CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 19 mei 2009 [1]

I — Inleiding

1. De verzoeken om een prejudiciële beslissing hebben betrekking op bepalingen van gemeenschapsrecht betreffende de uitzetting van onderdanen van derde landen die niet of niet meer voldoen aan de verblijfsvoorwaarden. Volgens de verwijzende rechter is in het Spaanse recht de verwijdering van dergelijke personen niet dwingend voorgeschreven en kan worden volstaan met de oplegging van een geldboete. De verwijzende rechter betwijfelt of een dergelijke rechtssituatie verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Hij verzoekt inzonderheid om uitlegging van verordening (EG) nr. 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen [2] (Schengengrenscode). Verder is artikel 23 van de overeenkomst ter uitvoering van het Schengen-akkoord [3] (SUO) [4] van belang.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.
2 — PB L 105, blz. 1.
3 — Akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen, ondertekend op 14 juni 1985 te Schengen, PB 2000, L 239, blz. 13.
4 — Ondertekend op 19 juni 1990 te Schengen, PB 2000, L 239, blz. 19.

II — Rechtskader

A — *De Schengengrenscode*

2. De rechtsgrondslag van de Schengengrenscode is artikel 62, punten 1 en 2, sub a, EG:

„Binnen een termijn van vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam neemt de Raad volgens de procedure van artikel 67 de volgende maatregelen aan:

1. maatregelen om in overeenstemming met artikel 14 te waarborgen dat personen, ongeacht of het burgers van de Unie dan wel onderdanen van derde landen betreft, bij het overschrijden van de binnengrenzen niet worden gecontroleerd;

2. maatregelen inzake het overschrijden van de buitengrenzen van de lidstaten, houdende:

a) normen en procedures die de lidstaten bij de uitvoering van personencontroles aan die grenzen in acht moeten nemen;

b) […]”

3. Blijkens artikel 40, lid 1, is de Schengengrenscode op 13 oktober 2006 in werking getreden.

4. Artikel 1 omschrijft het doel van de Grenscode:

„Deze verordening voorziet in de afwezigheid van grenstoezicht ten aanzien van personen die de binnengrenzen tussen de lidstaten van de Europese Unie overschrijden.

Zij stelt de maatregelen vast die van toepassing zijn op het grenstoezicht ten aanzien van personen die de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie overschrijden.”

5. Artikel 5 regelt de toegangsvoorwaarden. In lid 4 zijn drie afwijkingen van deze voorwaarden te vinden, inzonderheid op grond van humanitaire overwegingen (sub c).

6. Artikel 11 bevat een wettelijk vermoeden van overschrijding van de toegestane verblijfsduur ingeval het inreisstempel ontbreekt, alsmede regels inzake de weerlegging van dit vermoeden en de verwijdering indien het vermoeden niet wordt weerlegd:

„Artikel 11

Vermoeden betreffende het voldoen aan voorwaarden inzake verblijfsduur

1. Wanneer in het reisdocument van een onderdaan van een derde land geen inreisstempel is aangebracht, mogen de bevoegde nationale autoriteiten hier het

vermoeden aan verbinden dat de houder niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden inzake verblijfsduur die in de betrokken lidstaat van toepassing zijn.

2. Het in lid 1 bedoelde vermoeden kan worden weerlegd wanneer de onderdaan van een derde land op enigerlei wijze geloofwaardige bewijsmiddelen overlegt, […]

3. Wanneer het in lid 1 bedoelde vermoeden niet wordt weerlegd, kan de onderdaan van een derde land door de bevoegde autoriteiten van het grondgebied van de betrokken lidstaten worden verwijderd."

7. Artikel 13, lid 1, voorziet in de mogelijkheid om een onderdaan van een derde land die niet voldoet aan alle in de Grenscode vermelde toegangsvoorwaarden, de toegang te weigeren. Dit laat de toepassing van de bijzondere bepalingen inzake asielrecht en internationale bescherming of inzake de afgifte van een visum voor een verblijf van langere duur onverlet.

B — *De Schengenuitvoeringsovereenkomst (SUO)*

8. Ook artikel 23 SUO bevat regelingen betreffende de behandeling van vreemdelingen die niet of niet meer voldoen aan de voorwaarden inzake kort verblijf:

„1. De vreemdeling die niet of niet meer voldoet aan de op het grondgebied van één der overeenkomstsluitende partijen geldende voorwaarden inzake kort verblijf, dient in beginsel het grondgebied van de overeenkomstsluitende partijen onverwijld te verlaten.

2. Wanneer een vreemdeling over een geldige verblijfstitel of tijdelijke verblijfsinstemming van een andere overeenkomstsluitende partij beschikt, dient hij zich onverwijld naar het grondgebied van die overeenkomstsluitende partij te begeven.

