Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
G. HOGAN
fremsat den 4. juni 2020 [1]

Sag C-454/19

Staatsanwaltschaft Heilbronn
mod
ZW

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Amtsgericht Heilbronn (byretten i Heilbronn, Tyskland))

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – artikel 18 TEUF – artikel 21 TEUF – unionsborgerskab – unionsborgeres ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område – direktiv 2004/38/EF – artikel 27 – strafbar handling i form af barnebortførelse – barn under værgemål af en værge – forælder, der er frataget en del af sin forældremyndighed, og som bringer barnet til udlandet uden forudgående samtykke fra værgen«

I. Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 18 TEUF og 21 TEUF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF [2].

2. Anmodningen er fremsat i forbindelse med en sag mod ZW, der er tiltalt som medskyldig i en strafbar handling i form af bortførelse af en mindreårig, der er hendes søn.

3. Den forelæggende rets spørgsmål vedrører endnu en gang rækkevidden af unionsborgernes ret til fri bevægelighed. Domstolens svar vil i den specifikke sammenhæng med barnebortførelse også tjene til at afklare rækkevidden af artikel 27 i direktiv 2004/38, som gør det muligt for medlemsstaterne at begrænse den frie bevægelighed af hensyn til den offentlige orden.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – EUT 2004, L 158, s. 77, berigtiget i EUT 2004, L 229, s. 35, og EUT 2005, L 197, s. 34.

II. Retsforskrifter

A. International ret

4. Artikel 12 i konventionen om de civilretlige virkninger af internationale barnebortførelser, der blev indgået i Haag den 25. oktober 1980 (herefter »Haagerkonventionen af 1980«), bestemmer:

»Hvis et barn er blevet ulovligt bortført eller tilbageholdt som angivet i artikel 3, og hvis der, da sagen blev indledt ved den judicielle eller administrative myndighed i den kontraherende stat, hvor barnet befinder sig, er gået mindre end ét år fra den dag, da den ulovlige bortførelse eller tilbageholdelse fandt sted, skal den pågældende myndighed bestemme, at barnet straks skal gives tilbage.

[…]«

B. EU-retten

1. Direktiv 2004/38

5. Artikel 27 i direktiv 2004/38 er den første bestemmelse i kapitel VI, der har overskriften »Begrænsninger i retten til indrejse og ophold af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed«. Denne bestemmelse har følgende ordlyd:

»1. Med forbehold af bestemmelserne i dette kapitel kan medlemsstaterne begrænse den frie bevægelighed og ophold for en unionsborger eller et familiemedlem uanset nationalitet af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Der må ikke lægges økonomiske betragtninger til grund.

2. Foranstaltninger truffet af hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og kan udelukkende begrundes i vedkommendes personlige adfærd. En tidligere straffedom kan ikke i sig selv begrunde anvendelsen af sådanne foranstaltninger.

Den personlige adfærd skal udgøre en reel, umiddelbar og tilstrækkelig alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse. Begrundelser, der ikke vedrører den individuelle sag, eller som har generel præventiv karakter, må ikke anvendes.

[…]«

2. Forordning (EF) nr. 2201/2003

6. 17. og 21. betragtning til 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[3] har følgende ordlyd:

»(17) I tilfælde af ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af et barn bør tilbagegivelsen af barnet bringes i stand uden opsættelse, og med henblik herpå bør [Haagerkonventionen af 1980] fortsat anvendes som suppleret af bestemmelserne i denne forordning, særlig artikel 11. Retterne i den medlemsstat, som barnet ulovligt er blevet fjernet til, eller hvor barnet ulovligt tilbageholdes, bør kunne modsætte sig en tilbagegivelse i konkrete, behørigt begrundede tilfælde. En sådan

3 – EUT 2003, L 338, s. 1.

afgørelse bør dog kunne erstattes af en senere afgørelse truffet af retten i den medlemsstat, hvor barnet havde sit sædvanlige opholdssted før den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse. Indebærer sidstnævnte retsafgørelse, at barnet skal gives tilbage, skal dette ske, uden at der må kræves nogen særlig procedure for anerkendelse og fuldbyrdelse af afgørelsen i den medlemsstat, hvor det fjernede eller tilbageholdte barn befinder sig.

[…]

(21) Anerkendelsen og fuldbyrdelsen af retsafgørelser truffet i en medlemsstat bør være baseret på princippet om gensidig tillid, og grundene til ikke-anerkendelse bør begrænses til det nødvendige minimum.«

7. Artikel 42 i forordning nr. 2201/2003 henhører under afdeling 4, der har overskriften »Eksigibiliteten af visse retsafgørelser om samværsret og visse retsafgørelser om tilbagegivelse af barnet«. Denne artikel har følgende ordlyd:

»1. En eksigibel retsafgørelse om tilbagegivelse af barnet, jf. artikel 40, stk. 1, litra b), der er truffet i en medlemsstat, anerkendes i en anden medlemsstat og er eksigibel dér, uden at der kræves en afgørelse om eksigibilitet, og uden at der kan gøres indsigelse mod anerkendelsen, hvis retsafgørelsen er blevet attesteret i domsstaten i overensstemmelse med stk. 2.

