



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 23. april 2020¹

Sag C-806/18

JZ

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol))

»Præjudiciel forelæggelse – område med frihed, sikkerhed og retfærdighed – direktiv 2008/115/EF – artikel 11 – indrejseforbud – tredjelandsstatsborger, der er genstand for et sådant indrejseforbud, men som aldrig har forladt den pågældende medlemsstat – frihedsstraf«

1. I forbindelse med den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) skal Domstolen endnu en gang tage stilling til, om bestemmelserne i direktiv 2008/115/EF² er til hinder for en bestemmelse i national strafferet, hvorefter ulovligt ophold straffes med fængsel.

2. Selv om den pågældende medlemsstat i den foreliggende sag i princippet kan fastsætte en sådan straf, er det særlige ved det forelagte spørgsmål, om den har gjort det på den rette måde.

Retsforskrifter

EU-retten

3. Formålet med direktiv 2008/115 defineres i direktivets artikel 1, der har overskriften »Genstand«, som følger:

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

4. Direktivets artikel 3, der har overskriften »Definitioner«, bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

¹ – Originalsprog: engelsk.

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

- 2) »ulovligt ophold«: tilstedeværelsen på en medlemsstats område af en tredjelandstatsborger, som ikke opfylder eller ikke længere opfylder [betingelserne] for [...] indrejse, ophold eller bopæl i den pågældende medlemsstat
- 3) »tilbagesendelse«: processen i forbindelse med en tredjelandstatsborgers tilbagevenden – enten frivilligt i overensstemmelse med en forpligtelse til at vende tilbage eller tvangsmæssigt – til:
 - vedkommende tredjelandstatsborgers oprindelsesland eller
 - et transitland i henhold til tilbagetagelsesaftaler på fællesskabsplan eller bilateralt plan eller i henhold til andre ordninger eller
 - et andet tredjeland, som den pågældende tredjelandstatsborger frivilligt beslutter at vende tilbage til, og hvor vedkommende vil blive modtaget
- 4) »afgørelse om tilbagesendelse«: en administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt, der fastslår eller erklærer, at en tredjelandstatsborgers ophold er ulovligt, og som pålægger eller fastslår en forpligtelse for den pågældende til at vende tilbage
- 5) »udsendelse«: håndhævelse af forpligtelsen til at vende tilbage, dvs. den fysiske transport ud af medlemsstaten
- 6) »indrejseforbud«: en administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt, som forbyder indrejse i og ophold på en medlemsstats område i en nærmere angivet periode, og som ledsager en afgørelse om tilbagesendelse

[...]

- 8) »frivillig udrejse«: opfyldelse af forpligtelsen til at vende tilbage inden for den frist, der er fastsat herfor i afgørelsen om tilbagesendelse

[...]«

5. Artikel 6 i direktiv 2008/115 med overskriften »Afgørelse om tilbagesendelse« fastsætter:

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

[...]

6. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne træffer afgørelse om ophør af lovligt ophold sammen med en afgørelse om tilbagesendelse og/eller en afgørelse om udsendelse og/eller en afgørelse om indrejseforbud i en og samme administrative eller retslige afgørelse eller retsakt i henhold til deres nationale lovgivning, jf. dog de retssikkerhedsgarantier, der gælder i henhold til kapitel III og i henhold til andre relevante bestemmelser i fællesskabslovgivningen og national lovgivning.«

6. Direktivets artikel 8 med overskriften »Udsendelse« har følgende ordlyd:

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

[...]

3. Medlemsstaterne kan vedtage en særskilt administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt om udsendelse.«

7. Direktivets artikel 11 har overskriften »Indrejseforbud« og har følgende ordlyd:

»1. Afgørelser om tilbagesendelse ledsages af et indrejseforbud:

- a) hvis der ikke er indrømmet en frist for frivillig udrejse, eller
- b) hvis forpligtelsen til at vende tilbage ikke er efterkommet.

I andre tilfælde kan afgørelser om tilbagesendelse ledsages af et indrejseforbud.

