CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 2 februari 2016 [1]

Zaak C-47/15

Sélina Affum (huwelijksnaam Amissah)
tegen
Préfet du Pas-de-Calais,
Procureur général de la Cour d'appel de Douai

[verzoek van de Cour de cassation (Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht — Richtlijn 2008/115/EG — Terugkeer van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land — Illegale binnenkomst — Doorreis — Gevangenisstraf — Inverzekeringstelling"

I – Inleiding

1. In het kader van de onderhavige prejudiciële verwijzing van de Cour de cassation (hof van cassatie, Frankrijk) wordt het Hof opnieuw verzocht uitspraak te doen over de verenigbaarheid met richtlijn 2008/115/EG [2] van een bepaling van nationaal recht op grond waarvan aan een onderdaan van een derde land (hierna ook: „derdelander") een gevangenisstraf kan worden opgelegd op grond van het enkele feit dat zijn verblijf illegaal is.

2. Twee bijzonderheden onderscheiden de onderhavige zaak van de eerdere zaken waarin die vraag aan de orde was. [3] In de eerste plaats heeft de onderhavige zaak betrekking op een derdelander die het grondgebied van de betrokken lidstaat enkel met het oog op de doorreis is binnengekomen en die bij het verlaten van die lidstaat is onderschept. De vraag rijst dan ook of het gaat om een verblijf in de zin van richtlijn 2008/115. In de tweede plaats is de betrokken lidstaat niet voornemens om een terugkeerbesluit in de zin van artikel 6, lid 1, van richtlijn 2008/115 vast te stellen, maar wil hij de betrokken derdelander overleveren aan de autoriteiten van een andere lidstaat op grond van een regeling die vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2008/115 is gesloten.

3. In de onderhavige zaak krijgt het Hof de gelegenheid om in herinnering te brengen dat richtlijn 2008/115 van toepassing is op alle illegaal verblijvende derdelanders, ongeacht de reden van hun illegale verblijf en de plaats van aanhouding, en dat aan een derdelander slechts een gevangenisstraf kan worden opgelegd in duidelijk omschreven situaties die zich in de onderhavige zaak niet voordoen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (PB L 348, blz. 98).

3 — Zie arresten El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807) en Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). Zie tevens arrest Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), dat met name huisarrest betrof.

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

1. Richtlijn 2008/115

4. Het toepassingsgebied van richtlijn 2008/115 wordt in artikel 1 ervan als volgt omschreven:

„In deze richtlijn worden de gemeenschappelijke normen en procedures vastgesteld die door de lidstaten moeten worden toegepast bij de terugkeer van illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen, overeenkomstig de grondrechten die de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht en het internationaal recht vormen, met inbegrip van de verplichting om vluchtelingen te beschermen en de mensenrechten te eerbiedigen."

5. Artikel 2 van richtlijn 2008/115, met als opschrift „Werkingssfeer", luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen.

2. De lidstaten kunnen besluiten deze richtlijn niet toe te passen op onderdanen van derde landen:

a) aan wie de toegang is geweigerd overeenkomstig artikel 13 van de Schengengrenscode, of die door de bevoegde autoriteiten zijn aangehouden of onderschept wegens het op niet-reguliere wijze overschrijden over land, over zee of door de lucht van de buitengrens van een lidstaat, en die vervolgens geen vergunning of recht heeft verkregen om in die lidstaat te verblijven;

b) die verplicht zijn tot terugkeer als strafrechtelijke sanctie of als gevolg van een strafrechtelijke sanctie overeenkomstig de nationale wetgeving, of jegens wie een uitleveringsprocedure loopt.

[...]"

6. Artikel 3 van die richtlijn, met als opschrift „Definities", bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

2. ‚illegaal verblijf': de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscode, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat;

3. ‚terugkeer': het proces waarbij een onderdaan van een derde land, vrijwillig gevolg gevend aan een terugkeerverplichting of gedwongen, terugkeert naar:

— zijn land van herkomst, of

— een land van doorreis overeenkomstig communautaire of bilaterale overnameovereenkomsten of andere regelingen, of

— een ander derde land waarnaar de betrokken onderdaan van een derde land besluit vrijwillig terug te keren en waar deze wordt toegelaten;

4. ‚terugkeerbesluit': de administratieve of rechterlijke beslissing of handeling waarbij wordt vastgesteld dat het verblijf van een onderdaan van een derde land illegaal is of dit illegaal wordt verklaard en een terugkeerverplichting wordt opgelegd of vastgesteld;

5. ‚verwijdering': de tenuitvoerlegging van de terugkeerverplichting, d.w.z. de fysieke verwijdering uit de lidstaat;

[...]"

7. Artikel 4 van genoemde richtlijn, met als opschrift „Gunstiger bepalingen", bepaalt:

„1. Deze richtlijn laat onverlet de gunstiger bepalingen van:

a) bilaterale of multilaterale overeenkomsten tussen de Gemeenschap of de Gemeenschap en haar lidstaten enerzijds en een of meer derde landen anderzijds;

b) bilaterale of multilaterale overeenkomsten tussen een of meer lidstaten en een of meer derde landen.

[...]

4. Wat betreft onderdanen van derde landen die overeenkomstig artikel 2, lid 2, onder a), buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen, wordt door de lidstaten:

a) ervoor gezorgd dat hun behandeling en beschermingsniveau niet ongunstiger zijn dan bepaald in artikel 8, leden 4 en 5 (beperking van het gebruik van dwangmaatregelen), artikel 9, lid 2, onder a) (uitstel van verwijdering), artikel 14, lid 1, onder b) en d) (spoedeisende zorg en inachtneming van de behoeften van kwetsbare personen) en de artikelen 16 en 17 (omstandigheden van bewaring) en

b) het beginsel van non-refoulement geëerbiedigd."

8. De artikelen 6 tot en met 8 van richtlijn 2008/115 luiden als volgt:

„Artikel 6

Terugkeerbesluit

1. Onverminderd de in de leden 2 tot en met 5 vermelde uitzonderingen, vaardigen de lidstaten een terugkeerbesluit uit tegen de onderdaan van een derde land die illegaal op hun grondgebied verblijft.

[...]

3. De lidstaten kunnen ervan afzien een terugkeerbesluit uit te vaardigen tegen een illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdaan van een derde land die, op grond van een op de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn geldende bilaterale overeenkomst of regeling, door een andere lidstaat wordt teruggenomen. Door de lidstaat die de betrokken onderdaan van een derde land heeft teruggenomen, wordt in dit geval lid 1 toegepast.

[...]

Artikel 7

Vrijwillig vertrek

1. In een terugkeerbesluit wordt een passende termijn voor vrijwillig vertrek van zeven tot dertig dagen vastgesteld, onverminderd de in de leden 2 en 4 bedoelde uitzonderingen. [...]

[...]

Artikel 8

Verwijdering

1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om het terugkeerbesluit uit te voeren indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek overeenkomstig artikel 7, lid 4, is toegekend of indien de betrokkene niet binnen de volgens artikel 7 toegestane termijn voor vrijwillig vertrek aan de terugkeerverplichting heeft voldaan.

[...]"

