DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 22 oktober 2009 *

I de förenade målen C-261/08 och C-348/08,

angående beslut att begära förhandsavgörande enligt artiklarna 68 EG och 234 EG, från Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Spanien), av den 12 juni 2008 respektive den 22 juli 2008, som inkom till domstolen den 19 juni 2008 respektive den 30 juli 2008, i målen

María Julia Zurita García (C-261/08),

Aurelio Choque Cabrera (C-348/08)

mot

Delegado del Gobierno en la Región de Murcia,

meddelar

* Rättegångsspråk: spanska.

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av P. Lindh, ordförande på sjätte avdelningen, tillförordnad ordförande på tredje avdelningen, samt domarna A. Rosas, U. Lõhmus (referent), A. Ó Caoimh och A. Arabadjiev,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: R. Grass,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av den hänskjutande domstolens ansökan av den 13 juni 2008, som inkom till domstolen den 19 juni 2008, om att begäran om förhandsavgörande i mål C-261/08 ska handläggas enligt förfarandet för brådskande mål i artikel 104b i rättegångsreglerna,

med beaktande av domstolens (tredje avdelningen) beslut av den 25 juni 2008 att inte handlägga begäran om förhandsavgörande enligt förfarandet för brådskande mål,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Aurelio Choque Cabrera, genom E. Bermejo Garrés, procuradora, och A. Corbalan Maiquez, abogado,

— Spaniens regering, genom N. Díaz Abad, i egenskap av ombud,

— Italiens regering, genom I. Bruni, i egenskap av ombud, biträdd av G. Fiengo och W. Ferrante, avvocati dello Stato,

— Österrikes regering, genom E. Riedl, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Wilderspin och E. Adsera Ribera, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 19 maj 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 62.1 och 62.2 a EG samt artiklarna 5, 11 och 13 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) (EUT L 105, p. 1).

2 Besluten om begäran om förhandsavgörande har fattats i två olika mål mellan å ena sidan två bolivianska medborgare, närmare bestämt María Julia Zurita García (mål C-261/08) respektive Aurelio Choque Cabrera (mål C-348/08), och å andra sidan Delegado del Gobierno en la Región de Murcia (organ som sköter den spanska statens angelägenheter i regionen Murcia, nedan kallat Delegado del Gobierno). Båda målen rör överklagande av beslut om att de berörda bolivianska medborgarna ska avlägsnas från Spanien, vilka förenats med förbud att resa in i Schengenområdet under en femårsperiod.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

Schengenprotokollet

3 Enligt artikel 1 i protokollet om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar, vilket fogats till Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen genom Amsterdamfördraget (nedan kallat protokollet), har tretton medlemsstater i Europeiska unionen bemyndigats att upprätta ett närmare samarbete sinsemellan inom tillämpningsområdet för Schengenregelverket, såsom detta definieras i bilagan till nämnda protokoll. Detta samarbete ska genomföras inom Europeiska unionens institutionella och rättsliga ramar och med iakttagande av de relevanta bestämmelserna i Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

4 Enligt artikel 2.1 första stycket i protokollet ska Schengenregelverket från och med den tidpunkt då Amsterdamfördraget träder i kraft, nämligen den 1 maj 1999, omedelbart gälla för de tretton medlemsstater som avses i artikel 1 i samma protokoll.

5 Schengenregelverket består bland annat av avtalet mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om det gradvisa avskaffandet av kontroller vid de gemensamma gränserna, vilket undertecknades i Schengen den 14 juni 1985 (EGT L 239, 2000, s. 13), och av konventionen om tillämpning av Schengenavtalet, undertecknad i Schengen den 19 juni 1990 (EGT L 239, 2000, s. 19), i dess lydelse enligt 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) (nedan kallad Schengenkonventionen).

