



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 31. januar 2013¹

Sag C-534/11

**Mehmet Arslan
mod**

Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Nejvyšší správní soud (Den Tjekkiske Republik))

»Tredjelandstatsborger — ulovligt ophold — frihedsberøvelse med henblik på tilbageførsel til grænsen — direktiv 2008/115/EF — ansøgning om international beskyttelse — direktiv 2005/85/EF — direktiv 2003/9/EF — retsmisbrug«

I – Indledning

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, der blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 20. oktober 2011, vedrører navnlig fortolkningen af artikel 2, stk. 1, i – sammenholdt med niende betragtning til – 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 ophold² (herefter »tilbagesendelsesdirektivet«) og samvirket mellem disse bestemmelser og Rådets direktiv 2005/85/EF af 1. december 2005 om minimumsstandarder for procedurer for tildeling og fratagelse af flygtningestatus i medlemsstaterne³.

2. Denne præjudicielle forelæggelse er foranlediget af en tvist mellem Mehmet Arslan, der er tyrkisk statsborger, og Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (Den Tjekkiske Republiks politi, regionaldirektoratet for Ústí-regionen, fremmedpolitiafdelingen, herefter »sagsøgte i hovedsagen«). Mehmet Arslan indrejste og tog ophold på Den Tjekkiske Republiks område uden behørig tilladelse. Sagsøgte i hovedsagen besluttede at frihedsberøve ham for et tidsrum på 60 dage med henblik på at gennemføre hans administrative udsendelse. Mehmet Arslan anlagde søgsmål ved de tjekkiske retter til prøvelse af sagsøgte i hovedsagens afgørelse om at forlænge hans frihedsberøvelse for en yderligere periode på 120 dage. Mehmet Arslan gjorde gældende, at der på datoen for afgørelsen om at forlænge varigheden af hans frihedsberøvelse ikke længere var nogen rimelig udsigt til, at hans udsendelse kunne gennemføres inden udløbet af den maksimale periode for

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EUT L 348, s. 98

3 — EUT L 326, s. 13

frihedsberøvelse, der er fastsat i den nationale lov, nemlig 180 dage. Ifølge Mehmet Arslan ville denne frist således nødvendigvis blive overskredet som følge af hans ansøgning om international beskyttelse (herefter »asylansøgning«)⁴ og hans hensigt om at anvende og udtømme alle de processuelle og domstolsmæssige muligheder, der finder anvendelse i forbindelse med denne ansøgning.

3. Den forelæggende ret er i tvivl først og fremmest om anvendeligheden af tilbagesendelsesdirektivet på en tredjelandstatsborger med ulovligt ophold, der indgiver en asylansøgning som omhandlet i direktiv 2005/85, og dernæst om, hvorvidt en sådan ansøgning skal have den følge, at vedkommendes frihedsberøvelse med henblik på udsendelse baseret på tilbagesendelsesdirektivet bringes til ophør.

4. På baggrund af disse spørgsmål rejser den præjudicielle forelæggelse problemet om den mulige udnyttelse af bestemmelserne om asyl i den hensigt at gøre anvendelsen af tilbagesendelsesdirektivet virkningsløs.

II – Retsforskrifter

A – EU-retten

1. Tilbagesendelsesdirektivet

5. Niende betragtning til tilbagesendelsesdirektivet anfører følgende:

»I henhold til [...] direktiv [2005/85] bør en tredjelandstatsborger, der har ansøgt om asyl i en medlemsstat, ikke anses for at opholde sig ulovligt på den medlemsstats område, før der gives afslag på ansøgningen, eller en afgørelse, der bringer den pågældendes opholdsret som asylansøger til ophør, er trådt i kraft.«

6. Tilbagesendelsesdirektivets artikel 2, stk. 1, bestemmer følgende:

»Dette direktiv finder anvendelse på tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold på en medlemsstats område.«

7. Tilbagesendelsesdirektivets artikel 3, nr. 2), definerer begrebet »ulovligt ophold« som »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«.

8. I henhold til tilbagesendelsesdirektivets artikel 5 respekterer medlemsstaterne non-refoulement-princippet, som er knæsat i Genèvekonventionens artikel 33⁵, herunder når de gennemfører dette direktiv.

4 — Ifølge artikel 2, litra b), i direktiv 2005/85 forstås ved »ansøgning« eller »asylansøgning« »en ansøgning indgivet af en tredjelandstatsborger eller statsløs, hvis det må antages at være en anmodning om en medlemsstats internationale beskyttelse i henhold til [konventionen om flygtninges retsstilling, undertegnet i Genève den 28.7.1951 (*United Nations Treaty Series*, bind 189, s. 150, nr. 2545 (1954))], der trådte i kraft den 22.4.1954 og blev suppleret ved protokollen om flygtninges retsstilling, indgået i New York den 31.1.1967, der for sin del trådte i kraft den 4.10.1967 (herefter »Genèvekonventionen«)]. Enhver anmodning om international beskyttelse formodes at være en asylansøgning, medmindre den pågældende udtrykkeligt anmoder om en anden form for beskyttelse, som der kan ansøges om særskilt«. I dette forslag til afgørelse vil jeg benytte begreberne »asylansøgning« og »asylansøger«. Jf. ligeledes artikel 2, litra b), i Rådets direktiv 2003/9/EF af 27.1.2003 om fastlæggelse af minimumsstandarder for modtagelse af asylansøgere i medlemsstaterne (EUT L 31, s. 18).

5 — Nævnte artikel 33, der har overskriften »Forbud mod udvisning eller afvisning«, fastsætter i sit stk. 1 følgende: »Ingen kontraherende stat må på nogen som helst måde udvise eller afvise en flygtning ved grænserne til sådanne områder, hvor hans liv eller frihed ville være truet på grund af hans race, religion, nationalitet, hans tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller hans politiske anskuelser.«

9. Tilbagesendelsesdirektivets artikel 6, stk. 1, fastsætter, at »[m]edlemsstaterne træffer afgørelse om tilbagesendelse vedrørende enhver tredjelandsstatsborger, som opholder sig ulovligt på deres område [...]«.

10. Tilbagesendelsesdirektivets artikel 9, stk. 1, litra a), bestemmer, at medlemsstaterne udsætter en udsendelse, hvis den vil krænke non-refoulement-princippet.

11. Tilbagesendelsesdirektivets artikel 15 har følgende ordlyd:

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

- a) der er risiko for, at den pågældende vil forsvinde, eller
- b) den pågældende tredjelandsborger undviger eller lægger hindringer i vejen for forberedelsen af tilbagesendelses- eller udsendelsesprocessen.

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

[...]

4. Når der af retlige eller andre grunde ikke længere synes at være rimelig udsigt til udsendelse, eller når betingelserne i stk. 1 ikke længere foreligger, ophører frihedsberøvelsen med at være berettiget, og den pågældende person løslades omgående.

5. Frihedsberøvelsen opretholdes, så længe betingelserne i stk. 1 er opfyldt, og så længe det er nødvendigt for at sikre velgennemført udsendelse. Hver medlemsstat fastsætter en begrænset periode for frihedsberøvelsen, der ikke må overstige seks måneder.

6. Medlemsstaterne må ikke forlænge den periode, der er omhandlet i stk. 5, undtagen i en begrænset periode på yderligere 12 måneder i overensstemmelse med national ret, hvis udsendelsesproceduren uanset alle rimelige bestræbelser kan forventes at tage længere tid som følge af

- a) manglende samarbejde fra den pågældende tredjelandsstatsborgers side eller
- b) forsinkelser i forbindelse med fremskaffelsen af nødvendige dokumenter fra tredjelande.«

2. Direktiv 2005/85

12. Direktiv 2005/85 opstiller minimumsstandarder for procedurer for tildeling og fratagelse af flygtningestatus. Direktivet regulerer hovedsageligt indgivelsen af asylansøgningerne, proceduren for behandling af disse ansøgninger samt asylansøgernes rettigheder og pligter under hele denne procedure.

