



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 6. marts 2012¹

Sag C-348/09

**I.
mod**

Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberverwaltungsgericht für das Land
Nordrhein-Westfalen (Tyskland))

»Direktiv 2004/38/EF — unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område — beskyttelse mod udsendelse — begreberne »den offentlige orden« og »den offentlige sikkerhed« — begrebet »bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed« — straffedom for seksuelt misbrug af en mindreårig (under 14 år), seksuelt overgreb og voldtægt«

1. Med den foreliggende præjudicielle forelæggelse ønsker Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Tyskland), i lyset af dom af 23. november 2010, Tsakouridis², en afgørelse fra Domstolen om betingelserne for at yde den beskyttelse mod udsendelse, der fremgår af artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38/EF³.

2. Denne bestemmelse fastsætter, at der ikke må træffes en udsendelsesafgørelse i forhold til en unionsborger, som har haft ophold i værtsmedlemsstaten i de ti foregående år, medmindre afgørelsen er bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed.

3. Domstolen anmodes om at fastslå, hvorvidt denne bestemmelse skal fortolkes således, at seksuelt misbrug af en mindreårig på under 14 år (herefter »seksuelt misbrug af en mindreårig«), seksuelt overgreb og voldtægt er omfattet af begrebet bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed. Eftersom Domstolen i Tsakouridis-dommen har medgivet, at kampen mod handel med narkotika begået i en organiseret bande kan være omfattet af dette begreb, er spørgsmålet her nærmere bestemt, hvorvidt en isoleret handling som den, som I. har begået i hovedsagen, dvs. seksuelt misbrug af en mindreårig, seksuelt overgreb og voldtægt, ligeledes kan være omfattet af dette begreb.

4. I nærværende forslag til afgørelse vil jeg redegøre for, hvorfor jeg mener, at artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38 skal fortolkes således, at seksuelt misbrug af en mindreårig, seksuelt overgreb og voldtægt ikke er omfattet af begrebet bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed, såfremt disse handlinger ikke direkte truer roen og den fysiske sikkerhed hos befolkningen som helhed eller hos en stor del heraf.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Sag C-145/09, Sml. I, s. 11979

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29.4.2005 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (EUT L 158, s. 77, som berigtiget i EUT L 229, s. 35).

5. Jeg vil desuden anføre, hvorfor dette direktivs artikel 28, stk. 2 og 3, efter min mening skal fortolkes således, at en unionsborger ikke kan hævde retten til en øget beskyttelse mod udsendelse i henhold til denne bestemmelse, når det påvises, at borgeren udleder denne ret af en retsstridig adfærd, der udgør en alvorlig forstyrrelse af den offentlige orden i værtsmedlemsstaten.

I – Retsgrundlag

A – Direktiv 2004/38

6. Før direktiv 2004/38 trådte i kraft, fandtes der flere direktiver og forordninger vedrørende fri bevægelighed for personer og opholdsret for europæiske statsborgere. Med dette direktiv samledes og forenkledes EU-lovgivningen på dette område.

7. Direktivet afskaffer således unionsborgeres pligt til at være i besiddelse af et opholdskort, det indfører ret til tidsubegrænset ophold for unionsborgere og afgrænser medlemsstaternes mulighed for at begrænse andre medlemsstaters statsborgeres ophold på deres område.

8. Ud fra kriterier, der er udledt af Domstolens retspraksis, giver direktiv 2004/38 bl.a. unionsborgere en beskyttelse mod udsendelse.

9. I henhold til direktivets artikel 27, stk. 1, kan medlemsstaterne således begrænse unionsborgeres ret til at færdes og opholde sig frit af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed, idet der ikke må lægges økonomiske betragtninger til grund.

10. Direktivets artikel 27, stk. 2, bestemmer, at foranstaltninger truffet af hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed skal være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet⁴ og udelukkende kan begrundes i den af udsendelsesafgørelsen berørte persons personlige adfærd⁵. En tidligere straffedom kan ikke i sig selv begrunde anvendelsen af sådanne foranstaltninger. I øvrigt skal den personlige adfærd hos den person, der er genstand for en udsendelsesafgørelse, udgøre en reel, umiddelbar og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse⁶.

11. Artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38, der vedrører beskyttelse mod udsendelse, har følgende ordlyd:

»Der må ikke træffes en udsendelsesafgørelse i forhold til en unionsborger, medmindre afgørelsen er bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed som fastlagt af medlemsstaten, hvis de:

a) har haft ophold i værtsmedlemsstaten i de ti forudgående år [...]

B – Tysk ret

12. Ved den tyske Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (lov om unionsborgeres ret til fri bevægelighed) af 30. juli 2004⁷ gennemføres direktiv 2004/38 i tysk ret. FreizügG/EU's § 6, stk. 1, fastsætter bl.a., at en unionsborgers ret til at færdes og opholde sig på tysk område kun kan fortabes af hensyn til den offentlige orden, sikkerhed eller sundhed. I henhold til FreizügG/EU's § 6, stk. 2, kan der tages hensyn til straffedomme, som ikke er slettet af

4 — Jf. dom af 18.5.1982, forenede sager 115/81 og 116/81, Adoui og Cornuaille, Sml. s. 1665.

5 — Jf. dom af 26.2.1975, sag 67/74, Bonsignore, Sml. s. 297.

6 — Jf. dom af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999.

7 — BGBl. 2004 I, s. 1950, som ændret ved Gesetz zur Änderung des Bundespolizeigesetzes und anderer Gesetze (lov om ændring af lov om forbundspolitiet og andre love) af 26.2.2008 (BGBl. 2008 I, s. 215, herefter »FreizügG/EU«).

centralregistret, som begrundelse for udsendelsesafgørelsen på den betingelse, at de omstændigheder, der har ført til disse domfældelser, tilkendegiver en personlig adfærd, som udgør en faktisk trussel mod den offentlige orden, idet der skal være tale om en faktisk og tilstrækkeligt alvorlig trussel, der berører en grundlæggende samfundsinteresse.

13. I FreizügG/EU's § 6, stk. 3, anføres, at der i forbindelse med en udsendelsesafgørelse især skal tages hensyn til varigheden af den pågældendes ophold i Tyskland, den pågældendes alder, helbredstilstand, familiemæssige og økonomiske situation, sociale og kulturelle integration i Tyskland samt tilknytning til hjemlandet.

14. I henhold til FreizügG/EU's § 6, stk. 4, kan retten til at opholde sig og færdes på tysk område, når der er opnået ret til tidsubegrænset ophold, ikke fortabes, medmindre der foreligger alvorlige hensyn.

15. I henhold til FreizügG/EU's § 6, stk. 5, kan den i FreizügG/EU's § 6, stk. 1, omhandlede afgørelse for så vidt angår unionsborgere og deres familiemedlemmer, som har opholdt sig i Forbundsrepublikken i de ti foregående år, kun træffes, hvis den er bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed. For mindreårige gælder dette ikke, hvis fortabelsen af opholdsretten er nødvendig af hensyn til barnets tarv. Afgørelsen kan kun anses for bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed, hvis den pågældende ved retskraftig dom er blevet idømt en straf af mindst fem års fængsel eller ungdomsfængsel, eller der ved den seneste retskraftige dom er blevet truffet bestemmelse om forvaring, hvis Forbundsrepublikken Tysklands sikkerhed er berørt, eller hvis der udgår en terrorrisiko fra den pågældende.

II – Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

16. I., der er italiensk statsborger, er født den 3. september 1965 i Licata (Italien). Siden 1987 har han boet på tysk område. Hans opholdskort blev udstedt i april 1987 og er jævnligt blevet forlænget. Han er ugift og har ingen børn. Han har aldrig afsluttet sin skolegang eller en erhvervsuddannelse og har kun lejlighedsvis haft erhvervmæssig beskæftigelse i Tyskland som ufaglært arbejder. Inden han blev fængslet, arbejdede han som medhjælper for sin tidligere samleverske, der er rengøringsassistent. I. har fem søskende, der dels bor i Tyskland, dels i Italien. Siden han blev fængslet, har hans mor i perioder boet dels i Tyskland, dels i Italien.

