FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

föredraget den 19 maj 2009 [1]

I — Inledning

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av gemenskapsrättsliga bestämmelser om avvisning av tredjelandsmedborgare som inte uppfyller eller inte längre uppfyller villkoren för vistelse. Enligt den hänskjutande domstolens uppgifter måste sådana personer inte nödvändigtvis avvisas enligt spansk rätt, utan kan i stället endast åläggas böter. Den hänskjutande domstolen anser att detta rättsläge är oförenligt med gemenskapsrätten och frågar särskilt om tolkningen av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer [2] (kodex om Schengengränserna). Därutöver är artikel 23 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet [3] (Schengenkonventionen) [4] av betydelse.

1 — Originalspråk: tyska.
2 — EUT L 105, s. 1.
3 — Avtal om det gradvisa avskaffandet av kontroller vid de gemensamma gränserna, undertecknat i Schengen den 14 juni 1985, EGT 2000, L 239, s. 13.
4 — Undertecknad i Schengen den 19 juni 1990, EGT 2000, L 239, s. 19.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Kodex om Schengengränserna*

2. Artikel 62.1 och 62.2 a EG utgör den rättsliga grunden för kodexen om Schengengränserna:

”Rådet skall i enlighet med det förfarande som avses i artikel 67 inom fem år efter Amsterdamfördragets ikraftträdande besluta om följande:

1. Åtgärder i syfte att i överensstämmelse med artikel 14 säkerställa att det inte förekommer någon kontroll av personer, vare sig dessa är unionsmedborgare eller medborgare i tredje land, när de passerar inre gränser.

2. Åtgärder som avser passage av medlemsstaternas yttre gränser och med vilkas hjälp det skall fastställas

Genom förordningen införs regler för gränskontroll av personers passage av EU-medlemsstaternas yttre gränser.”

a) normer och förfaranden som medlemsstaterna skall följa när de utför personkontroller vid sådana gränser,

5. I artikel 5 läggs villkoren för inresa fast. I punkt 4 föreskrivs tre undantag från dessa villkor, framför allt om det föreligger humanitära skäl (bokstav c).

b) …”

6. I artikel 11 föreskrivs en presumtion om överskridelse av vistelsens tillåtna längd när inresestämpel saknas samt förutsättningarna för att motbevisa denna presumtion och en eventuell avvisning om denna presumtion inte motbevisas:

3. Kodexen om Schengengränserna trädde enligt artikel 40.1 i kraft den 13 oktober 2006.

”Artikel 11

4. I artikel 1 definieras syftet med kodexen om Schengengränserna:

Presumtion om uppfyllande av villkoren för vistelsens varaktighet

”Enligt denna förordning skall ingen gränskontroll ske av personer vid passage av de inre gränserna mellan Europeiska unionens medlemsstater.

1. Om en tredjelandsmedborgares resehandling saknar inresestämpel har de behöriga nationella myndigheterna rätt att anta att innehavaren inte uppfyller eller inte längre uppfyller de villkor för vistelsens varaktighet

som är tillämpliga i den berörda medlemsstaten.

2. Antagandet i punkt 1 får vederläggas genom att tredjelandsmedborgaren på något trovärdigt sätt, … visar …

3. Om det antagande som avses i punkt 1 inte vederläggs, får tredjelandsmedborgaren avvisas av de behöriga myndigheterna från den berörda medlemsstatens territorium.”

7. I artikel 13.1 föreskrivs att en tredjelandsmedborgare som inte uppfyller samtliga inresevillkor i denna kodex ska nekas inresa. Detta ska inte påverka tillämpningen av de särskilda bestämmelserna om rätt till asyl och internationellt skydd eller utfärdandet av viseringar för längre vistelse.

B — *Schengenkonventionen*

8. Även artikel 23 i Schengenkonventionen innehåller bestämmelser om utlänningar som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för en kortare vistelse:

”1. En utlänning som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för kortare vistelse på någon avtalsslutande parts territorium, skall i princip utan dröjsmål lämna de avtalsslutande parternas territorium.

2. En utlänning med fortfarande giltigt uppehållstillstånd eller tidsbegränsat uppehållstillstånd utfärdat av en annan avtalsslutande part, skall ofördröjligen bege sig till den partens territorium.

