



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 20. oktober 2020¹

Sag C-673/19

M,
A,
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid
procesdeltagere:
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,
T

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene))

»Præjudiciel forelæggelse – grænsekontrol, asyl og indvandring – direktiv 2008/115/EF – tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold – frihedsberøvelse med henblik på udsendelse – international beskyttelse i en anden medlemsstat – manglende afgørelse om tilbagesendelse«

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene) giver Domstolen lejlighed til at præcisere, om bestemmelserne i direktiv 2008/115/EF² er til hinder for frihedsberøvelse af en tredjelandsstatsborger med ulovligt ophold med henblik på overførsel af den pågældende til en anden medlemsstat, hvor denne tredjelandsstatsborger har international beskyttelse. Jeg vil foreslå Domstolen, at selv om en medlemsstat i princippet kan frihedsberøve den pågældende under sådanne omstændigheder, skal den gøre dette under overholdelse af formålene med direktiv 2008/115 og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

Retsforskrifter

EU-retten

2. Direktiv 2008/115 har, som defineret i dets artikel 1 med overskriften »Genstand«, til formål at fastsætte fælles standarder og procedurer, som skal anvendes i medlemsstaterne ved tilbagesendelse af tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold, i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder som er generelle principper i EU-retten og folkeretten, herunder beskyttelse af flygtninge og menneskeretlige forpligtelser.

¹ – Originalsprog: engelsk.

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

3. Artikel 2 i direktiv 2008/115, der har overskriften »Anvendelsesområde«, bestemmer:

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

2. Medlemsstaterne kan beslutte ikke at anvende dette direktiv på tredjelandstatsborgere, som:

- a) er genstand for nægtelse af indrejse i medfør af artikel 13 i Schengengrænsekodeksen [³], eller som pågribes eller standses af de kompetente myndigheder i forbindelse med ulovlig overskridelse af en medlemsstats ydre grænse ad land-, sø- eller luftvejen, og som ikke efterfølgende har opnået tilladelse eller ret til ophold i den pågældende medlemsstat
- b) er genstand for tilbagesendelse som en strafferetlig sanktion eller som følge af en strafferetlig sanktion i henhold til national ret, eller som er genstand for udleveringsprocedurer.

3. Dette direktiv finder ikke anvendelse på personer, der har ret til fri bevægelighed i henhold til fællesskabsretten som fastsat i artikel 2, nr. 5), i Schengengrænsekodeksen.«

4. Artikel 3 i direktiv 2008/115 med overskriften »Definitioner« har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

- 3) »tilbagesendelse«: processen i forbindelse med en tredjelandstatsborgers tilbagevenden – enten frivilligt i overensstemmelse med en forpligtelse til at vende tilbage eller tvangsmæssigt – til:
 - vedkommende tredjelandstatsborgers oprindelsesland eller
 - et transitland i henhold til tilbagetagelsesaftaler på fællesskabsplan eller bilateralt plan eller i henhold til andre ordninger eller
 - et andet tredjeland, som den pågældende tredjelandstatsborger frivilligt beslutter at vende tilbage til, og hvor vedkommende vil blive modtaget.
- 4) »afgørelse om tilbagesendelse«: en administrativ eller retslig afgørelse eller retsakt, der fastslår eller erklærer, at en tredjelandstatsborgers ophold er ulovligt, og som pålægger eller fastslår en forpligtelse for den pågældende til at vende tilbage.«

5. Artikel 4 i direktiv 2008/115 omhandler »gunstigere bestemmelser«. Ifølge stk. 3 »berører [direktivet] ikke medlemsstaternes ret til at vedtage eller opretholde bestemmelser, der er gunstigere for de personer, det finder anvendelse på, forudsat at disse bestemmelser er forenelige med dette direktiv«.