6 Europeiska unionens råd antog den 20 maj 1999, med tillämpning av artikel 2.1 andra stycket andra meningen i protokollet, beslut 1999/436/EG 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 (EGT L 176, s. 17). Av artikel 2 i detta beslut, jämförd med bilaga A till samma beslut, framgår att rådet har valt artiklarna 62 EG och 63 EG, vilka ingår i avdelning IV i EG-fördraget – med rubriken ”Visering, asyl, invandring och annan politik som rör fri rörlighet för personer” – som rättslig grund för artikel 23 i Schengenkonventionen.

Schengenkonventionen

7 Artikel 6b har följande lydelse:

”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. Ett sådant antagande kan motbevisas om tredjelandsmedborgaren på något trovärdigt sätt, t.ex. genom färdbiljetter eller handlingar som styrker att han eller hon vistats utanför medlemsstaternas territorium, kan visa att han eller hon har följt villkoren för varaktigheten av en kortare vistelse.

…

3. Om det antagande som avses i punkt 1 inte motbevisas kan tredjelandsmedborgaren utvisas[*] av de behöriga myndigheterna från den berörda medlemsstatens territorium.” [* I det följande används i stället den övergripande termen ”avlägsnas”. Övers. anm.]

8 I artikel 23 föreskrivs följande:

”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.

…

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 [avlägsnas] i enlighet med bestämmelserna i den

avtalsslutande partens lagar från det territorium där han gripits. Om den berörda avtalsslutande partens lagar inte tillåter [avlägsnande], får vistelse på territoriet medges.

…

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."

Förordning nr 562/2006

9 Genom förordning nr 562/2006 kodifieras de befintliga bestämmelserna om gränskontroller. Den syftar till att konsolidera och utveckla lagstiftningsdelen inom strategin för en integrerad gränsförvaltning genom att precisera bestämmelserna om passage av de yttre gränserna.

10 Artikel 5 i nämnda förordning rör inresevillkor för tredjelandsmedborgare. Där föreskrivs följande:

"1. För vistelse som inte överstiger tre månader under en sexmånadersperiod skall följande villkor gälla för inresa för tredjelandsmedborgare:

a) De är innehavare av en eller flera giltiga resehandlingar som tillåter passage av gränsen.

b) De innehar giltig visering, om sådan krävs enligt 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], utom när de innehar ett giltigt uppehållstillstånd.

c) De kan styrka syftet med och villkoren för den avsedda vistelsen och de har tillräckliga medel för sitt uppehälle för såväl den planerade vistelsens längd som återresan till ursprungslandet eller transitresa till ett tredjeland som med säkerhet tillåter inresa eller är i stånd att på laglig väg anskaffa sådana medel.

d) De finns inte registrerade i [Schengens informationssystem] i syfte att nekas inresa.

e) De anses inte utgöra en risk för någon av medlemsstaternas allmänna ordning, inre säkerhet, folkhälsa eller internationella förbindelser, särskilt när det inte finns någon registrering i medlemsstaternas nationella dataregister som syftar till att neka inresa av samma skäl.

…”

11 Artikel 11.1 och 11.3 i förordning nr 562/2006, som rör presumtionen om uppfyllande av villkoren för vistelsens varaktighet, har samma lydelse som artikel 6b.1 och 6b.3 i Schengenkonventionen, förutom i den spanska språkversionen, där det i nämnda artikel 11.3 föreskrivs följande:

”Om det antagande som avses i punkt 1 inte motbevisas, ska tredjelandsmedborgaren avlägsnas av de behöriga myndigheterna från den berörda medlemsstatens territorium.”

12 I artikel 13 i nämnda förordning, som rör nekad inresa, föreskrivs följande:

”1. En tredjelandsmedborgare som inte uppfyller samtliga inresevillkor enligt artikel 5.1 och inte tillhör de kategorier av personer som anges i artikel 5.4 skall nekas inresa till medlemsstaternas territorium. Detta skall inte påverka tillämpningen av de särskilda bestämmelserna om rätt till asyl och internationellt skydd eller utfärdandet av viseringar för längre vistelse.

…”

13 I artikel 39.1 i samma förordning föreskrivs att artiklarna 2–8 i Schengenkonventionen ska upphöra att gälla från och med den 13 oktober 2006.

