

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 7 juni 2016 (\*)

”Begäran om förhandsavgörande – Område med frihet, säkerhet och rättvisa – Direktiv 2008/115/EG – Gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna – Anhållande – Nationell lagstiftning som föreskriver fängelsestraff för olaglig inresa – Genomresa – Multilateralt arrangemang för återtagande”

I mål C-47/15

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike) genom beslut av den 28 januari 2015, som inkom till domstolen den 6 februari 2015, i målet

Séline Affum,

mot

Préfet du Pas-de-Calais,

Procureur général de la cour d’appel de Douai,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, vice-ordföranden A. Tizzano, avdelningsordförandena M. Ilešič (referent), L. Bay Larsen, T. von Danwitz och C. Lycourgos samt domarna A. Rosas, E. Juhász, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits, M. Berger, K. Jürimäe, M. Vilaras och E. Regan,

generaladvokat: M. Szpunar,

justitiesekreterare: handläggaren V. Tourrès,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 10 november 2015,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Séline Affum, genom P. Spinosi, avocat,
- Frankrikes regering, genom D. Colas och F.-X. Bréchet, båda i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek och J. Vlácil, båda i egenskap av ombud,
- Greklands regering, genom M. Michelogiannaki, i egenskap av ombud,
- Ungerns regering, genom M. Tátrai, G. Koós och M. Fehér, samtliga i egenskap av ombud,
- Schweiz regering, genom C. Bichet, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom M. Condou-Durande, i egenskap av ombud,

och efter att den 2 februari 2016 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

## Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (EUT L 348, s. 98).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Sélina Affum och å andra sidan préfet du Pas-de-Calais (prefekten i regionen Pas-de-Calais) (Frankrike) (nedan kallad prefekten) och procureur général de la cour d'appel de Douai (allmänna åklagaren vid appellationsdomstolen i Douai (Frankrike). Målet gäller Sélina Affums olagliga inresa i Frankrike och huruvida hon ska fortsätta att hållas i förvar.

## Tillämpliga bestämmelser

### *Unionsrätt*

Direktiv 2008/115

3 Skälen 2, 4, 5, 10, 17 och 26 i direktiv 2008/115 har följande lydelse:

”(2) Vid sitt möte den 4–5 november 2004 i Bryssel efterlyste Europeiska rådet upprättandet av en effektiv politik för avlägsnande och återsändande som grundar sig på gemensamma standarder för personers återsändande på ett humant sätt och med fullständig respekt för deras mänskliga rättigheter och värdighet.

...

(4) Det är nödvändigt att det fastställs tydliga, öppna och rättvisa regler för tillhandahållandet av en effektiv återvändandepolitik, vilket är en nödvändig del av en väl förvaltd migrationspolitik.

(5) I detta direktiv bör ett antal horisontella bestämmelser fastställas som ska gälla för alla tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa, vistelse eller bosättning i en medlemsstat.

...

(10) Om det saknas anledning att tro att det skulle underminera syftet med ett återvändandeförfarande, är frivilligt återvändande att föredra framför påtvingat återvändande och en tidsfrist för frivillig avresa bör beviljas. ...

...

(17) ... Med undantag för det inledande gripande som de rättsvårdande myndigheterna genomför av personen i fråga, vilket regleras av nationell lagstiftning, bör frihetsberövandet förläggas till särskilda förvarsanläggningar.

...

(26) I den omfattning som det ska tillämpas på tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa i enlighet med kodexen om Schengengränserna utgör detta direktiv en utveckling av bestämmelser i Schengenregelverket i vilka [Kungariket] Storbritannien

[och Nordirland] inte deltar,... .. Förenade kungariket [deltar inte heller] i detta [direktiv] och är inte bundet av det i dess helhet och omfattas inte av dess tillämpning.”

4 Artikel 1 i direktiv 2008/115 har rubriken ”Syfte” och föreskriver följande:

”I detta direktiv föreskrivs gemensamma normer och förfaranden som ska tillämpas i medlemsstaterna för återvändande av tredjelandsmedborgare vars vistelse är olaglig, i överensstämmelse med grundläggande rättigheter som allmänna principer för gemenskapsrätten och internationell rätt, inklusive flyktingsskydd och förpliktelser i fråga om mänskliga rättigheter.”

5 Artikel 2 i direktivet har rubriken ”Tillämpningsområde” och föreskriver följande:

”1 Detta direktiv ska tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium.

2. Medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa detta direktiv på tredjelandsmedborgare som

a) har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengen gränserna eller som gripits eller hejdas av de behöriga myndigheterna i samband med att de olagligen passerar en medlemsstats yttre gräns landvägen, sjövägen eller luftvägen och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten,

b) har ådömts att återvända som en straffrättslig påföljd, eller som en följd av en straffrättslig påföljd, i enlighet med den nationella lagstiftningen, eller som är föremål för utlämningsförfaranden.

...”

6 Artikel 3 i samma direktiv har rubriken ”Definitioner” och föreskriver följande:

”I detta direktiv gäller följande definitioner:

...

2) *olaglig vistelse*: vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa enligt artikel 5 i kodexen om Schengen gränserna eller andra villkor för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten.

3) *återvändande*: en tredjelandsmedborgares återresa – oavsett om den sker frivilligt i överensstämmelse med en skyldighet att återvända eller med tvång – till

– ursprungslandet, eller

– ett transitland i enlighet med återtagandeavtal med gemenskapen eller bilaterala återtagandeavtal eller andra arrangemang, eller

– ett annat tredjeland till vilket den berörda tredjelandsmedborgaren frivilligt väljer att återvända och där han eller hon kommer att tas emot.

4) *beslut om återvändande*: ett administrativt eller rättsligt beslut enligt vilket en tredjelandsmedborgares vistelse är olaglig och som ålägger eller fastställer en skyldighet att återvända.

5) *avlägsnande*: verkställigheten av skyldigheten att återvända, det vill säga den faktiska transporten ut ur medlemsstaten.

...”

7 Artikel 4 i direktivet har rubriken ”Förmånligare bestämmelser”. I artikel 4.4 föreskrivs följande:

”När det gäller tredjelandsmedborgare som undantas från direktivets räckvidd i enlighet med artikel 2.2 a ska medlemsstaterna

a) se till att deras behandling och skyddsnivån inte är mindre förmånliga än vad som föreskrivs i artikel 8.4 och 8.5 (begränsad användning av tvångsmedel), artikel 9.2 a (uppskov med avlägsnande), artikel 14.1 b och 14.1 d (akutsjukvård och beaktande av utsatta personers behov) samt artiklarna 16 och 17 (förhållanden i samband med förvar) och

b) respektera principen om ’non-refoulement’.”

8 Artikel 6 i direktiv 2008/115 har rubriken ”Beslut om återvändande” och föreskriver följande:

”1 Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2–5 ska medlemsstaterna utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända.

