB har bestridt disse anklager.

10. Den 24. december 2016, hvor UD var højgravid, rejste hun sammen med XB til Bangladesh, hvor barnet blev født den 2. februar 2017. UD og barnet har opholdt sig i Bangladesh lige siden. I begyndelsen af januar 2018 vendte XB tilbage til England og Wales.

11. Parterne i hovedsagen har to forskellige udlægninger af omstændighederne vedrørende deres rejse til Bangladesh og de begivenheder, som efterfølgende fandt sted.

12. UD har gjort gældende, at hun ulovligt og mod sin vilje tilbageholdes af XB i Bangladesh sammen med barnet. Hun var blevet tvunget til at føde og blive dér under tilsidesættelse af sine egne og barnets grundlæggende rettigheder i henhold til artikel 3 og 5 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«). UD har gjort gældende, at XB efterlod hende i hendes faders landsby med den besked, at han ville komme tilbage og hente hende om en uge. Han er imidlertid aldrig vendt tilbage og har desuden konfiskeret hendes pas og andre dokumenter, så hun ikke kan forlade Bangladesh. UD har anført, at hun ikke ville være rejst til Bangladesh, hvis hun havde kendt til XB's faktiske hensigter. UD har gjort gældende, at hun i den pågældende landsby hverken har adgang til gas, elektricitet eller drikkevand og er helt uden indtægter. Landsbyens samfund stigmatiserer hende, fordi hun er adskilt fra faderen.

13. XB har bestridt alle disse påstande. Ifølge XB var de rejst til Bangladesh på UD's anmodning, fordi hun ikke var glad for at bo i Det Forenede Kongerige. Det var også efter UD's ønske, at XB var rejst alene tilbage til denne medlemsstat.

14. Den 20. marts 2018 anlagde UD sag ved High Court of Justice (England & Wales) Family Division (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for familieretlige sager). Moderen har for det første nedlagt påstand om, at barnet kommer under denne rets værgemål, og for det andet, at hun og barnet skal vende tilbage til England og Wales, så de kan deltage i retssagen.

15. I et retsmøde, der blev afholdt samme dag, gjorde UD gældende, at den forelæggende ret har kompetence til at træffe afgørelse i sagen. Hun har principalt gjort gældende, at barnet havde sit sædvanlige opholdssted i England og Wales på det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt ved den forelæggende ret. Subsidiært har hun gjort gældende, at denne ret i henhold til national ret har parens patriae-kompetence (nationalitetskompetence eller britisk statsborgerskabskompetence) over og med hensyn til barnet og skal udøve denne kompetence i den foreliggende sag.

16. Under et retsmøde, der blev afholdt den 16. april 2018, bestred XB, at High Court of Justice (England & Wales) Family Division (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for familieretlige sager) har kompetence. Ifølge XB havde barnet sædvanligt opholdssted i Bangladesh på det tidspunkt, hvor hovedsagen blev anlagt. I øvrigt har denne ret ikke parens patriae-kompetence med hensyn til barnet, da dette ikke er britisk statsborger. Under alle omstændigheder skal retten – selv hvis den har parens patriae-kompetence – ikke udøve den i den foreliggende sag.

17. Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsen anført, at den ikke har taget stilling til de faktiske omstændigheder, da den finder det nødvendigt først at afgøre spørgsmålet, om den har kompetence. Ifølge den forelæggende ret skal det afgøres, om barnet havde sædvanligt opholdssted i Det Forenede Kongerige, da sagen blev anlagt, som omhandlet i Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1, før det vurderes, om der er et alternativt grundlag for kompetence.

18. I denne forbindelse finder den en præjudiciel forelæggelse nødvendig for at belyse, om et barns sædvanlige opholdssted kan fastlægges i en medlemsstat, hvor det aldrig fysisk har befundet sig. Den forelæggende ret ønsker navnlig oplyst, om dette kan være tilfældet, når moderen har gjort gældende, at barnet er født og opholder sig i et tredjeland, hvor forældrene, som har forældreansvaret, ikke har nogen fælles hensigt om at bo, og hvor faderen ulovligt tilbageholder moderen og barnet ved tvang. Hvis dette viser sig at være tilfældet, udgør XB's adfærd ifølge den forelæggende ret ganske givet en tilsidesættelse af moderens og barnets grundlæggende rettigheder i henhold til EMRK's artikel 3 og 5.

19. På denne baggrund har High Court of Justice (England & Wales), Family Division (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for familieretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er den fysiske tilstedeværelse af et barn i en stat en væsentlig bestanddel af sædvanligt opholdssted som omhandlet i artikel 8 i [Bruxelles IIa-forordningen]?

2) I tilfælde, hvor begge forældre har forældreansvaret, har det forhold, at en moder er blevet narret til at rejse til en anden stat af faderen og derefter ulovligt tilbageholdt ved tvang eller en anden ulovlig handling i denne stat, hvilket fører til, at moderen tvinges til at føde et barn i denne stat, nogen betydning for besvarelsen af [det første spørgsmål] under omstændigheder, hvor der kan være sket en overtrædelse af moderens og/eller barnets menneskerettigheder i henhold til artikel 3 og 5 i [EMRK] eller på anden måde?«

20. Den forelæggende ret har anmodet om, at anmodningen om præjudiciel afgørelse undergives den hasteprocedure, der er fastsat i artikel 107 i Domstolens procesreglement. Domstolens Første Afdeling har den 5. juli 2018, efter forslag fra den refererende dommer og efter at have hørt generaladvokaten, besluttet at efterkomme denne anmodning.

21. Der er indgivet skriftlige indlæg af UD, XB, Det Forenede Kongeriges regering og Europa-Kommissionen. Disse parter samt den tjekkiske regering var repræsenteret i retsmødet, der blev afholdt den 7. september 2018.

IV. Bedømmelse

A. Formaliteten

22. Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at de præjudicielle spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, eftersom Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1, alene vedrører kompetencekonflikter mellem medlemsstaternes retter. I henhold til artikel 61, litra c), EF, nu artikel 67 TEUF, der er et af retsgrundlagene for denne forordning, er det geografiske anvendelsesområde for denne forordning begrænset til situationer, der har tilknytning til to eller flere medlemsstater. Denne forordnings artikel 8, stk. 1, finder således ikke anvendelse i forbindelse med en tvist, der har tilknytning til en medlemsstat og et tredjeland.

23. I denne henseende fremgår det af denne bestemmelses ordlyd, at retterne i en medlemsstat har kompetence, for så vidt som »barnet har sit sædvanlige opholdssted på det tidspunkt, hvor sagen anlægges«, idet denne kompetence ikke begrænses til tvister med tilknytning til en anden medlemsstat.

24. Bruxelles IIa-forordningens artikel 61, litra a), understøtter denne fortolkning. I henhold til denne bestemmelse finder denne forordning i forhold til konventionen om kompetence, lovvalg, anerkendelse, fuldbyrdelse og samarbejde vedrørende forældreansvar og foranstaltninger til beskyttelse af børn, undertegnet i Haag den 19. oktober 1996 (herefter »Haagerkonventionen af 1996«)[3], anvendelse, når barnet har sit sædvanlige opholdssted på en medlemsstats område. Bruxelles

3 – Haagerkonventionen af 1996 erstattede Haagerkonventionen af 5.10.1961 om myndighedernes kompetence og lovvalget i sager vedrørende beskyttelse af mindreårige (herefter »Haagerkonventionen af 1961«). Selv om Den Europæiske Union ikke er part i Haagerkonventionen af 1996, er den undertegnet af alle medlemsstaterne.

IIa-forordningen har derfor forrang for denne konvention i alle de tilfælde, hvor dette kriterium er opfyldt, idet det ikke er relevant, om tvisten vedrører en potentiel kompetencekonflikt mellem retter i medlemsstaterne eller mellem retter i en medlemsstat og et tredjeland, som har undertegnet denne konvention.

25. I øvrigt vedrører denne forordnings artikel 12, stk. 4, der bestemmer, at en medlemsstats retter, som har truffet afgørelse om forældrenes begæring om skilsmisse, under visse omstændigheder har kompetence, selv om barnet ikke har sit sædvanlige opholdssted i denne medlemsstat, situationen med et barn, der har sædvanligt opholdssted i et tredjeland, som ikke har undertegnet Haagerkonventionen af 1996. Denne bestemmelse finder således specifikt anvendelse på tvister, der har tilknytning til en medlemsstat og et tredjeland [4].

26. På grundlag af en teleologisk fortolkning af denne forordnings artikel 8, stk. 1, mener jeg, at retterne i en medlemsstat har international kompetence, når barnet har sit sædvanlige opholdssted i denne medlemsstat, selv om der ikke er nogen tilknytning til en anden medlemsstat.

27. I denne henseende præciserede Domstolen i Owusu-dommen [5], at konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige handelssager [6] (herefter »Bruxelleskonventionen«), som var forløberen for forordning (EF) nr. 44/2001 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område [7] (herefter »Bruxelles I-forordningen«), havde til formål at lette det fælles markeds funktion ved, at der blev vedtaget kompetenceregler for tvister i forbindelse hermed, og ved, at vanskeligheder i forbindelse med anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser blev mindsket. Domstolen fastslog, at vedtagelsen af fælles kompetenceregler vedrørende tvister med en tilknytning til et tredjeland bidrager til virkeliggørelsen af dette mål, idet den giver mulighed for at fjerne hindringer, der kan følge af forskelle mellem de nationale lovgivninger på området. Heraf udledte Domstolen, at anvendelsen af reglen i Bruxelles-konventionens artikel 2, der tillægger retterne i den medlemsstat, hvor den sagsøgte havde bopæl, en generel kompetence, ikke er undergivet en betingelse om, at der foreligger et retsforhold, der implicerer flere kontraherende stater i denne konvention [8].

28. Efter min opfattelse gælder ræsonnementet i denne dom også i forbindelse med Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1. I henhold til artikel 67, stk. 4, TEUF fremmer Unionen således gensidig anerkendelse af domme afsagt af medlemsstaternes retter om alle civilretlige spørgsmål [9]. Harmoniseringen af reglerne for international kompetence tager, ved at styrke retssikkerheden, sigte på at fremme en gensidig tillid, som gør det muligt at indføre en bindende ordning for gensidig anerkendelse af domme [10]. Ud fra denne synsvinkel giver tilnærmelsen af kompetencereglerne med henblik på afgørelsen af tvister med en tilknytning til et tredjeland mulighed for at fjerne hindringerne for anerkendelsen og fuldbyrdelsen af domme afsagt i medlemsstaterne inden for alle civilretlige spørgsmål, herunder familiespørgsmål.

