Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 2. februar 2016 [1]

Sag C-47/15

Sélina Affum, gift Amissah
mod
Préfet du Pas-de-Calais
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Cour de cassation (kassationsdomstolen) (Frankrig))

»Område med frihed, sikkerhed og retfærdighed — direktiv 2008/115/EF — tilbagesendelse af en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold — ulovlig indrejse — personer, der er på gennemrejse — fængselsstraf — tilbageholdelse«

I – Indledning

1. I forbindelse med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse fra Cour de cassation (kassationsdomstol) er Domstolen på ny blevet anmodet om at udtale sig om foreneligheden mellem en national bestemmelse, hvorefter en tredjelandsstatsborger kan idømmes fængselsstraf, alene fordi vedkommende er indrejst ulovligt eller har ulovligt ophold, og direktiv 2008/115/EF [2].

2. I forhold til tidligere sager vedrørende dette spørgsmål [3] adskiller den nærværende sag sig på to særlige punkter. For det første angår den en tredjelandsstatsborger, som er indrejst på den pågældende medlemsstats område alene med henblik på gennemrejse, og som er blevet standset i forbindelse med sin udrejse af denne medlemsstat. Det skal således undersøges, hvorvidt der er tale om et ophold som omhandlet i direktiv 2008/115. For det andet har den pågældende medlemsstat ikke til hensigt at træffe afgørelse om tilbagesendelse i henhold til artikel 6 i direktiv 2008/115, men at overgive den pågældende statsborger til myndighederne i en anden medlemsstat på grundlag af en ordning, der er indgået inden direktiv 2008/115 trådte i kraft.

3. Den foreliggende sag giver Domstolen lejlighed til at minde om, at direktiv 2008/115 finder anvendelse på enhver tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold, uanset årsagen til, at opholdet er ulovligt, og uanset anholdelsesstedet, og at en tredjelandsstatsborger kun kan idømmes en fængselsstraf i klart præciserede situationer, der ikke foreligger i det foreliggende tilfælde.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16.12.2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold (EUT L 348, s. 98).

3 — Jf. domme El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807) og Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Jf. ligeledes dom Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), som vedrørte en sanktion i form af husarrest.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

1. Direktiv 2008/115

4. Formålet med direktiv 2008/115 er beskrevet således i direktivets artikel 1:

»I dette direktiv fastsættes der fælles standarder og procedurer, som skal anvendes i medlemsstaterne ved tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold, i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, som er generelle principper i fællesskabsretten og folkeretten, herunder beskyttelse af flygtninge og menneskeretlige forpligtelser.«

5. Artikel 2 i direktiv 2008/115, der har overskriften »Anvendelsesområde«, bestemmer:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold på en medlemsstats område.

2. Medlemsstaterne kan beslutte ikke at anvende dette direktiv på tredjelandsstatsborgere, som:

a) er genstand for nægtelse af indrejse i medfør af artikel 13 i Schengengrænsekodeksen, eller som pågribes eller standses af de kompetente myndigheder i forbindelse med ulovlig overskridelse af en medlemsstats ydre grænse ad land-, sø- eller luftvejen, og som ikke efterfølgende har opnået tilladelse eller ret til ophold i den pågældende medlemsstat

b) er genstand for tilbagesendelse som en strafferetlig sanktion eller som følge af en strafferetlig sanktion i henhold til national ret, eller som er genstand for udleveringsprocedurer.

[…]«

6. Direktivets artikel 3 med overskriften »Definitioner« fastsætter:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

2) »ulovligt ophold«: tilstedeværelsen på en medlemsstats område af en tredjelandsstatsborger, som ikke opfylder eller ikke længere opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 5 i Schengengrænsekodeksen, eller andre betingelser for indrejse, ophold eller bopæl i den pågældende medlemsstat

3) »tilbagesendelse«: processen i forbindelse med en tredjelandsstatsborgers tilbagevenden – enten frivilligt i overensstemmelse med en forpligtelse til at vende tilbage eller tvangsmæssigt – til:

— vedkommende tredjelandsstatsborgers oprindelsesland eller

— et transitland i henhold til tilbagetagelsesaftaler på fællesskabsplan eller bilateralt plan eller i henhold til andre ordninger eller

— et andet tredjeland, som den pågældende tredjelandsstatsborger frivilligt beslutter at vende tilbage til, og hvor vedkommende vil blive modtaget

4) »afgørelse om tilbagesendelse«: en administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt, der fastslår eller erklærer, at en tredjelandsstatsborgers ophold er ulovligt, og som pålægger eller fastslår en forpligtelse for den pågældende til at vende tilbage

5) »udsendelse«: håndhævelse af forpligtelsen til at vende tilbage, dvs. den fysiske transport ud af medlemsstaten

[…]«

7. Direktivets artikel 4 med overskriften »Gunstigere bestemmelser« fastsætter:

»1. Dette direktiv berører ikke gunstigere bestemmelser i:

a) bilaterale eller multilaterale aftaler mellem Fællesskabet eller Fællesskabet og dets medlemsstater og et eller flere tredjelande

b) bilaterale eller multilaterale aftaler mellem en eller flere medlemsstater og et eller flere tredjelande.

[…]

4. Hvad angår tredjelandsstatsborgere, der er undtaget fra dette direktivs anvendelsesområde i overensstemmelse med artikel 2, stk. 2, litra a), skal medlemsstaterne:

a) sikre, at behandlingen af og beskyttelsesniveauet for disse ikke er mindre gunstig end det, der er fastsat i artikel 8, stk. 4 og 5 (begrænsning af anvendelsen af tvangsforanstaltninger), artikel 9, stk. 2, litra a) (udsættelse af udsendelse), artikel 14, stk. 1, litra b) og d) (akut lægebehandling og hensyntagen til sårbare personers behov), og artikel 16 og 17 (forholdene under frihedsberøvelse), og

b) respektere non-refoulement-princippet.«

8. Artikel 6-8 i direktiv 2008/115 bestemmer:

»*Artikel 6*

Afgørelse om tilbagesendelse

1. Medlemsstaterne træffer afgørelse om tilbagesendelse vedrørende enhver tredjelandsstatsborger, som opholder sig ulovligt på deres område, jf. dog de undtagelser, der er anført i stk. 2-5.

[…]

3. Medlemsstaterne kan undlade at træffe afgørelse om tilbagesendelse af en tredjelandsstatsborger, der opholder sig ulovligt på deres område, hvis den pågældende tredjelandsstatsborger tilbagetages af en anden medlemsstat i henhold til bilaterale aftaler eller ordninger, der er gældende på datoen for dette direktivs ikrafttræden. I så fald anvender den medlemsstat, der har tilbagetaget den pågældende tredjelandsstatsborger, stk. 1.

[…]

Artikel 7

Frivillig udrejse

1. I en afgørelse om tilbagesendelse fastsættes en passende frist for frivillig udrejse på mellem syv og tredive dage, jf. dog de undtagelser, der er anført i stk. 2 og 4. […]

[…]

Artikel 8

Udsendelse

1. Medlemsstaterne træffer alle nødvendige foranstaltninger til at fuldbyrde afgørelsen om tilbagesendelse, hvis der ikke er indrømmet en frist for frivillig udrejse i henhold til artikel 7, stk. 4, eller hvis forpligtelsen til at vende tilbage ikke er blevet opfyldt inden for den frist for frivillig udrejse, som er indrømmet i henhold til artikel 7.