13. Artikel 7 i direktiv 2005/85 fastsætter følgende:

»1. Ansøgere har lov til at forblive i medlemsstaten, men kun med henblik på proceduren og indtil den besluttende myndighed har truffet afgørelse efter de procedurer i første instans, der er fastsat i kapitel III. Denne ret til at forblive giver ikke ret til opholdstilladelse.

2. Medlemsstaterne må kun indrømme en undtagelse fra denne regel, hvis en fornyet ansøgning ikke vil blive realitetsbehandlet, jf. artikel 32 og 34, eller hvis de vil overgive eller udlevere en person til enten en anden medlemsstat i henhold til forpligtelser, der følger af en europæisk arrestordre, eller til tredjeland eller til internationale straffedomstole eller -tribunaler.«

14. Artikel 18 i direktiv 2005/85 bestemmer følgende:

»1. Medlemsstaterne frihedsberøver ikke en person alene med den begrundelse, at vedkommende er asylansøger.

2. Hvis en asylansøger frihedsberøves, sikrer medlemsstaterne, at der er mulighed for hurtig domstolsprøvelse.«

15. Artikel 23, stk. 4, i direktiv 2005/85 fastsætter følgende:

»Medlemsstaterne kan ligeledes fastsætte, at en behandlingsprocedure [...] prioriteres eller fremskyndes, såfremt:

[...]

g) ansøgeren har afgivet inkonsekvente, modstridende, usandsynlige eller utilstrækkelige forklaringer, hvilket klart gør det utroværdigt, at ansøgeren skulle have været udsat for forfølgelse som omhandlet i direktiv 2004/83/EF ^[6], eller

[...]

j) ansøgeren udelukkende indgiver en ansøgning for at forsinke eller forhindre fuldbyrdelsen af en tidligere eller forestående afgørelse, som ville medføre udsendelse af ham/hende, eller

[...]

l) ansøgeren er indrejst ulovligt på medlemsstaternes område eller har forlænget sit ophold ulovligt og uden gyldig grund enten har undladt at melde sig til myndighederne eller at indgive en asylansøgning, så snart det var muligt i betragtning af omstændighederne omkring vedkommendes indrejse [...]

[...]«

3. Direktiv 2003/9

16. Artikel 7 i direktiv 2003/9 bestemmer følgende:

»1. Asylansøgere kan færdes frit på værtsmedlemsstatens område eller på et område, som de har fået anvist af denne medlemsstat. Det anviste område må ikke berøre privatlivets ukrænkelighed, og det skal give tilstrækkelige muligheder for at sikre adgang til alle de ydelser, der er omhandlet i dette direktiv.

2. Medlemsstaterne kan bestemme, hvor asylansøgeren skal opholde sig i almenhedens interesse, af hensyn til den offentlige orden, eller når det er nødvendigt for en hurtig behandling og effektiv opfølgning af ansøgningen.

6 — Rådets direktiv af 29.4.2004 om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandsstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse (EUT L 304, s. 12).

3. I tilfælde, hvor det af retlige hensyn og af hensyn til den offentlige orden viser sig nødvendigt, kan medlemsstaterne indespærre en asylansøger på et særligt sted i overensstemmelse med deres nationale lovgivning.

[...]«

B – Tjekkisk ret

17. Tilbagesendelsesdirektivet er hovedsageligt blevet gennemført i tjekkisk ret ved en ændring af lov nr. 326/1999 Sb. om udlændinges ophold på Den Tjekkiske Republiks område (herefter »lov om udlændinges ophold«).

18. I medfør af denne lovs artikel 124 er politiet »bemyndiget til at frihedsberøve en udlænding, der er over 15 år, over for hvem der er sket underretning om indledningen af en administrativ udsendelsesprocedure, over for hvem der allerede er blevet truffet en endelig afgørelse om administrativ udsendelse, eller over for hvem en anden medlemsstat i Den Europæiske Union har udstedt et indrejseforbud med gyldighed for Den Europæiske Unions medlemsstaters område, og hvor vedtagelsen af særlige foranstaltninger med henblik på frivillig udsendelse ikke er tilstrækkelig«, og såfremt mindst en af de i nævnte artikels litra b) og e) omhandlede betingelser er opfyldt, dvs. at »der er en risiko for, at udlændingen vil forhindre eller besværliggøre gennemførelsen af afgørelsen om administrativ udsendelse«, og at »udlændingen er registreret i de kontraherende parters informationssystem«.

19. Ifølge artikel 125, stk. 1, i lov om udlændinges ophold kan varigheden af frihedsberøvelsen som hovedregel⁷ ikke overstige 180 dage.

20. Artikel 127 i lov om udlændinges ophold bestemmer følgende:

»1. Frihedsberøvelsen skal uden opsættelse bringes til ophør

a) når begrundelsen for frihedsberøvelsen ikke længere er til stede

[...]

d) såfremt udlændingen har opnået asyl eller en subsidiær beskyttelse, eller

e) såfremt udlændingen har opnået en længerevarende opholdstilladelse med henblik på sin beskyttelse på området.

2. Indgivelsen af en ansøgning om international beskyttelse under frihedsberøvelsen udgør ikke en begrundelse, der berettiger til, at denne bringes til ophør.«

21. Direktiv 2005/85 er hovedsageligt blevet gennemført i tjekkisk ret ved en ændring af lov nr. 325/1999 om asyl. Denne lovs artikel 85, litra a), fastsætter følgende:

»1) Ved erklæringen med henblik på international beskyttelse ophører gyldigheden af et længerevarende visum eller en længerevarende opholdstilladelse, der er tildelt i medfør af gældende særlovgivning.

⁷ — Nævnte lovs artikel 125, stk. 2, fastsætter de undtagelser, der giver mulighed for at overskride denne frist. Ifølge den forelæggende ret er disse undtagelser ikke anvendelige i Mehmet Arslans tilfælde.

- 2) Den retlige status for en udlænding, der følger af vedkommendes anbringelse i et center for frihedsberøvede, berøres ikke af en eventuel erklæring med henblik på international beskyttelse eller af en eventuel ansøgning om international beskyttelse (artikel 10).
- 3) Den udlænding, der har afgivet en erklæring med henblik på international beskyttelse eller indgivet en ansøgning om international beskyttelse, er, på de betingelser, der er fastsat i gældende særlovgivning, forpligtet til at forblive i centret for frihedsberøvede.«

III – Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

22. Den 1. februar 2011 blev Mehmet Arslan anholdt af en patrulje fra det tjekkiske politi og frihedsberøvet. Den 2. februar 2011 blev der truffet afgørelse om udsendelse af ham. Ved afgørelse af 8. februar 2011 blev varigheden af Mehmet Arslans frihedsberøvelse forlænget til 60 dage med den begrundelse, at det navnlig i betragtning af hans tidligere adfærd kunne formodes, at han ville forsøge at forhindre gennemførelsen af afgørelsen om udsendelse. Der blev i afgørelsen redegjort for, at Mehmet Arslan, der var i besiddelse af et identitetskort fra Republikken Tyrkiet, var indrejst ulovligt i Schengenområdet, og at han havde opholdt sig i først Østrig og siden Den Tjekkiske Republik uden rejsedokument eller visum. Desuden blev det i denne afgørelse anført, at Mehmet Arslan allerede var blevet tilbageholdt i 2009 på græsk område i besiddelse af et falsk pas, var blevet tilbagesendt til sit oprindelsesland og var blevet registreret i Schengeninformationssystemet som en person, der har indrejseforbud i Schengenområdet for perioden fra den 26. januar 2010 til den 26. januar 2013.

23. Den 8. februar 2011, dvs. syv dage efter sin frihedsberøvelse og seks dage efter afgørelsen om udsendelse af ham, men på samme dato som afgørelsen om at forlænge varigheden af hans frihedsberøvelse til 60 dage, indgav Mehmet Arslan en asylansøgning over for de tjekkiske myndigheder.