6. Artikel 5 i direktiv 2008/115 med overskriften »Non-refoulement, barnets tarv, familieliv og helbredstilstand« har følgende ordlyd:

»Når medlemsstaterne gennemfører dette direktiv, tager de behørigt hensyn til:

- a) barnets tarv

3 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 562/2006 af 15.3.2006 om indførelse af en fællesskabskodeks for personers grænsepassage (Schengen-grænsekodeks) (EUT 2006, L 105, s. 1).

- b) familieliv
- c) den pågældende tredjelandstatsborgers helbredstilstand

og respekterer non-refoulement-princippet.«

7. Samme direktivs artikel 6 med overskriften »Afgørelse om tilbagesendelse« bestemmer:

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

2. Tredjelandstatsborgere, der opholder sig ulovligt på en medlemsstats område, og som er i besiddelse af en gyldig opholdstilladelse eller anden tilladelse, som giver ret til ophold, udstedt af en anden medlemsstat, skal anmodes om straks at begive sig til denne anden medlemsstats område. Efterkommer den pågældende tredjelandstatsborger ikke dette krav, eller er den pågældende tredjelandstatsborgers øjeblikkelige udrejse nødvendig af hensyn til den offentlige orden eller den nationale sikkerhed, finder stk. 1 anvendelse.

[...]«

8. Artikel 15 i direktiv 2008/115 med overskriften »Frihedsberøvelse« er affattet således:

»1. Medmindre andre tilstrækkelige og mindre indgribende foranstaltninger kan anvendes effektivt i det konkrete tilfælde, må medlemsstaterne kun frihedsberøve en tredjelandstatsborger, 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 tredjelandstatsborger 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.

2. Afgørelser om frihedsberøvelse træffes af administrative eller retslige myndigheder.

Afgørelser om frihedsberøvelse skal være skriftlige med angivelse af de faktiske og retlige grunde.

Når det er administrative myndigheder, der har truffet afgørelsen om frihedsberøvelse, skal medlemsstaterne

- a) enten foreskrive hurtig domstolsprøvelse af frihedsberøvelsens lovlighed, som der skal træffes afgørelse om så hurtigt som muligt fra tidspunktet for frihedsberøvelsens start
- b) eller indrømme den pågældende tredjelandstatsborger en ret til at indlede procedurer, hvorved der sker hurtig domstolsprøvelse af frihedsberøvelsens lovlighed, som der skal træffes afgørelse om så hurtigt som muligt efter indledningen af de relevante procedurer. I sådanne tilfælde skal medlemsstaterne omgående underrette den pågældende tredjelandstatsborger om muligheden for at indlede sådanne procedurer.

Den pågældende tredjelandstatsborger skal omgående løslades, hvis frihedsberøvelsen ikke er lovlig.

3. Afgørelser om frihedsberøvelse vurderes i hvert enkelt tilfælde på ny med rimelige mellemrum enten efter ansøgning fra den pågældende tredjelandsstatsborger eller ex officio. I tilfælde af langvarig frihedsberøvelse skal vurderingerne være undergivet en retslig myndigheds tilsyn.

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.«

Nederlandsk ret

Vreemdelingenwet

9. I henhold til artikel 59, stk. 2, i Vreemdelingenwet 2000 (udlændingeloven af 2000) af 23. november 2000 (Stb. 2000, nr. 495), som ændret med virkning fra den 31. december 2011 med henblik på gennemførelse af direktiv 2008/115 (herefter »udlændingeloven«), anses hensynet til den offentlige orden – såfremt de dokumenter, der er nødvendige for udlændingens tilbagesendelse, foreligger inden for kort tid – for at kræve frihedsberøvelse af en udlænding, medmindre udlændingen har haft lovligt ophold i henhold til udlændingelovens artikel 8, litra a)-e), samt artikel 1.

10. I henhold til udlændingelovens artikel 62a, stk. 1, litra b), meddeler ministeren en udlænding, der ikke er statsborger i en medlemsstat, og som ikke længere har lovligt ophold, skriftligt, at den pågældende er forpligtet til at forlade Nederlandene på eget initiativ og inden for fristen for at opfylde denne forpligtelse, medmindre vedkommende er i besiddelse af en gyldig opholdstilladelse eller anden tilladelse, der giver ret til ophold, udstedt af en anden medlemsstat.