[…]«

9. Artikel 15 i direktiv 2008/115 med overskriften »Frihedsberøvelse« bestemmer:

»1. Medmindre andre tilstrækkelige og mindre indgribende foranstaltninger kan anvendes effektivt i det konkrete tilfælde, må medlemsstaterne kun frihedsberøve en tredjelandsstatsborger, der er genstand for tilbagesendelsesprocedurer, for at forberede en tilbagesendelse og/eller gennemføre en udsendelse, navnlig når

a) der er risiko for, at den pågældende vil forsvinde, eller

b) den pågældende tredjelandsborger undviger eller lægger hindringer i vejen for forberedelsen af tilbagesendelses- eller udsendelsesprocessen.

Enhver frihedsberøvelse skal være af så kort varighed som muligt og må kun opretholdes, så længe udsendelsen er under forberedelse og gennemføres med nødvendig omhu.

[…]«

2. Schengenkonventionen og Schengengrænsekodeksen

10. Konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen af 14. juni 1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (EFT 2000 L 239, s. 19), undertegnet i Schengen den 19. juni 1990 (herefter »Schengenkonventionen«), er en del af Schengenreglerne.

11. Schengenkonventionens afsnit II, kapitel 4, der har overskriften »Betingelser for udlændinges indrejse og ophold«, fastsætter i sin artikel 19, stk. 1 og 2, artikel 20, stk. 1, og artikel 21, stk. 1 og 2, betingelserne for, hvornår en udlænding, der er indehaver af et ensartet visum eller et visum udstedt af en af de kontraherende parter, en udlænding, der ikke er visumpligtig, samt en udlænding, der er indehaver af en gyldig opholdstilladelse eller en foreløbig opholdstilladelse udstedt af en af de kontraherende parter, frit kan færdes på de kontraherende parters område. Disse bestemmelser henviser bl.a. til visse af indrejsebetingelserne i Schengenkonventionens artikel 5, stk. 1.

12. Forordning (EF) nr. 562/2006 [4] har konsolideret og udviklet Schengenreglerne.

13. Det følger af 27. betragtning til Schengengrænsekodeksen, at »[d]enne forordning er et led i udviklingen af de bestemmelser i Schengenreglerne, som Det Forenede Kongerige [Storbritannien og Nordirland] ikke deltager i […]. Det Forenede Kongerige deltager derfor ikke i vedtagelsen af denne forordning, som ikke er bindende for og ikke finder anvendelse i Det Forenede Kongerige«.

14. Ifølge forordningens artikel 1 indeholder denne »bestemmelser med henblik på at sikre, at personer ikke kontrolleres ved passage af de indre grænser mellem Den Europæiske Unions medlemsstater«, og »[d]en fastsætter regler for udøvelse af grænsekontrol af personer, der passerer EU-medlemsstaternes ydre grænser«.

15. Forordningens artikel 2, nr. 1) og 2), indeholder følgende definitioner:

»1) »indre grænser«:

a) medlemsstaternes fælles landgrænser, herunder flod- og søgrænser

b) medlemsstaternes lufthavne for interne flyvninger

c) medlemsstaternes søhavne og havne ved indre vandveje (floder og søer) for så vidt angår færgeruter

2) »ydre grænser«: medlemsstaternes landgrænser, herunder grænser ved indre vandveje (floder og søer), søgrænser samt lufthavne, søhavne og havne ved indre vandveje (floder og søer), for så vidt de ikke er indre grænser«.

16. Schengengrænsekodeksens afsnit II, kapitel I, der har overskriften »Passage af de ydre grænser og indrejsebetingelser«, fastsætter i sin artikel 4 og 5:

»Artikel 4

Passage af de ydre grænser

1. Passage af de ydre grænser kan kun ske ved grænseovergangsstederne og inden for åbningstiden. Åbningstiderne angives klart ved grænseovergangssteder, der ikke er åbne døgnet rundt.

[…]

3. Uden at det berører undtagelserne i stk. 2 og medlemsstaternes forpligtelser, hvad angår international beskyttelse, skal de indføre sanktioner i overensstemmelse med deres nationale lovgivning i tilfælde af ulovlig passage af de ydre grænser uden for grænseovergangsstederne eller de normale åbningstider. Sanktionerne skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 15.3.2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengen-grænsekodeks) (EUT L 105, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 265/2010 af 25.3.2010 (EUT L 85, s. 1, herefter »Schengengrænsekodeksen«).

Artikel 5

Indrejsebetingelser for tredjelandsstatsborgere

1. For ophold i op til tre måneder pr. seks måneders periode skal tredjelandsstatsborgere opfylde følgende indrejsebetingelser:

a) De skal være i besiddelse af et gyldigt rejsedokument eller dokumenter, der tillader grænsepassage.

b) De skal være i besiddelse af gyldigt visum, hvis dette kræves […], undtagen hvis de har en gyldig opholdstilladelse.

c) De skal dokumentere formålet med og vilkårene for det påtænkte ophold og have de fornødne subsistensmidler, såvel i den påtænkte opholdsperiode som til hjemrejsen til hjemlandet eller gennemrejse til et tredjeland, hvor de er sikret indrejse, eller være i stand til at skaffe sig disse midler på lovlig vis.

d) De må ikke være indberettet i [Schengeninformationssystemet (SIS)] som uønskede.

e) De må ikke betragtes som en trussel mod medlemsstaternes offentlige orden, indre sikkerhed, offentlig sundhed eller internationale forbindelser […]

[…]

4. Uanset stk. 1

a) skal en tredjelandsstatsborger, der ikke opfylder samtlige betingelser i stk. 1, men som er i besiddelse af en opholdstilladelse, et visum til langvarigt ophold eller et returvisum udstedt af en medlemsstat eller om nødvendigt en opholdstilladelse eller et visum til langvarigt ophold og et returvisum, have tilladelse til indrejse på de øvrige medlemsstaters område med henblik på gennemrejse, således at vedkommende kan nå frem til den medlemsstat, der har udstedt opholdstilladelsen, visummet til langvarigt ophold eller returvisummet, […]

[…]

c) kan tredjelandsstatsborgere, der ikke opfylder en eller flere af betingelserne i stk. 1, få tilladelse af en medlemsstat til indrejse på dens område af humanitære grunde eller af hensyn til nationale interesser eller internationale forpligtelser. […]«

17. Schengengrænsekodeksens afsnit II, kapitel II, der har overskriften »Kontrol ved de ydre grænser og nægtelse af indrejse«, bestemmer i sin artikel 7 om ind- og udrejsekontrol af personer:

»*Artikel 7*

Ind- og udrejsekontrol af personer

1. Grænsetrafikken ved de ydre grænser kontrolleres af grænsevagter. Ind- og udrejsekontrollen foretages efter bestemmelserne i dette kapitel.