24. Den 25. marts 2011 blev Mehmet Arslans frihedsberøvelse ved afgørelse fra sagsøgte i hovedsagen forlænget med 120 dage med den begrundelse, at denne forlængelse var nødvendig af hensyn til forberedelserne af gennemførelsen af hans udsendelse, eftersom afgørelsen om administrativ udsendelse ikke kunne gennemføres i den periode, hvor hans asylansøgning blev behandlet. Ifølge afgørelsen af 25. marts 2011 blev asylansøgningen indgivet af Mehmet Arslan med det formål at besværliggøre gennemførelsen af afgørelsen om udsendelse. Det anførtes i øvrigt i denne afgørelse, at Tyrkiets ambassade frem til denne dato stadig ikke havde udfærdiget noget erstatningsrejsedokument til Mehmet Arslan, hvilket ligeledes forhindrede gennemførelsen af afgørelsen om udsendelse.

25. Der erindres om, at Mehmet Arslan anlagde søgsmål ved Krajský soud (regional domstol, Den Tjekkiske Republik) til prøvelse af afgørelsen af 25. marts 2011, idet han gjorde gældende, at der på det tidspunkt, hvor denne afgørelse blev truffet, henset til hans asylansøgning ikke længere var nogen rimelig udsigt til, at hans udvisning kunne gennemføres i løbet af den maksimale periode for frihedsberøvelse på 180 dage, der er fastsat i lov om udlændinges ophold. Mehmet Arslan tilkendegav desuden sin hensigt om, i tilfælde af afslag fra indenrigsministeriet på hans asylansøgning, at indbringe ministeriets afgørelse til domstolsprøvelse, hvilket loven tillægger opsættende virkning. Han nævnte endvidere muligheden for, i tilfælde af frifindelse af indenrigsministeriet, at indgive en kassationsanke til Nejvyšší správní soud (Tjekkietts øverste forvaltningsdomstol), hvilket ligeledes har opsættende virkning.

26. I betragtning af den sædvanlige varighed af retslige procedurer i sådanne sager mente Mehmet Arslan, at det var urealistisk, at beslutningen om administrativ udsendelse kunne blive gennemført inden for nævnte frist på 180 dage. Under disse omstændigheder var afgørelsen om forlængelse af 25. marts 2011 i strid med artikel 15, stk. 1 og 4, i tilbagesendelsesdirektivet såvel som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis vedrørende artikel 5, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der blev

undertegnet i Rom den 4. november 1950⁸.

27. Ifølge Mehmet Arslan var den omhandlede afgørelse ulovlig, ikke på grund af en uforenelighed med asylretten, men fordi en grundlæggende betingelse for hans frihedsberøvelse, nemlig en rimelig udsigt til udsendelse inden udløbet af den maksimale frist for denne frihedsberøvelse, ikke var opfyldt.

28. Krajský soud frifandt sagsøgte i hovedsagen ved dom af 27. april 2011, idet den fandt, at Mehmet Arslans argumentation »var helt igennem i hans egen interesse og af spekulativ karakter«, eftersom det ikke kunne udelukkes, at asylansøgningsproceduren medregnet dens eventuelle retslige procedurer ville forløbe inden for den ved afgørelsen af 25. marts 2011 fastsatte frist. Mehmet Arslan indgav en kassationsanke til den forelæggende ret, idet han i det væsentlige støttede sig på de samme argumenter, som han havde fremført i første instans.

29. Ved afgørelse af 12. april 2011 meddelte indenrigsministeriet afslag på Mehmet Arslans asylansøgning. Mehmet Arslan anlagde søgsmål til prøvelse af denne afgørelse.

30. Den 27. juli 2011, det vil i praksis sige ved udløbet af den frist, der var fastsat i den af Mehmet Arslan anfægtede afgørelse, bragte de tjekkiske myndigheder frihedsberøvelsen af Mehmet Arslan til ophør, »fordi begrundelsen for hans frihedsberøvelse ikke længere var til stede«⁹.

31. Den forelæggende ret har stillet det spørgsmål, om tilbagesendelsesdirektivets artikel 2, stk. 1, skal fortolkes således, at frihedsberøvelsen af en udlænding med henblik på tilbagesendelse skal bringes til ophør, så snart den pågældende har indgivet en asylansøgning, og der samtidig ikke er andre begrundelser for at forlænge frihedsberøvelsen end at forberede en tilbagesendelse og/eller gennemføre en udsendelse¹⁰. Den forelæggende ret hælder til den opfattelse, at spørgsmålet bør besvares bekræftende, idet den finder, at frihedsberøvelsen kun kan forlænges på betingelse af, at der træffes en ny afgørelse om frihedsberøvelse, som dog ikke støtter sig på tilbagesendelsesdirektivet, men på en anden bestemmelse, som specifikt giver mulighed for at frihedsberøve en asylansøger. En sådan konklusion kan dog, stadig ifølge den forelæggende ret, begunstige et misbrug af asylprocedurerne.

32. Den forelæggende ret har ligeledes bemærket, at den tjekkiske lovgiver på ingen måde er enig i denne fortolkning eller den, som generaladvokat Mazák desuden gav udtryk for i sin stillingtagen i Kadzoev-sagen¹¹.

33. Nejvyšší správní soud har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal artikel 2, stk. 1, i – sammenholdt med niende betragtning til – tilbagesendelsesdirektivet fortolkes således, at dette direktiv ikke finder anvendelse på en tredjelandstatsborger, der har ansøgt om international beskyttelse som omhandlet i direktiv 2005/85?
- 2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, skal frihedsberøvelsen af en udlænding med henblik på tilbagesendelse da bringes til ophør, hvis den pågældende ansøger om international beskyttelse som omhandlet i direktiv 2005/85, og der ikke er andre grunde til at forlænge frihedsberøvelsen?«

8 – Artikel 5, der har overskriften »Ret til frihed og sikkerhed«, fastsætter, at »[e]nhver har ret til frihed og personlig sikkerhed. Ingen må berøves friheden undtagen i følgende tilfælde og i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde [...]«.

9 – Dette udtryk fremgår af forelæggelsesafgørelsen og henviser til artikel 127, stk. 1, litra a), i lov om udlændinges ophold (jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse).

10 – Jf. tilbagesendelsesdirektivets artikel 15, stk. 1.

11 – Dom af 30.11.2009, sag C-357/09 PPU, Sml. I, s. 11189.

IV – Retsforhandlingerne for Domstolen

34. Nejvyšší správní soud har i sin forelæggelsesafgørelse anmodet Domstolen om at underkaste sagen en fremskyndet procedure i medfør af artikel 104a, stk. 1, i Domstolens procesreglement i den affattelse, der fandt anvendelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Den forelæggende ret har bl.a. forklaret, at selv om frihedsberøvelsen af Mehmet Arslan ophørte den 27. juli 2011, vil det stadig være hensigtsmæssigt at underkaste denne sag en fremskyndet procedure på grund af forekomsten af et stort antal lignende sager, hvor udlændinge fortsat er frihedsberøvet, eller af hensyn til de sager om frihedsberøvelse, som givetvis vil vise sig i en nær fremtid.

35. Ved kendelse af 10. januar 2012 bestemte Domstolens præsident, at denne anmodning ikke skulle tages til følge.

36. Der er indgivet skriftlige indlæg af den tjekkiske, den tyske, den franske, den slovakiske og den schweiziske regering samt Europa-Kommissionen. Den tjekkiske, den tyske og den franske regering samt Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet, der fandt sted den 7. november 2012.

V – Analyse

A – Formaliteten vedrørende de præjudicielle spørgsmål

37. Den franske regering betvivler, om det første spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, eftersom det ikke fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Mehmet Arslan har anfægtet anvendeligheden af tilbagesendelsesdirektivet med den begrundelse, at han havde indgivet asylansøgning. Det spørgsmål, der skal tages stilling til, synes snarere at være, hvorvidt betingelsen for at opretholde en frihedsberøvelse, nemlig tilstedeværelsen af en rimelig udsigt til udsendelse, vedbliver at være opfyldt, når dette direktiv anvendes på en asylansøger. Den franske regering finder, at det ikke er oplagt, at det første spørgsmål er nødvendigt for, at den forelæggende ret kan træffe afgørelse i tvisten. Under disse omstændigheder har dette første spørgsmål en hypotetisk karakter.

