Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 26 februari 2019[1]

Zaak C-129/18

SM
tegen
Entry Clearance Officer, UK Visa Section

[verzoek van de Supreme Court of the United Kingdom (hoogste rechterlijke instantie van het Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden – Richtlijn 2004/38/EG – Begrip ‚rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn van een burger van de Unie' – Gezinshereniging – Kind dat onder voogdij staat uit hoofde van de Algerijnse kafalaregeling – Recht op familie- en gezinsleven – Bescherming van het belang van het kind"

1. Twee echtgenoten van Franse nationaliteit, die in het Verenigd Koninkrijk verblijven, hebben bij de autoriteiten van dat land voor een Algerijns kind dat in Algerije overeenkomstig de kafalaregeling[2] aan hun zorgen (*recueil légal*) was toevertrouwd, een aanvraag ingediend voor een binnenkomstmachtiging als geadopteerd kind.

2. Gelet op het feit dat de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk hebben geweigerd om een binnenkomstmachtiging toe te kennen en dat het kind dat besluit in rechte heeft aangevochten, wenst de Supreme Court of the United Kingdom (hoogste rechterlijke instantie van het Verenigd Koninkrijk) van het Hof in wezen te vernemen of het kind op grond van richtlijn 2004/38/EG[3] kan worden beschouwd als een „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn" van de personen die de zorg voor hem door middel van kafala op zich hebben genomen. Als dat het geval is, zou het kind gemakkelijker met zijn gezin kunnen worden herenigd in de lidstaat waar die personen verblijven.

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Zie de punten 35-39 over de kenmerken van dat rechtsinstituut.

3 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG (PB 2004, L 158, blz. 77).

I. Toepasselijke bepalingen

A. Internationaal recht

1. Verdrag inzake de rechten van het kind

3. Artikel 20 van het Verdrag inzake de rechten van het kind [4] bepaalt:

„1. Een kind dat tijdelijk of blijvend het verblijf in het gezin waartoe het behoort, moet missen, of dat men in zijn of haar eigen belang niet kan toestaan in het gezin te blijven, heeft recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege.

2. De staten die partij zijn, waarborgen, in overeenstemming met hun nationale recht, een andere vorm van zorg voor dat kind.

3. Deze zorg kan, onder andere, plaatsing in een pleeggezin omvatten, kafala volgens het slamitische recht, adoptie, of, indien noodzakelijk, plaatsing in geschikte instellingen voor kinderzorg. [...]"

2. Verdrag van 's-Gravenhage van 29 maart 1993

4. In de tekst van het Verdrag van 's-Gravenhage van 29 maart 1993 [5] wordt niet naar kafala verwezen.

3. Verdrag van 's-Gravenhage van 19 oktober 1996

5. Artikel 3 van het Verdrag van 's-Gravenhage van 19 oktober 1996 [6] luidt:

„De in artikel 1 bedoelde maatregelen kunnen met name betrekking hebben op:

[...]

e) de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een inrichting of de verstrekking van zorg aan het kind door middel van kafala of een overeenkomstig rechtsinstituut;

[...]"

6. In artikel 33 is bepaald:

„1. Indien een ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteit de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een instelling dan wel de verstrekking van zorg aan het kind door middel van kafala of een overeenkomstig rechtsinstituut overweegt en indien deze plaatsing of zorg dient plaats te vinden in een andere verdragsluitende staat, pleegt zij eerst overleg met de centrale autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van laatstgenoemde staat. Daartoe verstrekt zij een rapport over het kind, vergezeld van de redenen voor de voorgestelde plaatsing of zorg.

4 VN-Verdrag van 20 november 1989.

5 Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie (hierna: „Haags Verdrag van 1993").

6 Verdrag inzake de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning, de tenuitvoerlegging en de samenwerking op het gebied van ouderlijke verantwoordelijkheid en maatregelen ter bescherming van kinderen (hierna: „Haags Verdrag van 1996").

2. De beslissing over de plaatsing of de verstrekking van zorg mag in de verzoekende staat slechts worden genomen indien de centrale autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van de aangezochte staat heeft ingestemd met de plaatsing of de zorg, met inachtneming van het belang van het kind."

B. Unierecht

1. Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

7. Artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie[7] bepaalt:

„Eenieder heeft recht op eerbiediging van [...] zijn familie- en gezinsleven [...]."

8. Artikel 24, lid 2, luidt:

„Bij alle handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen, vormen de belangen van het kind een essentiële overweging."

2. Richtlijn 2004/38

9. In artikel 2, punt 2, onder c), is het volgende bepaald:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

2) ‚familielid':

[...]

c) de rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van de echtgenoot of partner als bedoeld onder b), beneden de leeftijd van 21 jaar of die te hunnen laste zijn".

10. Artikel 3 luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing ten aanzien van iedere burger van de Unie die zich begeeft naar of verblijft in een andere lidstaat dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, en diens familieleden als gedefinieerd in artikel 2, punt 2), die hem begeleiden of zich bij hem voegen.

2. Onverminderd een persoonlijk recht van vrij verkeer of verblijf van de betrokkenen vergemakkelijkt het gastland overeenkomstig zijn nationaal recht, binnenkomst en verblijf van de volgende personen:

a) andere, niet onder de definitie van artikel 2, punt 2, vallende familieleden, ongeacht hun nationaliteit, die in het land van herkomst ten laste zijn van of inwonen bij de burger van de Unie die het verblijfsrecht in eerste instantie geniet [...];

[...]

7 PB 2000, C 364, blz. 1.

Het gastland onderzoekt de persoonlijke situatie nauwkeurig en motiveert een eventuele weigering van toegang of verblijf."

11. Artikel 7, lid 2, luidt:

„Het verblijfsrecht van lid 1 strekt zich uit tot familieleden die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, en die de burger van de Unie begeleiden of zich in het gastland bij hem voegen, voor zover deze burger van de Unie voldoet aan de voorwaarden van lid 1, onder a), b) of c)."

12. Artikel 27 bepaalt:

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

[...]"

13. In artikel 35 is bepaald:

„De lidstaten kunnen de nodige maatregelen nemen om een in deze richtlijn neergelegd recht in geval van rechtsmisbruik of fraude, zoals schijnhuwelijk, te ontzeggen, te beëindigen of in te trekken. [...]"

C. Recht van het Verenigd Koninkrijk

1. The Immigration Regulations 2006

14. Regulation 7 van de Immigration Regulations 2006 (regeling van 2006 betreffende immigratie; hierna: „immigratieregeling 2006")[8] luidt:

„1) Onverminderd lid 2 worden voor de toepassing van de onderhavige regeling als familieleden van een persoon beschouwd:

[...]

b) zijn rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn alsmede die van zijn echtgenoot of zijn partner die:

   i) de leeftijd van 21 jaar niet hebben bereikt, of

   ii) te hunnen laste zijn,

[...]"

15. Regulation 8 bepaalt:

„1) Voor de toepassing van de onderhavige regeling wordt als ‚familielid in ruime zin' beschouwd eenieder die geen familielid is van een EER-burger in de zin van regulation 7, lid 1, onder a), b), of c), en die aan de voorwaarden van de leden 2, 3, 4 of 5 voldoet.

8 SI 2006/1003.

[...]"

2. Adoption and Children Act 2002

16. Krachtens section 83 van de Adoption and Children Act 2002 (wet van 2002 inzake adoptie en kinderen; hierna: „wet van 2002")[9] is het een misdrijf een kind naar het Verenigd Koninkrijk te brengen dat daar zal worden geadopteerd dan wel in een ander land al is geadopteerd, tenzij een adoptiebureau in het Verenigd Koninkrijk heeft beoordeeld dat de adoptieouders geschikt zijn om te adopteren.

17. In section 66, lid 1, worden de vormen van adoptie vermeld die naar het recht van Engeland en Wales als zodanig worden erkend. Kafala is niet opgenomen in die lijst.

D. Algerijns recht

18. Het Algerijnse wetboek familierecht (hierna: „AWF") bevat in boek I, hoofdstuk V, getiteld „Afstamming", respectievelijk boek II, hoofdstuk VII, met het opschrift „Verstrekking van zorg (kafala)", de volgende regels:

Artikel 46: „Adoptie (tabanni) is door de sharia en de wet verboden."

Artikel 116: „Verstrekking van zorg (kafala) is de vrijwillige verbintenis om te zorgen voor het onderhoud, de opvoeding en de bescherming van een kind op dezelfde wijze als een ouder dat voor zijn kind zou doen. Zij wordt door een rechtshandeling tot stand gebracht."

Artikel 117: „Het recht om zorg te verstrekken wordt toegekend ten overstaan van een rechter of een notaris met toestemming van het kind wanneer het een vader en een moeder heeft."

Artikel 118: „De houder van het recht om zorg te verstrekken (kafil) moet moslim zijn, moet redelijk en integer zijn, moet het aan zijn zorgen toevertrouwde kind (makful) onderhouden en in staat zijn het te beschermen."

Artikel 119: „Het kind aan wie zorg wordt verstrekt, kan een bekende of onbekende afstamming hebben."

Artikel 120: „Het kind aan wie zorg wordt verstrekt, moet zijn oorspronkelijke afstamming behouden, indien de ouders bekend zijn. Anders is artikel 64 van het wetboek van de burgerlijke staat op hem van toepassing."

Artikel 121: „Het recht om zorg te verstrekken verleent de houder ervan de wettelijke voogdij en het recht op dezelfde gezins- en schooltoelagen als voor een wettig kind."

Artikel 122: „Het recht om zorg te verstrekken omvat het recht de goederen die het kind aan wie zorg wordt verstrekt, verkrijgt bij erfopvolging, door legaat of door schenking, in het belang van dat kind te beheren."

Artikel 123: „De houder van het recht om zorg te verstrekken kan tot maximaal een derde van zijn goederen legateren of schenken aan het kind aan wie hij zorg verstrekt. Boven dat derde is de testamentaire beschikking nietig en zonder gevolg, behalve wanneer de erfgenamen erin toestemmen."

9 2002 c. 38.

Artikel 124: „Indien de vader en de moeder, of een van hen, erom verzoeken dat het kind opnieuw onder hun, respectievelijk zijn of haar voogdij komt, kan dat kind, wanneer het de leeftijd heeft bereikt waarop het voldoende onderscheidingsvermogen heeft, zelf kiezen of hij naar het huis van zijn ouders terugkeert. Indien het die leeftijd niet heeft bereikt, kan het slechts terugkeren met toestemming van een rechter, die rekening moet houden met het belang van het kind."

Artikel 125: „Het verzoek tot afstand van het recht om zorg te verstrekken moet, na kennisgeving ervan aan het openbaar ministerie, worden ingediend bij de rechter die dat recht heeft toegekend [...]."

