FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 14. JUNI 1977 [1]

Høje Ret.

I — Til grund for den præjudicielle sag, som jeg i dag skal beskæftige mig med i mit forslag til afgørelse, ligger tre indbyrdes uafhængige straffesager, som verserer for Amtsgericht Reutlingen; det drejer sig i disse tre sager om fortolkningen af den tyske lov om udlændinge af 28. april 1965 og især om anvendelsen af straffebestemmelserne i denne lovs § 47 på statsborgere fra Fællesskabets medlemsstater. Nærmere bestemt drejer det sig om følgende tre sagsforhold:

1. Amtsgericht Reutlingen har ved afgørelse (Strafbefehl) af 21. november 1975 i overensstemmelse med anklagemyndighedens påstand af 12. november 1975 idømt Concetta Sagulo, som er bogbinderske med italiensk statsborgerskab, en bøde på 100 DM plus sagsomkostningerne og omkostningerne ved straffuldbyrdelsen for overtrædelse af § 49, stk. 1, nr. 2 i lov om udlændinge, fordi hun fra den 24. februar til den 4. september 1975 forsætlig har opholdt sig i Forbundsrepublikken Tyskland uden pas og opholdstilladelse. Sagulo har den 28. november 1975 indgivet protest mod denne afgørelse (Einspruch eingelegt).

2. Amtsgericht Reutlingen har ved afgørelse af 25. november 1976 i overensstemmelse med statsadvokatens påstand af 22. november 1976 idømt Gennaro Brenca, som er arbejder med italiensk statsborgerskab, en bøde på 100 DM plus sagsomkostningerne og omkostningerne ved straffuldbyrdelsen for overtrædelse af § 47, stk. 1, nr. 2 i lov om udlændinge, fordi han fra den »30. februar« til den 16. juni 1976 forsætlig har opholdt sig i Forbundsrepublikken Tyskland uden pas og opholdstilladelse. Brenca har indgivet protest mod denne afgørelse.

3. Den arbejdsløse franske statsborger Addelmadjid Bakhouche blev den 12. december 1973, efter at han fra den 22. juni 1962 til den 14. november 1973 havde været udstationeret i Forbundsrepublikken Tyskland som medlem af de franske væbnede styrker tildelt en opholdstilladelse, som var gyldig indtil den 11. december 1974. Bakhouche blev, da han ikke betalte de bøder, som han var blevet idømt i 15 sager på grund af overtrædelser af færdselslovgivningen, indsat i fængsel i tidsrummet 27. januar til 6. marts 1976. Derefter blev han, fordi han til trods for gentagne påbud fra de kompetente myndigheder ikke havde ansøgt om forlængelse af sin opholdstilladelse, anbragt i varetægtsarrest indtil den 12. marts 1977 for overtrædelse af § 47, stk. 1, nr. 2 i lov om udlændinge, og den 12. marts 1976 har Amtsgericht Reutlingen på grund af dette forhold idømt ham en bøde på 1 200 DM plus sagsomkostningerne under hensyntagen til den udstående varetægtsarrest. Ved anklageskrift af 24. september 1976 har anklagemyndigheden desuden rejst tiltale mod Bakhouche for fortsat at have opholdt sig i Forbundsrepublikken Tyskland uden opholdstilladelse og for til trods for idømmelsen af en bødestraf den 12. marts 1976 og til trods for de kompetente myndigheders gentagne påbud ikke at have ansøgt om forlængelse af sin den 11. december 1974 udløbne opholdstilladelse; desuden har anklagemyndigheden krævet sagen indledt ved Amtsgericht Reutlingen på grund af overtrædelse af § 47, stk. 1, nr. 2 i forening med §§ 1 og 2 i lov om udlændinge.

Amtsgericht Reutlingen har ved kendelse af 13. januar 1977 udsat de tre straffesager, og har i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

1 — Oversat fra tysk.

