CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 4 juni 2020 [1]

Zaak C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
tegen
ZW

[verzoek van het Amtsgericht Heilbronn (rechter in eerste aanleg Heilbronn, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Artikel 18 VWEU – Artikel 21 VWEU – Burgerschap van de Unie – Recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor burgers van de Unie – Richtlijn 2004/38/EG – Artikel 27 – Strafbaar feit van kinderontvoering – Kind onder het toezicht van een wettelijke voogd – Ouder aan wie het ouderlijk gezag deels is ontnomen en die het kind overbrengt naar het buitenland zonder de voorafgaande toestemming van de wettelijke voogd”

I. Inleiding

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 18 en 21 VWEU en van 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, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG [2].

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een procedure tegen ZW, die als medepleger wordt vervolgd voor het strafbare feit van de ontvoering van een kind, namelijk haar zoon.

3. De vragen van de verwijzende rechter hebben opnieuw betrekking op de omvang van het recht op vrij verkeer van burgers van de Unie. Het antwoord van het Hof zal ook strekken tot verduidelijking, in de specifieke context van kinderontvoering, van de werkingssfeer van artikel 27 van richtlijn 2004/38, dat de lidstaten toestaat de vrijheid van verkeer te beperken om redenen van openbare orde.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] PB 2004, L 158, blz. 77, met rectificatie in PB 2004, L 229, blz. 35.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Internationaal recht

4. Artikel 12 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (hierna: „Haags Verdrag van 1980") bepaalt:

„Wanneer een kind ongeoorloofd is overgebracht of wordt vastgehouden in de zin van artikel 3 en er minder dan één jaar is verstreken tussen de overbrenging of het niet doen terugkeren en het tijdstip van de indiening van het verzoek bij de rechterlijke of administratieve autoriteit van de verdragsluitende staat waar het kind zich bevindt, gelast de betrokken autoriteit de onmiddellijke terugkeer van het kind.

[…]"

B. Unierecht

1. Richtlijn 2004/38

5. Artikel 27 van richtlijn 2004/38 is de eerste bepaling van hoofdstuk VI, met het opschrift „Beperkingen van het inreisrecht en het verblijfsrecht om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid". Deze bepaling luidt:

„1. Onverminderd het bepaalde in dit hoofdstuk kunnen de lidstaten de vrijheid van verkeer en verblijf van burgers van de Unie en hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit, beperken om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Deze redenen mogen niet voor economische doeleinden worden aangevoerd.

2. De om redenen van openbare orde of openbare veiligheid genomen maatregelen moeten in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het gedrag van betrokkene. Strafrechtelijke veroordelingen vormen als zodanig geen reden voor deze maatregelen.

Het gedrag moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen. Motiveringen die los staan van het individuele geval of die verband houden met algemene preventieve redenen mogen niet worden aangevoerd.
[…]"

2. Verordening nr. 2201/2003

6. De overwegingen 17 en 21 van verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking

van verordening (EG) nr. 1347/2000 [3], luiden als volgt:

„(17) In geval van ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren van het kind dient de terugkeer van het kind onverwijld te worden verkregen en te dien einde dient het [Haags Verdrag van 1980] van toepassing te blijven, zoals aangevuld door de bepalingen van deze verordening, in het bijzonder artikel 11. De gerechten van de lidstaat waarnaar het kind ongeoorloofd is overgebracht of waar het ongeoorloofd wordt vastgehouden, dienen in staat te zijn zich in welbepaalde, naar behoren gemotiveerde gevallen tegen de terugkeer van het kind te verzetten. Een dergelijke beslissing moet evenwel kunnen worden vervangen door een latere beslissing van het gerecht van de lidstaat waar het kind vóór de ongeoorloofde overbrenging of niet doen terugkeren zijn gewone verblijfplaats had. Brengt deze laatste beslissing de terugkeer van het kind met zich, dan dient de terugkeer plaats te vinden zonder dat enigerlei bijzondere procedure vereist is voor de erkenning en tenuitvoerlegging van die beslissing in de lidstaat waar het ontvoerde kind zich bevindt.

[…]

(21) De erkenning en de tenuitvoerlegging van in een lidstaat gegeven beslissingen dienen gebaseerd te zijn op het beginsel van wederzijds vertrouwen, en de gronden tot weigering van de erkenning dienen tot het noodzakelijke minimum beperkt te blijven."

7. Artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 valt onder afdeling 4, met het opschrift „Uitvoerbaarheid van bepaalde beslissingen omtrent het omgangsrecht en bepaalde beslissingen die de terugkeer van het kind met zich brengen". Dit artikel luidt als volgt:

„1. De in artikel 40, lid 1, onder b), bedoelde terugkeer van een kind, die voortvloeit uit een in een lidstaat gegeven uitvoerbare beslissing, wordt in een andere lidstaat erkend en is aldaar uitvoerbaar zonder dat een uitvoerbaarverklaring behoeft te worden verkregen en zonder dat men zich tegen de erkenning kan verzetten, indien met betrekking tot de beslissing in de lidstaat van herkomst een certificaat overeenkomstig lid 2, is afgegeven.