14 Enligt artikel 40 i förordning nr 562/2006 trädde förordningen i kraft den 13 oktober 2006.

Den nationella lagstiftningen

15 Lag 4/2000 om utlänningars fri- och rättigheter i Spanien och deras sociala integration (Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) av den 11 januari 2000 (BOE nr 10 av den 12 januari 2000, s. 1139) ändrades genom lag 8/2000 av den 22 december 2000 (BOE nr 307 av den 23 december 2000, s. 45508) och genom lag 14/2003, av den 20 november 2003 (BOE nr 279 av den 21 november 2003, s. 41193) (nedan kallad utlänningslagen).

16 Artikel 28.3 i utlänningslagen, som rör utlänningars utresa ur Spanien, har följande lydelse:

”En utlänning är skyldig att lämna [Spanien] när

…

c) han eller hon genom ett administrativt beslut har fått avslag på en ansökan om fortsatt rätt att vistas i Spanien eller om han eller hon saknar tillstånd att vistas i Spanien.”

17 Enligt artikel 51 i utlänningslagen är överträdelser av bestämmelserna om utlänningars inresa och vistelse klassificerade utifrån hur allvarlig överträdelsen är. Överträdelsen kan vara ”mindre allvarlig”, ”allvarlig” eller ”mycket allvarlig”.

18 I artikel 53 a i nämnda lag definieras allvarlig överträdelse på följande sätt:

”När en person vistas på spanskt territorium trots att rätt därtill saknas på grund av att förlängning av vistelsen eller uppehållstillstånd inte har beviljats, eller när det har förflutit mer än tre månader sedan giltighetstiden för dessa handlingar löpte ut och han eller hon inte har ansökt om förnyelse av sådana handlingar inom den föreskrivna fristen.”

19 Enligt artikel 55 i utlänningslagen kan i fall av allvarlig överträdelse böter utfärdas om högst 6 000 euro. Vid beslutet att ålägga en påföljd ska den behöriga myndigheten tillämpa kriterier om proportionalitet med beaktande av graden av skuld och, i förekommande fall, den uppkomna skadan eller den risk som överträdelsen gett upphov till och dess verkningar.

20 Artikel 57 i utlänningslagen rör avlägsnande från Spanien och har följande lydelse:

”1. Om det är en utlänning som har gjort sig skyldig till överträdelsen och överträdelsen är mycket allvarlig, eller allvarlig enligt artikel 53 punkterna a–d och f i denna lag, kan i stället för böter beslutas om avlägsnande från spanskt territorium efter vederbörlig administrativ handläggning av ärendet.

2. Ett annat giltigt skäl för avlägsnande efter vederbörlig administrativ handläggning är när utlänningen i Spanien eller någon annanstans har dömts för ett uppsåtligt brott som i Spanien kan medföra frihetsstraff överstigande ett år, såvida inte uppgifterna har raderats från kriminalregistret.

3. Inte i något fall får både avlägsnande och böter tillämpas.

…”

21 Artikel 158 i kungligt dekret 2393/2004 om godkännande av förordningen om tillämpning av utlänningslagen (Reglamento de la Ley de Extranjería) av den 30 december 2004 (BOE nr 6 av den 7 januari 2005, s. 485) har följande lydelse:

”1. Om tillstånd att vistas i Spanien saknas, särskilt på grund av att villkoren för inresa eller vistelse inte är uppfyllda, eller inte längre är uppfyllda, eller om utlänningen genom ett administrativt beslut har fått avslag på ansökan om förlängning av vistelsen, ansökan om uppehållstillstånd eller ansökan om andra handlingar som är nödvändiga för att en utlänning ska ha rätt att vistas på spanskt territorium,... ska det administrativa beslutet innehålla en upplysning om att den berörde är skyldig att lämna landet. Upplysningen kan även ges genom att den skrivs in i passet eller en annan jämförbar handling, eller, om den berörde har rest in i Spanien med stöd av en identitetshandling i vilken det inte är möjligt att skriva in upplysningen, i en särskild handling.