...

3. Medlemsstaterna får avstå från att utfärda ett beslut om återvändande till en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium om den berörda tredjelandsmedborgaren återtas av en annan medlemsstat enligt bilaterala avtal eller arrangemang som gäller den dag detta direktiv träder i kraft. Den medlemsstat som har återtagit den berörda tredjelandsmedborgaren ska i så fall tillämpa punkt 1. Den medlemsstat som har återtagit den berörda tredjelandsmedborgaren ska i så fall tillämpa punkt 1.

...”

9 Artikel 7 i nämnda direktiv har rubriken ”Frivillig avresa”. I artikel 7.1 första stycket föreskrivs följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2 och 4 ska det i återvändandebeslutet fastställas en lämplig tidsfrist på mellan sju och trettio dagar för frivillig avresa. ...”

10 Artikel 8 i direktivet har rubriken ”Avlägsnande” och föreskriver följande:

”1 Medlemsstaterna ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att verkställa beslutet om återvändande om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats i enlighet med artikel 7.4, eller om åläggandet att återvända inte har hörtsammats inom den tid för frivilligt återvändande som beviljats i enlighet med artikel 7.

...

4. Om medlemsstaterna – som en sista utväg – använder tvångsmedel vid avlägsnandet av en tredjelandsmedborgare som motsätter sig avlägsnande, ska dessa åtgärder vara proportionerliga och inte innebära mer tvång än skäligt. De ska genomföras enligt nationell lagstiftning i

överensstämmelse med grundläggande rättigheter och med vederbörlig respekt för den berörda tredjelandsmedborgarens värdighet och fysiska integritet.

5. När avlägsnandet genomförs med flyg ska medlemsstaterna ta hänsyn till de gemensamma riktlinjer för säkerhetsbestämmelser ...

...”

11 Artikel 9 i direktiv 2008/115 har rubriken ”Uppskjutande av verkställighet”. I artikel 9.2 a föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna får skjuta upp verkställigheten av avlägsnandet under en lämplig tidsperiod, med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Medlemsstaterna ska särskilt beakta:

a) tredjelandsmedborgarens fysiska eller psykiska tillstånd.”

12 Artikel 11 i direktivet har rubriken ”Inreseförbud”. I artikel 11.1 och 11.2 föreskrivs följande:

”1. Beslut om återvändande ska åtföljas av ett inreseförbud

a) om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats, eller

b) om åläggandet att återvända inte har hörtsammats.

I andra fall får beslut om återvändande åtföljas av ett inreseförbud.

2. Inreseförbudets varaktighet ska fastställas med vederbörlig hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet och ska i princip inte överstiga fem år. ...”

13 Artikel 14 i nämnda direktiv har rubriken ”Garantier i avvaktan på återvändande”. I artikel 14.1 föreskrivs följande:

”Medlemsstaterna ska, med undantag för den situation som omfattas av artiklarna 16 och 17, säkerställa att under den tidsfrist för frivillig avresa som beviljats enligt artikel 7 och under tidsperioder för vilka verkställigheten av avlägsnandet skjutits upp enligt artikel 9, följande principer beaktas så långt som möjligt i fråga om tredjelandsmedborgare:

...

b) Akutsjukvård och nödvändig behandling av sjukdomar ska tillhandahållas.

...

d) Utsatta personers särskilda behov ska beaktas.”

14 Artikel 15 i direktiv 2008/115 har rubriken ”Förvar” och föreskriver följande:

”1. Om inte andra tillräckliga, men mindre ingripande, åtgärder kan tillämpas verkningsfullt i det konkreta fallet, får medlemsstaterna endast hålla i förvar en tredjelandsmedborgare som är föremål för förfaranden för återvändande för att förbereda återvändandet och/eller för att genomföra avlägsnandet, särskilt när

a) det finns risk för avvikande, eller

b) den berörda tredjelandsmedborgaren håller sig undan eller förhindrar förberedelserna inför återvändandet eller avlägsnandet.

Förvar ska vara under så kort tid som möjligt och får endast fortgå under den tid som förfarandena inför avlägsnandet pågår och genomförs med rimliga ansträngningar.

...

4. När det framkommer att rimliga utsikter till ett avlägsnande inte längre föreligger på grund av rättsliga eller andra överväganden, eller de villkor som fastställs i punkt 1 inte längre föreligger, upphör hållandet i förvar att vara berättigat och den berörda personen ska omedelbart frigges.

5. Tredjelandsmedborgaren ska hållas i förvar så länge som de villkor som fastställs i punkt 1 uppfylls och så länge som det är nödvändigt för att försäkra sig om att avlägsnandet kan genomföras. Varje medlemsstat ska fastställa en begränsad förvarsperiod, som inte får överskrida sex månader.

6. Medlemsstaterna får inte förlänga den period som avses i punkt 5 annat än med en begränsad tid som inte överskrider ytterligare tolv månader i enlighet med nationell rätt i sådana fall där avlägsnandet, trots alla rimliga ansträngningar, sannolikt kommer att ta längre tid

a) på grund av bristande samarbete från den berörda tredjelandsmedborgarens sida, eller

b) beroende på att införskaftet av nödvändiga handlingar från tredjeländer drar ut på tiden.”

15 Artikel 16 i samma direktiv har rubriken ”Förhållanden i samband med förvar”. I artikel 16.1 föreskrivs följande:

”Förvar ska i regel ske i särskilda förvarsanläggningar. Om en medlemsstat inte kan tillhandahålla sådana särskilda anläggningar, utan måste använda fängelseanläggningar, ska tredjelandsmedborgare i förvar hållas avskilda från vanliga interner.”

16 I artikel 17 i nämnda direktiv föreskrivs särskilda villkor för förvar av underåriga och familjer.

17 Enligt artikel 20 i direktiv 2008/115 skulle medlemsstaterna senast den 24 december 2010 sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet.

Tillämpningskonventionen och kodexen om Schengen gränserna

18 Konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna (EGT L 239, 2000, s. 19), som undertecknades i Schengen (Luxemburg) den 19 juni 1990 (nedan kallad tillämpningskonventionen), ingår i Schengenregelverket.

19 I kapitel 4, med rubriken ”Villkor för utlänningars rörelsefrihet”, i avdelning II i tillämpningskonventionen fastställs i artiklarna 19.1, 19.2, 20.1 21.1 och 21.2 villkoren för när utlänningar som har en enhetlig visering eller som är innehavare av visering utfärdad av någon av de avtalsslutande parterna, utlänningar utan skyldighet att inneha visering och utlänningar med uppehållstillstånd eller tidsbegränsat uppehållstillstånd som utfärdats av någon av dessa parter, får röra sig fritt på de avtalsslutande parternas territorier. Dessa bestämmelser hänvisar bland annat till vissa inresevillkor som fastställs i artikel 5.1 i tillämpningskonventionen.