9. Artikel 15 van richtlijn 2008/115, met het opschrift „Bewaring", bepaalt:

„1. Tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kunnen de lidstaten de onderdaan van een derde land jegens wie een terugkeerprocedure loopt alleen in bewaring houden om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, met name indien:

a) er risico op onderduiken bestaat, of

b) de betrokken onderdaan van een derde land de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.

De bewaring is zo kort mogelijk en duurt niet langer dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering.

[...]"

2. Schengenuitvoeringsovereenkomst en de Schengengrenscode

10. De Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de regeringen van de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen (PB 2000, L 239, blz. 19), ondertekend te Schengen op 19 juni 1990 (hierna: „SUO"), maakt deel uit van het Schengenacquis.

11. In titel II van de SUO bepaalt hoofdstuk 4, met als opschrift „Voorwaarden voor reisverkeer van vreemdelingen" in de artikelen 19, leden 1 en 2, 20, lid 1, en 21, leden 1 en 2, ervan onder welke voorwaarden vreemdelingen die houder zijn van een eenvormig visum of van een door een van de overeenkomstsluitende partijen verleend visum, niet-visumplichtige vreemdelingen en vreemdelingen die houder zijn van een door een van die partijen afgegeven verblijfsvergunning of voorlopige verblijfsvergunning, zich vrij op het grondgebied van de overeenkomstsluitende partijen mogen verplaatsen. In die bepalingen wordt met name verwezen naar een aantal van de in artikel 5, lid 1, van de SUO vastgestelde toegangsvoorwaarden.

12. Verordening (EG) nr. 562/2006 [4] heeft het Schengenacquis geconsolideerd en verder uitgebouwd.

13. Volgens punt 27 van de Schengengrenscode „houdt [deze] een ontwikkeling in van de bepalingen van het Schengenacquis waaraan het Verenigd Koninkrijk [van Groot-Brittannië en Noord-Ierland] niet deelneemt. Het Verenigd Koninkrijk neemt derhalve niet deel aan de aanneming van deze [code] en deze is niet bindend voor, noch van toepassing in deze lidstaat."

14. Artikel 1 van die code bepaalt dat deze „voorziet in de afwezigheid van grenstoezicht ten aanzien van personen die de binnengrenzen tussen de lidstaten van de Europese Unie overschrijden" en „de maatregelen vast[stelt] die van toepassing zijn op het grenstoezicht ten aanzien van personen die de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie overschrijden".

15. Artikel 2, punten 1 en 2, van de Schengengrenscode bevat volgende definities:

„1. ‚binnengrenzen':

a) de gemeenschappelijke landgrenzen, daaronder begrepen rivier- en meergrenzen, van de lidstaten;

b) de luchthavens van de lidstaten voor de interne vluchten;

c) de zee-, rivier- en meerhavens van de lidstaten voor de regelmatige veerverbindingen;

2. ‚buitengrenzen': de landgrenzen, met inbegrip van de rivier- en meergrenzen, de zeegrenzen alsmede de lucht-, rivier-, zee- en meerhavens van de lidstaten, voor zover zij geen binnengrenzen zijn".

16. In titel II bepaalt hoofdstuk I, van de Schengengrenscode, met als opschrift „Overschrijden van de buitengrenzen en toegangsvoorwaarden", in de artikelen 4 en 5 ervan:

„Artikel 4

Overschrijden van de buitengrenzen

1. De buitengrenzen mogen slechts via de grensdoorlaatposten en gedurende de vastgestelde openingstijden worden overschreden. Aan de grensdoorlaatposten die niet 24 uur per etmaal open zijn, worden de openingstijden duidelijk aangegeven.

[...]

3. Onverminderd de uitzonderingen in lid 2 en de verplichtingen inzake internationale bescherming, stellen de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht sancties op het onrechtmatig overschrijden van de buitengrenzen buiten de grensdoorlaatposten en de vastgestelde openingstijden. Deze sancties zijn doeltreffend, evenredig en afschrikkend.

4 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscode) (PB L 105, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 265/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 25 maart 2010 (PB L 85, blz. 1; hierna: „Schengengrenscode").

Artikel 5

Toegangsvoorwaarden voor onderdanen van derde landen

1. Voor onderdanen van derde landen gelden de volgende toegangsvoorwaarden voor een verblijf van ten hoogste drie maanden per periode van zes maanden:

a) in het bezit zijn van één of meer geldige reisdocumenten of documenten die recht geven op grensoverschrijding;

b) indien vereist [...] in het bezit zijn van een geldig visum, behalve indien zij houder zijn van een geldige verblijfsvergunning;

c) het doel van het voorgenomen verblijf en de verblijfsomstandigheden kunnen staven, alsmede beschikken over voldoende middelen van bestaan, zowel voor de duur van het voorgenomen verblijf als voor de terugreis naar het land van herkomst of voor de doorreis naar een derde land, waar de toegang is gewaarborgd, dan wel in staat zijn deze middelen rechtmatig te verwerven;

d) niet met het oog op weigering van toegang in het [Schengen-informatiesysteem (SIS)] gesignaleerd zijn;

e) niet worden beschouwd als een bedreiging van de openbare orde, de binnenlandse veiligheid, de volksgezondheid of de internationale betrekkingen van één van de lidstaten [...].

[...]

4. In afwijking van lid 1:

a) wordt onderdanen van derde landen die niet aan alle in lid 1 bedoelde toegangsvoorwaarden voldoen maar houder zijn van een door een van de lidstaten afgegeven verblijfstitel, visum voor verblijf van langere duur of terugkeervisum, dan wel, indien dit vereist is, van een verblijfstitel of een visum voor verblijf van langere duur en een terugkeervisum, toegang met het oog op doorreis tot het grondgebied van de overige lidstaten verleend, zodat zij het grondgebied van de lidstaat kunnen bereiken die hun de verblijfstitel, het visum voor verblijf voor langere duur of het terugkeervisum heeft verstrekt [...];

[...]

c) kan onderdanen van derde landen die niet aan een of meer van de in lid 1 genoemde voorwaarden voldoen, door een lidstaat toegang tot zijn grondgebied worden verleend op grond van humanitaire overwegingen, om redenen van nationaal belang of wegens internationale verplichtingen. [...]”

17. Titel II, hoofdstuk II, van de Schengengrenscode, met als opschrift „Toezicht aan de buitengrenzen en weigering van toegang”, bepaalt in artikel 7 betreffende grenscontrole op personen:

„Artikel 7

Grenscontrole op personen

1. Het grensoverschrijdende verkeer aan de buitengrenzen wordt gecontroleerd door de grenswachters. De controle wordt verricht overeenkomstig dit hoofdstuk.

[...]