…

2. Skyldigheten att lämna landet ska uppfyllas inom den frist som föreskrivits i beslutet om avslag på ansökan eller senast 15 dagar från dagen för delgivningen av beslutet om avslag. Om det föreligger särskilda omständigheter och utlänningen kan styrka att han eller hon har tillräckliga medel för sitt uppehälle kan fristen förlängas upp till högst 90 dagar. Om fristen löper ut utan att utlänningen har lämnat landet, ska de bestämmelser som föreskrivs i denna förordning angående de situationer som avses i artikel 53 a i [utlänningslagen] tillämpas.

3. Om utlänningar som avses i denna artikel lämnar spanskt territorium i överensstämmelse med bestämmelserna i föregående stycken ska de inte förbjudas att resa in i landet och de har rätt att återvända till Spanien, under förutsättning att de iakttar bestämmelserna om inresa till spanskt territorium.

…”

22 Det framgår av besluten om hänskjutande att ovannämnda nationella bestämmelser har tolkats av Tribunal Supremo på så sätt att med hänsyn till att avlägsnande är en påföljd, ska ett beslut om avlägsnande vara särskilt motiverat och fattas i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.

23 Det framgår av de akter som har översänts till domstolen att när en tredjelandsmedborgare inte innehar handlingar som ger rätt till inresa eller vistelse i Spanien, ska den ålagda påföljden i praktiken begränsas till böter under förutsättning att utlänningens beteende inte har gett upphov till försvårande omständigheter och det inte föreligger någon ytterligare omständighet som gör det berättigat att besluta om avlägsnande i stället för böter.

Tvisterna vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

24 I mål C-261/08 inledde de behöriga myndigheterna den 26 september 2006 ett administrativt förfarande rörande överträdelse av artikel 53 a i utlänningslagen mot den bolivianska medborgaren María Julia Zurita García. Hon vistades olagligen i Spanien på grund av att hon inte hade beviljats förlängning av vistelsen eller uppehållstillståndet eller på grund av att det hade förflutit mer än tre månader sedan giltighetstiden för dessa handlingar löpte ut och hon inte hade ansökt om förnyelse av dem.

25 Förfarandet avslutades den 15 november 2006 genom att Delegado del Gobierno fattade beslut om att María Julia Zurita García skulle avlägsnas från Spanien. Denna påföljd förenades med ett förbud mot att resa in i Schengenområdet under en femårsperiod.

26 María Julia Zurita García överklagade detta beslut till Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia, som avslog överklagandet. Hon överklagade då domen till Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Vid den domstolen gjorde María Julia Zurita García gällande att beslutet från Delegado del Gobierno skulle upphävas, eftersom detta organ inte hade gjort en korrekt tillämpning av proportionalitetsprincipen i samband med bedömningen av de faktiska omständigheterna i det aktuella fallet, vilka inte på något sätt motiverade att hon skulle avlägsnas från Spanien i stället för att åläggas böter.

27 I mål C-348/08 fattade Delegado del Gobierno den 30 juli 2007 beslut om att den bolivianske medborgaren Aurelio Choque Cabrera skulle avlägsnas från Spanien, eftersom han vistades olagligt där, i den mening som avses i artikel 53 a i utlänningslagen, på grund av att han inte hade beviljats förlängning av vistelsen eller uppehållstillståndet eller på grund av att det hade förflutit mer än tre månader sedan giltighetstiden för dessa handlingar löpte ut och han inte hade ansökt om förnyelse av dem. Denna påföljd förenades med ett förbud mot att resa in i Schengenområdet under en femårsperiod.

28 Aurelio Choque Cabrera överklagade detta beslut till Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia, som avslog överklagandet. Han överklagade då domen till Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Vid den domstolen gjorde Aurelio Choque Cabrera gällande att beslutet från Delegado del Gobierno skulle upphävas, eftersom detta organ inte hade gjort en korrekt tillämpning av proportionalitetsprincipen i samband med bedömningen av de faktiska omständigheterna i det aktuella fallet och inte motiverat sitt beslut att han skulle avlägsnas från Spanien i stället för att åläggas böter.