II. Feiten

19. In de verwijzingsbeslissing[10] worden de volgende feiten uiteengezet:

„– Verzoekster, [SM], is op 27 juni 2010 in Algerije geboren [...] Zij is Algerijns onderdaan. Haar mannelijke voogd, de heer M., is een Frans onderdaan van Algerijnse afkomst met een permanent recht van verblijf in het Verenigd Koninkrijk. Haar vrouwelijke voogd, mevrouw M., is Frans onderdaan door geboorte. Zij zijn in 2001 in het Verenigd Koninkrijk gehuwd. Daar zij niet op natuurlijke wijze een kind konden krijgen, zijn zij in 2009 naar Algerije gereisd om te worden beoordeeld op hun geschiktheid om voogd te worden onder het ‚kafala'-systeem. De [First-tier Tribunal (bestuursrechter in eerste aanleg, Verenigd Koninkrijk)] heeft [in zijn vonnis van 7 oktober 2013] geconcludeerd dat zij ‚deze keuze hadden gemaakt omdat zij hadden ontdekt dat het in Algerije gemakkelijker was het gezag over een kind te verkrijgen dan in het Verenigd Koninkrijk het geval zou zijn'.

– Nadat zij geschikt waren bevonden – in een procedure die door de [First-tier Tribunal] als ‚beperkt' wordt aangeduid – is hun in juni 2010 medegedeeld dat [SM] na haar geboorte in de steek was gelaten. Zij hebben een aanvraag ingediend om haar voogd te worden. Er volgde een wachttijd van drie maanden, gedurende welke de biologische ouders het kind volgens de Algerijnse wetgeving konden terugvorderen.

– Op 28 september 2010 is [SM], toen drie maanden oud, bij een verordening van het Algerijnse ministerie van Nationale Solidariteit en Gezinszaken in de provincie Tizi Ouzou, onder hun voogdij geplaatst.

– Op 22 maart 2011 is een akte van wettelijke voogdij afgegeven, waarin, rekening houdend met de conclusie van het openbaar ministerie en op grond van de Algerijnse wetgeving, het wettelijke gezag over [SM] aan hen is toegekend en de ouderlijke verantwoordelijkheid aan hen is overgedragen. Deze akte verplicht hen als voogden: ‚het kind dat onder hun gezag is geplaatst een islamitische opvoeding te geven, te zorgen voor haar fysieke en geestelijke welzijn, in haar behoeften te voorzien, zorg te dragen voor haar onderwijs, haar te behandelen als waren zij haar biologische ouders, haar te beschermen, haar verdediging te voeren voor rechterlijke instanties, en de wettelijke aansprakelijkheid voor schadelijke handelingen op zich te nemen'.

– Voorts machtigt de akte hen om gezinstoelagen, subsidies en schadevergoedingen waar zij recht op hebben in ontvangst te nemen, alle bestuurlijke en reisdocumenten te ondertekenen, en met [SM] buiten Algerije te reizen.

– Op 3 mei 2011 heeft de rechtbank van Tizi Ouzou een beschikking uitgevaardigd om [SM]'s achternaam zoals die op haar geboorteakte was vermeld, te wijzigen in die van de heer en mevrouw M.

10 Punten 11-15.

– In oktober 2011 heeft de heer M. Algerije verlaten en is hij teruggekeerd naar het Verenigd Koninkrijk om daar zijn werk als chef-kok te hervatten. Mevrouw M. is met [SM] in Algerije gebleven.

– In januari 2012 heeft [SM] een visum aangevraagd om het Verenigd Koninkrijk te bezoeken. Dit is geweigerd. In mei 2012 heeft zij een binnenkomstmachtiging aangevraagd als geadopteerd kind van een EER-onderdaan op grond van regulation 12, lid 1, of – subsidiair – regulation 12, lid 2, van de immigratieregeling 2006.

– De [Entry Clearance Officer (hierna: ‚ECO')] heeft dit geweigerd op grond dat (i) de Algerijnse voogdij in het recht van het Verenigd Koninkrijk niet werd erkend als adoptie, aangezien Algerije geen partij was bij het Haags Verdrag van 1993 [...], en niet werd genoemd in de toen geldende [Adoption (Designation of Overseas Adoptions) Order 1973 (beschikking van 1973 betreffende adoptie [aanwijzing van overzeese adopties])], en (ii) er geen aanvraag was ingediend uit hoofde van artikel 83 van de wet van 2002 [...]."

III. Procedures in het Verenigd Koninkrijk

20. In het kader van de in het Verenigd Koninkrijk gevoerde procedures [11] heeft de First-tier Tribunal SM's beroep tegen het besluit van de ECO verworpen. Die rechter oordeelde dat SM noch juridisch, noch feitelijk kon worden aangemerkt als geadopteerd kind. Zij viel ook niet onder de definitie van „familielid", „familielid in ruime zin" of „geadopteerd kind van een EER-burger" in de zin van de immigratieregeling 2006.

21. In het door SM ingestelde hoger beroep heeft de Upper Tribunal (bestuursrechter in tweede aanleg bevoegd in immigratie- en asielzaken, Verenigd Koninkrijk) bevestigd dat zij geen „familielid" was in de zin van regulation 7 van de immigratieregeling 2006. Hij heeft haar hoger beroep echter toegewezen op grond dat zij onder de definitie van „familielid in ruime zin" in de zin van regulation 8 viel. Derhalve heeft hij de zaak terugverwezen naar de Secretary of State (minister van Binnenlandse Zaken, Verenigd Koninkrijk) opdat deze de hem overeenkomstig regulation 12, lid 2, onder c), toekomende discretionaire beoordelingsbevoegdheid zou uitoefenen.

22. De Court of Appeal (rechter in tweede aanleg in burgerlijke zaken, Verenigd Koninkrijk) heeft het beroep van de ECO tegen de beslissing van de Upper Tribunal toegewezen. Hij was van oordeel dat de vraag of SM een „familielid" in de zin van regulation 7, dan wel een „familielid in ruime zin" zoals bedoeld in regulation 8 van de immigratieregeling 2006 was, er feitelijk niet toe deed. Daarentegen was wel de vraag relevant of zij een „rechtstreekse bloedverwante in neergaande lijn" was in de zin van de definitie van „familielid" in artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38, dan wel, subsidiair, of zij behoorde tot de groep van „andere familieleden [...], die in het land van herkomst ten laste zijn van of inwonen bij de burger van de Unie die het verblijfsrecht in eerste instantie geniet [...]" in de zin van artikel 3, lid 2, onder a), van die richtlijn.

23. Volgens de Court of Appeal staat richtlijn 2004/38 de lidstaten toe het aantal vormen van adoptie die zij voor de toepassing van artikel 2, punt 2, onder c), erkennen, te beperken. Aangezien SM niet was geadopteerd op een in het recht van het Verenigd Koninkrijk erkende wijze, kon zij niet onder die bepaling vallen, maar wel onder artikel 3, lid 2, onder a).

24. De beslissing van de Court of Appeal werd aangevochten bij de Supreme Court, die het Hof verzoekt om een prejudiciële beslissing over een aantal vragen.

11 Gebaseerd op hetgeen is uiteengezet in de verwijzingsbeslissing, punten 14 en 15.

IV. Prejudiciële vragen

25. Volgens de Supreme Court „lijdt het weinig twijfel" dat SM onder artikel 3, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/38 kan vallen. Hij maakt een aantal overwegingen over de toepassing van die bepaling op het geding, waarop ik later nog zal terugkomen.

26. De verwijzende rechter merkt echter op dat hij niet zomaar het beroep kan toewijzen en de beslissing van de Upper Tribunal kan bekrachtigen „op grond dat [SM]'s zaak moet worden overwogen in het licht van artikel 3, lid 2, onder a)[, indien zij feitelijk onder de definitie van , familielid' in artikel 2, punt 2, onder c), valt]. Zij geniet dan immers automatisch het door richtlijn 2004/38 verleende recht van binnenkomst en verblijf. Het is derhalve de vraag wat , rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn' precies betekent." [12]

27. Hij wijst erop dat onder dat begrip de kinderen en kleinkinderen met een bloedband en andere bloedverwanten in neergaande lijn vallen, maar betwijfelt of daaronder ook nakomelingen zonder bloedband vallen. Hij meent dat dit begrip in ieder geval „de afstammelingen omvat die overeenkomstig de eisen van het gastland wettig geadopteerd zijn".

28. Volgens de verwijzende rechter „is [er echter] reden om aan te nemen dat het begrip verder reikt" en hij baseert zich daarvoor op de volgende argumenten:

– In punt 2.1.2 van de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad betreffende richtsnoeren voor een betere omzetting en toepassing van richtlijn 2004/38 [13] staat te lezen dat „het begrip rechtstreekse bloedverwanten in neergaande en opgaande lijn ook betrekking [heeft] op adoptierelaties[...] en op minderjarigen met een vaste wettelijke voogd". Hiermee wordt ook een kind als SM bedoeld, aangezien zij onder de vaste wettelijke voogdij van de heer en mevrouw M. staat.

– Het begrip „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn" kan niet worden uitgelegd overeenkomstig het nationale recht van het gastland, want het is een autonoom begrip dat in de gehele Unie uniform moet worden uitgelegd. [14]

– „Indien bepaalde lidstaten ‚kafala'-kinderen als rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn beschouwen en andere niet, wordt het vrije verkeer van burgers van de Unie die dergelijke kinderen hebben daardoor duidelijk beperkt. Bovendien is dit discriminerend voor degenen die om religieuze of culturele redenen niet in staat zijn het concept van adoptie te aanvaarden zoals dat in het Verenigd Koninkrijk en sommige andere Europese landen wordt opgevat en dat inhoudt dat een kind volledig wordt overgebracht van de ene familie en afkomst naar de andere." [15]

– „[D]at de term ‚rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn' een autonome betekenis kan hebben, [betekent] niet noodzakelijk ook dat dit een ruime betekenis is". Dat SM in die categorie valt, kan derhalve niet worden aangemerkt als een *acte clair*. [16]

12 Punt 22 van de verwijzingsbeslissing.

13 COM/2009/0313 definitief; hierna: „mededeling".

14 Ter ondersteuning van dit standpunt citeert hij de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Coman (C-673/16, EU:C:2018:2, punt 32), en die van advocaat-generaal Bot in de zaak Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:174).

15 Punt 27, laatste alinea, van de verwijzingsbeslissing.

16 Ibidem.

29. De Supreme Court heeft in die omstandigheden, nadat hij zijn bezorgdheid had uitgedrukt dat de verschillen in uitlegging mogelijkerwijs tot uitbuiting, mishandeling en kinderhandel, of tot plaatsing van de betrokken kinderen in een ongeschikt thuis zouden leiden, het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is een kind dat uit hoofde van ‚kafala' of een vergelijkbare regeling in de wetgeving van zijn of haar land van herkomst onder de vaste wettelijke voogdij van een of meer burgers van de Unie valt, een ‚rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn' in de zin van artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38?