3. Bij binnenkomst en uitreis worden onderdanen van derde landen aan een grondige controle onderworpen.

a) De grondige controles bij binnenkomst behelzen de verificatie van de in artikel 5, lid 1, vermelde voorwaarden voor toegang, alsmede, eventueel, van de verblijfs- en werkvergunningen. In dat verband wordt nauwgezet onderzocht:

[...]

b) De grondige controles bij uitreis behelzen:

   i) de verificatie dat de onderdaan van een derde land in het bezit is van een geldig grensoverschrijdingsdocument;

   ii) de verificatie dat het reisdocument geen tekenen van namaak of vervalsing vertoont;

   iii) voor zover mogelijk, de verificatie dat de onderdaan van een derde land niet wordt beschouwd als een bedreiging voor de openbare orde, de binnenlandse veiligheid of de internationale betrekkingen van een van de lidstaten.

c) Naast de onder b) bedoelde controles, kunnen grondige controles bij uitreis ook behelzen:

   i) de verificatie dat de betrokkene in het bezit is van een geldig visum, indien zulks [...] vereist is, tenzij de betrokkene houder is van een geldige verblijfsvergunning; [...]

   ii) de verificatie dat de betrokkene de maximale duur van het toegestane verblijf op het grondgebied van de lidstaten niet heeft overschreden;

   iii) de raadpleging van signaleringen van personen en voorwerpen in het SIS en in de nationale opsporingsregisters.

[...]"

18. Volgens artikel 20 van die code, dat is opgenomen in hoofdstuk I van titel III, dat als opschrift „Afschaffing van het toezicht aan de binnengrenzen" heeft, kunnen de „binnengrenzen [...] op iedere plaats worden overschreden zonder dat personen, ongeacht hun nationaliteit, worden gecontroleerd".

19. Overeenkomstig artikel 39, lid 1, van de Schengengrenscode, dat is opgenomen in titel IV, met als opschrift „Slotbepalingen", zijn de artikelen 2 tot en met 8 van de SUO ingetrokken met ingang van 13 oktober 2006. Aldus zijn met name de toegangsvoorwaarden, die voorheen in artikel 5, lid 1, van de SUO waren opgenomen, vervangen door de in artikel 5 van die code gestelde voorwaarden.

B – *Franse regeling*

1. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile

20. Artikel L. 621-2 van de code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (wetboek betreffende de binnenkomst en het verblijf van vreemdelingen en betreffende het asielrecht), zoals gewijzigd bij loi n° 2012-1560, du 31 décembre 2012, relative 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 (wet nr. 2012-1560 van 31 december 2012 betreffende de bewaring met het oog op het onderzoek of iemand voor een verblijfsrecht in aanmerking komt en tot wijziging van het strafbare feit van hulp bij illegaal verblijf, in die zin dat humanitaire en belangeloze acties daar niet onder vallen; JORF van 1 januari 2013, blz. 48; hierna: „Ceseda"), bepaalt:

„De vreemdeling die geen onderdaan is van een lidstaat van de Europese Unie wordt bestraft met een gevangenisstraf van één jaar en een geldboete van 3 750 EUR:

1° indien hij is binnengekomen op het Franse vasteland zonder te voldoen aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, onder a), b) of c), van de [Schengengrenscode] en zonder te zijn toegelaten tot het grondgebied krachtens artikel 5, lid 4, onder a) en c), van die [code]; hetzelfde geldt indien de vreemdeling met het oog op weigering van toegang gesignaleerd staat op basis van een uitvoerbare beschikking van een andere staat die partij is bij de [SUO]; of

2° indien hij rechtstreeks vanuit het grondgebied van een staat die partij is bij de [SUO] komt, en is binnengekomen op het Franse vasteland zonder te voldoen aan de voorwaarden van artikel 19, lid 1 of 2, artikel 20, lid 1, en artikel 21, lid 1 of 2, met uitzondering van de voorwaarden van artikel 5, lid 1, onder e), van de [Schengengrenscode] en aan die van artikel 5, lid 1, onder d), indien de signalering met het oog op de weigering van toegang niet voortvloeit uit een uitvoerbare beschikking van een andere staat die partij is bij de [SUO];

[...]

Voor de toepassing van dit artikel mag de strafvervolging slechts worden ingesteld indien de feiten zijn vastgesteld in de in artikel 53 van de code de procédure pénale (wetboek van strafvordering) bedoelde omstandigheden."

2. Code de procédure pénale

21. Artikel 53 van de code de procédure pénale, in de versie ervan die van kracht was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, bepaalt:

„Van heterdaad is sprake wanneer een misdrijf of een zware overtreding wordt ontdekt op het moment dat zij worden begaan of direct erna. Van heterdaad is ook sprake wanneer, zeer kort na het begaan van het misdrijf of de zware overtreding, de verdachte door publiek protest wordt achtervolgd, wordt aangetroffen in het bezit van voorwerpen, of bij hem sporen of aanwijzingen worden gevonden, waardoor de indruk wordt gewekt dat hij bij het misdrijf of de zware overtreding was betrokken.

Na vaststelling op heterdaad van een misdrijf of een zware overtreding, mag het onderzoek dat onder toezicht van de officier van justitie wordt gevoerd onder de in het onderhavige hoofdstuk gestelde voorwaarden gedurende acht dagen zonder onderbreking worden voortgezet.

[...]"

22. Artikel 62-2 van de code de procédure pénale bepaalt:

„Inverzekeringstelling is een dwangmaatregel waartoe een opsporingsambtenaar kan besluiten, onder toezicht van de rechterlijke autoriteit, en waarmee een persoon jegens wie er een of meer plausibele redenen zijn om te vermoeden dat hij een misdrijf of zware overtreding waarop een gevangenisstraf staat, heeft gepleegd of een poging daartoe heeft gedaan, ter beschikking van de opsporingsinstanties wordt gehouden.

[...]"

III – Feiten van het hoofdgeding, procedure bij het Hof en prejudiciële vragen

23. Op 22 maart 2013 is S. Affum, Ghanees staatsburger, door agenten van de Franse politie gecontroleerd te Coquelles (Frankrijk), punt van binnenkomst van de Kanaaltunnel, terwijl zij zich aan boord van een autobus komende uit Gent (België) met bestemming Londen (Verenigd Koninkrijk) bevond.

24. Na vertoon van een Belgisch paspoort waarop de foto en de naam van een derde stonden, is zij, bij gebreke van enig ander identiteits- of reisdocument op haar naam, wegens illegale binnenkomst van het Franse grondgebied in verzekering gesteld op grond van artikel L. 621-2, 2°, Ceseda.

25. De volgende dag heeft de procureur de la République près le tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (officier van justitie bij de rechtbank van eerste aanleg te Boulogne-sur-Mer) besloten om de tegen Affum ingestelde strafzaak te seponeren. Bijgevolg was ook de ten aanzien van haar vastgestelde maatregel van inverzekeringstelling vanaf die dag niet langer geldig.

26. Gelijktijdig met de tegen Affum lopende strafvervolging, was echter haar administratieve situatie aanhangig gemaakt bij de préfet du Pas-de-Calais (prefect van Pas-de-Calais), die over haar eventuele verwijdering van het Franse grondgebied moest beslissen.

27. Op 23 maart 2013 heeft laatstgenoemde een besluit tot overlevering van Affum aan de Belgische autoriteiten genomen met het oog op haar overname op grond van de op 16 april 1964 te Parijs gesloten overeenkomst tussen de regeringen van het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertogdom Luxemburg enerzijds, en de regering van de Franse Republiek anderzijds, inzake het overnemen van personen aan de gemeenschappelijke grens van het grondgebied van de Benelux-landen en Frankrijk.