2. Varigheden af indrejseforbuddet fastsættes under behørig hensyntagen til alle relevante forhold i den enkelte sag og må i princippet ikke overstige fem år. Den kan dog overstige fem år, hvis tredjelandstatsborgeren udgør en alvorlig trussel mod den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den nationale sikkerhed.

3. Medlemsstaterne overvejer at ophæve eller suspendere et indrejseforbud, når en tredjelandstatsborger, der er genstand for et indrejseforbud udstedt i overensstemmelse med stk. 1, andet afsnit, kan påvise, at vedkommende har forladt en medlemsstats område i fuld overensstemmelse med en afgørelse om tilbagesendelse.

[...]«

8. Artikel 12, stk. 1, første afsnit, i samme direktiv bestemmer: »Afgørelser om tilbagesendelse og, hvis der er udstedt sådanne, afgørelser om indrejseforbud og afgørelser om udsendelse skal affattes skriftligt og angive de faktiske og retlige grunde samt oplyse om de retsmidler, der er til rådighed.«

Nederlandsk ret

9. Vreemdelingenwet 2000 (udlændingeloven af 2000) af 23. november 2000, som ændret med virkning fra den 31. december 2011 til gennemførelse af direktiv 2008/115 (herefter »udlændingeloven«), bestemmer i artikel 61, stk. 1, at en udlænding, der ikke eller ikke længere har lovligt ophold, på eget initiativ skal forlade Nederlandene inden for den frist, der er fastsat i nævnte lovs artikel 62, hvis stk. 1 og 2 gennemfører artikel 7, stk. 1 og 4, i direktiv 2008/115.

10. Udlændingelovens artikel 66a, som har til formål at gennemføre artikel 11, stk. 2, i direktiv 2008/115, fastsætter i stk. 1, at der træffes afgørelse om indrejseforbud over for den udlænding, som ikke på eget initiativ har forladt Nederlandene inden for den fastsatte frist.

11. I henhold til udlændingelovens artikel 66a, stk. 4, har et indrejseforbud en bestemt varighed på højst fem år, medmindre udlændingen udgør en alvorlig fare for den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den nationale sikkerhed. Varigheden beregnes fra den dato, hvor udlændingen faktisk har forladt Nederlandene.

12. I medfør af udlændingelovens artikel 66a, stk. 7, kan en udlænding, som er genstand for et indrejseforbud, under ingen omstændigheder have lovligt ophold:

- »a) såfremt han ved endelig og retskraftig dom er blevet dømt for en lovovertrædelse, for hvilken der er fastsat en fængselsstraf på tre år eller mere
- b) såfremt han er til fare for den offentlige orden eller den nationale sikkerhed

- c) såfremt han udgør en alvorlig trussel som omhandlet i stk. 4, eller
- d) såfremt han i henhold til en traktat eller af hensyn til Nederlandenes internationale forbindelser skal nægtes ethvert ophold«.

13. I medfør af artikel 197 i Wetboek van Strafrecht (straffeloven), som affattet ved lov af 15. december 2011 (Stb. 2011, nr. 663), kan en udlænding, der opholder sig i Nederlandene, selv om han ved eller har rimelig grund til at antage, at han på grundlag af en lovbestemmelse er blevet erklæret for uønsket, eller at der er blevet pålagt ham et indrejseforbud i henhold til artikel 66a, stk. 7, i udlændingeloven, bl.a. idømmes en fængselsstraf på højst seks måneder.

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og det præjudicielle spørgsmål

14. Ved kendelse af 14. april 2000 blev JZ erklæret for uønsket udlænding i henhold til den dagældende lovgivning³.

15. Ved en afgørelse fra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (statssekretæren for sikkerheds- og justitsspørgsmål, Nederlandene) af 19. marts 2013 blev erklæringen om, at den pågældende var uønsket, efter anmodning fra JZ ophævet i forbindelse med ændringen af udlændingeloven pr. 31. december 2011 som følge af gennemførelsen af direktiv 2008/115/EF. Ved denne afgørelse blev der også udstedt et indrejseforbud over for JZ på fem år i henhold til udlændingelovens artikel 66a, stk. 7, hvorved erklæringen om, at den pågældende var uønsket, ophævedes fra det tidspunkt, hvor indrejseforbuddet trådte i kraft. Ifølge afgørelsen har denne ophævelse imidlertid ingen betydning for JZ's pligt til udrejse. JZ skulle således af sig selv straks forlade Nederlandene eller kunne udsendes. Efter udlændingelovens artikel 62a, stk. 2, udgør denne afgørelse en tilbagesendelsesafgørelse.