29 Mot denna bakgrund beslutade Tribunal Superior de Justicia de Murcia att vilandeförklara målen och ställa följande tolkningsfråga, som är likalydande i båda målen, till domstolen:

”Ska fördraget …, särskilt artikel 62.1 EG och 62.2 a EG, och … förordning nr 562/2006 …, 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 avlägsna dem?”

30 Ordföranden på domstolens tredje avdelning beslutade den 27 mars 2009 att förena målen C-261/08 och C-348/08 vad gäller det muntliga förfarandet och domen.

Tolkningsfrågan

Upptagande till sakprövning av tolkningsfrågan i mål C-261/08

31 Den spanska regeringen har gjort gällande att tolkningsfrågan i mål C-261/08 inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den är rent hypotetisk.

32 Den har anfört att principen om förbud mot retroaktiv strafflagstiftning utgör hinder mot en tillämpning i tiden (*ratione temporis*) av den skyldighet som eventuellt föreskrivs i artikel 11.3 i förordning nr 562/2006 att ha avlägsnande från landet som påföljd för sådana omständigheter som är i fråga i det nationella målet. Denna förordning trädde nämligen inte i kraft förrän den 13 oktober 2006, medan María Julia Zurita Garcías olagliga vistelse i Spanien anmäldes redan den 26 september 2006.

33 Den spanska regeringen anser att eftersom det i målet vid den nationella domstolen är fråga om en administrativ påföljd på vilken samma principer tillämpas som de som tillämpas i ett brottmål, i synnerhet legalitetsprincipen och principen att det krävs lagstöd för åläggande av påföljder, borde tillämpliga bestämmelser i det aktuella fallet vara de som var i kraft vid tidpunkten för de faktiska omständigheter som anmälts och inte, såsom den hänskjutande domstolen förefaller anse, de som gällde då de nationella myndigheterna fattade avlägsnandebeslutet, det vill säga den 15 november 2006.

34 Domstolen erinrar i detta hänseende om att i ett förfarande enligt artikel 234 EG, som grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen, är det den nationella domstolen som ska bedöma omständigheterna i målet. Det ankommer också uteslutande på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att, mot bakgrund av omständigheterna i målet, bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten (se, bland annat, dom av den 25 februari 2003 i mål C-326/00, IKA, REG 2003, s. I-1703, punkt 27, av den 12 april 2005 i mål C-145/03, Keller, REG 2005, s. I-2529, punkt 33, och av den 22 juni 2006 i mål C-419/04, Conseil général de la Vienne, REG 2006, s. I-5645, punkt 19, och av den 16 juli 2009 i mål C-537/07, Gómez-Limón, REG 2009, s. I-6525, punkt 24).

35 Domstolen får underlåta att besvara en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt endast då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se, bland annat, dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra, REG 2001, s. I-2099, punkt 39, och av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital, REG 2002, s. I-607, punkt 19, samt domen i det ovannämnda målet Gómez-Limón, punkt 25).

36 Domstolen har emellertid även slagit fast att det i undantagsfall ankommer på den att – för att pröva sin egen behörighet – undersöka de omständigheter under vilka den nationella domstolen har framställt sin begäran om förhandsavgörande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia, REG 1981, s. 3045, punkt 21; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243). Den samarbetsanda som ska

styra förfarandet för förhandsavgörande innebär nämligen att den nationella domstolen för sin del ska ta hänsyn till den uppgift som har anförtrotts EG-domstolen, vilken är att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna och inte att yttra sig avseende allmänna eller hypotetiska frågor (domen i det ovannämnda målet Foglia, punkterna 18 och 20, samt dom av den 3 februari 1983 i mål 149/82, Robards, REG 1983, s. 171, punkt 19, och av den 16 juli 1992 i mål C-83/91, Meilicke, REG 1992, s. I-4871, punkt 25; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-105).