28. Bij datzelfde besluit heeft de préfet du Pas-de-Calais gelast dat Affum, in afwachting van haar verwijdering, in vreemdelingenbewaring werd gesteld in ruimten die niet onder de bevoegdheid van het gevangeniswezen vallen, voor een duur van vijf dagen vanaf het einde van haar inverzekeringstelling. In uitvoering van dat besluit is Affum dan ook op 23 maart 2013 in vreemdelingenbewaring gesteld voor een duur van vijf dagen met het oog op haar overlevering aan de Belgische autoriteiten.

29. Op 27 maart 2013 heeft de préfet du Pas-de-Calais de juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille (rechter van de vrijheden en detentie bij de rechtbank van eerste aanleg te Lille) verzocht om die bewaring te verlengen, in afwachting van het antwoord van de Belgische autoriteiten op het overnameverzoek.

30. Ter verdediging heeft Affum, onder verwijzing met name naar het arrest Achughbabian[5], aangevoerd dat het verzoek van de préfet du Pas-de-Calais moest worden afgewezen aangezien haar inverzekeringstelling onrechtmatig was geweest, in welk geval volgens het nationale recht de procedure in zijn geheel ongeldig was, de verlenging van de bewaring moest worden geweigerd en de betrokkene in vrijheid moest worden gesteld.

31. Bij beschikking van 28 maart 2013 heeft de juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille echter geoordeeld dat de tegen Affum vastgestelde maatregel van inverzekeringstelling regelmatig was en dat zij dus na afloop van een regelmatige procedure in vreemdelingenbewaring was gesteld. Hij heeft dan ook het verzoek van de préfet du Pas-de-Calais ingewilligd en gelast dat de vreemdelingenbewaring van Affum werd verlengd voor een duur van ten hoogste twintig dagen vanaf diezelfde dag.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

32. De eerste voorzitter van de cour d'appel de Douai (rechtbank van tweede aanleg van Douai), bij wie Affum hoger beroep had ingesteld, heeft bij beschikking van 29 maart 2013 de beschikking van de juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille bevestigd.

33. De Cour de cassation, waarbij Affum cassatieberoep tegen laatstgenoemde beschikking had ingesteld, heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 3, [punt] 2, van richtlijn 2008/115[...] aldus worden uitgelegd dat een derdelander illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijft en om die reden op grond van artikel 2, lid 1, van die richtlijn binnen de werkingssfeer ervan valt, wanneer hij louter op doorreis is, als passagier van een autobus die op het grondgebied van die lidstaat reed, komende uit een andere lidstaat die deel uitmaakt van de Schengenruimte, en onderweg was naar nog een andere lidstaat?

2) Moet artikel 6, lid 3, van die richtlijn aldus worden uitgelegd dat die richtlijn zich niet verzet tegen een nationale regeling die de illegale binnenkomst van een derdelander bestraft met een gevangenisstraf, wanneer de betrokken derdelander door een andere lidstaat kan worden overgenomen op grond van een overeenkomst of een regeling die vóór de inwerkingtreding van [genoemde] richtlijn met laatstgenoemde lidstaat is gesloten?

3) Moet die richtlijn – naargelang van het antwoord op de vorige vraag – aldus worden uitgelegd dat deze zich verzet tegen een nationale regeling die de illegale binnenkomst van een derdelander bestraft met een gevangenisstraf, op basis van dezelfde voorwaarden als die welke door het [Hof van Justitie] inzake illegaal verblijf zijn gesteld in zijn arrest [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)], die zien op de situatie waarin op betrokkene niet vooraf de in artikel 8 van [genoemde] richtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast alsmede op de duur van de vreemdelingenbewaring?"

34. Affum, de Franse, de Tsjechische, de Griekse, de Hongaarse en de Zwitserse regering alsmede de Europese Commissie hebben opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 10 november 2015 zijn Affum, de Franse en de Griekse regering alsmede de Commissie gehoord.

IV – Bespreking

35. Met zijn drie vragen, die samen dienen te worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2008/115 zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die de illegale binnenkomst van een derdelander bestraft met een gevangenisstraf, wanneer die persoon bij het verlaten van de Schengenruimte [6] is onderschept aan een buitengrens van die lidstaat, terwijl hij op doorreis was, komende uit een andere lidstaat, en hij door die andere lidstaat kan worden overgenomen op grond van een met die lidstaat vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2008/115 gesloten regeling.

36. Om een zinvol antwoord te kunnen geven op de gestelde vragen, moet om te beginnen een kort overzicht worden gegeven van het stelsel dat is ingevoerd door richtlijn 2008/115 enerzijds en de Schengengrenscode anderzijds, en moet worden uitgemaakt waarin die twee instrumenten van elkaar verschillen. Vervolgens dient een kort overzicht te worden gegeven van de rechtspraak van het Hof inzake vrijheidsbeneming van een persoon in andere situaties dan die welke in richtlijn 2008/115 zijn genoemd. Ten slotte dient de aan de orde zijnde nationale regeling te worden geanalyseerd.

6 — Hoewel het begrip „Schengenruimte" niet in de Schengengrenscode voorkomt, wordt het vaak gebruikt om de lidstaten aan te duiden die partij bij die code zijn. In dat verband merk ik op dat het Hof zelf dat begrip gebruikt. Zie bijvoorbeeld arresten ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, meerdere punten en dictum), Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, punt 67) en T. (C-373/13, EU:C:2015:413, punt 52).

A – *Richtlijn 2008/115 en de werkingssfeer ervan*

37. In richtlijn 2008/115 worden volgens artikel 1 ervan de gemeenschappelijke normen en procedures vastgesteld die door de lidstaten moeten worden toegepast bij de terugkeer van illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen, overeenkomstig de grondrechten en het internationaal recht. Uit overweging 4 van die richtlijn volgt dat zij tot doel heeft duidelijke, transparante en billijke regels vast te stellen om in het kader van een gedegen migratiebeleid een doeltreffend terugkeerbeleid te kunnen voeren. Richtlijn 2008/115 is vastgesteld op grond van het oude artikel 63, eerste alinea, punt 3, onder b), EG[7], volgens de in artikel 251 EG[8] bedoelde medebeslissingsprocedure. Die richtlijn is het eerste rechtsinstrument inzake immigratie dat volgens die procedure is vastgesteld.[9]

38. De personele werkingssfeer van richtlijn 2008/115, zoals omschreven in artikel 2 ervan, is erg ruim. Volgens lid 1 van die bepaling is richtlijn 2008/115 van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. Onder illegaal verblijf wordt verstaan de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscode, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat.[10]

39. Aangezien artikel 2, lid 1, van richtlijn 2008/115 enkel naar illegaal verblijf verwijst, wordt in die bepaling geen onderscheid gemaakt tussen illegale binnenkomst en illegaal verblijf.