2) Kunnen andere bepalingen van die richtlijn, met name de artikelen 27 en 35 ervan, aldus worden uitgelegd dat zij die kinderen de toegang weigeren indien deze kinderen slachtoffer van uitbuiting, mishandeling of kinderhandel zijn of dreigen te worden?

3) Is een lidstaat die een kind dat feitelijk geen bloedverwant in neergaande lijn van een onderdaan van de Europese Economische Ruimte (EER) is, eventueel wil erkennen als ‚rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn' in de zin van artikel 2, punt 2, onder c), gerechtigd om vóór die erkenning eerst te onderzoeken of tijdens de procedures om het kind onder het gezag of de voogdij van die EER-onderdaan te plaatsen, voldoende rekening is gehouden met het belang van dit kind?"

V. Procedure bij het Hof

30. De verwijzingsbeslissing is ter griffie van het Hof ingekomen op 19 februari 2018.

31. SM, Choram Children Legal Centre, Aire Centre, de Tsjechische, de Duitse, de Belgische, de Nederlandse en de Poolse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Op de Poolse en de Tsjechische regering na, zijn alle verschenen ter terechtzitting van 4 december 2018.

VI. Beoordeling

A. Opmerking vooraf

32. De kern van het debat betreft de vraag of het begrip „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn" (dat deel uitmaakt van het ruimere begrip „familieleden") van artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38 ook een kind omvat dat uit hoofde van kafala onder de vaste voogdij van een burger van de Unie valt.[17]

33. Op die vraag kan geen algemeen, abstract antwoord worden gegeven. Kafala is een familierechtelijk instituut van bepaalde landen met een Koran-traditie dat in die landen niet op uniforme wijze is geregeld. Om te achterhalen of een makful (het kind) als een „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn" van de kafil of de kafila (de volwassenen die de zorg voor het kind op zich nemen) kan worden aangemerkt, moet:

– allereerst het civiele recht van het land van herkomst van de minderjarige (dit wil zeggen het land dat de opneming van het kind onder de kafalaregeling heeft toegestaan) worden onderzocht;

17 Hoewel de verwijzende rechter verwijst naar „‚kafala' of een *vergelijkbare regeling in de wetgeving van zijn of haar land van herkomst*", geeft hij geen enkele aanwijzing over dat laatste onderdeel, zodat ik mij zal beperken tot een analyse van kafala, die de enige zorgmaatregel is waarvan in casu wordt gebruikgemaakt.

– worden nagegaan of kafala in dat recht verschillende rechtsvormen kan hebben en, in voorkomend geval, worden geanalyseerd welke rechtsgevolgen de vorm teweegbrengt die door de kafil of de kafila is gekozen om de zorg voor het kind op zich te nemen, en

– worden vastgesteld of een van die rechtsgevolgen inhoudt dat er een echte ouderlijke band (ouder-kind) tussen de kafil of de kafila en de makful tot stand wordt gebracht, die verder gaat dan de band die eigen is aan voogdijrelaties. Indien dat niet het geval is, dient te worden nagegaan of de relatie tussen de kafil of de kafila en de makful functioneel gelijkgesteld kan worden met een adoptierelatie.

34. Ik zal mij aan die structuur houden en derhalve in de eerste plaats kafala onderzoeken zoals zij is neergelegd in het Algerijnse recht en in de internationale teksten, en zoals zij wordt behandeld in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM"), in het bijzonder wat betreft de verhouding tussen die regeling en adoptie. In de tweede plaats zal ik nagaan of het kind dat onder de kafalaregeling is geplaatst, in het licht van de regels inzake zijn juridische status kan worden aangemerkt als een rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn in de zin van artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38. Daartoe zal ik mij moeten buigen over de uitlegging van die laatste bepaling.

B. Juridische regeling van kafala

1. Kafala in het Algerijnse recht

35. Zoals ik reeds heb opgemerkt, kan kafala verschillende rechtsvormen aannemen naargelang van de rechtsorde die als uitgangspunt wordt genomen. Als een gemeenschappelijk richtsnoer lijkt evenwel algemeen te worden aanvaard dat kafala haar oorsprong vindt in de Koran, hetgeen meebrengt dat uitsluitend moslims kafil kunnen zijn [18] en dat de kafil zich ertoe verbindt de makful een islamitische opvoeding te geven [19].

36. In Algerije voorziet de kafil of de kafila via deze wijze van zorgverstrekking in het onderhoud, de opvoeding en de bescherming van de makful op dezelfde manier als een ouder dat voor zijn kind zou doen. [20] De kafil of de kafila heeft de wettelijke voogdij over dat kind, zonder dat die wijze van zorgverstrekking afstammingsbanden doet ontstaan of gelijk is aan adoptie [21], wat in dat land uitdrukkelijk verboden is [22].

37. In Algerije wordt de makful geen erfgenaam van de personen die hem in hun gezin opnemen, maar kunnen laatstgenoemden hem via schenking of legaat tot een derde van hun vermogen overdragen. [23]

38. Kafala is bovendien tijdelijk (alleen een minderjarige kan makful zijn) en herroepbaar door de biologische ouders, als die er zijn, of op verzoek van de kafil of de kafila. [24]

18 Artikel 118 AWF.

19 In de akte waarbij de zorg voor SM wordt opgenomen, wordt dat uitdrukkelijk vermeld (punt 12 van de verwijzingsbeslissing).

20 Artikel 116 AWF.

21 De islamitische rechtssystemen hebben als uitgangspunt het behoud van de bloedbanden en de uitsluiting van adoptie, wat in de meeste (niet in alle) islamitische landen verboden is. Aire Centre en SM wijzen in hun schriftelijke opmerkingen op de verschillen tussen de regelingen in de verschillende landen (respectievelijk punten 51 en 65).

22 Artikel 46 AWF.

23 Artikel 123 AWF.

24 Artikelen 124 en 125 AWF.

39. Wat betreft de procedurele waarborgen voor de toekenning van het recht om zorg te verstrekken, bestaat er naast een private kafala, die wordt toegekend ten overstaan van een *adul* (notaris) en waarvoor geen strenge regels gelden, een gerechtelijke kafala, die tot stand wordt gebracht of bekrachtigd door de bevoegde rechter, met tussenkomst van het openbaar ministerie, na verklaring dat het kind verlaten is. Die laatste procedure is gevolgd in het hoofdgeding.

2. Kafala in internationale teksten

40. Het Verdrag inzake de rechten van het kind vermeldt kafala uitdrukkelijk in artikel 20, naast andere maatregelen voor de bescherming van een kind dat tijdelijk of blijvend het leven in het gezin waartoe het behoort, moet missen of dat in zijn eigen belang niet kan worden toegestaan in dat gezin te blijven.

41. Voor sommige van de partijen die hebben geïntervenieerd in de procedure [25] betekent die vermelding dat kafala als gelijkwaardig met adoptie wordt erkend, aangezien beide in dezelfde bepaling zijn opgenomen. Ik meen echter dat artikel 20 van het Verdrag inzake de rechten van het kind een reeks maatregelen voor de bescherming van een kind bevat die niet noodzakelijk met elkaar vergelijkbaar zijn. Indien de redenering van die partijen werd gevolgd, zou van die gelijkstelling ook sprake kunnen zijn bij de plaatsing in een pleeggezin of de plaatsing in een instelling voor kinderzorg. Bovendien wijst het feit dat in artikel 21 specifiek aandacht wordt besteed aan adoptie, op de bijzondere kenmerken van die vorm van bescherming tegenover de andere vormen van bescherming.

42. SM beroept zich in haar schriftelijke opmerkingen op de „richtlijnen voor alternatieve zorg voor kinderen" (hierna: „richtlijnen alternatieve zorg") [26], als aanvullende tekst bij het Verdrag inzake de rechten van het kind, ter ondersteuning van haar argument dat adoptie en kafala gelijkwaardig zijn, zoals volgens haar kan worden afgeleid uit punt 2 van die richtlijnen. [27]

43. Bij volledige lezing van de richtlijnen alternatieve zorg blijkt naar mijn mening echter dat ook uit die richtlijnen niet kan worden afgeleid dat kafala gelijkstaat aan adoptie. Hier geldt hetzelfde als wat ik hierboven met betrekking tot artikel 20 van het Verdrag inzake de rechten van het kind heb uiteengezet: dat verdrag en de richtlijnen alternatieve zorg geven gewoon een opsomming van verschillende vormen van beschermingsmaatregelen – die niet noodzakelijk dezelfde rechtsgevolgen hebben – als passende middelen om ervoor te zorgen dat een kind in een stabiele gezinsomgeving wordt opgenomen. [28] Dat is logisch aangezien beide documenten onderling samenhangen.

44. Zoals ik reeds heb opgemerkt, vermeldt het Haags Verdrag van 1993 kafala niet. De reden dat in een internationaal instrument tot regeling van adoptie niet over kafala wordt gesproken, is precies het feit dat er tussen adoptie en kafala verschillen bestaan.

25 Aire Centre, SM en Choram Children Legal Centre.

26 Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, vierenzestigste zitting van 24 februari 2010 (A/RES/64/142). Zij zijn bedoeld ter versterking van de uitvoering van het Verdrag inzake de rechten van het kind (punt 1).

27 Zij beogen „ondersteuning te bieden bij inspanningen kinderen onder de zorg van hun gezin te houden of terug te brengen, of, bij gebreke daarvan, een andere passende en permanente oplossing te vinden, met inbegrip van adoptie en kafala naar islamitisch recht".

28 Volgens punt 123 van de richtlijnen alternatieve zorg, dat is opgenomen onder het opschrift „Residentiële zorg", bestaat het doel erin stabiele zorg voor het kind te waarborgen in een alternatief gezinsverband. Punt 151, met betrekking tot „[z]org voor een kind dat reeds in het buitenland is", stelt kafala gelijk met plaatsing van het kind met het oog op adoptie. In punt 161, inzake „[z]org in noodsituaties" en voor situaties waarin terugplaatsing in het gezin onmogelijk blijkt, beveelt de studie „stabiele en definitieve oplossingen [...], zoals adoptie of kafala naar islamitisch recht", aan, maar vermeldt zij daarnaast andere „langetermijnopties [...], zoals pleegzorg of passende residentiële zorg, met inbegrip van groepstehuizen en andere woonregelingen onder toezicht".

45. Ter terechtzitting heeft een van de partijen aangevoerd dat de gevolgen van kafala kunnen worden gelijkgesteld met die van eenvoudige adoptie[29], aangezien het kind in beide gevallen zijn oorspronkelijke familiebanden volledig behoudt. Vast staat dat het Haags Verdrag van 1993 de mogelijkheid openlaat om voordien bestaande familierechtelijke betrekkingen niet te verbreken [artikel 26, lid 1, onder c)], maar het is ook zo – en dit is essentieel – dat dit artikel in hetzelfde lid zonder enige nuance bepaalt dat „[d]e erkenning van een adoptie [...] tevens [...] de erkenning [inhoudt] van: a) de familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en zijn adoptieouders".

