

- sten', uitgezonderd in artikel 2 lid 2 onder j) Dienstenrichtlijn (alook artikel 2 lid 2 onder f) diensten van de gezondheidszorg), is aan de orde geweest in het arrest *Femarbel* (HvJ EU 11 juli 2013, C-57/12, ECLI:EU:C:2013:517).
- 11 *Cali Apartments*, r.o. 37.
- 12 *Cali Apartments*, r.o. 38-39.
- 13 Concl. *Cali Apartments*, par. 39.
- 14 HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Visser Vastgoed*).
- 15 *Cali Apartments*, r.o. 42 en 44.
- 16 Concl. *Cali Apartments*, par. 45-63.
- 17 Concl. *Cali Apartments*, par. 61.
- 18 Concl. *Cali Apartments*, par. 62.
- 19 *Cali Apartments*, r.o. 56; HvJ EU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44, r.o. 114 (*Visser Vastgoed*), zie daarover bijvoorbeeld: M.R. Botman 'Dienstenrichtlijn 2.0: bestemming bereikt? Een analyse van het arrest Visser Vastgoed/Appingedam', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2018, afl. 1, par. 4; HvJ EU 4 juli 2019, C-393/17, ECLI:EU:C:2019:563, r.o. 24 (*Kirschstein*).
- 20 *Cali Appartement*, r.o. 46-52; artikel 4 punt 6 Richtlijn 2006/123/EG.
- 21 Artikel 9 en 10 Richtlijn 2006/123/EG.
- 22 Zie voor een uitgebreide bespreking van de vraag op welke regeling (nationaal of gemeentelijk) welk artikel van de Dienstenrichtlijn van toepassing is, concl. *Cali Apartments*, par. 73-85.
- 23 HvJ EG 1 oktober 2009, C-567/07, ECLI:EU:C:2009:593, r.o. 29-30 (*Woningstichting Sint Servatius*); HvJ EU 8 mei 2013, C-197/11 en C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, r.o. 50-52 (*Libert e.a.*).
- 24 Zoals ook blijkt uit een door de Franse regering uitgevoerde studie, *Cali Apartments*, r.o. 69.
- 25 *Cali Apartments*, r.o. 75.
- 26 *Cali Apartments*, r.o. 75, zie ook r.o. 73 waarin gesproken wordt over verstoring van de woninghuurmarkt door toename van herhaalde kortstondige verhuur zonder dat een verband wordt gelegd met speculatie of stijgende prijzen.
- 27 Geschiktheid van de maatregel wordt door het Hof slechts zeer summier genoemd, en enkel in relatie tot de evenredigheids-toetsing onder artikel 10 Dienstenrichtlijn, *Cali Apartments*, r.o. 82.
- 28 *Cali Apartments*, r.o. 70-72.
- 29 *Cali Apartments*, r.o. 74.
- 30 De op dat moment geldende Huisvestingswet en de Huisvestingsverordening Amsterdam zijn opgenomen als bijlage bij de uitspraak van de Raad van State van 29 januari 2020, ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:261, bijlage.
- 31 Concl. *Cali Apartments*, r.o. 119.
- 32 *Cali Apartments*, r.o. 76.
- 33 *Cali Apartments*, r.o. 77.
- 34 *Cali Apartments*, r.o. 80.
- 35 *Cali Apartments*, r.o. 84-85.
- 36 *Cali Apartments*, r.o. 90.
- 37 *Cali Apartments*, r.o. 83-84; zie ook concl. *Cali Apartments*, par. 112.
- 38 *Cali Apartments*, r.o. 90.
- 39 *Cali Apartments*, r.o. 91.
- 40 *Cali Apartments*, r.o. 92.
- 41 *Cali Apartments*, r.o. 13.
- 42 *Cali Apartments*, r.o. 95 en 100.
- 43 Het Hof geeft enkel aan niet in te hoeven gaan op de vraag of het vergunningstelsel geen discriminerende werking heeft, *Cali Apartments*, r.o. 63-64. De A-G bespreekt het discriminatieverbod enkel in het licht van de vraag of dit meer omhelst dan dis-

- criminatie naar nationaliteit, concl. *Cali Apartments*, par. 95, 120 en 131.
- 44 *Cali Apartments*, r.o. 15.
- 45 Concl. *Cali Apartments*, par. 95.
- 46 Concl. *Cali Apartments*, par. 62.
- 47 Zie ook: Barnard 2019, p. 457-459; C. Barnard & J. Snell, 'Free movement of legal persons and the provision of services', in: C. Barnard & S. Peers (red.), *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2020, p. 434; *Handboek voor de Implementatie van de Dienstenrichtlijn*, p. 26.
- 48 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, r.o. 37 (*Gebhard*); Van de Gronden geeft aan dat artikel 9 weinig nieuws brengt ten opzichte van de wijze waarop schendingen van de vrijheid van vestiging kunnen worden gerechtvaardigd: Van de Gronden 2010, p. 69-79, par. 3.4. Barnard geeft ook aan dat artikel 9 niets anders behelst dan de klassieke wijze van behandeling als onder het VWEU, Barnard 2019, p. 457-459. Zo ook: T. Rentrop 'The Services Directive: What is Actually New?' *Eipascopie* 2007, afl. 2, p. 19.
- 49 Simon Tans is universitair docent internationaal en Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

