

ANNOTATIE

# **Staatsanwaltschaft Heilbronn (HvJ, C-454/19) – Ontvoering naar EU-lidstaat niet sneller bestraffen dan onttrekking aan gezag binnen lidstaat**

***G.C.A.M. Ruitenberg***

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 19-11-2020, ECLI:EU:C:2020:947 (EHRC-2020-0296)*

1. In deze zaak woont een Roemeens kind, waarover de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, bij haar moeder in Duitsland. Bij rechterlijke beslissing is de ouders het recht ontnomen om de verblijfplaats van het kind te bepalen en is dit recht toegewezen aan een gezinsvoogd. Begin december 2017 neemt de vader, met toestemming van de moeder, het kind mee naar Roemenië. Daarop dient de gezinsvoogd een klacht in tegen de ouders en wordt de moeder strafrechtelijk vervolgd vanwege het gezamenlijk gepleegde strafbare feit van ontvoering van een minderjarige.

2. Op grond van de Duitse wettelijke bepaling over ontvoering van minderjarigen, § 235 *Strafgesetzbuch*, is het onttrekken of onttrokken houden van een kind aan een of beide ouders, de voogd of gezinsvoogd op Duits grondgebied strafbaar indien daarbij sprake is van geweld, bedreiging met een ernstig kwaad of een list. Het onttrekken van een kind door het naar het buitenland over te brengen of het in het buitenland onttrokken te houden is daarentegen te allen tijde strafbaar. De strafbepaling vereist in laatstgenoemde situatie dus niet dat sprake is van bijkomende omstandigheden. In beide situaties kan een gevangenisstraf van ten hoogste vijf jaar of een geldboete worden opgelegd.

3. De Duitse rechter die moet oordelen in de strafzaak tegen de moeder, vraagt zich af of bovengenoemd onderscheid verenigbaar is met het Unierecht en stelt daarover prejudiciële

vragen. Het Hof dient kortgezegd te oordelen of het Unierecht eraan in de weg staat dat een ouder zonder meer strafbaar is indien hij/zij een kind dat zich in een *andere* lidstaat bevindt aan een door de rechter aangewezen gezinsvoogd onttrekt, terwijl een ouder die een kind binnen de *eigen* lidstaat onttrekt alleen kan worden gestraft indien daarbij sprake is van geweld, bedreiging met een ernstig kwaad of een list.

4. Het Hof stelt voorop dat het strafrecht en strafprocesrecht in beginsel tot de bevoegdheden van de lidstaten behoren. Aan deze bevoegdheid stelt het Unierecht echter grenzen. Nationale strafrechtelijke bepalingen mogen personen aan wie het Unierecht recht op gelijke behandeling toekent niet ongelijk behandelen en strafrechtelijke bepalingen mogen de door het Unierecht gewaarborgde fundamentele vrijheden niet beperken. Indien een bepaling hiermee onverenigbaar is, staat het de verwijzende rechter vrij de betreffende bepaling buiten toepassing te laten.

5. In deze zaak is art. 21 VWEU van belang. Dit artikel omvat niet alleen het recht om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en verblijven, maar verbiedt eveneens discriminatie op grond van nationaliteit. De vraag is of § 235 *Strafgesetzbuch*, waarin een onderscheid wordt gemaakt naargelang een kind door een ouder op Duits grondgebied of daarbuiten wordt onttrokken, voorziet in een ongelijke behandeling waardoor de vrijheid van verkeer van Unieburgers in de zin van art. 21 VWEU kan worden beïnvloed of zelfs beperkt.

6. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend. Uit art. § 235 *Strafgesetzbuch* vloeit immers voort dat een ouder die een kind in een andere EU-lidstaat vasthoudt op dezelfde wijze wordt gestraft als wanneer deze een kind in een derde land zou vasthouden, terwijl vasthouding op Duits grondgebied alleen strafbaar is in geval van bijkomende omstandigheden. Dit onderscheid raakt in feite hoofdzakelijk burgers van andere EU-lidstaten die gebruik hebben gemaakt van hun vrijheid van verkeer en verblijf en in Duitsland wonen. Het is immers waarschijnlijker dat zij hun kind naar een andere lidstaat overbrengen, met name bij terugkeer naar de lidstaat van hun herkomst, dan dat Duitse onderdanen dit zullen doen.