3. Om en sådan utlänning inte frivilligt lämnar den avtalsslutande partens territorium, eller om det kan antas att han inte kommer att lämna territoriet, eller om det finns tvingande skäl för utlänningens utresa med hänsyn till inre säkerhet eller allmän ordning, måste utlänningen utvisas i enlighet med bestämmelserna i den avtalsslutande partens lagar från det territorium där han gripits. Om den berörda avtalsslutande partens lagar inte tillåter utvisning, får vistelse på territoriet medges.

4. Utvisning från den berörda statens territorium kan ske till utlänningens hemland eller någon annan stat där han tillåts resa in, varvid hänsyn framför allt skall tas till gällande bestämmelser i återtagandeavtal ingångna mellan de avtalsslutande parterna.

5. Bestämmelserna i punkt 4 får inte strida mot de avtalsslutande parternas egna bestämmelser rörande asylrätten eller mot Genèvekonventionen av den 28 juli 1951 angående flyktingars rättsliga ställning, ändrad genom New York-protokollet av den 31 januari 1967, eller mot bestämmelserna i punkt 2 i denna artikel och i artikel 33.1 i den här konventionen.”

9. I rådets beslut 1999/436/EG av den 20 maj 1999 om fastställande, i enlighet med relevanta bestämmelser i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och Fördraget om Europeiska unionen, av rättslig grund för samtliga bestämmelser och beslut som utgör Schengenregelverket [5] slås fast att artikel 62.3 EG är rättslig grund för artikel 23 i Schengenkonventionen.

10. I enlighet med rådets beslut 2007/801/EG [6] gäller Schengenregelverket sedan den 21 december 2007, med undantag av Cypern, även för de medlemsstater som anslöt sig år 2004.

11. Artikel 23 i Schengenkonventionen har nyligen ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna [7]. I detta direktiv regleras avvisning och utvisning av tredjelandsmedborgare betydligt mer detaljerat än i den hittillsvarande gemenskapsrätten.

C — *Spansk rätt*

12. Enligt den hänskjutande domstolens redogörelse är det spanska rättsläget följande:

5 — EGT L 176, s. 17.

6 — Rådets beslut av den 6 december 2007 om fullständig tillämpning av bestämmelserna i Schengenregelverket i Republiken Tjeckien, Republiken Estland, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Malta, Republiken Polen, Republiken Slovenien och Republiken Slovakien (EUT L 323, s. 34).

7 — EUT L 348, s. 98.

13. Enligt artikel 53a i lag 4/2000 (Ley Orgánica 4/2000) i dess lydelse enligt lag 8/2000 ska en allvarlig överträdelse anses föreligga under följande omständigheter:

”Då en person befinner sig på spanskt territorium trots att tillstånd härför saknas på grund av att förlängning av tillstånd att vistas där, uppehållstillstånd eller jämförbara handlingar – för det fall det finns krav på sådana handlingar – inte har beviljats, eller det har förflutit mer än tre månader sedan giltighetstiden för dessa handlingar löpte ut, när personen i fråga inte har ansökt om förnyelse av sådana handlingar inom den föreskrivna fristen.”

14. En sådan överträdelse är belagd med böter, vilket enligt artikel 57 i samma lag kan ersättas med avvisning:

”[O]m den som har gjort sig skyldig till överträdelsen är utländsk medborgare och överträdelsen är av mycket allvarlig art, eller av allvarlig art enligt punkterna a–d och f i artikel 53 i denna lag, kan i stället för böter beslutas om avvisning från spanskt territorium efter vederbörlig handläggning av ärendet.”

15. I artikel 57 tredje stycket föreskrivs emellertid följande:

”Inte i något fall får både avvisning och böter tillämpas.”

III — Bakgrund och begäran om förhandsavgörande

16. Julia Zurita García och Aurelio Choque Cabrera är bolivianska medborgare. Vid kontroller slogs fast att de uppehöll sig i Spanien trots att de inte uppfyllde, eller inte längre uppfyllde, villkoren för vistelse.

17. Julia Zurita García kontrollerades den 26 september 2006. Därpå avvisades hon av Delegado del Gobierno en la Región de Murcia (myndighet som sköter den spanska statens angelägenheter i en autonom region) från Spanien den 15 november 2006 och förbjöds inresa i Schengenområdet för en femårsperiod. Efter det att Aurelio Choque Cabrera kontrollerats den 14 maj 2007 fattade samma myndighet den 30 juli 2007 samma beslut mot honom som mot Julia Zurita García.

18. Överklagandena mot dessa beslut ogillades i första instans. Dessa avgöranden har överklagats till Tribunal superior de Justicia de Murcia, som avgör målet i sista instans.