16. Som grunde anføres i afgørelsen bl.a., at JZ flere gange er dømt for forskellige lovovertrædelser. Ifølge afsnit A4/3.3 i Vreemdelingen circulaire 2000 (udlændingecirkulæret af 2000) betragtes enhver tiltale eller domfældelse for en lovovertrædelse som en fare for den offentlige orden. Da JZ udgjorde en fare for den offentlige orden, skulle han i henhold til udlændingelovens artikel 62, stk. 2, litra c), straks forlade Nederlandene. Der blev derfor i henhold til artikel 66a, stk. 1, litra a), i udlændingeloven af 2000 udstedt et indrejseforbud over for ham. I henhold til udlændingelovens artikel 66a, stk. 7, kan JZ som følge af indrejseforbuddet ikke have lovligt ophold.

17. Gerechtshof Amsterdam (appeldomstolen i Amsterdam, Nederlandene) fastslog, at tilbagesendelsesproceduren var blevet fulgt. Efter afgørelsen af 19. marts 2013 har JZ imidlertid ikke forladt Nederlandene. Det ligger fast, at han i strid med afgørelsen den 21. oktober 2015 opholdt sig i Amsterdam. I henhold til straffelovens artikel 197 er det strafbart for en udlænding at opholde sig i Nederlandene, når han ved eller har tungtvejende grunde til at formode, at der er udstedt et indrejseforbud over for ham i medfør af udlændingelovens artikel 66a, stk. 7. Ved dom afsagt af Gerechtshof Amsterdam (appeldomstolen i Amsterdam) blev JZ derfor idømt en fængselsstraf på to måneder.

18. JZ iværksatte kassationsappel til prøvelse af denne dom ved Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol).

3 – Artikel 21 i Vreemdelingenwet 1994 (udlændingeloven af 1994). Denne erklæring medførte kort sagt, at såvel fortsat ophold i Nederlandene som tilbagevenden til og ophold i Nederlandene efter udrejsen blev strafbart, såfremt også de øvrige betingelser efter straffelovens artikel 197 var opfyldt.

19. På denne baggrund har Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og ved afgørelse af 27. november 2018, indgået til Domstolen den 20. december 2018, at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er en national straffebestemmelse, hvorefter det er strafbart for en statsborger fra et tredjeland at opholde sig på nederlandsk område, efter at der er blevet udstedt et indrejseforbud over for ham i henhold til artikel 66a, stk. 7, i udlændingeloven af 2000, og det på grundlag af national ret ligger fast, at denne udlænding ikke har lovligt ophold i Nederlandene, og det endvidere ligger fast, at etaperne i tilbagesendelsesproceduren i henhold til [direktiv 2008/115] er afsluttet, men den faktiske tilbagesendelse ikke har fundet sted, forenelig med EU-retten, særligt Domstolens dom af 26. juli 2017, [...] Ouhrani mod Nederlandene (sag C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, præmis 49), hvorefter det i [...] artikel 11 [i direktiv 2008/115] omhandlede indrejseforbud først får »retsvirkning« fra tidspunktet for udlændingens tilbagesendelse til dennes oprindelsesland eller et andet tredjeland?»

20. Der er indgivet skriftlige indlæg af JZ, den tjekkiske, den tyske og den nederlandske regering samt af Europa-Kommissionen. Alle disse parter var repræsenteret ved retsmødet, der blev afholdt den 6. februar 2020.

