



Samling af Afgørelser

GENERALADVOKAT E. SHARPSTONS
STILLINGTAGEN
af 26. marts 2012 ¹

Sag C-83/12 PPU

Minh Khoa Vo

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesgerichtshof (Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse efter hasteproceduren — visumkodeksens artikel 21 og 34 — strafansvar for menneskesmugling i form af bistand til ulovlig indvandring, der ydes til tredjelandsstatsborgere, der er i besiddelse af visa, som er opnået på svigagtigt grundlag, men endnu ikke er blevet annulleret«

1. Det spørgsmål, der rejses i denne anmodning om præjudiciel afgørelse fra Bundesgerichtshof (Tyskland), er i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt EU-retten², særligt artikel 21 og 34 i forordning (EF) nr. 810/2009 (herefter »visumkodeksen«)³, er til hinder for, at en medlemsstat strafforfølger en person for bistand til ulovlig indvandring, når de berørte indvandrere var i besiddelse af ensartede visa⁴, som tilsyneladende var gyldige, og som, skønt de blev opnået på svigagtigt grundlag, endnu ikke er blevet annulleret.

2. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Minh Khoa Vo, den anklagede i hovedsagen, har været medlem af to organiserede bander, som i juni og juli 2010 mod betaling af betydelige pengebeløb bistod vietnamesiske statsborgere med at rejse ind på Schengenområdet og etablere sig dér, navnlig i Tyskland. Disse bander benyttede metoder, der var baseret på svigagtig opnåelse af ensartede visa. I det ene tilfælde foregav de over for den ungarske ambassade i Vietnam, at disse statsborgere var turister, som skulle på rejse i Den Europæiske Union. I det andet tilfælde udgav de vietnamesiske statsborgere sig over for den svenske ambassade for at være sæsonarbejdere, der skulle arbejde som bærplukkere.

3. Efter at være rejst ind på Schengenområdet gennemførte de omhandlede vietnamesiske statsborgere en del af turistrejseprogrammet eller deltog i begyndelsen af bærhøsten, før de, i nogle tilfælde med bistand fra Minh Khoa Vo, som modtog vederlag for sine ydelser, blev transporteret til forskellige bestemmelseslande, primært Tyskland, hvor de, i nogle tilfælde også med bistand fra Minh Khoa, blev indkvarteret, før de gik under jorden.

4. På grundlag af de fremlagte beviser blev Minh Khoa Vo dømt skyldig i fire tilfælde af bandeorganiseret bistand til ulovlig indvandring med økonomisk vinding for øje, selv om de berørte personer hver især formelt var i besiddelse af et visum, som ikke var blevet annulleret. Han blev idømt en fængselsstraf af fire år og tre måneder. Han har været varetægtsfængslet siden den 1. januar 2011.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Det bemærkes, at den EU-lovgivning, som fremstilles i det følgende, kun i meget begrænset omfang finder anvendelse for, Danmarks, Irlands og Det Forenede Kongeriges vedkommende.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 810/2009 af 13.7.2009 om en fællesskabskodeks for visa (visumkodeks) (EUT L 243, s. 1), med senere ændringer.

4 — Med hensyn til definitionen af et ensartet visum se denne stillingtagens punkt 17.

5. Minh Khoa Vo har iværksat »revisionsappel« til prøvelse af denne domfældelse for Bundesgerichtshofs femte afdeling for straffesager, som har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Skal [visumkodeksens] artikel 21 og 34 [...], som regulerer udstedelse og annulation af et ensartet visum, fortolkes således, at de er til hinder for, at indsmugling af udlændinge er strafbar i henhold til nationale retsforskrifter i tilfælde, hvor de indsmuglede personer ganske vist besidder et visum, men har opnået dette ved svig over for de kompetente myndigheder i en anden medlemsstat med hensyn til det egentlige formål med rejsen?«

6. Under de i sagen foreliggende omstændigheder skal dette spørgsmål forstås således, at det vedrører muligheden for, at en person i Minh Khoa Vos situation ikke kan pålægges strafansvar, når de berørte tredjelandstatsborgere hver især er i besiddelse af et formelt gyldigt visum, selv om dette er opnået ved svig. Ved bedømmelsen af dette spørgsmål bør indholdet af de relevante nationale og EU-retlige bestemmelser holdes for øje.

Retsforskrifter

EU-retten

Rammeafgørelse 2002/946/RIA

7. Artikel 1 i rammeafgørelse 2002/946⁵ har følgende ordlyd:

»Hver medlemsstat træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at de lovovertrædelser, der defineres i artikel 1 og 2 i direktiv 2002/90/EF, kan straffes med strafferetlige sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til lovovertrædelserne, har afskrækkende virkning og kan medføre udlevering.«

Direktiv 2002/90

8. Det fremgår af fjerde betragtning til direktiv 2002/90, at dette direktiv har til formål at definere »hjælp til ulovlig indvandring og derved sikre en mere effektiv gennemførelse af rammeafgørelse [2002/946]«.

9. Nævnte direktivs artikel 1 har følgende ordlyd:

»Hver medlemsstat fastsætter passende sanktioner:

- a) over for enhver, der forsætligt hjælper en person, der ikke er statsborger i en medlemsstat, med at indrejse til eller rejse gennem en medlemsstats område og derved overtræde den pågældende stats lovgivning vedrørende udlændinges indrejse eller gennemrejse
- b) over for enhver, der i berigelsesøjemed forsætligt hjælper en person, der ikke er statsborger i en medlemsstat, med at opholde sig på en medlemsstats område og derved overtræde den pågældende stats lovgivning vedrørende udlændinges ophold.