20 Genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 562/2006 av den 15 mars 2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) (EUT L 105, s. 1) har Schengenregelverket konsoliderats och utvecklats.

21 Enligt skäl 27 i kodexen om Schengengränserna innebär denna ”en utveckling av bestämmelser i Schengenregelverket, i vilka Förenade kungariket inte deltar ... Förenade kungariket deltar därför inte i antagandet av denna förordning, som inte är bindande för eller tillämplig i Förenade kungariket”.

22 I artikel 1 i kodexen om Schengengränserna föreskrivs att ”ingen gränskontroll [ska] ske av personer vid passage av de inre gränserna mellan Europeiska unionens medlemsstater” och att ”[g]enom förordningen införs regler för gränskontroll av personers passage av EU-medlemsstaternas yttre gränser”.

23 I artikel 2 leden 1 och 2 i kodexen om Schengengränserna ges följande definitioner:

”1. inre gränser:

- a) medlemsstaternas gemensamma landgränser, inklusive flod- och insjögränser,
- b) medlemsstaternas flygplatser för inrikesflyg,
- c) medlemsstaternas kust-, flod- och insjöhamnar för reguljära färjeförbindelser.

2. *yttre gränser*: medlemsstaternas landgränser, inklusive flod- och insjögränser, sjögränser samt flygplatser och flod-, kust- och insjöhamnar, såvida de inte räknas som inre gränser.”

24 I kapitel I, med rubriken ”Passage av yttre gränser och inresevillkor”, i avdelning II i kodexen om Schengengränserna återfinns artikel 4 med rubriken ”Passage av yttre gränser”. Artikel 4 har följande lydelse:

”1 De yttre gränserna får passeras endast vid gränsövergångsställen och under fastställda öppethållandetider. Öppethållandetiderna skall tydligt anges vid gränsövergångsställen som inte är öppna dygnet runt.

...

3. Utan att det påverkar undantagen i punkt 2 eller medlemsstaternas skyldigheter i fråga om internationellt skydd, skall medlemsstaterna införa sanktioner, i enlighet med sin nationella lagstiftning, för passage utan tillstånd av de yttre gränserna utanför gränsövergångsställena och de fasta öppethållandetiderna. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.”

25 I samma kapitel återfinns artikel 5 i kodexen om Schengengränserna med rubriken ”Inresevillkor för tredjelandsmedborgare”. Artikel 5 har följande lydelse:

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

- a) De är innehavare av en eller flera giltiga resehandlingar som tillåter passage av gränsen.
- b) De innehar giltig visering, om sådan krävs ..., utom när de innehar ett giltigt uppehållstillstånd,
- c) De kan styrka syftet med och villkoren för den avsedda vistelsen och de har tillräckliga medel för sitt uppehälle för såväl den planerade vistelsens längd som återresan till ursprungslandet

eller transitresa till ett tredjeland som med säkerhet tillåter inresa eller är i stånd att på laglig väg anskaffa sådana medel.

d) De finns inte registrerade i SIS [spärllista i Schengens informationssystem] i syfte att nekas inresa,

e) De anses inte utgöra en risk för någon av medlemsstaternas allmänna ordning, inre säkerhet, folkhälsa eller internationella förbindelser...

...

4. Med undantag från punkt 1 gäller följande:

a) Tredjelandsmedborgare som inte uppfyller alla villkor i punkt 1 men som innehar uppehållstillstånd eller visering för förnyad inresa utfärdad av någon av medlemsstaterna eller, om så erfordras, båda dessa handlingar, skall tillåtas inresa till de övriga medlemsstaternas territorier i transiteringssyfte, så att de kan nå den medlemsstat som har utfärdat uppehållstillståndet eller viseringen för förnyad inresa, ...

...

c) Tredjelandsmedborgare som inte uppfyller ett eller flera av villkoren i punkt 1 får av en medlemsstat beviljas tillstånd till inresa på dess territorium av humanitära skäl, av nationellt intresse eller på grund av internationella förpliktelser... ..”

26 I kapitel II, med rubriken ”Kontroll av yttre gränser och nekad inresa”, i avdelning II i kodexen om Schengengränserna föreskrivs följande i artikel 7 med rubriken ”In- och utresekontroll av personer”:

”1 Gränstrafiken vid de yttre gränserna skall underkastas kontroll av gränskontrolltjänstemän. Kontrollerna skall utföras i enlighet med detta kapitel.

...

3. Vid inresa och utresa skall tredjelandsmedborgare underkastas noggranna kontroller.

...”

27 I samma kapitel i kodexen om Schengengränserna återfinns artikel 13 med rubriken ”Nekad inresa”. Artikel 13.1 har följande lydelse:

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

28 I artikel 20 i kodexen, vilken återfinns i kapitel I, med rubriken ”Avskaffande av gränskontroll vid de inre gränserna”, i avdelning III i nämnda kodex, föreskrivs att de inre gränserna får passeras överallt utan att någon in- och utresekontroll genomförs, oavsett personens nationalitet.

29 Enligt artikel 39.1 i kodexen om Schengengränserna, vilken ingår i avdelning IV med rubriken ”Slutbestämmelser”, upphörde artiklarna 2–8 i tillämpningskonventionen att gälla från och med den 13 oktober 2006. Bland annat inresevillkoren, vilka tidigare fanns i artikel 5.1 i tillämpningskonventionen, har således ersatts av de villkor som fastställs i artikel 5 i kodexen.

30 Efter det att de omständigheter som är aktuella i det nationella målet ägt rum ändrades kodexen om Schengengränserna genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 610/2013 av den 26 juni 2013 (EUT, L 182, s. 1).

31 Artikel 12 i kodexen om Schengengränserna, i dess lydelse enligt förordning nr 610/2013, har rubriken ”Gränsövervakning” och ingår i kapitel II i avdelning II i kodexen med rubriken ”Kontroll av yttre gränser och nekad inresa”. Artikel 12.1 har följande lydelse:

”Det huvudsakliga syftet med gränsövervakningen är att förhindra obehörig gränspassage, att bekämpa gränsöverskridande brottslighet och att vidta åtgärder mot personer som har passerat gränsen på olagligt sätt. En person som har passerat en gräns på olagligt sätt och som inte har rätt att vistas på den berörda medlemsstatens territorium ska gripas och bli föremål för förfaranden som respekterar direktiv 2008/115/EG.”

