FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 19. maj 2009 [1]

I — Indledning

1. Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fællesskabsretlige regler om udvisning af tredjelandsstatsborgere, der ikke eller ikke længere opfylder betingelserne for ophold. Ifølge oplysninger fra den forelæggende ret indeholder spansk ret ikke et ufravigeligt krav om, at sådanne personer udvises, men tillader, at de blot pålægges en bøde. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt denne retsstilling er forenelig med fællesskabsretten. Den forelæggende ret ønsker især oplyst, hvorledes Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 af 15. marts 2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (herefter »Schengen-grænsekodeksen«) [2] skal fortolkes. Desuden har artikel 23 i konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen [3] (herefter »gennemførelseskonventionen«) [4] betydning.

1 — Originalsprog: tysk.
2 — EFT L 105, s. 1.
3 — Aftale om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser, undertegnet i Schengen den 14.6.1985, EFT 2000 L 239, s. 13.
4 — Undertegnet i Schengen den 19.6.1990, EFT 2000 L 239, s. 19.

II — Retsforskrifter

A — *Schengen-grænsekodeksen*

2. Hjemlen for Schengen-grænsekodeksen er EF-traktatens artikel 62, nr. 1), og artikel 62, nr. 2), litra a):

»Rådet vedtager efter fremgangsmåden i artikel 67 og inden fem år efter Amsterdamtraktatens ikrafttræden:

1) foranstaltninger med henblik på i overensstemmelse med artikel 14 at sikre, at personer, uanset om de er unionsborgere eller tredjelandsstatsborgere, ikke kontrolleres ved passage af de indre grænser

2) foranstaltninger vedrørende passage af medlemsstaternes ydre grænser, hvori der fastlægges

a) standarder og procedurer, som medlemsstaterne skal følge ved udøvelse af personkontrol ved disse grænser

b) […]«

3. I henhold til artikel 40, stk. 1, i Schengengrænsekodeksen trådte grænsekodeksen i kraft den 13. oktober 2006.

4. Artikel 1 definerer grænsekodeksens genstand:

»Denne forordning indeholder bestemmelser med henblik på at sikre, at personer ikke kontrolleres ved passage af de indre grænser mellem Den Europæiske Unions medlemsstater.

Den fastsætter regler for udøvelse af grænsekontrol af personer, der passerer EU-medlemsstaternes ydre grænser.«

5. Artikel 5 regulerer indrejsebetingelserne. Der er fastsat tre undtagelser til disse betingelser i artikel 5, stk. 4, navnlig for det tilfælde, at der foreligger humanitære grunde [litra c)].

6. Artikel 11 indeholder en lovbestemt formodning om, at reglerne for varighed af tilladt ophold er overskredet, hvis der mangler et indrejsestempel, samt bestemmelser om afkræftelse af denne formodning og om eventuel udvisning, såfremt formodningen ikke afkræftes:

»Artikel 11

Formodning for så vidt angår opfyldelse af betingelserne for opholdets varighed

1. Hvis en tredjelandsstatsborgers rejsedokument ikke er forsynet med indrejsestempel, kan de kompetente nationale myndigheder have en formodning om, at indehaveren ikke eller ikke længere opfylder de regler for

varighed af ophold, der gælder i den pågældende medlemsstat.

2. Formodningen i stk. 1 kan afkræftes ved, at tredjelandsstatsborgeren fremlægger et hvilket som helst troværdigt bevismiddel […].

3. Hvis formodningen i stk. 1 ikke afkræftes, kan de kompetente myndigheder udvise tredjelandsstatsborgeren fra de pågældende medlemsstaters område.«

7. Artikel 13, stk. 1, bestemmer, at en tredjelandsstatsborger, der ikke opfylder alle indrejsebetingelserne i grænsekodeksen, skal nægtes indrejse. Dette berører ikke anvendelsen af særlige bestemmelser om retten til asyl, international beskyttelse eller udstedelse af visum til længerevarende ophold.

B — *Gennemførelseskonventionen*

8. Også artikel 23 i gennemførelsesaftalen indeholder bestemmelser om behandlingen af udlændinge, der ikke eller ikke længere opfylder betingelserne for et kort ophold:

»1. En udlænding, som ikke eller ikke længere opfylder de betingelser for tilladelse til kortvarigt ophold, der gælder på en af de kontraherende parters område, skal i princippet straks forlade de kontraherende parters område.

2. En udlænding, der er i besiddelse af en gyldig opholdstilladelse eller en gyldig foreløbig opholdstilladelse udstedt af en anden kontraherende part, skal straks begive sig til denne kontraherende parts område.