2. Enhver medlemsstat kan beslutte ikke at iværksætte sanktioner med hensyn til den i stk. 1, litra a), definerede adfærd ved at anvende sin nationale lovgivning og praksis, hvis formålet er at yde den pågældende person humanitær bistand.«

⁵ — Rådets rammeafgørelse af 28.11.2002 om styrkelse af de strafferetlige rammer med henblik på bekæmpelse af hjælp til ulovlig indrejse og transit samt ulovligt ophold (EUT L 328, s. 1). Denne rammeafgørelse blev vedtaget samme dag som Rådets direktiv 2002/90/EF af 28.11.2002 om definition af hjælp til ulovlig indrejse og transit samt ulovligt ophold (EUT L 328, s. 17), hvilket forklarer krydshenvisningerne mellem disse to retsakter.

10. Nævnte direktivs artikel 2 bestemmer:

»Hver medlemsstat træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de i artikel 1 omhandlede sanktioner også kan iværksættes over for enhver, der

[...]

b)er meddelagtig i [én af de lovovertrædelser, der er omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra a) og b)], eller

[...]«

11. Samme direktivs artikel 3 bestemmer:

»Hver medlemsstat træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de i artikel 1 og 2 omhandlede lovovertrædelser undergives sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til lovovertrædelserne og har afskrækkende virkning.«

Direktiv 2008/115/EF

12. I direktiv 2008/115/EF⁶ fastsættes der fælles standarder og procedurer, som skal anvendes i medlemsstaterne ved tilbagesendelse af tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold.

13. Ifølge dette direktivs artikel 3, nr. 2), forstås ved »ulovligt ophold«: tilstedeværelsen på en medlemsstats område af en tredjelandstatsborger, som ikke opfylder eller ikke længere opfylder de betingelser for indrejse, der er fastsat i artikel 5 i Schengengrænsekodeksen [⁷], eller andre betingelser for indrejse, ophold eller bopæl i den pågældende medlemsstat«.

Visumkodeksen

14. Af tredje betragtning til visumkodeksen fremgår, at »den fælles visumpolitik [...] [udgør en] del af et system med flere niveauer, der skal [...] håndtere den ulovlige indvandring gennem yderligere harmonisering af national lovgivning og behandlingspraksis [...]«.

15. Ifølge 29. betragtning til visumkodeksen »respekterer [visumkodeksen] de grundlæggende rettigheder og overholder de principper, der er anerkendt navnlig i Europarådets konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder [undertegnet i Rom den 4. november 1950] og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder«.

16. Ifølge visumkodeksens artikel 1, stk. 1, »fastsættes [ved visumkodeksen] procedurer og betingelser for udstedelse af visa til transit gennem eller forventede ophold på medlemsstaternes område i højst tre måneder inden for en seks måneders periode«. Den finder ifølge samme bestemmelses stk. 2 anvendelse »på alle tredjelandstatsborgere, der skal have et visum, når de passerer medlemsstaternes ydre grænser«.

⁶ — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16.12.2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold (EUT L 348, s. 98). I overensstemmelse med direktivets artikel 22 trådte dette i kraft den 13.1.2009.

⁷ — Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 af 15.3.2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengengrænsekodeks) (EUT L 105, s. 1), med senere ændringer (herefter »Schengengrænsekodeksen«). Schengengrænsekodeksen indfører fælles foranstaltninger for personers passage af de indre grænser samt grænsekontrol ved de ydre grænser og udbygger »Schengenreglerne«, dvs. samtlige foranstaltninger med henblik på at afskaffe kontrollen ved de indre grænser og styrke kontrollen ved de ydre grænser. Den finder anvendelse sammen med visumkodeksen, som supplerer den ved nærmere at fastlægge de procedurer og betingelser, der gælder for udstedelse af visa.

17. Et ensartet visum giver statsborgere i visse tredjelande⁸ adgang til at indrejse på Schengenmedlemsstaternes område og forblive dér i visummets gyldighedsperiode, inden for rammerne af den maksimale varighed af det tilladte ophold. I medfør af visumkodeksens artikel 2, nr. 2), udgør et visum en tilladelse udstedt af en medlemsstat bl.a. med henblik på et forventet ophold på medlemsstaternes område i højst tre måneder inden for en seks måneders periode fra datoen for den første indrejse på en af medlemsstaternes område. Ifølge samme bestemmelses nr. 3) er et »ensartet visum« et »visum, der er gyldigt overalt på medlemsstaternes område«.

18. Et visum opnås på grundlag af en ansøgning og en række supplerende dokumenter, som indgives til en medlemsstats kompetente myndigheder⁹. Når dokumenterne foreligger, kontrollerer den anmodede medlemsstats konsulat, om det har kompetence til at behandle sagen og, i givet fald, til at afgøre, om ansøgningen opfylder indrejsebetingelserne¹⁰.

19. Visumkodeksens artikel 21, der har overskriften »Kontrol af indrejsebetingelserne og risikovurdering«, bestemmer:

»1. Ved behandlingen af en ansøgning om et ensartet visum skal det undersøges, om ansøgeren opfylder indrejsebetingelserne i artikel 5, stk. 1, litra a), c), d) og e), i Schengengrænsekodeksen [¹¹], og der skal navnlig lægges vægt på at vurdere, om ansøgeren udgør en risiko for ulovlig indvandring eller for medlemsstaternes sikkerhed, og om ansøgeren agter at forlade medlemsstaternes område før udløbet af det visum, der ansøges om.

2. I forbindelse med hver enkelt visumansøgning konsulteres VIS [¹²] i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, og artikel 15 i VIS-forordningen. Medlemsstaterne sikrer, at alle søgekriterierne i henhold til artikel 15 i VIS-forordningen anvendes fuldt ud med henblik på at undgå afvisninger på forkert grundlag og falske identificeringer.