Selv om en retsafgørelse, der beordrer barnet tilbagegivet, jf. artikel 11, stk. 8, i henhold til national lovgivning ikke er eksigibel som følge af loven, uanset en eventuel appel, kan retten i domsstaten erklære den for eksigibel.

2. Den dommer i domsstaten, som har truffet den i artikel 40, stk. 1, litra b), omhandlede retsafgørelse, udsteder kun den i stk. 1 omhandlede attest:

a) hvis barnet har haft mulighed for at blive hørt, medmindre en høring er fundet uhensigtsmæssig under hensyntagen til barnets alder eller modenhedsgrad

b) hvis parterne har haft mulighed for at blive hørt, og

c) hvis retten i sin afgørelse har taget hensyn til de grunde og det bevismateriale, som dannede grundlag for den retsafgørelse, der blev truffet i medfør af artikel 13 i Haagerkonventionen af 1980.

Træffer retten eller en anden myndighed foranstaltninger til at sikre beskyttelsen af barnet efter dets tilbagevenden til den medlemsstat, hvor det har sit sædvanlige opholdssted, skal attesten indeholde nærmere oplysninger om sådanne foranstaltninger.

Dommeren i domsstaten udsteder attesten af egen drift og udfærdiger den på formularen i bilag IV (retsafgørelser om tilbagegivelse af barnet).

Attesten udfærdiges på det sprog, som retsafgørelsen er affattet på.«

C. Tysk ret

8. Artikel 25 i Strafgesetzbuch (straffeloven, herefter »StGB«) bestemmer følgende:

»1) Som gerningsmand straffes den, der selv eller ved hjælp af en anden har begået den strafbare handling.

2) Såfremt flere personer begår den strafbare handling i fællesskab, straffes de alle som gerningsmænd (medgerningsmænd).«

9. StGB's § 235 bestemmer:

»1) Med fængsel i indtil fem år eller med en bøde straffes den, som fjerner eller tilbageholder

1. en person under 18 år med vold elle ved trussel om vold eller ved list, eller

2. et barn, uden at være barnets familiemedlem,

fra dets forældre, den ene af forældrene, værgen eller ad hoc-værgen.

2) Samme straf finder anvendelse på den, der fjerner eller tilbageholder et barn fra forældrene, den ene forælder, værgen eller ad hoc-værgen

1. for at bringe det til udlandet, eller

2. forhindrer forældrene, den ene forælder, værgen eller ad hoc-værgen i at have adgang til barnet i udlandet, efter at det er blevet bragt dertil eller er rejst dertil[.]

3) I de i stk. 1, nr. 2, og stk. 2, nr. 1, omhandlede tilfælde er også forsøg strafbare.

4) Der idømmes en frihedsstraf på mellem et og ti år, hvis gerningsmanden

1. ved gerningen bringer offeret i livsfare eller udsætter offeret for sundhedsmæssig overlast eller omfattende skader på den fysiske og psykiske udvikling, eller

2. begår gerningen mod betaling af penge eller med det formål at berige tredjemand.

5) Gør gerningsmanden sig ved gerningen skyldig i offerets død, idømmes frihedsstraf med ikke under tre år.

6) I mindre grove tilfælde af de i stk. 4 omhandlede forhold idømmes en frihedsstraf på mellem seks måneder og fem år, og i mindre grove tilfælde af de i stk. 5 omhandlede forhold idømmes en frihedsstraf på mellem et og ti år.

7) Fjernelse og tilbageholdelse af mindreårige retsforfølges i de i stk. 1-3 omhandlede tilfælde kun efter anmeldelse, medmindre den retsforfølgende myndighed finder, at en sådan retsforfølgelse er nødvendig henset til den særlige offentlige interesse i retshåndhævelse.«

III. De faktiske omstændigheder i hovedsagen

10. Den foreliggende sag udspringer af en straffesag anlagt i Tyskland mod ZW, der er rumænsk statsborger bosiddende i Tyskland, for international bortførelse af hendes eget barn, AW.

11. AW, der er rumænsk statsborger, har boet hos sin mor i Tyskland siden 2009. AW's forældre lever ikke sammen, og hans rumænske far er bosiddende i Rumænien. På grund af barnets adfærdsproblemer blev han efter aftale med forældrene anbragt på en børne- og ungdomsinstitution i marts 2013. Ved afgørelse truffet af en tysk domstol i 2014 blev retten til bl.a. at bestemme barnets opholdssted frataget forældrene og i stedet overdraget til en værge kaldet »Ergänzungspfleger« (herefter »ad hoc-værgen«) i forbindelse med en delvis overdragelse af forældremyndigheden kaldet »Ergänzungspflegschaft« (ad hoc-værgemål).