Bedømmelse

21. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om bestemmelserne i direktiv 2008/115 er til hinder for national lovgivning, hvorefter en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold pålægges en fængselsstraf, når den adfærd, der anses for strafbar, er defineret med henvisning til udstedelsen af et indrejseforbud, som endnu ikke er trådt i kraft, da den pågældende ikke har forladt landet.

Frihedsberøvelse som følge af direktiv 2008/115

22. Domstolen har i mange tilfælde haft lejlighed til at bedømme national lovgivning i forhold til direktiv 2008/115, når der er tale om fængsling af tredjelandsstatsborgere på grund af deres ulovlige ophold.

23. I princippet tilsidesætter frihedsberøvelse af en person i form af en fængselsstraf nemlig i sagens natur formålet med direktiv 2008/115, som er at sikre en korrekt tilbagesendelse af den pågældende. Dette er grunden til, at Domstolen gentagne gange har fastslået, at medlemsstaterne ikke kan anvende en straffelovgivning, som kan bringe virkeliggørelsen af de mål, der forfølges med nævnte direktiv, i fare, og som derfor kan fratage direktivet dets effektive virkning⁴.

24. Indtil tidspunktet for den frivillige eller tvangsmæssige håndhævelse af forpligtelsen til at vende tilbage, og følgelig den effektive tilbagesendelse af den pågældende til dennes oprindelsesland, et transitland eller et andet tredjeland som omhandlet i artikel 3, nr. 3), i direktiv 2008/115, er spørgsmålet om, hvorvidt den pågældendes ophold er ulovligt, reguleret af afgørelsen om tilbagesendelse⁵. Indrejseforbuddet får først virkning fra dette tidspunkt, ved at den pågældende i en bestemt periode efter sin tilbagesendelse forbydes at genindrejse og på ny at opholde sig på medlemsstaternes område⁶.

4 – Jf. dom af 28.4.2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 53-55), af 6.12.2011, Achughabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 33), af 6.12.2012, Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, præmis 32), af 1.10.2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, præmis 21), og af 7.6.2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, præmis 63).

5 – Jf. dom af 26.7.2017, Ouhrani (C-225/16, EU:C:2017:590, præmis 49).

6 – Ibidem.

25. Som jeg allerede har forklaret⁷, har Domstolen i praksis anerkendt to situationer, hvor direktiv 2008/115 ikke er til hinder for at idømme en tredjelandstatsborger en fængselsstraf, fordi vedkommende opholder sig ulovligt, nemlig i situationer, hvor den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i direktiv 2008/115, er blevet anvendt, og tredjelandstatsborgeren opholder sig ulovligt på området uden gyldig begrundelse for den manglende tilbagevenden («Achughbabian-situationen»)⁸, og situationer, hvor tilbagesendelsesproceduren er blevet anvendt, og den pågældende person genindrejser på medlemsstatens område i strid med et indrejseforbud («Celaj-situationen»)⁹.

26. Direktiv 2008/115 indfører således et fuldstændigt system med henblik på at sikre, at en tredjelandstatsborger med ulovligt ophold forlader Unionens område. Når i) en tredjelandstatsborger er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, dvs. at den pågældende opholder sig ulovligt på en medlemsstats område¹⁰, ii) når denne medlemsstat ikke har besluttet ikke at anvende det nævnte direktiv af de grunde, der er udtømmende opregnet heri¹¹, og iii) den pågældende ikke kan drage fordel af retten til fri bevægelighed¹² som defineret i artikel 2, stk. 5, i forordning (EU) 2016/399¹³, skal den pågældende tredjelandstatsborger sendes tilbage¹⁴. De forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i medfør af artikel 6 ff. i direktiv 2008/115, er varige og kontinuerlige, og de finder anvendelse uden afbrydelse i den forstand, at de opstår automatisk, så snart betingelserne i disse artikler er opfyldt. Hvis en medlemsstat, når det er blevet fastslået, at en tredjelandstatsborger opholder sig ulovligt på dens område, ikke træffer en afgørelse om tilbagesendelse, men i stedet udvirker, at den pågældende fængsles, er det i realiteten en tilsidesættelse af medlemsstatens forpligtelser i henhold til direktiv 2008/115¹⁵.