151 Europees burgerschap, vrij verkeer en strafbaarheidsstelling van kinderonvoering

Zaak C-454/19, ZW

Arrest van 19 november 2020 (Vierde kamer), ECLI:EU:C:2020:947; conclusie van A-G G. Hogan van 4 juni 2020, ECLI:EU:C:2020:430

Prejudiciële verwijzing – Burgerschap van de Unie – Artikel 21 VWEU – Recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten – Straffbaarstelling die specifiek betrekking heeft op de internationale ontvoering van minderjarigen – Beperking – Rechtvaardiging – Bescherming van het kind – Evenredigheid

Feiten en prejudiciële vragen

De Roemeense ZW is de moeder van een minderjarig Roemeens kind, AW, die in Roemenië geboren is. Na de echtscheiding tussen ZW en de vader van het kind, hebben beide ouders volgens het Roemeens recht het gezamenlijk, ouderlijk gezag over het kind. In 2009 is ZW van Roemenië naar Duitsland verhuisd, haar kind heeft zich later bij haar gevoegd in Duitsland. Vier jaar later is AW in een jeugdinstelling geplaatst vanwege gedragsproblemen, beide ouders hebben met deze plaatsing ingestemd. In 2014 onttrekt de Duitse rechtbank de ouders het recht om de verblijfplaats van AW te bepalen en vindt een gedeeltelijke overdracht van het gezag plaats aan de gezinsvoogd. Na verschillende mislukte plaatsingen in jeugdinstellingen is het minderja-

rige kind in 2017 weer bij ZW gaan wonen, met toestemming van de gezinsvoogd. Jeugdzorg heeft daarop verzocht om het ouderlijk gezag weer over te dragen aan ZW, maar dit is nog niet gebeurd. Uit de zaak blijkt niet waarom dit verzoek niet behandeld is. In datzelfde jaar heeft de vader het kind meegenomen naar Roemenië, met toestemming van ZW. Het kind verblijft sinds die tijd met de vader in Roemenië. Het is onduidelijk of ZW toestemming heeft verleend voor duurzaam verblijf in Roemenië van het kind of dat zij deze toestemming alleen voor een vakantieperiode heeft gegeven. Jeugdzorg, noch de gezinsvoogd was op de hoogte van de verhuizing van het kind naar Roemenië. De gezinsvoogd heeft een klacht tegen beide ouders ingediend, waarna een strafrechtelijke procedure tegen ZW is gestart wegens medeplegen van internationale kinderonvoering, dat volgens Duits recht strafbaar is met een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar of een geldboete. De verwijzende rechter vraagt zich af of de Duitse strafbaarheidsstelling van kinderonvoering een ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen EU-burgers met de Duitse nationaliteit en EU-burgers met de nationaliteit van een van de andere lidstaten. Deze vraag komt voort uit het feit dat de Duitse wet bepaalt dat binnenlandse ontvoeringen van kinderen door familieleden strafbaar zijn wanneer er sprake is van geweld, bedreiging met een ernstig kwaad of een list, terwijl voor buitenlandse kinderonvoeringen (inbegrepen de EU), ook zonder deze verzwarende omstandigheden dezelfde strafbaarheid en strafmaat wordt opgelegd. De nationale rechter stelt daarop twee vragen aan het Hof van Justitie. In de eerste plaats wil de Duitse rechter weten of Richtlijn 2004/38/EG¹ en het vrije verkeer van EU-burgers van toepassing is op nationale strafrechtelijke bepalingen. In de tweede plaats verzoekt de Duitse rechter het Hof om uitleg over het verschil in strafbaarheidsstelling van binnenlandse en buitenlandse kinderonvoeringen in het licht van het vrij verkeer van EU-burgerschap en het verbod op discriminatie van EU-burgers, omdat de rechter zich afvraagt of er sprake is van een ongerechtvaardigde beperking van het vrije verkeer.

Beantwoording door het Hof

Volgens de Duitse regering zou de prejudiciële verwijzing niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, omdat ZW zelf het Duitse grondgebied niet heeft verlaten. Het Hof van Justitie is daar terecht duidelijk over: het

feit dat ZW in het verleden haar vrij verkeer heeft uitgeoefend om van Roemenië naar Duitsland te verhuizen is voldoende om de zaak onder de werkingssfeer van het EU-recht te brengen. Gezien de uitgebreide jurisprudentie op dit punt is dit geen verrassende uitspraak van het Hof van Justitie. Zo oordeelde het Hof in *Grzelczyk* al dat wanneer een EU-burger gebruikmaakt van zijn vrijverkeersrecht, dit binnen de werkingssfeer van het EU-recht valt.²

De nationale rechter heeft in de eerste plaats gevraagd aan het Hof of het EU-recht wel van toepassing is op nationale strafrechtelijke bepalingen. Het Hof overweegt ten aanzien van die vraag dat het nationale strafrecht tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, maar dat zij bij het uitoefenen van die bevoegdheid het EU-recht moeten respecteren. Het vrije verkeer van EU-burgers en het recht op gelijke behandeling van EU-burgers mag niet zonder een rechtvaardigingsgrond door nationale strafrechtelijke bepalingen worden beperkt. Het Hof verwijst daarbij naar het arrest *Cowan*, waarin een toerist in de Franse metro werd aangevallen, maar volgens Frans recht geen schadevergoeding kon claimen, terwijl Franse onderdanen dat wel konden.³ In die zaak oordeelde het Hof al dat nationale strafrechtelijke bepalingen onder het EU-recht kunnen vallen en moeten voldoen aan de vrijverkeersbepalingen.