7. Vervolgens is het de vraag of deze beperking van het vrije verkeer van burgers van de Unie gerechtvaardigd is. Een beperking kan gerechtvaardigd zijn '(...) indien zij is gebaseerd op objectieve overwegingen van algemeen belang en evenredig is aan het door de betrokken nationale wettelijke regeling rechtmatig nagestreefde doel. Een maatregel is evenredig wanneer hij geschikt is om het nagestreefde doel te verwezenlijken en niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken.'<sup>[1]</sup>

8. De Duitse regering voert aan dat de specifieke strafbaarstelling van internationale kinderontvoering tot doel heeft het ouderlijk gezag en de rechten van het kind te beschermen

en internationale kinderontvoering te voorkomen en bestrijden, waarbij tevens de praktische moeilijkheden om terugkeer te bewerkstelligen als een kind wordt vastgehouden in het buitenland, ook als het een andere lidstaat betreft, een rol spelen.

9. Volgens het Hof zijn deze redenen ‘(...) intrinsiek verbonden met de bescherming van het kind en zijn grondrechten’[2] en vormt deze bescherming ‘(...) een legitiem belang dat in beginsel een beperking van een door het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen,’[3] waarbij de lidstaten bovendien een zekere beoordelingsmarge toekomt.

10. Een strafbaarstelling die ertoe strekt internationale ontvoeringen van kinderen te bestraffen is volgens het Hof in beginsel geschikt om kinderen tegen ontvoeringen te beschermen en de eerbiediging van hun rechten te verzekeren. Volgens het Hof is dit met name zo vanwege de afschrikwekkende werking ervan en omdat toepassing van de strafbepaling bijdraagt aan de doelstelling van bestrijding van kinderontvoering in het belang van de bescherming van kinderen. Maar...de strafbaarstelling mag ‘(...) niet verder gaan dan noodzakelijk is om het daarmee nagestreefde legitieme doel te bereiken.’[4]

11. Daar wringt de schoen. De Duitse wetgever heeft namelijk kennelijk niet geoordeeld dat de bescherming van kinderen vereist dat ontvoering van een kind door een ouder principieel en in iedere situatie strafbaar is, maar maakt alleen in geval van internationale kinderontvoering altijd strafoplegging mogelijk. De overweging hiervoor lijkt te zijn dat in geval van overbrenging buiten Duits grondgebied, de terugkeer van een kind en de erkenning van Duitse rechterlijke beslissingen tot praktische moeilijkheden kunnen leiden. Deze strafbaarstelling, waarbij het enkele onttrekken van een kind aan een ouder/ voogd/ gezinsvoogd in een andere lidstaat strafbaar is, terwijl onttrekking van het kind op het grondgebied van de betrokken lidstaat slechts strafbaar is indien sprake is van geweld, bedreiging met een ernstig kwaad of een list, gaat volgens het Hof verder dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken.

12. Het verschil is immers gebaseerd op het vermoeden dat het onmogelijk of uiterst moeilijk is om in andere lidstaten rechterlijke beslissingen ten aanzien van het gezag te laten erkennen en om in geval van internationale kinderontvoering de terugkeer van een kind te kunnen bewerkstelligen. Dit komt erop neer dat lidstaten gelijk worden gesteld met derde landen. Dat druist in tegen zowel de regels als de geest van verordening nr. 2201/2003 (Verordening Brussel II-bis).[5] Die verordening is gestoeld op het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen en het beginsel van wederzijds vertrouwen. Lidstaten dienen ervan uit te gaan dat, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, andere lidstaten het Unierecht en door dat recht erkende grondrechten in acht nemen. Daarom staat art. 21 VWEU in de weg aan de toepassing van een wettelijke regeling op grond waarvan een ouder die zijn kind, dat zich in een andere lidstaat bevindt, onttrekt aan de aangewezen gezinsvoogd, zonder meer

strafbaar is, terwijl ditzelfde feit als het kind zich op het grondgebied van de eerste lidstaat bevindt, slechts strafbaar is indien sprake is van geweld, bedreiging met een ernstig kwaad of een list.