12. Efter at AW var flyttet tilbage til moderens bopæl som følge af flere mislykkede anbringelser på forskellige børne- og ungdomsinstitutioner, tog AW's far ham i december 2017 med til Rumænien med moderens samtykke. Han bor nu dér. Da forældrene ikke havde underrettet ad hoc-værgen, som har ret til at bestemme barnets opholdssted, indgav ad hoc-værgen en anmeldelse mod forældrene som medskyldige i forbindelse med den internationale barnebortførelse. Moderen er den sagsøgte i hovedsagen.

13. Den forelæggende ret har forklaret, at internationale barnebortførelser (i strid med ad hoc-værgens ret til at bestemme barnets opholdssted) i henhold til StGB's § 235, stk. 2, kan idømmes en frihedsstraf på op til fem år eller en bøde, uanset om barnet tilbageholdes i en anden EU-medlemsstat eller i et tredjeland. Hvis bortførelsen derimod foretages på det nationale område, kan den i henhold til StGB kun straffes, hvis den pågældende fjerner eller tilbageholder barnet med vold eller ved trussel om vold eller ved list.

14. I denne forbindelse ønsker den forelæggende ret for det første oplyst, om en straffebestemmelse som den omhandlede er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde, og om den i givet fald er forenelig med EU-retten.

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

15. På denne baggrund har Amtsgericht Heilbronn (byretten i Heilbronn, Tyskland) ved afgørelse af 11. juni 2019, indgået til Domstolen den 14. juni 2019, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal den primære og/eller sekundære EU-ret, navnlig [direktiv 2004/38], som giver unionsborgere og deres familiemedlemmer en omfattende [ret] til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, fortolkes således, at den også omfatter nationale straffebestemmelser?

2) Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende: Er fortolkningen af den primære og/eller sekundære EU-ret til hinder for anvendelsen af en national straffebestemmelse, hvorefter det er strafbart at tilbageholde et barn fra dets værge i udlandet, når bestemmelsen ikke sondrer mellem, om det drejer sig om medlemsstater i Den Europæiske Union eller tredjelande?«

16. Den tyske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. På grund af covid-19-pandemien blev det retsmøde, der var berammet til den 25. marts 2020, aflyst. I stedet blev ved afgørelse af 17. marts 2020 de spørgsmål til mundtlig besvarelse, der var sendt til parterne forud for retsmødet, ændret til spørgsmål til skriftlig besvarelse. ZW, den tyske regering og Kommissionen har efterkommet denne anmodning og besvaret disse spørgsmål inden for den af Domstolen fastsatte frist. De har derfor alle haft lejlighed til at udtale sig om alle de spørgsmål, der er rejst i forbindelse med den præjudicielle forelæggelse.

V. Bedømmelse

A. Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse

17. Den tyske regering har i sit skriftlige indlæg gjort gældende, at den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål ikke kan antages til realitetsbehandling. Ifølge den tyske regering har de forelagte spørgsmål ingen reel og direkte tilknytning til genstanden for den tvist, som den forelæggende ret skal afgøre. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

18. I denne henseende kan det indledningsvis bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at proceduren efter artikel 267 TEUF er et middel til samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af EU-retten, som er nødvendige for, at de kan afgøre de for dem verserende tvister. Inden for rammerne af dette samarbejde tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom. Det følger heraf, at der gælder en formodning for, at de spørgsmål om EU-rettens fortolkning, som den nationale ret har forelagt på baggrund af de retlige og faktiske omstændigheder, som den har ansvaret for at fastlægge – og hvis rigtighed det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve – er relevante. Domstolen kan kun afvise en anmodning fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er hypotetisk, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [4].

19. I den foreliggende sag er det ubestridt, at ZW, der er statsborger i en medlemsstat, i det foreliggende tilfælde Rumænien, og som har taget ophold i en anden medlemsstat, i det foreliggende tilfælde Tyskland, har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed. Hendes situation er følgelig omfattet af EU-rettens anvendelsesområde og i det mindste artikel 18 TEUF og 21 TEUF [5].

20. Den forelæggende ret har desuden udførligt forklaret, hvorfor den er af den opfattelse, at det for at træffe afgørelse i den tvist, der er indbragt for den, er nødvendigt at analysere, om EU-retten er til hinder for anvendelsen af en straffebestemmelse som den bestemmelse, på grundlag af hvilken sagen er indbragt for den.

21. Under disse omstændigheder er det min opfattelse, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

B. Det første spørgsmål

22. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om nationale straffebestemmelser kan være omfattet af EU-retten og navnlig direktiv 2004/38.