17. Ved dom af 16. maj 2006 afsagt af Landgericht Köln blev I. idømt en frihedsstraf på syv år og seks måneder for seksuelt misbrug af en mindreårig, seksuelt overgreb og voldtægt. Denne dom blev retskraftig den 28. oktober 2006. De tilgrundliggende forhold blev begået i perioden 1990-2001. Offeret, der er datter af I.'s tidligere samleverske, var otte år gammel, da disse forhold begyndte. Den forelæggende ret præciserer, at I. siden 1992 næsten ugentligt ved trussel om bl.a. at ville dræbe hendes mor eller bror tvang offeret til samleje eller til anden kønslig omgængelse med ham.

18. I. har været fængslet siden den 10. januar 2006, og hans straf vil være udstået den 9. juli 2013.

19. Ved afgørelse af 6. maj 2008 fastslog Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid i overensstemmelse med FreizügG/EU's § 6, stk. 1, at I. havde fortabt sin ret til indrejse og ophold, under henvisning til, at han, henset til domfældelsen, opfyldte betingelserne i FreizügG/EU's § 6, stk. 5, og at han desuden havde udvist betydelig energi i sine handlinger og havde forvoldt offeret uendelig smerte gennem det årelange misbrug. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid fandt desuden, at gentagen overtrædelse ikke kunne udelukkes under hensyntagen til, at han i en lang periode regelmæssigt havde voldtaget og begået seksuelle overgreb mod offeret, og at han fortsat ikke havde udviklet nogen bevidsthed om at have handlet retsstridigt. Ifølge en meddelelse fra fuldbyrdelsesanstalten betragter I. sig som det egentlige offer og har stadig ikke været rede til at erkende, hvor massivt retsstridige hans handlinger var. Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid fastsatte, at afgørelsen af 6. maj 2008 skulle fuldbyrdes omgående, og gav I. påbud om at forlade området; i modsat fald ville han blive udvist til Italien.

20. Den 12. juni 2008 anlagde I. sag til prøvelse af denne afgørelse under henvisning til, at afgørelsen om fortabelse af hans ret til indrejse og ophold ikke var bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed.

21. Ved afgørelse af 14. juli 2008 frifandt Verwaltungsgericht Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid, idet den fandt, at afgørelsen var bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed, og at domfældelsen af I. havde vist en personlig adfærd, som begrundede frygt for en aktuel, reel og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn, nemlig beskyttelsen af piger og kvinder mod seksuelle overgreb og voldtægt.

22. I. har appelleret denne afgørelse til Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, der har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Omfatter begrebet »bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed« i artikel 28, stk. 3, i [direktiv 2004/38] alene trusler mod statens indre og ydre sikkerhed forstået som statens, dens organers og centrale offentlige tjenesters fortsatte eksistens, befolkningens overlevelse samt opretholdelse af internationale relationer og nationernes fredelige sameksistens?»

III – Min vurdering

23. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt svar på, hvorvidt seksuelt misbrug af en mindreårig, seksuelt overgreb og voldtægt begået inden for en familiemæssig ramme kan berettige til udsendelse af en unionsborger, som har opholdt sig på værtsmedlemsstatens område i mere end ti år, under henvisning til, at afgørelsen herom er bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed.

24. I den følgende vurdering vil jeg først fremlægge grundene til, at jeg mener, at en overtrædelse som den, som I. har begået, ikke er omfattet af begrebet »bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed« i henhold til artikel 28, stk. 3, i direktiv 2004/38. Dernæst vil jeg forklare, hvorfor I. efter min mening ikke kan påberåbe sig den øgede beskyttelse, som denne bestemmelse og samme direktivs artikel 28, stk. 2, giver.