#### *Fransk lagstiftning*

#### Lagen om utlänningars inresa och vistelse samt om asylrätt

32 I artikel L. 621-2 i lagen om utlänningars inresa och vistelse och om asylrätt (code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) (Ceseda) (nedan kallad utlänningslagen), i dess lydelse enligt lag nr 2012-1560 av den 31 december 2012 om kvarhållande för kontroll av uppehållsrätt och om ändring av reglerna för medhjälp till olaglig vistelse för att därifrån undanta humanitära och oegennyttiga åtgärder (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) (JORF av den 1 januari 2013, s. 48) (nedan kallad lagen av den 31 december 2012) föreskrivs följande:

”En utlänning som inte är medborgare i en medlemsstat i Europeiska unionen ska dömas till fängelse i högst ett år och 3 750 euro i böter i följande fall:

1° Om utlänningen reser in på Frankrikes europeiska territorium utan att uppfylla de villkor som anges i artikel 5.1 a, b eller c i [kodexen om Schengengränserna] och utan att ha fått tillstånd att resa in i landet enligt artikel 5.4 a och c i samma [kodex]. Detsamma gäller när utlänningen är föremål för en registrering i syfte att neka inresa enligt ett verkställbart beslut som antagits av en annan stat som är part i [tillämpningskonventionen].

2° Om utlänningen reser in på Frankrikes europeiska territorium direkt från en stat som är part i [tillämpningskonventionen] utan att följa bestämmelserna i artiklarna 19.1, 19.2, 20.1, 21.1 eller 21.2 i nämnda konvention, med undantag av de villkor som omnämns i artikel 5.1 e i [kodexen om Schengengränserna] och i artikel 5.1 d, när registreringen i syfte att neka inresa inte följer av ett verkställbart beslut som antagits av en annan stat som är part i [tillämpningskonventionen].

...

Vid tillämpningen av denna artikel får allmänt åtal väckas först när sakförhållandena har fastställts under de omständigheter som anges i artikel 53 i code de procédure pénale [(straffprocesslagen)].”

#### Straffprocesslagen

33 I artikel 53 i straffprocesslagen, i den lydelse som var gällande vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet, föreskrivs följande:

”Med brott på bar gärning avses det förhållandet att en person påträffas när den brottsliga gärningen begås eller omedelbart därefter. Det är även fråga om brott på bar gärning när den

misstänkte i mycket nära anslutning till gärningen åtföljs av rop som manar till förföljande eller påträffas med att inneha föremål eller lämnar spår eller indicier som tyder på att vederbörande har deltagit i brottet.

När en person har begått ett brott på bar gärning kan utredningen, som sker under överinseende av allmän åklagare på de villkor som föreskrivs i detta kapitel, fortsätta utan avbrott i åtta dagar.

...”

34 Artikel 62-2 i straffprocesslagen föreskriver följande:

”Anhållande är en tvångsåtgärd som vidtas av behörig tjänsteman vid kriminalpolisen, under en domstols överinseende, genom vilken en person som är skäligen misstänkt för ett brott på vilket fängelse kan följa eller för försök till sådant brott, hålls kvar för att stå till förfogande för utredningen.

...”

### **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

35 Sélina Affum, som är ghanansk medborgare, blev den 22 mars 2013 kontrollerad av fransk polis i Coquelles (Frankrike), som är den plats där tunneln under Engelska kanalen börjar, då hon befann sig på en buss som avgått från Gent (Belgien) på väg till London (Förenade kungariket).

36 Efter att ha uppvisat ett belgiskt pass, som innehöll ett foto av och namnet på en annan person, och då hon inte innehade några andra identitets- eller resehandlingar i hennes eget namn, anhölls hon för olaglig inresa i Frankrike med stöd av artikel L. 621-2 punkt 2° i utlänningslagen i dess lydelse enligt lagen av den 31 december 2012.

37 Prefekten, som hade hand om handläggningen av det förvaltningsrättsliga ärendet avseende Sélina Affum, som rörde frågan huruvida hon eventuellt skulle avlägsnas från Frankrike, beslutade den 23 mars 2013 att Sélina Affum skulle överlämnas till de belgiska myndigheterna för återtagande, på grundval av arrangemanget mellan Republiken Frankrikes regering, å ena sidan, och regeringarna i Konungariket Belgien, Storhertigdömet Luxemburg och i Konungariket Nederländerna, å andra sidan, beträffande ansvaret för personer som påträffas vid de gemensamma gränserna mellan Frankrike och Beneluxländerna, vilket undertecknades i Paris den 16 april 1964.

38 I samma beslut förordnade prefekten att Sélina Affum skulle hållas i förvar i lokaler som inte tillhörde kriminalvården i fem dagar, från och med den tidpunkt då anhållandet av henne hävdades, i avvaktan på att hon skulle avlägsnas från landet.

39 Den 27 mars 2013 begärde prefekten att Juge des libertés et de la détention (domare med behörighet att pröva frihetsberövanden) vid Tribunal de grande instance de Lille (Förstainstansdomstolen i Lille) skulle förlänga detta förvar, i avvaktan på ett svar från de belgiska myndigheterna angående begäran om återtagande.

40 Till sitt försvar gjorde Sélina Affum gällande, med åberopande av bland annat dom av den 6 december 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807), att prefektens begäran borde avslås, eftersom anhållandet av henne hade varit olagligt. Enligt nationell rätt medför en sådan olaglighet att hela förfarandet är ogiltigt och att begäran om förlängning av förvaret ska avslås och att den berörda personen ska friges.

41 Genom beslut av den 28 mars 2013 slog dock Juge des libertés et de la détention (domare med behörighet att pröva frihetsberövanden) vid Tribunal de grande instance de Lille

(Förstainstansdomstolen i Lille) fast att åtgärden att anhålla Sélina Affum var lagenlig och att hon således hade tagits i förvar efter ett lagenligt förfarande. Nämnda domare biföll följaktligen begäran från prefekten och förordnade att det förvaret av Sélina Affum skulle förlängas med högst 20 dagar från och med samma dag.

42 Sélina Affum överklagade detta beslut till förste ordföranden vid Cour d'appel de Douai (Appellationsdomstolen i Douai), vilken, genom beslut av den 29 mars 2013, fastställde underinstansens beslut.

43 Sélina Affum överklagade sistnämnda beslut till Cour de cassation (Högsta domstolen, Frankrike), vilken beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

1) Ska artikel 3 [led] 2 i direktiv 2008/115 tolkas på så sätt att en tredjelandsmedborgare vistas olagligen på en medlemsstats territorium och därmed omfattas av direktivets tillämpningsområde i enlighet med direktivets artikel 2.1, när utlänningen endast är på genomresa såsom passagerare på en buss som har färdats från en annan medlemsstat, inom Schengenområdet, till denna medlemsstats territorium, och som har sin slutdestination i en tredje medlemsstat?

2) Ska artikel 6.3 i detta direktiv tolkas på så sätt att det inte utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver fängelsestraff för en tredjelandsmedborgare som rest in olagligt, när den berörda utlänningen kan återtas av en annan medlemsstat med tillämpning av ett avtal eller ett arrangemang som ingåtts med sistnämnda medlemsstat före direktivets ikraftträdande?