4 – Derimod forudsætter visse bestemmelser i Bruxelles IIa-forordningen vedrørende kompetence nødvendigvis, som det fremgår af deres ordlyd, en potentiel kompetencekonflikt mellem retterne i to eller flere medlemsstater (jf. artikel 9, 10, 15, 19 og 20). I øvrigt finder denne forordnings bestemmelser om anerkendelse og fuldbyrdelse kun anvendelse på domme, der er afsagt af medlemsstaternes retter (jf. kendelse af 12.5.2016, Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, præmis 19-22), og dom af 20.12.2017, Sahyouni (C-372/16, EU:C:2017:988, præmis 27). Det er ligeledes ubestridt, at anvendelsen af denne forordnings artikel 11 om tilbagegivelse af barnet forudsætter, at fjernelsen eller tilbageholdelsen af barnet har fundet sted fra en medlemsstat til en anden. Alt i alt er det relevant at stille spørgsmål ikke om hele Bruxelles IIa-forordningens geografiske anvendelsesområde, men om hver enkelt af dens bestemmelsers anvendelighed.

5 – Dom af 1.3.2005 (C-281/02, EU:C:2005:120, præmis 33).

6 – EFT 1978, L 304, s. 17.

7 – Rådets forordning af 22.12.2000 (EFT 2001, L 12, s. 1).

8 – Dom af 1.3.2005, Owusu (C-281/02, EU:C:2005:120, præmis 34 og 35). Jf. ligeledes udtalelse 1/03 (ny Lugano-konvention) af 7.2.2006 (EU:C:2006:81, præmis 146-148).

9 – Artikel 81, stk. 2, TEUF bestemmer således, at der skal vedtages harmoniseringsforanstaltninger inden for det retlige samarbejde i civile sager, »*navnlig* når det er nødvendigt for det indre markeds funktion« (min fremhævelse).

10 – Jf. punkt 13 i forklarende rapport af A. Borrás (EFT 1998, C 221, s. 27), udarbejdet i forbindelse med proceduren med henblik på vedtagelse af konventionen udarbejdet på grundlag af artikel K.3 [TEU] om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabssager, indgået i Bruxelles den 28.5.1998 (EFT 1998, C 221, s. 1, »Bruxelles II-konventionen«).

29. Denne konvention afspejler i øvrigt den måde, hvorpå såvel de nationale retter [11] som retslitteraturen [12] forstår anvendelsesområdet for Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1.

30. Det Forenede Kongeriges påstand om, at de præjudicielle spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling, må følgelig afvises.

31. Jeg skal for fuldstændighedens skyld tilføje, at der heller ikke kan rejses tvivl om, at disse spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, på det grundlag, at de vedrører en situation, der afspejler visse faktiske omstændigheder, som ikke er fastslået af den forelæggende ret, men alene gjort gældende af moderen [13].

B. Realiteten

1. Indledende bemærkninger

32. En central del af Bruxelles II-forordningen og de internationale konventioner, som den er inspireret af, nemlig begrebet »barnets sædvanlige opholdssted«, har en dobbelt funktion i forbindelse med disse instrumenter.

33. For det første danner kriteriet om barnets sædvanlige opholdssted på det tidspunkt, hvor sagen anlægges, i henhold til denne forordnings artikel 8, stk. 1, grundlag for en medlemsstats retters generelle kompetence til at tage stilling til spørgsmål vedrørende forældreansvar [14]. Denne bestemmelses indhold er det samme som indholdet i artikel 5, stk. 1, i Haagerkonventionen af 1996.

34. For det andet er barnets »sædvanlige opholdssted« også et centralt begreb i den tilbagegivelsesmekanisme, som er fastsat i konventionen om de civilretlige virkninger af internationale børnebortførelser, indgået i Haag den 25. oktober 1980 (herefter »Haagerkonventionen af 1980« og, sammen med Haagerkonventionen af 1996, »Haagerkonventionerne«) [15]. Denne mekanisme, som suppleret ved Bruxelles IIa-forordningens bestemmelser, navnlig artikel 11, anvendes stadig mellem medlemsstaterne på de områder, der er omfattet af denne forordning [16]. Bortførelse eller

11 – Jf., bl.a., Cour de Cassation (kassationsdomstol, Frankrig), Første Afdeling for Civile Sager, 13.5.2015, nr. 15-10 872, Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, præmis 29, og High Court of Ireland (appeldomstol, Irland) O'K mod A, 1.7.2008, [2008] IEHC 243, præmis 5.8.

12 – Jf., bl.a., E. Gallant, »Règlement Bruxelles II bis: compétence, reconnaissance et exécution en matières matrimoniale et de responsabilité parentale«, *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2013, punkt 24 ff., samt U. Magnus og P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law: Brussels II bis Regulation*, Sellier European Law Publisher, 2012, s. 21.

13 – Domstolen har allerede fastslået, at en national ret kan forelægge Domstolen en anmodning om fortolkning, »selv om den herved lægger anbringender til grund, som er fremført af en af parterne i hovedsagen, men som retten endnu ikke har efterprøvet i realiteten, når retten i lyset af sagens særlige omstændigheder finder, at en præjudiciel afgørelse er nødvendig for at kunne træffe afgørelse, og de præjudicielle spørgsmål […] er relevante« (dom af 9.12.2003, Gasser (C-116/02, EU:C:2003:657, præmis 27)). I den foreliggende sag finder den forelæggende ret, at Domstolens besvarelse af dens spørgsmål er nødvendig for, at den kan træffe afgørelse om sin kompetence, eftersom den beviskvalitet med hensyn til de relevante faktiske omstændigheder, som skal være opfyldt i denne forbindelse, afviger fra den, der gælder med hensyn til fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder i realiteten. Hvad dette angår fastslog Domstolen i dom af 28.1.2015, Kolassa (C-375/13, EU:C:2015:37, præmis 59-63), at rækkevidden af de kontrolforpligtelser, der påhviler de nationale retter ved undersøgelsen af deres kompetence i henhold til Bruxelles I-forordningen, henhører under den nationale procesret, idet den effektive virkning af denne forordning dog skal opretholdes. Ifølge Domstolen skal den nationale ret uden vanskeligheder kunne tage stilling til, om den er kompetent, uden at skulle undersøge sagen i realiteten med iværksættelse af en omfattende bevisførelse for faktiske omstændigheder vedrørende såvel kompetencespørgsmålet som realiteten. Denne tankegang er efter min opfattelse også relevant hvad angår kompetencereglerne i henhold til Bruxelles IIa-forordningen.

14 – Det er ubestridt, at hovedsagens genstand er spørgsmål vedrørende forældreansvar som defineret i Bruxelles IIa-forordningens artikel 2, nr. 7).

15 – Haagerkonventionen af 1980 er undertegnet af alle medlemsstaterne. Unionen har imidlertid ikke tiltrådt denne konvention. I øvrigt har Folkerepublikken Bangladesh hverken undertegnet denne konvention eller Haagerkonventionen af 1996.

16 – Jf. Bruxelles IIa-forordningens artikel 62, stk. 2, samt 17. betragtning. I henhold til denne forordnings artikel 60, litra e), har forordningens bestemmelser forrang for Haagerkonventionen af 1980. Jf. dom af 5.10.2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, præmis 36).

tilbageholdelse af et barn er ulovlig, hvis det sker under tilsidesættelse af en forældremyndighed, som er indrømmet i henhold til lovgivningen i den stat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted umiddelbart før denne begivenhed [17]. Når bortførelsen eller tilbageholdelsen er ulovlig, skal barnets tilbagegivelse til denne stat i princippet straks anordnes [18].

35. I henhold til Domstolens praksis har begrebet »barnets sædvanlige opholdssted« samme betydning i begge disse sammenhænge [19]. Denne tilgang kan bl.a. forklares ud fra den omstændighed, at såvel Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1, som tilbagegivelsesmekanismen tager sigte på, at tvister vedrørende forældreansvar løses af retterne i den medlemsstat, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted, som anses for at være bedst egnede til at beskytte dets interesser [20].

36. Nærmere bestemt fremgår det af 12. betragtning til denne forordning, at den i forordningens artikel 8, stk. 1, fastsatte regel om generel kompetence navnlig bygger på kriteriet om nærhed, hvorved lovgiver ønskede at virkeliggøre formålet om beskyttelsen af barnets bedste. Lovgiver anså retterne i den medlemsstat, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted, for at være bedst i stand til at vurdere dets situation under behandlingen af sagen, da de er tæt på dets sociale og familiemæssige miljø [21], eventuelt efter at barnet er tilbagegivet til denne medlemsstat i henhold til bestemmelserne i Haagerkonventionen af 1980, som suppleret ved Bruxelles IIa-forordningen. Denne kompetenceregel tager således, ligesom tilbagegivelsesmekanismen, udgangspunkt i en bestemt opfattelse af barnets bedste i generel forstand [22]. Barnets bedste specificeres derefter nærmere ved behandlingen af en sag, der vedrører realiteten i forbindelse med forældreansvarsspørgsmål [23].

37. Hverken Haagerkonventionerne eller Bruxelles II-forordningen definerer begrebet »barnets sædvanlige opholdssted«. Dette er baggrunden for, at Domstolen – ligesom retterne i de stater, der har undertegnet disse konventioner – har fundet det nødvendigt at definere en test til anvendelse ved fastlæggelsen af barnets sædvanlige opholdssted i den enkelte konkrete sag. Dette kræver, at der skal findes en ligevægt mellem flere krav.

38. For det første skal denne test være tilstrækkeligt fleksibel til, at retterne kan tilpasse deres afgørelser til de særlige omstændigheder i hvert enkelt tilfælde, således at nærhedskriteriet afspejles bedst muligt. Hvad dette angår viser forarbejderne til vedtagelsen af Haagerkonventionerne, at ophavsmændene bevidst undlod at definere begrebet »barnets sædvanlige opholdssted«. De anså dette begreb for at afhænge af vurderinger af de faktiske omstændigheder uden at være afgrænset af ufleksible retsregler som f.eks. dem, der vedrører identifikationen af bopæl [24].

17 – Jf. artikel 3 i Haagerkonventionen af 1980 og Bruxelles IIa-forordningens artikel 2, nr. 11).

18 – Jf. artikel 12 i Haagerkonventionen af 1980 og Bruxelles IIa-forordningens artikel 11.

19 – Dom af 9.10.2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, præmis 54), og af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 41).

20 – Jf. forklarende rapport af E. Pérez-Vera, Actes et documents de la XIV^{ème} session (1980), bd. III (herefter »Pérez-Vera-rapporten«), punkt 16, 19 og 66. Især anføres det i rapportens punkt 16, at den omstændighed, at det ikke var muligt i konventionerne at fastsætte kompetencekriterier vedrørende forældremyndighed, førte til valget af tilbagegivelsesmekanismen, som »ganske vist er en omvej, men i de fleste sager giver mulighed for, at den endelige afgørelse om forældremyndighed træffes af myndighederne dér, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted før dets bortførelse«.

21 – Jf. i denne retning dom af 9.11.2010, Purrucker (C-296/10, EU:C:2010:665, præmis 84).

22 – Jf. punkt 24 og 25 i Pérez-Vera-rapporten samt dom af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis).

23 – Jf. i denne retning dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 66).