3. Indien het vrijwillige vertrek van de vreemdeling niet plaatsvindt of indien een vermoeden bestaat dat dit vertrek niet zal plaatsvinden of indien het onmiddellijke vertrek van de vreemdeling om redenen van openbare orde of nationale veiligheid geboden is, dient de vreemdeling overeenkomstig de in de nationale wetgeving van die partij neergelegde voorwaarden te worden verwijderd van het grondgebied van de overeenkomstsluitende partij waar hij werd aangehouden. Indien verwijdering ingevolge de wet niet is toegestaan, kan die partij de betrokken vreemdeling verblijf toestaan op haar grondgebied.

4. Deze verwijdering kan geschieden naar het land van herkomst van de vreemdeling of naar enig ander land waar diens toelating mogelijk is, in het bijzonder ingevolge de relevante bepalingen van de door de overeenkomstsluitende partijen gesloten terugnameovereenkomsten.

5. Het bepaalde in lid 4 doet geen afbreuk aan de nationale bepalingen inzake het asielrecht, de bepalingen van het Verdrag van Genève van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen, zoals gewijzigd bij het Protocol van New York van 31 januari 1967, alsmede het bepaalde in lid 2 van dit artikel en in artikel 33, lid 1, van deze overeenkomst."

9. Bij besluit 1999/436/EG van de Raad van 20 mei 1999 tot vaststelling, in overeenstemming met de desbetreffende bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie, van de rechtsgrondslagen van elk van de bepalingen of besluiten die het Schengen-acquis vormen [5] is artikel 62, lid 3, EG aangewezen als rechtsgrondslag van artikel 23 SUO.

10. Op grond van besluit 2007/801/EG van de Raad [6] geldt het Schengenacquis sinds 21 december 2007 ook voor de in 2004 toegetreden lidstaten met uitzondering van Cyprus.

11. Artikel 23 SUO werd onlangs vervangen door richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven. [7] Daarin worden de uitzetting en de verwijdering van onderdanen van derde landen veel gedetailleerder geregeld dan in het gemeenschapsrecht tot dat moment.

C — *Spaans recht*

12. De verwijzende rechter beschrijft de Spaanse rechtssituatie als volgt.

5 — PB L 176, blz. 17.

6 — Besluit van de Raad van 6 december 2007 betreffende de volledige toepassing van de bepalingen van het Schengenacquis in de Tsjechische Republiek, de Republiek Estland, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Malta, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek (PB L 323, blz. 34).

7 — PB L 348, blz. 98.

13. In artikel 53, sub a, van Ley Orgánica 4/2000, zoals gewijzigd bij Ley Orgánica 8/2000, wordt als ernstig strafbaar feit aangemerkt:

„het zich illegaal op Spaans grondgebied ophouden doordat de verlenging van het verblijf, de verblijfsvergunning of soortgelijke documenten, wanneer zij vereist zijn, niet zijn verkregen of reeds meer dan drie maanden zijn afgelopen en de belanghebbende niet binnen de voorgeschreven termijn een nieuwe aanvraag tot verlenging daarvan heeft ingediend".

14. Het hiervóór omschreven gedrag wordt gestraft met een geldboete, die op grond van artikel 57 van dezelfde wet kan worden vervangen door verwijdering:

„Wanneer de overtreders vreemdelingen zijn en hun gedrag zeer ernstig of ernstig is in de zin van artikel 53, sub a, b, c, d en f, van de onderhavige Ley Orgánica, kan de geldboete worden vervangen door verwijdering van het Spaanse grondgebied, na afloop van de desbetreffende administratieve procedure."

15. Anderzijds bepaalt artikel 57, lid 3, van deze wet:

„De verwijdering en de geldboete kunnen in geen geval tezelfdertijd als straf worden opgelegd."

III — Feiten en verzoeken om een prejudiciële beslissing

16. Julia Zurita García en Aurelio Choque Cabrera hebben de Boliviaanse nationaliteit. Bij controles werd vastgesteld dat zij in Spanje verbleven, terwijl zij niet of niet meer voldeden aan de verblijfsvoorwaarden.

17. Zurita García werd op 26 september 2006 gecontroleerd. Naar aanleiding daarvan gelastte de Delegado del Gobierno en la Región de Murcia (regeringsvertegenwoordiger in de regio Murcia) op 15 november 2006 haar verwijdering van het Spaanse grondgebied, met ontzegging van de toegang tot de Schengenruimte voor een periode van vijf jaar. Na een controle van Choque Cabrera op 14 mei 2007 werd jegens hem door de regeringsvertegenwoordiger in de regio Murcia op 30 juli 2007 dezelfde beslissing genomen als ten aanzien van Zurita García.