40. Volgens artikel 2, lid 2, van richtlijn 2008/115 kunnen de lidstaten besluiten die richtlijn niet toe te passen in een aantal welbepaalde situaties. Volgens artikel 2, lid 2, onder a), van die richtlijn kan een lidstaat met name besluiten richtlijn 2008/115 niet toe te passen op onderdanen van derde landen aan wie de toegang is geweigerd overeenkomstig artikel 13 van de Schengengrenscode, of die door de bevoegde autoriteiten zijn aangehouden of onderschept wegens het op niet-reguliere wijze overschrijden van de buitengrens van een lidstaat, en die vervolgens geen vergunning of recht hebben verkregen om in die lidstaat te verblijven.

41. Volgens voornoemde bepaling moet de betrokkene zijn onderschept wegens het op niet-reguliere wijze overschrijden van de buitengrens, wat mijns inziens een nauw temporeel en ruimtelijk verband met het overschrijden van de grens veronderstelt.

42. Richtlijn 2008/115 bevat zelf geen definitie van de begrippen „binnengrens” of „buitengrens”. Aangezien in de richtlijn echter meermaals naar de Schengengrenscode wordt verwezen, lijkt het mij duidelijk dat de in die code gegeven definitie van toepassing is. Uit artikel 2, punt 1, onder a), en punt 2, van de Schengengrenscode volgt aldus dat „binnengrenzen” de gemeenschappelijke landgrenzen[11] van de lidstaten zijn en „buitengrenzen” de landgrenzen[12] en de zeegrenzen[13] van de lidstaten, voor zover zij geen binnengrenzen zijn. Onder „lidstaten” worden uiteraard alleen de lidstaten van de Unie die deelnemen aan het Schengenacquis verstaan alsmede de daaraan deelnemende derde landen.[14]

7 — Dat artikel is na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon artikel 79, lid 2, onder c), VWEU geworden.

8 — Die procedure was van toepassing geworden na de vaststelling van besluit 2004/927/EG van de Raad van 22 december 2004 betreffende de toepassing van de procedure zoals vastgelegd in artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op sommige gebieden die onder titel IV van het derde deel van dat Verdrag vallen (PB L 396, blz. 45).

9 — Zie Baldaccini, A., „The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Directive”, *European Journal of Migration and Law*, 2001, blz. 1-17, en meer in het bijzonder blz. 1.

10 — Zie artikel 3, punt 2, van richtlijn 2008/115.

11 — Daaronder begrepen rivier- en meergrenzen.

12 — Daaronder begrepen rivier- en meergrenzen.

13 — Alsmede de lucht-, rivier-, zee- en meerhavens van de lidstaten.

14 — Zie de punten 21-28 van de Schengengrenscode.

43. Richtlijn 2008/115 is enkel van toepassing op de staten die deel uitmaken van de Schengenruimte. Volgens artikel 21 van richtlijn 2008/115 komt die richtlijn in de plaats van de voorschriften van de artikelen 23 en 24 van de SUO. Wat meer in het bijzonder het Verenigd Koninkrijk betreft, preciseert overweging 26 van richtlijn 2008/115 dat dit „niet deel[neemt] aan de aanneming van deze richtlijn en [...] deze bijgevolg niet bindend [is] voor, noch van toepassing in het Verenigd Koninkrijk".

B – *Schengengrenscode*

44. De Schengengrenscode voert een regeling in voor de overschrijding van de grenzen door personen.

45. De voorwaarden voor het overschrijden van de buitengrenzen en het toezicht op de naleving ervan zijn vastgesteld in titel II van de Schengengrenscode.[15] Grenstoezicht omvat de controles aan de door de lidstaten aangeduide grensdoorlaatposten en voorts de grensbewaking tussen deze grensdoorlaatposten.

46. Richtlijn 2008/115 daarentegen is van toepassing zodra een persoon illegaal de Schengenruimte is binnengekomen en hij geen recht heeft om er te verblijven.

47. De Schengengrenscode legt thans[16] uitdrukkelijk een verband tussen die code en richtlijn 2008/115. Volgens artikel 12, lid 1, tweede volzin, van die code, wordt een persoon die een grens illegaal heeft overschreden en niet het recht heeft om op het grondgebied van de betrokken lidstaat te verblijven, aangehouden en onderworpen aan procedures in overeenstemming met richtlijn 2008/115.

C – *Vrijheidsbeneming en richtlijn 2008/115*

48. Volgens hoofdstuk IV van richtlijn 2008/115, met als opschrift „Bewaring met het oog op verwijdering", is bewaring slechts mogelijk als ultima ratio, uitsluitend voor zo lang als strikt noodzakelijk en enkel lopende de verwijdering.[17] Die bewaringsbepalingen vinden hun grondslag in de gedachte dat uitsluitend de terugkeer- en verwijderingsprocedures rechtvaardigen dat iemand zijn vrijheid wordt ontnomen, en dat bewaring in het licht van die bepalingen niet langer gerechtvaardigd is wanneer de procedures niet met de vereiste voortvarendheid worden uitgevoerd.[18] Bewaring met het oog op verwijdering is geen strafmaatregel, is niet strafrechtelijk van aard en is geen gevangenisstraf.[19] Artikel 15, lid 1, van richtlijn 2008/115 vereist bovendien een strikte uitlegging, omdat gedwongen bewaring een vorm van vrijheidsbeneming en als zodanig een uitzondering op het grondrecht van persoonlijke vrijheid is.[20]

15 — Artikelen 4-19 bis van de Schengengrenscode. Die titel is onderverdeeld in vijf hoofdstukken, te weten overschrijden van de buitengrenzen en toegangsvoorwaarden (hoofdstuk I), toezicht aan de buitengrenzen en weigering van toegang (hoofdstuk II), middelen voor grenstoezicht en samenwerking tussen lidstaten (hoofdstuk III), specifieke voorschriften voor de grenscontroles (hoofdstuk IV) en specifieke maatregelen in geval van ernstige gebreken met betrekking tot het buitengrenstoezicht (hoofdstuk IV bis).

16 — Het verdient vermelding dat, een aantal maanden na de feiten van het hoofdgeding, artikel 12, lid 1, van de Schengengrenscode is gewijzigd, juist om het verband met richtlijn 2008/115 te verduidelijken. Zie artikel 1, punt 11, van verordening (EU) nr. 610/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot wijziging van verordening nr. 562/2006 en van de Overeenkomst ter uitvoering van het Schengenakkoord, verordeningen (EG) nr. 1683/95 en (EG) nr. 539/2001 van de Raad en verordeningen (EG) nr. 767/2008 en (EG) nr. 810/2009 van het Europees Parlement en de Raad (PB L 182, blz. 1).

17 — Artikelen 15-18 van richtlijn 2008/115.

18 — Zie, voor meer details, punten 46-55 van mijn standpuntbepaling in de zaak Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

19 — Zie punt 47 van mijn standpuntbepaling in de zaak Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Zie tevens punt 35 van de standpuntbepaling van advocaat-generaal Mazák in de zaak El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205); punt 54 van de standpuntbepaling van advocaat-generaal Wathelet in de zaak G. en R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553), en punt 91 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de gevoegde zaken Bero en Bouzalmate (C-473/13 en C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — Zie punt 47 van mijn standpuntbepaling in de zaak Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). Met betrekking tot artikel 5, lid 1, onder f), van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (hierna: „EVRM"), spreekt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich in dezelfde zin uit (zie met name EHRM, arresten nr. 18580/91 van 22 maart 1995, Quinn tegen Frankrijk, serie A, nr. 311, § 42, en nr. 33970/05 van 12 oktober 2006, Kaya tegen Roemenië, § 16).