23. Dette spørgsmål skal besvares bekræftende. Selv om det således er korrekt, at straffelovgivningen og reglerne om behandlingen af straffesager principielt i vid udstrækning henhører under medlemsstaternes kompetence, fremgår det af Domstolens praksis, at EU-retten fastsætter grænser for medlemsstaternes kompetence på dette område. Denne kompetence for medlemsstaterne skal således udøves ikke alene under iagttagelse af de grundlæggende friheder, som EU-retten sikrer, men også under iagttagelse af EU-retten under ét, navnlig den primære EU-ret [6]. Ved anvendelsen af sådanne lovbestemmelser på det strafferetlige område må der således ikke udøves nogen forskelsbehandling over for de personer, som efter EU-retten har krav på ligebehandling, eller gøres indskrænkninger i de grundlæggende friheder, som er sikret ved EU-retten [7].

4 – Jf. i denne retning dom af 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, præmis 18-20), og af 23.1.2019, M.A. m.fl. (C-661/17, EU:C:2019:53, præmis 48-50).

5 – Jf. i denne retning dom af 13.11.2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, præmis 27).

6 – Jf. i denne retning dom af 26.2.2019, Rimšēvičs og ECB mod Letland (C-202/18 og C-238/18, EU:C:2019:139, præmis 57).

7 – Jf. i denne retning dom af 2.2.1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, præmis 19), af 24.11.1998, Bickel og Franz (C-274/96, EU:C:1998:563, præmis 17), og af 28.4.2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 53 og 54).

C. Det andet spørgsmål

24. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om EU-retten, og nærmere bestemt princippet om forbud mod forskelsbehandling og den frie bevægelighed, der er fastsat i artikel 18 TEUF og 21 TEUF og præciseret ved direktiv 2004/38, er til hinder for anvendelsen af en national straffebestemmelse, hvorefter det er strafbart at tilbageholde et barn fra dets ad hoc-værge i udlandet, når bestemmelsen ikke sondrer mellem, om det drejer sig om medlemsstater i Den Europæiske Union eller tredjelande.

25. Indledningsvis vil jeg gerne gøre det klart, at de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i hovedsagen – nemlig den omstændighed, at retten til at bestemme barnets opholdssted udøves af en tredjemand, og at straffesagen derfor potentielt er rettet mod begge forældre – ikke har nogen indflydelse på den ønskede fortolkning af EU-retten. Hvad angår betingelserne for anvendelse af straffebestemmelsen er situationen for de tiltalte således den samme.

1. Foreligger der forskelsbehandling og/eller en restriktion for retten til at færdes frit?

26. Det er for det første klart, at den omhandlede nationale lovgivning sondrer mellem den situation, der indtræffer på det nationale område, og den situation, hvor en mindreårig bliver bragt til et andet land. I sidstnævnte tilfælde er det tilstrækkeligt til at give anledning til en strafferetlig sanktion, at et barn fjernes eller tilbageholdes fra forældrene, den ene forælder, værgen eller ad hoc-værgen for at bringe det til udlandet.

27. Under disse omstændigheder er det efter min opfattelse ikke alene afgørelsen om forældreansvar, men derimod risikoen for strafforfølgning, der faktisk kan afholde en unionsborger fra at forlade den værtsmedlemsstat, hvor vedkommende er bosiddende, og vende tilbage til sin oprindelsesmedlemsstat med sit barn, når denne person ikke har ret til at bestemme barnets opholdssted. Som sådan kan denne forskelsbehandling og virkningerne heraf påvirke eller endog udgøre en restriktion for de berørte unionsborgeres ret til at færdes frit som omhandlet i artikel 21 TEUF[8].

28. Ifølge fast retspraksis er en sådan restriktion kun berettiget, såfremt den er begrundet i objektive hensyn og står i rimeligt forhold til det formål, der lovligt forfølges med den nationale lovgivning[9]. For fuldstændighedens skyld – og eftersom Kommissionen har støttet sig på dette argument – foreslår jeg dog først at undersøge, om den omhandlede foranstaltning kan begrundes i hensynet til den offentlige orden på grundlag af undtagelsen i artikel 27 i direktiv 2004/38.

2. Artikel 27 i direktiv 2004/38 og undtagelsen begrundet i den offentlige orden

29. Artikel 27 i direktiv 2004/38 gør det muligt for medlemsstaterne at begrænse den frie bevægelighed og ophold for en unionsborger eller et familiemedlem uanset nationalitet af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. Uanset om bekæmpelsen af barnebortførelser, der ligger til grund for den i hovedsagen omhandlede nationale bestemmelse, kan anses for et hensyn til den offentlige orden, mener jeg ikke, at en national bestemmelse som den omhandlede er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 27 i direktiv 2004/38.

30. Både en kontekstuel og en teleologisk fortolkning bekræfter således, at anvendelsesområdet for artikel 27 i direktiv 2004/38 på den ene side er begrænset til begrænsninger i retten til indrejse i snæver forstand og på den anden side til udsendelsesforanstaltninger.