18. De tegen deze beslissingen ingestelde beroepen werden in eerste aanleg afgewezen. Thans dient in beide zaken hoger beroep bij het in laatste aanleg bevoegde Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

19. Volgens de gegevens van het Tribunal Superior is de verwijdering in het recente Spaanse recht gedefinieerd als sanctie die in de plaats kan treden van een geldboete. Aan vreemdelingen dient derhalve in beginsel een geldboete te worden opgelegd, wanneer zij niet voldoen aan de voorwaarden voor de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van Spanje. Naar de opvatting van het Tribunal Superior kunnen deze personen op grond van het evenredigheidsbeginsel slechts bij verzwarende omstandigheden worden verwijderd.

20. De verwijzende rechter is echter de opvatting toegedaan dat onderdanen van derde landen die op het grondgebied van de Europese Unie verblijven zonder aan de vereiste voorwaarden te voldoen, dat grondgebied volgens de gemeenschapsregeling moeten verlaten, hetzij door weigering van toegang, hetzij door verwijdering. Om die reden heeft hij het Hof in beide zaken de volgende vraag ter prejudiciële beslissing voorgelegd:

Moeten het EG-Verdrag, meer bepaald artikel 62, punten 1 en 2, sub a, en verordening (EG) nr. 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscode), meer bepaald de artikelen 5, 11 en 13, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling zoals de nationale regeling en de rechtspraak die deze uitlegt, volgens welke de verwijdering van een „onderdaan van een derde land" die niet over documenten beschikt die de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van de Europese Unie toestaan, kan worden vervangen door de oplegging van een geldboete?

21. Aan de schriftelijke procedures hebben deelgenomen Choque Cabrera, het Koninkrijk Spanje, de Italiaanse Republiek, de Republiek Oostenrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Er heeft geen mondelinge behandeling plaatsgevonden. Bij beschikking van 27 maart 2009 heeft de president van de Derde Kamer de twee zaken voor het arrest gevoegd.

IV — Juridische beoordeling

22. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de artikelen 5, 11 en 13 van de Schengengrenscode zich verzetten tegen nationale bepalingen volgens welke aan onderdanen van derde landen die niet of niet meer voldoen aan de verblijfsvoorwaarden, in plaats van een verwijderingsmaatregel een geldboete kan worden opgelegd.

A — *Ontvankelijkheid en uitlegging van de verzoeken om een prejudiciële beslissing*

23. Aangezien de Grenscode is gebaseerd op artikel 62, punten 1 en 2, sub a, EG, kunnen krachtens artikel 68, lid 1, EG slechts rechterlijke instanties die uitspraak doen in laatste aanleg, het Hof verzoeken om een prejudiciële beslissing ter zake.

24. Het Tribunal Superior de Justicia de Murcia is in de hoofdgedingen de aangewezen appèlrechter. Voor zover bekend, staan tegen diens beslissingen geen rechtsmiddelen open die van invloed zouden kunnen zijn op de beslissing van het Tribunal in de hoofdgedingen. Derhalve is de verwijzende rechter tot verwijzing bevoegd.

25. Spanje acht het verzoek in de zaak Zurita García echter niet ontvankelijk wegens zijn hypothetische aard. Naar de opvatting van Spanje is de Grenscode vanwege het verbod van terugwerkende kracht niet van toepassing op het onderhavige geval. Zurita García werd namelijk gecontroleerd vóórdat de Grenscode van kracht werd. Aangezien ook de verwijzende rechter de toepasselijkheid in de tijd van de Grenscode in twijfel trekt, heeft hij de zaak Choque Cabrera aan het Hof voorgelegd, waarbij dergelijke twijfels niet aan de orde zijn.

26. Het is juist dat een verzoek om een prejudiciële beslissing over een klaarblijkelijk hypothetisch vraagstuk niet-ontvankelijk is. [8] Desondanks acht ik het noch geboden het verzoek in de zaak Zurita García niet-ontvankelijk te verklaren, noch noodzakelijk in dit geval de toepasselijkheid in de tijd van de Grenscode te toetsen.

27. Zoals ik hierna nader zal toelichten, is voor de onderhavige gevallen niet de Grenscode in zijn geheel, maar in het bijzonder artikel 11 van belang. Een met deze regeling identieke bepaling, namelijk artikel 6 bis SUO, was evenwel reeds sinds 1 januari 2005 [9] van kracht en werd vervangen door artikel 11 van de Grenscode. Derhalve kan ervan uit worden gegaan dat in de zaak Zurita García artikel 6 bis SUO van toepassing is voor het geval dat artikel 11 van de Grenscode dat niet was.