1. Kan det i artikel 4 i Rådets direktiv nr. 68/360 nævnte særlige opholdsbevis (Aufenthalts*bescheinigung*), der har konstaterende virkning for de af EØF-traktatens artikel 48 ff omfattede udlændinge i forvaltnings- og strafferetlig henseende, ligestilles med den almindelige opholdstilladelse (Aufenthalts*erlaubnis)* ifølge den tyske lov om udlændinge, med det resultat, at disse udlændinge i tilfælde af, at opholdsbeviset mangler eller bliver ugyldigt, kan straffes efter § 47, stk. 1, nr. 1 eller 2 i lov om udlændinge for ophold eller indrejse uden gyldig opholdstilladelse efter § 5 i lov om udlændinge, eller er dette i strid med EØF-traktaten?
2. Er det i strid med EØF-traktaten, at en udlænding, der er omfattet af EØF-traktatens artikel 48 og har umiddelbare rettigheder efter det ovenfor nævnte rådsdirektiv, kun meddeles opholdstilladelse i henhold til § 5 i lov om udlændinge med de eventuelle ulemper efter samme lovs § 47?
3. Er det i strid med forbudet mod forskelsbehandling i EØF-traktatens artikel 7 eller i øvrigt med denne traktats indhold og ånd – artikel 5 –, at en udlænding, der i henhold til EØF-traktatens artikel 48 eller en af dens gennemførelsesbestemmelser er eller var berettiget til at opholde sig henholdsvis rejse ind i Forbundsrepublikken Tyskland med de i disse bestemmelser nævnte formål for øje, og hvis obligatoriske nationale pas eller tilsvarende legitimation, jf. § 3 i lov om udlændinge og § 10 i lov om ophold for statsborgere fra EØF, er blevet ugyldig, kan straffes i henhold til den tyske lov om udlændinge § 47, stk. 1, nr. 1 eller 2 for overtrædelse af nævnte lov med frihedsstraf indtil et år eller med indtil 360 dagbøder, medens en indlænding, hvis obligatoriske identitetskort (Personalausweis) i henhold til tilsvarende forbunds- og delstatslove om identitetskort er blevet ugyldigt, blot straffes med bøde (§ 47 i Ordnungswidrigkeitsgesetz – men i reglen ikke forfølges), som ved uagtsomhed kan udgøre op til 500 DM og ved forsæt op til 1 000 DM?
4. Ville det være i strid med EØF-traktaten, at en af samme traktats artikel 48 omfattet udlænding, der allerede i det foregående år er blevet idømt en bøde for forsætlig overtrædelse af loven om udlændinge, fordi han havde opholdt sig på forbundsområdet uden opholdstilladelse, nu idømmes frihedsstraf for et tilsvarende forhold som følge af den nævnte doms gentagelsesvirkning?

II – Til en række af de problemer, som er nævnt i disse spørgsmål, findes der allerede afgørelser fra Domstolen. Det forekommer mig derfor formålstjenligt at fremstille grundtrækkene i denne retspraksis, før jeg tager stilling til de enkelte præjudicielle spørgsmål.

Domstolen har i sin dom af 8. april 1976 i sag 48/75 – Royer – (Sml. 1976, s. 497), vedrørende opholdsretten for en medlemsstats statsborgere på en anden medlemsstats område, fastslået:

Retten for statsborgere i en medlemsstat til at rejse ind på en anden medlemsstats område og tage ophold dér er en ret, der umiddelbart ifølge traktaten – navnlig dennes artikler 48, 52 og 59 – eller ifølge bestemmelser udstedt til dennes gennemførelse, tilkommer enhver, der henhører under fællesskabsrettens anvendelsesområde, uanset om værtslandet har udstedt opholdstilladelse eller ej.

Domstolen har vedrørende den retlige natur af opholdsbeviset i henhold til artikel 4, stk. 2 i Rådets direktiv nr. 68/360 af 15. oktober 1968 (EFT 1968 (II), s. 477; org.ref. ABl. L 257 af 19. 10. 1968, s. 13) statueret, at dets udstedelse ikke skal betragtes som en retsskabende akt, men derimod som en akt, der fra en medlemsstats side er bestemt til at fastslå den individuelle retsstilling for en statsborger i en anden medlemsstat efter fællesskabsrettens bestemmelser (jf. dommen i sag 48/75, præmisserne 31-33, Sml. 1976, s. 512). Opholdsbeviset tjener kun som dokumentation for opholdsretten, og skal

tildeles alle personer, som beviser, at de tilhører personkredsen af berettigede (jf. dommen i sag 48/75, præmisserne 34-36, domskonklusion nr. 2, Sml. 1976, s. 513, 518).

Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt nationale regler for kontrollen med udlændinge er tilstedelige over for statsborgere fra andre medlemsstater har Domstolen i den nævnte dom i sag 48/75 (præmis nr. 42, Sml. 1976, s. 514) statueret:

Desuden er fællesskabsretten ikke til hinder for, at medlemsstaterne knytter sådanne passende sanktioner — bortset fra udvisning — til undladelsen af at opfylde nationale påbud i forbindelse med kontrollen med udlændinge, som måtte være nødvendige for at sikre de nævnte reglers efterlevelse.