37 I förevarande fall kan det konstateras att vid den tidpunkt då María Julia Zurita Garcías (mål C-261/08) olagliga vistelse i Spanien anmäldes, det vill säga den 26 september 2006, hade förordning nr 562/2006 ännu inte trätt i kraft. Fråga uppkommer således huruvida det är nödvändigt att tolka denna förordning med avseende på de faktiska omständigheterna i det målet.

38 Artikel 6b i Schengenkonventionen och inte artikel 11.3 i förordning nr 562/2006 är tillämplig om kriteriet för att avgöra vilken lag som är tillämplig i tidsmässigt hänseende i mål C-261/08 är tidpunkten för de faktiska omständigheterna. Artikel 6b i Schengenkonventionen är nämligen en av de artiklar som enligt artikel 39 i förordning nr 562/2006 upphävdes med verkan från och med den 13 oktober 2006.

39 Som generaladvokaten har påpekat i punkt 27 i sitt förslag till avgörande, har emellertid artikel 11.3 i förordning nr 562/2006 exakt samma lydelse som artikel 6b.3 i Schengenkonventionen, som gällde vid den tidpunkt då María Julia Zurita Garcías olagliga vistelse i Spanien anmäldes.

40 Dessutom har den hänskjutande domstolen ställt en tolkningsfråga med samma lydelse i det nationella målet rörande Aurelio Choque Cabrera (mål C-348/08, som har förenats med mål C-261/08), i vilket de faktiska omständigheterna ägde rum då förordning nr 562/2006 redan hade trätt kraft.

41 Domstolen anser således att den fråga som har ställts i dessa två förenade mål kan tas upp till sakprövning.

Prövning i sak

42 Tolkningsfrågan avser artikel 62.1 och 61.2 a EG samt artiklarna 5, 11 och 13 i förordning nr 562/2006.

43 Artikel 62.1 och 62.2 a EG utgör den rättsliga grunden för rådets åtgärder för att säkerställa att det inte förekommer någon kontroll av personer när de passerar inre gränser samt för åtgärder som avser passage av medlemsstaternas yttre gränser. Nämnda bestämmelser har inte som sådana till syfte eller verkan att ge tredjelandsmedborgare rättigheter eller att ålägga medlemsstaterna skyldigheter.

44 I artikel 5 i förordning nr 562/2006 fastställs villkoren för tredjelandsmedborgares inresa när de passerar en yttre gräns för en vistelse som inte varar mer än tre månader under en sexmånadersperiod, medan artikel 13 i förordningen rör nekad inresa i medlemsstaterna för tredjelandsmedborgare som inte uppfyller samtliga dessa villkor.

45 Artiklarna 5 och 13 i förordning nr 562/2006 reglerar således inte heller situationen för tredjelandsmedborgare, såsom María Julia Zurita García och Aurelio Choque Cabrera, som redan befann sig i Spanien sedan obestämd tid när beslut fattades om att de skulle avlägsnas från landet på grund av att de vistades olagligt där.

46 Mot bakgrund av att det inte kan anses uteslutet att artiklarna 6b och 23 i Schengenkonventionen kan vara tillämpliga i tidsmässigt hänseende i mål C-261/08 (se punkterna 37 och 38 ovan), som den österrikiska regeringen och Europeiska gemenskapernas kommission har gjort gällande, och i syfte att lämna ett användbart svar till den hänskjutande domstolen, ska nämnda artiklar i Schengenkonventionen beaktas vid prövningen av tolkningsfrågan (se analogt dom av den 29 januari 2008 i mål C-275/06, Promusicae, REG 2008, s. I-271, punkt 46, och av den 3 april 2008 i mål C-346/06, Rüffert, REG 2008, s. I-1989, punkt 18).

47 Såsom framgår av dess lydelse är artikel 23 i Schengenkonventionen nämligen tillämplig på personer som inte är medborgare i en medlemsstat och som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för kortare vistelse i någon medlemsstat, vilket enligt beskrivningen av de faktiska omständigheterna i besluten om hänskjutande förefaller vara fallet med både María Julia Zurita García och Aurelio Choque Cabrera.