3) Beroende på det svar som lämnas på föregående fråga, ska direktivet tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning som föreskriver fängelsestraff för en tredjelandsmedborgare som har rest in olagligt, på samma villkor som de som uppställdes av [EU-domstolen] i dom av den 6 december 2011, [Achughbajian (C-329/11, EU:C:2011:807)], beträffande olaglig vistelse, och som avser det förhållandet att sådana tvångsmedel som anges i artikel 8 i direktiv 2008/115 inte har använts mot den berörda personen samt den tid utlänningen får hållas i förvar? ”

### **Prövning av tolkningsfrågorna**

44 Det ska inledningsvis klargöras att det nationella målet gäller en situation där en tredjelandsmedborgare har rest in olagligt i en medlemsstat i Schengenområdet via en gemensam gräns mellan denna medlemsstat och en annan medlemsstat som också ingår i Schengenområdet och som har gripits då hon skulle resa in i en tredje medlemsstat, som inte ingår i Schengenområdet.

#### *Den första frågan*

45 Den hänskjutande domstolen har ställt sin första fråga för att få klarhet i huruvida artiklarna 2.1 och 3 led 2 i direktiv 2008/115 ska tolkas på så sätt att en tredjelandsmedborgare vistas olagligt på en medlemsstats territorium och därmed omfattas av direktivets tillämpningsområde när vederbörande – utan att uppfylla villkoren för att resa in i, vistas eller vara bosatt i denna medlemsstat – reser igenom nämnda medlemsstat såsom passagerare på en buss som är på väg från en annan medlemsstat, som ingår i Schengenområdet, till en tredje medlemsstat, som inte ingår i Schengenområdet.

46 Samtliga som har yttrat sig i målet vid EU-domstolen är eniga om att en tredjelandsmedborgare inte är undantagen från tillämpningsområdet för direktiv 2008/115 enkom av den anledningen att vederbörande ”enbart är på genomresa” och därför endast tillfälligt och för en kortare period befinner sig i den aktuella medlemsstaten.

47 Artikel 2.1 i direktiv 2008/115 stadgar, såvitt gäller direktivets tillämpningsområde, att direktivet ska tillämpas på tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på en medlemsstats territorium. Begreppet olaglig vistelse definieras i artikel 3 led 2 i direktivet såsom ”vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa enligt artikel 5 i kodexen om Schengen gränserna eller andra villkor för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten”.

48 Det följer av denna definition att varje tredjelandsmedborgare som befinner sig i en medlemsstat utan att uppfylla villkoren för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten redan av den anledningen vistas olagligt i medlemsstaten utan att det krävs att vistelsen ska vara av en viss minsta längd eller att det finns en avsikt att stanna kvar där. Att vistelsen enbart är tillfällig eller har karaktären av genomresa finns inte heller med bland de skäl som räknas upp i artikel 2.2 i direktiv 2008/115 enligt vilka medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa detta direktiv på tredjelandsmedborgare som vistas där olagligt.

49 Eftersom en tredjelandsmedborgare som reser igenom en medlemsstat med buss och som inte uppfyller villkoren för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten rent faktiskt befinner sig i denna medlemsstat, vistas vederbörande följaktligen olagligt där i den mening som avses i artikel 3 led 2 i direktiv 2008/115 och omfattas av dess tillämpningsområde enligt artikel 2.

50 Den första frågan ska därför besvaras på följande sätt. Artiklarna 2.1 och 3 led 2 i direktiv 2008/115 ska tolkas på så sätt att en tredjelandsmedborgare vistas olagligt på en medlemsstats territorium och omfattas därmed av direktivets tillämpningsområde, när vederbörande – utan att uppfylla villkoren för att resa in i, vistas eller vara bosatt i denna medlemsstat – reser igenom nämnda medlemsstat såsom passagerare på en buss som är på väg från en annan medlemsstat, som ingår i Schengenområdet, till en tredje medlemsstat, som inte ingår i Schengenområdet.

#### *Den andra och den tredje frågan*

51 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra och den tredje frågan, vilka bör prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida direktiv 2008/115 ska tolkas på så sätt att det utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning som föreskriver fängelsestraff för en tredjelandsmedborgare som har rest in olagligt och på vilken återvändandeförfarandet enligt detta direktiv ännu inte har tillämpats, och huruvida detta gäller även när nämnda medborgare kan återtas av en annan medlemsstat med tillämpning av ett avtal eller ett arrangemang i den mening som avses i artikel 6.3 i direktivet. Den hänskjutande domstolen önskar härvid få besked om huruvida domen av den 6 december 2011, Achughbalian (C-329/11, EU:C:2011:807) är relevant i målet.

52 I nyss nämnda dom slog EU-domstolen fast att direktiv 2008/115 utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning om straffrättsliga påföljder för olaglig vistelse, i den mån en tredjelandsmedborgare som uppehåller sig olagligt i en medlemsstat och inte är beredd att lämna territoriet frivilligt, kan dömas till fängelse, när inga sådana tvångsmedel som avses i artikel 8 i direktivet har använts mot honom eller henne och, för det fall han eller hon hålls i förvar för att förbereda eller genomföra avlägsnandet, maxtiden för hållande i förvar inte har löpt ut (dom av den 6 december 2011, Achughbalian, C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 50).

53 Domstolen preciserade emellertid att direktivet inte utgör hinder för att ta en tredjelandsmedborgare i förvar i avvaktan på att det ska fastställas huruvida hans eller hennes vistelse är laglig eller olaglig. De behöriga myndigheterna är härvid skyldiga att agera skyndsamt och att utan dröjsmål ta ställning till om vistelsen är olaglig eller inte (dom av den 6 december 2011, Achughbalian, C-329/11, EU:C:2011:807, punkterna 29–31).

54 Domstolen preciserade även att direktivet inte heller utgör hinder för en nationell lagstiftning som tillåter att fängelsestraff döms ut för en tredjelandsmedborgare på vilken

återvändandeförfarandet enligt direktivet har tillämpats och som uppehåller sig på nämnda territorium olagligen utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända (dom av den 6 december 2011, Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 50).

55 Vad i synnerhet gäller en nationell lagstiftning såsom artikel L.621-1 i utlänningslagen – i dess lydelse innan ändringen som gjordes genom lagen av den 31 december 2012 – som var aktuell i den ovannämnda domen och som föreskrev fängelsestraff för den tredjelandsmedborgare ”som har rest in eller vistas i Frankrike utan [att vara försedd med de handlingar och visum som krävs för inresa och, vid vistelse som överstiger 3 månader, uppehållstillstånd] eller som uppehåller sig i Frankrike under en tidsperiod som överskrider den tillåtna perioden enligt utlänningsens visum”, noterade EU-domstolen att den kan leda till fängelse, trots att en sådan tredjelandsmedborgare enligt de gemensamma normer och förfaranden som anges i artiklarna 6, 8, 15 och 16 i direktiv 2008/115 ska vara föremål för ett återvändandeförfarande och – vad gäller frihetsberövande – på sin höjd kan hållas i förvar (se dom av den 6 december 2011, Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, punkterna 10, 11, 14 och 38).