Het Hof gaat vervolgens in op de vraag of het verschil in strafbaarheidsstelling tussen kindervoering binnen Duitsland of naar het buitenland een beperking van het vrije verkeer van EU-burgers vormt. Het Hof overweegt daarover dat er sprake is van 'een ongelijke behandeling waardoor de vrijheid van verkeer van de Unieburgers in de zin van artikel 21 VWEU kan worden beïnvloed of zelfs beperkt'.⁴ Het betreft hier indirecte discriminatie, zo overweegt het Hof expliciet in par. 34 van het arrest:

'Aangezien de specifieke strafbaarstelling in § 235, lid 2, punt 2, StGB betrekking heeft op het geval van een kind dat in een andere lidstaat dan de Bondsrepubliek Duitsland wordt vastgehouden, raakt zij in feite hoofdzakelijk burgers van de Unie die onderaan zijn van andere lidstaten en gebruik hebben gemaakt van hun vrijheid van verkeer en verblijf in Duitsland wonen.'⁵ Na deze vaststelling gaat het Hof in op de mogelijke rechtvaardiging van de beperking die de ongelijke behandeling oplevert. De Duitse regering heeft in dat kader betoogd dat het verschil in de strafbaarheidsstelling is ingegeven door het belang om het kind te

beschermen. Uit de toelichting van de Duitse regering blijkt dat het verschil is ingevoerd omdat bij internationale kindervoering het moeilijk(er) kan zijn om het betreffende kind weer terug te brengen naar Duitsland, wanneer het gaat om een staat 'die tot een ander cultureel gebied behoort (Staat eines anderen Kulturkreises)'.⁶ Het Hof erkent dat de bescherming van het kind een hoger belang is dat een rechtvaardiging kan vormen voor een beperking van het vrije verkeer van EU-burgers. Lidstaten komt daarbij een bepaalde beoordelingsmarge toe. De rechtvaardiging moet echter voldoen aan de evenredigheidstoets. Het Hof overweegt daarover dat het feit dat er een verschil bestaat tussen het vasthouden van een kind op het grondgebied van Duitsland en het vasthouden van een kind buiten Duitsland, verder gaat dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken. Het doel, ouders afschrikken om hun kind te ontvoeren naar het buitenland en daarmee kindervoering te voorkomen, richt zich immers alleen op internationale kindervoering en niet op kindervoering in het algemeen. Bovendien schaaft de Duitse wetgever een ontvoering naar lidstaten in dezelfde categorie als naar derde landen, hetgeen tegen de geest en de regels van het erkennen van rechterlijke uitspraken op basis van Verordening (EG) 2201/2003 (Brussel II-bis) is.⁶ Wederzijds vertrouwen tussen lidstaten betekent immers dat 'elk van de lidstaten, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ervan uitgaat dat alle andere lidstaten het EU-recht en met name de door dat recht erkende grondrechten in acht nemen'.⁷ Daarom oordeelt het Hof van Justitie dat het verschil tussen binnenlandse en buitenlandse kindervoering in de Duitse strafrechtelijke bepalingen in strijd is met het vrije verkeer van EU-burgers, omdat de maatregel verder gaat dan noodzakelijk is.

Commentaar

Europees burgerschap en vrij verkeer
Al sinds het arrest *Martinez Sala* in mei 1981 is het vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat een EU-burger die legaal verblijft op het grondgebied van een andere lidstaat dan haar/zijn nationaliteit het recht heeft op gelijke behandeling op grond van nationaliteit.⁸ Ten aanzien van sociale voordelen zijn daar overigens uitzonderingen op.⁹ Het is eveneens vaste rechtspraak dat iedere belemmering van het vrije verkeer van EU-burgers, ook wanneer er geen sprake is van discriminatie, gerechtvaardigd moet worden. Artikel 21 VWEU is in de rechtspraak van