46. Het Haags Verdrag van 1996, daarentegen, heeft betrekking op andere maatregelen ten behoeve van de persoon of het vermogen van het kind dan adoptie, waaronder de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een inrichting of de verstrekking van zorg aan het kind door middel van kafala of een overeenkomstig rechtsinstituut. In artikel 4 wordt bepaald dat het verdrag niet van toepassing is op, onder meer, kwesties in verband met de vaststelling van familierechtelijke betrekkingen en beslissingen inzake adoptie.

47. Uit de lezing van die twee Haagse verdragen blijkt dat adoptie de enige beschermingsmaatregel is waarvoor het nodig werd geacht een specifiek internationaal instrument vast te stellen en verder dat de regeling ervan, in geval van interlandelijke adopties, verschilt van die welke geldt voor de andere beschermingsmaatregelen, zoals kafala, gezagsrechten, voogdij, curatele, zorg of beheer, instandhouding van of beschikking over het vermogen van het kind.

48. Het toelichtend rapport bij het Haags Verdrag van 1996 (rapport-Lagarde)[30] bevat aanwijzingen voor een beter begrip van dat verdrag:

– Het wijst erop dat „het Verdrag van 5 oktober 1961 betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen[31] de term ‚beschermingsmaatregelen' [gebruikte] zonder deze te omschrijven. De delegaties van de staten die geen partij waren bij dit verdrag, wilden een omschrijving van die beschermingsmaatregelen of minstens een lijst van de materies die eronder vielen. Aangezien die maatregelen verschillen naargelang van de wetgeving, kan de lijst die in dit artikel wordt gegeven slechts als voorbeeld dienen."

– In het bijzonder met betrekking tot artikel 3, onder e) wordt erop gewezen dat „de maatregelen met betrekking tot de plaatsing van een kind in een pleeggezin of in een inrichting [...] de prototypes van de beschermingsmaatregelen [zijn] en uiteraard onder het verdrag vallen".

– Het verduidelijkt dat „kafala geen adoptie is, hetgeen door het islamitische recht verboden is, en geen gevolgen heeft wat afstamming betreft. Het kind ten behoeve van wie de maatregel geldt, wordt geen familielid van de kafil en dat is de reden waarom kafala niet onder het Verdrag inzake adoptie van 29 mei 1993 valt. Het is echter onmiskenbaar een beschermingsmaatregel die op grond daarvan onder een verdrag inzake de bescherming van kinderen moet vallen."

3. Kafala (in verhouding tot adoptie) in de rechtspraak van het EHRM

49. Het EHRM heeft in twee arresten de problemen behandeld die kafala, in verhouding tot adoptie, doet rijzen in het licht van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (hierna: „EVRM").

29 In landen waar eenvoudige of een minder verregaande vorm dan volle adoptie is toegestaan, maakt dat instituut het normaliter mogelijk om de familierechtelijke betrekkingen met de vroegere familie te behouden, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de betrekkingen van die aard tussen de adoptant en de geadopteerde.

30 Tekst aangenomen door de achttiende zitting van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. Parijs, 15 januari 1997.

31 https://assets.hcch.net/docs/a24db0bc-b430-4f66-8a4d-b466c1f56e47.pdf.

50. In het eerste arrest heeft het op basis van zijn rechtsvergelijkende analyse erop gewezen dat „geen enkele staat kafala gelijkstelt met adoptie, maar dat in deze staat [Frankrijk] en andere staten kafala gevolgen heeft die vergelijkbaar zijn met de gevolgen van voogdij, curatele of plaatsing met het oog op adoptie”. [32]

51. In datzelfde arrest heeft het herhaald dat artikel 8 EVRM noch het recht om een familie te stichten, noch het recht om te adopteren waarborgt, hetgeen niet uitsluit dat de staten die partij zijn bij het EVRM in bepaalde situaties de positieve verplichting kunnen hebben om de totstandbrenging en de ontwikkeling van familiebanden mogelijk te maken, wanneer er al een familierelatie met een kind bestaat. [33]

52. Het EHRM heeft niettemin geoordeeld dat de weigering om kafala met volle adoptie gelijk te stellen niet in strijd is met het recht op familie- en gezinsleven, aangezien de (Franse) wetgeving het in het Algerijnse recht geldende adoptieverbod versoepelt door het geleidelijk op te heffen naarmate er objectieve tekenen zijn dat het kind is geïntegreerd in de Franse samenleving. [34]

53. In het tweede arrest [35] heeft het EHRM het recht op familie- en gezinsleven van artikel 8 EVRM opnieuw geanalyseerd en eraan herinnerd dat de aanwezigheid van „feitelijke familiebanden” kenmerkend is voor de toepasselijkheid van artikel 8. In het concrete geval waarin het uitspraak moest doen, oordeelde het dat het bestaan van een op kafala gebaseerde band niet verschilt van het familie- en gezinsleven in zijn gebruikelijke betekenis, en dat het voortbestaan van de oorspronkelijke familiebanden niet in de weg staat aan een familie- en gezinsleven met andere personen. [36]

54. Desalniettemin oordeelde het EHRM dat de weigering van de Belgische autoriteiten om adoptie en kafala met elkaar gelijk te stellen, de verzoekers niet het recht ontnam op erkenning van de band die anderszins tussen hen bestond (in dat geval via het Belgische instituut van de pleegvoogdij). [37]

4. Kafala en de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in het Unierecht

55. Ondanks de parallellie tussen de verordening over de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in familiezaken en inzake ouderlijke betrekkingen binnen de Europese Unie [38] en het Haags Verdrag van 1996, wordt kafala in die verordening niet vermeld. [39]

32 EHRM, arrest van 4 oktober 2012, Harroudj tegen Frankrijk (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), § 48, waarin wordt herhaald wat in § 21 is uiteengezet: „Van de tweeëntwintig verdragsluitende staten met betrekking tot welke een rechtsvergelijkende studie is gemaakt [...], stelt geen enkele staat kafala die in het buitenland tot stand is gebracht, gelijk met adoptie. In de staten waar de nationale rechters de gevolgen van een in het buitenland uitgesproken kafala hebben erkend, hebben zij kafala steeds gelijkgesteld met voogdij, curatele of plaatsing met het oog op adoptie”.

33 Ibidem, § 41.

34 Ibidem, §§ 46-52.

35 Arrest van 16 december 2014, Chbihi Loudoudi tegen België (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

36 Ibidem, §§ 78 en 79.

37 Ibidem, §§ 101 en 102.

38 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 (PB 2003, L 338, blz. 1).

39 Bij de vaststelling van het toepassingsgebied ervan, in artikel 1, vermeldt zij de ouderlijke verantwoordelijkheid met betrekking tot het gezagsrecht en het omgangsrecht; voogdij, curatele en overeenkomstige rechtsinstituten; de aanwijzing en de taken van enige persoon of enig lichaam, belast met de zorg voor de persoon of het vermogen van het kind, of die het kind vertegenwoordigt of bijstaat; de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een inrichting; en de maatregelen ter bescherming van het kind die verband houden met het beheer of de instandhouding van dan wel de beschikking over het vermogen van het kind. Net zoals het Haags Verdrag van 1996 sluit zij familierechtelijke betrekkingen en adoptie onmiddellijk uit van haar toepassingsgebied.

56. Niettegenstaande dat stilzwijgen ben ik het eens met advocaat-generaal Kokott dat de regels van verordening nr. 2201/2003 kunnen worden uitgelegd in het licht van die van het Haags Verdrag van 1996, waarvoor de toelichtingen in het rapport-Lagarde, die ik hierboven heb besproken, nuttige richtsnoeren bieden. [40]

57. Op basis van dit uitgangspunt zou kunnen worden aangenomen dat de gevolgen van een door de rechterlijke autoriteit van een lidstaat erkende kafala zich kunnen uitstrekken tot een andere lidstaat op grond van verordening nr. 2201/2003, waarvan artikel 1, lid 2, verwijst naar „het gezagsrecht en het omgangsrecht; [...] voogdij, curatele en overeenkomstige rechtsinstituten; [...] de aanwijzing en de taken van enige persoon of enig lichaam, belast met de zorg voor de persoon of het vermogen van het kind, of die het kind vertegenwoordigt of bijstaat". Dat zou echter niet mogelijk zijn voor adoptie, aangezien „beslissingen inzake adoptie [en] voorbereidende maatregelen voor adoptie" zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van die verordening [artikel 1, lid 3, onder b)].

C. Begrip „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn" in richtlijn 2004/38 (eerste prejudiciële vraag)

1. Autonome uitlegging van het begrip

58. Hebben de bewoordingen „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn", die in artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38 worden gebruikt, een autonome betekenis in het Unierecht? Dat is een van de geschilpunten tussen de partijen bij het geding. [41]

59. Volgens vaste rechtspraak volgt „uit de vereisten van eenvormige toepassing van het recht van de Unie en van het gelijkheidsbeginsel [...] dat de bewoordingen van een bepaling van het Unierecht die voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk verwijst naar het recht van de lidstaten, in de regel in de gehele Unie autonoom en op eenvormige wijze dienen te worden uitgelegd". [42]

60. Het Hof heeft erop gewezen dat bij die uitlegging „niet alleen rekening wordt gehouden met de bewoordingen van deze bepaling, maar ook met de context ervan en met het doel van de regeling waarvan zij deel uitmaakt". [43]

61. De context waarin richtlijn 2004/38 de bewoordingen „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn" gebruikt, als een bijzondere subcategorie van de „familieleden", zet mij ertoe aan om te pleiten voor de conceptuele autonomie van dat begrip in het Unierecht. In feite ben ik van mening dat dit altijd het geval moet zijn wanneer een bijzondere bepaling, zoals hier het geval is, het volgende vaststelt: „Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder [...]".

40 Standpuntbepaling in de zaak Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:177, punt 17): „Uit [het rapport-Lagarde] kunnen in het kader van de historische en systematische uitlegging van verordening nr. 2201/2003 aanwijzingen worden afgeleid voor de uitlegging van de relevante bepalingen van de verordening. De bepalingen van de verordening inzake het gezagsrecht berusten namelijk op de voorbereidende werkzaamheden voor het Haags verdrag en stemmen daarmee grotendeels overeen, zo ook met betrekking tot de in casu uit te leggen bepalingen inzake het toepassingsgebied. De bepalingen van de verordening en de corresponderende verdragsbepalingen moeten bovendien zoveel mogelijk op dezelfde wijze worden uitgelegd teneinde te voorkomen dat het resultaat verschilt naargelang een andere lidstaat dan wel een derde land in geding is."