27. Den nyere Ouhrami-sag, der vedrørte den retlige karakter af et indrejseforbud¹⁶, fuldender billedet. Indtil tidspunktet for den frivillige eller tvangsmæssige håndhævelse af forpligtelsen til at vende tilbage, og følgelig den effektive tilbagesendelse af den pågældende til dennes oprindelsesland, et transitland eller et andet tredjeland som omhandlet i artikel 3, nr. 3), i direktiv 2008/115, er spørgsmålet om, hvorvidt den pågældendes ophold er ulovligt, reguleret af afgørelsen om tilbagesendelse¹⁷. Indrejseforbuddet får først virkning fra dette tidspunkt, ved at den pågældende i en bestemt periode efter sin tilbagesendelse forbydes at genindrejse og på ny at opholde sig på medlemsstaternes område¹⁸.

JZ's situation

28. På grundlag af denne retspraksis kan der drages tre foreløbige konklusioner i den foreliggende sag.

29. For det første er der ikke tale om en »Celaj-situation«¹⁹, idet der ikke har fundet nogen ny indrejse sted til nederlandsk område. JZ har aldrig forladt Nederlandene.

7 – Jf. mit forslag til afgørelse Affum (C-47/15, EU:C:2016:68, punkt 48-56).

8 – Jf. dom af 6.12.2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 50 og første led af domskonklusionen).

9 – Jf. dom af 1.10.2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, præmis 33 og domskonklusionen).

10 – Jf. artikel 2, stk. 1, i direktiv 2008/115.

11 – Jf. artikel 2, stk. 2, i direktiv 2008/115.

12 – Jf. artikel 2, stk. 3, i direktiv 2008/115.

13 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 9.3.2016 om en EU-kodeks for personers grænsepassage (Schengengrænsekodeks) (EUT 2016, L 77, s. 1).

14 – Naturligvis med forbehold af undtagelserne i artikel 6, stk. 2-5, i direktiv 2008/115.

15 – Jf. mit forslag til afgørelse Celaj (C-290/14, EU:C:2015:285, punkt 50).

16 – Jf. artikel 3, stk. 6, og artikel 11 i direktiv 2008/115.

17 – Dom af 26.7.2017, Ouhrami (C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, præmis 49).

18 – Ibidem.

19 – Jf. punkt 25 i nærværende forslag til afgørelse.

30. For det andet vedrører den foreliggende sag et oprindeligt ulovligt ophold, der er reguleret af afgørelsen om tilbagesendelse, og ikke, som i *Ouhrami-sagen*²⁰, et senere ulovligt ophold, som er en følge af en tilsidesættelse af et indrejseforbud som omhandlet i artikel 11 i direktiv 2008/115.

31. Hvad for det tredje angår »Achughbabian-situationen«²¹ kan Kongeriget Nederlandene i princippet pålægge JZ en fængselsstraf for ulovligt ophold, når den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i direktiv 2008/115, er blevet anvendt, og tredjelandsstatsborgeren opholder sig ulovligt på dette område uden gyldig begrundelse for den manglende tilbagevenden.

32. Det er imidlertid ikke, hvad Nederlandene har gjort. Selv om der er gennemført en resultatløs tilbagesendelsesprocedure over for JZ, og JZ fortsat opholder sig ulovligt på nederlandsk område uden gyldig begrundelse for den manglende tilbagevenden, er *grunden* til, at JZ er genstand for en strafferetlig sanktion og dermed frihedsberøvelse, ikke den resultatløse tilbagesendelsesprocedure, men den omstændighed, at JZ er blevet pålagt et indrejseforbud. Dermed er der ikke tale om en »Achughbabian-situation« i denne sag.