3. Hvis den pågældende udlænding ikke udrejser frivilligt, eller hvis det må formodes, at udrejse ikke vil finde sted, eller det af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige orden er påkrævet, at udlændingen udrejser straks, udsendes udlændingen fra den kontraherende parts område, hvor den pågældende er pågrebet, på betingelserne i vedkommende stats lovgivning. Hvis den pågældende ikke kan udsendes efter denne lovgivning, kan den berørte kontraherende part give den pågældende tilladelse til at opholde sig på denne parts område.

4. Den pågældende udlænding kan udsendes enten til sit hjemland eller til enhver anden stat, hvor den pågældende kan indrejse, navnlig i medfør af de relevante bestemmelser i tilbagetagelsesaftaler, som de kontraherende parter har indgået.

5. Stk. 4 berører ikke de nationale asylretlige bestemmelser, Genève-konventionen af 28. juli 1951 om flygtninges retsstilling, som ændret ved New York-protokollen af 31. januar 1967, eller bestemmelserne i denne artikels stk. 2 eller denne konventions artikel 33, stk. 1.«

9. Rådets afgørelse 1999/436/EF af 20. maj 1999 om fastsættelse, i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og traktaten om Den Europæiske Union, af retsgrundlaget for hver af de bestemmelser og afgørelser, der udgør Schengenreglerne [5], fastslår, at artikel 62, stk. 3, EF er hjemmel for gennemførelseskonventionens artikel 23.

10. I henhold til Rådets afgørelse 2007/801/EF [6] har Schengenreglerne siden den 21. december 2007 også fundet anvendelse på de medlemsstater, der tiltrådte i 2004, bortset fra Cypern.

11. Gennemførelseskonventionens artikel 23 er for nylig blevet erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16. december 2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold [7]. I dette direktiv reguleres spørgsmålet om udvisning og udsendelse af tredjelandsstatsborgere mere detaljeret end i den hidtidige fællesskabsret.

C — *Spansk ret*

12. Den forelæggende ret har beskrevet den spanske retsstilling som følger.

5 — EFT L 176, s. 17.

6 — Afgørelse af 6.12.2007 om den fulde anvendelse af Schengenreglerne i Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Malta, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik (EUT L 323, s. 34).

7 — EUT L 348, s. 98.

13. I henhold til artikel 53 a) i Ley Orgánica nr. 4/2000 i den affattelse, som blev indført med Ley Orgánica nr. 8/2000, anses følgende for en grov overtrædelse:

»såfremt en person ulovligt opholder sig på spansk område som følge af, at personen ikke har opnået en forlængelse af sin opholdstilladelse eller en opholdstilladelse eller tilsvarende dokumenter, dersom sådanne finder anvendelse, eller når disse dokumenter er udløbet for over tre måneder siden, uden at den pågældende har ansøgt om fornyelse heraf inden for den i loven fastsatte frist«.

14. Den beskrevne adfærd resulterer i pålæggelse af en bøde, som i henhold til artikel 57 i samme lov kan erstattes med udvisning:

»Når lovovertræderne er udlændinge, og deres handlinger i henhold til loven kvalificeres som meget grove eller grove som omhandlet i denne Ley Orgánicas artikel 53, litra a), b), c), d) og f), kan der i stedet for en bøde anvendes udvisning fra det spanske område, efter at den administrative procedure er afsluttet.«

15. Artikel 57, stk. 3, i denne lov bestemmer dog følgende:

»Udvisningssanktionen og bødesanktionen kan under ingen omstændigheder anvendes samtidigt.«

III — Faktiske omstændigheder og anmodning om præjudiciel afgørelse

16. María Julia Zuria García og Aurelio Choque Cabrera er bolivianske statsborgere.

17. María Julia Zurita García blev kontrolleret den 26. september 2006. Ved afgørelse af 15. november 2006 udviste Delegado del Gobierno en la Región de Murcia (regeringens delegerede i regionen Murcia) hende fra Spanien og nedlagde forbud mod hendes indrejse i Schengenområdet for en periode af fem år. Efter at Aurelio Choque Cabrera var blevet kontrolleret den 14. maj 2007, traf regeringens delegerede i regionen Murcia den 30. juli 2007 samme afgørelse over for ham som over for María Julia Zurita García.

18. De søgsmål, der blev anlagt med indsigelse mod afgørelserne, blev forkastet i første instans. De verserer nu som appelsager ved Tribunal Superior de Justicia de Murcia, der træffer afgørelse som højeste instans.