13. Kortom, uit deze uitspraak van het Hof volgt dat internationale kinderontvoering van de ene naar de andere lidstaat niet sneller mag worden bestraft dan onttrekking van een kind aan het gezag binnen het eigen grondgebied van die lidstaat. Lidstaten dienen ervan uit te gaan dat andere lidstaten zowel de regels van het Haags Kinderontvoeringsverdrag[6] (HKOV), waarbij alle EU-lidstaten partij zijn, als het Unierecht zullen eerbiedigen. Binnen het kader van het Unierecht zijn daarvoor meer in het bijzonder de overwegingen 2, 17 en 21 van de Verordening Brussel II-bis van belang. Daaruit volgt onder andere dat ingeval van ongeoorloofde overbrenging of achterhouding van een kind, dit kind met toepassing van het HKOV onverwijld dient terug te keren en dat de regels uit dit verdrag worden aangevuld met de regels van, met name art. 11 van, de Verordening.[7]

14. Op 1 augustus 2022 zal een herziene verordening in werking treden[8] die onder meer aanvullende regels inzake internationale kinderontvoering bevat. Daarvan is (mede) de bedoeling dat kinderen daardoor beter worden beschermd en dat teruggeleidingsprocedures efficiënter zullen verlopen.

Dat is niet voor niets, want ook in geval van ontvoeringen tussen EU-lidstaten doen zich de nodige problemen voor, doordat procedures bijvoorbeeld te traag verlopen.[9] Hoewel het Hof, omdat de Verordening Brussel II-bis van toepassing is (zie punt 12 van deze annotatie), min of meer veronderstelt dat rechterlijke beslissingen door de lidstaten wederzijds worden erkend en dat ontvoering van een kind tussen EU-lidstaten in principe geen grotere problemen zou moeten opleveren dan een onttrekking van een kind aan het gezag op het eigen grondgebied van een lidstaat, is de praktijk dus soms weerbarstig.[10]

15. Ook Nederland kent een bepaling waarin onttrekking van het kind aan het gezag strafbaar is gesteld, namelijk art. 279 Sr. Uit het eerste lid volgt dat degene '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'. Indien het kind jonger is dan twaalf jaar of sprake is van list, bedreiging met geweld of geweld kan ingevolge het tweede lid een maximale gevangenisstraf van negen jaar of een geldboete van de vijfde categorie worden opgelegd.

16. De Nederlandse wetgeving maakt dus geen onderscheid tussen onttrekking van een kind aan het gezag binnen Nederland, bijvoorbeeld vanwege het niet naleven van een omgangsregeling, en buiten de landsgrenzen. Er kan strenger worden gestraft als het gaat om

jonge kinderen of als sprake is van list of (bedreiging met) geweld, maar dat geldt voor zowel nationale als internationale situaties. Derhalve doet het probleem dat het Hof ten aanzien van de Duitse wetgeving constateert, zich met betrekking tot de Nederlandse wetgeving niet voor.

17. De OM-richtlijn voor onttrekking aan het gezag<sup>[11]</sup> maakt echter wel degelijk onderscheid. Het langdurig onttrekken of onttrokken houden van een kind aan gezag/toezicht in het binnenland valt in categorie 3 met als richtlijn voor een *first offender* een taakstraf van 120 uur of gevangenisstraf van 24 maanden, terwijl internationale kinderontvoering in categorie 4 valt waarvoor de richtlijn een gevangenisstraf van zes maanden tot vier jaar geeft. De richtlijn geeft bij laatstgenoemde categorie echter duidelijk aan dat sprake moet zijn van maatwerk én dat meespeelt naar welk land het kind is meegenomen en de mate waarin het terughalen van dit kind door de regelgeving en samenwerking met dat land worden bemoeilijkt. In dat opzicht komt de richtlijn dus aan de uitspraak van het Hof tegemoet.<sup>[12]</sup>

18. Vos constateert op basis van jurisprudentie die de afgelopen jaren op rechtspraak.nl gepubliceerd is echter dat voornamelijk sprake is van strafrechtelijke vervolging in internationale kinderontvoeringszaken.<sup>[13]</sup> Daarbij betreft het soms ontvoeringszaken naar EU-lidstaten.<sup>[14]</sup> Het lijkt erop dat met strafrechtelijke vervolging wegens onttrekking aan het gezag in binnenlandse situaties, en meer in het bijzonder als het het niet-naleven van contact- en omgangsregelingen betreft, in de praktijk terughoudend wordt omgegaan.<sup>[15]</sup>