19. Enligt domstolens uppgifter definieras avvisning enligt aktuell spansk rätt som en sanktion som kan åläggas i stället för böter. Utlänningar ska därför i princip åläggas böter när de påträffas utan att uppfylla kraven för inresa och vistelse i Spanien. Enligt proportionalitetsprincipen kan dessa personer endast avvisas om det föreligger försvårande omständigheter.

20. Den hänskjutande domstolen är emellertid böjd att anse att tredjelandsmedborgare som uppehåller sig i Europeiska unionen utan att uppfylla de nödvändiga kraven enligt gemenskapsbestämmelserna måste lämna detta område, antingen genom att nekas inresa eller genom avvisning. Därför har den i båda målen hänskjutit följande fråga till domstolen för förhandsavgörande:

”Ska fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen och särskilt artikel 62.1 EG och 62.2 a EG, liksom Europaparlamentets och rådets förordning nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna), särskilt artiklarna 5, 11 och 13, tolkas på så sätt att de utgör hinder för en reglering, såsom den som utgörs av de aktuella nationella bestämmelserna och den rättspraxis genom vilken dessa har tolkats, som gör det möjligt att ålägga tredjelandsmedborgare som inte innehar handlingar som berättigar till inresa och vistelse i Europeiska unionen böter i stället för att avvisa dem?”

21. Aurelio Choque Cabrera, Konungariket Spanien, Republiken Italien, Republiken Österrike och Europeiska gemenskapernas kommission har deltagit i det skriftliga förfarandet. Muntlig förhandling har inte ägt rum. Genom beslut av ordföranden vid tredje avdelningen av den 27 mars 2009 har de båda målen förenats vad gäller den slutgiltiga domen.

IV — Rättslig bedömning

22. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida artiklarna 5, 11 och 13 i kodexen om Schengengränserna utgör hinder för nationella bestämmelser som gör det möjligt att ålägga tredjelandsmedborgare som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för vistelse böter i stället för att avvisa dem.

A — *Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning samt dess tolkning*

23. Eftersom artikel 62.1 EG och 62.2 a EG utgör rättslig grund för kodexen om Schengengränserna, kan enligt artikel 68.1 EG endast domstolar mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande avseende dessa bestämmelser.

24. Tribunal Superior de Justicia de Murcia utgör sista instans i de aktuella målen. Såvitt här kan bedömas finns det inte något rättsmedel mot dess avgörande i dessa mål. Följaktligen är den hänskjutande domstolen berättigad att begära ett förhandsavgörande.

25. Spanien anser emellertid att denna begäran inte kan tas upp till sakprövning avseende Julia Zurita García, eftersom den är hypotetisk. Kodexen om Schengengränserna är inte tillämplig i detta fall på grund av förbudet mot retroaktiv tillämpning. Julia Zurita García kontrollerades nämligen innan denna trädde i kraft. Eftersom även den hänskjutande domstolen är osäker på huruvida kodexen om Schengengränserna var tillämplig vid denna tidpunkt, har den hänskjutit målet Aurelio Choque Cabrera, där det inte råder några tvivel på denna punkt.

26. Det är korrekt att en begäran om förhandsavgörande som är uppenbart hypotetisk inte kan tas upp till sakprövning. [8] Trots detta anser jag att begäran kan tas upp till sakprövning avseende målet Julia Zurita García samt att det inte måste undersökas huruvida kodexen om Schengengränserna var tillämplig vid denna tidpunkt.

27. Som jag kommer att gå in på närmare längre fram är inte kodexen om Schengengränserna i sin helhet relevant i de förvarande målen, utan framför allt artikel 11. Artikel 11 i kodexen om Schengengränserna har emellertid ersatt artikel 6b i Schengenkonventionen, vilken hade samma lydelse, som redan trädde i kraft den 1 januari 2005 [9]. Därför kan man utgå ifrån att artikel 6b i Schengenkonventionen var tillämplig i målet vid den nationella domstolen i fallet Julia Zurita García, för det fall att artikel 11 i kodexen om Schengengränserna inte var i kraft.

28. För att kunna ge den nationella domstolen ett användbart svar kan nämligen EG-domstolen även ta hänsyn till artikel 6b

8 — Se, i detta avseende och mer i detalj, dom av den 11 mars 1980 i mål 104/79, Foglia (REG 1980, s. 745; svensk specialutgåva, volym 5, s. 73), punkt 18 och följande punkter, av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-105), punkt 25 och följande punkter, av den 28 juni 2007 i mål C-467/05, Dell'Orto (REG 2007, s. I-5557), punkt 40 och, särskilt avseende tillämpligheten i tiden, punkt 47 och följande punkter, samt dom av den 16 december 2008 i mål C-210/06, Cartesio (REG 2008, s. I-9641), punkt 67 och följande punkter för vidare hänvisningar.