24 – Da Haagerkonventionen af 1961 blev vedtaget, blev kriteriet om barnets sædvanlige opholdssted foretrukket frem for nationalitetskriteriet, som traditionelt dannede grundlag for kompetence i sager om civilstand, men blev anset for at være forældet, og frem for bopælskriteriet, der var et retligt begreb, som blev defineret forskelligt i de forskellige nationale lovgivninger. Det sædvanlige opholdssted blev anset for et »faktuelt begreb« svarende til det »faktiske centrum for barnets livsinteresser« (forklarende rapport af W. de Steiger, Actes et documents de la IX^{ème} session (1960), bd. IV, s. 9, 13 og 14. Forarbejderne til vedtagelsen af Haagerkonventionen af 1980 gentager, at det sædvanlige opholdssted i modsætning til begrebet »bopæl« er et »rent faktuelt begreb« (Pérez-Vera-rapporten, punkt 66). I forbindelse med forarbejderne til vedtagelsen af Haagerkonventionen af 1996 blev et forslag om at indføje en definition af dette begreb afvist med den begrundelse, at en sådan definition ville risikere at gribe ind i fortolkningen af adskillige andre konventioner, hvori det samme begreb optræder (forklarende rapport af P. Lagarde, Actes et documents de la XVIII^{ème} session (1996), bd. II, punkt 40) (disse rapporter findes desuden på internetadressen https://www.hcch.net/fr/instruments).

39. Den test, der skal anvendes, skal for det andet sikre en vis forudsigelighed og retssikkerhed ved at opstille tilstrækkelige pejlemærker for retternes skønsbeføjelse. Det sidstnævnte krav svarer desuden til formålet vedrørende ensartethed i anvendelsen af Bruxelles IIa-forordningen og Haagerkonventionerne: Jo mere præcise og klare kendemærkerne er, desto mere forudsigelige, og følgelig ensartede i de forskellige berørte domstole, bliver resultaterne.

40. Jeg finder det her hensigtsmæssigt at fremhæve betydningen af en sammenhængende og ensartet anvendelse af kriteriet om barnets sædvanlige opholdssted både inden for Unionen og i alle de stater, der har undertegnet Haagerkonventionerne. Udfordringen består i at undgå kompetencekonflikter mellem medlemsstaternes domstole og domstolene i de øvrige starter, der har undertegnet Haagerkonventionen af 1996, og i at give mulighed for en harmoniseret anvendelse af den tilbagegivelsesmekanisme, der blev indført ved Haagerkonventionen af 1980[25]. Ud fra denne synsvinkel finder jeg det hensigtsmæssigt i min analyse at tage hensyn til visse afgørelser truffet af retter i tredjelande, der har undertegnet disse konventioner[26].

2. Spørgsmålet, om barnets fysiske tilstedeværelse i en medlemsstat er påkrævet, for at dets sædvanlige opholdssted kan fastlægges i denne stat (det første spørgsmål)

a) Indledende bemærkninger

41. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt det er absolut nødvendigt for, at barnet har sit sædvanlige opholdssted i en medlemsstat som omhandlet i Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1, at barnet har været fysisk til stede i denne medlemsstat – selv hvis det var i fortiden og i en begrænset periode.

42. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, bunder dette spørgsmål i en retlig debat ved Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i forbindelse med en tvist, som hvad angår de faktiske omstændigheder havde visse fællestræk med den foreliggende sag. I dommen i sagen A mod A (Children: Habitual Residence)[27] blev denne ret anmodet om at tage stilling vedrørende det sædvanlige opholdssted for et barn, der var født i Pakistan og aldrig havde været i Det Forenede Kongerige. Hans moder var efter at have boet adskillige år i Det Forenede Kongerige, hvor hun havde født tre børn, før undfangelsen af det fjerde barn rejst til Pakistan med den hensigt at aflægge et midlertidigt besøg. Hun var derefter sammen med sine tre første børn blevet tilbageholdt i Pakistan af børnenes fader, som bl.a. havde konfiskeret deres pas, og hun var blevet tvunget til at føde det fjerde barn i dette land.

43. Rettens flertal, med Lady Hale i spidsen, var – med henvisning til Domstolens praksis, hvorefter barnets sædvanlige opholdssted er et faktuelt begreb[28] – tilbøjelig til at anse barnets fysiske tilstedeværelse i Det Forenede Kongerige for en forudsætning for, at dets sædvanlige opholdssted kunne fastlægges dér. I erkendelse af, at dette spørgsmål ikke kunne løses uden Domstolens afklaring heraf i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse, lod rettens flertal dog i sidste ende spørgsmålet være åbent og valgte at anvende et andet grundlag for de britiske retters kompetence, nemlig parens patriae-kompetence[29]. Lord Hughes afgav dissens og var – ligeledes på grundlag af den faktuelle

25 – Jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkt 26 og 30).

26 – Jeg følger således i fodsporene på bl.a. de britiske og canadiske retter, hvis praksis indeholder utallige henvisninger til afgørelser truffet af retter i andre stater, der har undertegnet Haagerkonventionen af 1980, samt af EU-Domstolen. Jf., bl.a., Cour suprême du Canada (Canadas højesteret), Balev, 2018 SCC 16, præmis 40-57, samt Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), A mod A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, præmis 46 ff.

27 – [2013] UKSC 60.

28 – Jf. punkt 47 ff. i dette forslag til afgørelse.

29 – [2013] UKSC 60, præmis 55-58.

tilgang i Domstolens praksis – af den opfattelse, at barnets sædvanlige opholdssted var Det Forenede Kongerige, eftersom medlemmerne af den familieenhed, som han tilhørte, var tilstrækkeligt etablerede til, at det var deres sædvanlige opholdssted, og at faderens tvang var den eneste grund til, at barnet ikke befandt sig dér [30].

44. Den problematik, der rejses i det første præjudicielle spørgsmål, er også blevet behandlet ved de franske domstole. Cour de cassation (kassationsdomstol, Frankrig) har taget stilling til en situation, hvor en moder, der boede i Amerikas Forenede Stater sammen med faderen og deres første barn, mens hun var gravid, rejste til Frankrig med dette barn på et midlertidigt familiebesøg. Moderen var derefter blevet på fransk område, hvor hun havde født det andet barn og ensidigt havde besluttet, at børnene ikke skulle tilbagegives til Amerikas Forenede Stater. Under disse omstændigheder fastslog Cour de cassation (kassationsdomstol, Frankrig), at begge børnenes sædvanlige opholdssted var Amerikas Forenede Stater, selv om den nyfødte aldrig havde været dér [31].

45. Selv om Domstolen gentagne gange har fremhævet, at et barns fysiske tilstedeværelse i en bestemt stat *ikke er tilstrækkeligt* som grundlag for dets sædvanlige opholdssted, har den efter min opfattelse endnu ikke svaret på spørgsmålet, om det er en *nødvendig* betingelse hvad dette angår [32]. Jeg vil først se nærmere på denne retspraksis og på det retlige kriterium, som kan udledes heraf [afsnit b)]. Derefter vil jeg redegøre for grundene til, at jeg på baggrund af de principper, som følger af den gældende retspraksis og af Bruxelles IIa-forordningens formål og sammenhæng, er af den opfattelse, at barnets fysiske tilstedeværelse i en given stat ikke er en forudsætning for fastlæggelsen af dets sædvanlige opholdssted i denne stat [afsnit c)].

b) Den test, der er fastlagt i Domstolens praksis

46. Domstolen har igennem sine domme udviklet og præciseret en test, der gør det muligt at fastlægge barnets sædvanlige opholdssted på grundlag af en i det væsentlige faktuel og kasuistisk tilgang. Den har således søgt at konkretisere det nærhedskriterium, som lovgiver har indført af hensyn til barnets bedste.

47. I henhold til fast retspraksis svarer barnets sædvanlige opholdssted til det sted, som afspejler »en vis familiemæssig og social tilknytning« [33], eller, som det blev formuleret i den nyere HR-dom, det »sted, som er det faktiske midtpunkt for barnets livsinteresser« [34]. De nationale retters anvendelse af denne retlige test indebærer en bedømmelse af de faktiske omstændigheder for at fastlægge dette sted på baggrund af alle de særlige omstændigheder i hver enkelt sag. »Foruden barnets fysiske tilstedeværelse i en medlemsstat skal der [hvad dette angår] lægges vægt på andre faktorer, som kan påvise, at denne tilstedeværelse på ingen måde er af midlertidig eller tilfældig karakter, og at barnets opholdssted afspejler en vis familiemæssig og social tilknytning« [35] – eller, for at anvende ordlyden i Mercredi-dommen, »en vis varighed eller regelmæssighed« [36].

30 – Jf. navnlig [2013] UKSC 60, præmis 82-93. Desuden har den forelæggende ret under konkrete omstændigheder, som kan sammenlignes med de faktiske omstændigheder i sagen A mod A (Children: Habitual Residence), fastslået, at et barns sædvanlige opholdssted var Det Forenede Kongerige, selv om barnet aldrig havde »sat sin fod« i landet. Jf. High Court of Justice (England & Wales), Family Division (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for familieretlige sager), B mod H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

31 – Cour de cassation (kassationsdomstol, Frankrig), Første Afdeling for Civile Sager, 26.10.2011, nr. 10-19 905 (Bulletin 2011, I, nr. 178).

32 – Jf. punkt 47 samt 54-63 i dette forslag til afgørelse.

33 – Jf., bl.a., dom af 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, præmis 38); af 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, præmis 47), og af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 42).

34 – Dom af 28.6.2018 (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 42). Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkt 38). Denne test svarer til testen vedrørende »det faktiske centrum for barnets livsinteresser«, som blev formuleret i forarbejderne til Haagerkonventionen af 1961 (jf. fodnote 24 i dette forslag til afgørelse).

35 – Dom af 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, præmis 38), og af 9.10.2014, C (C-376/14 PPU, EU:C:2014:2268, præmis 51). Jf. desuden dom af 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, præmis 49); af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 43), og af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 41).

36 – Dom af 22.12.2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, præmis 44).

48. Disse faktorer omfatter bl.a. opholdets varighed og lovlighed samt vilkårene og baggrunden for opholdet på den pågældende medlemsstats eller de pågældende medlemsstaters område, barnets statsborgerskab [37], stedet og vilkårene for barnets skolegang, dets sprogkundskaber og barnets familiemæssige og sociale relationer i nævnte medlemsstat eller medlemsstater [38]. Forældrehensigten hvad angår barnets opholdssted er endnu et indicium, forudsat at det kommer til udtryk ved ydre omstændigheder (f.eks. at forældrene køber eller lejer en bolig) [39]. Hvordan disse faktorer vægtes i forhold til hinanden, afhænger af den enkelte sags særlige omstændigheder [40].