28. Om die reden geef ik het Hof in overweging om, teneinde de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven, ook artikel 6 bis SUO in aanmerking te nemen, ook al heeft de

8 — Zie in concreto arresten van 11 maart 1980, Foglia (104/79, Jurispr. blz. 745, punt 18 e.v.); 16 juli 1992, Meilicke (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871, punt 25 e.v.); 28 juni 2007, Dell'Orto (C-467/05, Jurispr. blz. I-5557, punt 40 en, inzonderheid met betrekking tot het vraagstuk van de toepasselijkheid in de tijd, punt 47 e.v.), en 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, Jurispr. blz. I-9641, punt 67 e.v. en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

9 — Zie artikel 6, tweede zin, van verordening (EG) nr. 2133/2004 van de Raad van 13 december 2004 waarbij voor de bevoegde autoriteiten van de lidstaten de verplichting wordt ingevoerd om in de reisdocumenten van onderdanen van derde landen bij het overschrijden van de buitengrenzen van de lidstaten systematisch een stempel aan te brengen, en waarbij de bepalingen van de Overeenkomst ter uitvoering van het Akkoord van Schengen en het gemeenschappelijk handboek daartoe worden gewijzigd, PB L 369, blz. 5, waarbij artikel 6 bis in de Schengenuitvoeringsovereenkomst werd ingevoegd.

nationale rechter in de formulering van zijn vraag geen melding gemaakt van deze bepaling. [10]

29. Italië en de Commissie stellen verder terecht vast dat de prejudiciële verzoeken geen informatie bevatten met behulp waarvan met zekerheid kan worden vastgesteld of de Grenscode daadwerkelijk van toepassing is. Het is inderdaad niet uit te sluiten dat de door Oostenrijk en de Commissie besproken algemene regeling van artikel 23 SUO in casu van toepassing is. Om die reden stel ik voor dat het Hof ook deze bepaling bij zijn toetsing betrekt.

30. Daarentegen is artikel 62, punten 1 en 2, sub a, EG, dat in de verzoeken wordt genoemd, niet van rechtstreeks belang voor de beantwoording van de vraag, aangezien het daarbij om een rechtsgrondslag gaat. Deze bepaling bevat als zodanig geen zelfstandige rechten en plichten van vreemdelingen.

31. Zo gezien hebben de prejudiciële verzoeken betrekking op de vraag of de artikelen 5, 11 en 13 van de Grenscode en/of de artikelen 6 bis en 23 SUO zich verzetten tegen nationale bepalingen volgens welke aan onderdanen van een derde land die niet of niet meer voldoen aan de verblijfsvoorwaarden, in plaats van een verwijderingsmaatregel een geldboete kan worden opgelegd.

B — *Beantwoording van de prejudiciële vraag*

1. De artikelen 5 en 13 van de Grenscode

32. In beginsel heeft de Grenscode geen betrekking op de behandeling van vreemdelingen die reeds in de Schengenruimte verblijven, maar ten aanzien van wie twijfels met betrekking tot hun verblijfsrecht ontstaan. Dit geldt inzonderheid voor de artikelen 5 en 13.

33. Op grond van artikel 3 geldt de Grenscode namelijk voor personen die de buiten- of binnengrenzen overschrijden. De Grenscode heeft vooral betrekking op het toezicht op de buitengrenzen en op het wegvallen van de controle aan de binnengrenzen.

34. Dit strookt met de aangegeven rechtsgrondslagen. Krachtens artikel 62, punt 1, EG kunnen maatregelen worden genomen om in overeenstemming met artikel 14 EG te waarborgen dat personen, ongeacht of het burgers van de Unie dan wel onderdanen van derde landen betreft, bij het overschrijden van de

10 — Zie arresten van 20 maart 1986, Tissier (35/85, Jurispr. blz. 1207, punt 9), en 10 januari 2006, De Groot en Slot Allium en Bejo Zaden (C-147/04, Jurispr. blz. I-245, punt 68 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

binnengrenzen niet worden gecontroleerd. Op grond van artikel 62, punt 2, sub a, kunnen maatregelen worden aangenomen inzake het overschrijden van de buitengrenzen van de lidstaten, houdende normen en procedures die de lidstaten bij de uitvoering van personencontroles aan die grenzen in acht moeten nemen.

35. In dit verband regelt artikel 5 de voorwaarden voor de toegang van onderdanen van derde landen tot de Schengenruimte, en artikel 13 de weigering van toegang in het geval dat de onderdanen van derde landen niet aan alle voorwaarden voldoen.

36. In de beide hoofdgedingen ligt de situatie anders, aangezien de betrokkenen volgens de gegevens van de verwijzende rechter niet de toegang is geweigerd, maar worden vervolgd wegens illegaal verblijf op Spaans grondgebied. De achtergrond is vermoedelijk dat Boliviaanse onderdanen tot 1 april 2007 zonder visum de Schengenruimte mochten binnenkomen om daar maximaal drie maanden te verblijven. [11] Zurita García en Choque Cabrera hadden deze termijn mogelijk overschreden.