het Hof van Justitie breed uitgelegd. Zo bepaalde het Hof eerder in de zaak *Schempp* bijvoorbeeld dat de EU-burger die het nadeel ondervindt van de grensoverschrijdende situatie niet per definitie degene hoeft te zijn die gebruik heeft gemaakt van zijn vrije verkeer.¹⁰ Die zaak betrof een EU-burger wiens ex-echtgenote naar een andere lidstaat vertrok, hetgeen consequenties had voor de hoogte van de alimentatie die hij moest betalen. In het licht van deze jurisprudentie is het niet verwonderlijk dat het Hof van Justitie tot het oordeel komt dat door het verschil in behandeling van binnenlandse en buitenlandse kindervoeringen het vrije verkeer van EU-burgers beperkt wordt. Hoewel er geen sprake is van directe discriminatie op grond van nationaliteit zou je kunnen betogen dat er sprake is van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit. Het effect van de maatregel is dat de meeste kindervoeringen waar Duitse onderdanen bij betrokken zijn binnen Duitsland zullen plaatsvinden, terwijl, zoals *in casu*, een kindervoering naar een andere lidstaat meestal – maar niet altijd – door een familielid met de nationaliteit van een van de andere EU-lidstaten zal plaatsvinden. Dat het EU-burgerschap ook raakt aan nationale strafrechtelijke bepalingen is eveneens onderwerp van eerdere jurisprudentie, de zaak *Cowan* en de zaak *Petruhhin* zijn daarvan voorbeelden.¹¹ De vraag van de Duitse rechter of het EU-burgerschap ook van toepassing is op nationaal strafrecht is onzes inziens dan ook een onnodige vraag, die het Hof van Justitie overigens helder en bondig beantwoordt.

In de beoordeling van de rechtvaardigingsgrond benoemt het Hof nog expliciet dat het gaat om een rechtvaardigingsgrond die een grondrecht waarborgt, zoals we dat ook kennen uit andere vrijverkeerszaken, zoals de zaak *Schmidberger*.¹² Het Hof refereert in de zaak *ZW* expliciet aan 'de grondrechten van het kind, zoals die in artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zijn erkend'.¹³ In de rechtspraak van het Hof van Justitie over EU-burgerschap hebben we gezien dat artikel 24 Handvest een steeds grotere rol is gaan spelen, zo verwees het Hof in de zaken *Chavez-Vilchez* en de zaak *Tjebbes* ook naar artikel 24 Handvest en het belang van het kind.¹⁴ Het is interessant om op te merken dat de Europese Commissie in deze zaak in haar opmerkingen is ingegaan op de toepassing van artikel 27 Richtlijn 2004/38/EG. Om die reden gaat ook advocaat-generaal (A-G) Hogan in op artikel 27

van de richtlijn. Artikel 27 Richtlijn 2004/38/EG bepaalt dat het verblijfsrecht van EU-burgers in een andere lidstaat mag worden beperkt of geweigerd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. Hogan overweegt daarbij dat de richtlijn beperkingen van het inreisrecht en het verblijfsrecht van EU-burgers in een andere lidstaat dan hun nationaliteit betreft. De A-G analyseert vervolgens de reikwijdte van artikel 27 en overweegt dat het *in casu* een maatregel betreft 'die veeleer "louter" tot gevolg heeft' dat de 'vrijheid van verkeer wordt beïnvloed of beperkt'.¹⁵ De A-G overweegt vervolgens dat artikel 27 Richtlijn 2004/38/EG van toepassing is op maatregelen die 'alleen de weigering van toegang of de verwijdering [betreffen] (en maatregelen die *rechtstreeks discriminerend* zijn)'.¹⁶ Het Hof gaat in zijn arrest niet in op de werkingssfeer van artikel 27 van de richtlijn, maar bespreekt meteen de rechtvaardigingsgrond van artikel 21 VWEU, gebaseerd op het Verdrag in plaats van de richtlijn. Onder artikel 21 VWEU zijn er ruimere mogelijkheden om een belemmering te rechtvaardigen.¹⁷

Het belang van het kind dat beschermd moet worden staat dan centraal in de rechtvaardiging van de maatregel. Vanuit een juridisch perspectief beoordeelt het Hof dat de maatregel verder gaat dan strikt noodzakelijk, juist omdat er tussen lidstaten een systeem van wederzijdse erkenning van vonnissen bestaat dat berust op wederzijds vertrouwen. Dat dit in de praktijk lastig kan blijken doet daar niet aan af (zie hierna onder het kopje 'Familie- en strafrechtelijke aspecten'). Tevens is het niet noodzakelijk om een onderscheid te maken tussen ouders die een kind ontvoeren binnen Duitsland en ouders die een kind ontvoeren naar het buitenland. Een eventueel onderscheid tussen kinderontvoering binnen de EU en kinderontvoering naar een derde land, zou verantwoord kunnen worden vanuit de gedachte dat niet alle landen partij zijn van het Haags Kinderontvoeringsverdrag en teruggeleiding van kinderen om die reden gecompliceerder kan zijn.

Familie- en strafrechtelijke aspecten
Internationale kinderontvoering kent vaak civielrechtelijke aspecten, in het kader van de teruggeleiding van het kind en de (vervolg)vraag waar een kind zijn vaste verblijfplaats dient te hebben. Indien de betrokken landen partij zijn van het Haags Kinderontvoeringsverdrag (HKOV),¹⁸ hetgeen alle EU-lidstaten zijn, zal op grond daarvan vaak een teruggeleidingsverzoek worden gedaan in

het land waarnaar het kind is ontvoerd, waarna de zaak inhoudelijk (bijvoorbeeld ten aanzien van gezag, omgang en verblijfplaats) wordt behandeld in het land van herkomst. Binnen de EU speelt Brussel II-bis een belangrijke rol, omdat deze verordening het HKOV aanvult en versterkt als het gaat om internationale kinderontvoering binnen de lidstaten. Het verzoek om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 21 VWEU in deze zaak is echter van belang in het kader van een strafrechtelijke zaak betreffende internationale kinderontvoering. Naast een civielrechtelijk regime, hebben verschillende landen ook een strafrechtelijk regime ten aanzien van internationale kinderontvoering, zoals Duitsland en Nederland.