41 Terwijl de Poolse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk aanvoeren dat de lidstaten exclusief bevoegd zijn om dat begrip te omschrijven, stellen de andere partijen dat het autonoom moet worden uitgelegd voor de gehele Unie.

42 Arrest van 18 oktober 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak). De Poolse regering wijst op het gebruik van de bewoordingen „in de regel" in die rechtspraak, maar verklaart niet waarom in casu, ondanks het feit dat in de geciteerde bepaling van richtlijn 2004/38 niet uitdrukkelijk naar het nationale recht wordt verwezen, de toepassing van de algemene regel zou moeten worden uitgesloten.

43 Arrest van 27 september 2017, Nintendo (C-24/16 en C-25/16, EU:C:2017:724, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Naar dat richtsnoer verwijzen, in verband met richtlijn 2004/38, de advocaten-generaal Bot en Wathelet in hun conclusies in respectievelijk de zaak Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:174, punt 39) en de zaak Coman e.a. (C-673/16, EU:C:2018:2, punten 34 en 35).

62. De definities die na die aanhef volgen, zijn derhalve opgesteld om aan te geven wat onder de betrokken term „wordt verstaan" in een zeer specifiek rechtskader van het Unierecht (thans, het rechtskader van richtlijn 2004/38). Tenzij in de definitie naar het recht van de lidstaten wordt verwezen, moet, om het door die term beschreven instituut af te bakenen, worden nagegaan wat de eigenlijke betekenis daarvan is volgens het Unierecht.

63. Artikel 2 van richtlijn 2004/38 bevat een voorbeeld van een uitdrukkelijke verwijzing naar het recht van de lidstaten: naast de echtgenoot [punt 2, onder a)] wordt melding gemaakt van „de partner, met wie de burger van de Unie overeenkomstig de wetgeving van een lidstaat een geregistreerd partnerschap heeft gesloten" [punt 2, onder b)]. Buiten dat geval zijn de begrippen in dat artikel, zoals ik hierboven reeds heb vermeld, niet afhankelijk van de wijze waarop zij in nationaal recht worden behandeld.

64. Het arrest van het Hof van 5 juni 2018, dat betrekking had op het begrip „echtgenoot"[44] in artikel 2 van richtlijn 2004/38, kan enige klaarheid brengen in de autonome uitlegging van dat begrip, die methodologisch gesproken ook op het begrip „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn" kan worden toegepast.

65. Hoewel het arrest niet verwijst naar de autonome uitlegging (anders dan de conclusie, waarin de advocaat-generaal geneigd was die uitlegging te gebruiken)[45], komt het Hof toch tot hetzelfde resultaat: het begrip „echtgenoot" in de zin van richtlijn 2004/38 heeft zijn eigen kenmerken[46], tegenover welke „[e]en lidstaat [...] zich [...] niet [kan] beroepen op zijn nationale recht"[47] om een in die richtlijn neergelegd verblijfsrecht niet toe te kennen.

66. Dat een juridische categorie uit het Unierecht wordt gebruikt, betekent echter niet dat die noodzakelijkerwijs volledig losstaat van gelijkwaardige categorieën in het recht van de lidstaten. Derhalve dienen de wetboeken of wetten die het familierecht in de betrokken lidstaat regelen (waarvoor die lidstaten bevoegd zijn) te worden geanalyseerd om na te gaan of de rechtsinstituten van de betrokken lidstaat voor de toepassing van een bepaalde richtlijn overeenstemmen met die welke in die richtlijn zijn gedefinieerd.

2. Rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn in richtlijn 2004/38

67. Het belang van de precieze omschrijving van dat begrip uit richtlijn 2004/38 blijkt wanneer de gevolgen ervan worden onderzocht voor de binnenkomst en het verblijf van kinderen die weliswaar deel uitmaken van de familie (in ruime zin) van een burger van de Unie, maar niet onder dat begrip vallen:

– De „rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn [...], beneden de leeftijd van 21 jaar of die te hunnen laste zijn" verkrijgen *automatisch*[48] het recht van inreis en verblijf in de lidstaat waar hun bloedverwanten in opgaande lijn wonen, die burgers van de Unie zijn.

44 Zaak Coman e.a. (C-673/16, EU:C:2018:385).

45 Conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak Coman e.a. (C-673/16, EU:C:2018:2, punten 33-42).

46 Arrest van 5 juni 2018, Coman e.a. (C-673/16, EU:C:2018:385, punt 35): „[V]ooreerst [zij] opgemerkt dat het begrip ‚echtgenoot' in de zin van richtlijn 2004/38 geslachtsneutraal is en dus ook de echtgenoot van hetzelfde geslacht van de betrokken burger van de Unie kan omvatten."

47 Ibidem, punt 36.

48 De term *automatisch* moet worden genuanceerd, aangezien op grond van artikel 10 van richtlijn 2004/38 „[h]et verblijfsrecht van de familieleden van een burger van de Unie die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, [...] ter zake [wordt] vastgesteld door de afgifte van een document, ‚verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie' genoemd". Voor die afgifte wordt overlegging verlangd van een aantal documenten waaronder een document waaruit „de verwantschap of het bestaan van een geregistreerd partnerschap blijkt" en „in de in artikel 2, lid 2, onder c) [rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn] en d), bedoelde gevallen, stukken ter staving dat aan de in deze bepalingen bedoelde voorwaarden is voldaan".

– De in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 bedoelde andere familieleden in ruime zin, ook de kinderen, moeten, voor zover zij aan een aantal voorafgaande voorwaarden voldoen [49], worden geëvalueerd door de autoriteiten van het gastland. Deze autoriteiten moeten op grond van die evaluatie: i) overeenkomstig hun nationale wetgeving binnenkomst en verblijf van de betrokkenen vergemakkelijken [50]; ii) de persoonlijke situatie nauwkeurig onderzoeken, en iii) een eventuele weigering van toegang of verblijf motiveren [51].

68. Zoals ik reeds heb opgemerkt, twijfelt de verwijzende rechter er niet aan dat SM tot de tweede categorie behoort. Bovendien wijst hij de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk die de evaluatie moeten uitvoeren erop dat het Unierecht [52] hen verplicht om de binnenkomst van het kind in het Verenigd Koninkrijk te *vergemakkelijken*. Hij benadrukt daarbij vooral dat „[b]ij deze evaluatie [...] degenen die het besluit nemen, hetzij bij het ministerie van Binnenlandse Zaken, hetzij bij de beroepsinstanties, ook het doel van de richtlijn in het oog [zouden] moeten houden, namelijk het recht van de burgers van de Unie op vrij verkeer en verblijf vereenvoudigen en versterken, aangezien vrijheid van verkeer een van de fundamentele vrijheden van de interne markt is. Het is mogelijk dat burgers sterk worden ontmoedigd om het recht van vrij verkeer uit te oefenen, als zij niet meer bij hun gezins- of andere familieleden kunnen wonen.” [53]

69. Aangezien voor de verwijzende rechter die mogelijkheid echter niet volstaat, overweegt hij of de uit hoofde van kafala tot stand gebrachte betrekking in het geval van SM kan worden gelijkgesteld met afstamming door adoptie. In dat geval zou SM de in artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38 bedoelde status genieten, met een betere bescherming van het familie- en gezinsleven en het belang van het kind.

70. Ik ga ervan uit (en heb in dat verband geen twijfels) dat het begrip „rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn” in de zin van richtlijn 2004/38 zowel biologische kinderen als geadopteerde kinderen omvat. Uit juridisch oogpunt wordt adoptie in alle opzichten als afstamming beschouwd.

71. Een analyse van de regels van Unierecht die het nauwst verbonden zijn met het voorwerp van het onderhavige geding, bevestigt die vaststelling. Zo breidt richtlijn 2003/86/EG [54], bij de bepaling van „de voorwaarden [...] voor de uitoefening van het recht op gezinshereniging door onderdanen van derde landen die wettig op het grondgebied van de lidstaten verblijven”, dat recht onder bepaalde voorwaarden uit tot:

„– de minderjarige kinderen van de gezinshereniger en diens echtgenoot, *met inbegrip van kinderen die zijn geadopteerd* overeenkomstig een beslissing van de bevoegde autoriteit in de betrokken lidstaat [...];

– de *minderjarige kinderen, met inbegrip van geadopteerde kinderen*, van de gezinshereniger, indien de gezinshereniger het gezag over de kinderen heeft en dezen te zijnen laste komen [...];

49 Waaronder het ten laste zijn van of het inwonen bij de burger van de Unie die het verblijfsrecht geniet, wat in casu het geval is.

50 Artikel 3, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2004/38. De personen die onderdaan zijn van derde landen en tot de familie in ruime zin behoren, genieten dus op basis van hun familieband met een burger van de Unie een voordeel, aangezien de lidstaten hun binnenkomst en verblijf) dienen te vergemakkelijken (zij het niet onvoorwaardelijk).

51 Artikel 3, lid 2, laatste alinea, van richtlijn 2004/38.

52 „Hoewel artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 de lidstaten niet verplicht om een recht van binnenkomst en verblijf toe te kennen aan personen die ten laste van een burger van de Unie zijnde familieleden in de ruime zin zijn, legt deze bepaling, zoals blijkt uit het gebruik van de tegenwoordige tijd ‚vergemakkelijkt’ in artikel 3, lid 2, de lidstaten evenwel een verplichting op om aanvragen die zijn ingediend door personen die een bijzondere relatie van afhankelijkheid met een burger van de Unie hebben, gunstiger te behandelen dan aanvragen tot binnenkomst en verblijf van andere staatsburgers van derde landen.” Arrest van 5 september 2012, Rahman e.a. (C-83/11, EU:C:2012:519, punt 21).

53 Punt 21 van de verwijzingsbeslissing.

54 Richtlijn van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (PB 2003, L 251, blz. 12).

– de minderjarige kinderen, *met inbegrip van geadopteerde kinderen*, van de echtgenoot, indien de echtgenoot het gezag over de kinderen heeft en dezen te zijnen laste komen. [...]”[55]

72. Zo ook beschouwt richtlijn 2011/95/EU[56] in artikel 2, onder j), „de *minderjarige kinderen* van de bij het eerste gedachtestreepje bedoelde paren of de persoon die internationale bescherming geniet, mits zij ongehuwd zijn, ongeacht de vraag of zij *naar nationaal recht* wettige, buitenechtelijke of *geadopteerde kinderen* zijn” als gezinsleden van de verzoeker om internationale bescherming. Die definitie wordt herhaald in artikel 2, onder g), van verordening (EU) nr. 604/2013.[57]

73. Wanneer in andere regels van het Unierecht aan rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn wordt gerefereerd, is dat onder verwijzing naar richtlijn 2004/38[58] of naar het recht van de betrokken staat.[59]

74. Op basis van dit uitgangspunt zou de makful, wanneer kafala als een vorm van adoptie zou kunnen worden beschouwd, als geadopteerd kind een „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn” kunnen worden van diegenen die de zorg voor hem op zich hebben genomen.