49. Da Domstolen for første gang skulle anvende denne test for at fastlægge et spædbarns [41] sædvanlige opholdssted, nemlig i Mercredi-dommen [42], anerkendte den, at der ved vurderingen af barnets familiemæssige og sociale tilknytning ikke kan ses bort fra omstændighederne, med hensyn til ophold, vedrørende de personer, som det er afhængigt af. Domstolen fastslog, at et lille barns tilknytning hovedsageligt er familien, bestående af den eller de referencepersoner, som barnet bor sammen med, og som konkret passer og tager sig af barnet [43] – som hovedregel dets forældre [44]. Når et sådant spædbarn til daglig bor sammen med sine forældre, indebærer fastlæggelsen af dets sædvanlige opholdssted følgelig en fastlæggelse af, hvor disse opholder sig stabilt og har en social og familiemæssig tilknytning [45].

50. Dette sted skal fastlægges på grundlag af en – ikke-udtømmende – fortegnelse over faktorer af samme art som de faktorer, der viser barnets tilknytning i denne situation. Disse faktorer omfatter forældrenes opholds varighed og lovlighed samt vilkårene og baggrunden for opholdet på den pågældende medlemsstats eller de pågældende medlemsstaters område, deres sprogkundskaber, deres geografiske og familiemæssige oprindelse samt deres familiemæssige og sociale relationer i staten [46]. Der tages hensyn til forældrenes hensigt om at bosætte sig med barnet på et bestemt sted, for så vidt som den afspejler forældrenes (og således barnets) faktiske sociale og familiemæssige tilknytning [47]. Set ud fra denne synsvinkel er denne forældrehensigt en faktor, som ganske vist er vigtig, men ikke nødvendigvis afgørende [48]. De forskellige aspekter med hensyn til forældrenes tilknytning vægtes i forhold til barnets afhængighed af sine forældre, som varierer alt efter barnets alder.

37 – Det er mod formuleringen af dette kriterium blevet indvendt, at barnets statsborgerskab udgør en selvstændig tilknytning af retlig karakter, som ophavsmændene til Haagerkonventionerne (som Bruxelles IIa-forordningen er inspireret af) netop ville forkaste til fordel for det faktuelle kriterium vedrørende barnets sædvanlige opholdssted (jf. fodnote 24 i dette forslag til afgørelse). Jf. R. Lamont, kommentar til dom af 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225), Common Market Law Review 47, 2010, s. 241. Ud fra denne synsvinkel kommer barnets statsborgerskab kun i betragtning, for så vidt som den er en faktor, der afspejler den sociale virkelighed i barnets omgivelser. Jf. i denne retning dom af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 57-60).

38 – Jf. i denne retning dom af 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, præmis 39), og af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 43).

39 – Jf. dom af 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, præmis 40), af 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, præmis 50), af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 46), og af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 46).

40 – Jf. i denne retning dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 48), og af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 49).

41 – Ifølge ordbogen Larousse betegner det franske »nourrisson« [dansk: »spædbarn«] et barn, som ikke længere er nyfødt, indtil toårsalderen, mens »nouveau-né« [»nyfødt«] betegner børn i alderen op til 28 dage. For nemheds skyld vil jeg anvende »spædbarn« om begge kategorier af helt små børn. Den lille pige i hovedsagen var et spædbarn på det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt ved den forelæggende ret.

42 – Dom af 22.12.2010 (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829).

43 – Dom af 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, præmis 52-54). Jf. desuden dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 45).

44 – Dom af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 44).

45 – Jf. dom af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 45).

46 – Dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 45), og af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 45). Jf. desuden dom af 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, præmis 55 og 56).

47 – Jf. i denne retning Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, præmis 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 – Jf. dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 47 og 50), og af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 64).

51. Den tankegang, der ligger til grund for denne tilgang, er mest indlysende, når det drejer sig om et nyfødt barns sædvanlige opholdssted. Hvis det eneste, der talte, var de objektive faktorer vedrørende den tilknytning, der er skabt under barnets ophold på et givet sted, ville alle nyfødte ikke have noget sædvanligt opholdssted, da de pr. definition ikke har haft tid nok til at danne en tilknytning på et sted. Som følge heraf ville ingen nyfødte være beskyttet af tilbagegivelsesproceduren i henhold til Haagerkonventionen af 1980, suppleret ved Bruxelles IIa-forordningen.

52. Det fremgår af ovenstående redegørelse, at Domstolen har anvendt en »blandet tilgang«, hvor barnets sædvanlige opholdssted fastlægges dels på grundlag af objektive faktorer, der karakteriserer barnets ophold på et bestemt sted, dels på grundlag af omstændigheder vedrørende dets forældres ophold samt deres hensigter med hensyn til barnets opholdssted. Selv om begrebet »sædvanligt opholdssted« er fokuseret på barnet, idet det betegner det sted, som er det faktiske midtpunkt for barnets livsinteresser, afhænger dette sted selv – i en udstrækning, der varierer i forhold til barnets alder – af det sted, som er det faktiske midtpunkt for dets forældres livsinteresser, og hvor de har til hensigt, at barnet skal vokse op.

53. Som den canadiske højesteret har fremhævet [49] med udgangspunkt i adskillige domme afsagt i de stater, der har undertegnet Haagerkonventionen af 1980, svarer den blandede tilgang, som foretrækkes frem for den tilgang, der alene er koncentreret om barnets »akklimatisering« [50], og den tilgang, som tillægger forældrehensigten størst vægt [51], til en tendens, der kan udledes af retspraksis vedrørende denne konvention på internationalt plan.

c) Spørgsmålet om, hvilke oplysninger der kan udledes af Domstolens praksis med hensyn til, hvorvidt en fysisk tilstedeværelse er nødvendig eller ej

1) Det synspunkt, at Domstolen allerede har afgjort spørgsmålet

54. Ingen af procesdeltagerne har bestridt, at en samlet vurdering af omstændighederne i de enkelte sager i praksis generelt munder ud i den konklusion, at det faktiske midtpunkt for barnets livsinteresser – og følgelig dets sædvanlige opholdssted – befinder sig på et sted, hvor det allerede har været fysisk til stede. Imidlertid er UD, Det Forenede Kongeriges regering og den tjekkiske regering, i modsætning til XB og Kommissionen, af den opfattelse, at denne samlede vurdering under visse særlige omstændigheder kan begrunde, at barnet har sit sædvanlige opholdssted i en stat, hvor det aldrig har været.

55. Som XB og Kommissionen har gjort gældende, indeholder Domstolens praksis, som der er redegjort for ovenfor, visse passager, som ved første øjekast taler til fordel for den konklusion, at det er en forudsætning for, at et barns sædvanlige opholdssted kan fastlægges i en medlemsstat, at det har været fysisk til stede i denne stat. Læsningen af disse passager i deres kontekst maner imidlertid til forsigtighed, inden der drages en sådan konklusion.

56. For det første kan den gentagne brug af ordene »foruden barnets fysiske tilstedeværelse« [52], før der anføres andre relevante faktorer, give anledning til at anse dette parameter for at være et nødvendigt element, når barnets sædvanlige opholdssted skal fastlægges. På grund af de faktiske omstændigheder i de sager, som Domstolen er blevet forelagt, har den imidlertid aldrig konkret undersøgt spørgsmålet

49 – Jf. Cour suprême du Canada (Canadas højesteret), 20.4.2018, Balev, 2018 SCC 16, præmis 50-57.

50 – Jf. United States Court of Appeals, 6th Circuit (appeldomstol, 6. kreds, Amerikas Forenede Stater), Friedrich mod Friedrich, 78 F.3d 1060 (1996) og Robert mod Tesson, 507 F.3d 981 (2007), samt Cour d'appel de Montréal (Canada) (appeldomstolen i Montréal, Canada), 8.9.2000, nr. 500-09-010031-003.

51 – Jf., bl.a., United States Court of Appeals, 9th Circuit (appeldomstol, 9. kreds, Amerikas Forenede Stater), Mozes mod Mozes, 239 F 3d 1067 (2001), samt United States Court of Appeals, 11th Circuit (appeldomstol, 11. kreds, Amerikas Forenede Stater), Ruiz mod Tenorio, 392 F.3d 1247 (2004).

52 – Jf. punkt 47 i dette forslag til afgørelse.

om, hvorvidt den fysiske tilstedeværelse er en nødvendig forudsætning eller ej. Som UD og Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, er den eneste konklusion, der kan drages af anvendelsen af disse ord, den omstændighed, at den fysiske tilstedeværelse *ikke er tilstrækkelig* til at danne grundlag for barnets sædvanlige opholdssted. Det kan ikke heraf ekstrapoleres, at dette element er *nødvendigt* i denne henseende.

57. Passagen i dommen i sagen W og V [53], hvorefter »[f]astlæggelsen af et barns sædvanlige opholdssted i en given medlemsstat […] i det mindste [kræver], at barnet fysisk har været til stede i denne medlemsstat«, er heller ikke afgørende. Denne sætning skal nemlig forstås i lyset af de faktiske omstændigheder i sagen, som gav anledning til denne dom. Den ene af forældrene havde gjort gældende, at barnets sædvanlige opholdssted var i Litauen, selv om barnets nationalitet var den eneste tilknytning til denne medlemsstat. Domstolen anførte derfor, at den omstændighed alene, at barnet var statsborger i en medlemsstat, ikke kunne kompensere for manglen på en konkret tilknytning til denne medlemsstat, hvor barnet aldrig havde »sat sine ben« [54]. Domstolen var ikke blevet spurgt, hvorvidt en sådan tilknytning, når den er til stede, i visse tilfælde kan kompensere for den manglende fysiske tilstedeværelse i den pågældende medlemsstat.

58. Endelig understøtter OL-dommen [55] heller ikke XB's og Kommissionens synspunkt. Den sag, der gav anledning til denne dom, vedrørte et barn af en græsk moder og en italiensk fader, som begge boede i Italien, før barnet blev født. Ifølge faderen havde forældrene aftalt, at barnet skulle fødes i Grækenland, og efter aftalen skulle barnet og moderen derefter komme tilbage til Italien, men moderen havde nægtet at holde sig til denne plan. Faderen gjorde ved en græsk ret gældende, at moderen ulovligt tilbageholdt barnet i en anden medlemsstat (Grækenland) end den, hvor det havde sit sædvanlige opholdssted før dets ikke-tilbagegivelse (Italien) som omhandlet i Bruxelles IIa-forordningens artikel 11, stk. 1. Den pågældende ret skulle derfor undersøge, hvorvidt barnets sædvanlige opholdssted på det relevante tidspunkt var Italien, selv om det aldrig havde været der.

59. På baggrund heraf havde denne ret spurgt Domstolen, hvorvidt barnets fysiske tilstedeværelse i en medlemsstat i alle tilfælde var en forudsætning for, at det kunne fastslås, at det havde sit sædvanlige opholdssted i denne stat. Hvis Domstolen havde været af den opfattelse, at den allerede havde besvaret dette spørgsmål bekræftende i sin tidligere praksis, kunne den blot have tilkendegivet dette over for den nationale ret – hvorved den nemt kunne have afgjort den tvist, som var blevet forelagt. Generaladvokat Wahl havde i øvrigt, navnlig på grundlag af dommen i sagen W og V [56], foreslået Domstolen at vælge denne løsning [57].

