



Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 17 september 2020*

”Begäran om förhandsavgörande – Område med frihet, säkerhet och rättvisa – Återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna – Direktiv 2008/115/EG – Artikel 11 – Inreseförbud – Tredjelandsmedborgare gentemot vilken sådant inreseförbud har utfärdats men som aldrig har lämnat den berörda medlemsstaten – Nationell lagstiftning i vilken föreskrivs ett fängelsestraff med anledning av nämnda tredjelandsmedborgares vistelse i den medlemsstaten trots att vederbörande har kännedom om det inreseförbud som utfärdats gentemot denne”

I mål C-806/18,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna), genom beslut av den 27 november 2018, som inkom till domstolen den 20 december 2018, i brottmålet mot

JZ

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Regan samt domarna I. Jarukaitis, E. Juhász, M. Ilešič (referent) och C. Lycourgos,

generaladvokat: M. Szpunar,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 6 februari 2020,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- JZ, genom S. J. van der Woude och J. P. W. Temminck Tuinstra, advocaten,
- Nederländernas regering, genom K. Bulterman, H. S. Gijzen och J. Langer, samtliga i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek, J. Vlácil, A. Brabcová och A. Pagáčová, samtliga i egenskap av ombud,
- Tysklands regering, genom R. Kanitz, i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom C. Cattabriga och R. Troosters, båda i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: nederländska.

och efter att den 23 april 2020 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, 2008, s. 98).
- 2 Begäran har framställts i ett brottmål mot JZ, som är född år 1969 i Algeriet och som är medborgare i detta tredjeland, avseende vistelse i Nederländerna den 21 oktober 2015 trots att vederbörande var medveten om att det hade utfärdats ett inreseförbud gentemot denne genom beslut av den 19 mars 2013.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

- 3 Skälen 2, 4 och 14 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 förvaltrad migrationspolitik.
 - ...
 - (14) Verkningarna av nationella återvändandeåtgärder bör ges en europeisk dimension genom införande av ett inreseförbud som förbjuder inresa och vistelse på alla medlemsstaters territorium. Inreseförbudets varaktighet bör fastställas med hänsyn till alla relevanta omständigheter i det enskilda fallet och bör i normala fall inte överstiga fem år. Att den berörda tredjelandsmedborgaren redan har omfattats av mer än ett beslut om återvändande eller beslut om avlägsnande, eller har rest in på en medlemsstats territorium under tiden för ett inreseförbud bör i detta sammanhang särskilt beaktas.”
- 4 Artikel 1 i direktiv 2008/115 har rubriken ”Syfte”. Där föreskrivs 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 [union]srätten och internationell rätt, inklusive flyktingsskydd och förpliktelser i fråga om mänskliga rättigheter.”

5 I artikel 3, med rubriken ”Definitioner”, i detta direktiv anges 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 [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, 2006, s. 1)] 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 [unionen] 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.

6. *inreseförbud*: ett administrativt eller rättsligt beslut om förbud mot inresa och vistelse på medlemsstaternas territorium under en viss period, som åtföljer ett beslut om återvändande.

...

8. *frivillig avresa*: fullgörande av skyldigheten att återvända inom den tidsram som fastställts i beslutet om återvändande.

...”

6 I artikel 6, med rubriken ”Beslut om återvändande”, i direktivet föreskrivs 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.

...

6. Detta direktiv ska inte hindra medlemsstaterna från att anta ett beslut om att avsluta en laglig vistelse tillsammans med ett beslut om återvändande och/eller ett beslut om avlägsnande och/eller inreseförbud inom ramen för ett enda administrativt eller rättsligt beslut i enlighet med deras nationella lagstiftning, utan att det påverkar tillämpningen av rättssäkerhetsgarantierna enligt kapitel III och andra relevanta bestämmelser i [unions]lagstiftningen och nationell lagstiftning.”

7 I artikel 7, med rubriken ”Frivillig avresa”, i samma direktiv föreskrivs följande:

”1. 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. ...

...

4. Om det finns risk för avvikande eller om en ansökan om laglig vistelse avvisats såsom uppenbart ogrundad eller bedräglig eller om den berörda personen utgör en risk för allmän ordning, allmän säkerhet eller nationell säkerhet, får medlemsstaterna avstå från att bevilja någon tidsfrist för frivillig avresa eller bevilja en kortare tidsfrist än sju dagar.”