Ook indien het nationale recht niet bepaalt dat een overeenkomstig artikel 11, lid 8, gegeven beslissing die de terugkeer van het kind met zich brengt van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad is, kan het gerecht in de lidstaat van herkomst de beslissing bij voorraad uitvoerbaar verklaren.

2. De rechter van de lidstaat van herkomst geeft het in artikel 40, lid 1, onder b), bedoelde certificaat slechts af indien:

a) het kind in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, tenzij zulks vanwege zijn leeftijd of mate van rijpheid niet raadzaam werd geacht,

b) de partijen in de gelegenheid zijn gesteld te worden gehoord, en

c) het gerecht bij het geven van de beslissing rekening heeft gehouden met de redenen en het bewijs op grond waarvan de beslissing ingevolge artikel 13 van het [Haags Verdrag van 1980] is gegeven.

[3] PB 2003, L 338, blz. 1.

Indien het gerecht of enige andere autoriteit maatregelen treft ter bescherming van het kind na diens terugkeer naar de staat van zijn gewone verblijfplaats, vermeldt het certificaat de bijzonderheden van die maatregelen.

De rechter van de lidstaat van herkomst geeft het certificaat ambtshalve af, met gebruikmaking van het in bijlage IV opgenomen modelformulier (certificaat betreffende de terugkeer).

Het certificaat wordt in de taal van de beslissing gesteld."

C. Duits recht

8. § 25 van het Strafgesetzbuch (Duits wetboek van strafrecht; hierna: „StGB") luidt als volgt:

„(1) Als dader van een strafbaar feit wordt gestraft eenieder die het feit pleegt of doet plegen.

(2) Indien het strafbare feit door meerdere personen tezamen en in vereniging wordt gepleegd, wordt elk van hen als dader (medepleger) gestraft."

9. § 235 StGB luidt als volgt:

„(1) Met een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar of met een geldboete wordt gestraft eenieder

1. die een persoon jonger dan 18 jaar met geweld, onder bedreiging met een ernstig kwaad of door een list, of

2. die, zonder een familielid te zijn, een kind,

onttrekt of onttrokken houdt aan een of beide ouders, de voogd of de gezinsvoogd.

(2) Evenzo wordt gestraft eenieder die een kind aan een of beide ouders, de voogd of de gezinsvoogd

1. onttrekt om het naar het buitenland over te brengen, of

2. in het buitenland onttrokken houdt nadat het daarnaartoe is overgebracht of nadat het zich daarnaartoe heeft begeven.

(3) In de gevallen als bedoeld in lid 1, punt 2, of lid 2, punt 1, is de poging strafbaar.

(4) Een gevangenisstraf van één tot tien jaar wordt opgelegd wanneer de dader

1. het slachtoffer door zijn daad in levensgevaar brengt of blootstelt aan ernstige schade voor de gezondheid dan wel aan ernstige schade voor de lichamelijke of geestelijke ontwikkeling, of

2. de daad verricht tegen beloning of met het oogmerk zichzelf of een derde te verrijken.

(5) Indien de daad de dood van het slachtoffer tot gevolg heeft, wordt een gevangenisstraf van ten minste drie jaar opgelegd.

(6) In minder ernstige gevallen van het feit als bedoeld in lid 4 wordt een gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar opgelegd, in minder ernstige gevallen van het feit als bedoeld in lid 5 een gevangenisstraf van één tot tien jaar.

(7) De ontvoering van minderjarigen wordt in de gevallen als bedoeld in de leden 1 tot en met 3 alleen na aangifte vervolgd, tenzij het openbaar ministerie het in het licht van een bijzonder openbaar belang bij strafrechtelijke vervolging geboden acht om ambtshalve op te treden."

III. Feiten in het hoofdgeding

10. Onderhavige zaak vindt haar oorsprong in een strafprocedure die in Duitsland is ingesteld tegen ZW, een in Duitsland woonachtige Roemeense staatsburger, wegens de internationale ontvoering van haar eigen kind, AW.

11. AW, een Roemeense staatsburger, woont sinds 2009 bij zijn moeder in Duitsland. AW's ouders zijn gescheiden, zijn Roemeense vader woont in Roemenië. Wegens AW's gedragsproblemen werd hij in maart 2013, met instemming van de ouders, in een jeugdzorginstelling geplaatst. Bij beslissing van een Duitse rechter werd in 2014 onder meer de ouders het recht ontnomen om de verblijfplaats van het kind te bepalen en werd dit recht in het kader van de gedeeltelijke overdracht van het ouderlijk gezag, de zogenoemde „Ergänzungspflegschaft" (voogdijschap voor aanvullende bescherming), in plaats daarvan toegewezen aan een voogd, een zogenoemde „Ergänzungspfleger" (hierna: „gezinsvoogd").