11. I udlændingelovens artikel 62a, stk. 3, præciseres det, at den i artikel 62a, stk. 1, litra b), omhandlede udlænding omgående vil blive pålagt at vende tilbage til den pågældende medlemsstats område. Hvis dette påbud ikke efterkommes, eller såfremt udlændingens umiddelbare udrejse er nødvendig af hensyn til den offentlige orden eller den nationale sikkerhed, vil der blive truffet afgørelse om tilbagesendelse af den pågældende.

12. I henhold til udlændingelovens artikel 63, stk. 1 og 2, kan en udlænding, der ikke har lovligt ophold, og som ikke på eget initiativ har forladt Nederlandene inden for den i udlændingeloven fastsatte frist, udvises, idet ministeren er kompetent med hensyn til udvisning.

13. I henhold til udlændingelovens artikel 106 kan retten, hvis den træffer afgørelse om ophævelse af en frihedsberøvende foranstaltning, eller hvis denne frihedsberøvelse allerede er ophævet, inden anmodningen om ophævelse af denne foranstaltning behandles, tilkende udlændingen en erstatning fra staten. Skadeserstatningen omfatter den ulempe, der ikke består i et økonomisk tab. Denne bestemmelse skal finde anvendelse mutatis mutandis, hvis afdelingen for forvaltningsretlige sager ved Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) træffer afgørelse om ophævelse af den frihedsberøvende foranstaltning.

Vreemdelingencirculaire 2000

14. Det fremgår af ordlyden af artikel A3/2 i Vreemdelingencirculaire 2000 (herefter »udlændingecirkulæret af 2000«) i den affattelse, der var gældende indtil den 1. januar 2019, at hvis en afgørelse om tilbagesendelse er i strid med internationale forpligtelser (forbud mod refoulement), træffer den embedsmand, der er ansvarlig for grænsekontrollen eller udlændingekontrollen, ikke afgørelse om tilbagesendelse.

Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og det præjudicielle spørgsmål

15. M, A og T, der er tredjelandstatsborgere, har hver især indgivet en ansøgning om international beskyttelse i Nederlandene. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (statssekretæren for retlige anliggender og sikkerhed, herefter »statssekretæren«) afslog disse ansøgninger ved afgørelse af henholdsvis 28. februar, 9. oktober og 13. juni 2018, da de pågældende udlændinge allerede har en gyldig flygtningestatus i henholdsvis Bulgarien, Spanien og Tyskland.

16. I afgørelserne pålagde statssekretæren i medfør af udlændingelovens artikel 62a, stk. 3 (som gennemførte artikel 6, stk. 2, i direktiv 2008/115 i nederlandsk ret), de pågældende udlændinge straks at begive sig til den medlemsstats område, hvor de har international beskyttelse, og anførte desuden, at de risikerede at blive udsendt, hvis de ikke efterkom dette påbud. Udlændingene efterkom ikke påbuddet. Statssekretæren underkastede dem derefter frihedsberøvelse henholdsvis den 28. september, den 22. november og den 25. oktober 2018 i henhold til udlændingelovens artikel 59, stk. 2, med henblik på at sikre deres udrejse til de pågældende medlemsstater.

17. M, A og T anlagde sager til prøvelse af afgørelserne ved rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag, Nederlandene). De gjorde i sagen bl.a. gældende, at frihedsberøvelsesforanstaltningen var ulovlig, da der ikke forelå en afgørelse om tilbagesendelse.

18. For så vidt angår M og A fandt rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag), at statssekretæren lovligt havde frihedsberøvet dem i henhold til udlændingelovens artikel 59, stk. 2, uden først at træffe afgørelse om tilbagesendelse. Ifølge denne ret kræves der ikke en afgørelse om tilbagesendelse for frihedsberøvelse med hjemmel i udlændingelovens artikel 59, stk. 2. I disse sager frifandt rechtbank (retten i første instans) derfor statssekretæren.