8 I artikel 8, med rubriken ”Avlägsnande”, i direktiv 2008/115 föreskrivs 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.

...

3. Medlemsstaterna får anta ett separat administrativt eller rättsligt beslut om avlägsnande.

...”

9 I artikel 11, med rubriken ”Inreseförbud”, i samma direktiv anges 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. Det får emellertid överstiga fem år om tredjelandsmedborgaren utgör ett allvarligt hot mot allmän ordning, allmän säkerhet eller nationell säkerhet.

3. Medlemsstaterna ska överväga att upphäva ett inreseförbud, eller besluta att det tills vidare inte ska gälla, om en tredjelandsmedborgare som är föremål för ett inreseförbud utfärdat i enlighet med punkt 1 andra stycket kan visa att han eller hon har lämnat en medlemsstats territorium i full överensstämmelse med ett beslut om återvändande.

...”

10 Enligt artikel 20 i nämnda direktiv skulle medlemsstaterna senast den 24 december 2010 sätta i kraft de lagar och andra författningar som var nödvändiga för att följa direktivet.

Nederländsk rätt

Utlänningslagen

- 11 I Wet tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet (Vreemdelingenwet 2000) (2000 års utlänningslag) av den 23 november 2000 (Stb. 2000, nr 495), i dess lydelse från och med den 31 december 2011 för införlivande av direktiv 2008/115 med den nederländska rättsordningen (nedan kallad Vw), föreskrivs i artikel 61.1 att en tredjelandsmedborgare som inte för närvarande, eller inte längre, vistas lagligt i landet på eget initiativ ska lämna Nederländerna inom den frist som anges i artikel 62 Vw. Genom artikel 62.1 och 62.2 i nämnda lag införlivas artikel 7.1 och 7.4 i direktiv 2008/115 med den nederländska rättsordningen.
- 12 I artikel 66a Vw, vars syfte är att införliva artikel 11.2 i direktiv 2008/115 med den nederländska rättsordningen, föreskrivs i punkt 1 att ett beslut om inreseförbud ska antas gentemot en tredjelandsmedborgare som inte på eget initiativ har lämnat Nederländerna inom den föreskrivna fristen.
- 13 Enligt artikel 66a.4 Vw utfärdas inreseförbudet för en viss tidsperiod, som inte får överstiga fem år, såvida inte tredjelandsmedborgaren utgör ett allvarligt hot mot allmän ordning, allmän säkerhet eller nationell säkerhet. Denna tidsperiod ska beräknas från den tidpunkt då tredjelandsmedborgaren faktiskt lämnade Nederländerna.
- 14 Enligt artikel 66a.7 Vw kan en tredjelandsmedborgare som omfattas av ett inreseförbud, inte vistas lagligt i Nederländerna
 - ”a) om tredjelandsmedborgaren genom en lagakraftvunnen dom har dömts för brott som är belagt med fängelsestraff på minst tre år,
 - b) om tredjelandsmedborgaren utgör hot mot allmän ordning eller nationell säkerhet,
 - c) om tredjelandsmedborgaren utgör ett allvarligt hot i den mening som avses i punkt 4, eller
 - d) om tredjelandsmedborgaren ska nekas rätt att vistas där enligt ett fördrag, eller i syfte att värna Nederländernas internationella relationer.”

Strafflagen

- 15 I artikel 197 i Wetboek van Strafrecht (strafflagen), i dess lydelse enligt lag av den 15 december 2011 (Stb. 2011, nr 663) (nedan kallad strafflagen), kan en tredjelandsmedborgare som vistas i Nederländerna, trots att vederbörande är medveten om eller har rimliga skäl att anta att den med stöd av en lagbestämmelse har förklarats vara icke önskvärd, eller att ett inreseförbud har utfärdats gentemot denne i enlighet med artikel 66a.7 Vw, bland annat dömas till fängelse i högst sex månader.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

- 16 Genom beslut av den 14 april 2000 förklarades JZ vara ”icke önskvärd” med tillämpning av den nationella lagstiftning som då var i kraft.
- 17 Genom beslut av Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (statssekreterare med ministerlika befogenheter med ansvar för säkerhets- och justitiefrågor, Nederländerna) av den 19 mars 2013, upphävdes förklaringen som icke önskvärd på JZ:s begäran efter det att bestämmelserna om införlivande av direktiv 2008/115 med nederländsk rätt trätt i kraft. I beslutet föreskrivs emellertid en

skyldighet för den berörda personen att omedelbart lämna Nederländerna, varvid det preciseras att delgivningen av beslutet enligt nederländsk rätt ska betraktas som ett ”beslut om återvändande” i den mening som avses i artikel 6 i direktivet. Genom samma beslut utfärdas dessutom ett inreseförbud för JZ för en period på fem år, på grund av att denne varit föremål för flera fällande brottmålsdomar.