9 — Se artikel 6.2 i rådets förordning (EG) nr 2133/2004 av den 13 december 2004 om skyldighet för medlemsstaternas behöriga myndigheter att systematiskt förse tredjelandsmedborgares resehandlingar med stämpel då medlemsstaternas yttre gränser passeras och om ändring i detta syfte av bestämmelserna i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet och den gemensamma handboken (EUT L 369, s. 5), vilken har infört artikel 6b i Schengenkonventionen.

i Schengenkonventionen fastän den nationella domstolen inte har hänvisat till denna bestämmelse i sin begäran. [10]

29. Italien och kommission har dessutom med rätta påpekat att begäran om förhandsavgörande inte innehåller några uppgifter som skulle göra det möjligt att med säkerhet slå fast huruvida kodexen om Schengengränserna faktiskt är tillämplig. Dessutom kan det inte uteslutas att den allmänna bestämmelsen i artikel 23 i Schengenkonventionen som diskuteras av Österrike och av kommissionen är tillämplig. Följaktligen måste domstolen även behandla denna bestämmelse vid sin prövning.

30. Däremot saknar den i begäran om förhandsavgörande angivna artikel 62.1 och 62.2 a EG direkt betydelse för svaret eftersom den utgör en rättslig grund, och som sådan innehåller den inga självständiga rättigheter och skydligheter för tredjelandsmedborgare.

31. Mot bakgrund av detta avser begäran om förhandsavgörande huruvida artiklarna 5, 11 och 13 i kodexen om Schengengränserna och/eller artiklarna 6b och 23 i Schengenkonventionen utgör hinder för nationella bestämmelser som gör det möjligt att ålägga tredjelandsmedborgare som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för vistelse böter i stället för att avvisa dem.

B — *Besvarande av tolkningsfrågan*

1. Artiklarna 5 och 13 i kodexen om Schengengränserna

32. I princip gäller kodexen om Schengengränserna inte hur utlänningar som redan befinner sig inom Schengenområdet ska behandlas när det uppkommer tvivel om deras rätt till vistelse. Detta gäller särskilt artiklarna 5 och 13.

33. Enligt artiklarna 3 och 13 gäller kodexen om Schengengränserna nämligen personer som passerar medlemsstaternas inre eller yttre gränser. Den rör framför allt kontrollen av de yttre gränserna och det principiella avskaffandet av kontroller vid de inre gränserna.

34. Detta motsvarar den angivna rättsliga grunden. Artikel 62.1 EG gör det nämligen möjligt att besluta om åtgärder som enligt artikel 14 EG syftar till att säkerställa att det inte förekommer någon kontroll av personer,

10 — Se dom av den 20 mars 1986 i mål 35/85, Tissier (REG 1986, s. 1207), punkt 9, och av den 10 januari 2006 i mål C-147/04, De Groot en Slot Allium och Bejo Zaden (REG 2006, s. I-245), punkt 68 med vidare hänvisningar.

vare sig dessa är unionsmedborgare eller medborgare i tredjeland, när de passerar inre gränser. Artikel 62.2 a gör det möjligt att besluta om åtgärder som avser passage av medlemsstaternas yttre gränser och med vilkas hjälp det ska fastställas normer och förfaranden som medlemsstaterna ska följa när de utför personkontroller vid sådana gränser.

35. I detta sammanhang regleras i artikel 5 villkoren för inresa för tredjelandsmedborgare i Schengenområdet och i artikel 13 nekad inresa när tredjelandsmedborgaren inte uppfyller samtliga villkor.

36. I målen vid den nationella domstolen är omständigheterna dock annorlunda, eftersom de berörda parterna enligt den hänskjutande domstolens uppgifter inte avvisades vid inresan utan lagfördes för illegal vistelse i Spanien. Bakgrunden är antagligen att bolivianska medborgare till och med den 1 april 2007 hade rätt att resa in utan visum i Schengenområdet för att uppehålla sig där upp till tre månader. [11] Julia Zurita García och Aurelio Choque Cabrera hade eventuellt överskridit denna frist.