11 — Zie artikel 20, lid 1, SUO en in dit verband arrest van 3 oktober 2006, Bot (C-241/05, Jurispr. blz. I-9627). De vrijstelling van de visumplicht vloeide voort uit verordening (EG) nr. 539/2001 van de Raad van 15 maart 2001 tot vaststelling van de lijst van derde landen waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen in het bezit moeten zijn van een visum en de lijst van derde landen waarvan de onderdanen van die plicht zijn vrijgesteld (PB L 81, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 851/2005 van de Raad van 2 juni 2005 (PB L 141, blz. 3). Deze vrijstelling is opgeheven bij verordening (EG) nr. 1932/2006 van de Raad van 21 december 2006 tot wijziging van verordening nr. 539/2001 (PB L 405, blz. 23).

2. Artikel 11 van de Grenscode en artikel 66 SUO

37. Het feit dat de twee hoofdgedingen niet rechtstreeks betrekking hebben op een grensoverschrijding, staat evenwel niet in de weg aan toepassing van de Grenscode. Deze bevat namelijk regelingen die aansluiten bij de grensoverschrijding, maar het verblijf betreffen. [12]

38. Artikel 11 van de Grenscode heeft betrekking op de grensoverschrijding, voor zover daarin wordt ingegaan op de inreisstempel. Conform artikel 10 brengt de bevoegde grenswachter op de reisdocumenten van onderdanen van derde landen bij het overschrijden van de buitengrenzen in beginsel een stempel aan. Aan de hand van deze stempel in het reisdocument kunnen datum en plaats van de grensoverschrijding met zekerheid worden vastgesteld. [13] Door middel van de inreisstempel kan derhalve worden vastgesteld of onderdanen van derde landen de toegestane verblijfsduur hebben overschreden.

39. In aansluiting daarop schept artikel 11, lid 1, van de Grenscode het weerlegbare vermoeden, dat onderdanen van derde landen niet of niet meer aan de voorwaarden ten aanzien van de verblijfsduur voldoen,

12 — Naast artikel 11 van de Grenscode dient inzonderheid artikel 7, lid 3, sub c, te worden vermeld, dat betrekking heeft op de controle of vertrekkende onderdanen van derde landen aan de verblijfsvoorwaarden hebben voldaan.

13 — In die zin punt 7 van de considerans van verordening nr. 2133/2004, aangehaald in voetnoot 9.

indien hun reisdocumenten niet zijn voorzien van een dergelijke inreisstempel.

40. Aan dit vermoeden refereert artikel 11, lid 3, van de Grenscode, inzake de uitzetting. Wanneer het vermoeden dat de onderdaan van een derde land de toegestane verblijfsduur heeft overschreden, niet wordt weerlegd, kan hij worden verwijderd. Het kan niet worden uitgesloten dat de hoofdgedingen op dit vermoeden berusten.

41. De verschillende taalversies van artikel 11, lid 3, van de Grenscode komen echter niet overeen. Volgens de Spaanse versie wordt de onderdaan van een derde land verwijderd. Dit zou als dwingend kunnen worden opgevat. De Commissie voert echter aan dat de overige taalversies bepalen dat onderdanen van derde landen kunnen worden verwijderd. Dit is derhalve geen verplichting, maar slechts een mogelijkheid.

42. De verschillende taalversies van een communautaire tekst moeten eenvormig worden uitgelegd en de betrokken bepaling moet, indien er verschillen tussen deze versies bestaan, dus worden uitgelegd met inachtneming van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt. [14] In casu hoeft dit echter niet nader te worden onderzocht. Een in de afzonderlijke taalversies verschillend geformuleerde bepaling dient namelijk ook te worden uitgelegd naar de werkelijke bedoeling van de auteur ervan. [15] Uit de voorgeschiedenis van artikel 11, lid 3, van de Grenscode blijkt dat de Spaanse versie niet voldoet aan de werkelijke bedoeling van de wetgever, maar berust op een fout in de vertaling.

43. Zoals reeds vermeld [16], is het reeds bestaande artikel 6 bis SUO overgenomen in artikel 11 van de Grenscode. De Spaanse versie van artikel 6 bis, lid 3, SUO verschilde wat betreft de facultatieve aard van de verwijdering niet van de andere taalversies. [17] Volgens de Spaanse versie kunnen de lidstaten onderdanen van derde landen verwijderen, maar zijn zij daartoe niet verplicht.