- 18 Den 21 oktober 2015 konstaterades att JZ, i strid med beslutet av den 19 mars 2013, hade vistats i Amsterdam (Nederländerna).
- 19 JZ dömdes i första instans för denna överträdelse med stöd av artikel 197 i strafflagen. I andra instans, vid Gerechtshof Amsterdam (Appellationsdomstolen i Amsterdam, Nederländerna), gjorde JZ gällande att denna artikel endast syftar till att straffbelägga en vistelse som ägt rum i strid med ett inreseförbud, vilket emellertid inte har några rättsverkningar förrän den berörda personen har lämnat medlemsstaternas territorium. Eftersom JZ inte lämnade Nederländerna efter det att inreseförbudet hade utfärdats, är rekvisiten för brottet enligt JZ inte uppfyllda, vilket innebär att det inte kan påföras någon påföljd med tillämpning av nämnda artikel i strafflagen.
- 20 Genom dom av den 4 maj 2017 dömde emellertid Gerechtshof Amsterdam (Appellationsdomstolen i Amsterdam), med stöd av samma artikel i strafflagen, JZ till två månaders fängelse.
- 21 JZ överklagade domen till den hänskjutande domstolen, Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna). Den hänskjutande domstolen har påpekat att EU-domstolen i domen av den 26 juli 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590), bland annat slog fast att ett inreseförbud inte får rättsverkningar förrän vid den tidpunkt då tredjelandsmedborgaren faktiskt återvänder till sitt ursprungsland eller till ett annat tredjeland. I en del av doktrinen dras härav slutsatsen att det inte är möjligt att med stöd av artikel 197 i strafflagen lagföra en tredjelandsmedborgare som ännu inte har återvänt till sitt ursprungsland eller till ett annat tredjeland. Enligt en annan del av doktrinen kan denna dom däremot inte tolkas på det sättet, eftersom nämnda artikel i strafflagen endast hänför sig till den tidpunkt då inreseförbudet utfärdas och till den omständigheten att tredjelandsmedborgaren har fått kännedom om detta.
- 22 Mot denna bakgrund beslutade den hänskjutande domstolen Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

”Är nationella bestämmelser som gör det straffbart för en tredjelandsmedborgare att vistas i Nederländerna efter det att ett inreseförbud har utfärdats mot denne i enlighet med artikel 66a.7 [Vw] – när tredjelandsmedborgaren enligt nationell rätt inte vistades lagligt i Nederländerna och det vidare är utrett att de i [direktiv 2008/115] fastställda stegen i återvändandeförfarandet har genomförts men det faktiska återvändandet inte har ägt rum – förenliga med unionsrätten, i synnerhet med EU-domstolens bedömning i domen av den 26 juli 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590, punkt 49) att det inreseförbud som avses i artikel 11 i återvändandedirektivet inte ger upphov till rättsverkningar förrän vid den tidpunkt då tredjelandsmedborgaren återvänder till sitt hemland eller till ett annat tredjeland?”

Prövning av tolkningsfrågan

- 23 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida direktiv 2008/115, och särskilt artikel 11 däri, ska tolkas så, att det utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning i vilken det föreskrivs att ett fängelsestraff får dömas ut för en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet och med avseende på vilken det återvändandeförfarande som införts genom detta direktiv har avslutats, utan att den berörda personen faktiskt har lämnat medlemsstaternas territorium, när det brottsliga beteendet avser olaglig vistelse samtidigt som den berörda tredjelandsmedborgaren hade kännedom om att denne var föremål för ett inreseförbud som utfärdats med anledning av dennes

tidigare brottsliga gärningar eller den risk som denne utgör för allmän ordning eller nationell säkerhet. I detta sammanhang vill den hänskjutande domstolen bland annat få klarhet i vilka slutsatser som ska dras av domen av den 26 juli 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590).