12. In december 2017 werd AW, die na verscheidene mislukte plaatsingen in verschillende jeugdzorginstellingen naar de woning van zijn moeder was teruggekeerd, met instemming van zijn moeder door zijn vader naar Roemenië gebracht, waar hij nu woont. Omdat de ouders de gezinsvoogd, aan wie de bevoegdheid toekomt om de verblijfplaats van het kind te bepalen, niet op de hoogte hadden gesteld, heeft hij aangifte gedaan tegen de ouders als medeplegers van de internationale ontvoering van een kind. De moeder is in het hoofdgeding de verdachte.

13. De verwijzende rechter zet uiteen dat internationale kinderontvoering (in schending van het recht van de gezinsvoogd om de verblijfplaats van het kind te bepalen) krachtens § 235, lid 2, StGB wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal vijf jaar of een geldboete, ongeacht of het kind in een andere lidstaat van de Unie dan wel in een derde land verblijft. Indien de ontvoering daarentegen op het nationale grondgebied plaatsvindt, is zij volgens het StGB enkel strafbaar wanneer de betrokkene het kind onttrekt of onttrokken houdt met geweld, onder bedreiging met een ernstig kwaad of door een list.

14. In deze context wenst de verwijzende rechter te vernemen of een strafrechtelijke bepaling als deze binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt en, zo ja, of zij dan met dat recht verenigbaar is.

IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

15. In die omstandigheden heeft het Amtsgericht Heilbronn (rechter in eerste aanleg Heilbronn, Duitsland) bij beslissing van 11 juni 2019, ingekomen bij het Hof op 14 juni 2019, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Moet het primaire en/of afgeleide Unierecht, in casu meer bepaald [richtlijn 2004/38], in de zin van een volledig recht van de burgers van de Unie van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten, aldus worden uitgelegd dat het ook van toepassing is op nationale strafrechtelijke bepalingen?

2) Ingeval de vraag bevestigend wordt beantwoord: staat de uitlegging van het primaire en/of afgeleide Unierecht in de weg aan de toepassing van een nationale strafrechtelijke bepaling waarbij de onttrekking van een kind aan zijn voogd in het buitenland strafbaar is gesteld, wanneer die bepaling geen onderscheid maakt naargelang het lidstaten van de Europese Unie of derde landen betreft?"

16. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Duitse regering en de Europese Commissie. Wegens de Covid-19-pandemie werd de voor 25 maart 2020 geplande terechtzitting afgelast en werden de bij beslissing van 17 maart 2020 vóór de terechtzitting aan de partijen toegestuurde vragen voor mondelinge beantwoording omgezet in vragen voor schriftelijke beantwoording. ZW, de Duitse regering en de Commissie zijn op dit verzoek ingegaan en hebben deze vragen binnen de door het Hof gestelde termijn beantwoord. Allen hebben dus de gelegenheid gehad zich uit te spreken over alle door de prejudiciële vragen aan de orde gestelde kwesties.

V. Analyse

A. Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

17. De Duitse regering betoogt in haar schriftelijke opmerkingen dat de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter niet ontvankelijk zijn. Zij meent dat de vragen geen concreet en rechtstreeks verband houden met het voorwerp van het door de verwijzende rechter te beslechten geschil. Ik ben echter van mening dat het verzoek om een prejudiciële beslissing wel degelijk ontvankelijk is.

18. In dit verband dient eerst te worden opgemerkt dat de in artikel 267 VWEU neergelegde procedure een instrument is voor samenwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties, waarmee het Hof de nationale rechterlijke instanties de uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht verschaft die deze voor de beslechting van de hun voorgelegde geschillen nodig hebben. In het kader van deze samenwerking is het uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid voor de te geven rechterlijke beslissing draagt, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt, te beoordelen. Voor zover de vragen betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht is het Hof derhalve in beginsel verplicht ze te beantwoorden. Hieruit volgt dat er een vermoeden van relevantie rust op vragen inzake de uitlegging van het Unierecht die door een nationale rechter worden gesteld binnen het door deze rechter vast te stellen feitelijke en wettelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan een verzoek van een nationale rechter enkel afwijzen wanneer de gevraagde uitlegging van het Unierecht kennelijk op generlei wijze

verband houdt met de feiten of het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die het nodig heeft om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen. [4]

19. In de onderhavige zaak wordt niet betwist dat ZW, een onderdaan van een lidstaat – namelijk Roemenië – die zich heeft begeven naar een andere lidstaat – namelijk Duitsland –, heeft gebruikgemaakt van haar recht van vrij verkeer. Haar situatie valt dus binnen de werkingssfeer van het Unierecht en in elk geval onder de artikelen 18 en 21 VWEU. [5]

20. Bovendien heeft de verwijzende rechter uitvoerig uiteengezet waarom hij van oordeel is dat voor de beslechting van het hem voorgelegde geschil dient te worden onderzocht of het recht van de Unie in de weg staat aan de toepassing van een strafrechtelijke bepaling als die op grond waarvan de zaak bij hem aanhangig is gemaakt.