48 Härav följer att tolkningsfrågan har ställts för att få klarhet i huruvida artiklarna 6b och 23 i Schengenkonventionen samt artikel 11 i förordning nr 562/2006 ska tolkas på så sätt att en medlemsstat är skyldig att fatta ett avlägsnandebeslut beträffande en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten på grund av att han eller hon inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, de villkor för vistelsens varaktighet som är tillämpliga i nämnda medlemsstat.

49 Både i artikel 6b.1 i Schengenkonventionen och i artikel 11.1 i förordning nr 562/2006 uppställs en motbevisbar presumtion som innebär att 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.

50 Enligt artikel 6b.2 i Schengenkonventionen och artikel 11.2 i förordning nr 562/2006 kan denna presumtion motbevisas om tredjelandsmedborgaren på något trovärdigt

sätt, till exempel genom färdbiljetter eller handlingar som styrker att han eller hon vistats utanför medlemsstaternas territorium, kan visa att han eller hon har följt villkoren för varaktigheten av en kortare vistelse.

51 Av artikel 6b.3 i Schengenkonventionen och artikel 11.3 i förordning nr 562/2006 följer att om den presumtion som avses i punkt 1 i dessa båda artiklar inte motbevisas, kan tredjelandsmedborgaren avlägsnas av de behöriga myndigheterna från den berörda medlemsstatens territorium.

52 Kommissionen har korrekt påpekat att lydelsen av den spanska språkversionen av artikel 11.3 i förordning nr 562/2006 inte överensstämmer med lydelsen av de övriga språkversionerna.

53 I den spanska språkversionen föreskrivs nämligen en skyldighet, eftersom det anges att de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten ”ska avlägsna” tredjelandsmedborgaren om presumtionen inte motbevisas. I alla de andra språkversionerna anges däremot avlägsnande som en möjlighet för de behöriga myndigheterna.

54 I detta avseende erinrar domstolen om att det följer av fast rättspraxis att behovet av en enhetlig tillämpning, och därmed en enhetlig tolkning, av en gemenskapsrättsakt utesluter att texten betraktas isolerad i en av sina versioner. I stället ska rättsakten tolkas i förhållande både till upphovsmannens verkliga avsikt och till det av denne eftersträvade syftet, särskilt mot bakgrund av samtliga språkversioner (se, bland annat, dom av den 12 november 1969 i mål 29/69, Stauder, REG 1969, s. 419, punkt 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 421, av den 7 juli 1988 i mål 55/87, Moksel Import und Export, REG 1988, s. 3845, punkt 15, 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).

55 Enligt fast rättspraxis kan den formulering som använts i en av språkversionerna av en gemenskapsrättslig bestämmelse inte ensam ligga till grund för tolkningen av denna bestämmelse eller i detta hänseende tillmätas större betydelse än övriga språkversioner. Ett sådant synsätt skulle nämligen strida mot kravet på en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten (se dom av den 12 november 1998 i mål C-149/97, Institute of the Motor Industry, REG 1998, s. I-7053, punkt 16, av den 3 april 2008 i mål C-187/07, Endendijk, REG 2008, s. I-2115, punkt 23, och av den 9 oktober 2008 i mål C-239/07, Sabatauskas m.fl., REG 2008, s. I-7523, punkt 38).

56 I förevarande fall är den spanska språkversionen av artikel 11.3 i förordning nr 562/2006 den enda som avviker från de övriga språkversionerna. Lagstiftarens verkliga avsikt har således inte varit att ålägga de berörda medlemsstaterna en skyldighet att avlägsna en tredjelandsmedborgare från landet om han eller hon inte lyckas motbevisa den presumtion som avses i punkt 1 i nämnda artikel, utan lagstiftaren har gett dem en möjlighet att göra detta.

57 Som generaladvokaten har påpekat i punkt 43 i sitt förslag till avgörande, bekräftas denna tolkning av att den spanska språkversionen av artikel 6b i Schengenkonventionen, vars lydelse har överförts till artikel 11 i förordning nr 562/2006, överensstämmer med övriga språkversioner i fråga om att det är frivilligt för de berörda medlemsstaterna att avlägsna en tredjelandsmedborgare som inte lyckas motbevisa nämnda presumtion.