A – Begrebet *bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed*

25. I Tsakouridis-dommen fastslog Domstolen, at artikel 28, stk. 3, i direktiv 2004/38 skal fortolkes således, at bekæmpelse af handel med euforiserende stoffer begået i en organiseret bande kan henhøre under begrebet »bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed«, som kan begrunde en afgørelse om udsendelse af en unionsborger, der har opholdt sig i værtsmedlemsstaten i de ti foregående år.

26. Domstolen bemærkede således indledningsvis, at handel med narkotika begået i en organiseret bande er en vidtforgrenet kriminalitetstype med betydelige økonomiske og operationelle midler, som meget ofte har grænseoverskridende forbindelser⁸. Med hensyn til de ødelæggende virkninger af kriminalitet, der er forbundet med denne handel, anføres det i første betragtning til rammeafgørelse 2004/757/RIA⁹, at ulovlig handel med narkotika udgør en trussel mod unionsborgernes sundhed, sikkerhed og livskvalitet samt mod medlemsstaternes lovlige økonomi, stabilitet og sikkerhed¹⁰.

8 — Jf. præmis 46.

9 — Rådets rammeafgørelse af 25.10.2004 om fastsættelse af mindsteregler for gerningsindholdet i strafbare handlinger i forbindelse med ulovlig narkotikahandel og straffene herfor (EUT L 335, s. 8).

10 — Tsakouris-dommen, præmis 46.

Domstolen udtalte efter at have fastslået, at narkotikaafhængighed er et alvorligt onde for det enkelte menneske og rummer økonomiske og sociale farer for menneskeheden, desuden, at denne form for handel kan være på et sådant niveau, at den direkte truer roen og den fysiske sikkerhed hos befolkningen som helhed eller hos en stor del heraf¹¹.

27. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt et strafbart forhold som det af I. begåede, nemlig seksuelt misbrug af en mindreårig, seksuelt overgreb og voldtægt inden for en familiemæssig ramme, ligeledes kan falde ind under begrebet bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed, selv om det drejer sig om en isoleret handling, uden at gerningsmanden har deltaget i noget som helst netværk.

28. Selv om det er ubestrideligt, at seksuelt misbrug af en mindreårig, seksuelt overgreb og voldtægt udgør et særlig alvorligt indgreb i en grundlæggende samfundsværdi, mener jeg ikke, at denne type handling er omfattet af begrebet »offentlig sikkerhed« som omhandlet i artikel 28, stk. 3, i direktiv 2004/38.

29. I den forbindelse forekommer det mig hensigtsmæssigt at minde om filosofien bag direktiv 2004/38 og præcisere, at det her drejer sig om at sammenholde direktivets begreber med strafferettens realitet og særlige karakter.

30. Formålet med dette direktiv er at fremme alle unionsborgeres grundlæggende ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område. Denne grundlæggende ret følger af unionsborgerskabet og er underlagt de i direktivet fastsatte begrænsninger og restriktioner¹².

31. Varigheden af opholdet giver en indikation af unionsborgerens integration i værtsmedlemsstaten, og direktiv 2004/38 fastsætter, at der erhverves ret til tidsubegrænset ophold i denne stat efter fem års ophold i træk¹³.

32. Retten til tidsubegrænset ophold beskytter rettighedshaveren mod udsendelsesforanstaltninger, som kun kan træffes over for denne under henvisning til alvorlige hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed¹⁴.

33. Et længerevarende ophold på mindst ti år giver den pågældende unionsborger en øget beskyttelse mod udsendelsesforanstaltninger, som derefter kun kan træffes, hvis det er bydende nødvendigt af hensyn til den offentlige sikkerhed¹⁵. Forskellen mellem begreberne »alvorlige hensyn« og »bydende nødvendig« forekommer at være en vigtig indikation af EU-lovgivers vilje¹⁶.