3. Konsulatet undersøger, om ansøgeren opfylder indrejsebetingelserne, og kontrollerer:

- a) at det fremlagte rejsedokument ikke er falsk eller forfalsket
- b) ansøgerens redegørelse for formålet med og vilkårene for det forventede ophold, og om den pågældende har de fornødne subsistensmidler, såvel i den påtænkte opholdsperiode som til hjemrejsen til hjemlandet eller bopælslandet eller gennemrejse til et tredjeland, hvor den pågældende er sikret indrejse, eller er i stand til at skaffe sig disse midler på lovlig vis
- c) om ansøgeren er en person, om hvem der er indgivet indberetning til Schengeninformationssystemet (SIS) med henblik på at nægte indrejse
- d) at ansøgeren ikke betragtes som en trussel mod nogen af medlemsstaternes offentlige orden, indre sikkerhed eller folkesundhed som defineret i artikel 2, nr. 19), i Schengengrænsekodeksen eller internationale forbindelser og navnlig på dette grundlag ikke er indberettet som uønsket i medlemsstaternes nationale databaser
- e) at ansøgeren i givet fald har en passende og gyldig rejsesygeforsikring.

8 — Listen over de lande, der er tale om, findes i bilag I til 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 (EFT L 81, s. 1), med senere ændringer.

9 — Visumkodeksens artikel 5 regulerer, hvilken medlemsstat der har kompetence til at tage stilling til en sådan ansøgning.

10 — Visumkodeksens artikel 18-21.

11 — Jf. også fodnote 6 til denne stillingtagen. Disse betingelser svarer i det væsentlige til betingelserne i visumkodeksens artikel 21, stk. 3, litra a)-d).

12 — VIS er et system til udveksling af visumoplysninger mellem medlemsstaterne, som er indført ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 767/2008 af 9.7.2008 om visuminformationssystemet (VIS) og udveksling af oplysninger mellem medlemsstaterne om visa til kortvarigt ophold (VIS-forordningen) (EUT L 218, s. 60), og som bl.a. har til formål at hjælpe med at identificere alle personer, der ikke eller ikke længere opfylder betingelserne for indrejse, ophold og bopæl på medlemsstaternes område.

4. Konsulatet kontrollerer i givet fald længden af såvel tidligere som forventede ophold for at sikre sig, at ansøgeren ikke har overskredet den maksimale længde af det tilladte ophold på medlemsstaternes område, uanset om der eventuelt er givet tilladelse til ophold i form af et nationalt visum til længerevarende ophold eller udstedt opholdstilladelse af en anden medlemsstat.

[...]

7. Behandlingen af en ansøgning baseres navnlig på ægtheden og troværdigheden af den fremlagte dokumentation og på rigtigheden og troværdigheden af de udsagn, der er fremsat af ansøgeren.

[...]«

20. Hvis disse betingelser er opfyldt, udsteder den kompetente myndighed visummet.

21. Visumkodeksens artikel 30 bestemmer imidlertid, at et sådant visum »ikke i sig selv [giver] ret til indrejse« på medlemsstaternes samlede område. En person, der er i besiddelse af et ensartet visum, kan nægtes adgang til en medlemsstats område, hvis grænsekontrolmyndighederne finder, at indrejsebetingelserne ikke (eller ikke længere) er opfyldt¹³.

22. Visumkodeksens artikel 34, der har overskriften »Annullering og inddragelse«, bestemmer:

»1. Et visum annulleres, hvis det bliver åbenlyst, at betingelserne for udstedelse ikke var opfyldt på det tidspunkt, da det blev udstedt, navnlig hvis der er alvorlig grund til at tro, at visummet er udstedt på svigagtigt grundlag. Et visum skal i princippet annulleres af de kompetente myndigheder i den medlemsstat, der udstedte det. Et visum kan annulleres af de kompetente myndigheder i en anden medlemsstat; myndighederne i den medlemsstat, der har udstedt visummet, underrettes om en sådan annullering.

2. Et visum inddrages, hvis det bliver åbenlyst, at betingelserne for udstedelse ikke længere er opfyldt. Et visum skal i princippet inddrages af de kompetente myndigheder i den medlemsstat, der udstedte det. Et visum kan inddrages af de kompetente myndigheder i en anden medlemsstat; myndighederne i den medlemsstat, der har udstedt visummet, underrettes om en sådan inddragelse.

3. Et visum kan inddrages efter anmodning fra visumindehaveren. De kompetente myndigheder i de medlemsstater, der har udstedt visummet, underrettes om en sådan inddragelse.

4. Det forhold, at visumindehaveren ikke ved grænsen har kunnet fremvise hele eller en del af den i artikel 14, stk. 3, nævnte dokumentation, fører ikke automatisk til en afgørelse om at annullere eller inddrage et visum.

5. Annulleres eller inddrages et visum, påføres det et stempel med teksten »ANNULLERET« eller »INDDRAGET«, og det optisk variable kendetegn ved visummærkaten, sikkerhedselementet »kipeffekt« og udtrykket »visum« gøres ugyldigt, ved at det krydses ud.

6. En afgørelse om annullering eller inddragelse af et visum og de grunde, den hviler på, meddeles ansøgeren ved hjælp af standardformularen i bilag VI.

7. En visumindehaver, hvis visum er blevet annulleret eller inddraget, har ret til at påklage afgørelsen, medmindre visummet er inddraget efter anmodning fra vedkommende i overensstemmelse med stk. 3. Klagesager føres mod den medlemsstat, der har truffet afgørelse om annulleringen eller inddragelsen, og i henhold til denne medlemsstats nationale lovgivning. Medlemsstaterne giver ansøgerne oplysning om den procedure, der skal følges i tilfælde af klage, jf. bilag VI.

13 — Jf. også Schengengrænsekodeksens artikel 13, stk. 1.

8. Oplysninger om et annulleret eller inddraget visum indlæses i VIS i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 13 i VIS-forordningen.«

23. Visumkodeksen har fundet anvendelse siden den 5. april 2010¹⁴, men dens artikel 34, stk. 6 og 7, har først fundet anvendelse fra den 5. april 2011¹⁵.