19. Ifølge oplysninger fra denne ret blev udvisning i henhold til nyere spansk ret defineret som en sanktion, der kan erstatte en bødesanktion. Tredjelandsstatsborgere skal derfor principielt pålægges en bøde, hvis de pågribes, og det konstateres, at de opholder sig i Spanien uden at opfylde betingelserne for indrejse og ophold i Spanien. I henhold til proportionalitetsprincippet kan disse personer kun udvises, når der foreligger skærpende omstændigheder.

20. Den forelæggende ret er imidlertid tilbøjelig til at mene, at tredjelandsstatsborgere, der opholder sig på Den Europæiske Unions område, selv om de ikke opfylder de nødvendige betingelser herfor, i henhold til fællesskabsretten skal forlade dette område, enten som følge af en nægtelse af indrejse eller ved en udvisning. Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i begge sager:

»Skal bestemmelserne i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, herunder navnlig artikel 62, nr. 1, og artikel 62, nr. 2, litra a), og bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 562/2006 af 15. marts 2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengen-grænsekodeks), herunder navnlig artikel 5, 11 og 13, fortolkes således, at de er til hinder for en lovgivning som den nationale lovgivning og den retspraksis, som fortolker denne lovgivning, hvorefter udvisning af enhver tredjelandsstatsborger, som ikke er i besiddelse af et dokument, som giver vedkommende ret til indrejse til og ophold i Den Europæiske Union, kan erstattes af en bøde?«

21. Der er afgivet skriftlige indlæg af Aurelio Choque Cabrera, Kongeriget Spanien, Republikken Italien, Republikken Østrig og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Der har ikke fundet nogen mundtlig forhandling sted. Ved kendelse af 27. marts 2009 afsagt af Formanden for Tredje Afdeling blev de to sager forenet med henblik på en fælles afgørelse.

IV — Retlig bedømmelse

22. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om artikel 5, 11 og 13 i Schengen-grænsekodeksen er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter udvisning af tredjelandsstatsborgere, der ikke eller ikke længere opfylder betingelserne for ophold, kan erstattes af en bøde.

A — *Antagelse af anmodningen om præjudiciel afgørelse til realitetsbehandling og fortolkningen heraf*

23. Da grænsekodeksen blev støttet på artikel 62, nr. 1), og artikel 62, nr. 2), litra a), EF, er det i henhold til artikel 68, stk. 1, EF kun retsinstanser, hvis afgørelser ikke kan appelleres, der kan anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

24. I hovedsagerne er Tribunal Superior de Justicia de Murcia appelinstans. Tilsyneladende findes der ikke flere appelmuligheder, der ville kunne påvirke denne retsinstans afgørelse i hovedsagerne. Den forelæggende ret kan således fremsætte en anmodning om præjudiciel afgørelse.

25. Ifølge Spanien må anmodningen om præjudiciel afgørelse i María Julia Zurita Garcías sag imidlertid afvises fra realitetsbehandling, da den vedrører hypotetiske spørgsmål. Som følge af forbuddet mod tilbagevirkende kraft kan grænsekodeksen tidsmæssigt ikke anvendes på dette tilfælde. María Julia Zurita García blev nemlig kontrolleret, inden grænsekodeksen blev anvendelig. Da den forelæggende ret også betvivler, at grænsekodeksen tidsmæssigt kan anvendes, har den forelagt Aurelio Choque Cabreras sag, der ikke berøres af denne tvivl.

26. Det er rigtigt, at en anmodning vedrørende åbenbart hypotetiske spørgsmål skal afvises [8]. Alligevel anser jeg det hverken for at være påbudt at afvise anmodningen i María Julia Zurita Garcías sag fra realitetsbehandling eller nødvendigt at undersøge, om grænsekodeksen tidsmæssigt kan anvendes i dette tilfælde.

27. Som jeg senere skal redegøre for, er det i denne sag ikke hele grænsekodeksen, men derimod kun artikel 11 heri, der er relevant. En identisk regel, nemlig gennemførelseskonventionens artikel 6b, gjaldt imidlertid allerede fra den 1. januar 2005 [9], og den blev erstattet af grænsekodeksens artikel 11. Det må derfor antages, at gennemførelseskonventionens artikel 6b i den foreliggende hovedsag gjaldt for María Julia Zurita Garcías vedkommende, såfremt grænsekodeksens artikel 11 ikke kan finde anvendelse.