58 Den fråga som kvarstår att pröva är huruvida, såsom den österrikiska regeringen har gjort gällande, det följer av artikel 23 i Schengenkonventionen att en medlemsstat måste avlägsna en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt där, såvida det inte finns skäl att bevilja asyl eller internationellt skydd. På detta sätt skulle nämnda bestämmelse utgöra hinder för en medlemsstat att ersätta ett beslut om avlägsnande med åläggande av böter.

59 Denna tolkning av artikel 23 i Schengenkonventionen kan inte godtas.

60 Det ska härvid framhållas att det av lydelsen i artikel 23 i Schengenkonventionen inte går att utläsa en skyldighet att avlägsna tredjelandsmedborgare som är formulerad i så stränga ordalag, mot bakgrund av de undantag som den innehåller.

61 För det första är huvudregeln i artikel 23.1 i Schengenkonventionen, som ingår i kapitel 4 om villkoren för utlänningars rörlighet i avdelning II, om avskaffande av kontroller vid de inre gränserna och om personers rörlighet, att en tredjelandsmedborgare som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för kortare vistelse i den berörda medlemsstaten ska lämna landet frivilligt.

62 Detsamma gäller artikel 23.2 i Schengenkonventionen, enligt vilken en tredjelandsmedborgare med giltigt tillfälligt uppehållstillstånd utfärdat av en annan medlemsstat utan dröjsmål ska bege sig till den medlemsstaten.

63 För det andra kan det konstateras att i den mån det i artikel 23.3 i Schengenkonventionen föreskrivs att en tredjelandsmedborgare, under vissa omständigheter, ska avlägsnas från den medlemsstat där han gripits, kan detta endast ske i enlighet med villkoren i den berörda medlemsstatens nationella rätt. Om tillämpningen av medlemsstatens nationella rätt inte medger att tredjelandsmedborgaren avlägsnas, får medlemsstaten tillåta honom eller henne att vistas i landet.

64 Det ankommer således på varje medlemsstat att i sin nationella rätt närmare ange hur de grundläggande bestämmelserna i artikel 23 i Schengenkonventionen om tredjelandsmedborgare som inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, villkoren för kortare vistelse i landet ska tillämpas och särskilt på vilka villkor som avlägsnande av en sådan tredjelandsmedborgare ska ske.

65 När det gäller målen vid den nationella domstolen, framgår det av de upplysningar som lämnats till domstolen i samband med det skriftliga förfarandet att enligt spansk rätt är beslutet om att ålägga böter inte en handling som ger en tredjelandsmedborgare som

vistas olagligt i Spanien rätt att stanna kvar där på ett lagligt sätt. Vidare framgår att beslutet, oavsett om böterna betalas eller inte, delges tredjelandsmedborgaren med en uppmaning att lämna landet inom 15 dagar och att nämnda medborgare, om han eller hon inte efterkommer denna uppmaning, kan lagföras med stöd av artikel 53 a i utlänningslagen och riskerar att avlägsnas från landet med omedelbar verkan.

66 Tolkningsfrågan ska således besvaras enligt följande. Artiklarna 6b och 23 i Schengenkonventionen samt artikel 11 i förordning nr 562/2006 ska tolkas på så sätt att en medlemsstat inte är skyldig att fatta ett avlägsnandebeslut beträffande en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten på grund av att han eller hon inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, de villkor för vistelsens varaktighet som är tillämpliga i nämnda medlemsstat.

Rättegångskostnader

67 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

Artiklarna 6b och 23 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna – undertecknad i Schengen den 19 juni 1990, i dess lydelse enligt 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 – samt artikel 11 i rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) ska tolkas på så sätt att en medlemsstat inte är skyldig att fatta ett avlägsnandebeslut beträffande en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaten på grund av att han eller hon inte uppfyller, eller inte längre uppfyller, de villkor för vistelsens varaktighet som är tillämpliga i nämnda medlemsstat.

Underskrifter