38. Når de af den nationale ret forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af en EU-retlig regel, er Domstolen ifølge fast retspraksis i princippet forpligtet til at træffe afgørelse herom¹². Domstolen kan dog ikke træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål, når det klart fremgår, at den fortolkning, som den nationale ret ønsker af en EU-retlig regel, savner enhver forbindelse med realiteten eller sagsgenstanden i tvisten i hovedsagen, eller når problemet er af hypotetisk karakter, og Domstolen ikke råder over de faktiske eller retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de forelagte spørgsmål¹³.

39. Domstolens opgave i forbindelse med den præjudicielle procedure består således i at bidrage til justitsforvaltningen i medlemsstaterne og ikke i at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål¹⁴.

40. Jeg vurderer i lighed med den franske regering, at det første præjudicielle spørgsmål er hypotetisk, da afgørelsen af tvisten i hovedsagen ikke afhænger af Domstolens besvarelse af dette spørgsmål.

12 — Jf. dom af 8.11.1990, sag C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Sml. I, s. 4003, præmis 20.

13 — Jf. bl.a. dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 39, af 15.6.2006, sag C-466/04, Acereda Herrera, Sml. I, s. 5341, præmis 48, og af 5.12.2006, forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla m.fl., Sml. I, s. 11421, præmis 25.

14 — Jf. bl.a. dom af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, præmis 32, og af 8.9.2009, sag C-478/07, Budějovický Budvar, Sml. I, s. 7721, præmis 64.

41. I den forbindelse fremgår det klart af forelæggelsesafgørelsen, at Mehmet Arslan ikke på nogen måde anfægter begrundelsen for afgørelsen om at gennemføre hans administrative udsendelse og at frihedsberøve ham med henblik herpå. Han påberåber sig udelukkende det forhold, at den afgørende begrundelse for at bringe hans frihedsberøvelse til ophør allerede forelå på datoen for afgørelsen om at forlænge denne frihedsberøvelse – og det uafhængigt af hans stilling som asylansøger – eftersom der ikke længere var nogen rimelig udsigt til, at afgørelsen om hans udsendelse kunne gennemføres inden udløbet af den maksimale frist for frihedsberøvelse, der er fastsat i den nationale lovgivning. Jeg gør opmærksom på, at Mehmet Arslan ifølge forelæggelsesafgørelsen endog har gjort gældende over for de nationale retter, at de nationale bestemmelser alene burde fortolkes i relation til tilbagesendelsesdirektivets artikel 15 (stk. 1 og 4).

42. Desuden fremgår det også af forelæggelsesafgørelsen, som blev indgivet til Domstolens Justitskontor den 20. oktober 2011, at Mehmet Arslans frihedsberøvelse allerede var ophørt på denne dato, »fordi begrundelsen for hans frihedsberøvelse ikke længere var til stede«. Det skal i øvrigt bemærkes, at den maksimale varighed for frihedsberøvelse på 180 dage i henhold til artikel 125, stk. 1, i lov om udlændinges ophold i praksis var nået på datoen for ophøret af Mehmet Arslans frihedsberøvelse den 27. juli 2011.

43. Yderligere fremgår det af sagsakterne og retsmødet, at Mehmet Arslan flygtede og forsvandt straks efter ophævelsen af sin frihedsberøvelse den 27. juli 2011. Han har i øvrigt ikke deltaget i denne præjudicielle procedure.

44. Under henvisning til, at genstanden for tvisten for den forelæggende ret er en prøvelse af sagsøgte i hovedsagens afgørelse af 25. marts 2011 om at forlænge frihedsberøvelsen af Mehmet Arslan, og at Mehmet Arslans frihedsberøvelse, på baggrund af de forhold, der er redegjort for i punkt 42 og 43 i dette forslag til afgørelse, er ophørt, finder jeg ikke, at besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål vil gøre det muligt at udlede EU-retlige fortolkningslementer, som den forelæggende ret med fordel kan benytte til, ud fra EU-retten, at afslutte den tvist, som den har fået forelagt¹⁵. Min opfattelse bekræftes af den omstændighed, at den forelæggende ret har begrundet sin anmodning om fremskyndet procedure med forekomsten af, eller en overhængende risiko for, et stort antal lignende sager.

45. Jeg finder derfor ikke, at den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

46. For det tilfælde, at Domstolen måtte beslutte at besvare disse spørgsmål, vil jeg dog forelægge Domstolen det følgende forslag til afgørelse angående det væsentlige indhold af de præjudicielle spørgsmål.

B – *Det væsentlige indhold af de præjudicielle spørgsmål*

1. Argumenter

47. Den tjekkiske regering er af den opfattelse, at selv om Domstolen fastslog i Kadzoev-dommen, at frihedsberøvelse med henblik på udsendelse og den frihedsberøvelse, som foranstalles over for en asylansøger, henhører under forskellige regelsæt, udelukker denne dom dog ikke, at en person, der er frihedsberøvet efter tilbagesendelsesdirektivets regler, kan frihedsberøves efter de samme regler efter indgivelsen af en asylansøgning.

15 — Jf. i denne retning dom af 16.9.1982, sag 132/81, Vlaeminck, Sml. s. 2953, præmis 13.

48. I betragtning af, at en frihedsberøvelse af en udlænding med henblik på udsendelse skal være begrundet i alvorlige hensyn, vurderer den tjekkiske regering, at det ville indebære et alvorligt indgreb i formålet med tilbagesendelsesdirektivet, såfremt vedkommende kunne undslippe dette direktivs regler og den i medfør heraf foranstaltede frihedsberøvelse ved den blotte indgivelse af en asylansøgning. I et sådant tilfælde ville indgivelsen af en asylansøgning svare til en »trylleformular«, takket være hvilken en person, der er frihedsberøvet efter tilbagesendelsesdirektivets regler, let kunne »åbne frihedsberøvelsens døre«.

49. Den Tjekkiske Republik mener, at de personer, der er frihedsberøvet i medfør af tilbagesendelsesdirektivet, bør fortsætte med at være omfattet af dette direktiv selv efter indgivelsen af en asylansøgning. Dette vil ikke forhindre disse personer i ligeledes at være omfattet af de materielle og processuelle bestemmelser, der gælder for asylansøgere.

50. Den tyske regering mener, at det fremgår af tilbagesendelsesdirektivets artikel 2, stk. 1, og artikel 3, stk. 2, samt af niende betragtning til direktivet, at dette direktiv ikke finder anvendelse på tredjelandsstatsborgere, der har indgivet asylansøgning, så længe asylproceduren pågår. Ifølge den tyske regering er en tredjelandsstatsborger, der har indgivet en ansøgning om beskyttelse i henhold til direktiv 2005/85, således berettiget til at opholde sig i medlemsstaten i medfør af dette direktivs artikel 7, stk. 1.

51. Efter den tyske regerings opfattelse tilkommer det medlemsstaterne at afgøre, på hvilke betingelser en asylansøger kan frihedsberøves. Den tyske regering finder, at artikel 18 i direktiv 2005/85 ikke er til hinder for frihedsberøvelse af en tredjelandsstatsborger, og direktiv 2003/9 forudsætter ligeledes i artikel 2, litra k), artikel 6, stk. 2, artikel 13, stk. 2, og artikel 14, stk. 8, at en asylansøger kan frihedsberøves.

52. Den tyske regering er af den opfattelse, at hensynet til effektiviteten af tilbagesendelsesproceduren i visse tilfælde nødvendiggør muligheden for at opretholde frihedsberøvelsen af tredjelandsstatsborgere, der er blevet frihedsberøvet med henblik på deres tilbagesendelse eller udsendelse, selv når disse indgiver asylansøgning under deres frihedsberøvelse. Ifølge denne regering ville det tilskynde til misbrug af asylprocedurerne, såfremt indgivelsen af en asylansøgning obligatorisk medførte løsladelse af en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold. Den tyske regering påpeger, at tilbagesendelsesdirektivets artikel 15 alene tillader frihedsberøvelse med henblik på tilbagesendelse eller udsendelse under strenge betingelser, hvilket i praksis vil sige som sidste udvej i tilbagesendelsesproceduren.