28. Men henblik på at give den forelæggende ret en hensigtsmæssig besvarelse bør Domstolen derfor også behandle gennemførelseskonventionens artikel 6b, selv om

8 — Jf. nærmere herom dom af 11.3.1980, sag 104/79, Foglia, Sml. s. 745, præmis 18 ff., af 16.7.1992, sag C-83/91, Meilicke, Sml. I, s. 4871, præmis 25 ff., af 28.6.2007, sag C-467/05, Dell'Orto, Sml. I, s. 5557, præmis 40, og specifikt om problematikken angående tidsmæssig anvendelighed præmis 47 ff., samt dom af 16.12.2008, sag C-210/06, Cartesio, Sml. I, s. 9641, præmis 67 ff. og den deri nævnte retspraxis.

9 — Jf. artikel 6, andet punktum, i Rådets forordning (EF) nr. 2133/2004 af 13.12.2004 om forpligtelse for medlemsstaternes kompetente myndigheder til systematisk at stemple tredjelandsstatsborgeres rejsedokumenter ved passage af medlemsstaternes ydre grænser og om ændring i den henseende af konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen og Den Fælles Håndbog, EUT L 369, s. 5, der indførte artikel 6b i gennemførelseskonventionen.

denne bestemmelse ikke anføres i det præjudicielle spørgsmål [10].

29. Derudover har Italien og Kommissionen med rette fastslået, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke indeholder nogen oplysninger, der gør det muligt med sikkerhed at fastslå, om grænsekodeksen rent faktisk skal anvendes. Det kan ikke udelukkes, at den generelle bestemmelse i gennemførelseskonventionens artikel 23, som Østrig og Kommissionen har omtalt, er afgørende. Domstolen bør derfor udvide sin undersøgelse til også at omfatte denne bestemmelse.

30. Derimod har artikel 62, nr. 1), og artikel 62, nr. 2), litra a), EF ikke umiddelbart nogen betydning for besvarelsen af spørgsmålet, da der er tale om en hjemmel. Artiklen indeholder således ikke nogen selvstændige rettigheder og forpligtelser for tredjelandsstatsborgere.

31. Når dette lægges til grund, vedrører anmodningen om præjudiciel afgørelse spørgsmålet, om artikel 5, 11 og 13 i grænsekodeksen og/eller gennemførelseskonventionens artikel 6b og 23 er til hinder for en national lovgivning, hvorefter udvisning af tredjelandsstatsborgere, som ikke eller ikke længere opfylder betingelserne for ophold, kan erstattes af en bøde.

B — *Besvarelse af anmodningen om præjudiciel afgørelse*

1. Grænsekodeksens artikel 5 og 13

32. I princippet vedrører grænsekodeksen ikke behandling af tredjelandsstatsborgere, der allerede opholder sig på Schengenområdet, når der opstår tvivl om, hvorvidt de har opholdstilladelse. Dette gælder navnlig artikel 5 og 13.

33. I henhold til artikel 3 finder grænsekodeksen nemlig anvendelse på personer, der passerer medlemsstaternes indre eller ydre grænser. Kodeksen vedrører navnlig kontrol af de ydre grænser og den principielle ophævelse af kontrollen ved de indre grænser.

34. Dette er i overensstemmelse med de angivne hjemler: Artikel 62, nr. 1), EF giver mulighed for at vedtage foranstaltninger med henblik på i overensstemmelse med artikel 14 at sikre, at personer, uanset om de er unionsborgere eller tredjelandsstatsborgere,

10 — Jf. dom af 20.3.1986, sag 35/85, Tissier, Sml. s. 1207, præmis 9, og af 10.1.2006, sag C-147/04, De Groot en Slot Allium og Bejo Zaden, Sml. I, s. 245, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis.

ikke kontrolleres ved passage af de indre grænser. Artikel 62, nr. 2), litra a), giver mulighed for at vedtage foranstaltninger vedrørende passage af medlemsstaternes ydre grænser, hvori der fastlægges standarder og procedurer, som medlemsstaterne skal følge ved udøvelse af personkontrol ved disse grænser.

35. I denne forbindelse regulerer artikel 5 indrejsebetingelser til Schengenområdet for tredjelandsstatsborgere, og artikel 13 regulerer nægtelse af indrejse, såfremt en tredjelandsstatsborger ikke opfylder alle betingelserne.

36. Situationen i hovedsagerne er imidlertid anderledes, da de berørte efter den forelæggende rets oplysninger ikke blev afvist ved indrejsen, men derimod forfølges på grund af ulovligt ophold på spansk område. Baggrunden herfor er formodentlig, at bolivianske statsborgere indtil den 1. april 2007 var berettiget til indrejse på Schengenområdet og ophold dér i op til tre måneder [11]. Muligvis havde María Julia Zurita García und Aurelio Choque Cabrera overskredet denne frist.

