

# Kinderontvoering en het vrij verkeer van EU-burgers

## Europese grenzen aan de bevoegdheid tot strafbaarstelling

Prof. dr. A.A.M. Schrauwen\*

In het arrest *ZW* geeft het Hof van Justitie antwoord op de vraag of het recht op vrij verkeer van burgers van de Unie belet dat een lidstaat voor ontvoering van een kind naar een andere lidstaat een strengere strafmaat hanteert dan voor ontvoering van een kind binnen een lidstaat. Hiermee wordt tevens duidelijk welk gewicht lidstaten toe moeten kennen aan de Brussel II-bis-verordening.

*HvJ 19 november 2020, zaak C-454/19, ECLI:EU:C:2020:947 (ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn).*

## Inleiding

Wanneer ouders uit elkaar gaan, heeft dat grote gevolgen voor kinderen, vooral als de ouders niet in hetzelfde land (blijven) wonen. Het leidt soms tot kinderontvoering: kinderen keren niet terug na een vakantie met of bij een ouder in het buitenland en blijven daar zonder toestemming van de andere ouder of (gezins)voogd. In de zomer van 2020 zijn er 27 kinderen vanuit Nederland ontvoerd, van wie de meesten naar Duitsland en Polen.<sup>1</sup> Verordening (EG) nr. 2201/2003, de Brussel II-bis-verordening,<sup>2</sup> voorziet onder andere in justitiële samenwerking binnen de Europese Unie (EU) om ervoor te zorgen dat het kind zo snel mogelijk terugkeert naar de lidstaat waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft. Een snelle terugkeer van het kind naar de staat van de

gewone verblijfplaats is in het belang van het kind. Indien het terug moet naar een staat waar het al een tijd niet meer woont, is de kans immers groter dat het kind daardoor schade oploopt. De relevante bepalingen van de verordening bedoelen ook een afschrikkingseffect te hebben en ouders ervan te weerhouden hun vrijverkeersrechten te gebruiken om het kind te ontvoeren.<sup>3</sup>

Het staat lidstaten vrij om kinderontvoering strafbaar te stellen, daar gaat Verordening Brussel II-bis niet over. Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar bij de uitoefening van die bevoegdheden moeten lidstaten het recht van de Unie respecteren. Dit betekent onder andere dat zij het vrij verkeer van burgers van de Unie niet mogen beperken, tenzij daar een objectieve rechtvaardiging voor bestaat en de beperking noodzakelijk en proportioneel is. In de zaak *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn* beantwoordt het Hof van Justitie de vraag of een Duitse strafbepaling inzake kinderontvoering een beperking van het vrij verkeer vormt en zo ja, of deze eventueel gerechtvaardigd kan worden op grond van de bescherming van de rechten van het kind.

In deze bijdrage schets ik eerst de feiten en prejudiciële vragen en vervolgens de conclusie van advocaat-generaal Hogan en het arrest van het Hof van Justitie. Daarna ga ik in op de vraag waarom de Duitse strafbepaling niet getoetst wordt aan de Verblijfsrichtlijn,<sup>4</sup> maar aan artikel 21 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ik besteed enkele woorden aan de werkingssfeer van artikel 27 Verblijfsrichtlijn, waarin staat onder welke voorwaarden een belemmering van het vrij verkeer en verblijf van burgers van de Unie gerechtvaardigd kan zijn op grond van de openbare orde. Vervol-

\* Prof. dr. A.A.M. (Annette) Schrauwen is hoogleraar Europese integratie, verbonden aan het Amsterdam Centre for European Law and Governance en tevens opleidingsdirecteur Masteropleiding International and European Law aan de Universiteit van Amsterdam.

1. Centrum internationale kinderontvoering, persbericht over jaarverslag 2020, <https://kinderontvoering.org/persberichten/deze-zomervakantie-34-kinderen-ontvoerd/>.

2. Verordening (EG) nr. 2201/2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening 1347/2000 (*PbEU* 2003, L 338/1).

3. Conclusie A-G Jääskinen 16 december 2014, zaak C-498/14 (PPU), ECLI:EU:C:2014:2484 (*RG/FS*), punt 57.

4. Art. 27 Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (*PbEU* 2004, L 158/77) (Verblijfsrichtlijn).

gens bespreek ik of het oordeel van het Hof van Justitie over de discriminerende werking van de Duitse strafbepaling gevolgen heeft voor Nederland. Ook komen enkele praktische problemen in het kader van de Brussel II-bis-verordening en het beginsel van wederzijds vertrouwen aan de orde. Ik eindig met een korte conclusie.