19. For så vidt angår T fandt rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag) derimod bl.a., at det var vanskeligt at vide, om udlændingelovens artikel 59 begrundede frihedsberøvelse af tredjelandstatsborgere med henblik på udrejse til en anden medlemsstat. Dette vil kun være muligt, såfremt udtrykket »tilbagesendelse« i udlændingelovens artikel 59, stk. 2, har en anden betydning end i resten af artikel 59. Ifølge denne ret ses det ikke, at lovgiver efter gennemførelsen af direktiv 2008/115 har tilsigtet dette i udlændingelovens artikel 59, hvorfor der må vælges en restriktiv fortolkning af udtrykket »tilbagesendelse« i udlændingeloven, som stemmer overens med definitionen af dette udtryk i direktivet. Statssekretæren har i øvrigt ikke rettidigt og fuldstændigt fremlagt en række dokumenter for rechtbank Den Haag (retten i første instans i Haag). Frihedsberøvelsen af T var således ulovlig fra det tidspunkt, hvor den blev pålagt.

20. M og A har iværksat appel ved den forelæggende ret, hvilket statssekretæren også har gjort i sagen mod T.

21. Efter at have bemærket, at tvisterne i hovedsagen kun vedrører M, A og T's eventuelle ret til erstatning for det tab, der er forårsaget af deres frihedsberøvelse, har den forelæggende ret anført, at udfaldet af disse tvister afhænger af, hvorvidt direktiv 2008/115 er til hinder for, at statssekretæren med hjemmel i udlændingelovens artikel 59, stk. 2, har frihedsberøvet de i hovedsagen omhandlede tredjelandstatsborgere med henblik på at sikre deres overførsel til en anden medlemsstat, uden at der er truffet en afgørelse om tilbagesendelse som omhandlet i udlændingelovens artikel 62a, stk. 3.

22. På denne baggrund har Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene) besluttet at udsætte sagen og ved afgørelse af 4. september 2019, indgået til Domstolen den 11. september 2019, at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115 [...], særligt artikel 3, 4, 6 og 15, til hinder for, at en udlænding, der har international beskyttelse i en anden EU-medlemsstat, i henhold til national lovgivning underkastes frihedsberøvelse, såfremt frihedsberøvelsen sker med henblik på udsendelse til den anden medlemsstat, og såfremt der først blev udstedt et påbud om at udrejse til denne medlemsstat, men der efterfølgende ikke er truffet nogen afgørelse om tilbagesendelse?«

23. M, T, den estiske, den nederlandske og den polske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. M, T, den nederlandske regering og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 9. juli 2020.

Bedømmelse

24. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 3, 4, 6 og 15 i direktiv 2008/115 er til hinder for, at en medlemsstat i henhold til national lovgivning frihedsberøver en tredjelandstatsborger med ulovligt ophold, der har international beskyttelse i en anden medlemsstat, når frihedsberøvelsen har til formål at overføre tredjelandstatsborgeren til denne anden medlemsstat, og tredjelandstatsborgeren har været genstand for et påbud om straks at begive sig til denne anden medlemsstat, men ikke for en afgørelse om tilbagesendelse som omhandlet i direktiv 2008/115.

25. For at foreslå et svar på spørgsmål vil jeg først undersøge, om direktiv 2008/115 finder anvendelse i situationer som dem, der er beskrevet af den forelæggende ret. Jeg vil nå frem til den konklusion, at dette er tilfældet. Jeg vil derefter behandle spørgsmålet om, hvilke generelle forpligtelser der påhviler en medlemsstat i henhold til dette direktiv, inden jeg behandler medlemsstaternes specifikke forpligtelser i henhold til direktivet, når det drejer sig om frihedsberøvelse af en tredjelandstatsborger.

Om anvendeligheden af direktiv 2008/115

26. I henhold til artikel 2, stk. 1, i direktiv 2008/115 finder direktivet anvendelse på tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold på en medlemsstats område.