8 – Jf. i denne retning dom af 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, præmis 32 og 33), af 13.11.2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, præmis 28 og 30), og af 13.6.2019, TopFit og Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, præmis 44 og 47).

9 – Jf. i denne retning dom af 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, præmis 34), af 13.11.2018, Raugevicius (C-247/17, EU:C:2018:898, præmis 31), og af 13.6.2019, TopFit og Biffi (C-22/18, EU:C:2019:497, præmis 48).

31. Med hensyn til den kontekstuelle fortolkning, dvs. den normative sammenhæng, som bestemmelsen indgår i, bemærkes, at artikel 27 i direktiv 2004/38 er den første bestemmelse i direktivets kapitel VI, der har overskriften »*Begrænsninger i retten til indrejse og ophold* af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed« [10]. Endvidere har artikel 27 selv overskriften »Generelle principper«, hvilket betyder, at disse principper præciseres i de efterfølgende bestemmelser. Alle disse bestemmelser i kapitel VI vedrører imidlertid kun beskyttelse mod udsendelse (artikel 28 – beskyttelse mod udsendelse, artikel 32 – varigheden af et indrejseforbud, og artikel 33 – udsendelse som straf eller retlig følgevirkning), de typer af sygdomme, der kan forhindre indrejse på en medlemsstats område eller begrunde udsendelse (artikel 29), og proceduremæssige garantier mod enhver afgørelse truffet på grundlag af direktivets artikel 27 (artikel 30 – meddelelse af afgørelser, og artikel 31 – proceduremæssige garantier). De fleste af disse processuelle bestemmelser – hvis ikke alle – vedrører udtrykkeligt kun udsendelsesafgørelser.

32. For så vidt angår spørgsmålet om en teleologisk fortolkning er 22.-27. betragtning til direktiv 2004/38 særligt oplysende. For det første indeholder 22. betragtning – efter at der er henvist til, at der ifølge traktaten kan indføres begrænsninger i udøvelsen af retten til fri bevægelighed og ophold af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed – følgende udsagn: »For at præcisere de betingelser og proceduremæssige garantier, der gælder for afgørelser om *nægtelse af indrejse eller udsendelse* af unionsborgere og deres familiemedlemmer, bør dette direktiv erstatte Rådets direktiv 64/221/EØF af 25. februar 1964 om samordning af de særlige foranstaltninger, som gælder for udlændinge med hensyn til indrejse og ophold, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed« [11], som faktisk kun vedrørte udsendelse. For det andet henviser alle de øvrige betragtninger til kapitel VI i direktiv 2004/38 kun til udsendelse (23., 24. og 27. betragtning) eller til nægtelse af indrejse i en anden medlemsstat (25. og 26. betragtning).

33. På baggrund af ovenstående betragtninger er det derfor min opfattelse, at en bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, der hverken forbyder en unionsborger indrejse i en anden medlemsstat eller anordner dennes udsendelse, men som »alene« resulterer i, at den pågældendes ret til at færdes frit påvirkes eller begrænses, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 27 i direktiv 2004/38. Med andre ord kan kun nægtelse af indrejse eller udsendelse (og foranstaltninger, der udgør *direkte forskelsbehandling*) begrundes i en af de tre i traktaten udtrykkeligt fastsatte undtagelser, som derefter specifikt er fastsat i kapitel VI i direktiv 2004/38 [12].

34. Hvis Domstolen ikke skulle følge denne fortolkning af artikel 27 i direktiv 2004/38, vil den efter min opfattelse under alle omstændigheder skulle fastslå, at en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede ikke opfylder kravene i dette direktiv. Ifølge Domstolens faste praksis fremgår det nemlig udtrykkeligt af artikel 27, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/38, at begrundelser, »som har *generel præventiv karakter*, ikke må anvendes« [13].

35. Efter min opfattelse udgør den i hovedsagen omhandlede nationale lovbestemmelse en generalpræventiv foranstaltning. Den tyske regering har således i sit skriftlige indlæg selv forklaret, at StGB's § 235, stk. 2, *præventivt* bidrager til at sikre princippet om, at forældremyndigheden generelt skal udøves på barnets oprindelige sædvanlige opholdssted [14]. I denne forbindelse er det klart, at den omhandlede nationale bestemmelse er en almengyldig retsakt, der finder anvendelse på objektivt

10 – Min fremhævelse.

11 – EFT 1963-1964, s. 109. Senest ændret ved Rådets direktiv 75/35/EØF af 17.12.1974 (EFT 1975, L 14, s. 14). Min fremhævelse.

12 – Jf. i denne retning C. Barnard og S. Peers, *European Union Law*, 2. udg., Oxford University Press, 2017, s. 402 og 403.