19. In de juridische literatuur zijn de meningen over de inzet van het strafrecht in zaken waarin binnen Nederland een kind door de ene ouder aan het gezag van de andere ouder wordt onttrokken, verdeeld. Sommigen menen, evenals het Hof in de onderhavige zaak, dat van het strafrecht een afschrikwekkende werking uitgaat. Anderen betwisten dit. Er gaan stemmen op, ook in de politiek, om vaker en/of sneller het strafrecht in te zetten als een ouder het kind onttrekt aan het gezag van de andere ouder en zelfs om een specifieke, nieuwe strafbepaling voor het niet naleven van omgangsregelingen in de wet op te nemen. Anderen menen dat het strafrecht in deze zaken niet of slechts als *ultimum remedium* moet worden ingezet.<sup>[16]</sup> In internationale kinderontvoeringszaken speelt eveneens de vraag of en zo ja hoe snel naar het strafrecht moet worden gegrepen als, om de terugkeer van het kind te bewerkstelligen, ook van civielrechtelijke regelingen zoals het HKOV en de Verordening Brussel II-bis gebruik kan worden gemaakt.<sup>[17]</sup>

20. Over de inzet van het strafrecht in zowel nationale als internationale zaken waarin het gaat om de onttrekking van kinderen aan het gezag, is zeker het laatste woord nog niet gezegd. Hoewel bovenstaande uitspraak van het Hof voor de Nederlandse situatie niet direct consequenties heeft, is het wel van belang om deze bij de toepassing van art. 279 Sr, bij verdere discussies hierover en bij het ontwerpen van eventuele nieuwe (straf)wetgeving op dit

terrein, in het achterhoofd te houden.

G.C.A.M. Ruitenberg

universitair docent Vrije Universiteit Amsterdam

[1] Punt 36.

[2] Punt 39.

[3] Punt 40. Het Hof verwijst tevens naar art. 24 Hv.

[4] Punt 44.

[5] 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.

[6] Het op 25 oktober 1980 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, *Trb.* 1987, 139.

[7] Op grond van art. 11 Verordening Brussel II-bis is het zelfs mogelijk dat indien het gerecht van de lidstaat waarnaar een kind is ontvoerd beslist dat het kind niet hoeft terug te keren, deze beslissing wordt vervangen door een beslissing van het gerecht van de lidstaat waar het kind voor de ontvoering diens gewone verblijfplaats had die wél de terugkeer van het kind met zich meebrengt. In die situatie dient het kind dan alsnog terug te keren.

[8] Verordening (EU) 2019/1111 van de Raad van 25 juni 2019 betreffende de bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en betreffende internationale kinderontvoering, (herschikking), PbEU L 178.

[9] W. van der Stroom-Willemsen, 'De herziening Brussel II-bis en internationale kinderontvoeringszaken: een stimulans voor lidstaten', *FJR* 2020/69.

[10] Zie hierover bijvoorbeeld ook G.C.A.M. Ruitenberg, *De toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland en het belang van het kind* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

[11] Richtlijn voor strafvordering onttrekking minderjarige aan wettig gezag, *Staatscourant* 2018, nr. 13539, te raadplegen via [wetten.overheid.nl](http://wetten.overheid.nl). De categorieën 1 en 2 zien op respectievelijk het niet nakomen van een omgangsregeling waarbij sprake is van incidenteel onttrekken en tijdelijke onttrekking/onttrokken houden aan gezag/toezicht.

[12] De richtlijn vermeldt ook diverse strafmaatbeïnvloedende factoren, zoals recidive, de feitelijke duur van de onttrekking, de mate waarin bewust civielrechtelijke maatregelen worden gedwarsboord enzovoorts.

[13] M.J. Vos, '(Wanneer) wordt het strafrecht ingezet bij effectuering contactregeling?', *EB* 2020/81.

[14] Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5406 (Italië).

[15] M.J. Vos, '(Wanneer) wordt het strafrecht ingezet bij effectuering contactregeling?', *EB* 2020/81.

[16] Zie over deze discussie M.V. Antokolskaia e.a., *Naleving van contact-/omgangsafspraken na scheiding. Een rechtsvergelijkend en sociaalwetenschappelijk perspectief*, Den Haag: Boomjuridisch 2019, p. 92-99 en C.G. Jeppesen de Boer, I.E. van der Valk & G.C.A.M. Ruitenbergh, 'Aanscherping strafbaarheid bij het niet naleven van omgangsafspraken?', in: M. Jonker & F. de Kievit (red.), *UCERF – 13, Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 13-27.

[17] Zie G.C.A.M. Ruitenbergh, *De toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in Nederland en het belang van het kind* (diss. Amsterdam VU), De Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 200-203.