## De feiten in het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

De Roemeense moeder ZW kwam aanvankelijk zonder haar zoon naar Duitsland om er te werken. In 2009 kwam haar zoon bij haar wonen. De Roemeense vader van het kind woont in Roemenië. De ouders leven gescheiden en oefenen naar Roemeens recht beiden het ouderlijk gezag uit. In 2013 werd de jongen wegens gedragsproblemen met toestemming van zijn moeder in een jeugdinstelling in Duitsland geplaatst. De vader van de jongen gaf ‘met tegenzin’ toestemming. Een jaar later werd bij rechterlijke beslissing de ouders het recht ontgenomen de verblijfplaats van hun zoon te bepalen en is dit recht toegewezen aan een gezinsvoogd. Na enkele mislukte plaatsingen in jeugdinstellingen ging de jongen uiteindelijk weer bij zijn moeder wonen. In december 2017 ging de jongen bij zijn vader in Roemenië wonen. Dat gebeurde na een gezamenlijk besluit van de ouders, maar zonder toestemming van de gezinsvoogd. Deze diende daarop een klacht in tegen de ouders. Tegen ZW werd strafvervolg ingesteld bij het Amtsgericht Heilbronn wegens het gezamenlijk onttrekken van een minderjarige aan het wettig gezag.

De relevante Duits strafbepaling, § 235 StGB, maakt een onderscheid tussen kinderontvoering in Duitsland en kinderontvoering naar het buitenland. Kinderontvoering binnen Duitsland is alleen strafbaar indien dit gebeurt met geweld of onder bedreiging, of door iemand die geen familielid is van het kind. Kinderontvoering naar het buitenland is zonder meer strafbaar. Het onderscheid dient volgens de Duitse regering te waarborgen dat het voogdijschap in de regel wordt uitgeoefend in de oorspronkelijke gewone verblijfplaats van het kind en dient meer in het algemeen de rechten van zowel ouderlijk gezag als kinderen te beschermen.<sup>5</sup> Het onderscheid heeft tot gevolg dat ZW haar kind samen met diens vader straffeloos aan het gezag van de voogd zou kunnen onttrekken in Duitsland, maar strafbaar is op het moment dat zij het kind overbrengen naar een andere lidstaat. Zij zouden ook zonder toestemming van de voogd met het kind kunnen reizen binnen Duitsland, maar zodra zij zonder toestemming van de voogd met het kind op vakantie naar het buitenland gaan, begaan ze een strafbaar feit. De Duitse rechter twijfelt over de houdbaarheid van dit onderscheid onder het Unierecht en stelt daarom twee prejudiciële vragen. Hij vraagt of

het recht van vrij verkeer en verblijf van burgers van de Unie zoals neergelegd in het primaire en/of afgeleide Unierecht, meer bepaald de Verbljfsrichtlijn, ook van toepassing is op nationale strafrechtelijke bepalingen. En zo ja, of het primair en/of secundair Unierecht in de weg staat aan de toepassing van de Duitse strafrechtelijke bepaling. Mocht dat zo zijn, dan zou ZW moeten worden vrijgesproken.

## Advocaat-generaal Hogan: kindervervoering en de Verbljfsrichtlijn

In zijn analyse weerlegt advocaat-generaal Hogan eerst kort het betoog van de Duitse regering dat de prejudiciële vragen niet-ontvankelijk zijn. Hij stelt dat niet te betwisten valt dat de situatie van ZW binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt aangezien ze een Roemeense is die zich heeft begeven naar en woont in Duitsland. Hij verwijst vervolgens naar de uitvoerige uiteenzetting van de Duitse rechter met betrekking tot de noodzaak van de prejudiciële vragen en beschouwt het prejudicieel verzoek ontvankelijk.<sup>6</sup>

Na te hebben gesteld dat strafwetgeving niet mag leiden tot een beperking van het vrij verkeer of tot discriminatie geeft advocaat-generaal Hogan aan dat een risico op strafvervolg een burger van de Unie ervan kan weerhouden naar zijn lidstaat van herkomst terug te keren. Een burger van de Unie met een kind dat al dan niet gedeeltelijk onder voogdijschap van een gezinsvoogd is geplaatst, loopt dat risico wanneer deze met zijn of haar kind Duitsland verlaat. De advocaat-generaal acht de ongelijke behandeling die besloten ligt in de Duitse strafbepaling daarom een beperking van het vrij verkeer die in beginsel in strijd is met artikel 21 VWEU, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is en de beperking evenredig is aan het nagestreefde doel.<sup>7</sup>

Naar aanleiding van opmerkingen van de Commissie dat de Duitse bepaling als doel heeft internationale ontvoering van kinderen te voorkomen en zo nodig te bestraffen en dat dit doel gerechtvaardigd is in het licht van de openbare orde<sup>8</sup> analyseert advocaat-generaal Hogan de werkingssfeer van artikel 27 Verbljfsrichtlijn. Een contextuele en teleologische interpretatie bevestigen volgens hem dat de Duitse strafbepaling niet binnen de werkingssfeer van deze bepaling valt. De normatieve context van artikel 27, te weten het opschrift van het relevante hoofdstuk en dat van het artikel zelf, maken duidelijk dat de bepaling alleen betrekking heeft op inreisbeperkingen of verwijderingsmaatregelen. De teleologische interpretatie leidt naar de overwegingen 22 tot en met 27 van de richtlijn die aangeven dat de richtlijn bedoelt de voorwaarden en waarborgen op procedureel

5. Conclusie A-G Hogan 4 juni 2020, zaak C-454/19, ECLI:EU:C:2020:430 (ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn), punt 35 en 37.