[…]

3. Tredjelandsstatsborgere skal underkastes en indgående ind- og udrejsekontrol.

a) Den indgående indrejsekontrol skal omfatte kontrol af indrejsebetingelser ifølge artikel 5, stk. 1, samt eventuelt af opholds- og arbejdstilladelser. Heri skal indgå en grundig undersøgelse af følgende:

[…]

b) Den indgående udrejsekontrol skal omfatte:

   i) kontrol af, at den pågældende tredjelandsstatsborger er i besiddelse af et gyldigt dokument til grænsepassage

   ii) kontrol af, om dokumentet viser tegn på falsk eller forfalskning

   iii) så vidt muligt kontrol af, at den pågældende tredjelandsstatsborger ikke betragtes som en trussel mod medlemsstaternes offentlige orden, indre sikkerhed eller internationale forbindelser.

c) Ud over den i litra b) omhandlede kontrol kan den indgående udrejsekontrol endvidere omfatte:

   i) kontrol af, at den pågældende er i besiddelse af gyldigt visum, hvis dette kræves […], undtagen hvis han/hun har en gyldig opholdstilladelse

   ii) kontrol af, at den pågældende ikke har overskredet den maksimale varighed af det tilladte ophold på medlemsstaternes område

   iii) kontrol af indberetninger af personer og genstande i SIS og i de nationale databaser.

[…]«

18. Det følger af Schengengrænsekodeksens artikel 20, der er indeholdt i afsnit III, kapital I, som har overskriften »Ophævelse af kontrollen ved de indre grænser«, at »[d]e indre grænser kan passeres overalt, uden at der gennemføres personkontrol, uanset personernes nationalitet«.

19. I henhold til Schengengrænsekodeksens artikel 39, stk. 1, som er en del af afsnit IV, der har overskriften »Afsluttende bestemmelser«, blev Schengenkonventionens artikel 2-8 ophævet fra den 13. oktober 2006. Således er bl.a. de indrejsebetingelser, som tidligere var indeholdt i Schengenkonventionens artikel 5, stk. 1, blevet erstattet af de betingelser, der er fastsat i Schengengrænsekodeksens artikel 5.

B – *Fransk ret*

1. Lov om udlændinges indrejse og ophold og om asylret

20. Artikel L. 621-2 i lov om udlændinges indrejse og ophold og om asylret (code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), som ændret ved lov nr. 2012-1560 af 31. december 2012 om tilbageholdelse med henblik på kontrol af opholdsretten og om ændring af reglerne om medvirken til ulovligt ophold undtaget humanitære og uegennyttige handlinger (JORF af 1.1.2013, s. 48, herefter »udlændingeloven«), bestemmer:

»En udlænding, der ikke er statsborger i en medlemsstat i Den Europæiske Union, straffes med fængsel i et år og en bøde på 3 750 EUR:

1) hvis den pågældende er indrejst på europæisk fransk område uden at opfylde de betingelser, der er nævnt i [Schengenkodeksens] artikel 5, stk. 1, litra a), b) eller c), og uden at have fået tilladelse til indrejse på området i henhold til artikel 5, stk. 4, litra a) og c), i ovennævnte [kodeks]; det samme gælder, hvis en udlænding er genstand for en indberetning om afvisning af indrejse i henhold til en eksigibel retsafgørelse truffet af en anden stat, der er part i [Schengenkonventionen]

2) eller hvis den pågældende er indrejst på europæisk fransk område direkte fra en stat, som er part i [Schengenkonventionen], uden at opfylde bestemmelserne i dennes artikel 19, stk. 1 eller 2, artikel 20, stk. 1, og artikel 21, stk. 1 eller 2, med undtagelse af de betingelser, der er nævnt i artikel 5, stk. 1, litra e), i [Schengengrænsekodeksen], og i litra d), såfremt indberetningen om afvisning af indrejse ikke følger af en eksigibel retsafgørelse truffet af en anden stat, der er part i [Schengenkonventionen]

[…]

Med henblik på anvendelsen af denne artikel kan strafforfølgning først iværksættes, når de faktiske omstændigheder er fastslået under de i artikel 53 i strafferetsplejeloven [(code de procédure pénale, herefter »strafferetsplejeloven«)] omhandlede omstændigheder.«

2. Strafferetsplejeloven

21. Artikel 53 i strafferetsplejeloven i den affattelse, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, har følgende ordlyd:

»Ved pågribelse på fersk gerning forstås det forhold, at en person opdages og pågribes under udførelsen af sin ulovlige gerning eller umiddelbart derefter. Der er ligeledes tale om pågribelse på fersk gerning, når den mistænkte i meget nær tilknytning til handlingen følges af offentlige protester, opdages når vedkommende er i besiddelse af genstande, eller giver indtryk eller indicier, der tyder på, at vedkommende har medvirket til den ulovlige gerning.

Når en person er blevet pågrebet på fersk gerning, kan efterforskningen, som foretages under den offentlige anklagers kontrol på de betingelser, der er fastsat i dette kapitel, forløbe uden afbrydelse i otte dage.

[…]«

22. Artikel 62-2 i strafferetsplejeloven bestemmer:

»Tilbageholdelse er en tvangsforanstaltning, som under domstolskontrol iværksættes af politiet, hvorved en person, når der er begrundet mistanke om, at den pågældende har begået eller vil begå en forbrydelse eller lovovertrædelse, der kan straffes med fængsel, fastholdes i efterforskernes varetægt.

[…]«

III – De faktiske omstændigheder i hovedsagen, retsforhandlingerne for Domstolen og de præjudicielle spørgsmål

23. Den 22. marts 2013 blev Sélina Affum, der er ghanesisk statsborger, kontrolleret af fransk politi i Coquelles (Frankrig), som er grænseovergangssted ved tunellen under Den Engelske Kanal, da hun var på vej med en bus fra Gent (Belgien) til London (Det Forenede Kongerige).

24. Efter at have fremvist et belgisk pas, der indeholdt et foto af og navnet på en tredjemand, og idet hun ikke var i besiddelse af andre identitetspapirer eller rejsedokumenter i sit navn, blev hun tilbageholdt på grund af ulovlig indrejse i Frankrig i henhold til udlændingelovens artikel L. 621-2, nr. 2).

25. Den følgende dag besluttede den offentlige anklager ved tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (retten i første instans i Boulogne-sur-Mer) at henlægge straffesagen mod Sélina Affum. Tilbageholdelsesforanstaltningen mod Sélina Affum ophørte derfor samme dag.

26. Samtidig med, at der verserede en straffesag mod Sélina Affum, var Préfet de Pas-de-Calais (præfekten i Pas-de-Calais) imidlertid blevet forelagt forvaltningssagen vedrørende Sélina Affum med henblik på at træffe afgørelse om, hvorvidt hun skulle udsendes af Frankrig.

27. Ved dom af 23. marts 2013 traf præfekten afgørelse om, at Sélina Affum skulle udleveres til de belgiske myndigheder med henblik på tilbagetagelse i henhold til ordningen mellem Den Franske Republiks regering på den ene side og regeringerne i Kongeriget Belgien, Storhertugdømmet Luxembourg og Kongeriget Nederlandene på den anden side om overgivelse af personer, der antræffes ved de fælles grænser mellem Frankrig og Beneluxlandene, som er undertegnet i Paris den 16. april 1964.