- 24 Domstolen erinrar inledningsvis om att direktiv 2008/115 enligt skäl 2 syftar till 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. I skäl 4 i direktivet preciseras att en sådan effektiv återvändandepolitik är en nödvändig del av en väl förvaltd migrationspolitik. Såsom framgår av såväl rubriken som artikel 1 i direktiv 2008/115 fastställs genom detta direktiv ”gemensamma normer och förfaranden” som varje medlemsstat ska tillämpa för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (dom av den 28 april 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkterna 31 och 32, och dom av den 30 maj 2013, *Arslan*, C-534/11, EU:C:2013:343, punkt 42).
- 25 Direktiv 2008/115 avser emellertid endast återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna och syftar således inte till någon harmonisering av samtliga medlemsstaters regler om utlännings vistelse. Direktivet utgör följaktligen inte hinder för att olaglig vistelse i en medlemsstats lagstiftning kvalificeras som ett brott och det däri föreskrivs straffrättsliga påföljder för att avskräcka från och beivra sådana överträdelser (dom av den 6 december 2011, *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 28, och dom av den 6 december 2012, *Sagor*, C-430/11, EU:C:2012:777, punkt 31).
- 26 Enligt fast rättspraxis får en medlemsstat emellertid inte tillämpa straffrättslig lagstiftning som kan äventyra fullgörandet av målen med direktiv 2008/115 och följaktligen frånta direktivet dess ändamålsenliga verkan. Även om straffrätten och straffprocessrätten i princip omfattas av medlemsstaternas behörighet, kan detta rättsområde likväl påverkas av unionsrätten. Av detta följer att oaktat den omständigheten att varken artikel 63 första stycket punkt 3 b EG, som återges i artikel 79.2 c FEUF, eller direktiv 2008/115, som antogs bland annat med stöd av nämnda bestämmelse i EG-fördraget, utesluter medlemsstaternas behörighet på straffrättsområdet vad gäller olaglig invandring och olaglig vistelse i landet, så måste medlemsstaterna ändå utforma sin lagstiftning på detta område på ett sådant sätt att det säkerställs att unionsrätten iakttas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 april 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punkterna 53–55, dom av den 6 december 2011, *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 33, och dom av den 6 december 2012, *Sagor*, C-430/11, EU:C:2012:777, punkt 32).
- 27 EU-domstolen har slagit fast att direktiv 2008/115 utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning om straffrättsliga påföljder för olaglig vistelse, i den mån en tredjelandsmedborgare som vistas 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, *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 50).
- 28 Domstolen har emellertid preciserat att detta inte utesluter möjligheten för medlemsstaterna att anta eller behålla bestämmelser, i förekommande fall av straffrättslig karaktär, som med iakttagande av principerna i direktiv 2008/115 och direktivets syfte reglerar en situation där tvångsmedlen inte har gjort det möjligt att avlägsna en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet. Direktivet utgör följaktligen inte hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken en tredjelandsmedborgare, på vilken återvändandeförfarandet enligt direktivet har tillämpats och vilken vistas olagligt i den berörda medlemsstaten utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända, får dömas till fängelse (dom av den 6 december 2011, *Achughbaban*, C-329/11, EU:C:2011:807, punkterna 46, 48 och 50).
- 29 Domstolen konstaterar således att Konungariket Nederländerna, med tillämpning av denna rättspraxis, i princip i sin lagstiftning får föreskriva en möjlighet att döma en tredjelandsmedborgare till fängelse i en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet, där återvändandeförfarandet enligt

direktiv 2008/115, enligt uppgifter i begäran om förhandsavgörande, har avslutats, men den berörda personen fortsätter att vistas olagligt i landet utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända.