27. Den forelæggende ret har fastslået, at de tre pågældende tredjelandstatsborgere hver især har international beskyttelse i en anden medlemsstat. De har derfor hver især ret til ophold i den medlemsstat, der har tildelt international beskyttelse.

28. Den forelæggende ret har ligeledes fastslået, at de tre pågældende tredjelandstatsborgere opholder sig ulovligt på nederlandsk område. Deres ophold er ikke blevet lovliggjort, og undtagelserne i artikel 2, stk. 2, i direktiv 2008/115 finder heller ikke anvendelse.

29. De tre pågældende tredjelandstatsborgeres situation henhører således under anvendelsesområdet for direktiv 2008/115, og de er i princippet underlagt de fælles standarder og procedurer, der er fastlagt i direktivet.

Generelle forpligtelser i henhold til direktiv 2008/115

30. Dette rejser spørgsmålet om de forpligtelser, især for Kongeriget Nederlandene, der følger af direktiv 2008/115, navnlig spørgsmålet om, hvorvidt denne medlemsstat var forpligtet til at træffe en afgørelse om tilbagesendelse som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2008/115.

Ordlydsfortolkning og systematisk fortolkning af artikel 6, stk. 2, i direktiv 2008/115

31. I henhold til artikel 6, stk. 2, i direktiv 2008/115 er tredjelandstatsborgere, der opholder sig ulovligt på en medlemsstats område, og som er i besiddelse af en gyldig opholdstilladelse eller en anden tilladelse, som giver ret til ophold, udstedt af en anden medlemsstat, forpligtet til straks at begive sig til denne anden medlemsstats område. Efterkommer den pågældende tredjelandstatsborger ikke dette krav, eller er den pågældende tredjelandstatsborgers umiddelbare udrejse nødvendig af hensyn til den offentlige orden eller den nationale sikkerhed, finder artikel 6, stk. 1, i direktiv 2008/115 anvendelse.

32. Da de tre pågældende tredjelandstatsborgere har international beskyttelse, hver især i en anden medlemsstat, har de ret til ophold i den pågældende anden medlemsstat. Kongeriget Nederlandene anmodede dem om at forlade Nederlandene og begive sig til de andre medlemsstater, men de efterkom ikke de respektive påbud.

33. I en sådan situation forpligter artikel 6, stk. 1, i direktiv 2008/115 en medlemsstat til at træffe en afgørelse om tilbagesendelse. Kongeriget Nederlandene var imidlertid retligt forhindret i at vedtage en sådan afgørelse, således som jeg nu vil forklare.

34. Ved »tilbagesendelse« forstås processen i forbindelse med en tredjelandstatsborgers tilbagevenden til 1) vedkommende tredjelandstatsborgers oprindelsesland, 2) et transitland i henhold til tilbagetagelsesaftaler på EU-plan eller bilateralt plan eller i henhold til andre ordninger eller 3) et andet tredjeland, som den pågældende tredjelandstatsborger frivilligt beslutter at vende tilbage til, og hvor vedkommende vil blive modtaget⁴.

35. I mangel af et transitland 2) og et andet tredjeland, som de pågældende frivilligt vender tilbage til 3), var den eneste mulighed i henhold til direktivet at vende tilbage til oprindelseslandene.

36. Den forelæggende ret har imidlertid fastslået, at en afgørelse om tilbagesendelse til oprindelseslandene ikke er mulig, idet den ville tilsidesætte non-refoulement-princippet. Som det fremgår af artikel 5 i direktiv 2008/115, skal en medlemsstat ved gennemførelsen af direktivet tage hensyn til non-refoulement-princippet, hvilket princip i øvrigt er sikret ved chartrets artikel 18 og artikel 19, stk. 2.

37. Vi kan derfor på nuværende tidspunkt konkludere, at selv om den foreliggende sag er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/115, har Kongeriget Nederlandene ikke været forpligtet til at træffe afgørelse om tilbagesendelse i henhold til dette direktivs artikel 6, stk. 1⁵.