21. In deze omstandigheden ben ik van mening dat het prejudiciële verzoek als ontvankelijk moet worden beschouwd.

B. Eerste vraag

22. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of nationale strafrechtelijke bepalingen onder het Unierecht en meer in het bijzonder onder richtlijn 2004/38 kunnen vallen.

23. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. De strafwetgeving en het strafprocesrecht behoren weliswaar in beginsel grotendeels tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar het is vaste rechtspraak van het Hof dat het Unierecht aan de bevoegdheid van de lidstaten op dit gebied grenzen stelt. De lidstaten moeten bij de uitoefening van deze bevoegdheid immers niet alleen de door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheden eerbiedigen, maar ook het gehele Unierecht, met name het primaire Unierecht. [6] Dergelijke wettelijke bepalingen op strafrechtelijk gebied mogen dus niet leiden tot discriminatie ten aanzien van personen aan wie het Unierecht het recht op gelijke behandeling toekent, noch de door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheden beperken. [7]

C. Tweede vraag

24. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het Unierecht, en meer bepaald het discriminatieverbod en het recht van vrij verkeer, neergelegd in de artikelen 18 en 21 VWEU en nader uitgewerkt in richtlijn 2004/38, in de weg staat aan de toepassing van een nationale strafrechtelijke bepaling waarbij het in het buitenland onttrokken houden van een kind aan zijn gezinsvoogd strafbaar is gesteld, wanneer in die bepaling geen onderscheid wordt gemaakt tussen lidstaten van de Europese Unie en derde landen.

4 Zie in die zin arresten van 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punten 18-20), en 23 januari 2019, M.A. e.a. (C-661/17, EU:C:2019:53, punten 48-50).

5 Zie in die zin arrest van 13 november 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punt 27).

6 Zie in die zin arrest van 26 februari 2019, Rimšēvičs en ECB/Letland (C-202/18 en C-238/18, EU:C:2019:139, punt 57).

7 Zie in die zin arresten van 2 februari 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, punt 19); 24 november 1998, Bickel en Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, punt 17), en 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punten 53 en 54).

25. Vooraf wil ik duidelijk maken dat de specifieke omstandigheden van de zaak in het hoofdgeding, namelijk het feit dat het recht om de verblijfplaats van het kind vast te stellen door een derde wordt uitgeoefend en dat de strafprocedure dus mogelijk tegen beide ouders is gericht, geen invloed hebben op de gevraagde uitlegging van het Unierecht. Wat de voorwaarden voor de toepassing van de strafrechtelijke bepaling betreft, is de situatie van de vervolgde personen immers identiek.

1. Is er sprake van een ongelijke behandeling en/of een beperking van het vrij verkeer?

26. Om te beginnen maakt de betrokken nationale regeling, met betrekking tot de overbrenging van een kind, een duidelijk onderscheid naargelang die situatie zich op het nationale grondgebied voordoet dan wel of de minderjarige naar een ander land wordt overgebracht. In het laatste geval volstaat voor strafbaarheid het loutere feit dat een kind aan een of beide ouders, zijn voogd of zijn gezinsvoogd wordt onttrokken om het naar het buitenland over te brengen, dan wel dat het in het buitenland aan hen onttrokken wordt gehouden.

27. In die omstandigheden komt het mij voor dat niet zozeer de beslissing inzake het ouderlijk gezag maar veeleer het risico op strafvervolging een burger van de Unie ervan kan weerhouden het gastland waar hij zijn woonplaats heeft, te verlaten en met zijn kind naar zijn lidstaat van herkomst terug te keren wanneer die persoon niet het recht heeft om de verblijfplaats van het kind te bepalen. Als zodanig kunnen deze ongelijke behandeling en de gevolgen ervan de vrijheid van verkeer van de betrokken Unieburgers in de zin van artikel 21 VWEU beïnvloeden of zelfs beperken.[8]

28. Volgens vaste rechtspraak kan een dergelijke beperking slechts worden gerechtvaardigd indien zij is gebaseerd op objectieve overwegingen en evenredig is aan het door de nationale regeling rechtmatig nagestreefde doel.[9] Volledigheidshalve en aangezien de Commissie zich op dit argument baseert, stel ik niettemin voor eerst te onderzoeken of de betrokken maatregel kan worden gerechtvaardigd op grond van de in artikel 27 van richtlijn 2004/38 bepaalde afwijking om redenen van openbare orde.

2. Artikel 27 van richtlijn 2004/38 en de op de openbare orde gebaseerde afwijking

29. Krachtens artikel 27 van richtlijn 2004/38 kunnen lidstaten de vrijheid van verkeer en verblijf van burgers van de Unie en hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit, beperken om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Ongeacht of de bestrijding van kinderontvoering die aan de betrokken nationale regel ten grondslag ligt als een reden van openbare orde kan worden beschouwd, denk ik niet dat een nationale regel als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, binnen de werkingssfeer van artikel 27 van richtlijn 2004/38 valt.