Denne ret for medlemsstaterne til at anvende og gennemføre nationale regler for kontrol med udlændinge, også over for andre medlemsstaters statsborgere, har Domstolen udtrykkelig bekræftet ved sin dom af 7. juli 1976 i sag 118/75 — Watson og Belmann — (Sml. 1976, s. 1185, særlig præmisserne 17—18, s. 1198). For så vidt angår eventuelle sanktioner, har Domstolen i den samme dom (jf præmis 21, s. 1198) statueret:

Selv om de nationale myndigheder kan underkaste den manglende iagttagelse af bestemmelserne om udlændinges opholdserklæringer med sanktioner svarende til dem, der finder anvendelse ved nationale lovovertrædelser af samme omfang, er det imidlertid ikke berettiget at knytte en bøde- eller fængselsstraf hertil, idet denne står i et sådant misforhold til lovovertrædelsens grovhed, at den kommer til at udgøre en hindring for den frie bevægelighed for personer.

Når jeg i lyset af denne retspraksis betragter de præjudicielle spørgsmål i denne sag, kommer jeg til følgende resultat:

1. Det *første spørgsmål* drejer sig om, hvorvidt den rent konstaterende betydning af opholdsbeviset (Aufenthaltserlaubnis) ifølge artikel 4 i Rådets direktiv nr. 68/360, der i spørgsmålet betegnes som »Aufenthaltsbescheinigung«, er forenelig med Domstolens retspraksis. Dermed bliver den særlige retlige karakter af dette bevis *(Bescheinigung)*, der adskiller sig fra opholdstilladelserne *(Aufenthaltserlaubnis)* efter den tyske lov om udlændinge, som har retsskabende virkning, udtrykkelig understreget. Hvis en opholdstilladelse udløber i medfør af § 2, stk. 1 i lov om udlændinge, ophører den pågældende udlændings opholdsret i Forbundsrepublikken Tyskland samtidig. Hvis opholdsbeviset i medfør af artikel 4 i Rådets direktiv nr. 68/360 derimod udløber, mangler indehaveren blot det skriftlige bevis for sin uforandrede, fortsat bestående opholdsret, et bevis, hvis forlængelse eller nyudstedelse han har krav på. Opholdsbeviset for statsborgere i en EØF-medlemsstat står altså ifølge sin retlige karakter en statsborgers identitetskort meget nærmere end den almindelige opholdstilladelse efter den tyske lov om udlændinge. Allerede som følge af disse almindelige betragtninger forekommer det mig udelukket at sidestille de to slags opholdstilladelser i forvaltnings- og strafferetlig henseende.

Spørgsmålet sigter alene konkret på, om straffebestemmelserne i § 47, stk. 1, nr. 1 og 2 i den tyske lov om udlændinge er anvendelige på opholdsbeviset efter artikel 4 i Rådets direktiv nr. 68/360. Kommissionen har med rette anført herom, at udstrækningen af spørgsmålet til § 47, stk. 1, nr. 1 (indrejse uden opholdstilladelse) må bero på en fejltagelse. Thi ifølge § 2, stk. 1 i den tyske lov om indrejse og ophold for statsborgere fra Det europæiske økonomiske Fællesskabs medlemsstater af 22. juli 1969 tillades indrejse uden opholdstilladelse for personer, som er berettiget til fri bevægelighed. Bestemmelserne i denne lov går ifølge dens § 15 forud for loven om udlændinge. Indrejse uden opholdstilladelse er derfor allerede i medfør af Forbundsrepublikken Tysklands interne ret ikke strafbar for de ifølge EØF-traktatens artikel 48 berettigede.