56 Det är utrett att sedan den ovannämnda domen avkunnades har utlänningslagen ändrats genom lagen av den 31 december 2012. Genom denna lag avskaffades bland annat brottsbeteckningen olaglig vistelse samtidigt som brottet olaglig inresa behölls. Artikel L.621-1 i utlänningslagen, vars innehåll domstolen erinrat om i föregående punkt, har således upphävts och artikel L. 621-2 har anpassats följdenligt. Det är mot denna bakgrund som den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida en nationell bestämmelse såsom artikel L.621-2 i utlänningslagen, i dess lydelse enligt lagen av den 31 december 2012, som föreskriver fängelsestraff för en tredjelandsmedborgare som har rest in olagligt, är förenlig med direktiv 2008/115.

57 Sélina Affum, den tjeckiska, den grekiska, den ungerska och den schweiziska regeringen liksom Europeiska kommissionen anser att domstolens tolkning i den ovannämnda domen kan tillämpas på de situationer som avses i den aktuella nationella bestämmelsen och att en tredjelandsmedborgare dessutom fortsätter att omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2008/115 även då han eller hon återtas – med tillämpning av ett avtal eller arrangemang i den mening som avses i artikel 6.3 i direktivet – av en annan medlemsstat än den där han eller hon har gripits.

58 Enligt den franska regeringen följer det däremot av artiklarna 2.2 a och 6.3 i direktiv 2008/115 samt av artikel 4.3 i kodexen om Schengengränserna att en nationell bestämmelse som den som är aktuell i det nationella målet är förenlig med direktivet.

#### Olaglig inresa enligt direktiv 2008/115

59 Det följer av både definitionen av ”olaglig vistelse” i artikel 3 led 2 i direktiv 2008/115 (se punkt 47 ovan) och av skäl 5 i samma direktiv – enligt vilket detta ”ska gälla för alla tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa, vistelse eller bosättning [i en medlemsstat]” – att en tredjelandsmedborgare ska anses vistas olagligt i en medlemsstat, om vederbörande har rest in i denna stat olagligt och därefter vistas där utan att uppfylla villkoren för inresa, vistelse eller bosättning.

60 Domstolen konstaterar därför att det finns ett nära samband mellan begreppen ”olaglig vistelse” och ”olaglig inresa” i direktiv 2008/115. En olaglig inresa utgör nämligen en sådan faktisk omständighet som kan leda till att tredjelandsmedborgaren vistas olagligt på den berörda medlemsstatens territorium.

61 En tredjelandsmedborgare som, likt Sélina Affum, har rest in olagligt på en medlemsstats territorium och därmed anses vistas där olagligt omfattas enligt artikel 2.1 i direktiv 2008/115 av

direktivets tillämpningsområde, med förbehåll för vad som stadgas i artikel 2.2 i direktivet. De gemensamma normer och förfaranden som föreskrivs i direktivet ska därför tillämpas på nämnda tredjelandsmedborgare vid avlägsnande av honom eller henne så länge hans eller hennes situation inte, i förekommande fall, har regulariserats.

62 Enligt dessa normer och förfaranden ska en tredjelandsmedborgare av nyss nämnt slag bli föremål för ett återvändandeförfarande. Turordningen för de olika stegen i det förfarandet motsvarar en gradvis upptrappning av de åtgärder som ska vidtas för att verkställa återvändandebeslutet. Vad gäller frihetsberövande åtgärder ska det i ett återvändandeförfarande åtminstone vara möjligt att ta den berörda personen i förvar i en särskild förvarsanläggning. Ett förvarstagande är emellertid strikt reglerat enligt artiklarna 15 och 16 i direktivet i syfte att säkerställa att de berörda tredjelandsmedborgarnas grundläggande rättigheter iakttas (se bland annat dom av den 28 april 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkterna 41 och 42).

63 Av samma skäl som domstolen redogjorde för i sin dom av den 6 december 2011, Achughabian (C-329/11, EU:C:2011:807) får medlemsstaterna därför inte tillåta att tredjelandsmedborgare sätts i fängelse enbart på grund av att de har rest in olagligt i landet och därmed vistas där olagligt, när återvändandeförfarandet, i den mening som avses i direktiv 2008/115, avseende dem ännu inte har avslutats. Ett fängelsestraff skulle nämligen kunna leda till att återvändandeförfarandet inte kan tillämpas och att återvändandet försenas, vilket i sin tur undergräver direktivets ändamålsenliga verkan.

64 En sådan situation skiljer sig på så sätt avsevärt från den som var aktuell i domen av den 1 oktober 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). I det målet var det fråga om en tredjelandsmedborgare som hade vistats olagligt i landet och på vilken de gemensamma normerna och förfarandena enligt direktiv 2008/115 hade tillämpats för att få denna medborgares första olagliga vistelse på en medlemsstats territorium att upphöra, varefter medborgaren dock på nytt hade rest in i denna stat i strid med inreseförbudet.

65 Det ska slutligen preciseras att direktiv 2008/115 inte utesluter möjligheten för medlemsstaterna att föreskriva fängelsestraff för andra brott än olaglig inresa, inklusive i de fall då återvändandeförfarandet ännu inte har avslutats.

66 I det nationella målet är det utrett att de franska myndigheterna inte har inlett något återvändandeförfarande enligt direktiv 2008/115 mot Sélima Affum.

67 Den franska regeringen har emellertid gjort gällande att medlemsstaterna dels har möjlighet enligt artiklarna 2.2 a och 6.3 i direktiv 2008/115 att undanta tredjelandsmedborgare som rest in i landet olagligt från direktivets tillämpningsområde, dels är skyldiga att införa sanktioner för sådana olagliga inresor enligt artikel 4.3 i kodexen om Schengen gränserna.

#### Artikel 2.2 a i direktiv 2008/115

68 Det ska inledningsvis erinras om att medlemsstaterna enligt artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 får besluta att inte tillämpa detta direktiv på tredjelandsmedborgare som har nekats inresa i enlighet med artikel 13 i kodexen om Schengen gränserna eller som grips eller hejdas av de behöriga myndigheterna i samband med att de olagligen passerar en medlemsstats yttre gräns landvägen, sjövägen eller luftvägen och som inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten.