30. Zowel een contextuele als een teleologische interpretatie bevestigen immers dat de werkingssfeer van artikel 27 van richtlijn 2004/38 beperkt is tot enerzijds beperkingen op het inreisrecht stricto sensu en anderzijds verwijderingsmaatregelen.

[8] Zie in die zin arresten van 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punten 32 en 33); 13 november 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punten 28 en 30), en 13 juni 2019, TopFit en Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, punten 44 en 47).

[9] Zie in die zin arresten van 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punt 34); 13 november 2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, punt 31), en 13 juni 2019, TopFit en Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, punt 48).

31. Met betrekking tot de contextuele uitlegging, namelijk de normatieve context van de bepaling, moet worden opgemerkt dat artikel 27 van richtlijn 2004/38 de eerste bepaling is van hoofdstuk VI van die richtlijn, met het opschrift „*Beperkingen van het inreisrecht en het verblijfsrecht* om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid”.[10] Bovendien heeft artikel 27 zelf als opschrift „Algemene beginselen”, wat betekent dat deze beginselen verder worden uitgewerkt in de daaropvolgende bepalingen. Al deze bepalingen van hoofdstuk VI hebben echter slechts betrekking op de bescherming tegen verwijdering (artikel 28 – Bescherming tegen verwijdering, artikel 32 – Duur van verwijderingsmaatregelen, en artikel 33 – Verwijdering bij wijze van straf of bijkomende straf), het soort ziekten op grond waarvan iemand de toegang tot het grondgebied van een lidstaat kan worden geweigerd of hij van het grondgebied kan worden verwijderd (artikel 29), en procedurele waarborgen tegen beslissingen die zijn genomen op grond van artikel 27 van de richtlijn (artikel 30 – Kennisgeving van besluiten, en artikel 31 – Procedurele waarborgen). De meeste – zo niet alle – van deze procedurele bepalingen hebben uitsluitend betrekking op verwijderingsmaatregelen.

32. Wat de teleologische uitlegging betreft, zijn de overwegingen 22 tot en met 27 van richtlijn 2004/38 bijzonder verhelderend. Na erop te hebben gewezen dat het Verdrag in de mogelijkheid voorziet om beperkingen op de uitoefening van het recht van vrij verkeer en verblijf op te leggen om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid, staat in overweging 22 te lezen dat „[t]eneinde de voorwaarden en waarborgen op procedureel gebied waaronder *een besluit tot weigering van toegang of verwijdering* van burgers van de Unie en hun familieleden kan worden genomen, preciezer te omschrijven, […] deze richtlijn richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 inzake de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid, [die enkel betrekking had op verwijdering,] [dient] te vervangen”[11]. Alle andere overwegingen met betrekking tot hoofdstuk VI van richtlijn 2004/38 verwijzen enkel naar verwijdering (overwegingen 23, 24 en 27) of weigering van toegang tot een andere lidstaat (overwegingen 25 en 26).

33. Gelet op het voorgaande ben ik dan ook van mening dat een bepaling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die een burger van de Unie niet de toegang tot een andere lidstaat ontzegt of zijn verwijdering gelast maar die veeleer „louter” tot gevolg heeft dat zijn vrijheid van verkeer wordt beïnvloed of beperkt, niet binnen de werkingssfeer van artikel 27 van richtlijn 2004/38 valt. Met andere woorden, alleen de weigering van toegang of de verwijdering (en maatregelen die *rechtstreeks discriminerend* zijn) kunnen worden gerechtvaardigd op basis van een van de drie uitdrukkelijke afwijkingen waarin het Verdrag voorziet en die specifiek vermeld zijn in hoofdstuk VI van richtlijn 2004/38.[12]

34. Mocht het Hof deze uitlegging van artikel 27 van richtlijn 2004/38 niet volgen, zou het volgens mij hoe dan ook moeten vaststellen dat een wettelijke bepaling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is niet voldoet aan de vereisten van deze richtlijn. Zoals het Hof steeds heeft benadrukt, bepaalt de tweede alinea van artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38 immers uitdrukkelijk dat motiveringen „die verband houden met *algemene preventieve redenen* [niet] mogen […] worden aangevoerd”.[13]

[10] Cursivering van mij.

[11] PB 1964, nr. 56, blz. 850, zoals laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 75/35/EEG van de Raad van 17 december 1974 (PB 1975, L 14, blz. 14). Cursivering van mij.

[12] Zie in die zin Barnard, C., en Peers, S. (red.), *European Union Law*, 2e druk, Oxford University Press, 2017, blz. 402-403.

[13] Cursivering van mij. Zie in die zin arresten van 10 juli 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punt 24); 17 november 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, punt 34), en 4 oktober 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, punt 41).