24. Forud for visumkodeksens ikrafttræden var annulation reguleret ved eksekutivkomitéens afgørelse af 14. december 1993 om fælles procedurer for annulation eller ophævelse af det ensartede visum eller afkortelse af dets gyldighedsperiode¹⁶. I denne afgørelse blev »formålet« med »annulation« defineret som værende »at hindre adgang til Schengensignatarstaternes område, navnlig når et visum er udstedt fejlagtigt til en udlænding, der er indberettet som uønsket«¹⁷. Det var udtrykkeligt foreskrevet, at hvis et visum annulleredes, »[ansås] det for aldrig at have eksisteret«¹⁸. I de fælles konsulære instrukser blev disse forklarende bemærkninger bekræftet¹⁹.

Tysk ret

25. Den relevante nationale lovgivning er Aufenthaltsgesetz²⁰.

26. Ifølge denne lovs § 4, stk. 1, skal udlændinge være i besiddelse af et opholdsdokument, herunder i form af et visum, for at indrejse og opholde sig på Forbundsrepublikkens område, såfremt andet ikke er bestemt ved EU-retten eller ved bekendtgørelse.

27. Aufenthaltsgesetz' § 95, stk. 1, fastsætter en frihedsstraf på indtil et år eller bødestraf for personer, der indrejser på tysk område uden at være i besiddelse af et sådant, formelt gyldigt, dokument. Ifølge denne bestemmelses stk. 6 »sidestilles en handling på grundlag af et opholdsdokument, som er [...] opnået ved svig gennem afgivelse af urigtige eller ufuldstændige oplysninger, med en handling uden fornødent opholdsdokument«. Denne sidestilling (eller »retlige fiktion«) i medfør af nævnte bestemmelse berører hverken visumindehaverens forvaltningsretlige stilling eller de retsmidler, som denne har til rådighed med henblik på at anfægte en eventuel afgørelse om annulation. Den gælder kun i strafferetlig henseende.

28. Aufenthaltsgesetz' § 96, stk. 1, fastsætter en frihedsstraf på indtil fem år eller bødestraf for bl.a. personer, der tilskynder en anden til eller bistår den pågældende med at begå en handling som omhandlet i Aufenthaltsgesetz' § 95, stk. 1, og opnår eller tager imod et løfte om at opnå fordel heraf eller begår handlingen gentagne gange eller til fordel for flere udlændinge. Ifølge Aufenthaltsgesetz' § 96, stk. 4, finder de samme bestemmelser anvendelse på overtrædelser af retsforskrifter vedrørende udlændinges indrejse og ophold på Den Europæiske Unions medlemsstaters eller en Schengenstats område, såfremt de svarer til de i national ret angivne handlinger, og gerningsmanden bistår en udlænding, der ikke er statsborger i en af Den Europæiske Unions medlemsstater eller i en anden stat, som er part i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

14 — Visumkodeksens artikel 58, stk. 2.

15 — Visumkodeksens artikel 58, stk. 5.

16 — SCH/Com-ex (93) 24 (EFT 2000 L 239, s. 154, herefter »afgørelse SCH/Com-ex (93) 24«). Denne afgørelse blev ophævet ved visumkodeksen; jf. visumkodeksens artikel 56, stk. 2, litra b). Med henblik på en forklaring på samspillet mellem Schengenaftalen, Schengengennemførelseskonventionen, den fælles håndbog, fælles konsulære instrukser og afgørelserne fra den ved Schengengennemførelseskonventionen nedsatte eksekutivkomité, se dom af 18.1.2005, sag C-257/01, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 345, præmis 7-14.

17 — Artikel 1, stk. 1, i afgørelse SCH/Com-ex (93) 24.

18 — Artikel 1, stk. 1, i afgørelse SCH/Com-ex (93) 24. Derimod »[gjorde] [ophævelse] det muligt at annullere et ensartet visums resterende gyldighedsperiode, efter at indehaveren [var] indrejst i området« og var »uden tilbagevirkende kraft« (artikel 2, stk. 2, i afgørelse SCH/Com-ex (93) 24).

19 — Fælles konsulære instrukser til de diplomatiske og konsulære repræsentationer (EUT 2005 C 326, s. 1), med senere ændringer (bilag 14).

20 — Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (lov om udlændinges ophold, erhvervsmæssige beskæftigelse og integration på Forbundsrepublikkens område).

29. Aufenthaltsgesetz' § 97, stk. 2, fastsætter en frihedsstraf på indtil ti år for personer, der handler erhvervsmæssigt som medlem af en bande, der er dannet med henblik på vedvarende at begå sådanne handlinger.

Retsforhandlingerne for Domstolen

30. Da Minh Khoa Vo er frihedsberøvet som omhandlet i artikel 267, stk. 4, TEUF, har Domstolen, efter anmodning fra Bundesgerichtshof, besluttet at undergive anmodningen om præjudiciel afgørelse hasteproceduren. Der er indgivet skriftlige bemærkninger af Minh Khoa Vos repræsentant, Generalbundesanwalt (forbundsanklagemyndigheden), den tyske regering og Europa-Kommissionen. Disse fire procesdeltagere samt den græske regering var repræsenteret ved retsmødet den 22. marts 2012.

Bedømmelse

Indledende bemærkninger

31. Det spørgsmål, som denne sag rejser, er i det væsentlige, om EU-retten, navnlig visumkodeksens artikel 21 og 34, er til hinder for, at en national ret i en strafferetlig procedure kender en person, der er anklaget for at have ydet bistand til ulovlig indvandring, skyldig uden at kræve, at der føres bevis for, at der er tale om ulovlig indvandring, ved hjælp af en forudgående annulation af ensartede visa, som er opnået på svigagtigt grundlag og tildelt tredjelandstatsborgere, som denne person hævdes at have bistået med at indrejse og/eller opholde sig på den omhandlede medlemsstats område.

32. Et sådant spørgsmål beror på forholdet mellem på den ene side den forvaltningsretlige procedure med henblik på annulation af et visum, som vedrører indehaveren af visummet, og på den anden side den strafferetlige procedure med henblik på at straffe bistand til ulovlig indvandring, som vedrører den person, der yder denne bistand.