6. Conclusie A-G, ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn, punt 17-21.

7. Conclusie A-G, ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn, punt 22-23.

8. Conclusie A-G, ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn, punt 28 en 37.

gebied te omschrijven met betrekking tot beperkingen op grond van openbare orde, waaronder een besluit tot toegang of verwijdering van burgers van de Unie. Op grond van zijn analyse concludeert de advocaat-generaal dat de Duitse strafbepaling niet binnen de werkingssfeer van artikel 27 Verbljfsrichtlijn valt. De strafbepaling heeft namelijk niet tot gevolg dat burgers van de Unie Duitsland niet meer mogen inreizen of dat zij uit Duitsland worden verwijderd. Hij wijst er nog op dat de Duitse strafbepaling een maatregel van algemene preventie is en hoe dan ook niet voldoet aan lid 2 van artikel 27 Verbljfsrichtlijn dat een beperking in het licht van de openbare orde op grond van algemene preventie uitsluit.<sup>9</sup>

Duitsland voert aan dat een verhoogde bescherming van het belang van het kind nodig is bij internationale kinderontvoering, vanwege praktische problemen om terugkeer te bewerkstelligen. De advocaat-generaal erkent dat bescherming van het kind bij internationale kinderontvoering een objectieve rechtvaardiging voor een beperking van het vrij verkeer kan vormen, maar vindt het verschil in strafbaarheid niet evenredig nu ook de Brussel II-bis-verordening gericht is op onverwijde terugkeer van ontvoerde kinderen. Hoewel hij erkent dat internationale kinderontvoering tot specifieke problemen kan leiden vanwege bijvoorbeeld taaldiversiteit meent hij dat aan het nuttig effect van de verordening afbreuk zou worden gedaan als een beroep op praktische moeilijkheden een verschil in behandeling van binnenlandse en grensoverschrijdende ontvoering naar een andere lidstaat zou kunnen rechtvaardigen.<sup>10</sup> Voor het geval het Hof van Justitie deze analyse niet deelt, voegt de advocaat-generaal nog toe dat de strafbepaling onevenredig is voor zover een gevangenisstraf of geldboete automatisch wordt opgelegd. Artikel 49 lid 3 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) bepaalt immers dat de zwaarte van de straf evenredig moet zijn aan het strafbare feit. Dit houdt ook in dat bij vaststelling van de sanctie rekening moet worden gehouden met de specifieke kenmerken van de zaak.<sup>11</sup>

## Het Hof van Justitie: de regels en de geest van de Brussel II-bis-verordening

In navolging van advocaat-generaal Hogan verklaart het Hof van Justitie het prejudiciële verzoek ontvankelijk. Vervolgens maakt het twee opmerkingen vooraf die berusten op vaste rechtspraak.<sup>12</sup> Ten eerste geldt dat nationale strafrechtelijke bepalingen personen aan wie het Unierecht een recht op gelijke behandeling toekent,

niet ongelijk mogen behandelen. Wanneer een strafbepaling onverenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling of met het vrij verkeer dient de nationale rechter de strafbepaling buiten toepassing te laten. Ten tweede geldt dat artikel 21 VWEU zowel het recht omvat om vrij te reizen en te verblijven als het recht om niet gediscrimineerd te worden op grond van nationaliteit. Daarop concludeert het Hof van Justitie dat de vragen van de nationale rechter uitsluitend in het licht van artikel 21 VWEU dienen te worden onderzocht.

Het Hof van Justitie merkt op dat het benadelen van EU-burgers louter omdat zij gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer ook een beperking onder artikel 21 VWEU vormt (punt 30). Dan volgt een analyse van de Duitse strafbepaling.<sup>13</sup> Deze maakt een onderscheid op grond van de enkele omstandigheid dat een ouder een ontvoerd kind naar een andere lidstaat overbrengt. Daarmee raakt de strafbepaling hoofdzakelijk onderdanen uit andere lidstaten, omdat het voor hen waarschijnlijker is dat ze hun kind overbrengen naar een andere lidstaat – namelijk de lidstaat van herkomst (punt 34). Dat is een ongelijke behandeling waardoor de vrijheid van verkeer onder artikel 21 VWEU kan worden beïnvloed of beperkt.