33. Den foreliggende sag vedrører således ikke spørgsmålet om, *hvorvidt* en medlemsstat i en situation som den i hovedsagen omhandlede kan foreskrive pålæggelse af en fængselsstraf (ja, det kan den), men snarere den nederlandske lovgivers faktiske *gennemførelse* af denne mulighed, for så vidt som straffelovens artikel 197 straffer en persons ulovlige ophold, når den pågældende er vidende om, at vedkommende er pålagt et indrejseforbud, der i sager som den i hovedsagen omhandlede endnu ikke er trådt i kraft, da den pågældende endnu ikke er udrejst.

34. Ifølge JZ fremgår det af begrundelsen til forslaget til ændring af straffelovens artikel 197, at den nederlandske regering med dette forslag alene ønskede at indføre en sanktion for overtrædelse af et indrejseforbud og ikke at straffe ulovligt ophold, hvilket den havde til hensigt at behandle ved fremsættelse af et særskilt lovforslag. Ifølge JZ blev der faktisk fremsat et forslag herom den 7. januar 2013, men det blev efterfølgende trukket tilbage den 14. maj 2014 af politiske grunde.

35. Ifølge den nederlandske regering har den nederlandske lovgiver derimod besluttet at gøre »skærpet ulovligt ophold« (dvs. ethvert ulovligt ophold af en udlænding, der ved eller har vægtige grunde til at tro, at vedkommende har været genstand for et indrejseforbud i Nederlandene i henhold til udlændingelovens artikel 66a, stk. 7) til en strafbar handling i henhold til straffelovens artikel 197, selv om »det blotte ulovlige ophold« ikke er strafbart i henhold til nederlandsk ret.

36. Det henhører bestemt ikke under Domstolens kompetence at afgøre spørgsmålet om fortolkningen af straffelovens artikel 197, som synes at være omstridt på nationalt plan.

37. Med henblik på at vejlede den forelæggende ret og give et brugbart svar på dens spørgsmål skal Domstolen imidlertid undersøge, om en fortolkning af straffelovens artikel 197, hvorefter den påtalte adfærd kan defineres med henvisning til påleggelsen af et indrejseforbud, der endnu ikke er trådt i kraft, da den pågældende endnu ikke er udrejst, er forenelig med EU-retten.

38. Den nederlandske og den tyske regering har gjort gældende, at selv om medlemsstaterne i en »Achughbabian-situation« kan straffe ulovligt ophold efter en resultatløs tilbagesendelsesprocedure, kan de så meget desto mere begrænse den strafferetlige sanktion til de »Achughbabian-situationer«, hvor den pågældende person udgør en trussel mod den offentlige orden, hvilket indrejseforbuddet er

20 – Dom af 26.7.2017 (C-225/16, EU:C:2017:590).

21 – Jf. punkt 25 i nærværende forslag til afgørelse.

udtryk for. I denne henseende har disse regeringer fremhævet forskellen mellem pålæggelse af et indrejseforbud og dets ikrafttræden. Det er gjort gældende, at en national straffebestemmelse kan lade den omstændighed, at der foreligger et indrejseforbud, indgå blandt de forhold, der udgør en lovovertrædelse.

39. Efter min opfattelse kan der ikke herske tvivl om, at der skal sondres mellem tidspunktet for pålæggelsen af et indrejseforbud og det tidspunkt, hvor dette forbud får virkning. Som allerede anført ovenfor kan Nederlandene under visse betingelser pålægge strafferetlige sanktioner for ulovligt ophold. Dette henhører under deres kompetence i straffesager.

40. I denne henseende skal det fremhæves, at ordlyden i straffelovens artikel 197 er beklagelig, henset til ordlyden af direktiv 2008/115, idet den slører den klare sondring, der i direktivet foretages mellem en tilbagesendelsesafgørelse og et indrejseforbud. Selv en velvillig fortolkning af denne bestemmelse kræver intellektuelle piruetter. JZ har med rette anført, at denne bestemmelse langt fra er klar i denne henseende. Selv om man i denne bestemmelse i national strafferet ikke foretager den samme terminologiske sondring som den, der er fastsat i direktiv 2008/115, forekommer den mig imidlertid ikke at være i strid med dette direktivs ordlyd eller formål. Det kan ikke benægtes, at der på trods af den lidt uklare formulering af straffelovens artikel 197 ikke er noget, der tyder på, at dens anvendelse, herunder i den foreliggende sag, ændrer det samspil mellem en tilbagesendelsesafgørelse og et indrejseforbud, der er fastsat i direktiv 2008/115. Selv om dette direktiv i øvrigt ikke er til hinder for, at der pålægges en strafferetlig sanktion, kræver direktivet ikke, at den nationale strafferet fuldt ud afspejler den samme ordlyd.