34. Derudover viser en sammenligning mellem stk. 2 og 3 i artikel 28 i direktiv 2004/38 klart, at ordlyden heraf indfører en tydelig forskel mellem begreberne offentlig orden og offentlig sikkerhed, hvor sidstnævnte er mere tungtvejende end førstnævnte og kan hindre den øgede beskyttelse, som tilkommer unionsborgere.

35. Inden for strafferetten svarer disse to begreber til to forskellige kriminologiske realiteter.

11 — Ibidem, præmis 47.

12 — Jf. dom af 21.12.2011, forenede sager C-424/10 og C-425/10, Ziolkowski og Szeja, Sml. I, s. 14035, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

13 — Jf. direktivets artikel 16, stk. 1.

14 — Jf. direktivets artikel 28, stk. 2.

15 — Jf. artikel 28, stk. 3, litra a), i direktiv 2004/38.

16 — Tsakouridis-dommen, præmis 40.

36. Hver medlemsstat fastsætter i sin straffelovgivning rammerne for den offentlige orden i denne medlemsstat, ligesom den definerer den adfærd, som den forbyder under trussel om straf. Det er i den forbindelse klart, at de strafferetlige regler henhører under den offentlige orden i den forstand, at de som ufravigelige regler ikke kan tilsidesættes af det enkelte individ. De er netop udformet for at imødegå det enkelte individs vilje, for så vidt som denne ville have konsekvenser, der anses for skadelige for samfundsværdierne.

37. Overtrædelse af disse regler medfører således en forstyrrelse af den offentlige orden, som medlemsstaten har skabt, en forstyrrelse, der er større eller mindre afhængigt af den begåede handlingens karakter, idet den forårsagede forstyrrelse af den offentlige orden normalt fremgår af, hvor streng den straf er, som den nationale lovgiver har fastsat som sanktion for den forbudte adfærd. I hvert enkelt tilfælde kommer denne vurdering og i givet fald dens vægtning til udtryk i den straf, som faktisk pålægges, der modsvarer graden af den forstyrrelse, der faktisk er forvoldt, under hensyntagen til de konkrete omstændigheder i hvert enkelt tilfælde.

38. Det forekommer åbenbart, at henvisningen til begrebet offentlig sikkerhed ikke er en automatisk følge af den omstændighed i sig selv at have begået en overtrædelse, men følger af en retsstridig adfærd, der er særligt alvorlig både principielt og i sine virkninger, som rækker ud over den individuelle skade, der er påført offeret eller ofrene. De to begreber er således ikke identiske, og selv om enhver adfærd, der skaber en trussel mod den offentlige sikkerhed, pr. definition forstyrrer den offentlige orden, er det omvendte ikke tilfældet, ej heller selv om den begåede handling, når først den er blevet kendt, kan give anledning til en følelse i offentligheden, der afspejler den forstyrrelse, som overtrædelsen har forårsaget.

39. Det er vigtigt på dette stadium at præcisere, at spørgsmålet om, hvorvidt en lovovertræder ved sin adfærd udgør en trussel mod den offentlige sikkerhed, således ikke alene afhænger af den begåede overtrædelses grovhed, som den ifaldne eller idømte straf giver en idé om, men frem for alt af dens art.

40. På dette stadium af en generel vurdering er hensyntagen til risikoen for gentagen overtrædelse ikke i sig selv afgørende. Hvilken overtrædelse er uden gentagelsesrisiko? Der findes ingen overtrædelse uden gentagelsesrisiko. I forhold til truslen mod den offentlige sikkerhed er det også selve arten af denne trussel, der skal tages i betragtning. Hvis arten af adfærden skaber en sådan trussel, at udsendelse er bydende nødvendig af hensyn til at afværge truslen, er betingelserne i artikel 28, stk. 3, i direktiv 2004/38 opfyldt. Sandsynligheden for gentagelse af overtrædelsen vil ganske vist kunne tages i betragtning af retten eller den kompetente myndighed, men kun som supplement til eller som led i en afvejning med de andre betingelser eller forhold, der er fastsat i direktivet og Domstolens praksis, med henblik på at bedømme, om der er grundlag for rent faktisk at foranstalte udsendelse¹⁷.