Het Hof van Justitie erkent dat de bescherming van het kind in beginsel een beperking van het vrij verkeer kan rechtvaardigen.<sup>14</sup> Lidstaten hebben een zekere beoordelingsmarge ten aanzien van het niveau van bescherming van de rechten van het kind en een strafbaarstelling van internationale kinderontvoering is in beginsel geschikt om kinderen te beschermen. Het verschil in behandeling met binnenlandse kinderontvoering gaat echter verder dan nodig. Verhoogde strafbaarstelling bij internationale kinderontvoering vanwege praktische moeilijkheden om terugkeer uit het buitenland te bewerkstelligen druist in tegen ‘de regels en de geest’ van de Brussel II-bis-verordening (punt 48). De Duitse bepaling maakt geen verschil in strafbaarheid naar gelang een kind naar een lidstaat van de Unie dan wel naar een derde land wordt overgebracht. Dat is niet in lijn met de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en het beginsel van wederzijds vertrouwen dat de basis is van de verordening. De toepassing van de Duitse strafbepaling is niet evenredig en daarom in strijd met artikel 21 VWEU.

## Commentaar

Er zijn meerdere manieren waarop een geschil zich kan bevinden op het snijvlak van verordeningen op het gebied van justitiële samenwerking en de regels omtrent het vrij verkeer van EU-burgers. Dat geldt zeker ook voor de Brussel II-bis-verordening. In een ruimte zonder binnengrenzen moet erkenning van civielrechtelijke besluiten en medewerking aan de uitvoering daar-

9. Conclusie A-G, *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 29-36.

10. Conclusie A-G, *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 37-47.

11. Conclusie A-G, *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 48-54.

12. *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 19-29.

13. *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 30-35.

14. *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 36-41.

van het eenvoudiger maken voor bijvoorbeeld personen die de ouderlijke verantwoordelijkheid dragen om beslissingen omtrent minderjarige kinderen in een andere lidstaat ten uitvoer te leggen. In die zin ‘vergemakkelijkt’ justitiële samenwerking in het algemeen, en ook deze verordening, het vrij verkeer.<sup>15</sup> Voorts kan de toepassing van de verordening ertoe leiden dat het recht op vrij verkeer van EU-burgers wordt beknot of genegeerd, zoals blijkt uit bijvoorbeeld de zaak *JD*.<sup>16</sup> In die zaak was een Britse vrouw, zwanger van haar tweede kind, in Ierland gaan wonen toen bleek dat de Britse kinderbescherming ook haar tweede kind bij geboorte uit huis wilde plaatsen. Op vragen van de Ierse rechter naar aanleiding van een verzoek van de Ierse kinderbescherming antwoordde het Hof van Justitie onder meer dat de Ierse rechter bij een oordeel omtrent verwijzing naar de Britse rechter in beginsel geen rekening hoeft te houden met het recht op vrij verkeer van de moeder. De bevoegdheidsregels uit de verordening met betrekking tot ouderlijke verantwoordelijkheid zijn opgezet in het belang van het kind. Het vrij verkeer van ouders weegt daarom alleen mee in een besluit tot verwijzing wanneer die overwegingen negatieve gevolgen hebben voor de situatie van het kind.<sup>17</sup> En ten slotte kan de verordening ertoe leiden dat lidstaten zich niet meer kunnen beroepen op het feit dat het lastig is om beslissingen in een andere lidstaat te doen uitvoeren ter rechtvaardiging van een beperking van het vrij verkeer. Dat is precies wat speelde in *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*.<sup>18</sup>

## 62 De werkingssfeer van artikel 27 Verbljfsrichtlijn

Artikel 3 Verbljfsrichtlijn bepaalt dat deze van toepassing is op iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit. Ontegenzeggelijk valt de Roemeense verdachte in het hoofdgeding binnen de personele werkingssfeer van de richtlijn. Dit is ook de context waarin de verwijzende rechter zijn vragen stelt. In de geanonimiseerde versie van het verzoek om een prejudiciële beslissing<sup>19</sup> valt te lezen dat deze rechter van mening is dat de Duitse strafrechtelijke bepaling ertoe leidt dat zowel ouders als kind indirect hun recht op vrij verkeer verliezen op het moment dat het kind aan het ouderlijk gezag wordt onttrokken. Op het moment dat zij Duitsland zonder toestemming van de voogd met het kind verlaten, zijn zij immers strafbaar. De Duitse rechter meent dat het soms eenvoudiger is een kind uit een andere lidstaat van de Unie terug te halen dan een

kind dat door een ouder ergens in Duitsland verborgen wordt gehouden.<sup>20</sup>