53. Den slovakiske regering gør gældende, at formålet med tilbagesendelsesdirektivet ville blive bragt i fare, hvis ikke det var muligt at hindre, at en person med ulovligt ophold flygter, ved at frihedsberøve den pågældende på grundlag af tilbagesendelsesdirektivet, selv efter en asylansøgning. Ifølge denne regering kan dette begrunde opretholdelsen af frihedsberøvelsen af en tredjelandsstatsborger efter tilbagesendelsesdirektivets regler efter indgivelsen af en asylansøgning. Selv i tilfælde af, at denne konklusion ikke kan gøres gældende, er Den Slovakiske Republik af den opfattelse, at det er afgørende, at de kompetente myndigheder efter indgivelsen af en asylansøgning, der sker under en frihedsberøvelse med henblik på tilbagesendelse, råder over en passende frist til at vurdere muligheden for at frihedsberøve den berørte person på grundlag af direktiverne om asyl eller national ret.

54. Den franske regering finder, at det tilkommer EU-lovgiver at sikre en rimelig balance mellem overholdelsen af non-refoulement-princippet og formålene om forebyggelse og forstærket bekæmpelse af den ulovlige indvandring.

55. Den franske regering mener, at non-refoulement-princippet ligeledes er gennemført i tilbagesendelsesdirektivet, navnlig i dets artikel 2 fortolket i lyset af niende betragtning til direktivet. Denne regering er dog af den opfattelse, at tilbagesendelsesdirektivets artikel 2, læst i sammenhæng med direktivet i sin helhed samt direktiv 2003/9 og 2005/85, bør fortolkes således, at tilbagesendelsesdirektivet kan anvendes på tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold, som har indgivet asylansøgning, under betingelse af, at de garantier, som gives i de nationale asylregler i overensstemmelse med direktiv 2003/9 og 2005/85, overholdes, og at gennemførelsen af afgørelsen om udsendelse udsættes, såfremt overholdelsen af non-refoulement-princippet gør det påkrævet. Desuden er frihedsberøvelsen af en asylansøger eller opretholdelsen af denne frihedsberøvelse betinget dels af overholdelsen af proportionalitetsprincippet på baggrund af tilbagesendelsesdirektivets artikel 15, stk. 1, dels af tilstedeværelsen af en rimelig udsigt til udsendelse i medfør af dette direktivs artikel 15, stk. 4.

56. Den schweiziske regering og Kommissionen fremfører, at en asylansøger i medfør af tilbagesendelsesdirektivets artikel 2, stk. 1, og niende betragtning til direktivet ikke længere er omfattet af direktivet, før der er meddelt et endeligt afslag på vedkommendes asylansøgning. Den schweiziske regering og Kommissionen bemærker, at såfremt en tredjelandstatsborger, der er frihedsberøvet i medfør af tilbagesendelsesdirektivet, indgiver en asylansøgning, skal den på baggrund af dette direktiv foranstaltede frihedsberøvelse bringes til ophør.

57. Ifølge Kommissionen er den berørte persons retlige status som asylansøger derfor hovedsageligt reguleret ved direktiv 2003/9 og 2005/85. Følgelig er det alene i medfør af disse direktiver, at en asylansøger kan frihedsberøves. Kommissionen mener desuden, at frihedsberøvelsen af den berørte person som asylansøger kun kan opretholdes under betingelse af, at der træffes en ny afgørelse om frihedsberøvelse baseret på de bestemmelser i asyllovgivningen, som tillader frihedsberøvelse af asylansøgere.

2. Analyse

58. Inden den forelæggende rets spørgsmål besvares, skal det indledningsvis understreges, at det ledende princip om non-refoulement således som fastsat i Genèvekonventionens artikel 33 ikke blot finder anvendelse på direktiv 2005/85, men ligeledes på tilbagesendelsesdirektivet.

59. Selv om EU-lovgiver har vedtaget tilbagesendelsesdirektivet for at indføre en politik for bekæmpelse af den ulovlige indvandring, og tilbagesendelse udgør en nødvendig del af en velforvaltet migrationspolitik¹⁶, anerkendes medlemsstaternes legitime ret at sende tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold tilbage alene under forudsætning af, at asylreglerne og navnlig non-refoulement-princippet overholdes¹⁷. Når medlemsstaterne gennemfører tilbagesendelsesdirektivet, skal de således i henhold til direktivets artikel 5 respektere non-refoulement-princippet. Desuden skal medlemsstaterne i medfør af tilbagesendelsesdirektivets artikel 9 udsætte en udsendelse, bl.a. hvis den vil krænke non-refoulement-princippet¹⁸.

16 — Jf. fjerde betragtning til tilbagesendelsesdirektivet. Ifølge tilbagesendelsesdirektivets artikel 6 og 8 skal medlemsstaterne, bortset fra i visse i direktivet opregnede undtagelsestilfælde, således træffe afgørelse om tilbagesendelse vedrørende enhver tredjelandstatsborger, som opholder sig ulovligt på deres område, og træffe alle nødvendige foranstaltninger til at fuldbyrde afgørelsen om tilbagesendelse. Jf. i denne retning dom af 28.4.2011, sag C-61/11 PPU, El Dridi, Sml. I, s. 3015, præmis 59, hvori Domstolen fastslog, at det formål, der forfølges med tilbagesendelsesdirektivet, er indførelsen af en effektiv udsendelses- og repatrieringspolitik over for tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold.

17 — Jf. ottende betragtning til tilbagesendelsesdirektivet.

18 — Jf. også 23. betragtning til tilbagesendelsesdirektivet, som bestemmer følgende: »Anvendelsen af dette direktiv berører ikke de forpligtelser, der følger af Genèvekonventionen [...]«

60. Hvad angår frihedsberøvelsen i medfør af tilbagesendelsesdirektivets artikel 15 fremgår det af ordlyden af denne bestemmelse, at frihedsberøvelsen har undtagelsens karakter og er sidste udvej. Den kan alene pålægges, såfremt andre og mindre indgribende foranstaltninger er utilstrækkelige, og såfremt bestemte, meget strenge kriterier er og forbliver opfyldt¹⁹. I den forbindelse kan en tredjelandstatsborger alene frihedsberøves, såfremt vedkommende »er genstand for tilbagesendelsesprocedurer, for at forberede en tilbagesendelse og/eller gennemføre en udsendelse«, og »der er risiko for, at den pågældende vil forsvinde«, eller vedkommende »undviger eller lægger hindringer i vejen for forberedelsen af tilbagesendelse[n]« eller et hensigtsmæssigt forløb af »udsendelsesprocessen«. Frihedsberøvelsen af den berørte skal være af så kort varighed som muligt og må kun opretholdes, så længe udsendelsen er under forberedelse og gennemføres med nødvendig omhu²⁰. Afgørelser om frihedsberøvelse skal være skriftlige og træffes af administrative eller retslige myndigheder med angivelse af de faktiske og retlige grunde. Når der ikke længere er rimelig udsigt til udsendelse inden udløbet af den maksimale frist for frihedsberøvelse, ophører frihedsberøvelsen med at være berettiget, og den pågældende person skal omgående løslades²¹.

a) Det første spørgsmål

61. Med sit første spørgsmål spørger den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen om, hvorvidt tilbagesendelsesdirektivet fortsat kan anvendes på en tredjelandstatsborger, som har indgivet en asylansøgning.

62. I henhold til ordlyden af tilbagesendelsesdirektivets artikel 2, stk. 1, finder dette direktiv alene anvendelse på tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold på en medlemsstats område. Tilbagesendelsesdirektivets artikel 3, nr. 2), definerer begrebet »ulovligt ophold« som 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. Det fremgår imidlertid af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2005/85 og af 13. betragtning til dette direktiv, at en asylansøger har ret til at forblive i medlemsstaten under behandlingen af vedkommendes ansøgning, selv om den pågældende ikke har ret til en opholdstilladelse.