11 — Se artikel 20.1 i Schengenkonventionen och dom av den 3 oktober 2006 i mål C-241/05, Bot (REG 2006, s. I-9627). Undantaget från skyldigheten att inneha visering framgick av rådets förordning (EG) nr 539/2001 av den 15 mars 2001 om fastställande av förteckningen över tredje länder vars medborgare är skyldiga att inneha visering när de passerar de yttre gränserna och av förteckningen över de tredje länder vars medborgare är undantagna från detta krav (EGT L 81, s. 1), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 851/2005 av den 2 juni 2005 (EUT L 141, s. 3). Detta undantag upphävdes genom rådets förordning (EG) nr 1932/2006 av den 21 december 2006 om ändring av förordning (EG) nr 539/2001 om fastställande av förteckningen över tredjeländer vars medborgare är skyldiga att inneha visering när de passerar de yttre gränserna och av förteckningen över de tredjeländer vars medborgare är undantagna från detta krav (EUT L 405, s. 23).

2. Artikel 11 i kodexen om Schengengränserna och artikel 6b i Schengenkonventionen

37. Det är emellertid inte uteslutet att tillämpa kodexen om Schengengränserna bara för att målen vid den nationella domstolen inte direkt rör passage av gränser. Denna innehåller nämligen bestämmelser som har samband med passering av gränser, vilka emellertid avser vistelse. [12]

38. Artikel 11 i kodexen om Schengengränserna är följaktligen knuten till passering av gränser eftersom inresestämpeln är avgörande. Enligt artikel 10 ska tredjelandsmedborgares resehandlingar principiellt förses med en stämpel vid passering av den yttre gränsen. En stämpel i resehandlingen gör det möjligt att med säkerhet fastställa datum och plats för gränspassage. [13] Följaktligen framgår det av inresestämpeln huruvida tredjelandsmedborgare har överskridit den tillåtna uppehållstiden.

39. Som en följd av detta lägger artikel 11.1 i kodexen om Schengengränserna fast den presumtion som kan vederläggas, att tredjelandsmedborgare inte uppfyller eller inte längre uppfyller villkoren för vistelsens varak-

12 — Förutom artikel 11 i kodex om Schengengränserna ska särskilt artikel 7.3 c nämnas, vilken gäller kontroll huruvida utresande tredjelandsmedborgare har uppfyllt uppehållsvillkoren.

13 — Se skäl 7 i förordning nr 2133/2004, citerad i fotnot 9.

tighet, om deras resehandlingar saknar inresestämpel.

40. Bestämmelsen om avvisning i artikel 11.3 i kodexen om Schengengränserna bygger på denna presumtion. Denna ska tillämpas om presumtionen att tredjelandsmedborgare har överskridit den tillåtna vistelsens längd inte vederläggs. Det är inte uteslutet att målen vid den nationella domstolen grundas på denna presumtion.

41. De olika språkversionerna av artikel 11.3 i kodexen om Schengengränserna skiljer sig emellertid åt. Enligt den spanska språkversionen ska tredjelandsmedborgaren avvisas. Detta kan uppfattas som en skyldighet. Som kommissionen har påpekat framgår det däremot av de övriga språkversionerna att tredjelandsmedborgaren får avvisas. Detta skulle endast innebära en möjlighet och inte en skyldighet.

42. De olika språkversionerna av en gemenskapsbestämmelse ska ges en enhetlig tolkning. För det fall de skiljer sig åt är det därför nödvändigt att bestämmelsen i fråga tolkas i enlighet med den allmänna systematiken i och syftet med den lagstiftning som bestämmelsen är en del av. [14] I förevarande fall är det dock inte nödvändigt att utreda detta i detalj. En bestämmelse som skiljer sig åt i de olika språkversionerna ska nämligen tolkas i förhållande till upphovsmannens verkliga avsikt. [15] Av bakgrunden till artikel 11.3 i kodexen om Schengengränserna framgår det nämligen att den spanska språkversionen inte motsvarar lagstiftarens verkliga avsikt, utan beror på en felaktig översättning.

43. Som nämnts tidigare, [16] togs den redan bestående artikel 6b i Schengenkonventionen över i artikel 11 i kodexen om Schengengränserna. Den spanska språkversionen av artikel 6b.3 i Schengenkonventionen skilde sig inte från de andra språkversionerna avseende avvisningens fakultativa karaktär. [17] Enligt denna spanska version får medlemsstaterna avvisa tredjelandsmedborgare, men den innebär ingen skyldighet att göra detta.

44. Troligtvis förbisågs denna äldre version vid redigeringen av den spanska språkversionen av kodexen om Schengengränserna.