De advocaat-generaal stelt dat niet de onttrekking aan het ouderlijk gezag maar het risico op strafvervolgning bij grensoverschrijding een ‘beïnvloeding of zelfs een beperking is van het vrij verkeer in de zin van artikel 21 VWEU’ (punt 27). Hij sluit hiermee aan bij rechtspraak omtrent uitlevering van EU-burgers aan derde landen, met name de zaken *Petruhhin* en *Raugevicius*.<sup>21</sup> In beide zaken ging het om EU-burgers die in een andere lidstaat verbleven en om wier uitlevering werd gevraagd door een derde staat. De nationale uitleveringsregels, zowel met betrekking tot vervolging als met betrekking tot strafteuivoerlegging, maakten een onderscheid tussen nationale burgers en burgers van een andere lidstaat. Het Hof van Justitie stelde dat de regels ‘de vrijheid van andere onderdanen van de lidstaten beïnvloeden om in de Unie te reizen’, omdat ze onderdanen van andere lidstaten niet dezelfde bescherming bieden als eigen onderdanen.<sup>22</sup> Dat is een beperking van het vrij verkeer in de zin van artikel 21 VWEU.<sup>23</sup> Door de strafbepaling te beoordelen onder artikel 21 VWEU in plaats van onder de Verbljfsrichtlijn maakt de advocaat-generaal de weg vrij voor Duitsland zich te beroepen op de openbare orde ook al gaat het niet om een verbod van inreis of verwijderingsmaatregelen. Zoals hierboven bij de beschrijving van de conclusie van de advocaat-generaal al uiteengezet is, beperkt artikel 27 Verbljfsrichtlijn de mogelijkheid om een beperking van het vrij verkeer op grond van de openbare orde te rechtvaardigen tot inreisverboden en verwijderingsmaatregelen.<sup>24</sup> De Duitse strafbepaling behelst geen inreisverbod of een verwijderingsmaatregel.

In de inleiding van zijn conclusie voorspelt advocaat-generaal Hogan dat het antwoord van het Hof van Justitie op de gestelde vragen zal strekken tot verduidelijking van de werkingssfeer van artikel 27 Verbljfsrichtlijn in de specifieke context van kinderontvoering.<sup>25</sup> Zijn voorstelling komt niet uit. Het Hof van Justitie stelt simpelweg dat beide vragen samen moeten worden behandeld en dat de verwijzende rechter vraagt naar uitleg van ‘het Unierecht’ en niet verwijst naar een specifieke bepaling van het Unierecht. Die laatste toevoeging door het Hof van Justitie was mijns inziens niet echt nodig en maakt de herformulering van de vragen door het Hof van Justitie nogal gekunsteld, juist omdat de verwijzende rechter in de eerste vraag wel expliciet verwijst naar de Verbljfsrichtlijn. Hoe het ook zij, het Hof van Justitie

15. Zie ook punt 28 van de Conclusies van de Europese Raad van Tampere van 15 en 16 oktober 1999: ‘In een ware Europese rechtsruimte mogen burgers en bedrijven door de onderlinge onverenigbaarheid of de complexiteit van de rechts- en administratieve stelsels van de lidstaten niet worden verhinderd of ontmoedigd om hun rechten te doen gelden.’

16. HvJ 27 oktober 2016, zaak C-428/15, ECLI:EU:C:2016:819 (*JD*).

17. *JD*, punt 65.

18. *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 38.

19. Te vinden via de website van het Hof van Justitie: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=219921&pageIndex=0&doclang=NL&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5583568>.

20. Verzoek tot prejudiciële uitspraak, punt 22.

21. HvJ 6 september 2016, zaak C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 (*Aleksei Petruhhin*); HvJ 13 november 2018, zaak C-247/17, ECLI:EU:C:2018:889 (*Denis Raugevicius*).

22. *Aleksei Petruhhin*, punt 32; *Denis Raugevicius*, punt 28.

23. *Aleksei Petruhhin*, punt 33; *Denis Raugevicius*, punt 30. Zie ook A. Schrauwen, ‘Citizenship and Non-Discrimination Rights in the Area of Freedom, Security and Justice’, in: S. Iglesias & M. González Pascual, *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2021, p. 394-412, op p. 407.

24. Conclusie A-G, *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn ZW*, punt 29-35.

25. Conclusie A-G, *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 3.

noemt de Verbljfsrichtlijn niet en onderzoekt de vragen expliciet ‘alleen in het licht van’ artikel 21 VWEU.<sup>26</sup>