11 — Jf. gennemførelseskonventionens artikel 20, stk. 1, og dommen herom af 3.10.2006, sag C-241/05, Bot, Sml. I, s. 9627. Fritagelsen fra visumpligten fremgik af Rådets forordning (EF) nr. 539/2001 af 15.3.2001 om fastlæggelse af listen over de tredjelande, hvis statsborgere skal være i besiddelse af visum ved passage af de ydre grænser, og listen over de tredjelande, hvis statsborgere er fritaget for dette krav (EUT L 81, s. 1), som affattet ved Rådets forordning (EF) nr. 851/2005 af 2.6.2005 (EUT L 141, s. 3). Denne forordning udløb efter Rådets forordning (EF) nr. 1932/2006 af 21.12.2006 om ændring af forordning nr. 539/2001 (EFT L 405, s. 23).

2. Grænsekodeksens artikel 11 og gennemførelseskonventionens artikel 66

37. Det forhold, at hovedsagerne ikke direkte berører grænsepassagen, udelukker imidlertid ikke, at grænsekodeksen kan anvendes. Kodeksen indeholder nemlig bestemmelser, der ganske vist er knyttet til grænsepassage, men angår ophold [12].

38. Grænsekodeksens artikel 11 vedrører grænsepassage, for så vidt som bestemmelsen tager udgangspunkt i indrejsestemplet. I henhold til artikel 10 stempler grænsepolitiet principielt tredjelandsstatsborgeres rejsedokumenter ved passage af de ydre grænser. Stemplingen af rejsedokumenter gør det muligt med sikkerhed at fastslå, hvor og hvornår grænsepassagen har fundet sted [13]. Det fremgår således af indrejsestemplet, om tredjelandsstatsborgeren har overtrådt den tilladte opholdsperiode.

39. På grundlag heraf opstiller grænsekodeksens artikel 11, stk. 1, en formodning, der kan afkræftes, om, at tredjelandsstatsborgere ikke eller ikke længere opfylder reglerne for varighed af ophold, hvis deres rejsedokument ikke er forsynet med indrejsestempel.

12 — Ud over grænsekodeksens artikel 11 kan navnlig nævnes artikel 7, stk. 3, litra c), der vedrører kontrol af, om udrejsende tredjelandsstatsborgere opfyldte betingelserne for ophold.

13 — Jf. syvende betragtning til forordning nr. 2133/2004, nævnt ovenfor i fodnote 9.

40. Grænsekodeksens artikel 11, stk. 3, om udvisning henviser til denne formodning. Formodningen gælder, hvis det ikke afkræftes, at tredjelandsstatsborgeren har overtrådt den tilladte opholdsperiode. Det kan ikke udelukkes, at hovedsagerne beror på denne formodning.

41. De sproglige versioner af grænsekodeksens artikel 11, stk. 3, stemmer imidlertid ikke indbyrdes overens. I henhold til den spanske affattelse udvises en tredjelandsstatsborger. Dette kan man opfatte som en ufravigelig følge. Som Kommissionen har fremført, anføres det derimod i de øvrige sproglige versioner, at tredjelandsstatsborgeren kan udvides. Dette ville ikke være udtryk for nogen forpligtelse, men derimod blot en mulighed.

42. De forskellige sproglige versioner af en fællesskabsregel skal fortolkes ensartet. Når der er uoverensstemmelse mellem versionerne, skal bestemmelsen derfor i princippet fortolkes på baggrund af den almindelige opbygning af og formålet med den ordning, som den er led i [14]. I der foreliggende tilfælde er det imidlertid ikke nødvendigt at undersøge dette nærmere. En bestemmelse, der er affattet forskelligt på de forskellige sprog, skal nemlig også fortolkes i overensstemmelse med ophavsmandens virkelige vilje [15]. Det fremgår af forhistorien til grænsekodeksens artikel 11, stk. 3, at den spanske version ikke er i overensstemmelse med lovgivers virkelige vilje, men beror på en oversættelsesfejl.

43. Som allerede nævnt [16], blev den allerede eksisterende artikel 6b i gennemførelseskonventionen overtaget i grænsekodeksens artikel 11. Den spanske version af artikel 6b, stk. 3, adskilte sig ikke fra de andre sproglige versioner hvad angår udvisningens fakultative karakter [17]. I henhold til den spanske version kan medlemsstaterne udvise tredjelandsstatsborgeren, men de er ikke forpligtet til at gøre det.

44. Tilsyneladende blev denne ældre version overset ved udarbejdelsen af den spanske version af grænsekodeksen. Dette kan

14 — Dom af 5.12.1967, sag 19/67, van der Vecht, Sml. 1965-1968, s. 411; org.ref.: Rec. s. 462, på s. 473, af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, præmis 13 og 14, af 14.6.2007, sag C-56/06, Euro Tex, Sml. I, s. 4859, præmis 27, og af 21.2.2008, sag C-426/05, Tele2 Telecommunication, Sml. I, s. 685, præmis 25.