41. Hvilke former for retsstridig adfærd vil da kunne udgøre en sådan trussel mod den offentlige sikkerhed? Det har Domstolen givet en definition på i Tsakouridis-dommen.

42. Som anført i præmis 26 i nærværende forslag til afgørelse, fandt Domstolen, at handel med narkotika begået i en organiseret bande er en vidtforegret kriminalitetstype og kan være på et sådant niveau, at den direkte truer roen og den fysiske sikkerhed hos befolkningen som helhed eller hos en stor del heraf.

43. Enhører de af I. begåede handlinger under den definition, som Domstolen således har givet? Selv om man ud fra et moralsk synspunkt kunne have lyst til at svare bekræftende, for så vidt som de begåede forhold vækker spontan fordømmelse og afsky, mener jeg, at spørgsmålet ud fra en retlig vurdering må besvares benægtende.

17 — Ibidem, præmis 49-53.

44. Det forekommer således ikke at kunne bestrides, navnlig fra et kriminologisk synspunkt, at denne type adfærd, som finder sted inden for rent familiemæssige rammer, ikke vil kunne sidestilles med adfærden hos »seksuelle rovdyr«¹⁸. Selv om I. ubestrideligt udgør en fare i den familiemæssige sfære, er det ved arten af den begåede handling ikke godtgjort, at han udgør en trussel mod unionsborgernes sikkerhed, et udtryk hentet i Tsakouridis-dommens præmis 46. Hvor frastødende den end måtte være, mener jeg ikke, at en incestuøs handling kan indebære samme type fare for den offentlige sikkerhed som den af Domstolen definerede i nævnte dom.

45. En anden fortolkning ville betyde, at alene den objektive grovhed af en lovovertrædelse fastsat efter den ifaldne eller idømte straf potentielt kan begrunde, at en udsendelsesforanstaltning er bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed.

46. Det må imidlertid fastslås, at denne tilgang ikke forekommer mig at være i overensstemmelse med direktiv 2004/38. Oprettelsen af et fælles område at leve på og for fri bevægelighed kræver imidlertid også, at fænomenet kriminalitet tages i betragtning i dette områdes overordnede interesse, dvs. den sociale samhørighed i EU, om det så betyder, at der skal udvikles fælles midler til at forebygge og bekæmpe den. Dette forekommer mig at være opgaven for og ambitionen med området med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Dette område kan ikke bygges på tilbagesendelse af enhver strengt straffet lovovertræder til oprindelsesmedlemsstaten, alene med sanktionen som begrundelse. Dette synspunkt synes desuden at komme til udtryk i direktivet gennem de forholdsregler, som det forpligter medlemsstaterne til at træffe, inden en udsendelse iværksættes¹⁹.

47. Det ville kunne antages, at I.'s tilstedeværelse i værtsmedlemsstaten vil kunne skabe betingelserne for gentagen overtrædelse over for offeret for de første handlinger, og at hans udsendelse dermed er nødvendig af hensyn til beskyttelsen af offeret. En sådan mulighed, der ikke blankt vil kunne afvises, kan alene henhøre under en retsakt, der vedrører området med frihed, sikkerhed og retfærdighed, inden for rammerne af kontrolforanstaltninger efter afsoning af straf, hvor det retlige grundlag findes andetsteds end i direktiv 2004/38. Eftersom dette spørgsmål ikke har været rejst under retsforhandlingerne, skal det heller ikke behandles her, da det i modsat fald forekommer mig at ville være nødvendigt at genåbne forhandlingerne.

48. Derimod skal spørgsmålet, der har været genstand for drøftelse mellem parterne, om, hvorvidt den øgede beskyttelse i medfør af artikel 28 i direktiv 2004/38 finder anvendelse på I., behandles.