### Ongelijke behandeling vanwege gebruikmaking vrij verkeer

In de herformulering van de vragen van de nationale rechter komt het Hof van Justitie onmiddellijk tot het verschil in onderscheid van strafbaarstelling naar gelang het kind door zijn ouder in Duitsland dan wel in een andere lidstaat wordt vastgehouden. Daarmee benadeelt de strafbepaling personen louter omdat zij hun reis- en verblijfrecht hebben uitgeoefend. Het is vaste rechtspraak dat een dergelijke ongelijke behandeling geldt als een in beginsel verboden beperking van het recht onder artikel 21 VWEU, ongeacht of de beperkende regel binnen de materiële werkingssfeer van het Unierecht valt.<sup>27</sup> Burgers van de Unie kunnen bij benadeling vanwege gebruikmaking van het recht op vrij verkeer hun recht onder artikel 21 VWEU inroepen tegen zowel de lidstaat van nationaliteit als tegenover andere lidstaten. Dat de specifieke Duitse strafbepaling vooral in Duitsland wonende burgers van de Unie uit andere lidstaten treft omdat het waarschijnlijker is dat zij bij terugkeer naar de lidstaat van herkomst het kind naar het buitenland overbrengen, is een toevoeging van het Hof van Justitie die mijns inziens niet nodig is om de regel in beginsel in strijd met het Europees recht te doen zijn. Ook voor een Duitser die zijn kind overbrengt naar een andere lidstaat zal de strafbepaling zijn recht op vrij verkeer beïnvloeden of beperken. De toevoeging zou wel kunnen verklaren waarom het Hof van Justitie ervoor kiest niet in te gaan op de betekenis van de Verbljfsrichtlijn in deze zaak: deze is immers niet van toepassing bij terugkeer naar de lidstaat van nationaliteit of bij een beperking van het vrij verkeer door de lidstaat van nationaliteit.

Welk gevolg de nationale rechter moet verbinden aan de strijdigheid met het Unierecht blijkt uit het antwoord van het Hof van Justitie op de eerste vraag. Het Hof van Justitie doet deze vraag af in twee overwegingen. Begrijpelijk, want het is zeker niet de eerste keer dat het Hof van Justitie bepaalt dat het Unierecht grenzen stelt aan de bevoegdheid van de lidstaten inzake strafrecht en strafprocesrecht.<sup>28</sup> Nationale bepalingen inzake strafrecht mogen burgers van de Unie niet anders behandelen dan eigen burgers en geen beperking vormen voor het vrij verkeer. Is dat wel het geval, dan dient de nationale rechter de bepalingen buiten toepassing te laten. Het oordeel van het Hof van Justitie over de ongelijke behandeling en de beperking van het vrij verkeer in de

Duitse strafbepaling lijkt op het eerste gezicht minder relevant voor Nederland. In Nederland is kinderontvoering strafbaar op grond van artikel 279 Wetboek van Strafrecht (Sr).<sup>29</sup> Op kinderontvoering als zodanig van een kind ouder dan twaalf jaar staat een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaar of een geldboete van de vierde categorie. Op ontvoering met list, geweld of bedreiging van geweld, of ontvoering van een kind onder twaalf jaar staat een gevangenisstraf van ten hoogste negen jaar of een geldboete van de vijfde categorie. De Nederlandse strafbepaling maakt geen onderscheid naar gelang het gaat om een nationale of internationale kinderontvoering en lijkt dus niet in strijd met artikel 21 VWEU. De richtlijn van het Openbaar Ministerie (OM) voor ontzekking aan het gezag geeft geen eenduidige indicatie dat internationale kinderontvoering op dezelfde manier wordt behandeld als nationale kinderontvoering. De OM-richtlijn maakt een onderscheid in strafeis tussen nationale (categorie 3) en internationale (categorie 4) kinderontvoering. Maar de richtlijn geeft ook aan dat het bij internationale kinderontvoering om maatwerk gaat en dat meespeelt naar welk land het kind is meegenomen en de mate waarin het terughalen van het kind door regelgeving en samenwerking met dat land wordt bemoeilijkt. Maatwerk maakt het mogelijk dat de Nederlandse strafbaarstelling van kinderontvoering binnen de Unie ook in de praktijk in overeenstemming kan zijn met artikel 21 VWEU. In haar annotatie bij deze zaak wijst Ruitenberg echter op een onderzoek dat op basis van de rechtspraak van afgelopen jaren aantoont dat er voornamelijk sprake is van strafrechtelijke vervolging in internationale kinderontvoeringszaken, waarbij het soms gaat om lidstaten van de Unie.<sup>30</sup> Waar het gaat om binnenlandse kinderontvoeringszaken wordt terughoudend omgegaan met strafrechtelijke vervolging. Dat lijkt me problematisch in het licht van het hier besproken arrest.

### Praktische moeilijkheden en wederzijds vertrouwen

Duitsland geeft aan dat het doel van de beperkende maatregel gelegen is in de voorkoming van internationale kinderontvoering en bescherming van het ouderlijk gezag evenals van de rechten van het kind. De doelstellingen zijn intrinsiek verbonden met de grondrechten van het kind. Bescherming daarvan vormt een legitiem belang dat een beperking van het vrij verkeer kan rechtvaardigen. Het staat iedere lidstaat vrij het niveau en de manier van bescherming van de rechten van het kind te bepalen bij gebreke van harmonisatie op Unieniveau. Duitsland motiveert dat het hogere niveau van bescherming van de rechten van het kind bij internationale kinderontvoering nodig is vanwege de praktische moeilijkheden waartoe erkenning van Duitse rechterlijke beslissingen en het terughalen van kinderen naar Duitsland uit andere staten kunnen leiden. Dergelijke

26. ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn, punt 29.