35. Naar mijn mening is de nationale wettelijke bepaling die in het hoofdgeding aan de orde is, een maatregel van algemene preventie. De Duitse regering heeft immers zelf in haar schriftelijke opmerkingen verklaard dat §235, lid 2, StGB *preventief* bijdraagt tot het waarborgen van het algemene beginsel dat het voogdijschap moet worden uitgeoefend in de oorspronkelijke verblijfplaats van het kind. [14] In deze context is het duidelijk dat de betrokken nationale bepaling een handeling van algemene strekking is die van toepassing is op objectief vastgestelde situaties en gevolgen heeft voor op algemene en abstracte wijze omschreven personen teneinde hen af te brengen van een handelwijze die strijdig wordt geacht met de belangen van de maatschappij en met name die van kinderen. Als zodanig is die bepaling een maatregel van algemene preventie en kan zij dus niet binnen de werkingssfeer van artikel 27 van richtlijn 2004/38 vallen.

36. Uiteraard kan een beperking op de vrijheid van verkeer gerechtvaardigd zijn wanneer zij op objectieve overwegingen berust en evenredig is aan de gerechtvaardigde doelstelling van de nationale bepalingen. [15] Op deze kwestie zal ik thans ingaan.

3. Bestaan van objectieve overwegingen die de beperking en de evenredigheid van de betrokken nationale regeling kunnen rechtvaardigen

37. Zoals ik hierboven heb aangegeven, voert de Duitse regering aan dat haar wettelijke regeling is ingegeven door de wens te waarborgen dat het voogdijschap in de regel wordt uitgeoefend in de oorspronkelijke gewone verblijfplaats van het kind. Bovendien stelt die regering dat die regeling meer in het algemeen zowel de rechten van het ouderlijk gezag als die van de kinderen beoogt te beschermen. [16] De Commissie deelt dit standpunt en verklaart dat de betrokken maatregel tot doel heeft de internationale ontvoering van kinderen te voorkomen en uiteindelijk zo nodig te bestraffen: dit doel is gerechtvaardigd en dus verdedigbaar in het licht van de openbare orde.

38. Aangezien deze doelstellingen intrinsiek verbonden zijn met de grondrechten van het kind, ben ik van mening dat zij vanuit het oogpunt van het Unierecht als gerechtvaardigde doelstellingen moeten worden beschouwd. [17]

39. Zoals het Hof reeds heeft erkend, is een van die grondrechten van het kind immers het in artikel 24, lid 3, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") neergelegde recht om regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden, een recht waarvan de eerbiediging onbetwistbaar in het belang van het kind is. In dit verband is het duidelijk dat een kind dat op ongeoorloofde wijze wordt overgebracht ten gevolge van een eenzijdige beslissing van een van de ouders, meestal de mogelijkheid wordt ontnomen om regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met de andere ouder te onderhouden. [18]

40. In lijn met het bovenstaande kan ook worden opgemerkt dat het Haags Verdrag van 1980, dat later is aangevuld door verordening nr. 2201/2003, ook in het bijzonder is vastgesteld op grond dat het belang van het kind moet primeren bij elke kwestie inzake het gezagsrecht over dit kind.

[14] Punt 76 van de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering. Overeenkomstig deze eerste doelstelling beroept de Duitse regering zich ook op de doelstelling ervoor te zorgen dat de ontvoering van een kind geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van het gerecht van de gewone verblijfplaats van dat kind.

[15] Zie de in voetnoot 9 aangehaalde rechtspraak.

[16] Punten 75 en 76 van de schriftelijke opmerkingen van de Duitse regering.

[17] Sommigen stellen zelfs, meer in het algemeen, dat alles wat verband houdt met de bescherming van het gezin een gerechtvaardigd doel is (zie in die zin Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Brussel, 2017, nr. 258, blz. 260).

[18] Zie in die zin arrest van 23 december 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punten 54 en 56).

Derhalve is het noodzakelijk een kind te beschermen tegen de schadelijke gevolgen van het ongeoorloofd overbrengen naar en niet doen terugkeren uit een ander land, en procedures vast te stellen om de onverwijlde terugkeer van het kind naar de staat waar het zijn gewone verblijfplaats heeft, te waarborgen en het omgangsrecht zeker te stellen. [19]

41. In die omstandigheden staat buiten kijf dat een nationale regeling die onder meer het ongeoorloofd overbrengen of niet doen terugkeren van kinderen beoogt te voorkomen, een op grond van het Unierecht gerechtvaardigd doel nastreeft.