75. De verwijzende rechter, die wordt bijgevallen door sommige partijen bij de prejudiciële procedure[60], citeert de hierboven vermelde mededeling van de Commissie[61] om die gelijkstelling te staven.

76. In punt 2.1.2 van die mededeling, dat betrekking heeft op de „[f]amilieleden in rechte lijn”[62], worden adoptierelaties en relaties van minderjarigen met een vaste wettelijke voogd inderdaad gelijkgesteld. Indien dat standpunt wordt gevolgd, zou SM als minderjarige die onder de wettelijke voogdij staat van de echtgenoten die haar zorg verstekken, kunnen worden beschouwd als hun geadopteerde dochter.

77. Ik meen echter dat die gelijkstelling niet strookt met de juiste uitlegging van artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38. Overigens hoeft er nauwelijks aan te worden herinnerd dat de mededeling niet normatief is.

55 Artikel 4, lid 1, onder b), c) en d), van richtlijn 2003/86 (cursivering van mij).

56 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (PB 2011, L 337, blz. 9).

57 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (PB 2013, L 180, blz. 31).

58 Aldus verordening (EG) nr. 1931/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 tot vaststelling van regels inzake klein grensverkeer aan de landbuitengrenzen van de lidstaten en tot wijziging van de bepalingen van de Schengenuitvoeringsovereenkomst (PB 2006, L 405, blz. 1), artikel 3, lid 4, onder i); verordening (EU) 2016/399 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende een Uniecode voor de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscode) (PB 2016, L 77, blz. 1), artikel 2, lid 5, onder a), of richtlijn (EU) 2016/801 van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2016 betreffende de voorwaarden voor toegang en verblijf van derdelanders met het oog op onderzoek, studie, stages, vrijwilligerswerk, scholierenuitwisseling, educatieve projecten of au-pairactiviteiten (PB 2016, L 132, blz. 21), artikel 3, punt 24.

59 Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB 2004, L 166, blz. 1), artikel 1, onder i).

60 Aire Centre, Choram Children Legal Centre, SM en de Commissie zelf.

61 Punt 28.

62 „Onverminderd de kwestie van de erkenning van besluiten van nationale autoriteiten, heeft het begrip rechtstreekse bloedverwanten in neergaande en opgaande lijn ook betrekking op *adoptierelaties en op minderjarigen met een vaste wettelijke voogd*. Pleegkinderen en pleegouders die tijdelijk voogd zijn, kunnen – afhankelijk van de sterkte van de relatiebanden – aanspraak maken op de uit de richtlijn voortvloeiende rechten. Er gelden geen beperkingen ten aanzien van de graad van verwantschap. De nationale autoriteiten kunnen verlangen dat de gestelde familieverwantschap wordt bewezen” (cursivering van mij).

78. Volgens mij maakt het feit dat de minderjarige een „vaste wettelijke voogd” heeft hem niet tot een rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn (door adoptie) van die voogd. Verschillende redenen staan in de weg aan die gelijkstelling, zowel in abstracte zin als in de specifieke situatie van SM, als een kind dat is onderworpen aan kafala naar Algerijns recht.

79. Uit abstract oogpunt kan een voogdijrelatie niet worden gelijkgesteld met een afstammingsrelatie. (Biologische of adoptieve) afstamming en voogdij die aan een andere persoon dan de (biologische of adoptie-) ouders is toegekend, kunnen zelfs naast elkaar bestaan. Zoals de Duitse regering aanvoert, zou die gelijkstelling volledige juridische gelijkheid vereisen.

80. Wanneer de kwestie uit het oogpunt van de bestendigheid van de band en zelfs los van de inhoud van die band wordt bekeken, is de voogdij (en a fortiori kafala) een tijdelijk, niet-permanent instituut, aangezien zij alleen geldt zolang het onder voogdij geplaatste kind minderjarig is. Daarentegen is afstamming, zelfs uit hoofde van eenvoudige adoptie, blijvend.

81. Bovendien staat in de laatste zin van punt 2.1.2 van de mededeling van de Commissie te lezen dat de nationale autoriteiten kunnen verlangen dat de gestelde familieverwantschap wordt bewezen, hetgeen alleen maar kan gebeuren tijdens de voorafgaande evaluatieprocedure van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38. Die procedure kan echter niet worden uitgebreid tot de „rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn”.

82. De mededeling van de Commissie terzijde gelaten, meen ik derhalve dat het wezenlijke kenmerk dat adoptie onderscheidt van kafala juist de afstammingsband is. Terwijl kafala geen dergelijke band tot stand brengt, is dat bij adoptie steeds het geval, ook in de lichtste vorm ervan, namelijk de eenvoudige adoptie.

83. Tot hetzelfde resultaat leidt het onderzoek van de verschillende, hierboven geciteerde internationale instrumenten[63] die enerzijds adoptie en anderzijds instituten ter bescherming van het kind zoals kafala regelen, zonder deze onderling gelijk te stellen.

84. Bovendien dient ermee rekening te worden gehouden dat de strenge controlemechanismen voor interlandelijke adopties waarin het Haags Verdrag van 1993 voorziet om het belang van het kind te waarborgen, gemakkelijk zouden kunnen worden omzeild[64] indien een vorm van wettelijke voogdij als adoptie werd erkend die, juist omdat zij niet dezelfde gevolgen teweegbrengt als adoptie, wordt voorafgegaan door een nationale procedure die niet dezelfde waarborgen biedt (of die, in geval van kafala die ten overstaan van een adul (notaris) tot stand komt, niet eens de tussenkomst van overheidsinstanties vereist).

85. Het voorgaande is bijzonder belangrijk indien in aanmerking wordt genomen dat Algerije geen van beide Haagse verdragen heeft geratificeerd, zodat het niet gebonden is door internationale regels die voorzien in controle- en waarborgmechanismen ten aanzien van beschermingsmaatregelen voor kinderen, ongeacht of die maatregelen bestaan in de verstrekking van zorg door middel van kafala dan wel in een andere gelijkwaardige regeling.

86. Ik breng in herinnering dat het Algerijnse recht, op basis waarvan SM onder de kafalaregeling werd geplaatst, die wijze van zorgverstrekking toestaat en tezelfdertijd de adoptie van de makful verbiedt, en dus aan die gelijkstelling in de weg staat. Dat verbod geldt niet alleen in het geval dat het kind wegens zijn bekende afstamming zijn ouder-kindband behoudt met zijn bloedverwanten in de opgaande lijn, maar ook in de andere gevallen. De kafil of kafila krijgt enkel de wettelijke voogdij over de makful –

63 Punten 40-47 van deze conclusie.

64 Daar hebben de regering van het Verenigd Koninkrijk (punten 52 e.v. van haar opmerkingen) en de Duitse regering (punten 32 e.v. van haar opmerkingen) op gewezen.

kafala leidt er niet toe dat laatstgenoemde een rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn van eerstgenoemde wordt. Derhalve kan mijns inziens ook met de grootste welwillendheid niet worden verdedigd dat SM een rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn is, als geadopteerde, van de personen die de zorg voor haar op zich hebben genomen. [65]

87. Het voorgaande sluit niet uit dat, nadat kafala tot stand is gebracht, de kafil of de kafila beslist de makful te adopteren, indien hij of zij dat gepast acht en de rechtsorde van het betrokken land dat toestaat. Die oplossing is ingevoerd in enkele lidstaten [66] en maakt het mijns inziens mogelijk dat de makful die later wordt geadopteerd (dat wil zeggen door middel van een interlandelijke adoptie overeenkomstig het Haags Verdrag van 1993) de status van rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn van zijn adoptieouders verkrijgt en op grond daarvan de lidstaat waar zij wonen, kan inreizen en er verblijven.

88. Uit het onderzoek van de verschillende reeds vermelde regelgevende instrumenten van de Unie waarin de uitdrukking „familieleden" wordt gebruikt en kinderen worden vermeld, blijkt dat het begrip „rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn" zich niet verder kan uitstrekken dan adoptiekinderen, en dus niet kan worden uitgebreid tot kinderen die onder wettelijke voogdij staan.

3. Gevolgen van het recht op familie- en gezinsleven en van het belang van het kind voor de uitlegging van het begrip rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn van richtlijn 2004/38

89. De (voorlopige) slotsom waartoe ik in de voorgaande punten ben gekomen, moet de toets van de in het Handvest gewaarborgde rechten en beginselen doorstaan. Immers zou kunnen worden aangenomen dat de uitlegging die ik bepleit overdreven formalistisch is, en dat de verplichting tot eerbiediging van het recht op familie- en gezinsleven en van de belangen van het kind als een „essentiële overweging" (respectievelijk artikel 7 en artikel 24, lid 2, van het Handvest) vereist dat kafala wordt gelijkgesteld met adoptie.

90. Bij deze analyse is het nuttig om opnieuw te verwijzen naar de twee uitspraken van het EHRM [67] waarin artikel 8 EVRM (betreffende het recht op familie- en gezinsleven) is uitgelegd met betrekking tot de weigering van de autoriteiten van staten die dat verdrag hebben ondertekend, om de relatie die uit kafala is ontstaan, gelijk te stellen met de adoptierelatie.

a) Kafala en bescherming van het familie- en gezinsleven

91. Richtlijn 2004/38 voorziet in twee mogelijkheden voor een kind dat geen burger van de Unie is om een lidstaat binnen te komen en er te verblijven samen met de personen met wie het een „familie- en gezinsleven" heeft. Het verschil tussen beide mogelijkheden bestaat erin dat terwijl artikel 2, punt 2, onder c) (rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn), inhoudt dat de continuïteit van het familie- en gezinsleven automatisch plaatsvindt [68], artikel 3, lid 2, een voorafgaande beoordeling van de omstandigheden vereist.

65 In punt 56 van haar schriftelijke opmerkingen wijst SM er zelf op (of beter, bij monde van haar advocaten) dat „het verschrikkelijk zou zijn voor de heer en mevrouw M. indien zij de ten overstaan van de Algerijnse rechter gedane belofte, haar een islamitische opvoeding te geven, niet zouden nakomen (of zou kunnen worden verwacht dat zij die belofte niet nakomen) en haar zouden adopteren onder het Haags verdrag [van 1993], hetgeen in het Algerijnse recht verboden is".

66 In verband met Frankrijk heeft het EHRM geoordeeld dat de collisieregel van artikel 370-3 van het Franse burgerlijk wetboek („de adoptie van een minderjarige vreemdeling kan niet worden uitgesproken indien zijn personele wet dat instituut verbiedt, behalve wanneer de minderjarige in Frankrijk is geboren en er zijn gewone verblijfplaats heeft"), waarvan de toepassing op Algerijnse makfuls hun adoptie in Frankrijk – gelet op het in Algerije geldende verbod – verhinderde, niettemin de mogelijkheid zou kunnen bieden om te adopteren wanneer het kind de Franse nationaliteit heeft verkregen. Zie arrest van 4 oktober 2012, Harroudj tegen Frankrijk (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109, § 51).