B – Den øgede beskyttelse i henhold til artikel 28, stk. 2 og 3, i direktiv 2004/38

49. I lighed med den nederlandske regering²⁰ mener jeg, at artikel 28, stk. 3, i direktiv 2004/38 ikke finder anvendelse i I.'s tilfælde, da hans adfærd og måden, hvorpå handlingerne er begået, viser, at han reelt ikke er integreret, og at han således ikke kan drage fordel af den øgede beskyttelse i henhold til denne bestemmelse.

50. I den forbindelse finder jeg den parallel, som den nederlandske regering drager til Kol-sagen²¹, relevant, da Domstolen i dette tilfælde, der var helt forskelligt fra det foreliggende, anerkendte, at en svigagtig adfærd kunne fratage sin ophavsmand retten til en opholdstilladelse.

18 — Kategori af særligt farlige kriminelle karakteriseret ved adfærd som den, der blev konstateret i Dutroux- og Fourniret-sagerne.

19 — Jf. bl.a. direktivets artikel 27, stk. 2.

20 — Jf. punkt 37 ff. i denne regerings skriftlige indlæg.

21 — Den sag, der gav anledning til dom af 5.6.1997, sag C-285/95, Sml. I, s. 3069.

51. Domstolen anførte i Kol-dommen, at det er udelukket, at udøvelse af en beskæftigelse under dække af en opholdstilladelse, der er udstedt som følge af en svigagtig adfærd, der fører til en straffedom, kan sikre den tyrkiske arbejdstager rettigheder eller give anledning til en berettiget forventning hos ham²².

52. Jeg mener, at dette ræsonnement kan overføres på den foreliggende sag.

53. Det fremgår således af 23. betragtning til direktiv 2004/38, at udsendelse af unionsborgere og deres familiemedlemmer af hensyn til den offentlige orden eller sikkerhed er en foranstaltning, der kan være en alvorlig belastning for de personer, der har gjort brug af de traktatfæstede rettigheder og friheder, og som *reelt er integreret*²³ i værtsmedlemsstaten²⁴.

54. Som det er udtrykt i 24. betragtning til direktivet, er det på baggrund heraf, at dette direktiv indfører en ordning til beskyttelse mod udsendelse, som er baseret på graden af unionsborgerens integration i værtsmedlemsstaten, således at jo stærkere unionsborgeren og dennes familiemedlemmer er integreret i værtsmedlemsstaten, desto stærkere bør beskyttelsen mod udsendelse være²⁵.

55. Således som det er fremgået, udgør artikel 28, stk. 3, i direktiv 2004/38 den allerhøjeste grad af beskyttelse mod udsendelse og den vigtigste, fordi den beskytter en unionsborger, som har haft ophold i værtsmedlemsstaten i de ti foregående år, mod udsendelse.

56. Det forekommer mig, at denne bestemmelse indeholder en simpel formodning for integration, som her modbevises af de faktiske omstændigheder.

57. EU-lovgiver har således taget udgangspunkt i princippet om, at opholdets varighed indikerer en vis integration i værtsmedlemsstaten²⁶. Efter ti år i denne medlemsstat formodes forbindelserne mellem unionsborgeren, der har gjort brug af sin ret til at færdes frit, og den nævnte stat at være så tætte, at det giver unionsborgeren følelsen af at være en del af samfundet i værtsmedlemsstaten, som nævnt med henblik på at fremme den sociale samhørighed, der er et af Unionens grundlæggende mål²⁷.

58. I den foreliggende sag finder jeg det ubestrideligt, at I. ville være blevet retsforfulgt, dømt og i givet fald udsendt, hvis forholdene havde været kendt, fra de begyndte at blive begået, henset til tidspunktet herfor, uden at han havde kunnet påberåbe sig artikel 28, stk. 3, i direktiv 2004/38.