49. Wat bewaring of gevangenzetting in andere dan de in richtlijn 2008/115 bedoelde gevallen betreft, is het zo dat die richtlijn geen bepalingen bevat op grond waarvan de lidstaten een maatregel van bewaring of een gevangenisstraf kunnen opleggen als strafrechtelijke sanctie wegens illegaal verblijf. De reden daarvoor is volgens mij evident: er is geen ruimte voor een dergelijke sanctie wanneer richtlijn 2008/115 tot doel heeft ervoor te zorgen dat illegaal verblijvende derdelanders onverwijld terugkeren. Maatregelen van bewaring die niet zijn vastgesteld of gevangenisstraffen die niet zijn opgelegd in het kader van een terugkeerprocedure zullen die procedure uiteindelijk vertragen.

50. In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest El Dridi [21] werd het Hof verzocht te beoordelen of richtlijn 2008/115 zich verzette tegen een regeling van een lidstaat, zoals de Italiaanse regeling waar het in het hoofdgeding van die zaak om ging, die voorzag in gevangenisstraf voor een illegaal verblijvende derdelander louter omdat hij zonder geldige reden en in weerwil van een bevel om binnen een bepaald tijdsbestek het grondgebied van die lidstaat te verlaten op dat grondgebied had verbleven. Het Hof heeft geoordeeld dat richtlijn 2008/115, met name de artikelen 15 en 16 ervan, zich inderdaad tegen een dergelijke regeling verzetten. [22]

51. In de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Achughbabian [23], diende het Hof zich opnieuw te buigen over de vraag of richtlijn 2008/115 zich verzette tegen een nationale – ditmaal Franse [24] – regeling, die voorzag in gevangenisstraf voor een derdelander op de enkele grond dat hij illegaal het Franse grondgebied was binnengekomen of aldaar illegaal verbleef. Ook in die zaak heeft het Hof verklaard dat richtlijn 2008/115 zich verzette tegen een dergelijke regeling „voor zover die regeling toestaat dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een onderdaan van een derde land die weliswaar illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft en niet bereid is dat grondgebied vrijwillig te verlaten, doch op wie niet de in artikel 8 van die richtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast en voor wie, in geval van vreemdelingenbewaring met het oog op de voorbereiding en de uitvoering van zijn verwijdering, de maximale duur van die bewaring nog niet is verstreken”. [25] In het hoofdgeding beantwoordde de situatie van Achughbabian aan die voorwaarden.

52. Volgens de door het Hof in die twee zaken gevolgde redenering, kon een gevangenisstraf de verwezenlijking van de met richtlijn 2008/115 nagestreefde doelstelling in gevaar brengen, de toepassing van de in artikel 8, lid 1, van die richtlijn bedoelde maatregelen teniet doen en de uitvoering van het terugkeerbesluit vertragen. [26]

53. In het arrest Achughbabian [27] heeft het Hof echter toegevoegd dat richtlijn 2008/115 zich niet verzette tegen een regeling van een lidstaat die strafrechtelijke sancties oplegt wegens illegaal verblijf „voor zover deze toestaat dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een onderdaan van een derde land op wie de bij [...] richtlijn [2008/115] ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal op dat grondgebied verblijft”. [28]

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Arrest El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punt 62 en dictum).

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Oud artikel 621-1 Ceseda.

25 — Arrest Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punt 50 en eerste streepje van het dictum).

26 — Zie arresten El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punt 59) en Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, punt 45). Voor een bespreking van de gevolgen van die twee zaken voor de nationale wetgever in strafzaken, zie Mitsilegas, V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, blz. 57-76.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — Punten 48 en 50 alsmede tweede streepje van het dictum. Ofschoon deze passage ook deel uitmaakt van het dictum van het arrest gaat het hierbij mijns inziens duidelijk om een obiter dictum, aangezien de passage geen verband houdt met de feiten van de zaak zelf en betrekking heeft op een hypothetische situatie.

54. Vervolgens heeft het Hof in het arrest Sagor [29] verklaard dat het huisarrest dat tijdens de terugkeerprocedure was opgelegd en ten uitvoer was gelegd, „de maatregelen die tot de uitvoering van de verwijdering bijdragen, zoals de terugleiding naar de grens en de gedwongen terugkeer per vliegtuig, [kon] vertragen en daardoor belemmeren". Met betrekking tot strafvervolging die resulteerde in een geldboete, heeft het Hof daarentegen verklaard dat een dergelijke geldboete de door richtlijn 2008/115 in het leven geroepen terugkeerprocedure niet kon belemmeren. [30] Nog volgens het Hof belet het feit „[d]at een dergelijke geldboete kan worden opgelegd, [...] niet dat een terugkeerbesluit wordt genomen en uitgevoerd waarbij de voorwaarden van de artikelen 6 tot en met 8 van richtlijn 2008/115 integraal worden nageleefd, en doet [dit] evenmin afbreuk aan de gemeenschappelijke normen die de artikelen 15 en 16 van die richtlijn op het gebied van vrijheidsberoving formuleren". [31]

55. Onlangs, in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Celaj [32], waarin de Italiaanse Republiek strafrechtelijke sancties wilde opleggen aan een illegaal verblijvende derdelander op wie de bij richtlijn 2008/115 ingestelde gemeenschappelijke normen en procedures waren toegepast teneinde zijn eerste illegale verblijf op het grondgebied van een lidstaat te beëindigen, en die in weerwil van een inreisverbod opnieuw het grondgebied van die lidstaat was binnengekomen, heeft het Hof geoordeeld dat „[d]e omstandigheden van het hoofdgeding [...] zich [...] duidelijk [onderscheidden] van die welke aan de orde waren in de zaken die aanleiding hebben gegeven tot de arresten El Dridi [C-61/11 PPU, EU:C:2011:268] [...] en Achughbabian [C-329/11, EU:C:2011:807]" [33] en dat richtlijn 2008/115 „zich in beginsel niet verzet[te] tegen een regeling van een lidstaat waarbij een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander die, nadat hij in het kader van een eerdere terugkeerprocedure naar zijn land van herkomst was teruggekeerd, in weerwil van een inreisverbod opnieuw illegaal het grondgebied van die staat binnenkomt". [34]

56. Kortom, volgens de rechtspraak van het Hof zijn er twee situaties waarin richtlijn 2008/115 zich er niet tegen verzet dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een derdelander omdat zijn verblijf illegaal is, te weten wanneer de bij richtlijn 2008/115 ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die derdelander illegaal op dat grondgebied verblijft zonder dat er een geldige reden om niet terug te keren bestaat (situatie „Achughbabian") en wanneer de terugkeerprocedure is toegepast en de betrokken persoon in weerwil van een inreisverbod opnieuw het grondgebied van die lidstaat binnenkomt (situatie „Celaj").