28. Ved samme dom traf Préfet de Pas-de-Calais (præfekten i Pas-de-Calais) afgørelse om, at Sélina Affum skulle administrativt frihedsberøves på et sted, der ikke henhørte under fængselsvæsenet, i fem dage regnet fra det tidspunkt, hvor hun ikke længere blev tilbageholdt, indtil hun skulle udsendes. Sélina Affum blev således administrativ frihedsberøvet den 23. marts 2013 i fem dage med henblik på, at hun skulle udleveres til de belgiske myndigheder.

29. Den 27. marts anmodede Préfet de Pas-de-Calais (præfekten i Pas-de-Calais) juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille (retten i første instans i Lille, afdelingen for sager om varetægtsfængsling) om at forlænge frihedsberøvelsen, indtil der forelå et svar fra de belgiske myndigheder vedrørende begæringen om tilbagetagelse.

30. Til sit forsvar gjorde Sélina Affum med henvisning til bl.a. Achughbabian-dommen [5] gældende, at præfektens begæring skulle have været afvist, idet tilbageholdelsen af hende var ulovlig, hvilket i henhold til national ret bevirkede, at hele sagen var ugyldig, samt at forlængelsen af frihedsberøvelsen skulle afvises og den pågældende person løslades.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

31. Ved kendelse af 28. marts 2013 besluttede juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille (retten i første instans i Lille, afdelingen for sager om varetægtsfængsling) imidlertid, at tilbageholdelsen af Sélina Affum var retmæssig, og at den administrative frihedsberøvelse af hende således havde fundet sted efter en lovformelig procedure. Retten imødekom derfor begæringen fra Préfet de Pas-de-Calais (præfekten i Pas-de-Calais) og besluttede at forlænge den administrative frihedsberøvelse af Sélina Affum i højst 20 dage beregnet fra samme dag.

32. I den af Sélina Affum indbragte appelsag stadfæstede førstepræsidenten ved cour d'appel de Douai (appeldomstolen i Douai) ved kendelse af 29. marts 2013 den kendelse, som juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille (retten i første instans i Lille, afdelingen for sager om varetægtsfængsling) havde afsagt.

33. Sélina Affum har iværksat appel til prøvelse af denne kendelse ved Cour de cassation (kassationsdomstol), som har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 3, [nr.] 2), i direktiv 2008/115 fortolkes således, at en tredjelandsstatsborger opholder sig ulovligt på en medlemsstats område og af den grund er omfattet af direktivets anvendelsesområde i henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, når den pågældende tredjelandsstatsborger kun er på gennemrejse som passager i en bus, der befinder sig på en medlemsstats område, når denne bus afgår fra en medlemsstat, der indgår i Schengenområdet, og ankommer i en anden medlemsstat?

2) Skal direktivets artikel 6, stk. 3, fortolkes således, at denne bestemmelse ikke er til hinder for en national lovgivning, [hvorefter] en tredjelandsstatsborgers ulovlige indrejse [straffes] med fængsel[…], når en anden medlemsstat kan tilbagetage den pågældende tredjelandsstatsborger i henhold til en aftale eller en ordning, der er indgået med denne medlemsstat før direktivets ikrafttrædelse?

3) Afhængigt af svaret på det foregående spørgsmål skal direktivet da fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning, [hvorefter] en tredjelandsstatsborgers ulovlige indrejse [straffes] med fængsel[…] under de samme betingelser som dem, der ifølge [Domstolens] dom [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)] gælder for ulovligt ophold, og hvorefter der ikke stilles krav om, at udlændingen forinden har været undergivet tvangsforanstaltninger i henhold til direktivets artikel 8, og at frihedsberøvelsen har haft en bestemt varighed?«

34. Sélina Affum såvel som den franske, tjekkiske, græske, ungarske og schweiziske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet bemærkninger. Under retsmødet den 10. november 2015 blev der afgivet indlæg af Sélina Affum, den franske og den græske regering samt Kommissionen.

IV – Bedømmelse

35. Med sine tre spørgsmål, som bør behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2008/115 er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter en tredjelandsstatsborgers ulovlige indrejse straffes med fængsel, når denne person er blevet standset i forbindelse med sin udrejse af Schengenområdet[6] ved medlemsstatens ydre grænse og var på gennemrejse fra en anden medlemsstat, og når vedkommende kan tilbagetages af denne anden medlemsstat i henhold til en ordning, som er indgået med denne stat inden direktiv 2008/115 trådte i kraft.

36. For at besvare spørgsmålene fyldestgørende redegøres indledningsvis kort for den ordning, der er indført ved henholdsvis direktiv 2008/115 og Schengengrænsekodeksen, for dermed at analysere afgrænsningen mellem disse to instrumenter, og derefter foretages en kort gennemgang af Domstolens praksis vedrørende frihedsberøvelse af personer i andre situationer end dem, der er omhandlet i direktiv 2008/115, hvorefter der endelig foretages en analyse af den omhandlede nationale lovgivning.

A – *Direktiv 2008/115 og dets anvendelsesområde*

37. Som det fremgår af artikel 1 i direktiv 2008/115, er genstanden for direktivet at fastsætte fælles standarder og procedurer, som skal anvendes i medlemsstaterne ved tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold, i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder og folkeretten. Det følger af fjerde betragtning til direktivet, at det tilsigter at fastsætte klare, gennemsigtige og retfærdige regler for at sikre en effektiv tilbagesendelsespolitik, der er en nødvendig del af en velforvaltet migrationspolitik. Direktiv 2008/115 blev vedtaget på grundlag af den tidligere artikel 63, stk. 1, nr. 3), litra b), EF[7] i overensstemmelse med den fælles beslutningsprocedure i artikel 251 EF[8]. Det er således det første retlige instrument på området for indvandring, der er vedtaget efter denne procedure[9].

38. Det personelle anvendelsesområde for direktiv 2008/115, således som det er defineret i direktivets artikel 2, er meget vidt. I henhold til denne bestemmelses stk. 1 finder direktiv 2008/115 anvendelse på tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold på en medlemsstats område. Ved ulovligt ophold forstås tilstedeværelsen på en medlemsstats område af en tredjelandsstatsborger, som ikke opfylder eller ikke længere opfylder de betingelser for indrejse, der er fastsat i artikel 5 i Schengengrænsekodeksen, eller andre betingelser for indrejse, ophold eller bopæl i den pågældende medlemsstat[10].

39. Eftersom artikel 2, stk. 1, i direktiv udelukkende henviser til ulovligt ophold, foretager bestemmelsen ikke nogen sondring mellem ulovlig indrejse og ulovligt ophold.

6 — Selv om begrebet »Schengenområdet« ikke anvendes i Schengengrænsekodeksen, er dette blevet et almindeligt kendt begreb, som definerer de medlemsstater, der er parter til Schengengrænsekodeksen. I denne forbindelse bemærkes, at Domstolen selv anvender begrebet. Jf. til eksempel domme ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, flere præmisser og domskonklusionen), Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, præmis 67) og T. (C-373/13, EU:C:2015:413, præmis 52).