15 — Dom af 12.11.1969, sag 29/69, Stauder, Sml. s. 419, præmis 3, af 7.7.1988, sag 55/87, Moksel Import und Export, s. 3845, præmis 49, af 20.11.2001, sag C-268/99, Jany m.fl., Sml. I, s. 8615, præmis 47, og af 27.1.2005, sag C-188/03, Junk, Sml. I, s. 885, præmis 33.

16 — Jf. ovenfor, punkt 27.

17 — Den spanske version af gennemførelseskonventionens artikel 6b, stk. 3, lyder således: »De no ser refutada la presunción mencionada en el apartado 1, las autoridades competentes podrán expulsar al nacional del tercer Estado del territorio de los Estados miembros afectados.«

skyldes, at hverken betragtningerne til eller de offentligt tilgængelige dokumenter omkring grænsekodeksens tilblivelse giver holdepunkter for at antage, at en bestående bestemmelse blev overtaget [18].

45. Som foreløbigt resultat må det derfor fastslås, at gennemførelseskonventionens artikel 6b, stk. 3, og den enslydende artikel 11, stk. 3, i grænsekodeksen ikke forpligter til at udvise tredjelandsstatsborgere på grund af en formodning om, at betingelserne for ophold ikke er opfyldt.

3. Gennemførelseskonventionens artikel 23

46. Navnlig Østrig har imidlertid udledt af gennemførelseskonventionens artikel 23, at der består en forpligtelse til at bringe tredjelandsstatsborgeres ulovlige ophold til ophør. I henhold til denne bestemmelse skal tredjelandsstatsborgere forlade en Schengenstats område, hvis de ikke eller ikke længere opfylder opholdsbetingelserne. Hvis dette ikke sker frivilligt, eller hvis der foreligger andre forhold af hastende karakter, skal de i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3, udsendes fra den kontraherende parts område, hvor den pågældende er pågrebet, på betingelserne i vedkommende stats lovgivning.

47. Hvis man udelukkende betragter de tyske versioner, vedrører gennemførelseskonventionens artikel 6b, stk. 3, og grænsekodeksens artikel 11, stk. 3, på den ene side og gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3, på den anden side tilsyneladende to forskellige situationer, da de taler om henholdsvis udvisning (»Ausweisung«) og udsendelse (»Abschiebung«). Ud fra en tysk fortolkning er førstnævnte forhold beslutningen om at bringe opholdet til ophør og sidstnævnte forhold håndhævelsen af en sådan beslutning.

48. Det ville imidlertid være forkert at tillægge disse forskelle mellem udtrykkene for stor betydning. I andre sproglige versioner ses forskellen ikke så tydeligt. I de engelske versioner benyttes udtrykket »to expell« i begge ordninger, i de spanske udtrykket »expulsar« og i de franske på den ene side udtrykket »expulser« og på den anden side udtrykket »eloigner«.

49. Desuden indeholder gennemførelseskonventionens artikel 6b, stk. 3, og grænsekodeksens artikel 11, stk. 3, ingen regler om håndhævelse af udvisningen, og der kan ikke

18 — En bestemmelse svarende til gennemførelseskonventionens artikel 6b indeholdes første gang i et udkast til grænsekodeksen af 23.3.2005: artikel 9a, som affattet ved rådsdokument nr. 9630/05, http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/05/st09/st09630.es05.pdf. I henhold til ældre forslag til grænsekodeksen ville gennemførelseskonventionen være blevet slettet uden at blive erstattet af andre regler. Hverken denne slettelse eller overtagelsen i grænsekodeksen blev begrundet i tilgængelige dokumenter. Dette skyldes formodentlig, at gennemførelseskonventionens artikel 6b først blev affattet under proceduren til udstedelse af grænsekodeksen, og at Kommissionen i denne anden lovgivningsproces oprindeligt havde foreslået at indordne formodningen om, at den tilladte opholdsperiode er overskredet, i en anden del af gennemførelseskonventionen. Denne del blev ikke berørt af grænsekodeksen, og det ville derfor ikke have været nødvendigt at tage hensyn til formodningsreglen ved grænsekodeksen.

udledes nogen udtrykkelig regel af gennemførelseskonventionens artikel 23 om beslutningen om udvisning, der kan håndhæves ved udsendelse. Først i direktiv 2008/115, der er blevet udstedt i mellemtiden, sondres der klart mellem på den ene side »afgørelse om tilbagesendelse« [19] og »udsendelse« [20] som håndhævelse af afgørelsen.