13 – Min fremhævelse. Jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, præmis 24), af 17.11.2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, præmis 34), og af 4.10.2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, præmis 41).

14 – Punkt 76 i den tyske regerings skriftlige indlæg. I overensstemmelse med dette første mål har den tyske regering ligeledes påberåbt sig formålet om at sikre, at en barnebortførelse ikke berører kompetencen for retten på det sted, hvor barnet har sit sædvanlige opholdssted.

bestemte situationer og skaber virkninger for generelt og abstrakt fastlagte persongrupper, med henblik på at afskrække dem fra adfærd, der anses for at være i strid med samfundets og navnlig børns interesser. Denne bestemmelse udgør som sådan en generalpræventiv foranstaltning og kan derfor ikke være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 27 i direktiv 2004/38.

36. Naturligvis kan en restriktion for retten til at færdes frit imidlertid være berettiget, såfremt den er begrundet i objektive hensyn og står i rimeligt forhold til det formål, der lovligt forfølges med den nationale lovgivning [15]. Det er dette spørgsmål, som vi nu kan behandle.

3. Spørgsmålet, om der foreligger objektive hensyn, der kan begrunde restriktionen og proportionaliteten af den omhandlede nationale bestemmelse

37. Som tidligere anført har den tyske regering gjort gældende, at dens lovgivning er begrundet i ønsket om at sikre, at forældremyndigheden generelt udøves på barnets oprindelige sædvanlige opholdssted. Den tyske regering har desuden anført, at lovgivningen i bredere forstand har til formål at beskytte såvel retten til forældremyndighed som børns rettigheder [16]. Kommissionen deler dette synspunkt og har forklaret, at formålet med den omhandlede foranstaltning er at forhindre internationale barnebortførelser og i sidste ende i givet fald gøre dem strafbare; et mål, der er legitimt og derfor kan begrundes i hensynet til den offentlige orden.

38. Da disse formål er uløseligt forbundet med barnets grundlæggende rettigheder, skal de efter min opfattelse anses for legitime formål set ud fra en EU-retlig synsvinkel [17].

39. Som Domstolen nemlig allerede har fastslået, er en af børns grundlæggende rettigheder som fastsat i artikel 24, stk. 3, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) regelmæssigt at have personlig forbindelse og direkte kontakt med begge sine forældre, og overholdelsen heraf er utvivlsomt bestemt af det overvejende hensyn til barnets bedste. Det bemærkes herved, at en ulovlig fjernelse af barnet som følge af en beslutning, som ensidigt er truffet af den ene af dets forældre, oftest fratager barnet muligheden for regelmæssigt at have personlig forbindelse og direkte kontakt med den anden forælder [18].

40. I overensstemmelse med disse betragtninger bemærkes endvidere, at Haagerkonventionen af 1980, der efterfølgende blev suppleret af forordning nr. 2201/2003, ligeledes blev vedtaget især i betragtning af, at hensynet til, hvad der er bedst for barnet, er af største vigtighed ved spørgsmål om forældremyndighed. Det er derfor nødvendigt at beskytte børn mod de skadelige virkninger af ulovlig grænseoverskridende bortførelse eller tilbageholdelse og at etablere fremgangsmåder for at sikre, at børnene umiddelbart tilbagegives til den stat, hvor de har bopæl, samt at sikre beskyttelse af samværsret [19].

41. Under disse omstændigheder forfølger en national lovgivning, der bl.a. har til formål at forhindre ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af børn, utvivlsomt et legitimt formål i henhold til EU-retten.

42. Restriktive foranstaltninger for en grundlæggende frihed som den, der følger af artikel 21 TEUF, kan imidlertid kun begrundes i objektive hensyn, hvis de er nødvendige for at beskytte de interesser, som de skal sikre, og kun såfremt disse mål ikke kan nås ved mindre indgribende foranstaltninger [20].

15 – Jf. den i fodnote 9 nævnte retspraksis.

16 – Punkt 75 og 76 i den tyske regerings skriftlige indlæg.

17 – Nogle har endog mere generelt gjort gældende, at alt, der har at gøre med beskyttelsen af familien, udgør et legitimt formål (jf. i denne retning S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Bruxelles, 2017, nr. 258, s. 260).

18 – Jf. i denne retning dom af 23.12.2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, præmis 54 og 56).

19 – Jf. i denne retning dom af 11.7.2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, præmis 48, 51 og 53).

20 – Jf. i denne retning dom af 6.9.2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, præmis 38).