27. HvJ 11 juli 2002, zaak C-224/98, ECLI:EU:C:2002:432 (*Marie Nathalie D'Hoop*). Zie ook C. Timmermans, 'Martínez Sala and Baumbast revisited', in: M. Poiares Maduro & L. Azoulaï, *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Londen: Hart Publishing 2010, p. 344-352, op p. 51.

28. HvJ 2 februari 1989, zaak 186/87, ECLI:EU:C:1989:47 (*Cowan*); HvJ 19 januari 1999, zaak C-384/96, ECLI:EU:C:1999:6 (*Calfa*); HvJ 26 februari 2019, gevoegde zaken C-202/18 en C-238/18, ECLI:EU:C:2019:139 (*Ilmārs Rimšēvičs en Europese Centrale Bank/Republiek Letland*).

29. Zie hierover ook G.C.A.M. Ruitenberg, 'Annotatie Staatsanwaltschaft Heilbronn (HvJ, C-454/19) – ontvoering naar EU-lidstaat niet sneller bestraffen dan onttrekking aan gezag binnen lidstaat', *EHRC* 2020/296.

30. Ruitenberg 2020, punt 18.

moelijkheden kunnen met name verwacht worden als het kind zich bevindt in een ander cultureel gebied ('Staat eines anderes Kulturkreises').<sup>31</sup> De verwijzende rechter is van mening dat het bij lidstaten van de Unie niet gaat om een ander cultureel gebied, juist vanwege het bestaan van Verordening Brussel II-bis.<sup>32</sup> Advocaat-generaal Hogan is minder stellig, en wijst op moeilijkheden die kunnen ontstaan vanwege taalverschil, een procedure op afstand of de verplichting een certificaat af te geven op basis van artikel 42 van de verordening. Hoewel volgens hem deze moeilijkheden niet geminimaliseerd mogen worden meent hij toch dat dit geen reden is om afbreuk te doen aan het beginsel van wederzijds vertrouwen waarop de Brussel II-bis-verordening is gebaseerd.

Het Hof van Justitie gaat niet in op het al dan niet bestaan van praktische moeilijkheden. Het stelt alleen dat dit argument neerkomt op gelijkstelling van andere lidstaten met derde landen en dat dit indruist tegen de regels en de geest van Verordening Brussel II-bis. Het Hof van Justitie herhaalt hier de stelling met betrekking tot het beginsel van wederzijds vertrouwen die het vaker gebruikt in RVVR-zaken,<sup>33</sup> met betrekking tot asielrecht,<sup>34</sup> met betrekking tot justitiële samenwerking in strafzaken<sup>35</sup> en met betrekking tot justitiële samenwerking in burgerlijke zaken:<sup>36</sup> het berust op het vermoeden dat alle lidstaten het Unierecht en de door het Unierecht erkende grondrechten in acht nemen, behoudens uitzonderlijke omstandigheden (punt 49). Hiermee bevestigt het een lijn uit eerdere rechtspraak inzake kinderonvoering. Onjuiste toepassing van het nationale recht of het Unierecht vormt geen reden tot weigering van erkenning en tenuitvoerlegging.<sup>37</sup> Zelfs gewijzigde omstandigheden in verband met het belang van het kind vormen geen reden om tenuitvoerlegging van een beslissing te weigeren.<sup>38</sup> De nadruk op het wederzijds vertrouwen in deze rechtspraak is echter niet zonder kritiek gebleven, met name omdat hierdoor niet altijd voorrang wordt gegeven aan het belang van het kind.<sup>39</sup> Tijdens de evaluatie van de Brussel II-bis-verordening bleek dat er wel degelijk problemen zijn in geval van grensoverschrijdende kinderonvoering tussen lidstaten van de Unie, iets waar het Hof van Justitie geen aandacht aan schenkt. In de praktijk leidt justitiële samenwerking niet altijd tot snelle terugkeer. Zo kunnen procedures lang duren omdat teruggeleidingszaken niet