33. Det tilkommer principielt den nationale ret at fastlægge kompetencefordelingen mellem såvel den dømmende myndighed og den udøvende myndighed som mellem en ret, der træffer afgørelse i strafferetlige sager, og en ret, der træffer afgørelse i forvaltningsretlige sager, samt virkningerne af en forvaltningsafgørelse for en straffesag og virkningerne af en strafferetlig afgørelse for en forvaltningssag. I en Union bestående af 27 medlemsstater, som hver har sin egen retsorden, er det sandsynligt, at også denne kompetencefordeling og konsekvenserne heraf er kendetegnet ved forskelligartethed.

34. Dette forhold mellem forvaltningsretten og strafferetten er således reguleret i national ret, medmindre – og i den udstrækning – Unionen har udøvet sine beføjelser inden for et afgrænset område. Hvis dette er tilfældet, skal det relevante indhold af EU-retten på dette område undersøges. I det konkrete tilfælde skal det afklares, om EU-retten er til hinder for, at en person, der er anklaget for at have ydet bistand til ulovlig indvandring, kendes skyldig, uden at der er ført bevis for en forudgående annulation af de omhandlede indvandreres visa.

35. Unionen har nemlig udøvet sine beføjelser på de berørte områder, om end i begrænset omfang.

36. Dels har de deltagende stater siden oprettelsen af Schengenområdet accepteret en harmonisering af betingelserne og procedurerne for udstedelse af visa til planlagte ophold på deres område. Disse betingelser og procedurer er nu fastsat i visumkodeksen.

37. Der skal derfor foretages en nærmere analyse af visumkodeksen med henblik på at afklare, i hvilken udstrækning Unionen har harmoniseret betingelserne og proceduren for annulation af et visum, herunder om proceduren indbefatter bestemmelser om bevisværdien af en sådan annulation i en eventuel straffesag mod en tredjemand, der er anklaget for at have ydet bistand til ulovlig indvandring.

38. Dels er en medlemsstat i medfør af rammeafgørelse 2002/946 og direktiv 2002/90 forpligtet til at pålægge sanktioner for bistand til tredjelandstatsborgeres ulovlige indvandring, hvorved tredjelandstatsborgere indrejser til, rejser gennem eller opholder sig på denne medlemsstats område og derved overtræder dennes lovgivning vedrørende udlændinges indrejse, gennemrejse eller ophold²¹. Eftersom Bundesgerichtshofs spørgsmål drejer sig om, hvorvidt det i bevismæssig henseende er nødvendigt under en straffesag mod en person, der er anklaget for at have ydet bistand til ulovlig indvandring, at godtgøre, at et visum er blevet annulleret, skal det ligeledes undersøges, om direktiv 2002/90 og rammeafgørelse 2002/946 begrænser medlemsstaternes beføjelser med hensyn til såvel den strafferetlige procedure som forholdet mellem forvaltningsretten og strafferetten i denne henseende.

Visumkodeksen og den eventuelle virkning af, at der ikke foreligger en afgørelse om annulation af et visum udstedt til en person, der angiveligt er indvandret ulovligt, for strafansvaret for en tredjemand, der er anklaget for bistand til ulovlig indvandring

39. Allererst bemærker jeg, at hverken visumkodeksens artikel 21 eller dens artikel 34 henviser til strafansvaret for en person, der har ydet bistand til ulovlig indvandring, eller til de processuelle regler eller bevisregler, der finder anvendelse i en straffesag.

40. Minh Khoa Vos repræsentant har ikke desto mindre gjort gældende, at de visa, som blev udstedt til de vietnamesiske statsborgere, som Minh Khoa Vo hævdes at have bistået med at indvandre til Schengenområdet, i henhold til visumkodeksen principielt skal annulleres af de ungarske og svenske myndigheder, før det i en straffesag kan fastslås, at anklagen mod ham er begrundet. I denne henseende har Minh Khoa Vos repræsentant anført, at han kun kan dømmes for at have ydet bistand til ulovlig indvandring, hvis det godtgøres, at en kompetent myndighed har udstedt en forvaltningsakt, hvorved disse visa annulleres, og har meddelt de øvrige medlemsstater denne annulation.

41. Efter min opfattelse er dette standpunkt baseret på en fejlagtig fortolkning af visumkodeksen.

42. Det er ikke tilsigtet med visumkodeksen at foretage en udtømmende harmonisering af den administrative procedure med henblik på annulation af et ensartet visum, endsige at regulere den strafferetlige procedure vedrørende bistand til ulovlig indvandring eller forholdet mellem de to procedurer med henblik på det omhandlede punkt. Dens rækkevidde er betydeligt mere begrænset.

43. Hvori består da den med visumkodeksen foretagne harmonisering?

44. For det første er annulationsgrundene fastslået i visumkodeksens artikel 34, stk. 1, første punktum.

45. Annulation af et visum afhænger af, om betingelserne for dets udstedelse var *opfyldt på tidspunktet for udstedelsen*²². Hvis dette ikke er tilfældet, fremgår det af samme artikel 34, stk. 1, at »visum[et] annulleres«. Opnåelse af et visum på svigagtigt grundlag medfører derfor obligatorisk annulation af visummet.

46. Mens det med hensyn til *grunden* til annulation er forholdene på udstedelsestidspunktet, der er afgørende, kan *konstateringen* af tilstedeværelsen af denne grund ske på et hvilket som helst tidspunkt, det være sig før, under eller efter anvendelsen af visummet²³.

21 — Artikel 1, stk. 1, i rammeafgørelse 2002/946 og artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/90, med forbehold af beføjelsen i henhold sidstnævnte artikels stk. 2 i tilfælde, hvor der haves humanitære formål for øje (jf. denne stillingtags punkt 9).