60. Domstolen omformulerede imidlertid det præjudicielle spørgsmål, således at den undgik at afgøre det på generel og abstrakt vis, samtidig med at den gav den pågældende domstol en brugbar vejledning hvad angår løsningen af den sag, som verserede for den [58]. Domstolen behandlede nærmere bestemt den situation – som den, der var omhandlet i den pågældende sag – hvor barnet i overensstemmelse med forældrenes fælles vilje er født og i flere måneder uden afbrydelse har opholdt sig sammen med sin moder i en anden medlemsstat end den, hvor forældrene havde deres sædvanlige opholdssted før barnets fødsel. Den undersøgte, hvorvidt forældrenes oprindelige hensigt med hensyn til moderens tilbagevenden til denne medlemsstat sammen med barnet er en afgørende faktor for at fastslå, at barnet dér har sit sædvanlige opholdssted, uanset om det aldrig fysisk har været til stede i denne medlemsstat.

53 – Dom af 15.2.2017 (C-499/15, EU:C:2017:118, præmis 61).

54 – Jf. i denne retning fodnote 37 i dette forslag til afgørelse.

55 – Dom af 8.6.2017 (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436).

56 – Dom af 15.2.2017 (C-499/15, EU:C:2017:118).

57 – Forslag til afgørelse OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punkt 57 og 61). I punkt 81-83 nuancerede generaladvokat Wahl dog sit synspunkt og gav udtryk for den opfattelse, at det ikke kunne udelukkes, at der under særlige omstændigheder kunne ses bort fra kriteriet om den fysiske tilstedeværelse, for så vidt som der var en håndgribelig tilknytning til en medlemsstat, hvor barnet aldrig havde været. En sådan tilknytning burde til barnets bedste være baseret på »stærke og reelle indicier«, som kunne få forrang for barnets fysiske tilstedeværelse.

58 – Dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 35).

61. Som svar på dette omformulerede spørgsmål afviste Domstolen blot for det første at opstille en generel regel om, at en fælles hensigt hos indehaverne af forældreansvaret om, at barnet skal vende tilbage til en medlemsstat, automatisk har større vægt end barnets fysiske tilstedeværelse i en anden medlemsstat. Desuden er der ikke nogen absolut regel om, at barnets sædvanlige opholdssted nødvendigvis følger forældrenes og ikke kan ændres ensidigt af en af indehaverne af forældreansvaret imod den andens vilje [59].

62. For det andet vurderede Domstolen, hvorvidt de omstændigheder, som den nationale ret havde forelagt for den, gav mulighed for at lægge til grund, at barnets sædvanlige opholdssted var i den medlemsstat, hvor dets forældre oprindeligt havde til hensigt at bo med barnet (Italien) – en vurdering, som Domstolen kunne have fundet overflødig, hvis den havde anset det for tydeligt, at barnets manglende fysiske tilstedeværelse i Italien var tilstrækkeligt til at udelukke, at Italien var dets sædvanlige opholdssted. Denne vurdering førte til den konklusion, at barnets opholdssted ikke kunne være i denne medlemsstat, da det havde boet i Grækenland i adskillige måneder og var født dér i overensstemmelse med forældrenes fælles vilje [60]. Domstolen udelukkede på ingen måde, at en national ret under andre omstændigheder, bl.a. når stedet for barnets fødsel ikke afspejler forældrenes fælles vilje, muligvis, på baggrund af samtlige relevante faktorer, må fastslå, at midtpunktet for barnets livsinteresser befinder sig i en medlemsstat, hvor det aldrig har opholdt sig.

2) Valget af den tilgang, der bedst kan forenes med retspraksis og formålene med Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1

63. Da Domstolen således endnu ikke har afgjort spørgsmålet om, hvorvidt barnets fysiske tilstedeværelse i en medlemsstat er nødvendig, for at dets sædvanlige opholdssted kan fastlægges i denne stat, skal det undersøges, hvorvidt den faktuelle tilgang, som er anvendt i retspraksis på grundlag af det af lovgiver fastsatte nærhedskriterium, bedst kan forenes med den ene eller den anden af de løsninger, som de berørte parter har foreslået.

64. Ifølge UD, det Forenede Kongeriges regering og den tjekkiske regering passer den faktuelle karakter af begrebet »barnets sædvanlige opholdssted« dårligt sammen med en regel om, at den fysiske tilstedeværelse i en medlemsstat er en betingelse sine qua non for, at det kan fastslås, at barnets sædvanlige opholdssted er i denne stat, uafhængigt af undersøgelsen af andre relevante omstændigheder. Disse procesdeltagere har navnlig fremhævet betydningen af faktorer vedrørende tilknytningen for den forælder, der har den faktiske forældremyndighed over et mindreårigt barn. XB og Kommissionen er derimod af den opfattelse, at et barn pr. definition ikke kan have en tilknytning til et sted, hvor det aldrig har været, og at fastlæggelsen af dets sædvanlige opholdssted på et sådant sted derfor ville være fiktiv og uforenelig med det pågældende begrebs faktuelle karakter.

65. Den førstnævnte holdning er efter min opfattelse mest forenelig med den faktuelle tilgang, som Domstolen har anvendt. Hvis manglende fysisk tilstedeværelse gøres til et afgørende kriterium, vil der blive skabt et retligt underkriterium, for så vidt som ingen af de øvrige relevante faktorer vil kunne undersøges, hvis en forudsætning vedrørende barnets fysiske tilstedeværelse ikke er opfyldt. Med en sådan generel og abstrakt regel ville den fleksibilitet, som giver mulighed for at anvende nærhedskriteriet til barnets bedste, gå tabt. Som det fremgår af den retspraksis, som der er redegjort for ovenfor, vedrører dette kriterium således nærheden mellem barnet og sociale og familiemæssige omgivelser på et givent sted og ikke kun den geografiske nærhed mellem barnet og et bestemt sted.

59 – Dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 50 ff.).

60 – Dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 49 og 50).

66. En fleksibel tilgang er navnlig nødvendig ved behandlingen af sager, der specifikt omhandler spædbørn, som kommer til verden og opholder sig i et andet land end det, hvor deres forældre på grund af deres familiemæssige og sociale tilknytning har midtpunktet for deres livsinteresser. Hvad dette angår gør jeg opmærksom på, at Domstolen har medgivet, at eftersom spædbørn pr. definition ikke har kunnet udvikle en faktisk tilknytning til et sted, som er uafhængig af deres forældre, afhænger det faktiske midtpunkt for deres livsinteresser i praksis af midtpunktet for deres forældres livsinteresser [61]. Hvis denne sociale og familiemæssige virkelighed overses, vil resultaterne efter min opfattelse være mere kunstige, end hvis det anerkendes, at et spædbarn under disse særlige omstændigheder kan have sit sædvanlige opholdssted på et sted, hvor det aldrig har været fysisk til stede.

67. Fastlæggelsen af et spædbarns sædvanlige opholdssted kræver således, at der ikke kun tages hensyn til objektive parametre vedrørende barnets ophold i det land, hvor det befinder sig, men også til indicier med hensyn til den sociale og familiemæssige tilknytning, som den forælder eller de forældre, som det er afhængigt af, har i et andet land. I denne forbindelse har de omstændigheder, der ligger til grund for, at spædbarnet og den forælder eller de forældre, som det er afhængigt af, ved dets fødsel og i dets første levetid befinder sig i det førstnævnte land – og at de tilsvarende ikke befinder sig i det sidstnævnte – en særlig betydning.

68. Når omstændigheder, som ikke er styret af den forælders eller de forældres vilje, som barnet er afhængigt af, f.eks. hændelige omstændigheder eller force majeure, medfører, at det lille barn fødes eller opholder sig uden for den stat, hvor den familieenhed, det er en del af – og som består af denne forælder eller disse forældre og eventuelt andre familiemedlemmer – har sit faste og regelmæssige opholdssted, har det lille barn efter min opfattelse sædvanligt opholdssted i denne stat. Under disse omstændigheder befinder midtpunktet for spædbarnets livsinteresser sig derfor dér, hvor det skal indgå i denne familieenhed, og hvor det allerede ville have været, hvis disse eksterne omstændigheder ikke havde været til stede.

69. Mit forslag kan illustreres med et eksempel, der er inspireret af de eksempler, som blev givet af Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) i sagen A mod A (Children: Habitual Residence) [62], samt i Det Forenede Kongeriges regerings og den tjekkiske regerings indlæg. Lad os forestille os et par med fast og regelmæssigt opholdssted i Tyskland, som tager på ferie i Frankrig, hvor moderen føder et barn før terminen. Skal det lægges til grund, at barnet umiddelbart efter sin fødsel har sædvanligt opholdssted dér, hvor dets forældre (og eventuelt dets ældre søskende) bor, hvor det er hensigten, at barnet skal opholde sig, og hvor dets vugge måske allerede står parat (dvs. i Tyskland), eller at barnet ikke har noget sædvanligt opholdssted, før det er kommet til Tyskland [63]?

70. Efter min opfattelse er der næppe tvivl om, at den konklusion, at barnet har sit sædvanlige opholdssted i Tyskland umiddelbart efter sin fødsel, er bedst i overensstemmelse med virkeligheden hvad angår barnets sociale og familiemæssige tilknytning [64].

61 – Jf. punkt 49-50 i dette forslag til afgørelse.

62 – [2013] UKSC 60, præmis 42.

63 – En tredje tilgang, hvorefter barnets sædvanlige opholdssted er i Frankrig af den grund alene, at det har befundet sig dér siden sin fødsel, synes på forhånd at være udelukket, eftersom denne tilfældige tilstedeværelse ikke har den stabilitet og regelmæssighed, som er påkrævet, for at barnets sædvanlige opholdssted kan fastlægges i denne stat.

64 – I modsætning til, hvad generaladvokat Wahl foreslog i sit forslag til afgørelse OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:375, punkt 85), svarer den tilgang, som jeg foreslår, på ingen måde til at medgive, at barnet allerede kan have et sædvanligt opholdssted, før det er født, og derfor heller ikke, at et ufødt barn kan være omfattet af anvendelsesområdet for Bruxelles IIa-forordningen. Denne tilgang afspejler blot den sociale virkelighed, at et spædbarn ikke kan have en selvstændig familiemæssig og social tilknytning, som ikke er forbundet med tilknytningen hos de personer, som tager sig af barnet til daglig.

71. Disse betragtninger gælder naturligvis med forbehold af den mulighed, at barnets sædvanlige opholdssted kan ændre sig med tiden, og såfremt de objektive omstændigheder ændres. Hvis et barn, der under uventede omstændigheder fødes uden for den stat, hvor den familieenhed, som det er en del af, er bosiddende, er denne konklusion kun gyldig, så længe barnets ophold i den stat, hvor det er født, og de heraf følgende kulturelle og sociale bånd ikke ændrer på forudsætningerne, således at det må fastslås, at midtpunktet for barnets livsinteresser nu reelt er i denne stat. Med tiden mindskes barnets bånd til den stat, hvor det skulle have haft sin sociale og familiemæssige tilknytning, indtil de bliver overvejende fiktive.