69 Bestämmelsen innebär att de två berörda situationerna endast avser passage av en medlemsstats yttre gräns, såsom denna definieras i artikel 2 led 2 i kodexen om Schengen gränserna, och således inte gäller passage av en gemensam gräns mellan medlemsstater i Schengenområdet. Bestämmelsen ger således inte medlemsstaterna rätt att undanta

tredjelandsmedborgare som vistas där olagligt från direktivets tillämpningsområde på grund av att de har rest in olagligt via en inre gräns.

70 Vad beträffar den första av de situationer som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 är det dessutom ostridigt att det endast är tredjelandsmedborgare som önskar passera en yttre gräns för att resa in i Schengenområdet som blir föremål för ett beslut om nekad inresa enligt artikel 13 i kodexen om Schengengränserna.

71 Vad sedan gäller den andra av de situationer som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 kan det konstateras att det i den bestämmelsen talas om att nyss nämnda tredjelandsmedborgare ”inte därefter har fått tillstånd eller rätt att vistas i den medlemsstaten”, det vill säga i den medlemsstat vars yttre gräns de passerat och av vars behöriga myndigheter de gripits eller hejdats. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 68 i sitt förslag till avgörande avser denna situation således även det fallet att nämnda tredjelandsmedborgare har rest in i den berörda medlemsstatens territorium och inte det fallet att de försökt lämna detta territorium och Schengenområdet. Sistnämnda fall motsvarar dessutom direktivets syfte, vilket framgår av skäl 10, som är att främja att tredjelandsmedborgare frivilligt återvänder. Den andra situationen som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 återspeglar således den situation som avses i artikel 12.1 sista meningen i kodexen om Schengengränserna, i dess lydelse enligt förordning nr 610/2013.

72 Slutligen kan det, fortfarande beträffande den andra situationen som avses i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115, konstateras att det i den bestämmelsen anges att gripande eller hejdande av tredjelandsmedborgare ska ske ”i samband med att de olagligen passerar” en yttre gräns. Såsom Sélina Affum, den grekiska regeringen och kommissionen gjort gällande och såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 41 i sitt förslag till avgörande innebär detta ett direkt samband i tid och rum med nämnda gränspassage. Den aktuella situationen avser således tredjelandsmedborgare som gripits eller hejdats av de behöriga myndigheterna just när de var i färd med att olagligen passera den yttre gränsen eller efter denna tidpunkt i närheten av gränsen.

73 Det är vidare viktigt att påpeka att undantaget i artikel 2.2 a i direktiv 2008/115, till skillnad från undantaget i artikel 2.2 b i direktivet, är förenat med vissa skyldigheter som anges i artikel 4.4 i direktivet.

74 Det förhållandet att artikel 4.4 i direktiv 2008/115 på ett detaljerat sätt reglerar hur medlemsstaterna använder sin möjlighet enligt artikel 2.2 a i direktivet förklaras – såsom kommissionen anförde vid förhandlingen – av det mål som eftersträvas med sistnämnda bestämmelse, såsom detta framgår av direktivets tillkomsthistoria. Detta mål är att ge medlemsstaterna fortsatt möjlighet att tillämpa förenklade nationella återvändandeförfaranden vid sina yttre gränser utan att behöva iaktta samtliga steg i de förfaranden som föreskrivs i direktivet. Detta i syfte att medlemsstaterna snabbare ska kunna avlägsna tredjelandsmedborgare som grips när de passerar dessa gränser. Nämnda artikel 4.4 syftar i detta sammanhang till att säkerställa att de nationella förenklade förfarandena iakttar de minimigarantier som föreskrivs i direktiv 2008/115. Bland dessa återfinns bland annat förhållanden i samband med förvar enligt artiklarna 16 och 17 i direktivet.

75 I det nationella målet är det utrett att Sélina Affum inte anhölls med stöd av artikel L. 621-2, 1° i utlänningslagen, i dess lydelse enligt lagen av den 31 december 2012, enligt vilken en tredjelandsmedborgare som rest in olagligt i Frankrike via en yttre gräns ska dömas till ett fängelsestraff. Anhållandet skedde i stället med stöd av artikel L. 621-2, 2° i utlänningslagen, i dess lydelse enligt lagen av den 31 december 2012, med anledning av att hon hade rest in olagligt i Frankrike via den fransk-belgiska gränsen.

76 Under dessa omständigheter är det inte nödvändigt att avgöra huruvida en bestämmelse såsom artikel L. 621-2, 1° i utlänningslagen, i dess lydelse enligt lagen av den 31 december 2012, uppfyller kraven i artiklarna 2.2 a och 4.4 i direktiv 2008/115.

77 I artikel L. 621-2, 2° i utlänningslagen i dess lydelse enligt lagen av den 31 december 2012 föreskrivs att en tredjelandsmedborgare som rest in olagligt i Frankrike via en inre gräns ska dömas till ett fängelsestraff. Såsom påpekats i punkt 69 ovan ger artikel 2.2 a i direktiv 2008/115 inte medlemsstaterna rätt att undanta tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet från direktivets tillämpningsområde på grund av att de rest in olagligt i landet via en inre gräns.

78 Vad gäller det förhållandet att Sélima Affum inte greps och hejdades då hon reste in i Frankrike via en inre gräns utan då hon försökte lämna landet och Schengenområdet via tunneln under Engelska kanalen, följer det av punkt 71 ovan att detta inte på något sätt innebär att hon, som är en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet, kan undantas från tillämpningsområdet för direktiv 2008/115 enligt artikel 2.2 a däri.

#### Artikel 6.3 i direktiv 2008/115

79 Enligt artikel 6.1 i direktiv 2008/115 ska medlemsstaterna, utan att det påverkar tillämpningen av de undantag som avses i punkterna 2–5 i samma artikel, utfärda beslut om att tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium ska återvända.

80 Medlemsstaterna får enligt artikel 6.3 i direktiv 2008/115 avstå från att utfärda ett beslut om återvändande till en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium om den berörda tredjelandsmedborgaren återtas av en annan medlemsstat enligt bilaterala avtal eller arrangemang som gäller den dag detta direktiv träder i kraft. Den medlemsstat som har återtagit den berörda tredjelandsmedborgaren ska i så fall tillämpa artikel 6.1 i direktivet.

81 I likhet med vad den franska regeringen har gjort gällande och vad generaladvokaten anfört i punkt 77 i sitt förslag till avgörande finner domstolen att det arrangemang som avses i punkt 37 ovan är jämförbart med ett ”bilateralt arrangemang” i den mening som avses i artikel 6.3 i direktiv 2008/115 då det behandlar Beneluxländerna som ett enda territorium, trots att det ingåtts av fyra medlemsstater.

82 I motsats till vad den franska regeringen har gjort gällande kan artikel 6.3 i direktiv 2008/115 dock inte tolkas så, att den uppställer ett undantag från direktivets tillämpningsområde som tillkommer utöver dem som stadgas i artikel 2.2 i direktivet och som ger medlemsstaterna möjlighet att undanta tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet från gemensamma normer och förfaranden för återvändande, när en annan medlemsstat än den där nämnda medborgare gripits återtar dem med tillämpning av ett avtal eller arrangemang som existerade när direktivet trädde i kraft.