50. Man må derfor gå ud fra, at både gennemførelseskonventionens artikel 6b, stk. 3, og grænsekodeksens artikel 11, stk. 3, på den ene side og gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3, på den anden side vedrører det formål, der består i at fjerne tredjelandsstatsborgere, uden at sondre nøjagtigt mellem den administrative afgørelse og håndhævelsen heraf.

51. Ligesom nægtelsen af indrejse i henhold til grænsekodeksens artikel 13, som Østrig har fremhævet, bygger gennemførelseskonventionens artikel 23 på Schengenstaternes fælles interesse i at forhindre eller i hvert fald bringe tredjelandsstatsborgeres ulovlige ophold på Schengenområdet til ophør. Da de indre grænser ikke længere kontrolleres, må man befrygte, at tredjelandsstatsborgere, der opholder sig ulovligt i en medlemsstat, rejser videre til andre medlemsstater og derpå opholder sig ulovligt dér. Italien har med rette betonet, at direktiv 2008/115 går i samme retning.

52. Gennemførelseskonventionens artikel 23 omfatter principielt alle tredjelandsstatsborgere, der opholder sig på Schengenområdet, selv om de ikke eller ikke længere opfylder alle betingelser for ophold. Man kan nu stille spørgsmålet, om den formodede overskridelse af den tilladte varighed af ophold i henhold til henholdsvis gennemførelseskonventionens artikel 6b og grænsekodeksens artikel 11 er underlagt andre regler.

53. Navnlig set på baggrund af forhistorien til grænsekodeksens artikel 11, det vil især sige udarbejdelsen af gennemførelseskonventionens artikel 6b, giver ordlyden imidlertid ikke grundlag for denne fortolkning. Kommissionen havde foreslået, at de kompetente myndigheder, hvis der er en formodning om, at den tilladte varighed for ophold er overskredet, *skulle have mulighed for* at anvende gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3 [21]. Medlemsstaterne ville så have været frit stillet til at anvende artikel 23, stk. 3. Spanien foreslog derimod, at medlemsstaterne udtrykkeligt skulle forpligtes til at anvende gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3 [22]. Dette forslag blev ganske

19 — Artikel 3, nr. 4, i direktiv 2008/115.

20 — Artikel 3, nr. 5, i direktiv 2008/115.

21 — Forslag af 6.11.2003 til Rådets forordning om indførelse af en forpligtelse for medlemsstaternes kompetente myndigheder til systematisk at stemple tredjelandsstatsborgeres rejsedokumenter ved passage af medlemsstaternes ydre grænser og om ændring i den henseende af konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen og Den Fælles Håndbog, KOM (2003) 664 endelig, tilsyneladende ikke offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende*.

22 — Rådsdokument 7858/04 fra 30.3.2004, http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07858.en04.pdf, s. 4, fodnote 10.

vist gennemført, men den affattelse af gennemførelseskonventionens artikel 6b, stk. 3, der endte med at blive vedtaget, indeholder ikke længere nogen henvisning til gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3.

54. Følgelig skal det afgøres på grundlag af almindelige fortolkningsregler, om gennemførelseskonventionens artikel 23 finder anvendelse, når der foreligger en formodning i henhold til gennemførelseskonventionens artikel 6b eller grænsekodeksens artikel 11. Gennemførelseskonventionens artikel 6b, stk. 3, og grænsekodeksens artikel 11, stk. 3, indeholder i denne forbindelse ikke nogen afvigelse fra gennemførelseskonventionens artikel 23, men præciserer blot, at formodningen om, at den tilladte varighed af ophold er overskredet, kan berettige til at foretage en udvisning [23].

55. I modsætning til, hvad Østrig har fremført, kan det imidlertid ikke udledes af gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3, at medlemsstaterne fællesskabsretligt er forpligtet til at foretage en udvisning. Kommissionen har derimod med rette fremhævet de indskrænkninger, som er indeholdt i gennemførelseskonventionens artikel 23.

23 — Denne fortolkning sikrer i øvrigt også, at grænsekodeksens artikel 11 ikke indeholder nogen unødvendige særregler i forhold til direktiv 2008/115. Også fremover skal man hvad angår udvisning på grundlag af en formodning om, at den tilladte varighed af ophold er overskredet, overholde direktivets bestemmelser.

56. Jeg skal indledningsvis bemærke, at der ikke normalt, men kun undtagelsesvis foretages en udvisning. Artikel 23, stk. 1 og 2, går nemlig ud fra, at tredjelandsstatsborgeren udrejser frivilligt. Dette er et mildere middel og ifølge det, Spanien har gjort gældende, også i overensstemmelse med den nationale retsstilling.