57. Het geval van Affum valt onder geen van die twee situaties, omdat op haar geen terugkeerprocedure is toegepast (situatie „Achughbabian") en er geen sprake was van een nieuwe binnenkomst op het Franse grondgebied (situatie „Celaj").

58. De Franse autoriteiten zijn niettemin van mening dat haar een gevangenisstraf kan worden opgelegd wegens haar illegale binnenkomst in Frankrijk.

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

30 — Punt 36.

31 — Punt 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

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

34 — Punt 33 en dictum.

D – *Illegale binnenkomst en richtlijn 2008/115*

1. Franse regeling

59. Naar aanleiding van het arrest Achughbabian van het Hof[35] en het arrest Mallah tegen Frankrijk van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens[36] heeft de Franse regering bij wet nr. 2012-1560[37] haar regeling voor de verwijdering van illegaal verblijvende vreemdelingen aangepast. Zij heeft onder meer haar wetgeving aldus gewijzigd dat het strafbare feit van illegaal verblijf is geschrapt en een procedure is ingevoerd op grond waarvan bewaring van vreemdelingen mogelijk is met het oog op het onderzoek of zij voor een verblijfsrecht in aanmerking komen. De Franse autoriteiten hebben echter het strafbare feit van illegale binnenkomst gehandhaafd in geval van onrechtmatige overschrijding van de buitengrenzen (artikel L 621-2, 1°, Ceseda) en in geval van reisverkeer van een derdelander in strijd met de in de SUO gestelde voorwaarden voor reisverkeer van vreemdelingen (artikel L 621-2, 2°, Ceseda).

60. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp stellen de Franse autoriteiten dat „de voorschriften voor het overschrijden van de buitengrenzen en het reisverkeer van derdelanders tussen de lidstaten niet binnen de werkingssfeer van richtlijn [2008/115] vallen”.[38]

61. Volgens de Franse autoriteiten „vloeien die voorschriften voor het overschrijden van de buitengrenzen [immers] voort uit [...] de Schengengrenscode [...], die voorziet in de verplichting voor de lidstaten om afschrikkende sancties in te voeren in geval van niet-naleving die aan de grens wordt vastgesteld, dat wil zeggen in geval van weigering van toegang tot het grondgebied of wanneer iemand wordt aangehouden of onderschept wegens het op niet-reguliere wijze overschrijden van de grens. Wat de niet-naleving van de voorschriften van de [SUO] betreffende het reisverkeer tussen de lidstaten betreft, bepaalt richtlijn [2008/115] uitdrukkelijk dat de lidstaten kunnen besluiten om geen verwijderingsmaatregel vast te stellen maar zich te beroepen op overnameregelingen tussen lidstaten, die buiten de werkingssfeer van richtlijn [2008/115] vallen, zoals in herinnering is gebracht door de juge des référés du Conseil d'État (kortgedingrechter van de raad van state, Frankrijk) (CE, 27 juni 2011, ministère de l'intérieur/Lassoued, nr. 350207)”.[39]

62. De Franse autoriteiten besluiten daaruit dat „die gevallen inderdaad buiten het domein van de uitlegging van het Hof van Justitie van de Europese Unie vallen waarop de Cour de cassation zich heeft gebaseerd en [dat] de afschaffing van het sanctiestelsel in strijd zou zijn met het Europees recht”.[40]

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — Zie EHRM, arrest nr. 29681/0810 van 10 november 2011, Mallah tegen Frankrijk. In die zaak had een Marokkaans staatsburger, die was veroordeeld wegens het bieden van onderdak aan zijn schoonzoon, een illegaal verblijvende landgenoot, aangevoerd dat zijn veroordeling, gelet op de omstandigheden van de zaak, een onevenredige inbreuk vormde op het recht op eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven, zoals vastgelegd in artikel 8 van het EVRM. Het is enkel omdat aan betrokkene geen straf was opgelegd dat het Hof te Straatsburg heeft geoordeeld dat artikel 8 EVRM niet was geschonden. Bijgevolg heeft de Franse wetgever de in artikel L. 622-4 genoemde strafrechtelijke immuniteiten voor het strafbare feit van hulp bij illegale binnenkomst en illegaal verblijf uitgebreid. Zie punt 2.2 van de impactstudie van 21 september 2012 inzake het wetsontwerp betreffende de aanpassing van de wetgevende bepalingen inzake de verwijdering van illegaal verblijvende vreemdelingen, te raadplegen via: http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html

37 — Wet te raadplegen via: http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte

38 — Wetsontwerp betreffende de bewaring met het oog op het onderzoek of iemand voor een verblijfsrecht in aanmerking komt en tot wijziging van het strafbare feit van hulp bij illegaal verblijf, in die zin dat humanitaire en belangeloze acties daar niet onder vallen, ingediend bij de présidence du Sénat op 28 september 2012, te raadplegen via: http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (blz. 6).

39 — Ibidem (blz. 6).

40 — Ibidem (blz. 6).

2. Situatie van Affum

63. Ter rechtvaardiging van hun regeling voeren de Franse autoriteiten meerdere bepalingen van richtlijn 2008/115 en van de Schengengrenscode aan, die ik hierna zal onderzoeken alvorens het Hof voor te stellen dat richtlijn 2008/115 van toepassing is. Volgens mij zijn namelijk geen van de in die twee handelingen opgenomen uitzonderingen of beperkingen relevant in de onderhavige zaak.

a) Artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2008/115

64. De Franse Republiek beroept zich op artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2008/115 en oppert dat een geval als aan de orde in het hoofdgeding, buiten de werkingssfeer van die richtlijn valt.

65. In de eerste plaats moet in herinnering worden gebracht dat artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2008/115 slechts geldt voor de buitengrenzen, dat de grens tussen België en Frankrijk een binnengrens is en dat Affum bij het verlaten van Frankrijk is onderschept aan de buitengrens tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk.

66. In dat verband is de Franse Republiek van mening dat artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2008/115 van toepassing is op de illegale overschrijding van een buitengrens van een lidstaat, zowel bij het binnenkomen als bij het verlaten van de Schengenruimte.

67. In kan mij niet aansluiten bij de zienswijze van de Franse Republiek, voor zover deze dus lijkt in te houden dat de situatie van een persoon die illegaal het grondgebied van een lidstaat is binnengekomen via een binnengrens, doch slechts bij het verlaten van dat grondgebied wordt onderschept aan een buitengrens van die lidstaat, valt onder artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2008/115.

68. Volgens mij volgt duidelijk uit de bewoordingen van die bepaling dat enkel illegale binnenkomst wordt bedoeld, omdat anders de laatste zinsnede („en die vervolgens geen vergunning of recht heeft verkregen om in die lidstaat te verblijven") zinloos zou zijn. [41]

69. In de onderhavige zaak kan de Franse Republiek zich dus niet beroepen op artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2008/115.

b) Artikel 3, punt 2, van richtlijn 2008/115: de enkele doorreis als „verblijf"

70. Bij de verwijzende rechter lijkt twijfel te bestaan over de vraag of de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat die deel uitmaakt van de Schengenruimte, van een onderdaan van een derde land die louter op doorreis is naar een andere lidstaat die geen deel uitmaakt van de Schengenruimte, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/115 valt.