43. I denne forbindelse er jeg oprigtig talt i tvivl om, hvorvidt en foranstaltning som den i hovedsagen omhandlede lovgivning kan anses for objektivt nødvendig. Selv om denne foranstaltning blev vedtaget for at sikre det erklærede formål om at imødegå tilfælde af ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse, er det bemærkelsesværdigt, at tilsvarende adfærd, der finder sted på det nationale område, ikke straffes på samme måde. På den anden side vedtog EU-lovgiver som nævnt selv forordning nr. 2201/2003 med henblik på at modvirke barnebortførelser mellem medlemsstaterne og i tilfælde af bortførelse at opnå, at tilbagegivelsen af barnet sker uden opsættelse [21]. Endvidere fastsætter denne forordning, der blev vedtaget på grundlag af den betragtning, at hensynet til barnets bedste skal have forrang [22], princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser afsagt i medlemsstaterne. Dette princip er i sig selv, som det fremgår af 21. betragtning til forordning nr. 2201/2003, baseret på princippet om gensidig tillid mellem medlemsstaterne [23].

44. Det er naturligvis nu klart fastslået, at dette princip om gensidig tillid mellem medlemsstaterne er af grundlæggende betydning i EU-retten, idet det muliggør oprettelsen og bevarelsen af et område uden indre grænser. Det følger af fast retspraksis, at for så vidt angår bl.a. et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed pålægger dette princip imidlertid hver af medlemsstaterne at lægge til grund, medmindre der er tale om helt særlige omstændigheder, at samtlige andre medlemsstater overholder EU-retten og navnlig de i denne ret anerkendte grundlæggende rettigheder [24]. Endvidere er det med hensyn til forordning nr. 2201/2003 absolut værd at minde om, at Domstolen selv har fremhævet, at det samarbejde og den gensidige tillid mellem retterne, som forordningen er baseret på, skal føre til gensidig anerkendelse af retsafgørelser, hvilket er *hjørnestenen* i oprettelsen af et egentligt retsområde [25].

45. Det er klart, at den internationale karakter af sager som den i hovedsagen omhandlede oftere kan medføre vanskeligheder, der bl.a. er forbundet med den sproglige mangfoldighed i forbindelse med procedurerne eller med afstanden, men ligeledes med det specifikke behov for at opnå attestering af retsafgørelsen om tilbagegivelse af et barn i henhold til artikel 42 i forordning nr. 2201/2003. Selv om disse vanskeligheder ikke bør undervurderes, må princippet om gensidig tillid ikke bringes i fare under påberåbelse af sådanne praktiske vanskeligheder, da den effektive virkning af de instrumenter, der er baseret på dette princip, ligeledes ville blive undermineret. Netop dette ville imidlertid ske, hvis en medlemsstat havde mulighed for på denne måde at sondre mellem på den ene side barnebortførelser, der finder sted i denne medlemsstat, og på den anden side barnebortførelser, der involverer en anden medlemsstat.

46. Under disse omstændigheder er en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede efter min opfattelse ikke nødvendig for at nå det mål, der forfølges hermed, når den ulovlige fjernelse eller tilbageholdelse finder sted i en anden medlemsstat og ikke i et tredjeland.

47. Den ret, som behandler sagen, har derfor pligt til at undlade at anvende den nationale lovgivning, som er i strid med EU-retten, da det er klart, at bestemmelserne i artikel 21 TEUF har direkte virkning [26] og derfor kan påberåbes af en borger over for en medlemsstat [27].

21 – Jf. i denne retning 17. betragtning til forordning nr. 2201/2003. Jf. ligeledes dom af 11.7.2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, præmis 52), og af 23.12.2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, præmis 49).

22 – Jf. i denne retning dom af 11.7.2008, Rinau (C-195/08 PPU, EU:C:2008:406, præmis 51).

23 – Jf. i denne retning dom af 23.12.2009, Detiček (C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, præmis 45).

24 – Jf. i denne retning udtalelse 2/13 (Unionens tiltrædelse af EMRK) af 18.12.2014 (EU:C:2014:2454, præmis 191), samt dom af 25.7.2018, Minister for Justice and Equality (Mangler ved domstolssystemet) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, præmis 36), og af 19.3.2019, Jawo (C-163/17, EU:C:2019:218, præmis 81).

25 – Jf. i denne retning dom af 16.1.2019, Liberato (C-386/17, EU:C:2019:24, præmis 41).

26 – Jf. vedrørende den direkte virkning af den frie bevægelighed dom af 4.12.1974, Van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, præmis 7), og af 17.9.2002, Baumbast og R (C-413/99, EU:C:2002:493, præmis 84 og 86).

27 – Jf. i denne retning dom af 24.6.2019, Popławski (C-573/17, EU:C:2019:530, præmis 61).

4. Subsidiært: analyse af proportionaliteten i snæver forstand

48. Såfremt Domstolen ikke er enig i denne analyse og er af den opfattelse, at den omhandlede nationale lovgivning er nødvendig for at nå det mål, der forfølges med foranstaltningen, vil det stadig skulle undersøges, om dette mål kan nås ved mindre indgribende foranstaltninger.