- 30 För det andra ska det prövas huruvida det är förenligt med direktiv 2008/115 att det beteende som innebär att en tredjelandsmedborgares olagliga vistelse kan straffbeläggas efter det att återvändandeförfarandet genomförts utan resultat ska bedömas med hänsyn till tredjelandsmedborgarens kännedom om att ett inreseförbud utfärdats gentemot honom eller henne bland annat på grund av hans eller hennes tidigare brottsliga gärningar eller den risk han eller hon utgör för allmän ordning eller nationell säkerhet.
- 31 Domstolen framhåller härvidlag att enligt artikel 11.1 i direktiv 2008/115 ska beslut om återvändande åtföljas av ett inreseförbud om inte någon tidsfrist för frivillig avresa har beviljats eller om åläggandet att återvända inte har hörtsammats. I andra fall får beslut om återvändande åtföljas av ett inreseförbud.
- 32 I punkterna 45–51 i domen av den 26 juli 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590), vars räckvidd den hänskjutande domstolen vill få klarhet i, angav domstolen i huvudsak att det följer såväl av uttrycket ”inreseförbud”, av ordalydelsen i artikel 3 leden 4 och 6 i direktiv 2008/115, av ordalydelsen och syftet med nämnda artikel 11.1 samt av systematiken i detta direktiv vari det görs en tydlig åtskillnad mellan beslutet om återvändande och ett eventuellt beslut om avlägsnande, å ena sidan, och inreseförbudet, å andra sidan, att ett sådant förbud är avsett att komplettera ett beslut om återvändande genom att den berörda personen under en viss tidsperiod efter sitt ”återvändande”, och således efter det att vederbörande har lämnat medlemsstaternas territorium, inte har rätt att resa in på detta territorium på nytt och därefter vistas där. Ett eventuellt inreseförbud utgör således ett medel som är avsett att öka effektiviteten av unionens återvändandepolitik, genom att säkerställa att en tredjelandsmedborgare inte lagligen får återvända till medlemsstaternas territorium under en viss tidsperiod efter det att vederbörande avlägsnats från det territoriet på grund av olaglig vistelse. För att ett sådant förbud ska få verkan krävs följaktligen att den berörda personen först har lämnat territoriet.
- 33 Av detta följer att fram till dess att skyldigheten att återvända har fullgjorts, frivilligt eller genom tvångsmedel, är tredjelandsmedborgarens vistelse olaglig på grund av beslutet om återvändande och inte på grund av inreseförbudet, vilket inte får rättsverkningar förrän tredjelandsmedborgaren faktiskt lämnar medlemsstaternas territorium.
- 34 Domstolen konstaterar således att i en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet, där den berörda personen inte lämnade Nederländerna sedan beslutet om återvändande antagits och skyldigheten att återvända som fastställdes i det beslutet följaktligen inte fullgjordes, befinner sig den berörda personen i en rättsstridig situation som uppstått till följd av en ursprunglig olaglig vistelse och inte av en senare olaglig vistelse som är följden av ett åsidosättande av ett inreseförbud i den mening som avses i artikel 11 i direktiv 2008/115 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 juli 2017, *Ouhrami*, C-225/16, EU:C:2017:590, punkt 55).
- 35 I en sådan situation kan den berörda personen inte straffas för överträdelse av ett inreseförbud, eftersom det inte föreligger någon sådan överträdelse.
- 36 Enligt JZ framgår det bland annat av bakgrunden till artikel 197 i strafflagen att denna bestämmelse endast syftar till att beivra överträdelser av ett inreseförbud och inte en ursprunglig olaglig vistelse. Om så faktiskt är fallet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra, utgör direktiv 2008/115, och i synnerhet artikel 11 däri, hinder för att nämnda nationella bestämmelse tillämpas i en sådan situation som den i det nationella målet, där den berörda personen aldrig har lämnat medlemsstaternas territorium.