44. Deze oudere versie werd bij het opstellen van de Spaanse versie van de Grenscode kennelijk over het hoofd gezien. De reden

14 — Arresten van 5 december 1967, van der Vecht (19/67, Jurispr. blz. 462, 473); 27 oktober 1977, Bouchereau (30/77, Jurispr. blz. 1999, punten 13 en 14); 14 juni 2007, Euro Tex (C-56/06, Jurispr. blz. I-4859, punt 27), en 21 februari 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, Jurispr. blz. I-685, punt 25).

15 — Arresten van 12 november 1969, Stauder (29/69, Jurispr. blz. 419, punt 3); 7 juli 1988, Moksel Import en Export (55/87, Jurispr. blz. 3845, punt 49); 20 november 2001, Jany e.a. (C-268/99, Jurispr. blz. I-8615, punt 47), en 27 januari 2005, Junk (C-188/03, Jurispr. blz. I-885, punt 33).

16 — Zie boven, punt 27.

17 — In het Spaans luidt artikel 6 bis, lid 3, SUO: „De no ser refutada la presunción mencionada en el apartado 1, las autoridades competentes podrán expulsar al nacional del tercer Estado del territorio de los Estados miembros afectados."

hiervoor zou kunnen zijn dat noch uit de considerans noch uit de openbaar toegankelijke documenten met betrekking tot de ontstaansgeschiedenis van de Grenscode blijkt dat een bestaande bepaling is overgenomen. [18]

45. Als voorlopige conclusie stel ik derhalve vast dat artikel 6 bis, lid 3, SUO en het gelijkluidende artikel 11, lid 3, van de Grenscode geen verplichting inhouden om vreemdelingen te verwijderen op grond van het vermoeden dat niet aan de verblijfsvoorwaarden is voldaan.

3. Artikel 23 SUO

46. Met name Oostenrijk leidt uit artikel 23 SUO de verplichting af, dat het illegale verblijf van onderdanen van derde landen dient te worden beëindigd. Op grond van deze bepaling moeten vreemdelingen een Schengenstaat verlaten, wanneer zij niet of niet meer voldoen aan de voorwaarden voor het verblijf. Indien dit niet op vrijwillige basis geschiedt of voor zover sprake is van een bijzonder dringend geval, dienen zij op grond van artikel 23, lid 3, SUO overeenkomstig de nationale wetgeving te worden verwijderd van het grondgebied van de overeenkomstsluitende partij waar zij werden aangehouden.

47. Wanneer de betrokken Duitse versies geïsoleerd worden beschouwd, lijkt het erop dat artikel 6 bis, lid 3, SUO respectievelijk artikel 11, lid 3, van de Grenscode en artikel 23, lid 3, SUO zien op verschillende gevallen, aangezien enerzijds sprake is van „Ausweisung" (uitzetting) en anderzijds van „Abschiebung" (verwijdering). In het Duits wordt onder het eerste verstaan het besluit tot beëindiging van het verblijf en onder het tweede de tenuitvoerlegging van een dergelijk besluit.

48. Het zou echter onjuist zijn om een te grote betekenis toe te kennen aan dergelijke betekenisverschillen. In andere taalversies is dit verschil minder duidelijk. De Engelse taalversie gebruikt in beide regelingen „to expell", de Spaanse versie „expulsar" en de Franse enerzijds „expulser" en anderzijds „eloigner".

49. Bovendien bevat noch artikel 6 bis, lid 3, SUO noch artikel 11, lid 3, van de Grenscode regels voor de tenuitvoerlegging van de uitzetting, en is in artikel 23 SUO geen uitdrukkelijke regeling inzake de uitzettingsbeslissing te vinden die door middel van de verwijdering ten uitvoer kan worden gelegd.

18 — Een met artikel 6 bis SUO overeenstemmende bepaling komt voor het eerst voor in het ontwerp van de Grenscode van 23 maart 2005: artikel 9 bis in de versie van het Raadsdocument 9630/05, http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/05/st09/st09630.es05.pdf. Blijkens oudere ontwerpen van de Grenscode zou artikel 6 bis SUO volledig zijn geschrapt. Deze schrapping noch de opname in de Grenscode is in de toegankelijke documenten gemotiveerd. De vermoedelijke reden hiervoor is dat artikel 6 bis SUO pas gedurende de procedure tot vaststelling van de Grenscode werd opgesteld en de Commissie in deze andere wetgevingsprocedure oorspronkelijk had voorgesteld het vermoeden van het overschrijden van de verblijfsduur in een ander gedeelte van de SUO onder te brengen. Op dat gedeelte had de Grenscode geen invloed, waardoor het niet noodzakelijk was in het kader van de Grenscode rekening te houden met de vermoedensregeling.

Pas in de intussen vastgestelde richtlijn 2008/115 wordt een duidelijk verschil gemaakt tussen een terugkeerbesluit [19] en de verwijdering [20] als uitvoeringsmaatregel.