63. Selv om denne ret til at forblive efter artikel 7, stk. 1, i direktiv 2005/85 alene er fastsat »med henblik på proceduren«, gælder det ikke desto mindre, at det kun er på meget restriktive betingelser, som er fastsat i direktivets artikel 7, stk. 2, at retten til at forblive kan begrænses af medlemsstaterne.

19 — Jeg mener, at frihedsberøvelsen i medfør af tilbagesendelsesdirektivet desuden er nøje undergivet proportionalitetsprincippet. 16. betragtning til tilbagesendelsesdirektivet anfører følgende: »Anvendelse af frihedsberøvelse med henblik på udsendelse bør begrænses og ske i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet for så vidt angår de anvendte midler og de forfulgte mål. Frihedsberøvelse er kun berettiget for at forberede en tilbagesendelse eller gennemføre en udsendelsesproces, og hvis mindre indgribende foranstaltninger ikke vil være tilstrækkelige.«

20 — Ifølge tilbagesendelsesdirektivets artikel 15, stk. 5 og 6, kan frihedsberøvelsen ikke overstige 6 måneder, med mulighed for en forlængelse på yderligere 12 måneder hvis udsendelsesproceduren kan forventes at tage længere tid som følge af manglende samarbejde fra den pågældende tredjelandstatsborgers side eller forsinkelser i forbindelse med fremskaffelsen af nødvendige dokumenter fra tredjelande. Der erindres om, at den tjekkiske lovgiver har begrænset den maksimale varighed af frihedsberøvelsen til 180 dage (med forbehold af det i fodnote 7 anførte om de undtagelser, der giver mulighed for at overskride denne frist).

21 — I tilfælde af, at afgørelsen om frihedsberøvelse træffes af administrative myndigheder, skal medlemsstaterne fastsætte mulighed for hurtig domstolsprøvelse af frihedsberøvelsens lovlighed. Den berørte skal omgående løslades, hvis frihedsberøvelsen ikke er lovlig. Jf. tilbagesendelsesdirektivets artikel 15, stk. 2.

64. EU-lovgivers hensigt om, i det mindste midlertidigt, at undtage en asylansøger fra tilbagesendelsesdirektivet følger også klart af niende betragtning til dette direktiv, som fastsætter, at en tredjelandsstatsborger, der har ansøgt om asyl i en medlemsstat, ikke bør anses for at opholde sig ulovligt på den medlemsstats område, før der gives afslag på ansøgningen, eller en afgørelse, der bringer den pågældendes opholdsret som asylansøger til ophør, er trådt i kraft²². Følgelig er situationen for en tredjelandsstatsborger, som har indgivet en asylansøgning, i princippet alene reguleret af lovrammerne for asylret²³.

65. Ikke desto mindre mener jeg, under behørig hensyntagen til overholdelsen af det ledende princip om non-refoulement, de forpligtelser, der følger af Genèvekonventionen, og mere generelt de grundlæggende rettigheder²⁴, at min holdning bør være modereret, når der foreligger klare og samstemmende indicier for udnyttelse af lovrammerne for tildeling af asyl i den hensigt at gøre anvendelsen af tilbagesendelsesdirektivet virkningsløs i en grad, så der skabes et misbrug af asylretten²⁵.

66. Dette punkt vil blive undersøgt i forbindelse med besvarelsen af det andet spørgsmål.

67. På baggrund af det ovenstående er jeg af den opfattelse, at Domstolens svar på det første spørgsmål bør være, at tilbagesendelsesdirektivet, medmindre der foreligger et retsmisbrug, ikke længere kan anvendes på en tredjelandsstatsborger, som har indgivet en asylansøgning, og det så længe proceduren angående denne ansøgning verserer.

b) Det andet spørgsmål

68. Med sit andet spørgsmål, som jeg skal besvare, eftersom min besvarelse af det første spørgsmål i princippet er bekræftende, ønsker den forelæggende ret oplyst, om frihedsberøvelsen af en tredjelandsstatsborger med henblik på tilbagesendelse derefter skal bringes til ophør, når den pågældende indgiver en asylansøgning, og der ikke er andre grunde til at forlænge frihedsberøvelsen²⁶.

69. Jeg mener, at det følger direkte af mit svar på det første spørgsmål, at frihedsberøvelsen af en tredjelandsstatsborger i medfør af tilbagesendelsesdirektivets bestemmelser, hvor der ikke foreligger noget retsmisbrug, skal bringes til ophør, når vedkommende indgiver en asylansøgning, og det så længe proceduren angående denne ansøgning verserer. Tilbagesendelsesdirektivet finder, i det mindste midlertidigt, ikke længere anvendelse i dette tilfælde. Det fremgår desuden af artikel 7, stk. 1, i direktiv 2003/9, at asylansøgerne i princippet kan færdes frit på værtsmedlemsstatens område eller på et område, som de har fået anvist af denne medlemsstat.

70. Før jeg kommer ind på spørgsmålet om retsmisbrug, rejser sig spørgsmålet om, hvorvidt en tredjelandsstatsborger, der har indgivet en asylansøgning, kan frihedsberøves eller få opretholdt sin frihedsberøvelse i medfør af andre retsregler, dvs. lovrammerne for asyl.

22 — Jeg bemærker, at generaladvokat Mazák i punkt 82 i sin stillingtagen i Kadzoev-sagen fremførte, »at en tredjelandsstatsborger, der har ansøgt om asyl, ikke – eller i givet fald ikke længere – er omfattet af tilbagesendelsesdirektivets anvendelsesområde, så længe hans asylansøgning behandles«.

23 — Jf. i denne retning generaladvokat Mazáks stillingtagen i Kadzoev-sagen, punkt 84.

24 — Jf. 23. og 24. betragtning til tilbagesendelsesdirektivet.

25 — Jeg bemærker i den forbindelse, at det under et arbejdsudvalg i Rådet for Den Europæiske Union den 24.11.2011 angående det ændrede forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fastlæggelse af standarder for modtagelse af asylansøgere (KOM(2011) 320 endelig) blev foreslået at ændre artikel 8, stk. 3, i dette forslag ved at tilføje en bestemmelse, der skulle give hjemmel til at frihedsberøve en asylansøger, når denne allerede er frihedsberøvet på grundlag af tilbagesendelsesdirektivet for at forberede vedkommendes udsendelse og/eller fortsætte udsendelsesproceduren, og den pågældendes asylansøgning alene har til formål at forsinke eller besværliggøre gennemførelsen af afgørelsen om tilbagesendelse. Jeg kan imidlertid konstatere, at dette forslag ikke er medtaget i den nuværende tekst til forslaget, dateret den 1.6.2011, og så meget desto mindre i gældende ret.

26 — En tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold, der har indgivet en asylansøgning, kan eventuelt frihedsberøves i medfør af eksempelvis nationale straffebestemmelser, såfremt vedkommende er mistænkt for at have begået, eller har begået, et strafbart forhold, jf. El Dridi-dommen, præmis 53-55 og den deri nævnte retspraksis.

71. Selv om den pågældendes situation i princippet ikke længere er reguleret af tilbagesendelsesdirektivet, men af reglerne om asyl, fremgår det af artikel 7, stk. 3, i direktiv 2003/9, at medlemsstaterne i tilfælde, hvor det af retlige hensyn og af hensyn til den offentlige orden viser sig nødvendigt, kan indespærre en asylansøger på et særligt sted i overensstemmelse med deres nationale lovgivning²⁷. Det er åbenbart, at denne bestemmelse ikke pålægger medlemsstaterne at vedtage nationale regler om frihedsberøvelse af asylansøgere, men overlader dem muligheden for at vedtage regler herom. Trods en generel henvisning til »retlige hensyn« og »hensyn til den offentlige orden« er der desuden ingen harmonisering med hensyn til de specifikke kriterier for at frihedsberøve en asylansøger.