42. Maatregelen die een fundamentele vrijheid beperken, zoals die bedoeld in artikel 21 VWEU, kunnen echter slechts worden gerechtvaardigd door objectieve overwegingen indien zij noodzakelijk zijn ter bescherming van de belangen die zij beogen te waarborgen en slechts voor zover die doelstellingen niet met minder beperkende maatregelen kunnen worden bereikt. [20]

43. In dit verband betwijfel ik eerlijk gezegd of een maatregel zoals de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling objectief gezien noodzakelijk kan worden geacht. Het is opvallend dat, terwijl deze maatregel is vastgesteld voor het aanpakken van gevallen van ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren, een soortgelijke handelwijze die zich op het nationale grondgebied voordoet niet op dezelfde wijze strafbaar is gesteld. Het is daarentegen wel zo dat de Uniewetgever, zoals hierboven uiteengezet, verordening nr. 2201/2003 heeft vastgesteld om de ontvoering van kinderen tussen lidstaten tegen te gaan en, in geval van ontvoering, de onverwijlde terugkeer van het kind te bewerkstelligen. [21] Bovendien wordt in deze verordening, die is vastgesteld op basis van de opvatting dat het belang van het kind voorop moet staan [22], het beginsel neergelegd van de wederzijdse erkenning van in de lidstaten gegeven beslissingen. Zoals blijkt uit overweging 21 van verordening nr. 2201/2003, is dit beginsel zelf gebaseerd op het beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten. [23]

44. Intussen is uiteraard duidelijk komen vast te staan dat dit beginsel van wederzijds vertrouwen tussen de lidstaten van wezenlijk belang is in het Unierecht, aangezien het de mogelijkheid biedt om een ruimte zonder binnengrenzen te verwezenlijken en in stand te houden. Volgens vaste rechtspraak vereist dit beginsel, met name op het gebied van vrijheid, veiligheid en recht, dat elk van de lidstaten, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ervan uitgaat dat alle andere lidstaten het Unierecht en, meer in het bijzonder, de door dat recht erkende grondrechten in acht nemen. [24] Bovendien moet er met betrekking tot verordening nr. 2201/2003 zeker aan worden herinnerd dat het Hof zelf heeft benadrukt dat de samenwerking en het wederzijds vertrouwen tussen rechterlijke instanties waarop de verordening is gebaseerd, moeten leiden tot de wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen, die de *hoeksteen* vormt van de totstandbrenging van een werkelijke justitiële ruimte. [25]

[19] Zie in die zin arrest van 11 juli 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punten 48, 51 en 53).

[20] Zie in die zin arrest van 6 september 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, punt 38).

[21] Zie in dit verband overweging 17 van verordening nr. 2201/2003. Zie ook arresten van 11 juli 2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punt 52), en 23 december 2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punt 49).

[22] Zie in die zin arrest van 11 juli 2008, *Rinau* (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, punt 51).

[23] Zie in die zin arrest van 23 december 2009, *Detiček* (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, punt 45).

[24] Zie in die zin advies 2/13 (Toetreding van de Unie tot het EVRM) van 18 december 2014 (EU:C:2014:2454, punt 191); arresten van 25 juli 2018, minister for Justice and Equality (Gebreken in het gerechtelijk apparaat) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, punt 36); en 19 maart 2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, punt 81).

[25] Zie in die zin arrest van 16 januari 2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, punt 41).

45. Het is duidelijk dat het internationale karakter van zaken als die in het hoofdgeding vaker kan leiden tot moeilijkheden die onder meer verband houden met de taaldiversiteit van de procedure of met de afstand, maar ook met het in artikel 42 van verordening nr. 2201/2003 neergelegde specifieke vereiste dat een certificaat moet worden afgegeven met betrekking tot de beslissing waarbij de terugkeer van een kind wordt gelast. Ook al mogen deze moeilijkheden niet worden geminimaliseerd, het beginsel van wederzijds vertrouwen mag niet in het gedrang worden gebracht doordat men zich beroept op dergelijke praktische moeilijkheden zonder dat tevens afbreuk wordt gedaan aan het nuttig effect van op dit beginsel gebaseerde instrumenten. Dit is echter precies wat zou gebeuren indien een lidstaat op deze manier een onderscheid zou mogen maken tussen kinderontvoeringen die binnen die lidstaat plaatsvinden en kinderontvoeringen waarbij een andere lidstaat betrokken is.

46. In die omstandigheden komt het mij voor dat een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet noodzakelijk is om het ermee nagestreefde doel te bereiken wanneer de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren plaatsvindt in een andere lidstaat en niet in een derde land.

47. Derhalve dient de aangezochte rechter de nationale regeling, die strijdig is met het Unierecht, buiten toepassing te laten aangezien het duidelijk is dat de bepalingen van artikel 21 VWEU rechtstreekse werking hebben [26] en derhalve door een particulier kunnen worden ingeroepen tegenover een lidstaat. [27]

4. Subsidiair, analyse van de evenredigheid stricto sensu

48. Mocht het Hof het niet eens zijn met deze analyse en van oordeel zijn dat de betrokken nationale regeling noodzakelijk is om het door deze maatregel nagestreefde doel te bereiken, dan moet nog worden nagegaan of dit doel niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

49. Dienaangaande ben ik van mening dat het automatisch opleggen van een gevangenisstraf of een geldboete in geval van het overbrengen van een kind naar het buitenland of het niet doen terugkeren van dat kind zonder dat degene(n) met het ouderlijk gezag daarvan op de hoogte zijn gesteld, onverenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel.