- 37 Den nederländska regeringen anser däremot att artikel 197 i strafflagen syftar till att beivra varje olaglig vistelse av en tredjelandsmedborgare som haft kännedom om att det utfärdats ett inreseförbud gentemot honom eller henne, oberoende av huruvida den berörda medborgaren faktiskt har åsidosatt detta förbud. Den nederländska lagstiftaren har nämligen beslutat att genom denna bestämmelse beivra "kvalificerad olaglig vistelse", det vill säga varje olaglig vistelse som en tredjelandsmedborgare gör sig skyldig till som känner till eller har rimliga skäl att anta att han eller hon har blivit föremål för ett inreseförbud enligt artikel 66a.7 Vw, medan en "enkel olaglig vistelse" inte är straffbar enligt nederländsk rätt. Artikel 66a.7 Vw är tillämplig när den berörda personen har dömts, och domen vunnit laga kraft, för ett brott för vilket han eller hon döms till fängelse i tre år eller mer, om vederbörande utgör en risk för allmän ordning eller nationell säkerhet eller utgör ett allvarligt hot i den mening som avses i artikel 66a.4, eller när vederbörande ska nekas rätt att vistas där enligt ett fördrag, eller i syfte att värna Konungariket Nederländernas internationella relationer.
- 38 Om den hänskjutande domstolen anser att den sistnämnda tolkningen av artikel 197 i strafflagen är den rätta, ska det påpekas att eftersom det enligt den rättspraxis som det hänvisas till i punkt 28 ovan i princip är tillåtet för medlemsstaterna att utdöma fängelsestraff för varje tredjelandsmedborgare på vilken återvändandeförfarandet har tillämpats och vilken fortsätter att vistas olagligt på deras territorium utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända, finns det i än högre grad skäl att tillåta medlemsstaterna att föreskriva ett sådant straff med avseende på enbart de nämnda tredjelandsmedborgare som till exempel tidigare har gjort sig skyldiga till brott eller utgör en risk för allmän ordning eller nationell säkerhet.
- 39 Det är dessutom i princip inte oförenligt med direktiv 2008/115, och i synnerhet inte med artikel 11 i direktivet, att en tredjelandsmedborgares brottsliga beteende i nationell rätt definieras med hänvisning till dennes olagliga vistelse i den berörda medlemsstaten samtidigt som vederbörande hade kännedom om att ett inreseförbud hade utfärdats gentemot honom eller henne på grund av ett sådant beteende eller en sådan risk.
- 40 Såsom har påpekats i punkterna 32–36 ovan har ett inreseförbud emellertid ingen verkan om skyldigheten att återvända inte har fullgjorts och kan således inte anses ha åsidosatts i en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet, där den berörda personen aldrig har lämnat medlemsstaternas territorium. För att det ska kunna vara tillämpligt i denna situation får brottsrekvisiten således inte vara formulerade på så sätt att ett sådant åsidosättande krävs.
- 41 Det ska slutligen erinras om att när straffrättsliga påföljder utdöms för tredjelandsmedborgare med avseende på vilka återvändandeförfarandet har tillämpats och som vistas olagligt i en medlemsstat utan att det föreligger något giltigt skäl för att inte återvända, ska grundläggande rättigheter till fullo iaktas, däribland de som stadgas i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (dom av den 6 december 2011, Achughabian, C-329/11, EU:C:2011:807, punkt 49). Enligt praxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna måste en lag som ger domstolen behörighet att frihetsberöva en person vara tillräckligt tillgänglig, precis och förutsebar vid dess tillämpning för att undvika varje risk för godtycke (Europadomstolen, 21 oktober 2013, Del Río Prada mot Spanien, CE:ECHR:2013:1021JUD 004275009, § 125).
- 42 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida tillämpningen av artikel 197 i strafflagen på en sådan situation som den som är aktuell i det nationella målet uppfyller dessa krav.
- 43 Av det anförda följer att tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Direktiv 2008/115, och särskilt artikel 11 däri, ska tolkas så, att det inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning i vilken det föreskrivs att ett fängelsestraff får dömas ut för en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet och med avseende på vilken det återvändandeförfarande som införts genom detta direktiv har avslutats, utan att den berörda personen faktiskt har lämnat medlemsstaternas territorium, när det brottsliga beteendet avser olaglig vistelse samtidigt som den berörda tredjelandsmedborgaren hade

kännedom om att han var föremål för ett inreseförbud som utfärdats med anledning av dennes tidigare brottsliga gärningar eller den risk som han utgör för allmän ordning eller nationell säkerhet, under förutsättning att åsidosättande av nämnda inreseförbud inte är ett rekvisit för brottet och att dessa bestämmelser är tillräckligt tillgängliga, precisa och förutsebara när de ska tillämpas för att undvika varje risk för godtycke, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

Rättegångskostnader

- 44 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 (femte avdelningen) följande:

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, och särskilt artikel 11 däri, ska tolkas så, att det inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning i vilken det föreskrivs att ett fängelsestraff får dömas ut för en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet och med avseende på vilken det återvändandeförfarande som införts genom detta direktiv har avslutats, utan att den berörda personen faktiskt har lämnat medlemsstaternas territorium, när det brottsliga beteendet avser olaglig vistelse samtidigt som den berörda tredjelandsmedborgaren hade kännedom om att han var föremål för ett inreseförbud som utfärdats med anledning av dennes tidigare brottsliga gärningar eller den risk som han utgör för allmän ordning eller nationell säkerhet, under förutsättning att åsidosättande av nämnda inreseförbud inte är ett rekvisit för brottet och att dessa bestämmelser är tillräckligt tillgängliga, precisa och förutsebara när de ska tillämpas för att undvika varje risk för godtycke, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva.

Underskrifter