22 — Visumkodeksens artikel 34, stk. 1. Det følger også heraf, at en medlemsstat ikke har ret til at annullere et visum, hvis betingelserne for udstedelsen var opfyldt på dette tidspunkt.

23 — I denne henseende vil jeg ikke udelukke, at annulation af et visum, som er udløbet, kan have en effektiv virkning. Jeg vil mene, at annulation af visummet og underretning herom til visummets indehaver under sådanne omstændigheder vil gøre det muligt med tilbagevirkende kraft at gøre følgerne af ugyldigheden med hensyn til visummets gyldighedsperiode gældende over for den pågældende.

47. For det andet fastlægger visumkodeksens artikel 34, stk. 1, andet og tredje punktum, kompetencen og endog en forpligtelse for medlemsstaterne til at annullere et visum.

48. Udstedelsesmedlemsstatens kompetente myndigheder er i besiddelse af sagsakterne og kender de omstændigheder, hvorunder visummet er blevet udstedt. Derfor er de principielt bedst i stand til, eventuelt inden visummet overhovedet er blevet anvendt, at fastslå, at de ikke skulle have udstedt det. Heraf følger, at det er denne medlemsstat, som i første række har ansvaret for annulation af visummet. Det er af denne grund, at det i nævnte artikel 34, stk. 1, er fastsat, at et visum »i princippet [skal] annulleres af de kompetente myndigheder i den medlemsstat, der udstedte det«.

49. Det kan imidlertid ske, at de omstændigheder, som indebærer, at visummet ikke skulle have været udstedt, ikke konstateres, før indehaveren allerede har påbegyndt sin rejse til Schengenområdet, indfinder sig ved grænsen til en medlemsstat for at få adgang til dens område eller, senere, opholder sig dér. Det er logisk set fra dette tidspunkt, at den medlemsstat, ved hvis grænser eller på hvis område visumindehaveren befinder sig, er kvalificeret til og ansvarlig for at annullere visummet og, i givet fald, underrette myndighederne i udstedelsesmedlemsstaten herom. Det er af denne grund, at det i sidste punktum i visumkodeksens artikel 34, stk. 1, er fastsat, at et visum »kan annulleres af de kompetente myndigheder i en anden medlemsstat; myndighederne i den medlemsstat, der har udstedt visummet, underrettes om en sådan annullering«²⁴.

50. Annulation af et visum er dermed ikke omfattet af en enekompetence for udstedelsesmedlemsstaten, men en delt kompetence. Den delte kompetence afspejler den fulde gensidige respekt, der skal herske mellem medlemsstaterne med hensyn til udstedelse, anerkendelse og anvendelse af ensartede visa, og den loyale samarbejdsånd og gensidige anerkendelse, som skal gælde for afgørelser om annulation af et visum inden for Schengenområdet²⁵.

51. For det tredje fastslår visumkodeksens artikel 34 den almindelige konsekvens af, at et visum annulleres. Når forvaltningsafgørelsen skyldes en konstatering af, at visummet aldrig skulle have været tildelt den pågældende, følger det heraf, at annulationen har tilbagevirkende kraft.

52. I retsmødet gjorde den tyske regering gældende, at det tilkommer den enkelte medlemsstat at fastlægge konsekvenserne af annulationen.

53. Jeg er ikke enig heri.

54. Hvad angår virkningen af annulation af et visum for indehaverens forvaltningsretlige stilling sonderer nævnte artikel 34 mellem annulation og inddragelse på grundlag af, på hvilket tidspunkt betingelserne for udstedelsen ikke er opfyldt. Et visum annulleres, når disse betingelser *ikke var opfyldt* på det tidspunkt, hvor det blev udstedt, mens et visum inddrages, når betingelserne *ikke længere er opfyldt*, skønt de var opfyldt på tidspunktet for udstedelsen²⁶.

55. Det er efter min mening vanskeligt at forestille sig, at lovgiver skulle have opstillet denne sondring og samtidig have haft til hensigt, at virkningen af annulation og virkningen af inddragelse i givet fald skulle være den samme. Det fremgår af visumkodeksens artikel 32, stk. 1, litra b), at der »gives afslag på« et visum, hvis »der er begrundet tvivl om ægtheden af den dokumentation, der er fremlagt [...], eller om rigtigheden af indholdet, om troværdigheden af de udsagn, der er fremsat [...], eller om

24 — Det bemærkes, at andre sprogversioner af denne bestemmelse også anvender forskellige udsagnsord, således at der sondres mellem udstedelsesmedlemsstatens forpligtelse og de øvrige medlemsstaters kompetence.

25 — I denne forbindelse henviser jeg tillige til Domstolens bemærkning i den sag, der gav anledning til dom af 16.6.2005, sag C-105/03, Pupino, Sml. I, s. 5285, præmis 42, nemlig, at »[d]et ville være vanskeligt for Unionen effektivt at varetage dens opgave, såfremt princippet om loyalt samarbejde, der bl.a. indebærer, at medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af deres forpligtelser i henhold til EU-retten, ikke tillige gjaldt i forbindelse med politisamarbejde og det retlige samarbejde i kriminalsager, som i øvrigt helt og holdent bygger på samarbejdet mellem medlemsstaterne og institutionerne«.

26 — Visumkodeksens artikel 34, stk. 2.

[ansøgerens] hensigt om at forlade medlemsstaternes område inden udløbet af det visum, der ansøges om«. Hvis det efter udstedelsen af visummet konstateres, at disse omstændigheder forelå på tidspunktet for dets udstedelse (men ikke blev opdaget i tide af de kompetente myndigheder), forekommer det mig, at konsekvensen nødvendigvis må være den samme, som hvis de kompetente myndigheder havde anvendt nævnte artikel 32, stk. 1, litra b). Dette indebærer således, at visummet lige fra begyndelsen har været ugyldigt (annulation ex tunc).