50. Artikel 49, lid 3, van het Handvest bepaalt immers dat de zwaarte van de straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit. Zoals advocaat-generaal Bobek in de zaak Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494) heeft uiteengezet, geldt de evenredigheid van strafrechtelijke sancties op twee niveaus. Ten eerste moet de opgelegde sanctie evenredig zijn aan de ernst van de inbreuk. Ten tweede moet bij de vaststelling van deze sanctie rekening worden gehouden met de omstandigheden van het concrete geval. [28] Daarom veronderstelt een daadwerkelijke evenredigheidstoets een *concrete* beoordeling in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval. [29]

[26] Over de rechtstreekse werking van de vrijheid van verkeer, zie arresten van 4 december 1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, punt 7), en 17 september 2002, Baumbast en R (C-413/99, EU:C:2002:493, punten 84 en 86).

[27] Zie in die zin arrest van 24 juni 2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, punt 61).

[28] Punt 42.

[29] Zie in die zin, in het kader van het Europees aanhoudingsbevel, de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, punt 93).

51. Om aan dit beginsel te voldoen, moet de relevante nationale regeling het dus mogelijk maken dat de situatie waarin de betrokken feiten zich hebben voorgedaan in het individuele geval wordt getoetst. [30]

52. In haar antwoorden op de vragen van het Hof verklaart de Duitse regering dat het opleggen van een gevangenisstraf of een geldboete niet automatisch plaatsvindt en dat bij de rechterlijke uitspraak rekening kan worden gehouden met de specifieke kenmerken van elke zaak. Aangezien het verzoek om een prejudiciële beslissing in dit verband geen enkele aanwijzing bevat, staat het niettemin aan de verwijzende rechter om na te gaan of de toepassing van § 235 StGB in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel in die zin dat het de nationale rechter toestaat rekening te houden met de specifieke, individuele kenmerken van elke zaak voordat hij daadwerkelijk een strafrechtelijke sanctie – een gevangenisstraf of een geldboete – oplegt. [31]

53. Daartoe kan de verwijzende rechter verscheidene factoren in aanmerking nemen, zoals het persoonlijk gedrag van de ouder die wordt vervolgd, de toestand van de relatie tussen de twee ouders, het feit of al dan niet gebruik is gemaakt van de in verordening nr. 2201/2003 vastgestelde mechanismen en het resultaat van dit eventuele gebruik, en, wanneer aangewezen, de mening van het kind zelf, aangezien artikel 24, lid 1, van het Handvest bepaalt dat aan de mening van de betrokken kinderen in hen betreffende aangelegenheden, in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid, passend belang moet worden gehecht.

54. Indien het nationale recht een dergelijk individueel onderzoek niet toestaat, staat het bijgevolg aan de aangezochte rechter om de nationale regeling die strijdig is met het Unierecht buiten toepassing te laten.

VI. Conclusie

55. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Amtsgericht Heilbronn (rechter in eerste aanleg Heilbronn, Duitsland) te beantwoorden als volgt:

„1) De lidstaten moeten bij de uitoefening van hun bevoegdheid in strafzaken niet alleen de door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheden eerbiedigen, maar ook het gehele Unierecht, met name het primaire Unierecht. Bijgevolg moeten de artikelen 18 en 21 VWEU aldus worden uitgelegd dat nationale strafrechtelijke bepalingen niet mogen discrimineren ten aanzien van personen aan wie het Unierecht het recht op gelijke behandeling toekent, noch de door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheden mogen beperken.

2) De artikelen 18 en 21 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een wettelijke regeling van een lidstaat als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren van een kind verschillend wordt bestraft naargelang de situatie zich voordoet op nationaal grondgebied dan wel op het grondgebied van een andere lidstaat van de Europese Unie, die voor dat doel wordt gelijkgesteld met een derde land.

[30] Zie in die zin arrest van 12 maart 2019, Tjebbes e.a. (C-221/17, EU:C:2019:189, punt 41).

[31] Zie in die zin arresten van 10 juli 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, punt 28), en 12 maart 2019, Tjebbes e.a. (C-221/17, EU:C:2019:189, punt 40).

Subsidiair moeten de artikelen 18 en 21 VWEU, gelezen in het licht van artikel 24 en artikel 49, lid 3, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een regeling van een lidstaat zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij de ongeoorloofde overbrenging of het niet doen terugkeren van een kind verschillend wordt bestraft naargelang de situatie zich voordoet op nationaal grondgebied dan wel op het grondgebied van een andere lidstaat van de Europese Unie, voor zover nationale rechterlijke instanties de mogelijkheid hebben de situatie waarin de betrokken feiten zich hebben voorgedaan in het individuele geval te onderzoeken.

In het kader van dit onderzoek kunnen de rechterlijke instanties met name rekening houden met het persoonlijk gedrag van de vervolgde ouder en de toestand van de relatie tussen de twee ouders, met het feit of al dan niet gebruik is gemaakt van de mechanismen zoals vastgesteld in verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1347/2000, en in voorkomend geval met de mening van het kind zelf.”