72. I øvrigt rejser den fortolkning, jeg anbefaler, ikke tvivl om den omstændighed, at barnets sædvanlige opholdssted *i langt de fleste tilfælde* svarer til et sted, hvor det har været fysisk til stede. Den indebærer alene, at fastlæggelsen af barnets sædvanlige opholdssted skal afspejle dets virkelige sociale og familiemæssige tilknytning uden i denne henseende at være begrænset af ufleksible retsregler. I de særlige situationer, hvor der er tale om spædbørn, kan en vurdering af alle de særlige omstændigheder i hver enkelt sag medføre, at midtpunktet for barnets livsinteresser skal anses for at være i et land, hvor det aldrig har befundet sig.

73. Visse dommere i Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol) har udtrykt særdeles oplysende synspunkter hvad dette angår. De har ved forskellige lejligheder anført, at såfremt vægtningen af de faktorer, som giver mulighed for at fastlægge barnets sædvanlige opholdssted, ikke kan fastsættes ved retsregler, kan den imidlertid med fordel defineres ved visse »generaliseringer af faktiske omstændigheder«. Med andre ord er visse anskuelser generelt, om end ikke altid, i overensstemmelse med den faktiske situation, som barnet befinder sig i [65].

74. Dette er tilfældet hvad angår den anskuelse, at spædbarnets sædvanlige opholdssted udledes af opholdsstedet for den forælder/de forældre, som det er afhængigt af [66], samt netop den anskuelse, at barnets sædvanlige opholdssted forudsætter en vis fysisk tilstedeværelse i det pågældende land [67]. Den omstændighed, at disse to anskuelser kan være i modstrid med hinanden (som illustreret ved det ovenstående eksempel), viser, at det er umuligt at opstille dem som absolutte retsregler.

75. Denne konklusion ændres efter min opfattelse ikke på grund af hensyn til kravene om forudsigelighed, retssikkerhed og ensformighed med hensyn til løsninger i Unionen.

76. For det første medfører den metode baseret på indicier, som har været anvendt i fast retspraksis siden A-dommen [68], som en følgevirkning af den skønsbeføjelse, som de nationale retter herved tillægges, nødvendigvis en vis risiko for heterogenitet i de løsninger, der anvendes af forskellige retter i sammenlignelige sager [69]. At dette er en »pris, som må betales«, accepteres almindeligvis af hensyn til den fleksibilitet, der er nødvendig for, at der kan ske en konkretisering, til barnets bedste, af nærhedskriteriet i forhold til dets sociale og familiemæssige tilknytning. Jeg forstår ikke, hvorfor de

65 – Jf. A mod A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, præmis 44 (flertal) og 73-75 samt præmis 83 og 84 (dissens). Jf. desuden Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, præmis 21.

66 – Jf. dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 50), og Re L (A Child) (Custody: Habitual Residence) [2013] UKSC 75, præmis 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«. Jf. desuden Supreme Court of the United States (Amerikas Forenede Staters højesteret), Delvoye mod 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 – Jf. i denne henseende Lord Hugues' dissens i sagen A mod A (Children: Habitual Residence), [2013] UKSC 60, præmis 92.

68 – Dom af 2.4.2009 (C-523/07, EU:C:2009:225).

69 – Bruxelles IIa-forordningens artikel 19, stk. 2, giver imidlertid mulighed for at undgå kompetencekonflikter. Denne bestemmelse har følgende ordlyd: »Såfremt der anlægges sag vedrørende forældreansvar over for et barn, som har samme genstand og hviler på samme grundlag, ved retter i forskellige medlemsstater, udsætter enhver anden ret end den, ved hvilken der først er anlagt sag, på embeds vegne sagen, indtil denne rets kompetence er fastslået.«

særlige sager, der drejer sig om spædbørn, der bliver født og opholder sig i et andet land end det, hvor det faktiske midtpunkt for deres forældres livsinteresser er – de eneste situationer, hvori det i praksis kan forekomme, at et barns sædvanlige opholdssted er i en medlemsstat, hvor det aldrig har befundet sig – i modsætning til andre tilfælde skal behandles ufleksibelt.

77. Jeg er heller ikke enig i Kommissionens argumenter om, at en fleksibel tilgang ikke er nødvendig i denne type situationer, for så vidt som barnet befinder sig i en medlemsstat. Ifølge Kommissionen foreskriver Bruxelles IIa-forordningen et subsidiært kompetencegrundlag baseret på barnets tilstedeværelse, såfremt der ikke er et sædvanligt opholdssted. Jeg gør imidlertid opmærksom på, at dette kompetencegrundlag, som alene repræsenterer et geografisk aspekt af nærhedskriteriet, ikke indeholder nogen stabilitet – heraf dets subsidiære karakter [70]. Denne forordnings artikel 13 kan således kun anvendes på særlige tilfælde, hvor det ikke er muligt at fastlægge barnets sædvanlige opholdssted [71]. Som Det Forenede Kongeriges regering har fremhævet, har problematikken ydermere en mere grundlæggende praktisk betydning i forbindelse med tilbagegivelsesproceduren. I det tilfælde – som i ovenstående eksempel – hvor den ene af forældrene nægter at vende tilbage til Tyskland med den nyfødte, vil denne procedure kun kunne aktiveres, såfremt barnet anses for at have sit sædvanlige opholdssted i denne stat.

78. Endelig tvivler jeg på, at en regel om, at barnets opholdssted nødvendigvis kræver et element af fysisk tilstedeværelse, under alle omstændigheder medfører faktiske fordele med hensyn til retssikkerhed. Forældrene – der har opholdssted i Tyskland – til et barn, der på grund af force majeure er født i Frankrig, kan således lovligt forvente, at de tyske retter vil træffe afgørelse i alle tvister om forældremyndighed. Ud fra disse retters synsvinkel ville en regel, som forpligtede dem til at erklære sig inkompetente af den grund alene, at barnet på grund af en uforudsigelig og ufrivillig hændelse endnu ikke befinder sig i Tyskland, være en kilde til retsusikkerhed [72].

79. Henset til det ovenstående kan kriteriet om den fysiske tilstedeværelse ikke automatisk tillægges en afgørende vægt, uden at der er taget hensyn til de særlige omstændigheder i hver enkelt sag. Barnets fysiske tilstedeværelse i en medlemsstat er således ikke en betingelse for, at denne stat kan anses for dets sædvanlige opholdssted som omhandlet i Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1.

3. Virkningen at tvang i forbindelse med fastlæggelsen af barnets sædvanlige opholdssted (det andet spørgsmål)

a) Indledende bemærkninger

80. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvilken betydning det har på fastlæggelsen af, hvorvidt et barn har sit sædvanlige opholdssted i en medlemsstat, selv om det aldrig har været fysisk til stede i denne stat, at moderen har gjort gældende, at hun af faderen blev narret til at rejse til et tredjeland og derefter ulovligt tilbageholdt af denne, hvorved hun blev tvunget til at føde i dette land. Den forelæggende ret har tilføjet, at denne situation kan indebære, at moderens og barnets grundlæggende rettigheder i henhold til EMRK's artikel 3 og 5, hvis indhold er gentaget i artikel 4 og 6 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), er tilsidesat.

70 – Jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkt 20 og 21).

71 – Dom af 2.4.2009, A (C-523/07, EU:C:2009:225, præmis 43). Bruxelles IIa-forordningens artikel 13 vedrører bl.a. de særlige tilfælde med visse flytninger, hvor barnet i en overgangsperiode har mistet sit sædvanlige opholdssted i fraflytningsstaten uden at have fået et sædvanligt opholdssted i tilflytningsstaten. Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse A (C-523/07, EU:C:2009:39, punkt 45) samt Kommissionens *Praktisk vejledning i anvendelsen af Bruxelles IIa-forordningen* (tilgængelig på adressen https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed/language-dk, s. 29).

72 – Desuden ville en sådan regel i denne type sager fratage retten muligheden for at drage en enkel konklusion vedrørende barnets sædvanlige opholdssted på grundlag af alle de øvrige relevante omstændigheder.

81. Med dette spørgsmål opfordres Domstolen til at præcisere, hvilken betydning det har, at moderens og barnets tilstedeværelse i Bangladesh på det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt – og tilsvarende deres manglende tilstedeværelse på Det Forenede Kongeriges område – udelukkende skyldes tvang udøvet af faderen. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at UD i det væsentlige har gjort gældende, at hendes oprindelige hensigt – som hun troede, at XB (der sammen med UD har forældreansvaret) delte, da de rejste til Bangladesh – var at føde og bo i Det Forenede Kongerige sammen med barnet [73]. På grund af XB's tvang havde denne hensigt imidlertid ikke kunnet realiseres.

82. Desværre synes en faktisk situation som denne ikke at være begrænset til særlige og isolerede tilfælde. Som Det Forenede Kongeriges regering har fremhævet, svarer den til et fænomen, som allerede er konstateret at forekomme og desuden blevet drøftet i andre sager for Det Forenede Kongeriges retter [74].

83. Først vil jeg søge at vurdere, hvorvidt der skal tages hensyn til det ovenfor anførte aspekt af tvang ved anvendelsen af de principper, som kan udledes af den gældende retspraksis [afsnit b)]. Derefter vil jeg behandle spørgsmålet om, hvorvidt barnets bedste og de grundlæggende rettigheder, som er fastsat i chartret, kræver, at der i en situation som den i hovedsagen omhandlede anvendes andre principper [afsnit c)].

b) Anvendelse af principperne i den gældende retspraksis

84. I overensstemmelse med den faktuelle tilgang, som Domstolen har anvendt, er den omstændighed, at moderen udelukkende fødte sit barn i et tredjeland og blev i dette land sammen med barnet på grund af faderens tvang, efter min opfattelse en faktor, der er relevant for vurderingen af barnets tilknytning til såvel det tredjeland, hvor det faktisk opholder sig, som den medlemsstat, hvor det ville være født og havde boet, hvis der ikke havde været udøvet tvang [75].

85. For det første er denne omstændighed en del af »vilkårene og baggrunden for [moderens og barnets] ophold« i dette tredjeland som omhandlet i retspraksis [76]. I den foreliggende sag kan den indikere, at barnet ikke har sit sædvanlige opholdssted i Bangladesh, selv om hun – tvunget af omstændighederne – har alle sine holdepunkter i dette land, hvor hun har boet, siden hun blev født, og hvortil hendes geografiske og kulturelle oprindelse er knyttet.

86. På grund af dette barns unge alder er hendes tilknytning i bund og grund bestemt af tilknytningen hos den eller de personer, som hun er afhængig af – på grundlag af de faktiske omstændigheder, der er redegjort for i forelæggelsesafgørelsen, højst sandsynligt hendes moder (da hendes fader er taget tilbage til Det Forenede Kongerige). UD har gjort gældende, at XB's tvang forhindrer hende i at bestemme, hvor hun skal bo sammen med sit barn, og tvinger hende til at blive i en landsby, hvor hun er stigmatiseret af lokalsamfundet og frataget vigtige faciliteter og heller ikke har nogen indtægt. Jeg

73 – Det kan ganske vist betvivles, at moderen ikke havde til hensigt at føde i Bangladesh, for så vidt som hun rejste til landet på et tidspunkt, hvor hun var gravid i syvende måned. Eftersom den forelæggende ret har anført, at den skal fastlægge sin kompetence på grundlag af moderens anbringende om, at hun af faderen blev tvunget til at føde i Bangladesh, vil min analyse imidlertid tage udgangspunkt heri.