72. Det følger heraf, at en asylansøger alene kan frihedsberøves, såfremt den nationale asylovgivning hjemler denne mulighed²⁸ og definerer betingelserne herfor. Når dette er sagt, kan medlemsstaterne i henhold til artikel 18, stk. 1, i direktiv 2005/85 ikke frihedsberøve en person alene med den begrundelse, at vedkommende er asylansøger, og i medfør af samme direktivs artikel 18, stk. 2, skal medlemsstaterne sikre, at der er mulighed for hurtig domstolsprøvelse, hvis en asylansøger frihedsberøves.

73. Selv om det er ubestridt, at en frihedsberøvelse med henblik på udsendelse, som er reguleret af tilbagesendelsesdirektivet, og en frihedsberøvelse, som er blevet foretaget over for en asylansøger, henhører under forskellige regelsæt²⁹, mener jeg, at de nationale myndigheder, for at de nationale regler, der er vedtaget i henhold til artikel 7, stk. 3, i direktiv 2003/9, ikke skal gøres virkningsløse, og i lighed med Domstolens argumentation i Achughabian-dommen³⁰, skal råde over en kort frist, begrænset til hvad der er strengt nødvendigt, med henblik på at træffe en afgørelse om frihedsberøvelse af den pågældende på grundlag af de nationale asyregler³¹, inden den pågældendes frihedsberøvelse i medfør af tilbagesendelsesdirektivet bringes til ophør.

74. Tilbage står at undersøge spørgsmålet om det eventuelle retsmisbrug.

75. Det følger af Domstolens retspraksis, at borgerne ikke kan påberåbe sig EU-retten med svig eller misbrug for øje, og at de nationale domstole fra sag til sag på grundlag af objektive forhold kan tage de pågældende personers misbrug eller svigagtige adfærd i betragtning som grundlag for i givet fald at afvise, at vedkommende kan drage fordel af de pågældende forskrifter. De nationale domstole er dog forpligtet til ved vurderingen af sådan adfærd at tage hensyn til de formål, der forfølges med de pågældende EU-retlige forskrifter³².

27 — Jf. Kadzoev-dommen, præmis 42. Det skal bemærkes, at »frihedsberøvelse« i henhold til artikel 2, litra k), i direktiv 2003/9 defineres som »enhver indespærring af en asylansøger, som en medlemsstat foretager på et særligt sted, hvor asylansøgeren er berøvet sin bevægelsesfrihed.« Selv om vi stadig står over for en frihedsberøvelse, gælder dog, at »[e]n frihedsberøvelse med henblik på udsendelse, som er reguleret ved [tilbagesendelsesdirektivet], og den frihedsberøvelse, som er blevet foretaget over for en asylansøger, navnlig i medfør af direktiv 2003/9 og 2005/85 og de anvendelige nationale bestemmelser, henhører [...] under forskellige regelsæt«, jf. Kadzoev-dommen, præmis 45. Desuden »[skal] den periode, i løbet af hvilken en person har været anbragt i en facilitet for midlertidig anbringelse på grundlag af en afgørelse truffet i henhold til nationale bestemmelser og fællesskabsbestemmelser om asylansøgere, ikke [...] anses for en frihedsberøvelse med henblik på udsendelse som omhandlet i artikel 15 i [tilbagesendelsesdirektivet]«, jf. Kadzoev-dommen, præmis 48.

28 — Hvor der ikke foreligger nationale bestemmelser, hvilket synes at være tilfældet i Den Tjekkiske Republik, kan en medlemsstat ikke støtte sig direkte på artikel 7, stk. 3, i direktiv 2003/9 med henblik på at frihedsberøve en asylansøger. Jf. analogt dom af 5.7.2007, sag C-321/05, Kofoed, Sml. I, s. 5795, præmis 42 og 45.

29 — Jf. Kadzoev-dommen, præmis 45.

30 — Dom af 6.12.2011, sag C-329/11, Sml. I, s. 12695, præmis 30 og 31.

31 — Vedtaget i overensstemmelse med artikel 7, stk. 3, i direktiv 2003/9.

32 — Jf. dom af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 24 og 25, og af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, præmis 42.

76. Konstateringen af, at der er tale om misbrug, nødvendiggør dels et sammenfald af objektive omstændigheder, hvoraf det fremgår, at det formål, som de EU-retlige bestemmelser forfølger, ikke er opnået, selv om betingelserne i disse bestemmelser formelt er overholdt. Der kræves dels et subjektivt element, der består i ønsket om at drage fordel af de EU-retlige bestemmelser ved kunstigt at skabe de betingelser, der kræves for at opnå denne fordel. Det tilkommer den nationale ret at fastslå, at der foreligger de to elementer, hvorom der skal føres bevis i overensstemmelse med de nationale retsregler, idet EU-rettens virkning dog ikke må begrænses³³.

77. Ifølge første betragtning til direktiv 2005/85 er den fælles politik på asylområdet blevet indført for personer, som tvunget af omstændighederne »legitimt« søger beskyttelse i Unionen³⁴. Det er åbenbart, at den blotte asylansøgning fra en tredjelandstatsborger, der er frihedsberøvet på grundlag af tilbagesendelsesdirektivet, ikke i sig selv kan skabe en formodning for et misbrug af asylretten, og det til trods for, at denne frihedsberøvelse selv har undtagelsens karakter og er underkastet meget strenge kriterier³⁵. Eftersom der her er tale om den pågældendes frihed³⁶, skal de individuelle og specifikke omstændigheder i hver enkelt sag indgående undersøges i detaljer af de nationale retter med henblik på at foretage en differentiering mellem »at drage fordel af en retsbestemt mulighed og misbruge en rettighed³⁷«.

78. Hvad angår denne undersøgelse kan den forelæggende ret bl.a. tage følgende forhold i betragtning i den foreliggende sag:

- Mehmet Arslans forudgående ulovlige indrejser på flere medlemsstaters område, uden at en asylansøgning er blevet omtalt
- det forhold, at Mehmet Arslan klart har angivet, at hans hensigt med at ansøge om asyl var at bringe sin frihedsberøvelse til ophør ved at påvise, at frihedsberøvelsen, ved hans brug af samtlige de retsmidler med opsættende virkning, som asylansøgningsproceduren kunne give ham, nødvendigvis ville overskride den efter national ret tilladte maksimale frist, hvilket fra starten ville umuliggøre enhver rimelig udsigt til gennemførelse af udsendelsesproceduren, og
- det forhold, at Mehmet Arslan forsvandt umiddelbart efter sin løsladelse, og at han – hvilket kan udledes af de indlæg, der blev afgivet af den tjekkiske regering under retsmødet – ikke har fortsat asylansøgningsproceduren.

79. Når den pågældendes frihedsberøvelse i medfør af tilbagesendelsesdirektivet kan opretholdes i tilfælde af misbrug af asylretten, og når forberedelserne af den pågældendes udsendelse kan fortsætte, er det under de strenge betingelser, at udsendelsen ikke gennemføres, så længe asylproceduren ikke er afsluttet, at non-refoulement-princippet finder anvendelse i fuldt omfang, og at asylansøgningen undersøges og behandles efter alle de regler, der pålægges, navnlig ved direktiv 2005/85, under

33 — Jf. i denne retning Domstolens dom af 14.12.2000, sag C-110/99, Emsland-Stärke, Sml. I, s. 11569, præmis 52-54.

34 — Rådets forordning (EF) nr. 343/2003 af 18.2.2003 om fastsættelse af kriterier og procedurer til afgørelse af, hvilken medlemsstat der er ansvarlig for behandlingen af en asylansøgning, der er indgivet af en tredjelandstatsborger i en af medlemsstaterne (EUT L 50, s. 1), samt direktiv 2003/9 og 2004/83 refererer ligeledes i deres første betragtning til det forhold, at »udformningen af en fælles politik på asylområdet, herunder et fælles europæisk asylsystem, udgør en integrerende del af Den Europæiske Unions målsætning om gradvis at indføre et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, der er åbent for personer, som, tvunget af omstændighederne, legitimt søger beskyttelse i Fællesskabet« (min fremhævelse). Jf. dom af 21.12.2011, forenede sager C-411/10 og C-493/10, N. S. m.fl., Sml. I, s. 13905, præmis 14.