In deze zaak heeft Duitsland ZW strafrechtelijk vervolgd voor kinderontvoering. Op grond van § 235 Strafgesetzbuch (StGB) wordt iemand met een gevangenisstraf of geldboete gestraft indien deze persoon een minderjarige, 'onder bedreiging met een ernstig kwaad of door een list', onttrekt of onttrokken houdt aan een of beide ouders, de voogd of de gezinsvoogd. Daarnaast staat er een straf op het onttrekken van een minderjarige aan een of beide ouders, de voogd of de gezinsvoogd om het naar het buitenland over te brengen, of op het onttrokken houden van een minderjarige in het buitenland. Uit deze bepaling blijkt dat er een onderscheid bestaat tussen binnenlandse kinderontvoering of het ontvoeren van een kind naar Duitsland – hiervoor is immers ernstig kwaad of een list vereist – en internationale kinderontvoering, waarvoor dit niet is vereist. Met andere woorden, deze ruimere bepaling kan Unieburgers van buiten Duitsland (of burgers van derde landen) harder treffen, indien zij een kind mee (terug) nemen naar een lidstaat, dan Duitse burgers, die een kind binnen Duitsland ontvoeren. Uit de beantwoording van de prejudiciële vragen volgt dat artikel 21 VWEU een dergelijk onderscheid in de weg staat. Het is van belang om te benadrukken dat deze uitspraak iets zegt over het onderscheid dat in Duitsland wordt gemaakt tussen binnenlandse ontvoeringen en internationale ontvoeringen en niet over het strafbaar stellen van internationale kinderontvoering *an sich*. In de kern komt het antwoord van het Hof erop neer dat het onderscheid niet gerechtvaardigd is in het belang van het kind, mede omdat de samenwerking tussen lidstaten binnen het kader van het HKOV en Brussel II-bis een snelle terugkeer, en daarmee het belang van het kind, zou moeten garande-

ren. Met de beantwoording van deze prejudiciële vragen in gedachten, is het interessant om naar de Nederlandse strafrechtelijke bepaling te kijken. Wat betekent deze uitspraak voor de Nederlandse praktijk?

In Nederland is onttrekking aan het gezag een strafbaar feit op grond van artikel 279 Wetboek van Strafrecht (Sr):

1. Hij die opzettelijk een minderjarige onttrekt aan het wettig over hem gesteld gezag of aan het opzicht van degene die dit desbevoegd over hem uitoefent, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Gevangenisstraf van ten hoogste negen jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt opgelegd indien list, geweld of bedreiging met geweld is gebezigd, of indien de minderjarige beneden de twaalf jaren oud is.'

Hoewel op grond van lid 2 wel sprake is van een strafverhoging, indien sprake is van list, geweld of bedreiging, of een minderjarige jonger dan 12 jaar, wordt geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse kinderontvoering en internationale kinderontvoering. Er bestaat geen specifieke strafrechtelijke bepaling voor internationale kinderontvoering. Wat dat betreft lijkt de Nederlandse wet de toets van het Hof te doorstaan. Ruitenbergh wijst er echter terecht op dat ondanks het feit dat de OM-richtlijn ook onderscheid maakt in de strafmaat tussen nationale en internationale kinderontvoering, dit (toch) in lijn kan zijn met onderhavige uitspraak.¹⁹ Anders dan in Duitsland bestaat het onderscheid niet in het verschil in (verzwarende) voorwaarden, maar in de strafmaat. Bovendien vereist de OM-richtlijn juist maatwerk in geval van internationale kinderontvoering, waardoor onderscheid gemaakt kan worden tussen kinderontvoering waarbij EU-landen betrokken zijn (en die dus gebonden zijn aan het HKOV en Brussel II-bis) en derde landen (die dat niet altijd zijn). Hetgeen in Duitsland niet het geval was.

Daarnaast delen we de mening van Ruitenbergh dat de praktijk van internationale kinderontvoering weerbarstiger is, aangezien uit onderzoek blijkt dat de teruggeleidingsprocedure, ook tussen lidstaten onderling, niet altijd vlekkeloos en snel verloopt.²⁰ Mede om deze reden worden de bepalingen ten aanzien van internationale kinderontvoering aangescherpt in de herziening van de Brussel II-bis-verordening, die begin volgend jaar in werking treedt. Dit roept de vraag op of Duitsland, gezien het feit dat internationale kinderontvoeringsprocedures in de praktijk niet altijd snel en soepel verlopen,

niet toch een gerechtvaardigd onderscheid maakt. Namelijk het voorkomen van internationale kinderontvoering, hetgeen in het belang van het kind is, omdat terugkeer praktische moeilijkheden met zich meebrengt. Het Hof stelt terecht het principe van de Europese samenwerking en het wederzijds vertrouwen centraal, aangezien er *in casu* geen concrete aanwijzingen zijn van ernstige gebreken in dit vertrouwen vanwege rechtstatelijke tekortkomingen in een lidstaat. Van belang is eveneens dat de herziening van Brussel II-bis ook op komst is, waar wederzijdse erkenning verder wordt versterkt. Het Hof lijkt met deze uitspraak overigens te impliceren dat een onderscheid tussen binnenlandse kinderontvoering en kinderontvoering binnen de EU enerzijds en internationale kinderontvoering naar derde landen anderzijds wel gerechtvaardigd kan zijn in het belang van het kind.