7 — Denne artikel er efter Lissabontraktatens ikrafttræden blevet til artikel 79, stk. 2, litra c), TEUF.

8 — Denne procedure var taget i anvendelse efter vedtagelsen af Rådets afgørelse 2004/927/EF af 22.12.2004 om at få visse områder, der er omfattet af afsnit IV i tredje del i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, underlagt proceduren i artikel 251 i traktaten (EUT L 396, s. 45).

9 — Jf. A. Baldaccini, »The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive«, *European Journal of Migration and Law*, 2001, s. 1-17, og navnlig s. 1.

10 — Jf. artikel 3, nr. 2), i direktiv 2008/115.

40. I henhold til artikel 2, stk. 2, i direktiv 2008/115 har medlemsstaterne beføjelse til ikke at anvende dette direktiv i visse nærmere afgrænsede tilfælde. I henhold til direktivets artikel 2, stk. 2, litra a), kan en medlemsstat beslutte ikke at anvende direktiv 2008/115 på tredjelandsstatsborgere, som er genstand for nægtelse af indrejse i medfør af artikel 13 i Schengengrænsekodeksen, eller som pågribes eller standses af de kompetente myndigheder i forbindelse med ulovlig overskridelse af en medlemsstats ydre grænse ad land-, sø- eller luftvejen, og som ikke efterfølgende har opnået tilladelse eller ret til ophold i den pågældende medlemsstat.

41. I henhold til ordlyden af den ovennævnte bestemmelse skal en tilbageholdelse finde sted i forbindelse med ulovlig overskridelse af en ydre grænse, hvilket efter min opfattelse indebærer en snæver forbindelse i tid og sted med overskridelsen af grænsen.

42. I selve direktiv 2008/115 er der ikke fastsat nogen definition af begreberne »indre grænse« eller »ydre grænse«. For så vidt som Schengengrænsekodeksen imidlertid nævnes i direktivet gentagne gange, er det efter min opfattelse klart, at den definition, der er fastsat i denne kodeks, kan finde anvendelse. Det fremgår således af Schengengrænsekodeksens artikel 2, nr. 1), litra a), og nr. 2), at der ved »indre grænser« forstås medlemsstaternes fælles landgrænser[11], og at der ved »ydre grænser« forstås medlemsstaternes landgrænser[12] og søgrænser[13], for så vidt som de ikke er indre grænser. Begrebet »medlemsstater« omfatter naturligvis kun de af Unionens medlemsstater, der deltager i Schengensamarbejdet, og de tredjelande, der deltager heri[14].

43. Direktiv 2008/115 finder kun anvendelse på stater, der indgår i Schengenområdet. Ifølge artikel 21 i direktiv 2008/115 træder direktivet i stedet for bestemmelserne i Schengenkonventionens artikel 23 og 24. Hvad nærmere bestemt angår Det Forenede Kongerige præciserer 26. betragtning til direktiv 2008/115, at dette »[ikke] deltager […] i vedtagelsen af dette direktiv og [ikke] er […] bundet af det i sin helhed og [ikke] skal […] anvende det«.

B – *Schengengrænsekodeksen*

44. Schengengrænsekodeksen fastsætter en ordning for personers grænsepassage.

45. Betingelserne for passage af ydre grænser og kontrollen med, at disse opfyldes, er reguleret i Schengengrænsekodeksens afsnit II[15]. Kontrollen består dels i kontrol ved de grænseovergangssteder, der er udpeget af medlemsstaterne, dels i overvågning mellem disse grænseovergangssteder.

46. Direktiv 2008/115 finder derimod anvendelse, når en person er indrejst ulovligt på Schengenområdet og ikke har ret til at opholde sig dér.

11 — Herunder flod- og søgrænser.

12 — Herunder grænser ved indre vandveje (floder og søer).

13 — Samt lufthavne, søhavne og havne ved indre vandveje (floder og søer).

14 — Jf. 21.-28. betragtning til Schengengrænsekodeksen.

15 — Schengengrænsekodeksens artikel 4-19a. Afsnittet er inddelt i fem kapitler, nemlig Passage af de ydre grænser og indrejsebetingelser (kapitel I), Kontrol ved de ydre grænser og nægtelse af indrejse (kapitel II), Personale og ressourcer til grænsekontrol og samarbejde mellem medlemsstaterne (kapitel III), Specifikke regler for ind- og udrejsekontrol (kapitel IV) og Specifikke foranstaltninger i tilfælde af alvorlige mangler i forbindelse med kontrollen ved de ydre grænser (kapitel IVa).

47. I Schengengrænsekodeksen er der nu [16] angivet en tydelig forbindelse mellem denne og direktiv 2008/115. Således følger det af Schengengrænsekodeksens artikel 12, stk. 1, andet punktum, at en person, som har passeret en grænse ulovligt, og som ikke har ret til at opholde sig på den pågældende medlemsstats område, pågribes og gøres til genstand for procedurer under overholdelse af direktiv 2008/115/EF.

C – *Frihedsberøvelse i henhold til direktiv 2008/115*

48. I henhold til kapitel IV i direktiv 2008/115, der har overskriften »Frihedsberøvelse med henblik på udsendelse«, kan frihedsberøvelse kun anvendes som en sidste udvej, udelukkende såfremt det er strengt nødvendigt, og mens der ventes på udsendelse [17]. Rationalet bag bestemmelserne om frihedsberøvelse er, at kun procedurer for tilbagesendelse og udsendelse kan begrunde frihedsberøvelse, og at frihedsberøvelse ikke er berettiget på grundlag af disse bestemmelser, hvis disse procedurer ikke gennemføres med den fornødne omhu [18]. Frihedsberøvelse med henblik på udsendelse er hverken en sanktion eller en straf, og der er heller ikke tale om en fængselsstraf [19]. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2008/115 kræver endvidere en snæver fortolkning, idet tvangsmæssig tilbageholdelse som frihedsberøvelse udgør en undtagelse til den grundlæggende ret til individuel frihed [20].

49. Hvad angår frihedsberøvelse eller fængsling i de situationer, der ikke er omhandlet i direktiv 2008/115, indeholder direktivet ikke nogen bestemmelser om medlemsstaternes mulighed for at anvende frihedsberøvelse eller fængsling som strafferetlig sanktion i forbindelse med et ulovligt ophold. Efter min opfattelse er der en indlysende årsag hertil: En sådan sanktion kan ikke anvendes, når målet med direktiv 2008/115 er at fastsætte regler for hurtig tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold. Enhver frihedsberøvelse eller fængselsstraf, som ikke iværksættes i forbindelse med en tilbagesendelsesprocedure, vil definitivt forhale denne procedure.

50. I den sag, der gav anledning til El Drid-dommen [21], i blev Domstolen anmodet om at vurdere, om direktiv 2008/115 er til hinder for national lovgivning, såsom Italiens lovgivning i nævnte hovedsag, der foreskrev pålæggelse af en fængselsstraf for en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold, alene fordi han i strid med et påbud om at forlade denne medlemsstats område inden for en bestemt frist forblev på nævnte område uden gyldig grund. Domstolen fastslog, at direktiv 2008/115, herunder navnlig artikel 15 og 16, var til hinder for en sådan lovgivning [22].