voortvarend worden behandeld en ruimte laten aan uitgebreide getuigenverhoren.<sup>40</sup> Lidstaten die strengere regels kennen met betrekking tot het horen van kinderen dan de lidstaat waar de beslissing tot terugkeer van het kind is genomen, erkennen beslissingen niet indien het kind daarbij niet of incorrect is gehoord.<sup>41</sup> Mede vanwege deze problemen heeft de Europese wetgever een verordening aangenomen die de Brussel II-bis-verordening herziet en die op 1 augustus 2022 in werking treedt.<sup>42</sup> Deze herziening bevat onder andere de bepaling dat lidstaten de bevoegdheid voor kinderonvoeringszaken concentreren bij één of enkele gerechten, en dat gerechten een teruggeleidingsverzoek binnen zes weken moeten afhandelen. Er komt iets meer ruimte om erkenning en tenuitvoerlegging van terugkeerverzoeken te weigeren of op te schorten. De gevolgen voor de herziening in Nederland lijken weinig ingrijpend, nu Nederland de rechtspraak inzake kinderonvoering al concentreert in rechtbank en gerechtshof Den Haag. Ook andere wijzigingen met betrekking tot internationale kinderonvoering in de herschikte verordening zullen weinig veranderingen teweegbrengen in Nederland, zo schrijft een commentator in het *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*.<sup>43</sup>

## Conclusie

Voor de ontwikkeling van de rechtspraak inzake vrij verkeer van burgers van de Unie bevat het arrest *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn* geen schokkende elementen. Het Hof van Justitie grijpt terug op vaste rechtspraak om het verschil in behandeling dat de Duitse strafbepaling behelst te beoordelen als strijdig met artikel 21 VWEU. Ook het oordeel dat een te beschermen belang, zelfs al is dat een grondrecht, niet kan dienen ter rechtvaardiging van een beperking wanneer secundair recht het betrokken belang al beschermt, is verre van nieuw. Uiteraard wil dit niet zeggen dat de bescherming van het kind nooit kan dienen ter rechtvaardiging van een beperking van het recht van vrij verkeer van diens ouders. De Duitse strafbepaling maakte onderscheid omdat snelle terugkeer in het belang van het kind binnen de Unie niet mogelijk zou zijn. En Brussel II-bis richt zich juist op dat specifieke belang. In dit arrest wijst het Hof van Justitie op het belang van het wederzijds vertrouwen dat ten grondslag ligt aan wederzijdse erkenning die de hoeksteen vormt van justitie

31. *ZW/Staatsanwaltschaft Heilbronn*, punt 38.

32. Verzoek tot prejudiciële uitspraak, punt 21.

33. RVVR staat voor ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (Titel V VWEU).

34. HvJ 19 maart 2019, zaak C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218 (*Abubacarr Jawo/Bundesrepublik Deutschland*), punt 81.

35. HvJ 25 juli 2018, zaak C-216/18 (PPU), ECLI:EU:C:2018:586 (*Minister for Justice and Equality/LM*), punt 36 en recenter HvJ 10 maart 2021, zaak C-648/20 (PPU), ECLI:EU:C:2021:187 (*PI*), punt 35.

36. HvJ 22 december 2010, zaak C-491/10 (PPU), ECLI:EU:C:2010:828 (*Joseba Andoni Aguirre Zarraga/Simone Pelz*), punt 30.

37. *Joseba Andoni Aguirre Zarraga/Simone Pelz*, punt 74.

38. HvJ 1 juli 2012, zaak C-211/10 (PPU), ECLI:EU:C:2010:400 (*Doris Povse/Mauro Alpagò*).

39. Zie ook S. Bartolini, 'In the name of the best interests of the child: the principle of mutual trust in child abduction cases' (56) *CML Rev.* 2019, nr. 1, p. 91-120, op p. 110-111.

40. Zie ook de toelichting bij het voorstel voor een herziening van de Verordening COM(2016) 208 def, waarin de Commissie schrijft dat dit 'grote tekortkomingen' inzake ouderlijke verantwoordelijkheid zijn.

41. W. van der Stroom-Willemsen, 'De herziening Brussel II-bis en internationale kinderonvoeringszaken: een stimulans voor lidstaten', *FJR* 2020/69, p. 335-339.

42. Verordening (EU) 2019/1111 van de Raad van 25 juni 2019 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kinderonvoering (herschikking) (*PbEU* 2019, L 178/1).

43. Zie Van der Stroom-Willemsen 2020, p. 338-339.

tiële samenwerking in de RVVR. In *ZW* is het Hof van Justitie stellig in het oordeel dat een afwijking van dat wederzijds vertrouwen door middel van een strafbepaling in strijd is met Brussel II-bis. Dat wil niet zeggen dat lidstaten altijd een blind wederzijds vertrouwen moeten hebben als het gaat om kinderontvoeringszaken. Ook hier geldt, net als bij het asielrecht en het strafrecht onder de RVVR, dat dit vertrouwen geldt ‘behoudens uitzonderlijke omstandigheden’. De herschikking van Brussel II-bis lijkt enigszins tegemoet te komen aan zowel de praktische problemen bij teruggeleidingsprocedures als aan de kritiek dat blind wederzijds vertrouwen het belang van het kind niet altijd vooropstelt.