49. Hvad angår dette spørgsmål er det min opfattelse, at den automatiske idømmelse af fængselsstraf eller bøde i tilfælde af, at et barn bringes til udlandet eller tilbageholdes dér, uden at indehaveren eller indehaverne af forældremyndigheden underrettes, ville være uforenelig med proportionalitetsprincippet.

50. I henhold til chartrets artikel 49, stk. 3, skal straffens omfang nemlig stå i rimeligt forhold til overtrædelsen. Som generaladvokat Bobek har forklaret i sag Link Logistik N&N (C-384/17, EU:C:2018:494), har forholdsmæssigheden af strafferetlige sanktioner to niveauer. For det første skal den pålagte sanktion stå i rimeligt forhold til overtrædelsens grovhed. For det andet skal der ved fastsættelsen af en sanktion tages hensyn til de individuelle omstændigheder i hver sag [28]. Dette er grunden til, at gennemførelsen af en proportionalitetsprøvelse forudsætter en *konkret* vurdering af hvert forholds særlige omstændigheder [29].

51. For at overholde dette princip skal den relevante nationale lovgivning derfor give mulighed for en individuel prøvelse af den situation, hvori de omhandlede faktiske omstændigheder fandt sted [30].

52. I sine svar på Domstolens spørgsmål har den tyske regering anført, at idømmelsen af en fængselsstraf eller en bøde ikke sker automatisk, og at der i forbindelse med domfældelsen kan tages hensyn til de specifikke omstændigheder i den enkelte sag. I mangel af oplysninger i denne henseende i anmodningen om præjudiciel afgørelse tilkommer det imidlertid den nationale ret at undersøge, om anvendelsen af StGB's § 235 er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, for så vidt som den nationale ret kan tage hensyn til de specifikke og individuelle omstændigheder i den enkelte sag, inden der faktisk idømmes en straffedom – hvad enten det er en fængselsstraf eller en bøde [31].

53. Med henblik herpå kan den nationale ret tage hensyn til forskellige faktorer, såsom den tiltalte forælders personlige adfærd, forholdet mellem de to forældre, om og med hvilket udfald de mekanismer, der er fastsat i forordning nr. 2201/2003, er blevet anvendt, og i givet fald barnets eget synspunkt, da chartrets artikel 24, stk. 1, bestemmer, at der skal tages hensyn til de involverede børns synspunkter i forhold, der vedrører dem, i overensstemmelse med deres alder og modenhed.

54. Hvis national ret ikke gav mulighed for en sådan individuel prøvelse, ville den ret, som behandler sagen, derfor have pligt til at undlade at anvende den nationale lovgivning, som er i strid med EU-retten.

28 – Punkt 42.

29 – Jf. i denne retning i forbindelse med den europæiske arrestordre generaladvokat Bots forslag til afgørelse Bob-Dogi (C-241/15, EU:C:2016:131, punkt 93).

30 – Jf. i denne retning dom af 12.3.2019, Tjebbes m.fl. (C-221/17, EU:C:2019:189, præmis 41).

31 – Jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, præmis 28), og af 12.3.2019, Tjebbes m.fl. (C-221/17, EU:C:2019:189, præmis 40).

VI. Forslag til afgørelse

55. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg derfor, at Domstolen besvarer de af Amtsgericht Heilbronn (byretten i Heilbronn, Tyskland) forelagte spørgsmål således:

»1) Medlemsstaterne skal udøve deres kompetence ikke alene under iagttagelse af de grundlæggende friheder, som EU-retten sikrer, men også under iagttagelse af EU-retten under ét, navnlig den primære EU-ret. Følgelig skal artikel 18 TEUF og 21 TEUF fortolkes således, at der ved anvendelsen af nationale straffebestemmelser således ikke må udøves nogen forskelsbehandling over for de personer, som efter EU-retten har krav på ligebehandling, eller gøres indskrænkninger i de grundlæggende friheder, som er sikret ved EU-retten.

2) Artikel 18 TEUF og 21 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der fastsætter forskellige straffe for ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af et barn, alt efter om situationen opstår på det nationale område eller på en anden EU-medlemsstats område, der i den forbindelse behandles som et tredjeland.

   Subsidiært skal artikel 18 TEUF og 21 TEUF, sammenholdt med artikel 24 og artikel 49, stk. 3, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, fortolkes således, at de ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der fastsætter forskellige straffe for ulovlig fjernelse eller tilbageholdelse af et barn, alt efter om situationen opstår på det nationale område eller på en anden EU-medlemsstats område, for så vidt som de nationale retter kan foretage en individuel prøvelse af den situation, hvori de omhandlede faktiske omstændigheder fandt sted.

   Inden for rammerne af denne prøvelse kan retterne bl.a. tage hensyn til den tiltalte forælders personlige adfærd, forholdet mellem de to forældre, om de mekanismer, der er fastsat 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, er blevet anvendt, og i givet fald barnets eget synspunkt.«