74 – Jf. Supreme Court of the United Kingdom (Det Forenede Kongeriges øverste domstol), A mod A (Children), [2013] UKSC 60, samt High Court of Justice (England &Wales), Family Division (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for familieretlige sager), B mod H (Habitual Residence: Wardship) [2002] 1 FLR 388.

75 – Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, må den forelæggende ret tage stilling til sin kompetence på grundlag af visse faktiske omstændigheder, som moderen har gjort gældende, og som endnu ikke er fastslået (jf. punkt 17 og 31 i dette forslag til afgørelse). Under disse omstændigheder tager nedenstående redegørelse sigte på at bistå denne ret med at fastlægge barnets sædvanlige opholdssted i en faktisk situation, der svarer til denne version af de faktiske omstændigheder med forbehold af denne rets bedømmelse af sagens realitet.

76 – Jf. punkt 48 i dette forslag til afgørelse.

tvivler derfor på, at moderens og barnets ufrivillige og usikre ophold i et tredjeland kan være tilstrækkeligt stabilt og regelmæssigt til, at barnet har sædvanligt opholdssted i dette land. Kan man reelt tale om en social og familiemæssig tilknytning, hvis spædbarnets tilknytning til dette tredjeland kun opstod på grund af en situation, som skyldes tvang udøvet af dets fader[77]?

87. Disse betragtninger er stadig relevante, selv om UD oprindeligt er fra Bangladesh og bor dér i sin families landsby. Hvilken geografisk og familiemæssig tilknytning den forælder, der udøver forældremyndigheden over barnet, har – samt barnets kulturelle og familiemæssige tilknytning som følge heraf – er kun en af de faktorer, som kan tages i betragtning i forbindelse med helhedsanalysen af den enkelte sags specifikke omstændigheder[78]. Denne faktor kan ikke skjule andre objektive omstændigheder som f.eks. den omstændighed, at moderen sammen med sin datter angiveligt tilbageholdes i Bangladesh ved tvang.

88. Når dette er sagt, er den omstændighed, at barnet, såfremt faderen ikke havde udøvet tvang, ville have været født i den pågældende medlemsstat og have boet dér efter sin fødsel, på den anden side ikke tilstrækkeligt til at danne grundlag for at fastlægge barnets sædvanlige opholdssted i denne medlemsstat. Ifølge Domstolens praksis ville selv en sådan fysisk tilstedeværelse ikke have været tilstrækkeligt i denne forbindelse. Det skal også ud fra den faktiske tilknytning mellem barnet og den pågældende medlemsstats område kunne lægges til grund, at midtpunktet for barnets livsinteresser rent faktisk er på dette område.

89. Som jeg har redegjort for ovenfor[79], har et spædbarn, som er en del af en familieenhed, hvis medlemmer har det faktiske midtpunkt for deres livsinteresser i en medlemsstat, sit sædvanlige opholdssted i denne stat, selv om det ikke er født dér og endnu ikke er kommet dertil på grund af omstændigheder, der er uafhængige af den forælders/de forældres vilje, som det er afhængigt af. Det tilkommer den forelæggende ret på baggrund af alle de relevante omstændigheder at bedømme, om situationen i hovedsagen er et sådant tilfælde. De følgende betragtninger kan tjene som vejledning i denne forbindelse.

90. For det første kræver de *forhold, der karakteriserer moderens ophold i Det Forenede Kongerige*, og den sociale og familiemæssige tilknytning, hun har opretholdt hertil, særlig opmærksomhed. Midtpunktet for barnets livsinteresser kan således kun være dér, for så vidt som moderen, som det er afhængigt af, selv har en social og familiemæssig tilknytning til området. I denne forbindelse skal der navnlig tages hensyn til varigheden af UD's ophold i Det Forenede Kongerige, hendes ægtefællevisums gyldighedsperiode, hendes sprogkundskaber samt hendes eventuelle sociale og kulturelle bånd i denne medlemsstat.

77 – I tråd hermed har visse retter i Amerikas Forenede Stater taget hensyn til den tvang, som blev udøvet mod moderen til et barn, ved fastlæggelsen af barnets opholdssted. District Court of Utah (den regionale domstol i staten Utah, Amerikas Forenede Stater) har således fastslået, at barnet, selv om det opholdt sig i Tyskland, ikke havde sit sædvanlige opholdssted i dette land, eftersom moderen og barnet var forhindret i at forlade landet på grund af faderens verbale, følelsesmæssige og fysiske vold (Re Ponath, 829 F. Supp. 363 (1993)). District Court of Washington (regional domstol i staten Washington, Amerikas Forenede Stater) fastslog, at moderen til de børn, som sagen omhandlede, ikke havde sit sædvanlige opholdssted i Grækenland, hvor hun boede sammen med dem i en isoleret tilværelse uden selvbestemmelse og uden kendskab til kulturelle normer eller til sproget, med begrænset adgang til økonomiske midler, samtidig med at hun var offer for faderens vold (Tsarbopoulos mod Tsarbopoulos, 176 F. Supp. 2d 1045 (2001)). District Court of Minnesota (regional domstol i staten Minnesota, Amerikas Forenede Stater) tog hensyn til den omstændighed, at faderen havde forhindret moderen i at forlade israelsk område, selv om de begge havde israelsk statsborgerskab, og moderen havde tilbragt 11 måneder i landet sammen med faderen og deres børn, og fastslog, at børnene ikke havde deres sædvanlige opholdssted i denne stat (Silverman mod Silverman, 2002 U.S. Dist. LEXIS 8313).

78 – Jf. dom af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 52-58).

79 – Jf. punkt 65-71 i dette forslag til afgørelse.

91. I denne sammenhæng opstår spørgsmålet om, hvorvidt der skal tages hensyn til UD's *hensigt*, som hun ifølge eget udsagn troede, at hun delte med XB på tidspunktet for deres afrejse til Bangladesh, nemlig at barnet skulle have ophold i Det Forenede Kongerige, efter at det var født. Jeg gør i denne henseende opmærksom på, at forældrehensigten hvad angår barnets opholdssted ikke nødvendigvis vægtes højere end den faktiske tilknytning mellem barnet og et andet sted [80]. Denne faktors vægtning afhænger af de særlige omstændigheder i den enkelte sag.

92. Når barnet på trods af forældrenes oprindelige hensigt – eller den forælders hensigt, som skal udøve forældremyndigheden over barnet [81] – om at bo sammen med barnet på et givet sted, imod den forælders vilje, som det er afhængigt af, bliver født og opholder sig på et andet sted, kan hensigten være en faktor, som kan tillægges en vis betydning. Dette er således tilfældet, når de objektive faktorer vedrørende barnets og denne forælders ophold i det land, hvori de befinder sig, i en sådan situation er ringe indikatorer for det sted, hvor de har deres faktiske familiemæssige og sociale tilknytning. Intentionen hvad angår barnets opholdssted i en bestemt stat udgør således – for så vidt som den kommer til udtryk ved ydre omstændigheder – en faktor, som kan have større betydning end disse objektive faktorer ved at underbygge tilknytningen til denne stat hos den forælder, som barnet er afhængigt af, selv om den pågældende ikke har opholdt sig dér, efter at barnet blev født.

93. Ved fastlæggelsen af barnets sædvanlige opholdssted skal der derfor tages grundigt hensyn til eventuelle tegn på, at forældrene eller moderen alene før deres afrejse til Bangladesh tog skridt til, at barnet skulle fødes i Det Forenede Kongerige, have en fast bopæl i denne medlemsstat, og til, at de eller hun skulle varetage den daglige pasning.

94. For det andet fremgår det, vedrørende omstændighederne med hensyn til *faderens tilknytning* til den pågældende medlemsstat, af retspraksis, at den forælder, som ikke varetager den faktiske pasning af barnet (selv om den pågældende har forældreansvar), kun er en del af dets familiemæssige tilknytning, for så vidt som barnet stadig har regelmæssig kontakt med denne [82]. I det tilfælde, hvor faderen vender tilbage til denne medlemsstat og forhindrer moderen i at vende tilbage til den sammen med deres barn, er en sådan kontakt imidlertid ikke længere opretholdt. Faderens ophold i og tilknytning til den pågældende medlemsstat på det tidspunkt, hvor sagen anlægges, giver under disse betingelser ikke tilstrækkelige tilkendegivelser af, hvor det faktiske midtpunkt for barnets livsinteresser befinder sig.

95. For det tredje vil *perioden* fra barnets fødsel til sagens anlæggelse ved den forelæggende ret også være relevant. Varigheden af opholdet i en given stat er generelt en faktor, som kan afspejle barnets tilknytning til denne stat og tilsvarende dets manglende håndgribelige bånd til en anden stat. Varighedens betydning i den samlede vurdering af de relevante omstændigheder varierer dog også i forhold til de særlige omstændigheder i hver enkelt sag [83].

80 – Dom af 8.6.2017, OL (C-111/17 PPU, EU:C:2017:436, præmis 48). Jf. punkt 60 i dette forslag til afgørelse.

81 – Kommissionen har gjort gældende, at en ensidig hensigt hos kun den ene af de forældre, der har fælles forældreansvar, under ingen omstændigheder kan opveje barnets manglende fysiske tilstedeværelse i den pågældende medlemsstat. Dette argument bør afvises på baggrund af dom af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 63), hvoraf det fremgår, at der kun kan tages hensyn til forældrehensigten hos den forælder, som ganske vist er indehaver af forældremyndighed, men som ikke står for den faktiske pasning af barnet, for så vidt som den pågældende har til hensigt at udøve sin forældremyndighed. Der kan følgelig tages hensyn til den ensidige hensigt hos den forælder alene, som faktisk har til hensigt at udøve sin forældremyndighed. Denne løsning er i øvrigt i overensstemmelse med ånden i den tilbagegivelsesprocedure, som er foreskrevet i Haagerkonventionen af 1980, suppleret ved Bruxelles IIa-forordningen. Denne konventions artikel 3, litra b), hvis indhold gentages i nævnte forordnings artikel 2, nr. 11), litra b), bestemmer, at bortførelse eller tilbageholdelse af et barn kun er ulovlig, hvis det sker under tilsidesættelse af en forældremyndighed, som er indrømmet i henhold til lovgivningen i den stat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted, og hvis denne forældremyndighed *faktisk blev udøvet*, da bortførelsen eller tilbageholdelsen fandt sted, eller ville være blevet udøvet, hvis ikke bortførelsen eller tilbageholdelsen var sket.

82 – Jf. dom af 28.6.2018, HR (C-512/17, EU:C:2018:513, præmis 48).