Een rechtsvergelijkende blik op de Duitse en Nederlandse bepaling leidt eveneens tot een andere relevante vraag. De Nederlandse bepaling spreekt in algemene bewoording van het onttrekken van een minderjarige aan het over hem gestelde gezag of aan het opzicht van degene die dit desbevoegd over hem uitoefent, terwijl in de Duitse wet specifiek verwezen wordt naar de ouders, de voogd of gezinsvoogd. Wat is de reikwijdte van artikel 279 Sr, indien een of beide ouders het kind onttrekken aan het toezicht van jeugdzorg? Een ondertoezichtstelling leidt bijvoorbeeld niet tot ontneming van het gezag van de ouders, maar wel tot een beperking. In hoeverre kunnen ouders in een dergelijke situatie strafbaar gesteld worden in Nederland?

In 2014 en 2016 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over het onttrekken van een minderjarige in geval van een internationale kinderontvoeringszaak.²¹ In de conclusie bij de zaak uit 2016 onderscheidt de A-G vier vormen van onttrekken zoals bedoeld in artikel 279 Sr, namelijk 1. kinderroof (ontvoering door een derde), 2. ouders zonder gezag die het kind onttrekken aan de zorg van de Raad voor de Kinderbescherming, 3. een ouder die het kind onttrekt aan het gezag van een andere ouder en 4. een kind dat zelf is weggelopen naar een ouder zonder gezag of een derde. Terwijl deze uitleg in het kader van een kinderbeschermingsmaatregel nog beperkt is tot de situatie waarin het gezag van de ouders is ontnomen, oordeelt de Hoge Raad in 2018 dat eveneens sprake kan zijn van een strafbaar feit, indien ouders gezamenlijk het kind onttrekken aan het gezag op het moment dat zij na een onder-

toezichtstelling door de kinderrechter met de kinderen naar het buitenland vertrekken en hen weghouden van jeugdzorg.²² Een ondertoezichtstelling valt daarmee onder de noemer van 'opzicht' zoals bepaald in lid 1 van artikel 279 Sr.

Wanneer we de situatie zoals die in Duitsland afspeelde vanuit een Nederlands perspectief bekijken, dan blijkt het volgende. Onduidelijk is of ten aanzien van AW een maatregel gold die vergelijkbaar is met de Nederlandse ondertoezichtstelling en/of dat sprake was van een (gedeeltelijke) gezagsbeëindiging, maar in beide gevallen zou het overbrengen van het kind naar het buitenland, zonder toestemming van jeugdzorg, kunnen leiden tot een strafbaar feit. Het grote verschil met Duitsland is echter dat de Nederlandse wet geen onderscheid maakt tussen een binnenlandse kinderontvoering en een internationale kinderontvoering, waardoor evenmin onderscheid bestaat tussen Nederlandse ouders die hun kind ontvoeren (binnen Nederland) en andere EU-burgers die hun kind overbrengen naar een lidstaat.

Conclusie

Deze uitspraak van het Hof van Justitie is niet baanbrekend, want het bevestigt eerdere jurisprudentie van het Hof over de reikwijdte van het EU-burgerschap en het recht op vrij verkeer. Uiteraard is het interessant dat het gaat om strafbaarheidstelling en dat het nationale strafrecht nu wordt getoetst aan het EU-burgerschap. Tegelijkertijd zijn er inmiddels tal van arresten over nationale regelingen die moeten voldoen aan artikel 21 VWEU: bijvoorbeeld een nationale regeling over de spelling van namen,²³ een gehandicaptenvignet²⁴ en het voeren van een adellijke titel.²⁵ Dat kinderontvoering aan dit rijtje kan worden toegevoegd is niet opmerkelijk. Evenmin is het opmerkelijk dat het nationale strafrecht geen indirecte discriminatie mag opwerpen tussen EU-burgers onderling. Wat deze zaak onzes inziens interessant maakt is de toenemende vervlechting tussen het familierecht en het EU-burgerschap. Er is inmiddels rechtspraak over adoptie-erkenning en EU-burgerschap,²⁶ of over het homohuwelijk en EU-burgerschap,²⁷ om maar een paar voorbeelden te geven. Op dit moment is een andere interessante zaak aanhangig bij het Hof van Justitie over de juridische erkenning van twee moeders op de geboorteakte van het kind. Die zaak betreft een verwijzing van de Bulgaarse rechter over de eis van de Bulgaarse autoriteiten om informatie over de biologische moeder van het