50. Derhalve ben ik van mening dat zowel artikel 6 bis, lid 3, SUO en artikel 11, lid 3, van de Grenscode als artikel 23, lid 3, SUO betrekking hebben op de verwijdering van onderdanen van derde landen, zonder dat een precies onderscheid wordt gemaakt tussen het bestuursbesluit en de tenuitvoerlegging daarvan.

51. Evenals de door Oostenrijk genoemde weigering van toegang op grond van artikel 13 van de Grenscode berust artikel 23 SUO op het gezamenlijk belang van de Schengenstaten om een illegaal verblijf van onderdanen van derde landen in de Schengenruimte te voorkomen of althans te beëindigen. Omdat er aan de binnengrenzen geen toezicht meer is, bestaat het gevaar dat vreemdelingen die illegaal in een lidstaat verblijven, naar een andere lidstaat vertrekken om daar dan illegaal te verblijven. Italië wijst er terecht op dat richtlijn 2008/115 in dezelfde richting gaat.

52. Artikel 23 SUO heeft in beginsel betrekking op alle vreemdelingen die in de Schengenruimte verblijven, ondanks dat zij niet of niet meer voldoen aan alle verblijfsvoorwaarden. Men zou zich evenwel kunnen afvragen of op het vermoeden van overschrijding van de verblijfsduur op grond van artikel 6 bis SUO of artikel 11 van de Grenscode andere regels van toepassing zijn.

53. Vooral tegen de achtergrond van de voorgeschiedenis van artikel 11 van de Grenscode, meer bepaald de ontstaansgeschiedenis van artikel 6 bis SUO, geven de bewoordingen van deze bepalingen geen aanleiding voor een dergelijke uitlegging. De Commissie had nog voorgesteld dat de bevoegde autoriteiten in het geval van een vermoeden van overschrijding van de verblijfsduur artikel 23, lid 3, SUO *mogen* toepassen. [21] Op grond daarvan waren de lidstaten vrij geweest om artikel 23, lid 3, toe te passen. Spanje stelde daarentegen voor, de lidstaten uitdrukkelijk tot toepassing van artikel 23, lid 3, SUO te verplichten. [22] Dit

19 — Artikel 3, punt 4, van richtlijn 2008/115.

20 — Artikel 3, punt 5, van richtlijn 2008/115.

21 — Voorstel van 6 november 2003 voor een verordening van de Raad waarbij voor de bevoegde autoriteiten van de lidstaten de verplichting wordt ingevoerd om in de reisdocumenten van onderdanen van derde landen bij het overschrijden van de buitengrenzen van de lidstaten systematisch een stempel aan te brengen, en waarbij de Overeenkomst ter uitvoering van het te Schengen gesloten akkoord en het gemeenschappelijk handboek daartoe worden gewijzigd, COM(2003) 664 def., klaarblijkelijk niet gepubliceerd in het Publicatieblad.

22 — Raadsdocument 7858/04 van 30 maart 2004, http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07858.en04.pdf, blz. 4, voetnoot 10.

voorstel werd weliswaar niet aangenomen, maar de uiteindelijk vastgestelde versie van artikel 6 bis, lid 3, SUO bevat zelfs in zijn geheel geen verwijzing meer naar artikel 23, lid 3, SUO.

54. Bijgevolg moet over de toepasselijkheid van artikel 23 SUO in gevallen waarin het vermoeden van artikel 6 bis SUO of artikel 11 van de Grenscode bestaat, worden beslist aan de hand van de algemene uitleggingsregels. De twee laatstgenoemde bepalingen bevatten in hun lid 3 in dit verband geen afwijking van artikel 23 SUO, maar verduidelijken slechts dat het vermoeden van overschrijding van de verblijfsduur een verwijdering kan rechtvaardigen. [23]

55. In tegenstelling tot de opvatting van Oostenrijk kan uit artikel 23, lid 3, SUO evenwel niet worden afgeleid dat de lidstaten uit gemeenschapsrechtelijk oogpunt tot verwijdering verplicht zijn. De Commissie benadrukt terecht de in artikel 23 SUO opgenomen beperkingen.

23 — Deze uitlegging zorgt er bovendien voor dat artikel 11 van de Grenscode ten opzichte van richtlijn 2008/115 geen onnodige bijzondere bepaling vormt. Veeleer moeten in de toekomst ook bij een verwijdering op grond van het vermoeden van overschrijding van de verblijfsduur de bepalingen van de richtlijn in acht worden genomen.

56. Ten eerste is verwijdering niet de regel, maar uitzondering. In de leden 1 en 2 wordt er namelijk van uit gegaan dat de vreemdelingen vrijwillig vertrekken. Dit is ten opzichte van de verwijdering een mildere maatregel en voldoet volgens de verklaring van Spanje ook aan de nationale rechtssituatie.