Hvad nu angår § 47, stk. 1, nr. 2 i lov om udlændinge, tilkommer det ikke Domstolen at fortolke bestemmelsen i den tyske lov med henblik på, om denne ved »opholdstilladelse« (Aufenthalts*erlaubnis*) forstår den materielle ret til ophold, eller om den også sigter til det dokument, som alene indeholder beviset for en bestående opholdsret. Det fremgår imidlertid af fællesskabsretlige betragtninger, at opholdsbeviset i medfør af artikel 4 i Rådets direktiv nr. 68/360 ikke kan falde ind under denne straffebestemmelse i den almindelige lov om udlændinge. Ifølge den almindelige regel i EØF-traktatens artikel 7, stk. 1, som i traktatens artikel 48, stk. 2 har fundet særligt udtryk for arbejdstagere, er al forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere, der udøves på grundlag af nationalitet, forbudt. Statsborgere fra medlemsstaterne skal altså faktisk ligestilles med indlændinge. Som jeg allerede har anført det, er det særlige opholdsbevis for statsborgere i en EØF-medlemsstat, for så vidt angår retsvirkninger, meget nærmere beslægtet med en statsborgers identitetskort end med den almindelige opholdstilladelse efter den tyske lov om udlændinge. Hvis en indlænding overtræder sin pligt til at være i besiddelse af et identitetskort, kan han ifølge tysk ret kun straffes med en bøde for overtrædelse af en ordensforskrift. En statsborger fra en anden EØF-medlemsstats uretmæssige adfærd som følge af krænkelse af pligten til at dokumentere en materielt bestående opholdsret kan imidlertid ikke behandles anderledes. En sådan retshåndhævelse ligger også på linje med Domstolens hidtidige retspraksis. Denne har ganske vist, som overfor anført, erklæret udstedelse og gennemførelse af nationale regler for kontrol med udlændinge – også for statsborgere i EØF-medlemsstater – for tilladelig; for så vidt angår sanktionerne har den imidlertid udtrykkelig fastslået, at disse skal opfylde princippet om national behandling og forholdet mellem mål og midler (jf dommen i sag 118/75, præmisserne 21 – 22, Sml. 1976, s. 1198 – 1199). Hvis man fortolker § 47, stk. 1, nr. 2 i den tyske lov om udlændinge således, at denne bestemmelse også finder anvendelse på opholdsbeviset i henhold til artikel 4 i Rådets direktiv nr. 68/360, ville dette altså for det første medføre en krænkelse af forbudet mod forskelsbehandling i EØF-traktatens artikel 7, stk. 1. For det andet ville en sådan fortolkning føre til anvendelse af fuldstændig uforholdsmæssige straffetrusler mod uretmæssig adfærd ved krænkelse af nationale ordensforskrifter i forbindelse med kontrollen med udlændinge; dette vil umiddelbart udgøre en hindring for den fællesskabsretligt garanterede frie bevægelighed og ville altså for så vidt krænke EØF-traktaten.

2. Vedrørende *spørgsmål 2* skal det bemærkes, at det går ud fra den forkerte forudsætning, at anvendelsen af straffebestemmelsen i § 47, stk. 1, nr. 2 i den tyske lov om udlændinge kan afhænge af, hvilken form den udstedende myndighed vælger for opholdstilladelsen. Da opholdsretten for medlemsstaternes statsborgere umiddelbart hviler på traktaten eller de i tilknytning hertil udstedte fællesskabsretlige bestemmelser, kan dens retlige natur ikke forandres, fordi de kompetente myndigheder fejlagtigt udsteder en almindelig opholdstilladelse efter loven om udlændinge. Da en statsborger fra en medlemsstat, som er opholdsberettiget i henhold til EØF-traktatens artikel 48, desuden, som det også allerede er anerkendt i retspraksis, har krav på tildeling af det særlige opholdsbevis i henhold til artikel 4, stk. 2 i Rådets direktiv nr. 68/360, ville tildelingen af en almindelig opholdstilladelse efter § 2, stk. 1 i den tyske lov om udlændinge også være i strid med fællesskabsretten.

3. For så vidt angår *spørgsmål 3,* kan jeg fatte mig i korthed. Som jeg allerede har fremført vedrørende spørgsmål 1, er den i spørgsmål 3 omtalte forskelsbehandling klart i strid med forbudet mod forskelsbehandling i EØF-traktatens artikel 7, stk. 1.

4. Svaret til *spørgsmål 4* fremgår ligeledes af, hvad jeg har anført i forbindelse

med spørgsmål 1. Som Kommissionen desuden med rette bemærker, kan en første dom, som er i strid med fællesskabsretten, ikke have nogen indflydelse på bedømmelsen af det samme forhold ved en fornyet retsforfølgelse.

III — Jeg foreslår derfor følgende svar på de præjudicielle spørgsmål:

1. Den opholdsret, som fremgår af EØF-traktatens artikel 48 og dens gennemførelsesbestemmelser, består uafhængig af udstedelsen af den opholdstilladelse. Sanktioner efter medlemsstaternes nationale regler for kontrol med udlændinge på grund af mangel eller bortfald af den materielle opholdsret, finder derfor ikke anvendelse, hvis opholdstilladelsen for en i medfør af EØF-traktatens artikel 48 berettiget statsborger fra en medlemsstat mangler eller bliver ugyldig.

2. Medlemsstaterne er forpligtet til at udstede et skriftligt bevis for opholdsretten, som opfylder bestemmelserne i Rådets direktiv nr. 68/360, til de statsborgere fra de andere medlemsstater, som er berettigede i henhold til EØF-traktatens artikel 48.

3. Det fremgår af EØF-traktatens artikel 7, at medlemsstaterne i forbindelse med kontrollen med udlændinge og ved mangel på eller indtrædende ugyldighed af opholdstilladelsen ikke må pålægge statsborgere fra de andre medlemsstater, der er berettigede i medfør af EØF-traktatens artikel 48, strengere sanktioner end hvad der ifølge deres nationale ret bliver idømt som følge af indlændinges overtrædelse af pligten til at være i besiddelse af et identitetskort.