14 — Dom av den 5 december 1967 i mål 19/67, van der Vecht (REG 1967, s. 462, 473), av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkterna 13 och 14, av den 14 juni 2007 i mål C-56/06, Euro Tex (REG 2007, s. I-4859), punkt 27, och av den 21 februari 2008 i mål C-426/05, Tele2 Telecommunication (REG 2008, s. I-685), punkt 25.

15 — Dom av den 12 november 1969 i mål 29/69, Stauder (REG 1969, s. 419; svensk specialutgåva, volym 1, s. 421), punkt 3, av den 7 juli 1988 i mål 55/87, Moksel Import und Export (REG 1988, s. 3845), punkt 49, av den 20 november 2001 i mål C-268/99, Jany m.fl. (REG 2001, s. I-8615), punkt 47, och av den 27 januari 2005 i mål C-188/03, Junk (REG 2005, s. I-885), punkt 33.

16 — Se ovan punkt 27.

17 — I den spanska språkversionen har artikel 6b.3 i Schengenkonventionen följande lydelse: ”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.”

Detta kan bero på att det varken i skälen eller i förarbetena till kodexen om Schengengränserna hänvisas till att en bestående bestämmelse har tagits över. [18]

45. Som slutsats i denna del kan det följaktligen slås fast att artikel 6b.3 i Schengenkonventionen och artikel 11.3 i kodexen om Schengengränserna med samma lydelse inte medför en skyldighet att avvisa tredjelandsmedborgare på grund av antagandet att de inte uppfyller villkoren för vistelse.

3. Artikel 23 i Schengenkonventionen

46. Särskilt Österrike tolkar artikel 23 i Schengenkonventionen så att denna bestämmelse medför en skyldighet att se till att illegal vistelse av tredjelandsmedborgare upphör. Enligt denna bestämmelse måste tredjelandsmedborgare lämna en Schengenstat om de inte uppfyller eller inte längre uppfyller villkoren för vistelsen. Om detta inte sker frivilligt, eller om det finns tvingande skäl måste de utvisas från det territorium där de har gripits i enlighet med bestämmelserna i den avtalsslutande partens lagar.

47. Om de respektive tyska språkversionerna av artikel 6b.3 i Schengenkonventionen alternativt artikel 11.3 i kodexen om Schengengränserna och artikel 23.3 i Schengenkonventionen betraktas var för sig ger de intryck av att omfatta olika fall, eftersom det i den ena talas om avvisning och i den andra om utvisning. Enligt tysk rätt utgör det förstnämnda ett beslut om att vistelsen ska upphöra och det sistnämnda verkställigheten av ett sådant beslut.

48. Det skulle emellertid vara felaktigt att tillmäta denna skillnad i terminologi alltför stor betydelse. Redan i andra språkversioner märks denna skillnad inte så tydligt. I den engelska språkversionen används i båda bestämmelserna begreppet ”to expell”, i den spanska ”expulsar” och i den franska används å ena sidan ”expulser” och å andra sidan ”eloigner”.

49. Dessutom saknas bestämmelser om verkställighet av avvisningen i artikel 6b.3 i Schengenkonventionen respektive artikel 11.3 i kodexen om Schengengränserna, och i artikel 23 i Schengenkonventionen finns det inte någon uttrycklig bestämmelse avseende beslut om avvisning som kunde verk-

18 — En bestämmelse som motsvarar artikel 6b i Schengenkonventionen dyker upp för första gången i ett förslag till en kodex om Schengengränserna av den 23 mars 2005: Artikel 9bis i dess lydelse enligt rådets dokument 9630/05, http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/05/st09/st09630.es05.pdf. Enligt tidigare versioner hade artikel 6b i Schengenkonventionen strukits helt. I de tillgängliga förarbetena nämns varken varför denna bestämmelse inledningsvis har strukits eller varför den senare har tagits över i kodex om Schengengränserna. Det beror antagligen på att artikel 6b i Schengenkonventionen först infördes under förfarandet för antagande av kodex om Schengengränserna och kommissionen i detta lagstiftningsarbete först hade föreslagit att presumtionen om ett överskridande av vistelsens längd skulle placeras i en annan del av Schengenkonventionen. Eftersom denna del inte omfattades av kodex om Schengengränserna så skulle det inte ha varit nödvändigt att ta hänsyn till presumtionsregeln vid densamma.

ställas genom utvisning. Först i direktiv 2008/115 som har antagits under tiden skiljs entydigt mellan ett beslut om återvändande [19] och ett avlägsnande [20], såsom verkställigheten av det förstnämnda.