kind. In die zaak gaat het om twee moeders die in Spanje een kind hebben gekregen en een Bulgaarse geboorteakte hebben verzocht. De Spaanse geboorteakte van het kind preciseerd niet wie van de twee moeders de biologische moeder is, hetgeen voor de Bulgaarse autoriteiten reden is om afgifte van een geboorteakte te weigeren.²⁸ De verwijzende Bulgaarse rechter wil onder meer weten of een dergelijke eis om biologische informatie onder de nationale constitutionele identiteit van artikel 4 lid 2 VEU valt en hoe zich dit verhoudt met het recht op gezinsleven en de rechten van het kind.²⁹ Het EU-burgerschap en het recht op gezinsleven en de rechten van het kind zijn nauw met elkaar verbonden. In een EU waarin verschillende lidstaten het familierecht verschillend hebben vormgegeven, levert het vrije verkeer soms schuring op tussen het belang van het vrije verkeer van EU-burgers en het nationale belang van een lidstaat om bepalingen op een zekere manier in te kleuren. Deze samenhang is logisch, om A-G Sharpston te citeren: EU-burgers zijn 'ook wanneer zij zich verplaatsen, geen robots, maar mensen'.³⁰ Inderdaad, EU-burgers zijn geen robots, de vrijheden van EU-burgers zijn in die zin anders dan het vrije verkeer van goederen: burgers verplaatsen zich, stichten een gezin, adopteren, gaan huwelijken aan. Dat betekent dat het EU-burgerschap en het familierecht steeds nauwere banden aangaan. Het arrest ZW bewijst weer dat het EU-burgerschap en familiebetrekkingen hand in hand gaan.

*H. van Eijken en M. Jonker*³¹

Voetnoten

- 1 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).
- 2 HvJ EG 20 september 2001, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 (*Grzelczyk*). Overigens is met het arrest *Dano* (HvJ EU 11 november 2014, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358) wel een meer beperktere uitleg gegeven aan het vrije verkeer en de werkingssfeer van het EU-recht in combinatie met sociale voorzieningen. Het strekt te ver om die lijn van jurisprudentie hier verder uit te werken.
- 3 HvJ EG 2 februari 1989, C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47 (*Cowan*).
- 4 Arrest, par. 35.
- 5 Arrest, par. 38.
- 6 Verordening (EG) 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) 1347/2000 (*PbEU* 2003, L 338).

- 7 Arrest, par. 49.
- 8 HvJ EG 12 maart 1998, C-85/96, ECLI:EU:C:1998:217, par. 63 (*Martinez Sala*).
- 9 HvJ EU 11 november 2014, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 (*Dano*); C. Barnard & S. Peers (red.), *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 393-395.
- 10 HvJ EG 12 juli 2005, C-403/03, ECLI:EU:C:2005:446 (*Schempp*).
- 11 HvJ EG 2 februari 1989, C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47 (*Cowan*); HvJ EU 6 september 2016, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 (*Petruhhin*).
- 12 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00, ECLI:EU:C:2003:333 (*Schmidberger*).
- 13 Arrest, par. 40.
- 14 HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354 (*Chavez-Vilchez*); HvJ EU 12 maart 2019, C-221/17, ECLI:EU:C:2019:189 (*Tjebbes*).
- 15 Conclusie, punt 33.
- 16 Conclusie, punt 33.
- 17 Zie ook A.A.M. Schrauwen, 'Kinderontvoering en het vrij verkeer van EU-burgers. Europese grenzen aan de bevoegdheid tot strafbaarstelling', *NtEr* 2021 (te verschijnen).
- 18 Verdrag betreffende de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen 1980.
- 19 G.C.A.M. Ruitenbergh, 'Staatsanwaltschaft Heilbronn (HvJ, C-454/19) – Ontvoering naar EU-lidstaat niet sneller bestraffen dan onttrekking aan gezag binnen lidstaat: Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 19-11-2020, ECLI:EU:C:2020:941 (FHCRC-2020-0296)' *EHRC Updates* 2 januari 2021.
- 20 G.C.A.M. Ruitenbergh, *De toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland en het belang van het kind*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015; M. Jonker e.a., *Internationale kinderonvoering. De uitvoeringspraktijk van inkomende zaken in Nederland, Engeland & Wales, Zweden en Zwitserland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.
- 21 HR 11 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:30; HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:111.
- 22 HR 6 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:157.
- 23 HvJ EG 2 oktober 2003, C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539 (*Garcia Avello*); HvJ EG 14 oktober 2008, C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559 (*Grunkin en Paul*).
- 24 HvJ EG 1 oktober 2009, C-103/08, ECLI:EU:C:2009:597 (*Gottwald*).
- 25 HvJ EU 22 december 2010, C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806 (*Sayn-Wittgenstein*).
- 26 HvJ EU 26 maart 2019, C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 (*SM*).
- 27 HvJ EU 5 juni 2018, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 (*Coman*).
- 28 Zaak C-490/20 (*V.M.A.*).
- 29 Artikel 7 en 24 Handvest.
- 30 Concl. A-G E. Sharpston, ECLI:EU:C:2010:560, punt 128, bij HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:24 (*Ruiz Zambrano*).
- 31 Hanneke van Eijken is universitair docent Europees recht aan de Universiteit Utrecht. Merel Jonker is universitair hoofddocent Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht. Beide auteurs zijn als onderzoekers verbonden aan het Utrecht Centre for European Family Law.