67 Arresten van 4 oktober 2012, Harroudj tegen Frankrijk (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109), en 16 december 2014, Chbihi e.a. tegen België (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510).

68 Met de in voetnoot 48 uiteengezette nuancering.

92. In casu heeft SM bij de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk „een binnenkomstmachtiging aangevraagd als geadopteerd kind van een EER-onderdaan”.[69] Los van die status van geadopteerd kind kan het verzoek om toegang en verblijf echter ook worden toegewezen op grond van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 – de mogelijkheid waarin de richtlijn voorziet voor andere „familieleden” –, zoals de verwijzende rechter erkent. Bovendien laten de hierboven uiteengezette overwegingen van die rechter de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk weinig ruimte om SM het recht te ontzeggen dat land in te reizen en er te verblijven teneinde een familie- en gezinsleven te leiden met de burgers van de Unie die de zorg voor haar op zich hebben genomen.

93. Ik begrijp derhalve niet waarom afwijzing van één mogelijkheid (die voor de rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn) het familie- en gezinsleven zou belemmeren, wanneer de andere mogelijkheid (toekenning van de verblijfsvergunning na controle of SM ten laste is van of inwoont bij een burger van de Unie die het verblijfsrecht geniet) het kind niet verhindert *daadwerkelijke* rechtsbescherming van datzelfde familie- en gezinsleven te verkrijgen.

94. Vast staat dat de automatische erkenning waarin artikel 2, punt 2, van richtlijn 2004/38 voorziet, minder problemen zou opleveren. Indien echter, uit het oogpunt dat thans relevant is, die erkenning gedoemd is te mislukken wegens de uitleggingsproblemen waarop ik heb gewezen (die mijns inziens onoverkomelijk zijn), en tezelfdertijd voor het kind een mechanisme als dat van artikel 3, lid 2, van die richtlijn beschikbaar is, meen ik dat het recht op het familie- en gezinsleven hoe dan ook is gewaarborgd.

95. Het EHRM kwam in de hierboven aangehaalde zaken tot hetzelfde resultaat. In het arrest Chbihi e.a. tegen België[70], waarin het arrest Harroudj tegen Frankrijk[71] werd aangehaald, oordeelde het dat „de bepalingen van artikel 8 [...] noch het recht om een gezin te stichten, noch het recht om te adopteren [waarborgen]. Dit sluit echter niet uit dat de staten die partij zijn bij het [EVRM] in bepaalde omstandigheden de positieve verplichting kunnen hebben om de totstandbrenging en de ontwikkeling van familiebanden mogelijk te maken.” Het voegde eraan toe dat „[v]olgens de beginselen die voortvloeien uit [zijn] rechtspraak [...] de staat, wanneer bewezen is dat er een familieband met een kind bestaat, aldus dient te handelen dat die band zich kan ontwikkelen en dat een wettelijke bescherming wordt geboden die de opneming van het kind in zijn familie mogelijk maakt”.

96. In die zaak, die onmiskenbaar gelijkenissen vertoont met de onderhavige, werd aangenomen dat de (in Marokko) naar behoren tot stand gebrachte kafala een juridische band had gecreëerd tussen de kafiles en de makful. Aangezien dat rechtsinstituut in België niet bestond, vormde de in België gevraagde adoptie een nieuwe rechtssituatie. Het EHRM oordeelde dat het „noodzakelijk was een juist evenwicht te vinden tussen, enerzijds, de belangen van het individu en, anderzijds, die van de samenleving als geheel” en dat „de staat een zekere beoordelingsbevoegdheid heeft”.[72] In die omstandigheden moest „in de eerste plaats worden nagegaan of de beslissingen van de Belgische rechters waarbij de adoptie werd geweigerd, in de weg stonden aan de behoorlijke ontwikkeling van de familiebanden tussen het kind en de personen die hem uit hoofde van kafala zorg verstrekten”.[73]

69 Punt 13 van de verwijzingsbeslissing.

70 Arrest van 16 december 2014 (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510, § 89).

71 Arrest van 4 oktober 2012 (CE:ECHR:2012:1004JUD004363109).

72 Arrest van 16 december 2014 (CE:ECHR:2014:1216JUD005226510, § 92).

73 Ibidem, § 93.

97. Het EHRM kwam tot de slotsom dat „de adoptieweigering erkenning van de band tussen de verzoekers niet belette. De Belgische wetgeving bood hun immers een andere mogelijkheid om hun familie- en gezinsleven juridisch te beschermen, namelijk via de pleegvoogdij, waarvan het doel veel gelijkenis vertoont met dat van kafala [...][74] en die het volwassenen mogelijk maakt hun verbintenis om een kind te verzorgen en op te voeden, te laten erkennen”.[75]

b) Kafala en belang van het kind

98. De bescherming van het belang van het kind moet volgens artikel 24, lid 2, van het Handvest de „essentiële overweging” zijn wanneer overheidsinstellingen of particuliere instellingen beslissingen in verband met een kind vaststellen.

99. Wanneer, zoals in casu, de handelingen met het oog op bescherming van het kind, dat door zijn biologische ouders is verlaten, oorspronkelijk in een derde staat (Algerije) zijn vastgesteld en vervolgens gevolgen moeten teweegbrengen in een lidstaat van de Unie (Verenigd Koninkrijk), dient de controle die wordt uitgeoefend door de autoriteiten van de staat van herkomst en die van het gastland te zijn gericht op het belang van dat kind, zonder dat voorbij wordt gegaan aan de Unierechtelijke regels die het mogelijk maken dat belang te beoordelen.

100. De beoordeling van het belang van het kind heeft twee aspecten: het materiële aspect (dat uiteraard afhankelijk is van de omstandigheden die zich in de situatie van het kind voordoen) en het procedurele aspect, met betrekking tot de procedures om dat belang te beoordelen.

101. Wat het materiële aspect betreft, voldoet de plaatsing van het kind in een pleeggezin aan de eisen inzake bescherming van het belang van het kind, zoals het Hof heeft geoordeeld: „Die integratie, zonder onderbreking en voor langere duur, in de woning en het gezin van een pleegouder van kinderen die vanwege hun moeilijke gezinssituatie bijzonder kwetsbaar zijn, is een maatregel die geschikt is om het belang van het kind te beschermen, als voorzien in artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.”[76]

102. Wat het procedurele aspect betreft, zal ik thans alleen in herinnering brengen hoe die beoordelingsprocedures in wezen zijn geregeld in de verdragsrechtelijke instrumenten inzake erkenning van adoptie- en ouder-kindrelaties met internationale aanknopingspunten en in het Unierecht zelf.

103. Met betrekking tot de verdragsrechtelijke instrumenten dient erop te worden gewezen dat, juist om te garanderen dat het belang van het kind in aanmerking wordt genomen,

– het Haags Verdrag van 1993 bij de regeling van de interlandelijke adoptie voorziet in een dubbele controleprocedure, waarbij zowel de autoriteiten van het land van herkomst als die van het gastland betrokken worden[77];

– artikel 33 van het Haags Verdrag van 1996 ook in een tweeledig mechanisme voorziet, dat inhoudt dat „[i]ndien een ingevolge de artikelen 5 tot en met 10 bevoegde autoriteit de plaatsing van het kind in een pleeggezin of in een instelling dan wel de verstrekking van zorg aan het kind door

74 Het EHRM verwijst naar de punten 64 en 65 van zijn arrest, waarin het de regeling van de pleegvoogdij beschrijft aan de hand van de tekst van artikel 475 bis van het Belgische Burgerlijk Wetboek: „Wanneer iemand die ten minste 25 jaar oud is, zich verbindt om een niet ontvoogd minderjarig kind te onderhouden, op te voeden en in staat te stellen de kost te verdienen, kan hij zijn pleegvoogd worden, met instemming van degenen wier toestemming vereist is voor de adoptie van minderjarigen.”

75 Ibidem, punt 102.

76 Arrest van 20 november 2018, Sindicatul Familia Constanța e.a. (C-147/17, EU:C:2018:926, punt 71). In die zaak ging het om een Roemeense instelling waarvan de activiteit „erop [was] gericht het pleegkind zonder onderbreking en voor langere duur in de woning en het gezin van de pleegouder op te nemen” (punt 62). Een opneming met die kenmerken komt, wat de zorg voor het kind betreft, inhoudelijk overeen met kafala.

77 Artikelen 4 en 5, en 14 e.v.

middel van kafala of een overeenkomstig rechtsinstituut overweegt en indien deze plaatsing of zorg dient plaats te vinden in een andere verdragsluitende staat, [...] zij eerst overleg [pleegt] met de centrale autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van laatstgenoemde staat". [78]

104. Uit een vergelijkbaar perspectief, maar dan in het kader van de Unierechtelijke regels tot bepaling van het ogenblik waarop een plaatsing waartoe in een lidstaat wordt besloten, gevolgen moet teweegbrengen in een andere lidstaat, voorziet artikel 56 van verordening nr. 2201/2003 in een controleprocedure waaraan de autoriteiten van beide lidstaten deelnemen. [79]

105. Ik refereer aan die bepalingen om te wijzen op een kenmerk dat typisch is voor het waarborgen van het belang van het kind in soortgelijke gevallen als in het onderhavige geding, namelijk dat de beoordeling ervan moet worden verricht door de autoriteiten van beide lidstaten bij de procedure, die verplicht zijn vooraf controle uit te oefenen.

106. In het kader van richtlijn 2004/38 kan die waarborg echter alleen worden geboden indien de procedure van artikel 3, lid 2, wordt gevolgd. Die bepaling voorziet in een adequaat wettelijk kader voor een doeltreffende bescherming van het kind binnen de Unie, en verzoent tegelijk de oorspronkelijke doelstellingen van het rechtsinstituut van de voogdij (kafala) met het recht op familie- en gezinsleven.

107. Indien daarentegen de automatische erkenning van artikel 2, punt 2, van richtlijn 2004/38 zou worden aanvaard, zou alleen toezicht achteraf mogelijk zijn, met het paradoxale resultaat dat de plaatsing van een kind onder kafala waartoe is besloten in een staat als Algerije, die het Haagse verdrag van 1996 niet heeft geratificeerd, onmiddellijk gevolgen zou teweegbrengen (zonder dat de autoriteiten van het gastland het belang van het kind vooraf kunnen beoordelen), terwijl de staten die dat verdrag wel hebben ondertekend de instemming van de autoriteiten van het gastland nodig hebben om een besluit nemen.