57. Først og fremmest indeholder artikel 23, stk. 3, ikke nogen hjemmel for udvisning, men henviser til national ret. Jeg kan ikke indse, at der stilles bestemte krav til udformningen af national ret. Gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3, andet punktum, giver derimod udtrykkelig medlemsstaterne mulighed for at give en tredjelandsstatsborger opholdstilladelse, hvis den pågældende ikke kan udsendes efter national lovgivning. Denne ordning forudsætter nødvendigvis, at medlemsstaterne kan fastsætte undtagelser til udvisning, men den begrænser ikke medlemsstaternes handlefrihed, når de definerer undtagelserne. Der kan derfor ikke være tale om nogen forpligtelse til at foretage en udvisning.

58. I øvrigt taler det begrænsede indhold af gennemførelseskonventionens artikel 23 imod at opfatte bestemmelsen som en præceptiv regel om udvisning eller udsendelse. Bestemmelsen indeholder kun grundlæggende principper og minimumsstan-

darder, der i det væsentlige skal udformes i national ret.

59. Dette kan navnlig illustreres ved en sammenligning af gennemførelseskonventionens artikel 23 med direktiv 2008/115, der er blevet udstedt i mellemtiden. Direktivet indeholder meget mere detaljerede bestemmelser om behandling af tredjelandsstatsborgere, der opholder sig på Schengenområdet, selv om de ikke eller ikke længere opfylder betingelserne for ophold. Alligevel giver direktivets artikel 4 udtrykkeligt medlemsstaterne ret til at anvende gunstigere bestemmelser.

60. Den omstændighed, at der ikke består nogen udvisningspligt, kan heller ikke kritiseres med det argument, at Schengenstaterne har en fælles interesse i at bringe tredjelandsstatsborgeres ulovlige ophold til ophør. Man må derimod gå ud fra, at henvisningen i gennemførelseskonventionens artikel 23 til national ret beror på den høje grad af gensidig tillid og solidaritet mellem medlemsstaterne. Dette begrunder også en gensidig anerkendelse af vigtige afgørelser inden for andre områder [24] og taler imod, at det skulle være nødvendigt med en fællesskabsretlig forpligtelse til at bringe ulovlige ophold til ophør. Man må derimod gå ud fra, at medlemsstaterne også iværksætter de nødvendige foranstaltninger, uden at der foreligger en sådan forpligtelse.

61. Jeg kan i øvrigt ikke indse, at Spanien ikke skulle leve op til denne tillid. Ifølge oplysninger fra den spanske regering er bødestraffen nemlig ikke forbundet med, at det ulovlige ophold tolereres. Tredjelandsstatsborgeren er derimod i henhold til loven forpligtet til at udrejse inden for en frist på 15 dage. Udrejser vedkommende ikke, indledes der en ny sanktionsproces som følge af fortsat ophold uden opfyldelse af opholdsbetingelserne. Da der allerede er blevet pålagt en bøde, udløser dette udvisningsproceduren.

62. Gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3, er derfor ikke til hinder for en national lovgivning som den foreliggende, hvorefter udvisning af enhver tredjelandsstatsborger, som ikke er i besiddelse af et dokument, som giver vedkommende ret til indrejse og ophold i Den Europæiske Union, kan erstattes af en bøde.

24 — Jf. dom af 11.2.2003, forenede sager C-187/01 og C-385/01, Gözütok og Brügge, Sml. I, s. 1345, præmis 33, om gensidig anerkendelse af domme i straffesager som grundlag for princippet ne bis in idem, og af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld. Sml. I, s. 3633, præmis 57, om afkald på dobbelt strafbarhed ved overgivelse.

V — Forslag til afgørelse

63. Jeg foreslår derfor Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Artikel 6b, stk. 3, i konventionen til gennemførelse af Schengenaftalen og den enslydende artikel 11, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 af 15. marts 2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage forpligter ikke til udvisning af tredjelandsstatsborgere på grundlag af den formodning om manglende opfyldelse af opholdsbetingelserne, der er fastsat i henholdsvis gennemførelseskonventionens artikel 6b, stk. 1, og forordningens artikel 11, stk. 1.

2) Gennemførelseskonventionens artikel 23, stk. 3, er ikke til hinder for en national lovgivning som den foreliggende, hvorefter udvisning af enhver tredjelandsstatsborger, som ikke er i besiddelse af et dokument, som giver vedkommende ret til indrejse og ophold i Den Europæiske Union, kan erstattes af en bøde.«