57. Verder biedt artikel 23, lid 3, zeker geen rechtsgrondslag voor een verwijdering, maar verwijst naar het nationale recht. Voor zover valt te overzien, worden geen bijzondere eisen gesteld aan de nationale regeling ter zake. Immers, de lidstaten zijn op grond van artikel 23, lid 3, tweede zin, SUO uitdrukkelijk bevoegd om het verblijf van een vreemdeling toe te staan, indien verwijdering ingevolge de nationale wet niet is toegestaan. Deze bepaling veronderstelt noodzakelijkerwijs dat de lidstaten uitzonderingen op de verwijdering kunnen maken, maar beperkt de lidstaten niet in hun vrijheid dergelijke uitzonderingen zelf te definiëren. Dan kan geen sprake zijn van een verplichting tot verwijdering.

58. Voor het overige verzet de beperkte reikwijdte van artikel 23 SUO zich ertegen om in deze bepaling een dwingende regeling inzake uitzetting of verwijdering te zien. De bepaling bevat slechts grondbeginselen en minimumnormen waaraan in het nationale

recht nog nader vorm gegeven dient te worden.

59. Dit blijkt met name uit vergelijking van artikel 23 SUO met de intussen vastgestelde richtlijn 2008/115. Deze bevat zeer veel gedetailleerdere regelingen met betrekking tot de behandeling van vreemdelingen die in de Schengenruimte verblijven, ondanks dat zij niet of niet meer voldoen aan de verblijfsvoorwaarden. Desondanks staat artikel 4 van de richtlijn de lidstaten uitdrukkelijk toe, nog gunstigere voorwaarden toe te passen.

60. De ontbrekende verplichting tot verwijdering is evenmin onverenigbaar met het gezamenlijke belang van alle Schengenstaten bij de beëindiging van het illegale verblijf van onderdanen van derde landen. Mijns inziens berust de verwijzing in artikel 23 SUO naar het nationale recht juist op het hoge niveau van vertrouwen en solidariteit tussen de lidstaten. Dit rechtvaardigt ook op andere terreinen de wederzijdse erkenning van belangrijke beslissingen [24] en verzet zich tegen de noodzaak van een gemeenschapsrechtelijke verplichting tot beëindiging van illegaal verblijf. Er dient veeleer van uit te worden gegaan dat de lidstaten ook zonder dergelijke verplichting de noodzakelijke maatregelen treffen.

61. Verder is niet gebleken dat Spanje dit vertrouwen zou beschamen. Volgens de verklaring van de Spaanse regering wordt het illegale verblijf met het opleggen van een geldboete namelijk niet gedoogd. De vreemdeling is juist wettelijk verplicht om het grondgebied van Spanje binnen 15 dagen te verlaten. Doet hij dat niet, wordt een nieuwe sanctieprocedure ingeleid ter zake van het voortdurend verblijf zonder vervulling van de verblijfsvoorwaarden. Aangezien reeds een geldboete is opgelegd, is dan de verwijderingsprocedure aan de orde.

62. Derhalve verzet artikel 23, lid 3, SUO zich niet tegen een nationale regeling als de onderhavige, volgens welke de verwijdering van een onderdaan van een derde land die in de Europese Unie verblijft zonder in het bezit te zijn van een voor de toegang en/of het verblijf vereist document, kan worden vervangen door de oplegging van een geldboete.

24 — Zie arresten van 11 februari 2003, Gözütok en Brügge (C-187/01 en C-385/01, Jurispr. blz. I-1345, punt 33), inzake de wederzijdse erkenning van strafrechtelijke uitspraken als grondslag van het beginsel ne bis in idem, en 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Jurispr. blz. I-3633, punt 57), inzake de afschaffing van de dubbele strafbaarheid voor overlevering.

V — Conclusie

63. Gezien het bovenstaande geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

„1) Artikel 6 bis, lid 3, van de overeenkomst ter uitvoering van het Schengenakkoord en het gelijkluidende artikel 11, lid 3, van verordening (EG) nr. 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen, bevatten geen verplichting om vreemdelingen te verwijderen op grond van het in artikel 6 bis, lid 1, van de uitvoeringsovereenkomst en artikel 11, lid 1, van de verordening opgenomen vermoeden dat zij niet voldoen aan de verblijfsvoorwaarden.

2) Artikel 23, lid 3, van de overeenkomst ter uitvoering van het Schengenakkoord verzet zich niet tegen een nationale regeling als de onderhavige, volgens welke de verwijdering van een onderdaan van een derde land die in de Europese Unie verblijft zonder in het bezit te zijn van een voor de toegang en/of het verblijf vereist document, kan worden vervangen door de oplegging van een geldboete."