108. Al met al vereist de „essentiële overweging" die het belang van het kind moet vormen in omstandigheden als die van het onderhavige geval dat dat belang per geval wordt beoordeeld door middel van een procedure van voorafgaande beoordeling, die verschilt van die welke geldt voor rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn. [80]

D. Tweede prejudiciële vraag

109. De verwijzende rechter wenst te vernemen of op grond van richtlijn 2004/38, in het bijzonder de artikelen 27 en 35 ervan, de toegang kan worden geweigerd aan kinderen die onder kafala zijn geplaatst, indien zij slachtoffer van uitbuiting, mishandeling of kinderhandel zijn of dreigen te worden.

78 In lid 2 ervan wordt daaraan toegevoegd dat „[d]e beslissing over de plaatsing of de verstrekking van zorg [...] in de verzoekende staat slechts [mag] worden genomen indien de centrale autoriteit of een andere bevoegde autoriteit van de aangezochte staat heeft ingestemd met de plaatsing of de zorg, met inachtneming van het belang van het kind". De samenwerking tussen de autoriteiten van de verschillende staten is zeer belangrijk, aangezien tegenover de algemene regel van erkenning van rechtswege van de door de autoriteiten van een verdragsluitende staat genomen maatregelen, weigering van de erkenning wordt toegestaan, onder meer, indien de in artikel 33 bedoelde procedure niet in acht is genomen (zie artikel 23 van het Haags Verdrag van 1996).

79 „Artikel 56, lid 2, van de verordening beoogt aan de ene kant de bevoegde autoriteiten van de aangezochte lidstaat de mogelijkheid te geven om hun instemming met de ontvangst van het betrokken kind te geven of te weigeren, en aan de andere kant de gerechten van de verzoekende lidstaat in staat te stellen om zich, alvorens zij beslissen een kind in een instelling te plaatsen, ervan te vergewissen dat in de aangezochte lidstaat maatregelen worden genomen met het oog op plaatsing daar. [...] [D]e bevoegde autoriteit van de aangezochte lidstaat [moet] met de plaatsing hebben ingestemd voordat het gerecht van de verzoekende lidstaat de beslissing tot plaatsing neemt. Dat de instemming verplicht is, wordt benadrukt door de omstandigheid dat artikel 23, onder g), van de verordening bepaalt dat een beslissing betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid niet wordt erkend indien de procedure van artikel 56 niet in acht is genomen" (arrest van 26 april 2012, Health Service Executive (C-92/12 PPU, EU:C:2012:255, punten 80 en 81).

80 Wanneer laatstgenoemden worden geadopteerd, heeft de controle van het belang van het kind reeds plaatsgevonden overeenkomstig de procedureregels voor de geldigverklaring van de adoptie in het kader van de wetgeving van het betrokken land (of, indien er sprake is van een interlandelijke adoptie, in het kader van het Haags Verdrag van 1993).

110. Artikel 27 van richtlijn 2004/38 staat toe de vrijheid van verkeer en verblijf van een familielid van een burger van de Unie, of van die burger zelf, te beperken „om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid".

111. Voor zover SM, als makful, in casu kan worden aangemerkt als een familielid in ruime zin van de echtgenoten (burgers van de Unie) die de zorg voor haar op zich hebben genomen, staat in beginsel niets in de weg aan de toepassing van artikel 27. Hetzelfde geldt voor die echtgenoten, burgers van de Unie, wier vrijheid van verkeer en verblijf kan worden beperkt om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid. [81]

112. De verwijzingsbeslissing bevat echter niets dat laat vermoeden welke redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid in casu zouden kunnen worden ingeroepen. [82] De verwijzende rechter refereert aan „kinderen die slachtoffer van uitbuiting, mishandeling of kinderhandel zijn of zouden kunnen zijn" [83], maar wanneer er sprake is van die gronden zijn het eventueel degenen die zich aan dergelijke ernstige gedragingen schuldig hebben gemaakt (en niet hun slachtoffers, in geval van kinderen zoals SM) van wie het recht op vrij verkeer en verblijf in het Verenigd Koninkrijk zou kunnen worden beperkt. [84]

113. Op grond van artikel 35 van richtlijn 2004/38 zijn de lidstaten gemachtigd „een in deze richtlijn neergelegd recht in geval van rechtsmisbruik of fraude [...] te ontzeggen, te beëindigen of in te trekken". Die machtiging is zeer ruim: zij omvat zowel ex-antemaatregelen (ontzegging van het recht) als ex-postmaatregelen (beëindiging en intrekking van de reeds erkende rechten). Voor beide volstaat dat er sprake is van rechtsmisbruik of fraude, op voorwaarde dat dit is aangetoond door middel van een individueel onderzoek van het concrete geval. [85]

114. Hoewel de bepaling als specifiek voorbeeld van misbruik of fraude het „schijnhuwelijk" vermeldt, sluit zij andere gevallen niet uit. In overweging 28 van richtlijn 2004/38 worden die schijnhuwelijken namelijk gelijkgesteld met „elke andere vorm van verwantschap aangegaan met als enig doel het recht van vrij verkeer en verblijf te kunnen genieten".

115. Onder de categorie misbruik kunnen, zoals Aire Centre opmerkt [86], vormen van kinderuitbuiting in de zin van richtlijn 2011/36 vallen. [87] Het probleem van mensenhandel omvat verschillende vormen van uitbuiting, waarvan bepaalde, indien zij betrekking hebben op kinderen, kunnen worden vergemakkelijkt door illegale adopties. [88]

116. Er is sprake van *fraude* wanneer de zorg voor een kind, onder het juridische mom van kafala, in werkelijkheid wordt opgenomen met het doel het kind van het ene naar het andere land over te brengen met het oog op „seksuele uitbuiting, gedwongen arbeid of dienstverlening – bedelarij daaronder begrepen – slavernij en met slavernij vergelijkbare praktijken, dienstbaarheid, uitbuiting van strafbare activiteiten, en de verwijdering van organen". [89]

81 Uiteraard moet voor deze beperking van de vrijheid van verkeer en verblijf voldaan zijn aan de strenge eisen die het Hof in zijn rechtspraak heeft gesteld.

82 Anders dan enkele partijen hebben aangevoerd, maakt dat de prejudiciële vraag nog niet niet-ontvankelijk, aangezien alleen de verwijzende rechter kan weten of de feiten van het geding verband houden met het voorwerp van die vraag.

83 Punt 30 van de verwijzingsbeslissing.

84 Overweging 23 van richtlijn 2004/38 verwijst naar het evenredigheidsbeginsel voor de toepassing van de verwijderingsmaatregel, waarbij „rekening [dient] te [worden gehouden] met de graad van integratie van de betrokken personen, de duur van hun verblijf in het gastland, hun leeftijd, hun gezondheidstoestand, hun familiale en economische situatie en hun bindingen met het land van oorsprong".

85 Zie arrest van 18 december 2014, McCarthy (C-202/13, EU:C:2014:2450, punten 43-58), over de waarborgen en de beperkingen van de toepassing van artikel 35 van richtlijn 2004/38.

86 Punten 76 en 77 van haar opmerkingen.

87 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad (PB 2011, L 101, blz. 1).

88 „Illegale adoptie [en] gedwongen huwelijken" worden vermeld in overweging 11 van richtlijn 2011/36.

89 Dat zijn de vormen van uitbuiting die in artikel 2, lid 3, van richtlijn 2011/36 niet-uitputtend zijn opgesomd.

117. In die omstandigheden kunnen de autoriteiten van het gastland tegen het misbruik of de fraude optreden door de „nodige maatregelen" in de zin van artikel 35 van richtlijn 2004/38 te nemen. Net zoals bij artikel 27 van die richtlijn bevat de verwijzingsbeslissing niets dat het nemen van die maatregelen in het geval van SM rechtvaardigt.

E. Controle door de lidstaat op de procedure waarbij het kind onder voogdij of gezag is geplaatst

118. Samengevat wenst de verwijzende rechter te vernemen of de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk gerechtigd zijn om, vooraleer zij een kind dat zich in de omstandigheden van SM bevindt, erkennen „als ‚rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn' in de zin van artikel 2, punt 2, onder c)," van richtlijn 2004/38, te onderzoeken of inlichtingen in te winnen („enquire") over het feit of „tijdens de procedures om het kind onder het gezag of de voogdij [...] te plaatsen, voldoende rekening is gehouden met het belang van dit kind".

119. Aangezien mijns inziens het uitgangspunt van die vraag niet klopt met de situatie van SM, die niet als een rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt, hoeft zij eigenlijk niet te worden beantwoord.

120. Meer nog, indien zou worden aangenomen dat SM op grond van de aan kafala eigen familiebanden de status van rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn heeft, en haar binnenkomst in een lidstaat derhalve de *automatische* erkenning moet genieten die krachtens artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38 toekomt aan rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn, zou het niet mogelijk zijn het *onderzoek* te voeren waarover de verwijzende rechter twijfels heeft.

121. Dat onderzoek is daarentegen wel mogelijk indien de weg van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 wordt aanvaard als een middel om de binnenkomst en het verblijf van SM in het Verenigd Koninkrijk te vergemakkelijken, zodat zij een gezinsleven kan leiden samen met de burgers van de Unie die de zorg voor haar op zich hebben genomen.

122. Bij het „[nauwkeurige onderzoek van] de persoonlijke situatie" van de familieleden, dat volgens de laatste alinea van dat artikel moet worden uitgevoerd, dienen de bevoegde autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk immers het belang van het kind als een „essentiële overweging" in aanmerking te nemen. Zonder dat ik hoef te herhalen wat ik daarover bij de analyse van de eerste vraag heb uiteengezet[90], omvat die beoordeling onder meer het onderzoek van de materiële en procedurele omstandigheden waaronder de zorg voor het kind is opgenomen.

VII. Conclusie

123. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de vragen van de Supreme Court of the United Kingdom te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 2, punt 2, onder c), van richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, dient aldus te worden uitgelegd dat een kind dat uit hoofde van *recueil légal* (kafala), een instituut van Algerijns recht, gewoon onder de wettelijke voogdij van een burger van de Unie valt, niet kan worden aangemerkt als diens ‚rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn'.

90 Punten 58-108 van deze conclusie.

Dat kind kan echter wel worden aangemerkt als een ‚ander familielid' indien aan de andere eisen is voldaan en nadat de procedure van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 is doorlopen, waarbij het gastland overeenkomstig zijn nationaal recht de binnenkomst en het verblijf in dat land moet vergemakkelijken, rekening houdend met de bescherming van het familie- en gezinsleven en de bescherming van het belang van het kind.

2) De artikelen 27 en 35 van richtlijn 2004/38 kunnen worden toegepast in alle gevallen waarnaar die richtlijn verwijst indien dat gerechtvaardigd is om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid, of indien er sprake is van rechtsmisbruik of fraude.

3) Bij toepassing van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2004/38 kunnen de autoriteiten van het gastland onderzoeken of in de procedures waarbij het kind onder gezag of voogdij is geplaatst voldoende rekening is gehouden met het belang van dat kind."