152 G.M.A.-arrest: Antonissen revisited of echt een nieuw arrest?

Zaak C-710/19, G.M.A./Belgische Staat

Arrest van 17 december 2020, ECLI:EU:C:2020:1037; conclusie van A-G M. Szpunar van 17 september 2020, ECLI:EU:C:2020:739

Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van personen – Artikel 45 VWEU – Burgerschap van de Unie – Richtlijn 2004/38/EG – Verblijfsrecht voor meer dan drie maanden – Artikel 14 lid 4 onder b) Richtlijn 2004/38/EG – Werkzoekenden – Redelijke termijn om kennis te nemen van mogelijkerwijs voor de werkzoekende geschikte vacatures en om maatregelen te nemen die hem in staat stellen te worden aangesteld – Verplichtingen die het gastland gedurende deze termijn aan de werkzoekende oplegt – Voorwaarden voor het verblijfsrecht – Verplichting om nog immer werk te zoeken en een reële kans te maken te worden aangesteld

1. Inleiding

In deze zaak staat de reikwijdte van het oude arrest *Antonissen* uit 1991 ter discussie waarin een Belg in het Verenigd Koninkrijk (VK) werk wilde zoeken en het VK hem wilde verwijderden wegens verboden bezit en handel in verdovende middelen.¹ Het Hof oordeelde toen dat een termijn van zes maanden om werk te zoeken in een andere lidstaat niet onredelijk is. In de toen geldende regels, Verordening (EEG) 1612/68 en Richtlijn 68/360/EEG stond echter een termijn van drie maanden genoemd. Deze G.M.A.-zaak lijkt op dat arrest uit 1991. In de onderhavige Belgische zaak is de termijn van zes maanden nog niet verstreken wanneer een Griekse EU-burger (G.M.A.) in oktober 2015 in het gastland België een verzoek om een verblijfsrecht voor langer dan drie maanden indient bij de bevoegde Dienst Vreemdelingenzaken. In de Belgische wetgeving wordt het verblijfsrecht voor langer dan drie maanden apart geregeld, net als in art. 7 Richtlijn 2004/38/EG.² G.M.A. had zich ingeschreven als werkzoekende bij de Brusselse Hoofdstedelijke instantie voor werk, Actiris, en was begonnen te solliciteren. De Dienst Vreemdelingenzaken wijst zijn verzoek in maart 2016 af en verzoekt hem om het Belgische grondgebied te verlaten. Als reden wordt gegeven dat G.M.A. geen reële kans op werk in België zou hebben, aangezien op geen enkele van de ingediende sollicitatiebrieven een bevredigend

antwoord zou zijn gekomen. Na dit besluit doet zich een nieuw feit voor: betrokkene komt in aanmerking voor een stage bij het Europees Parlement in Brussel. Inmiddels had G.M.A. bij een tweede verzoek om een verblijfstitel voor langer dan drie maanden meer succes, deze werd verleend. De inmiddels aangevangen procedure gaat echter voort. De rechter in eerste aanleg, de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV), wijst het verzoek tot nietigverklaring van de eerste beslissing tot niet-erkenning van de verblijfstitel van de Dienst Vreemdelingenzaken af. In cassatie bij de Raad van State stelt deze Raad twee prejudiciële vragen aan het Europese Hof. De eerste vraag luidt of art. 45 VWEU het gastland verplicht een werkzoekende burger van de EU een redelijke termijn te geven van zes maanden en een bewijs van een reële kans op aanstelling in het gastland alleen mag vragen nadat die termijn van zes maanden is verstreken. Terwijl de eerste vraag over art. 45 VWEU handelt, betreft de tweede vraag in het bijzonder Richtlijn 2004/38/EG met betrekking tot vrij verkeer en verblijf. De vraag is of bepalingen uit Richtlijn 2004/38/EG en uit het EU Handvest, de beginselen van voorrang van het Unierecht en de nuttige werking van richtlijnen de nationale rechter in het kader van een wettigheidstoetsing verplichten nieuwe feiten na de beslissing tot niet-erkenning van de verblijfstitel in ogenschouw te nemen. Deze tweede vraag is meer gericht op de rol van de (bestuurs)rechter bij de implementatie van het EU-recht. De genoemde bepalingen uit het EU Handvest staan in titel V en deze titel betreft specifiek het EU-burgerschap; in art. 41 is het recht op behoorlijk bestuur vervat (o.a. gehoord worden, inzage hebben in je dossiers en gemotiveerde beslissingen krijgen) en in art. 47 de aanwezigheid van een doeltreffende voorziening in rechte (de aanwezigheid van een eerlijke en openbare behandeling). Een antwoord op de tweede prejudiciële vraag achtte de Raad van State nodig, zelfs nadat de tweede aanvraag door G.M.A. van een verblijfsrecht van langer dan drie maanden inmiddels was goedgekeurd. Bij een nietigverklaring van het eerste besluit zou de eventueel in de toekomst benodigde termijn van vijf jaar onafgebroken verblijf om in aanmerking te komen voor een duurzaam verblijfsrecht in België namelijk al op 27 oktober 2015 beginnen te lopen. Dat laatste punt noem ik nog eens een voorbeeld van meedenken. Niets uit het dossier laat blijken dat G.M.A. een duur-