83 Såsom samtliga övriga som yttrat sig i målet har gjort gällande och såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 75 och 76 i sitt förslag till avgörande, skulle en sådan tolkning strida mot ordalydelsen i artikel 6 liksom mot systematiken i och syftet med direktiv 2008/115.

84 Det framgår därvid av ordalydelsen i artikel 6.1 och 6.3 i direktiv 2008/115 att undantaget i nämnda artikel 6.3 endast gäller skyldigheten för den medlemsstat på vars territorium den berörda medborgaren befinner sig att fatta ett beslut om återvändande beträffande denna medborgare och att vidta åtgärder för att avlägsna honom eller henne. Denna skyldighet ankommer i sådant fall på den medlemsstat som återtagit medborgaren såsom preciseras i andra meningen i nämnda artikel 6.3.

85 Slutsatsen stöds av systematiken i direktiv 2008/115, eftersom undantaget inte ingår bland de undantag från direktivets tillämpningsområde som uttryckligen anges i artikel 2.2 däri.

86 Domstolen konstaterar att det följer av ordalydelsen i och syftet med direktiv 2008/115 att situationen för en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i en medlemsstat och som med tillämpning av ett avtal eller arrangemang i den mening som avses i artikel 6.3 i direktivet återtogs av en annan medlemsstat än den där han eller hon greps fortsätter att omfattas av direktivet. En medlemsstat som beslutar att överlämna vederbörande till en annan medlemsstat med tillämpning av bestämmelsen agerar inom ramen för de gemensamma normer och förfaranden som fastställs i direktivet.

87 Ett sådant beslut om överlämnande utgör en av de åtgärder som föreskrivs i direktiv 2008/115 för att få tredjelandsmedborgarens olagliga vistelse att upphöra och ett förberedande steg inför avlägsnandet av honom eller henne från unionens territorium. Den berörda medlemsstaten måste därför – med hänsyn till direktivets syfte – anta beslutet skyndsamt och utan dröjsmål för att den nämnda medborgaren ska kunna överlämnas till den medlemsstat som är ansvarig för återvändandeförfarandet så snabbt som möjligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 december 2011, Achughabian, C-329/11, EU:C:2011:807, punkterna 31 och 45, och dom av den 15 februari 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punkt 76).

88 Att döma nämnda medborgare till ett fängelsestraff och att verkställa straffet innan vederbörande överlämnas till den sistnämnda medlemsstaten skulle på ett uppenbart sätt försena inledandet av förfarandet och därmed det faktiska avlägsnandet av den berörda medborgaren. Detta skulle i sin tur undergräva direktivets ändamålsenliga verkan.

Artikel 4.3 i kodexen om Schengengränserna.

89 Medlemsstaterna ska enligt artikel 4.3 i kodexen om Schengengränserna införa sanktioner, i enlighet med sin nationella rätt, för passage utan tillstånd av de yttre gränserna utanför gränsövergångsställena och de fasta öppethållandetiderna. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.

90 Domstolen erinrar om att bestämmelsen inte tvingar medlemsstaterna att införa fängelsestraff för de situationer som avses i bestämmelsen, utan ger medlemsstaterna frihet att välja de sanktioner de önskar anta under förutsättning att sanktionerna är effektiva, proportionella och avskräckande. Även i de situationer för vilka det i artikel 4.3 i kodexen om Schengengränserna föreskrivs en skyldighet att anta sanktioner kan medlemsstaterna följaktligen efterkomma denna skyldighet samtidigt som de iakttar de skyldigheter som följer av direktiv 2008/115. Det förhållandet att nämnda artikel 4.3 inte på något sätt är avsedd att göra undantag från de gemensamma normer och förfaranden som fastställs i direktivet bekräftas för övrigt uttryckligen i artikel 12.1 i kodexen om Schengengränserna, i dess lydelse enligt förordning nr 610/2013.

91 Vidare begränsar artikel 4.3 i kodexen om Schengengränserna medlemsstaternas skyldighet att införa sanktioner till att gälla endast ”passage utan tillstånd av de yttre gränserna utanför gränsövergångsställena och de fasta öppethållandetiderna”. Domstolen konstaterar att detta inte omfattar Sélina Affums situation. Inte heller i någon annan bestämmelse i kodexen om Schengengränserna föreskrivs sanktioner för situationer som inte avses i nämnda artikel 4.3, det vill säga passage utan tillstånd av de yttre gränserna vid gränsövergångsställena under de fasta öppethållandetiderna och passage utan tillstånd av de inre gränserna.

92 Under dessa omständigheter kan den franska regeringen inte åberopa de skyldigheter som föreskrivs för medlemsstaterna i kodexen om Schengengränserna för att motivera ett åsidosättande av direktiv 2008/115.

93 Mot denna bakgrund ska den andra och den tredje frågan besvaras enligt följande. Direktiv 2008/115 ska tolkas på så sätt att det utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning enligt vilken en tredjelandsmedborgare kan sättas i fängelse enbart på grund av att han eller hon har rest in olagligt i landet via en inre gräns och därmed vistas där olagligt, när återvändandeförfarandet, i den mening som avses i direktiv 2008/115, mot vederbörande ännu inte har avslutats. Denna tolkning gäller även när den berörda medborgaren kan återtas av en annan medlemsstat med tillämpning av ett avtal eller ett arrangemang i den mening som avses i artikel 6.3 i nämnda direktiv

### **Rättegångskostnader**

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Artiklarna 2.1 och 3 led 2 i rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna ska tolkas på så sätt att en tredjelandsmedborgare vistas olagligt på en medlemsstats territorium och omfattas därmed av direktivets tillämpningsområde, när vederbörande – utan att uppfylla villkoren för att resa in i, vistas eller vara bosatt i denna medlemsstat – reser igenom nämnda medlemsstat såsom passagerare på en buss som är på väg från en annan medlemsstat, som ingår i Schengenområdet, till en tredje medlemsstat som inte ingår i Schengenområdet.**
- 2) **Direktiv 2008/115 ska tolkas så, att det utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning enligt vilken en tredjelandsmedborgare kan sättas i fängelse enbart på grund av att han eller hon har rest in olagligt i landet via en inre gräns och därmed vistas där olagligt, när återvändandeförfarandet, i den mening som avses i direktiv 2008/115, mot vederbörande ännu inte har avslutats.**

**Denna tolkning gäller även när den berörde medborgaren kan återtas av en annan medlemsstat med tillämpning av ett avtal eller ett arrangemang i den mening som avses i artikel 6.3 i nämnda direktiv**

Underskrifter

---

\* Rättegångsspråk: franska.