50. Därför kan man utgå ifrån att såväl artikel 6b.3 i Schengenkonventionen respektive artikel 11.3 i kodexen om Schengengränserna som i artikel 23.3 i Schengenkonventionen syftar till att tredjelandsmedborgare ska avlägsnas utan att skilja mellan förvaltningsbeslutet och verkställigheten av detta beslut.

51. Liksom den av Österrike framhävda bestämmelsen om nekad inresa i artikel 13 i kodexen om Schengengränserna, grundas artikel 23 i Schengenkonventionen på Schengenstaternas gemensamma intresse av att förhindra eller åtminstone se till att illegal vistelse av tredjelandsmedborgare i Schengenområdet upphör. Eftersom de inre gränserna inte längre kontrolleras, befaras det att utlänningar som vistas illegalt i en medlemsstat ska bege sig vidare till en annan medlemsstat och sedan uppehålla sig illegalt där. Italien har helt riktigt påpekat att direktiv 2008/115 pekar åt samma håll.

52. Artikel 23 i Schengenkonventionen gäller i princip alla utlänningar som vistas i Schengenområdet trots att de inte uppfyller eller inte längre uppfyller villkoren för vistelse. Det skulle kunna ifrågasättas huruvida det antagna överskridandet av vistelsens längd enligt artikel 6b.3 i Schengenkonventionen respektive artikel 11.3 i kodexen om Schengengränserna omfattas av andra regler.

53. I synnerhet med tanke på historiken bakom artikel 11 i kodexen om Schengengränserna, det vill säga särskilt tillkomsten av artikel 6b.3 i Schengenkonventionen, ger ordalydelsen inte något fog för denna tolkning. Kommissionen hade dessutom föreslagit att de behöriga myndigheterna *får* tillämpa artikel 23.3 i Schengenkonventionen när det föreligger en presumtion om ett överskridande av vistelsens varaktighet. [21] Följaktligen hade medlemsstaterna varit fria att välja huruvida de ville tillämpa artikel 23.3 i Schengenkonventionen. Spanien hade däremot föreslagit en uttrycklig skyldighet för medlemsstaterna att tillämpa artikel 23.3 i Schengenkonventionen. [22] Visserligen antogs

19 — Artikel 2.4 i direktiv 2008/115.

20 — Artikel 2.5 i direktiv 2008/115.

21 — Förslag av den 6 november 2003 till rådets förordning om skyldighet för medlemsstaternas behöriga myndigheter att systematiskt förse tredjelandsmedborgares resehandlingar med stämpel då medlemsstaternas yttre gränser passeras och om ändring i detta syfte av konventionen om tillämpning av Schengenavtalet och den gemensamma handboken, KOM (2003) 664 slutlig, ej publicerat i EUT.

22 — Rådets dokument 7858/04 av den 30 mars 2004, http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07858.en04.pdf, s. 4, fotnot 10.

inte detta förslag, men den slutgiltiga versionen av artikel 6b.3 i Schengenkonventionen innehåller inte någon hänvisning till artikel 23.3 i samma konvention.

54. Följaktligen ska frågan, huruvida artikel 23 i Schengenkonventionen är tillämplig vid fall som rör presumtionen i artikel 6b.3 i Schengenkonventionen respektive artikel 11 i kodexen om Schengengränserna, bestämmas enligt allmänna tolkningsregler. I detta samband lägger de respektive tredje styckena i de båda sistnämnda bestämmelserna inte fast något undantag från artikel 23 i Schengenkonventionen, utan det klargörs i dessa bestämmelser endast att antagandet att vistelsens längd har överskridits kan motivera en avvisning. [23]

55. Tvärtemot vad som hävdats från österrikisk sida är det emellertid inte möjligt att av artikel 23.3 i Schengenkonventionen utläsa någon gemenskapsrättslig skyldighet till avvisning för medlemsstaterna. Tvärtom har kommissionen med rätta påpekat de undantag som föreskrivs i denna bestämmelse.

23 — Denna tolkning säkerställer dessutom att artikel 11 i kodex om Schengengränserna inte omfattas av några onödiga specialregler jämfört med direktiv 2008/115. Tvärtom måste de krav som ställs i direktivet även i framtiden beaktas vid en avvisning som grundas på presumtionen att vistelsens längd har överskridits.