83 – Ifølge dom af 22.12.2010, Mercredi (C-497/10 PPU, EU:C:2010:829, præmis 51), skal barnets ophold i den pågældende medlemsstat »i princippet være af en vis varighed for at udvise en tilstrækkelig stabilitet«, mens Bruxelles IIa-forordningen ikke foreskriver en mindstevarighed, idet opholdets varighed blot er ét indicium blandt flere.

96. Denne faktor afspejler således ikke automatisk barnets faktiske tilknytning, når den fortsatte varighed af dets ophold i en stat og dets tilsvarende fravær i en anden stat skyldes tvang. Medmindre begrebet »barnets sædvanlige opholdssted« tilføres et kunstigt anstrøg, mister et barn, der vokser op og knytter bånd i en stat, hvor det er tvunget til at opholde sig, uden at danne nogen tilknytning til den stat, hvor det skulle have opholdt sig, hvis der ikke havde foreligget tvang, ganske vist på et tidspunkt sit sædvanlige opholdssted i den sidstnævnte stat [84]. Dette er imidlertid ikke nødvendigvis tilfældet med et barn, der som i den foreliggende sag stadig var spædbarn på tidspunktet for anlæggelse af sagen. Derfor bør varigheden af barnets ophold i Bangladesh efter min opfattelse ikke som sådan være til hinder for en fastlæggelse af dets sædvanlige opholdssted i Det Forenede Kongerige.

97. Samtlige disse betragtninger leder frem til følgende konklusion i en situation som den, der er omhandlet i hovedsagen, hvor barnet er født i et tredjeland og på grund af tvang udøvet af faderen er blevet forhindret i sammen med sin moder at rejse til en medlemsstat, og hvor barnet stadig var spædbarn på det tidspunkt, hvor sagen blev anlagt. I en sådan situation er barnets sædvanlige opholdssted kun i denne medlemsstat, som omhandlet i Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1, for så vidt som det, hvis der ikke havde foreligget tvang, på stabil og regelmæssig vis havde været til stede og havde haft en tilknytning til stedet som medlem af en familieenhed, idet midtpunktet for et andet medlems eller andre medlemmers livsinteresser faktisk befinder sig i denne medlemsstat. For at denne betingelse er opfyldt, skal moderen have en social og familiemæssig tilknytning til den pågældende medlemsstat. Det tilkommer den nationale ret at efterprøve, om dette er tilfældet, på baggrund af alle de relevante omstændigheder, herunder de objektive faktorer i forbindelse med moderens tidligere ophold i og tilknytning til denne medlemsstat samt de ydre omstændigheder, der tilkendegiver hendes hensigt hvad angår barnets opholdssted.

c) Hensyntagen til barnets og moderens grundlæggende rettigheder

98. For fuldstændighedens skyld finder jeg det hensigtsmæssigt at præcisere, at såfremt anvendelsen af testen om »midtpunktet for barnets livsinteresser« i en situation som den i hovedsagen omhandlede ikke kan danne grundlag for en medlemsstats retters generelle kompetence, begrunder den beskyttelse af barnets tarv, som er sikret ved chartrets artikel 24, og de grundlæggende rettigheder sikret ved chartrets artikel 4 og 6 [85] ikke en anden konklusion.

99. Jeg gør opmærksom på, at denne test afspejler det nærhedskriterium, der ligger til grund for denne forordnings artikel 8, stk. 1, hvorved lovgiver har ønsket at beskytte barnets bedste i generel forstand [86]. Efter min opfattelse er følgende betragtninger til hinder for indførelsen af en undtagelsesvis test i retspraksis, hvor der ses bort fra dette kriterium, når barnets bedste i et bestemt tilfælde og dets øvrige grundlæggende rettigheder er truet i det tredjeland, hvor det befinder sig.

100. For det første bestemmer chartrets artikel 51, stk. 2, at chartret »ikke [udvider] anvendelsesområdet for EU-retten ud over Unionens beføjelser«. Domstolen har således kompetence til at fortolke EU-retten i lyset af chartret inden for grænserne af de kompetencer, som den er blevet tildelt [87]. Unionen og dens medlemsstater har således ikke pligt til, i henhold til EU-retten eller EMRK, at udøve deres kompetence på situationer, der opstår i tredjelande, såfremt der ikke er en tilknytning i henhold til EU-retten eller EMRK som fortolket i Menneskerettighedsdomstolens praksis [88].

84 – Jf. punkt 71 i dette forslag til afgørelse.

85 – Jf. 12. betragtning til Bruxelles IIa-forordningen samt 33. betragtning hertil, hvorefter denne forordning anerkender og respekterer de grundlæggende rettigheder, der er sikret ved chartret.

86 – Jf. punkt 36 i dette forslag til afgørelse.

87 – Jf. bl.a. dom af 5.10.2010, McB. (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, præmis 51).

88 – I henhold til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) praksis er de kontraherende staters retters kompetence, som omhandlet i EMRK's artikel 1, i princippet begrænset til deres eget område. Dette princip kan kun fraviges under helt særlige omstændigheder, som er uden relation til de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag. Jf. bl.a. Menneskerettighedsdomstolens dom af 7.7.2011, Al-Skeini m.fl. mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:2011:0707JUD005572107, §§ 130-142 samt den deri nævnte retspraksis).

101. For det andet indeholder Bruxelles IIa-forordningen allerede en ordning, der giver medlemsstaterne mulighed for at beskytte et barns interesser, selv om der ikke er nogen tilknytning i henhold til EU-retten. Når ingen ret i en medlemsstat har kompetence i henhold til Bruxelles IIa-forordningens artikel 8-13, præciserer denne forordnings artikel 14, at medlemsstaterne, under udøvelse af deres øvrige kompetence, kan tillægge deres retter kompetence i henhold til deres nationale lovgivninger. Når denne forordnings bestemmelser på grundlag af nærhedskriteriet ikke giver mulighed for at udpege retterne i en medlemsstat, kan de enkelte medlemsstater således lovligt begrunde deres egne retters kompetence i henhold til nationale retsforskrifter og herved fravige dette kriterium.

102. I den foreliggende sag findes der i Det Forenede Kongeriges retsorden en sådan residualkompetence i form af denne medlemsstats retters parens patriae-kompetence. Som det fremgår af sagens akter for Domstolen, er anvendelsen af denne kompetenceregel imidlertid begrænset til britiske statsborgere og henhører under de nationale retters skønsbeføjelser.

103. I øvrigt har XB gjort gældende, at UD i givet fald kunne have gået til domstolene i Bangladesh, navnlig såfremt dette tredjelands ret fastsætter kompetenceregler, der er baseret på barnets tilstedeværelse. Selv om den forelæggende ret i denne henseende har præciseret, at XB's tilbageholdelse af UD og barnet kan udgøre tilsidesættelse af deres grundlæggende rettigheder, har den ikke udtrykkeligt nævnt, at det er gjort gældende, at Folkerepublikken Bangladesh har tilsidesat sin positive forpligtelse til at beskytte disse rettigheder, bl.a. via domstolsprøvelse [89]. Under disse omstændigheder anser jeg det ikke for hensigtsmæssigt at basere denne bedømmelse på hypoteser hvad dette angår.

104. Under alle omstændigheder udtrykker Bruxelles IIa-forordningens artikel 14 efter min opfattelse den tankegang, at det tilkommer den enkelte medlemsstat at afgøre – i givet fald bl.a. ud fra hensyn til »comity of nations« (»høflighed mellem nationerne«) – hvorvidt frygten for, at et tredjelands retter ikke anvender beskyttende bestemmelser på moderen og barnet, der svarer til de rettigheder og værdier, som gælder i den pågældende medlemsstat, begrunder indførelsen af en specifik kompetenceregel i deres nationale lovgivning [90].

105. Selv når barnets bedste og dets grundlæggende rettigheder kan være tilsidesat i et tredjeland, kan Bruxelles IIa-forordningens artikel 8, stk. 1, følgelig ikke fortolkes således, at barnets sædvanlige opholdssted fastlægges på grundlag af kriterier, der fraviger nærhedskriteriet, som opfyldes ved brug af testen om »midtpunktet for barnets livsinteresser«.

V. Forslag til afgørelse

106. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af High Court of Justice (England & Wales), Family Division (ret i første instans (England og Wales), afdelingen for familieretlige sager, Det Forenede Kongerige), besvares som følger:

»1) Et barns sædvanlige opholdssted som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 2201/2003 af 27. november 2003 om kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser i ægteskabssager og i sager vedrørende forældreansvar og om ophævelse af forordning (EF) nr. 1347/2000 svarer til det sted, hvor barnet har det faktiske midtpunkt for sine livsinteresser. Dette sted skal fastlægges på baggrund af de særlige omstændigheder i hver enkelt

89 – Selv om Folkerepublikken Bangladesh hverken er bundet af EMRK eller af chartret, sikrer artikel 7 og 9 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, der blev vedtaget af FN's Generalforsamling den 16.12.1966 og trådte i kraft den 23.3.1976 – og som Folkerepublikken Bangladesh har tiltrådt – rettigheder, der svarer til de rettigheder, som er fastsat i henholdsvis EMRK's artikel 3 og 5 og chartrets artikel 4 og 6.

90 – Jf. i denne henseende Lord Sumptions dissens i sagen Re B (A Child) (Habitual Residence: Inherent Jurisdiction) [2016] UKSC 4, præmis 66 og 76. Han fastholdt, at misbilligelse af de regler, som finder anvendelse i henhold til lovgivningen i det land, hvor barnet befinder sig, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at danne grundlag for Det Forenede Kongeriges retters kompetence.

sag. I visse særlige tilfælde kan en samlet vurdering af alle de faktiske omstændigheder medføre, at det faktiske midtpunkt for barnets livsinteresser anses for at være på et sted, hvor det aldrig fysisk har befundet sig. Barnets fysiske tilstedeværelse på en medlemsstats område er derfor ikke en forudsætning for, at dets sædvanlige opholdssted kan fastlægges i denne stat.

2) Den omstændighed, at et spædbarns moder, som varetager den faktiske pasning af spædbarnet, af faderen er blevet tvunget til at føde i et tredjeland og efter fødslen forblive i dette land sammen med spædbarnet, hvorved de eventuelt er bragt i en situation, som er i strid med de grundliggende rettigheder, der er sikret ved artikel 4 og 6 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, er en relevant faktor ved fastlæggelsen af barnets sædvanlige opholdssted som omhandlet i artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 2201/2003.

I en sådan situation kan spædbarnet imidlertid kun have sit sædvanlige opholdssted i en medlemsstat, på trods af, at det aldrig fysisk har befundet sig i denne stat, for så vidt som det faktiske midtpunkt for dets moders livsinteresser befinder sig dér, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve. I denne henseende er moderens eventuelle familiemæssige, sociale og kulturelle tilknytning til denne medlemsstat samt eventuelle ydre omstændigheder, der tilkendegiver moderens hensigt om efter fødslen at bo sammen med barnet i denne stat, af særlig betydning.«