16 — Det bemærkes, at nogle måneder efter at de faktiske omstændigheder i hovedsagen fandt sted, blev Schengengrænsekodeksens artikel 12, stk. 1, ændret netop med henblik på at tydeliggøre sammenhængen med direktiv 2008/115. Jf. artikel 1, nr. 11), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 610/2013 af 26.6.2013 om ændring af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengen-grænsekodeks), konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen, Rådets forordning (EF) nr. 1683/95 og (EF) nr. 539/2001 og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 767/2008 og (EF) nr. 810/2009 (EUT L 182, s. 1).

17 — Artikel 15-18 i direktiv 2008/115.

18 — Jf. punkt 46-55 i min stillingtagen Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936) for flere detaljer.

19 — Jf. punkt 47 i min stillingtagen Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Jf. ligeledes punkt 35 i generaladvokat Mazáks stillingtagen El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205), punkt 54 i generaladvokat Wathelets stillingtagen G. og R. (C 383/13 PPU, EU:C:2013:553) og punkt 91 i generaladvokat Bots forslag til afgørelse Bero og Bouzalmate (C-473/13 og C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — Jf. punkt 47 i min stillingtagen Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). For så vidt angår artikel 5, stk. 1, litra f), i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastslået det samme (jf. bl.a. EMD Quinn v. France af 22.3.1995, Series A, nr. 311, § 42, og EMD Kaya c. Roumanie nr. 33970/05, § 16, af 12.10.2006).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Dom El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 62 og domskonklusionen).

51. I den sag, der gav anledning til Achughbabian-dommen [23], var Domstolen igen blevet anmodet om at afgøre, om direktiv 2008/115 var til hinder for en national lovgivning, såsom Frankrigs lovgivning i nævnte hovedsag [24], der foreskrev pålæggelse af en fængselsstraf for en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold, alene fordi han var indrejst eller opholdt sig ulovligt i Frankrig. Domstolen fastslog igen, at direktiv 2008/115 var til hinder for sådan lovgivning, hvorefter ulovligt ophold straffes med strafferetlige sanktioner, »for så vidt som disse sanktioner tillader fængsling af en tredjelandsstatsborger, som ikke, mens han opholdt sig ulovligt på nævnte medlemsstats område og ikke var indstillet på at forlade dette område frivilligt, har været undergivet tvangsforanstaltninger i henhold til direktivets artikel 8, og som ikke i tilfælde af frihedsberøvelse med henblik på udsendelsens forberedelse og gennemførelse har været frihedsberøvet i den maksimale periode« [25]. I den nævnte hovedsag var Alexandre Achughbabians situation omfattet af dette tilfælde.

52. Ifølge Domstolens argumentation i disse to sager kunne fængsling bringe virkeliggørelsen af de mål, der forfølges med direktiv 2008/115, i fare og modvirke anvendelsen af foranstaltningerne omhandlet i direktivets artikel 8, stk. 1, samt forsinke gennemførelsen af afgørelsen om tilbagesendelse [26].

53. I Achughbabian-dommen [27] anførte Domstolen imidlertid, at direktiv 2008/115 ikke var til hinder for en medlemsstats lovgivning, der foreskrev strafferetlige sanktioner for ulovligt ophold, »for så vidt som denne lovgivning tillader fængsling af en tredjelandsstatsborger, med hensyn til hvilken den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i [direktiv 2008/115], er blevet anvendt, og som opholder sig ulovligt på medlemsstatens område uden gyldig begrundelse for den manglende tilbagevenden« [28].

54. I Sagor-dommen [29] bekræftede Domstolen endvidere, at pålæggelse og fuldbyrdelse af en sanktion i form af husarrest under en tilbagesendelsesprocedure kan »forsinke, og dermed hindre, de foranstaltninger – såsom tilbageførsel til grænsen og tvangsmæssig tilbagesendelse med fly – som medvirker til at gennemføre udsendelsen«. Med hensyn til strafforfølgning, som kan føre til en bødestraf, fastslog Domstolen derimod efterfølgende i Sagor-dommen, at en sådan bøde ikke kan hindre den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i direktiv 2008/115 [30]. Den fastslog videre, at »[p]ålæggelse af en bødestraf forhindrer nemlig på ingen måde, at der træffes afgørelse […], eller at denne gennemføres under fuld overholdelse af de betingelser, der opregnet i artikel 6-8 i direktiv 2008/115, ligesom en sådan pålæggelse ikke gør indgreb i de fælles standarder på området for frihedsberøvelse, der er opregnet i direktivets artikel 15 og 16« [31].

55. Endelig fastslog Domstolen i den sag, der gav anledning til Celaj-dommen [32], hvori den Italienske Republik ville anvende strafferetlige sanktioner over for en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold, over for hvem de ved direktiv 2008/115 indførte standarder og procedurer var blevet anvendt for at bringe den pågældendes første ulovlige ophold på en medlemsstats område til ophør, og som var genindrejst på denne medlemsstats område i strid med et indrejseforbud, at »[o]mstændighederne i hovedsagen adskil[te] sig […] klart fra omstændighederne i de sager, der gav anledning til domme El

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Den tidligere artikel 621-1 i udlændingeloven.

25 — Dom Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 50 og første led af konklusionen).

26 — Jf. domme El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 59) og Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 45). Jf. V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, s. 57-76, for en analyse af konsekvenserne af disse to sager for den nationale lovgiver med hensyn til straffesager.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Præmis 48 og 50 samt domskonklusionens andet led. Selv om denne passage også er del af domskonklusionen i sagen, er den efter min mening et klart obiter dictum, da den ikke har direkte sammenhæng med omstændighederne i den omhandlede sag og vedrører en hypotetisk situation.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, præmis 45.

30 — Præmis 36.

31 — Præmis 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

Dridi [(C-61/11 PPU, EU:C:2011:268)] […] og Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]« [33], og at direktiv 2008/115 »i princippet ikke [var] til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, hvorefter der foreskrives en fængselsstraf for en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold, som efter at være vendt tilbage til sit oprindelsesland i forbindelse med en tidligere tilbagesendelsesprocedure genindrejser ulovligt på nævnte medlemsstats område i strid med et indrejseforbud« [34].

56. Sammenfattende kan det anføres, at Domstolen i praksis har anerkendt to situationer, hvor direktiv 2008/115 ikke er til hinder for at idømme en tredjelandsstatsborger en fængselsstraf, fordi vedkommende opholder sig ulovligt, nemlig i situationer hvor den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i direktiv 2008/115, er blevet anvendt, og tredjelandsstatsborgeren opholder sig ulovligt på området uden gyldig begrundelse for den manglende tilbagevenden (»Achughbabian-situationen«), og situationer hvor tilbagesendelsesproceduren er blevet anvendt, og den pågældende person genindrejser på medlemsstatens område i strid med et indrejseforbud (»Celaj-situationen«).