41. For at fjerne enhver tvivl²² skal det nævnes, at situationen i den foreliggende sag uden tvivl er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/115²³. Eftersom Kongeriget Nederlandene i henhold til dette direktivs artikel 6, stk. 1, er underlagt en varig og kontinuerlig forpligtelse til at udstede og fuldbyrde en tilbagesendelsesafgørelse, en forpligtelse, der gælder uden afbrydelse, er – midlertidig – fængsling af en person omfattet af denne procedure. En national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede må derfor ikke være i strid med ordlyden af direktiv 2008/115.

42. Selv om den tjekkiske regering i denne henseende har gjort gældende, at den foreliggende sag ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/115 ud fra argumentet om, at dette direktiv ikke harmoniserer de nationale bestemmelser, der straffer ulovligt ophold, er det min opfattelse, at denne regering fra et korrekt udgangspunkt er nået frem til en fejlagtig konklusion. Det er ubestridt, at direktiv 2008/115 ikke harmoniserer de nationale bestemmelser, der straffer ulovligt ophold. Direktiv 2008/115 kan imidlertid være til hinder for sådanne bestemmelser, da de ikke må bringe direktivets ordlyd eller formål i fare. Dette er trods alt selve kernen i Domstolens praksis, som er sammenfattet ovenfor med udgangspunkt i El Dridi-dommen²⁴. Det skal i denne forbindelse først bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at selv om medlemsstaternes strafferetlige kompetence på området for ulovlig indvandring og ulovligt ophold i princippet ikke er begrænset ved direktiv 2008/115, kan de ikke vedtage strafferetlige bestemmelser, der kan bringe virkeliggørelsen af de mål, som forfølges med et direktiv, i fare, og dermed fratage direktivet dets effektive virkning²⁵.

43. Jeg konkluderer derfor indtil videre, at bestemmelserne i direktiv 2008/115 ikke er til hinder for en national straffebestemmelse som straffelovens artikel 197.

22 – I retsmødet har Kommissionen tilsyneladende anført, at en situation som i den foreliggende sag ligger uden for anvendelsesområdet for direktiv 2008/115. Det samme gør sig gældende for den tyske og den tjekkiske regering.

23 – Som Kommissionen med rette har fremhævet i sit indlæg, er Kongeriget Nederlandene ikke forpligtet til at vedtage strafferetlige bestemmelser om straf for ulovligt ophold. Gør medlemsstaten imidlertid dette, skal den overholde direktivet, herunder Domstolens praksis, som er sammenfattet ovenfor.

24 – Dom af 28.4.2011 (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

25 – Jf. navnlig dom af 28.4.2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 54 ff.).

44. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt de omhandlede bestemmelser er forenelige med Den Europæiske Unions grundlæggende rettigheder for så vidt angår denne bestemmelses manglende klarhed.

45. De nationale bestemmelser i den foreliggende sag er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/115 og dermed af gennemførelsen af EU-retten som omhandlet i chartrets artikel 51, stk. 1. De skal overholde de generelle EU-retlige principper, herunder de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartret. Man kan i denne forbindelse se på de nationale bestemmelser, der skal styrke den effektive virkning af direktiv 2008/115 ved at tilskynde tredjelandsstatsborgere til at efterkomme en afgørelse om tilbagesendelse og et efterfølgende indrejseforbud. Med andre ord sikrer medlemsstaterne ved indførelsen af indrejseforbuddet, at direktivets formål overholdes. Subsidiært kan det ligeledes antages, at den omhandlede nationale lovgivning potentielt skader den effektive virkning af direktiv 2008/115, hvilket ville føre til, at den omhandlede situation minder om en undtagelse fra EU-retten²⁶. Ud fra denne logik skal de situationer, hvor direktiv 2008/115 giver medlemsstaterne mulighed for at frihedsberøve en person, for hvem dette direktiv finder anvendelse, i form af fængselsstraf, forstås som undtagelser fra dette direktivs hovedformål. Følgelig finder chartret anvendelse i den foreliggende sag, uanset hvordan man anvender den pågældende nationale lovgivning.