56. Heraf følger også, at hvis der ikke foreligger omstændigheder, som ville have ført til et afslag på visummet i henhold til visumkodeksens artikel 32, forbliver et visum, som er blevet udstedt, gyldigt, indtil det udløber, eller det eventuelt inddrages, og at visummet dermed dækker et tidligere ophold på en eller flere medlemsstats område. Fra det tidspunkt, hvor et visum inddrages, er det derimod ikke længere et gyldigt dokument, hvorpå der kan støttes en ret til ophold (inddragelse ex nunc).

57. For det fjerde fastlægger visumkodeksens artikel 34, stk. 5-7, en række forskellige skridt, som skal gennemføres, for at afgørelsen om annulation kan fuldbyrdes og dets virkninger gøres gældende *over for indehaveren* af visummet.

58. Som Generalbundesanwalt har anført, annulleres et visum naturligvis ikke automatisk.

59. Annulation af et visum er en forvaltningsafgørelse, som afhænger af, at en efterprøvelse af de foreliggende beviser viser, at udstedelsen ikke var begrundet. Denne afgørelse meddeles herefter indehaveren²⁷. Hensynet til retssikkerheden forbyder nemlig, at en sådan bedømmelse og enhver forvaltningsafgørelse, hvorved den kommer til udtryk, kan gøres gældende over for visumindehaveren, uden at denne formelt underrettes herom.

60. Afgørelsen og de grunde, den hviler på, meddeles ansøgeren ved hjælp af standardformularen i visumkodeksens bilag VI²⁸. Indehaveren gøres tillige bekendt hermed ved, at visummet påføres et stempel med teksten »ANNULLERET« samt andre angivelser, hvoraf det fremgår, at visummet er annulleret²⁹.

61. Underretningen skal særligt sikre, at visumindehaveren er bekendt med, for det første at denne ikke længere er og aldrig har været berettiget til at indrejse til Schengenområdet for at opholde sig dér, for det andet at myndighederne er nået frem til denne konklusion på grundlag af omstændigheder, som den pågældende er informeret om, og for det tredje at den pågældende har ret til at påklage afgørelsen i overensstemmelse med visumkodeksens artikel 34, stk. 7. Afgørelsen skal være forklaret på en sådan måde, at indehaveren på grundlag heraf kan udøve sine rettigheder i henhold til denne bestemmelse og i henhold til forvaltningslovgivningen i den medlemsstat, der har vedtaget afgørelsen³⁰. Det er åbenbart, at det skal være muligt at lokalisere den berørte person, for at afgørelsen kan meddeles denne, og angivelsen »ANNULLERET« kan påføres dennes visum.

62. Endelig er det i visumkodeksens artikel 34, stk. 8, fastsat, at de kompetente myndigheder indlæser oplysningerne om et annulleret eller inddraget visum i VIS³¹. Medlemsstaterne informeres derved om, at indehaveren af visummet ikke har og aldrig har haft nogen gyldig adkomst på grundlag af det annullerede visum til at opholde sig i Schengenområdet.

63. Som jeg netop har redegjort for, er der i visumkodeksens artikel 34 angivet en række på hinanden følgende skridt, som skal gennemføres som led i den administrative procedure med henblik på, at konsekvenserne af annulationen kan gøres gældende over for visumindehaveren. Derimod er gennemførelsesmåden ikke fastsat heri.

27 — Forpligtelsen til at underrette visumindehaveren om annulationen ved hjælp af standardformularen i bilag VI har først fundet anvendelse fra 5.4.2011 (jf. denne stillingtagens punkt 23). Indtil da fandt national ret anvendelse på begrundelsen af og underretningen om en afgørelse af denne type.

28 — Visumkodeksens artikel 34, stk. 1 og 6.

29 — Visumkodeksens artikel 34, stk. 5.

30 — Visumkodeksens artikel 34, stk. 7, vedrørende retten til at påklage en afgørelse om annulation har ikke fundet anvendelse siden den 5.4.2011 (jf. denne stillingtagens punkt 23). Indtil dette tidspunkt fandt national ret anvendelse med hensyn til muligheden for en sådan klage.

31 — Visumkodeksens artikel 34, stk. 8.

64. Det er efter min opfattelse også klart, at denne artikel 34 ikke indeholder nogen holdepunkter for at antage, at den vedrører situationen for en tredjemand, som er sigtet i en straffesag vedrørende bistand til ulovlig indvandring. Det bemærkes i øvrigt i denne forbindelse, at det i den nævnte artikel 34 ikke er foreskrevet, at en anden person end visumindehaveren kan påklage en eventuel afgørelse om at annullere et visum. Det er heller ikke foreskrevet, at en tredjemand kan indtræde i forbindelse med en sådan klage.

65. Følgelig kan anvendelsesområdet for visumkodeksens artikel 34 efter min opfattelse ikke omfatte en straffesag vedrørende bistand til indvandring ydet til tredjelandsstatsborgere, som var i besiddelse af tilsyneladende gyldige ensartede visa, der, skønt de blev opnået på svigagtigt grundlag, endnu ikke er blevet annulleret.

EU-retten (bortset fra visumkodeksen) og den eventuelle manglende betydning af den omstændighed, at der ikke foreligger en afgørelse om annulation af et visum udstedt til en angiveligt ulovligt indvandret person, for strafansvaret for en tredjemand, som er anklaget for at have ydet bistand til ulovlig indvandring

66. Selv om visumkodeksen kun indebærer en delvis forvaltningsretlig harmonisering med hensyn til annulation af et visum, skal det efterprøves, om EU-retten, bortset fra visumkodeksen, er til hinder for, at en person i Minh Khoa Vos situation kan pålægges en strafferetlig sanktion, når de berørte indvandrere er i besiddelse af visa, som formelt er gyldige, men som er opnået på svigagtigt grundlag.