59. I. begyndte således allerede fra det tredje år af sit ophold i værtsmedlemsstaten, og dermed inden det lovlige ophold i fem år, der er forudsætningen for retten til tidsubegrænset ophold, at misbruge sin samleverskes mindreårige barn, hvilket fortsatte indtil 2001, dvs. inden for tiårsperioden forud for den trufne udsendelsesforanstaltning over for ham²⁸.

60. Selv om unionsborgerens integration faktisk er baseret på territoriale og tidsmæssige omstændigheder, er den også baseret på kvalitative elementer²⁹. Det forekommer således åbenbart, at I.'s adfærd, som udgør en alvorlig forstyrrelse af den offentlige orden, indebærer en fuldstændigt manglende vilje til at integrere sig i det samfund, hvor han befinder sig, og han har således i de

22 — Præmis 28.

23 — Min fremhævelse.

24 — Tsakouridis-dommen, præmis 24.

25 — Ibidem, præmis 25.

26 — Jf. forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område (KOM(2001) 257 endelig).

27 — Jf. 17. betragtning til direktiv 2004/38.

28 — Jf. forelæggelsesafgørelsens præmis 31-32.

29 — Jf. dom af 21.7.2011, sag C-325/09, Dias, Sml. I, s. 6387, præmis 64.

pågældende år bevidst tilsidesat visse af dette samfunds grundlæggende værdier. I dag påberåber han sig konsekvenserne af at have tilbagelagt en periode på ti år, som ikke har været afbrudt, fordi hans adfærd er forblevet skjult som følge af den fysiske og psykiske vold, som han på afskyvækkende måde har udøvet over for offeret i de pågældende år.

61. En overtrædelse af denne art kan ikke, med henvisning til, at den har varet i lang tid, skabe rettigheder. I øvrigt bestemmer direktiv 2004/38 i artikel 35, at medlemsstaterne kan træffe de nødvendige foranstaltninger til at nægte, ophæve eller tilbagekalde rettigheder i henhold til direktivet, når der er tale om misbrug af rettigheder eller om svig. Det bemærkes her, at det tilkommer Domstolen at udlede konsekvenserne af en sådan svig.

62. At tillade, at I. af sin retsstridige adfærd kan udlede retten til øget beskyttelse i henhold til direktivets artikel 28, stk. 2 og 3, mener jeg ville stride imod de værdier, som unionsborgerskabet hviler på.

63. Når det er sagt, bør det selvfølgelig sikres, at I. kan udøve sine rettigheder ifølge bestemmelserne i direktivets artikel 28, stk. 1, og principperne i Domstolens praksis vedrørende sikring af de grundlæggende rettigheder, som der blev henvist til i Tsakouridis-dommen, bl.a. i præmis 52.

64. Henset til ovenstående betragtninger er jeg af den opfattelse, at artikel 28, stk. 2 og 3, i direktiv 2004/38 skal fortolkes således, at en unionsborger ikke kan påberåbe sig retten til en øget beskyttelse mod udsendelse i henhold til denne bestemmelse, når det påvises, at den pågældende udleder denne ret af en retsstridig adfærd, der udgør en alvorlig forstyrrelse af den offentlige orden i værtsmedlemsstaten.

IV – Forslag til afgørelse

65. Jeg foreslår følgelig Domstolen at besvare de af Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen forelagte spørgsmål således:

»Artikel 28, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgernes og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF skal fortolkes således, at seksuelt misbrug af en mindreårig, seksuelt overgreb og voldtægt ikke er omfattet af begrebet »bydende nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed«, såfremt disse handlinger ikke direkte truer roen og den fysiske sikkerhed hos befolkningen som helhed eller hos en stor del heraf.

Artikel 28, stk. 2 og 3, i direktiv 2004/38 skal fortolkes således, at en unionsborger ikke kan påberåbe sig retten til en øget beskyttelse mod udsendelse i henhold til denne bestemmelse, når det påvises, at den pågældende udleder denne ret af en retsstridig adfærd, der udgør en alvorlig forstyrrelse af den offentlige orden i værtsmedlemsstaten.«