56. För det första utgör avvisning endast ett undantag och inte huvudregeln. I bestämmelsens första och andra stycken är utgångspunkten nämligen att utlänningen ska resa ut frivilligt. Detta är en mindre långtgående påföljd och motsvarar enligt vad som Spanien har anfört även det nationella rättsläget.

57. Framför allt innehåller artikel 23.3 inte någon rättslig grund för en avvisning, utan hänvisar till nationell rätt. Det framgår inte att det ställs några särskilda krav på den nationella rätten. I stället får medlemsstaterna enligt artikel 23.3 andra meningen i Schengenkonventionen uttryckligen medge vistelse om den nationella lagstiftningen inte tillåter utvisning. Enligt denna bestämmelse förutsätts det att medlemsstaterna kan göra undantag från avvisning utan att det läggs fast några begränsningar för medlemsstaternas handlingsfrihet vad gäller att fastställa dessa undantag. Följaktligen kan det inte föreligga någon skyldighet till avvisning.

58. För övrigt talar bestämmelsens begränsade omfattning emot att tolka artikel 23 i Schengenkonventionen som en tvingande bestämmelse vad gäller avvisning eller utvisning. Bestämmelsen innehåller endast grundläggande principer och minimikrav som huvudsakligen måste klargöras genom nationell rätt.

59. Detta visar särskilt en jämförelse av artikel 23 i Schengenkonventionen med det nu antagna direktiv 2008/115. Det senare innehåller många detaljerade bestämmelser om hur utlänningar ska behandlas som vistas i Schengenområdet fastän de inte uppfyller eller inte längre uppfyller kraven för vistelse. Trots detta får medlemsstaterna enligt artikel 4 i direktivet uttryckligen tillämpa förmånligare bestämmelser.

60. Det kan inte anses strida mot Schengenstaternas gemensamma intresse av att tredjelandsmedborgares illegala vistelse upphör att det saknas en skyldighet att avvisa dessa. Tvärtom måste man utgå ifrån att hänvisningen till nationell rätt i artikel 23 i Schengenkonventionen grundas på den höga förtroendenivå och solidaritet som råder mellan medlemsstaterna. Denna motiverar även det ömsesidiga erkännandet av domar inom andra områden, [24] och talar mot att det är nödvändigt med en gemenskapsrättslig skyldighet att verka för att den illegala vistelsen upphör. Det kan utgås från att medlemsstaterna vidtar de nödvändiga åtgärderna även utan en sådan skyldighet.

61. För övrigt framgår det inte att Spanien inte lever upp till detta förtroende. Enligt den spanska regeringens uppgifter innebär bötesförläggandet inte att den illegala vistelsen tolereras. Tvärtom är utlänningen skyldig enligt lag att resa ut inom 15 dagar. Om detta inte sker inleds ett nytt sanktionsförfarande. Eftersom vederbörande redan har ålagts böter leder detta till ett utvisningsförfarande.

62. Därmed utgör inte artikel 23.3 i Schengenkonventionen hinder för en reglering, såsom den som utgörs av de aktuella nationella bestämmelserna, som gör det möjligt att ålägga tredjelandsmedborgare som vistas i Europeiska unionen och som inte innehar handlingar som berättigar till inresa och/eller vistelse böter i stället för att avvisa dem.

24 — Se dom av den 11 februari 2003 i de förenade målen C-187/01 och C-385/01, Gözütok och Brügge (REG 2003, s. I-1345), punkt 33, avseende ömsesidigt erkännande av brottmålsdomar som grundval för principen *non bis in idem* (icke två gånger för samma sak), av den 3 maj 2007 i mål C-303/05, Advocaten voor de Wereld (REG 2007, s. I-3633), punkt 57, avseende slopande av kontrollen om det föreligger dubbel straffbarhet vid utlämning.

V — Förslag till avgörande

63. Jag föreslår därför att domstolen fattar följande beslut:

1. Artikel 6b.3 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet och den identiska artikel 11.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer innebär inte någon skyldighet att avvisa utlänningar på grund av den presumtion som regleras i artikel 6b.1 i Schengenkonventionen alternativt i artikel 11.1 i förordningen om att villkoren för vistelsen inte är uppfyllda.

2. Artikel 23.3 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet utgör inte hinder för en reglering, såsom den som utgörs av de aktuella nationella bestämmelserna, som gör det möjligt att ålägga tredjelandsmedborgare som inte innehar handlingar som berättigar till inresa och vistelse i Europeiska unionen böter i stället för att avvisa dem.