57. Sélina Affums tilfælde ligner ikke nogen af disse to situationer, idet der ikke er anvendt nogen tilbagesendelsesprocedure over for hende (»Achughbabian-situationen«), og idet hun ikke er genindrejst i Frankrig (»Celaj-situationen«).

58. Ikke desto mindre er de franske myndigheder af den opfattelse, at Sélina Affum kan idømmes en fængselsstraf på grund af hendes ulovlige indrejse i Frankrig.

D – *Ulovlig indrejse som omhandlet i direktiv 2008/115*

1. Fransk lovgivning

59. Efter Domstolens dom i Achughbabian-sagen [35] og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen Mallah mod Frankrig [36] har den franske regering ved lov nr. 2012-1560 [37] indført lovændringer på området for udsendelse af udlændinge, der er indrejst ulovligt eller har ulovligt ophold. Regeringen har bl.a. ændret lovgivningen for at afskaffe lovovertrædelsen ulovligt ophold og indføre en procedure for tilbageholdelse af udlændinge med henblik på kontrol af opholdsretten. De franske myndigheder har imidlertid bevaret lovovertrædelsen ulovlig indrejse i tilfælde af ulovlig overskridelse af ydre grænser [artikel L. 621-2, nr. 1), i udlændingeloven] og i tilfælde af en tredjelandsstatsborgeres manglende opfyldelse af de betingelser for udlændinges indrejse og ophold, der er fastsat i Schengenkonventionen [artikel L. 621-2, nr. 2), i udlændingeloven].

60. I forarbejderne til lovforslaget har de franske myndigheder anført, at »reglerne om overskridelse af ydre grænser og tredjelandsstatsborgeres bevægelighed mellem medlemsstaterne ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv [2005/115]« [38].

33 — Dom Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, præmis 28).

34 — Præmis 33 og domskonklusionen.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Jf. EMD, Mallah mod Frankrig, nr. 29681/08 af 10.11.2011. I denne sag havde en marrokkansk statsborger, som var blevet dømt for at have huset sin svigersøn, som var marrokkansk statsborger med ulovligt ophold, gjort gældende, at hans domsfældelse, henset til sagens omstændigheder, udgjorde et uforholdsmæssigt indgreb i udøvelse af retten til respekt for privatliv og familieliv som omhandlet i EMRK's artikel 8. Det var alene, fordi den berørte ikke var blevet idømt straf, at Menneskerettighedsdomstolen fastslog, at bestemmelserne i EMRK's artikel 8 ikke var blevet tilsidesat. Som følge heraf udvidede den franske lovgiver det område for immunitet for strafforfølgning, som var fastsat i artikel L. 622-4, for medvirken til ulovlig indrejse eller ulovligt ophold. Jf. punkt 2.2 i konsekvensanalysen af lovforslaget om ændring af bestemmelserne om udsendelse af udlændinge med ulovligt ophold af 21.9.2012 (tilgængelig på http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html).

37 — Loven er tilgængelig på http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte

38 — Projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées (lovforslag om tilbageholdelse med henblik på kontrol af opholdsretten og om ændring af reglerne om medvirken til ulovligt ophold undtaget humanitære og uegennyttige handlinger), der blev registreret hos senatets formandskab den 28.9.2012, og som er tilgængelig på http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf, s. 6.

61. Efter de franske myndigheders opfattelse følger disse regler »vedrørende passage af de ydre grænser af […] Schengengrænsekodeksen […], som forpligter medlemsstaterne til at indføre sanktioner med afskrækkende virkning for den manglende overholdelse, der konstateres ved grænsen, dvs. når indrejse på området nægtes, eller der foretages en anholdelse eller standsning i forbindelse med ulovlig grænsepassage. Hvad angår manglende overholdelse af reglerne i [Schengenkonventionen] om bevægelighed mellem medlemsstaterne, er der i direktiv [2008/115] udtrykkeligt fastsat mulighed for medlemsstaterne til ikke at vedtage udsendelsesforanstaltninger, men at anvende mekanismer for tilbagesendelse mellem de medlemsstater, som direktiv [2008/115] ikke finder anvendelse på, således som anført af juge des référés du Conseil d'État (CE af 27.6.2011, ministère de l'intérieur c/Lassoued, nr. 350207)« [39].

62. De franske myndigheder konkluderer deraf, at »disse tilfælde således ikke er omfattet af den af Den Europæiske Unions Domstol anvendte fortolkning, som Cour de cassation [(kassationsdomstolen)] støtter sig på, og at afskaffelse af straffebestemmelserne er i strid med EU-retten« [40].

2. Sélina Affums situation

63. Som begrundelse for deres lovgivning har de franske myndigheder påberåbt sig flere bestemmelser i direktiv 2008/115 og i Schengengrænsekodeksen, som jeg vil analysere i det følgende, inden jeg anmoder Domstolen om at bekræfte anvendelsen af direktiv 2008/115. Efter min opfattelse er ingen af de undtagelser eller begrænsninger, som er fastsat i disse to instrumenter, relevante i det forelæggende tilfælde.

a) Om artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2008/115

64. Den Franske Republik har påberåbt sig artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2008/115 og gjort gældende, at et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede falder uden for direktivets anvendelsesområde.

65. For det første bemærkes, at artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2008/115 kun finder anvendelse, når der er tale om ydre grænser, at grænsen mellem Belgien og Frankrig er en indre grænse, og at Sélina Affum blev standset i forbindelse med sin udrejse af Frankrig ved den ydre grænse mellem Frankrig og Det Forenede Kongerige.

66. I denne forbindelse er Den Franske Republik af den opfattelse, at artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2008/115 finder anvendelse ved ulovlig overskridelse af en medlemsstats ydre grænse i forbindelse med såvel indrejse som udrejse af Schengenområdet.

67. For så vidt som Den Franske Republiks synspunkt således synes at indebære, at den situation, hvor en person indrejser ulovligt på en medlemsstats område via en intern grænse, men først bliver standset i forbindelse med sin udrejse ved medlemsstatens ydre grænse, er omfattet af artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2008/115, kan jeg ikke tilslutte mig dette.

68. Efter min opfattelse følger det klart af bestemmelsens ordlyd, at den kun omfatter ulovlig indrejse, idet den sidste del af sætningen (»og som ikke efterfølgende har opnået tilladelse eller ret til ophold i den pågældende medlemsstat«) ellers ikke ville give nogen mening [41].

39 — Ibidem, s. 6.

40 — Ibidem, s. 6.

41 — Såfremt man fulgte Den Franske Republiks argumentation frem til sin yderste konsekvens, ville den situation, hvor en person indrejser ulovligt på en medlemsstats område via en indre grænse og standses af myndighederne i denne medlemsstat, ikke ved en ydre grænse, men et andet sted på dens område, endvidere falde ind under anvendelsesområdet for direktiv 2008/115, idet vedkommende ikke ville have overskredet en ydre grænse. Det ville ikke forekomme mig logisk at behandle en person, som befinder sig i en tilsvarende situation som Sélina Affum, anderledes.