67. I denne henseende skal jeg henvise til, at en medlemsstat er forpligtet til at pålægge sanktioner for bistand til tredjelandsstatsborgeres ulovlige indvandring, hvorved disse indrejser til og opholder sig på denne medlemsstats område og derved overtræder dennes lovgivning vedrørende udlændinges indrejse og ophold³². Det er dermed en bestanddel af denne lovovertrædelses gerningsindhold, at udlændingenes indrejse og ophold er ulovlige. Ulovligheden afgøres i medfør af direktiv 2002/90 efter national ret. National ret skal naturligvis være i overensstemmelse med den relevante EU-lovgivning, som finder anvendelse, herunder procedurerne og betingelserne for udstedelse og annulation af et visum, og overholde målene med direktiv 2002/90 og med rammeafgørelse 2002/946, navnlig for så vidt angår pålæggelse af straf for og bekæmpelse af ulovlig indvandring.

68. Er direktiv 2002/90 og rammeafgørelse 2002/946 til hinder for, at udlændinges indrejse og ophold under en straffesag fastslås at være ulovlige, selv om der ikke foreligger en afgørelse om annulation?

69. Nej.

70. Hverken direktiv 2002/90 eller rammeafgørelse 2002/946 tilsigter en tilnærmelse mellem medlemsstaternes strafferetlige lovgivning med hensyn til bevisspørgsmål. Formålet med de nævnte retsakter er begrænset til at definere lovovertrædelsen bestående i hjælp til ulovligt ophold samt ulovlig gennemrejse og indrejse, undtagelserne fra denne definition og de grundlæggende regler for sanktioner, ansvar og jurisdiktion³³.

71. Følgelig er EU-retten ikke til hinder for, at den *retlige kvalificering* af opnåelse af et visum på svigagtigt grundlag efter en medlemsstats straffelovgivning beror på en samling beviser, som ikke indbefatter en forudgående administrativ afgørelse om annulation af det omhandlede visum.

72. Som den tyske regering med rette fremhævede i retsmødet, kan den ret, som skal afgøre straffesagen, naturligvis ikke anvende national ret på en sådan måde, at Unionens mål bringes i fare, eller på en sådan måde, at der gøres indgreb i de grundlæggende rettigheder, som i henhold til EU-retten tilkommer en anklaget i en straffesag³⁴.

32 — Artikel 1, stk. 1, i rammeafgørelse 2002/946 og artikel 1, stk. 1, i direktiv 2002/90, med forbehold af beføjelsen i henhold sidstnævnte artikels stk. 2 i tilfælde, hvor der haves humanitære formål for øje (jf. denne stillingtagsens punkt 9).

33 — Jf. tredje betragtning til direktiv 2002/90, henholdsvis til rammeafgørelse 2002/946.

34 — Jf. i denne henseende artikel 48 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og artikel 6 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

73. Det er derfor min opfattelse, at den omstændighed, at der ikke foreligger en forudgående administrativ afgørelse om annullation af et visum, under en EU-retlig synsvinkel ikke er til hinder for, at en person i Minh Khoa Vos situation pålægges en strafferetlig sanktion.

EU-retten og den eventuelle betydning af den omstændighed, at der ikke foreligger underretning af indehaveren om en afgørelse, som annullerer et visum udstedt til en angiveligt ulovligt indvandret person, for strafansvaret for en tredjemand, som er anklaget for at have ydet bistand til ulovlig indvandring

74. Såfremt Domstolen ikke desto mindre måtte fastslå, at en forudgående afgørelse om annullation er nødvendig, skal det yderligere undersøges, om EU-retten er til hinder for, at en person i Minh Khoa Vos situation kan pålægges en strafferetlig sanktion, når de berørte indvandrere ikke har modtaget underretning om denne afgørelse, og annullationen ikke er blevet meddelt de øvrige medlemsstater.

75. Efter min opfattelse er dette ikke tilfældet. Dette standpunkt beror på et raisonnement, som er identisk med det, der ledte mig frem til den konklusion, at EU-retten ikke er til hinder for, at en medlemsstat strafforfølger en person for bistand til ulovlig indvandring, når de berørte indvandrere var i besiddelse af tilsyneladende gyldige ensartede visa, som, skønt de blev opnået på svigagtigt grundlag, endnu ikke er blevet annulleret³⁵.

76. En anderledes fortolkning ville i øvrigt være i modstrid med formålet om at bekæmpe ulovlig indvandring. En person, der er involveret i organisering af ulovlig indvandring, ville blive belønnet for at have bistået indvandrere med at opholde sig ulovligt og uden et gyldigt opholdsdokument i Schengenområdet. Som de fleste af de procesdeltagere, der har afgivet bemærkninger i sagen, har anført, ville det være så meget desto mere kompleks en opgave for de kompetente myndigheder at give personer, der har modtaget bistand til ulovlig indrejse på området, formel underretning om en afgørelse om annullation, jo større interesse den person, der har bistået dem, har i at hjælpe dem med at holde sig skjult. Heraf følger, at sidstnævnte person sandsynligvis så meget desto mere vil være i stand til at unddrage sig strafansvar for bistand til ulovlig indvandring.

Forslag til afgørelse

77. På baggrund af ovenstående overvejelser er det min opfattelse, at Domstolen bør besvare det af Bundesgerichtshof forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»Artikel 21 og 34 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 810/2009 af 13. juli 2009 om en fællesskabskodeks for visa (visumkodeks), med senere ændringer, skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at en medlemsstat pålægger strafansvar for bistand til ulovlig indvandring til udlændinge, der er i besiddelse af et ensartet visum, som er opnået ved svig, men endnu ikke er blevet annulleret.«

35 — Det skal ikke desto mindre tilføjes, at det, deres rolle taget i betragtning, ikke forekommer mig indlysende, at underretningen af visumindehaveren og meddelelsen til medlemsstaterne kan have en bevisværdi, der går videre end bevisværdien af afgørelsen om annullation, inden for rammerne af en straffesag, ikke mod visumindehaveren, men mod en tredjemand.