71. Die twijfel is ongegrond.

72. Volgens artikel 2, lid 1, van richtlijn 2008/115 is die richtlijn van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. In artikel 3, punt 2, van die richtlijn wordt „illegaal verblijf" gedefinieerd als „de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscode, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat".

41 — Indien de redenering van de Franse Republiek wordt doorgetrokken, zou bovendien de situatie van een persoon, die illegaal het grondgebied van een lidstaat is binnengekomen via een binnengrens en die door de autoriteiten van die lidstaat is onderschept, niet aan een buitengrens, maar elders op het grondgebied, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/115 vallen, omdat hij geen buitengrens heeft overschreden. Het lijkt mij niet coherent om een persoon in de situatie van Affum anders te behandelen.

73. Uit die bepalingen volgt dat een derdelander die zich aan boord van een autobus bevindt zonder aan de voorwaarden voor toegang te voldoen, wel degelijk op het grondgebied van de betrokken lidstaat aanwezig is en zich in illegaal verblijf bevindt. Of hij al dan niet op doorreis is, is niet van belang voor de vaststelling dat zijn verblijf illegaal is.

c) Artikel 6, lid 3, van richtlijn 2008/115

74. Volgens artikel 6, lid 3, van richtlijn 2008/115 kunnen de lidstaten ervan afzien een terugkeerbesluit uit te vaardigen indien de betrokkene op grond van een op de datum van inwerkingtreding van die richtlijn geldende „bilaterale overeenkomst of regeling" door een andere lidstaat wordt teruggenomen.

75. Reeds uit de bewoordingen van die bepaling volgt dat deze enkel bepaalt dat de lidstaten ervan kunnen afzien een terugkeerbesluit uit te vaardigen, doch, anders dan artikel 2 van richtlijn 2008/115, niet de werkingssfeer ervan bepaalt. Artikel 6, lid 3, van richtlijn 2008/115 kan, anders dan de Franse regering lijkt te suggereren, niet tot gevolg hebben dat de bepalingen van richtlijn 2008/115 in hun geheel niet van toepassing zijn op het hoofdgeding. Integendeel, een lidstaat die artikel 6, lid 3, van richtlijn 2008/115 inroept, blijft gebonden door de andere bepalingen van die richtlijn en is ertoe gehouden de volle werking van die richtlijn te waarborgen. De rechtspraak van het Hof betreffende de bepalingen van die richtlijn, en meer in het bijzonder betreffende de vrijheidsbeneming van personen, blijft van toepassing.

76. Artikel 6, lid 3, van richtlijn 2008/115 ontslaat de betrokken lidstaat dus enkel van de verplichting om een terugkeerbesluit in de zin van artikel 6, lid 1, van die richtlijn vast te stellen. Het op grond van de regeling vastgestelde overnamebesluit is een van de in die richtlijn bedoelde maatregelen en tevens een van de in richtlijn 2008/115 voorziene stappen ter voorbereiding van een terugkeer vanaf het grondgebied van de lidstaten.

77. Wat de uitlegging van het begrip „bilaterale" betreft, geef ik het Hof in overweging artikel 6, lid 3, van richtlijn 2008/115 aldus uit te leggen dat een regeling als in casu aan de orde[42], daaronder valt. Hoewel die regeling is gesloten door vier lidstaten, beschouwt zij het grondgebied van de Benelux als één grondgebied en kan zij dus worden gelijkgesteld met een bilaterale overeenkomst.

78. Een dergelijke uitlegging zou volgens mij bovendien in overeenstemming zijn met het in artikel 350 VWEU neergelegde beginsel naar luid waarvan de bepalingen van de Verdragen geen beletsel vormen voor het bestaan en de voltooiing van de regionale unies tussen het Koninkrijk België en het Groothertogdom Luxemburg alsmede tussen het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden, voor zover de doelstellingen van die regionale unies niet bereikt zijn door toepassing van de Verdragen.

79. Indien via die bepaling in het VWEU de specifieke situatie van de Benelux reeds in aanmerking wordt genomen, zou het Hof dat ook moeten doen wanneer het artikel 6, lid 3, van richtlijn 2008/115 uitlegt.

42 — Overeenkomst tussen de regeringen van het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertogendom Luxemburg enerzijds, en de regering van de Franse Republiek anderzijds, inzake het overnemen van personen aan de gemeenschappelijke grens van het grondgebied van de Benelux-landen en Frankrijk. De tekst van die overeenkomst is beschikbaar via: http://wetten.overheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014

d) Artikel 4, lid 3, van de Schengengrenscode

80. De Franse Republiek beroept zich tevens op artikel 4, lid 3, van de Schengengrenscode, op grond waarvan de lidstaten sancties stellen op het onrechtmatig overschrijden van de buitengrenzen buiten de grensdoorlaatposten en de vastgestelde openingstijden.

81. Die bepaling is in de onderhavige zaak niet van toepassing omdat Affum niet heeft getracht een grens te overschrijden buiten de grensdoorlaatposten en de vastgestelde openingstijden.

82. Ik zie geen enkele reden om, zoals de Franse Republiek suggereert, die bepaling niet letterlijk uit te leggen en daar ook grensdoorlaatposten onder te laten vallen, aangezien in artikel 4 van de Schengengrenscode net een onderscheid wordt gemaakt tussen grensoverschrijding via grensdoorlaatposten en gedurende de vastgestelde openingstijden (lid 1) en grensoverschrijding buiten die punten en tijden (lid 2). Met andere woorden, er is mijns inziens geen teleologische reden die zich verzet tegen een letterlijke en systematische uitlegging van artikel 4 van de Schengengrenscode.

83. In dat verband wil ik in herinnering brengen dat een persoon die illegaal een grens heeft overschreden en geen recht heeft om op het grondgebied van de betrokken lidstaat te verblijven dus binnen de werkingssfeer van richtlijn 2008/115 valt.[43]

84. Richtlijn 2008/115 is dus van toepassing op de situatie van Affum. Zoals ik in punt 57 van de onderhavige conclusie reeds heb uiteengezet, valt het geval van Affum niet onder een van de situaties waarin het Hof heeft vastgesteld dat richtlijn 2008/115 zich niet verzette tegen het opleggen van een gevangenisstraf aan een derdelander. Bijgevolg kan aan een persoon die zich in de situatie van Affum bevindt geen gevangenisstraf worden opgelegd louter omdat hij illegaal op het Franse grondgebied verblijft.

V – Conclusie

85. Gelet op bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging de door de Cour de cassation gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, meer in het bijzonder de artikelen 6, lid 3, 15 en 16, moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen de regeling van een lidstaat die de illegale binnenkomst van een onderdaan van een derde land bestraft met een gevangenisstraf wanneer die persoon bij het verlaten van de Schengenruimte is onderschept aan een buitengrens van die lidstaat, terwijl hij op doorreis was, komende uit een andere lidstaat, en hij door die andere lidstaat kan worden overgenomen op grond van een met die lidstaat vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2008/115 gesloten regeling.”

43 — Zie tevens punt 46 van de onderhavige conclusie.