69. I det foreliggende tilfælde kan Den Franske Republik således ikke påberåbe sig artikel 2, stk. 2, litra a), i direktiv 2008/115.

b) Om artikel 3, nr. 2), i direktiv 2008/115: den blotte gennemrejses karakter af et »ophold«

70. Den foreliggende ret synes at nære tvivl om, hvorvidt det forhold at en tredjelandsstatsborger befinder sig i en medlemsstat, som indgår i Schengenområdet, blot i forbindelse med gennemrejse til en anden medlemsstat, som ikke indgår i Schengenområdet, er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/115.

71. Der er ikke grundlag for en sådan tvivl.

72. I henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 2008/115 finder dette direktiv anvendelse på tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold på en medlemsstats område. I direktivets artikel 3, nr. 2), er »ulovligt ophold« defineret som værende »tilstedeværelsen på en medlemsstats område af en tredjelandsstatsborger, som ikke opfylder eller ikke længere opfylder de betingelser for indrejse, der er fastsat i artikel 5 i Schengengrænsekodeksen, eller andre betingelser for indrejse, ophold eller bopæl i den pågældende medlemsstat«.

73. Det følger af disse bestemmelser, at en tredjelandsstatsborger, der befinder sig i en bus uden at opfylde betingelserne for indrejse, faktisk befinder sig på den pågældende medlemsstats område og opholder sig ulovligt. Hvorvidt vedkommende er på gennemrejse, er ikke afgørende for at konstatere, om opholdet er ulovligt.

c) Om artikel 6, stk. 3, i direktiv 2008/115

74. I henhold til artikel 6, stk. 3, i direktiv 2008/115 kan medlemsstaterne undlade at træffe afgørelse om tilbagesendelse, hvis den pågældende person tilbagetages af en anden medlemsstat i henhold til »bilaterale aftaler eller ordninger«, der var gældende på datoen for direktivets ikrafttræden.

75. Det bemærkes, som det fremgår af ordlyden af denne bestemmelse, at denne alene nævner medlemsstatens beføjelse til at undlade at træffe afgørelse om tilbagesendelse, men i modsætning til artikel 2 i direktiv 2008/115 definerer den på ingen måde sit anvendelsesområde. Direktivets artikel 6, stk. 3, bevirker ikke, således som den franske regering synes at foreslå, at samtlige bestemmelser i direktiv 2008/115 ikke finder anvendelse på hovedsagen. En medlemsstat, der påberåber sig artikel 6, stk. 3, i direktiv 2008/115, er tværtimod bundet af direktivets øvrige bestemmelser og skal sikre direktivets fulde effektive virkning. Domstolens praksis vedrørende dette direktiv, og navnlig vedrørende frihedsberøvelse af personer, finder fortsat anvendelse.

76. Artikel 6, stk. 3, i direktiv 2008/115 fritager således alene den pågældende medlemsstat fra pligten til at træffe en afgørelse om tilbagesendelse som omhandlet i direktivets artikel 6, stk. 1. Afgørelsen om udlevering i henhold til ordningen udgør imidlertid en af de foranstaltninger, der er fastsat i direktivet, såvel som et forberedende skridt til en tilbagesendelse fra medlemsstaternes område i direktiv 2008/115.

77. Hvad angår fortolkningen af begrebet »bilaterale« foreslår jeg Domstolen at fortolke artikel 6, stk. 3, i direktiv 2008/11 således, at den omfatter en ordning som den, der er omhandlet i den foreliggende sag[42]. Selv om ordningen er indgået mellem fire medlemsstater, omhandler den Beneluxlandene som ét samlet område. Den kan således sidestilles med en bilateral aftale.

78. Efter min opfattelse ville en sådan fortolkning endvidere være i overensstemmelse med princippet i artikel 350 TEUF, hvorefter bestemmelserne i traktaterne ikke er til hinder for, at de regionale unioner mellem Belgien og Luxembourg og mellem Belgien, Luxembourg og Nederlandene fortsat består og gennemføres, i det omfang disse regionale unioners mål ikke nås ved anvendelsen af traktaterne.

79. Hvis allerede EUF-traktaten tager hensyn til Beneluxlandenes specifikke situation i denne bestemmelse, må Domstolen skulle gøre det samme i sin fortolkning af artikel 6, stk. 3, i direktiv 2008/115.

d) Om Schengengrænsekodeksens artikel 4, stk. 3

80. Den Franske Republik har ligeledes påberåbt sig Schengengrænsekodeksens artikel 4, stk. 3, hvorefter medlemsstaterne skal indføre sanktioner i tilfælde af ulovlig passage af de ydre grænser uden for grænseovergangsstederne og de normale åbningstider.

81. Denne bestemmelse finder ikke anvendelse i det foreliggende tilfælde, idet Sélina Affum ikke har forsøgt at passere en grænse uden for grænseovergangsstederne eller de normale åbningstider.

82. Efter min opfattelse er der ingen grund til, således som Den Franske Republik har foreslået, ikke at fortolke denne bestemmelse ordret og ligeledes medtage grænseovergangsstederne, eftersom Schengengrænsekodeksens artikel 4 netop sondrer mellem grænsepassage ved grænseovergangssteder og inden for åbningstiden (stk. 1) og grænsepassage uden for grænseovergangsstederne og den normale åbningstid (stk. 2). Der foreligger med andre ord ikke nogen formålsbestemte grunde til ikke at anvende en ordret og systematisk fortolkning af Schengengrænsekodeksens artikel 4.

83. I denne forbindelse skal det bemærkes, at en person, som har passeret en grænse ulovligt og ikke har ret til ophold på den pågældende medlemsstats område, således er underlagt direktiv 2008/115[43].

84. Direktiv 2008/115 finder således anvendelse i Sélina Affums situation. Som jeg allerede har bemærket i punkt 57 i dette forslag til afgørelse, er hendes tilfælde ikke omfattet af nogen af de situationer, hvori Domstolen har fastslået, at direktiv 2008/115 ikke var til hinder for fængsling af en tredjelandsstatsborger. En person, som befinder sig i en situation som Sélina Affums, kan derfor ikke fængsles, alene fordi vedkommende opholder sig ulovligt i Frankrig.

42 — Ordning mellem regeringerne i Kongeriget Nederlandene, Kongeriget Belgien og Storhertugdømmet Luxembourg på den ene side og Den Franske Republiks regering på den anden side om overgivelse af personer, der antræffes ved de fælles grænser mellem Beneluxlandene og Frankrig, som er undertegnet i Paris den 16.4.1964 (ordningen er tilgængelig på http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014).

43 — Jf. ligeledes punkt 46 i dette forslag til afgørelse.

V – Forslag til afgørelse

85. Jeg foreslår på baggrund af det ovenfor anførte, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, som Cour de cassation (kassationsdomstol) har forelagt, således:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16. december 2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold, herunder navnlig artikel 6, stk. 3, artikel 15 og 16, skal fortolkes således, at det er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter en tredjelandsstatsborgers ulovlige indrejse straffes med fængsel, når denne person er blevet standset i forbindelse med sin udrejse af Schengenområdet ved medlemsstatens ydre grænse og var på gennemrejse fra en anden medlemsstat, og når vedkommende kan tilbagetages af denne anden medlemsstat i henhold til en ordning, som er indgået inden direktiv 2008/115 trådte i kraft.«