35 — Jf. punkt 60 i dette forslag til afgørelse.

36 — En medlemsstats mulighed for, under visse betingelser, at frihedsberøve en asylansøger blev anerkendt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i dom af 29.1.2008, Saadi mod Det Forenede Kongerige. I denne sag fortolkede nævnte domstols storkammer bl.a. artikel 5, stk. 1, litra f), i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, som fastsætter en undtagelse fra retten til frihed i tilfælde af »lovlig anholdelse eller anden frihedsberøvelse af en person for at hindre ham i uretmæssigt at trænge ind i landet [...]«.

37 — Jf. punkt 127 i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Nederlandene, dom af 14.6.2012, sag C-542/09. Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i Kofoed-sagen, punkt 58.

overholdelse af samtlige de garantier, der i den forbindelse er tildelt asylansøgere. Dette indebærer ligeledes, at opretholdelsen af frihedsberøvelsen i medfør af tilbagesendelsesdirektivet skal respektere samtlige de rettigheder, der er fastsat i dette direktivs artikel 15-18, herunder hvad angår den maksimale varighed af frihedsberøvelsen³⁸.

80. Jeg gør ligeledes opmærksom på, at medlemsstaterne i medfør af artikel 23, stk. 4, i direktiv 2005/85 råder over muligheden for at anvende en fremskyndet eller prioriteret procedure for asylansøgningerne, såfremt visse betingelser er opfyldt³⁹.

81. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

- Frihedsberøvelsen af en tredjelandstatsborger på grundlag af tilbagesendelsesdirektivets bestemmelser skal bringes til ophør, så snart den pågældende indgiver en asylansøgning, og det så længe proceduren angående denne ansøgning verserer.
- Artikel 7, stk. 3, i direktiv 2003/9 tillader en medlemsstat at fastsætte muligheden i sin nationale asyllovgivning for, under visse betingelser, at indespærre en asylansøger på et særligt sted i tilfælde, hvor det af retlige hensyn og af hensyn til den offentlige orden viser sig nødvendigt. I dette tilfælde råder den nationale myndighed over en kort frist, begrænset til hvad der er strengt nødvendigt, med henblik på at træffe en afgørelse om frihedsberøvelse på grundlag af de nationale asylregler, inden frihedsberøvelsen af den pågældende i medfør af tilbagesendelsesdirektivet bringes til ophør.
- I tilfælde af misbrug af asylretten, dvs. når der foreligger klare og samstemmende indicier for udnyttelse af lovrammerne for tildeling af asyl i den hensigt at gøre anvendelsen af tilbagesendelsesdirektivet virkningsløs, kan den pågældendes frihedsberøvelse i medfør af dette direktiv opretholdes, og alle forberedelserne af den pågældendes udsendelse fortsætte, forudsat at udsendelsen ikke gennemføres, så længe asylproceduren ikke er afsluttet, at non-refoulement-princippet finder anvendelse i fuldt omfang, og at asylansøgningen undersøges og behandles efter alle de regler, der pålægges, navnlig ved direktiv 2005/85, under overholdelse af samtlige de garantier, der i den forbindelse er tildelt asylansøgere. Dette indebærer ligeledes, at opretholdelsen af frihedsberøvelsen i medfør af tilbagesendelsesdirektivet skal respektere samtlige de rettigheder, der er fastsat i dette direktivs artikel 15-18, herunder hvad angår den maksimale varighed af frihedsberøvelsen.

38 — Jf. tilbagesendelsesdirektivets artikel 15, stk. 5 og 6, vedrørende den maksimale varighed af frihedsberøvelsen, samt Kadzoev-dommen præmis 57, hvori Domstolen anlagde en streng fortolkning af disse regler og fastslog, at »[tilbagesendelsesdirektivets] artikel 15, stk. 5 og 6, [...] skal fortolkes således, at den periode, i løbet af hvilken fuldbyrdelsen af en afgørelse om tilbageførsel til grænsen er blevet udsat, fordi den pågældende har anlagt et søgsmål til prøvelse af denne afgørelse, skal tages i betragtning ved beregningen af perioden for frihedsberøvelsen med henblik på udsendelse, når den pågældende, mens denne procedure verserede, fortsat har opholdt sig i en facilitet for midlertidig anbringelse«. Medlemsstaterne har mulighed for at vedtage regler, der giver en bedre retsstilling vedrørende den maksimale varighed af frihedsberøvelsen. Jf. i denne retning tilbagesendelsesdirektivets artikel 4 og artikel 15, stk. 5 og 6. Jeg gør opmærksom på, at det fremgår af den for Domstolen verserende sag, at Den Tjekkiske Republik ikke har benyttet muligheden i medfør af tilbagesendelsesdirektivets artikel 15, stk. 5 og 6, for at fastsætte en maksimal varighed af frihedsberøvelsen på 18 måneder, men har fastsat en kortere varighed, nemlig på i alt maksimalt 180 dage.

39 — Hvad angår de i hovedsagen omhandlede omstændigheder, mener jeg, at ordlyden af artikel 23, stk. 4, litra g), j) og l), i direktiv 2005/85 eventuelt kunne gøres gældende af de nationale myndigheder i lignende sager for at anvende en fremskyndet eller prioriteret procedure for asylansøgningerne.

VI – Forslag til afgørelse

82. Henset til alle de ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, som Nejvyšší správní soud har forelagt, således:

- »– Bortset fra tilfælde af retsmisbrug kan 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 ikke længere anvendes på en tredjelandstatsborger, som har indgivet en asylansøgning, så længe proceduren angående denne ansøgning verserer. Frihedsberøvelsen af en tredjelandstatsborger på grundlag af bestemmelserne i direktiv 2008/115 skal følgelig bringes til ophør, så snart den pågældende indgiver en asylansøgning, og det så længe proceduren angående denne ansøgning verserer.
- Artikel 7, stk. 3, i Rådets direktiv 2003/9/EF af 27. januar 2003 om fastlæggelse af minimumsstandarder for modtagelse af asylansøgere i medlemsstaterne tillader en medlemsstat at fastsætte muligheden i sin nationale asyllovgivning for, under visse betingelser, at indespærre en asylansøger på et særligt sted i tilfælde, hvor det af retlige hensyn og af hensyn til den offentlige orden viser sig nødvendigt. I dette tilfælde råder den nationale myndighed over en kort frist, begrænset til hvad der er strengt nødvendigt, med henblik på at træffe en afgørelse om frihedsberøvelse på grundlag af de nationale asylregler, inden frihedsberøvelsen af den pågældende i medfør af direktiv 2008/115 bringes til ophør.
- I tilfælde af misbrug af asylretten, dvs. når der foreligger klare og samstemmende indicier for udnyttelse af lovrammerne for tildeling af asyl i den hensigt at gøre anvendelsen af direktiv 2008/115 virkningsløs, kan den pågældendes frihedsberøvelse i medfør af dette direktiv opretholdes, og alle forberedelserne af den pågældendes udsendelse fortsætte, forudsat at udsendelsen ikke gennemføres, så længe asylproceduren ikke er afsluttet, at non-refoulement-princippet finder anvendelse i fuldt omfang, og at asylansøgningen undersøges og behandles efter alle de regler, der pålægges, navnlig ved Rådets direktiv 2005/85/EF af 1. december 2005 om minimumsstandarder for procedurer for tildeling og fratagelse af flygtningestatus i medlemsstaterne, under overholdelse af samtlige de garantier, der i den forbindelse er tildelt asylansøgere. Dette indebærer ligeledes, at opretholdelsen af frihedsberøvelsen i medfør af direktiv 2008/115 skal respektere samtlige de rettigheder, der er fastsat i dette direktivs artikel 15-18, herunder hvad angår den maksimale varighed af frihedsberøvelsen.«