46. I denne henseende præciseres det i chartrets artikel 52, stk. 1, at enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved chartret, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold samt skal være omfattet af proportionalitetsprincippet. For så vidt som chartret indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), bestemmer chartrets artikel 52, stk. 3, at de skal have samme betydning og omfang som i konventionen, idet det præciseres, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse. Med henblik på fortolkningen af chartrets artikel 6 skal der således tages hensyn til EMRK's artikel 5 som tærskel for minimumsbeskyttelse.

47. Ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal enhver frihedsberøvelse være lovlig, ikke blot således at den skal have et retsgrundlag i den nationale lovgivning, men lovlighed omhandler også lovgivningens kvalitet og indebærer, at en national lov, der tillader frihedsberøvelse, skal være tilstrækkeligt tilgængelig, præcis og forudsigelig i sin anvendelse for at undgå enhver fare for vilkårlighed²⁷.

48. Jeg vil i øvrigt minde om chartrets artikel 49, stk. 1, hvorefter ingen kan kendes skyldig i et strafbart forhold på grund af en handling eller undladelse, som ikke udgjorde en forbrydelse efter national ret eller international ret på det tidspunkt, den blev begået. Dette indebærer efter min opfattelse, at medlemsstaterne er forpligtede til at udforme deres strafferetlige bestemmelser, så de er tilstrækkeligt specifikke til at gøre det muligt at identificere og fortolke den strafbare handlingens omfang og udstrækningen af dens virkning. En strafferetlig bestemmelse skal være tilgængelig og dens mening letforståelig. Enhver tvivl bør undgås.

49. Jeg skal understrege, at for så vidt angår foreneligheden med chartret er der færre muligheder for en velvillig fortolkning af den nationale bestemmelse, end det var muligt for så vidt angår foreneligheden med direktiv 2008/115. Det tilkommer den forelæggende ret at analysere den omhandlede bestemmelses forenelighed med de grundlæggende rettigheder på grundlag af chartret, sammenholdt med EMRK, herunder den ovennævnte retspraksis. For det tilfælde, at den forelæggende ret ønsker at anvende straffelovens artikel 197 på tvisten i hovedsagen, skal denne ret efter sin analyse

26 – Med hensyn til sidstnævnte har Domstolen allerede fastslået, at Den Europæiske Unions grundlæggende rettigheder finder anvendelse; jf. dom af 30.4.2014, Pflieger m.fl. (C-390/12, EU:C:2014:281).

27 – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolens dom af 21.10.2013, Del Río Prada mod Spanien (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, præmis 125).

nå til den konklusion, at det klart fremgår af denne bestemmelse, hvilken konkret handling der anses for strafbar. Det skal med andre ord fastslås, at tilsidesættelsen af forpligtelsen til at forlade Nederlandene i sig selv udgør en strafbar handling. I mangel af en sådan konstatering er legalitetsprincippet ikke overholdt.

Forslag til afgørelse

50. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16. december 2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, der foreskriver pålæggelse af en fængselsstraf for en tredjelandstatsborger med ulovligt ophold, når den strafbare adfærd er defineret ved henvisning til pålæggelsen af et indrejseforbud, som endnu ikke er trådt i kraft, da den pågældende ikke er udrejst, for så vidt som denne lovgivning er tilstrækkelig specifik til at gøre det muligt at identificere og fortolke den strafbare handlings omfang og udstrækningen af dens virkning, hvilket det tilkommer den nationale ret at efterprøve.«