4 – Jf. artikel 3, nr. 3), i direktiv 2008/115.

5 – Det er åbenbart, at hvis og når betingelserne for non-refoulement ikke længere er opfyldt, eksisterer forpligtelsen til at træffe en afgørelse om tilbagesendelse i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2008/115 på ny.

38. En sådan fortolkning er i overensstemmelse med bemærkningerne fra samtlige parter i sagen og forekommer at være det fremherskende synspunkt i retslitteraturen⁶.

Teleologisk fortolkning af artikel 6, stk. 2, i direktiv 2008/115

39. Man kunne imidlertid forestille sig en anden fortolkning af artikel 6, stk. 1 og 2, i direktiv 2008/115.

40. Efterkommer tredjelandstatsborgeren ikke kravet om straks at begive sig til den anden medlemsstats område, synes den fulde virkning af artikel 6, stk. 2, i direktiv 2008/115 at være bedre sikret ved at træffe *afgørelse om tilbagesendelse til en anden medlemsstat*. Dette styrker den procedure, der fremgår af direktivets artikel 6, stk. 2. Det betyder ligeledes en ændring af begrebet »tilbagesendelse« som defineret i direktivets artikel 3, nr. 3), for så vidt angår visse særlige situationer.

41. En sådan procedure har den enorme fordel, at den er tydelig og let anvendelig i praksis. Der ville foreligge en afgørelse om tilbagesendelse i henhold til artikel 6, stk. 1, i direktiv 2008/115, således at alle dette direktivs bestemmelser vedrørende denne procedure, herunder navnlig bestemmelsen om frihedsberøvelse (artikel 15), kan anvendes uden hindringer.

42. Kommissionens »håndbog om tilbagesendelse«, der ikke er bindende, men ikke desto mindre giver nyttig vejledning, forekommer mig at pege i denne retning, når det præciseres, at »[h]vis en tredjelandstatsborger ikke indvilger i at vende tilbage frivilligt, jf. artikel 6, stk. 2, til den medlemsstat, hvori den pågældende har opholdstilladelse, finder artikel 6, stk. 1, anvendelse, og der skal træffes en afgørelse om tilbagesendelse direkte til et tredjeland. *Personen må ikke tilbageføres til den anden medlemsstat med tvang, medmindre [...] under visse omstændigheder, når tilbagesendelse/udsendelse til et tredjeland ikke er mulig, og den medlemsstat, der udstedte opholdstilladelsen, indvilger i at tage personen tilbage*«⁷.

43. Der er to ting, der ikke fremgår af den netop citerede passage. For det første fremgår det ikke klart, om en sådan procedure er obligatorisk eller valgfri for medlemsstaten. For det andet har Kommissionen ikke præciseret, om denne procedure har retsgrundlag i artikel 6 i direktiv 2008/115 [hvilket ville være i strid med ordlyden i dette direktivs artikel 3, nr. 3)], eller om der er tale om en procedure, der er reguleret af national ret.

44. På baggrund heraf maner jeg til forsigtighed. Selv om en sådan fremgangsmåde kan virke tilløkkende, forekommer det mig vanskeligt at forene den med den klare ordlyd af artikel 3, nr. 3): Tilbagesendelse betyder tilbagesendelse til et tredjeland⁸. Desuden nærer jeg stor tvivl om, hvorvidt indførelsen af en »tilbagesendelsesprocedure mellem medlemsstaterne« afspejler lovgivers vilje. Heraf følger desuden spørgsmålet om, hvorvidt en sådan fortolkning kun gælder i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede, hvor en medlemsstat er forhindret i at træffe en afgørelse om tilbagesendelse

6 – Jf. eksempelvis F. Lutz, »Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals«, i K. Hailbronner og D. Thym (red.), *EU immigration and asylum law – a commentary*, 2. udgave, 2016, C.H. Beck, Hart, Nomos, München, Oxford, Baden-Baden, artikel 6, punkt 13, s. 689.

7 – Jf. Kommissionens henstilling (EU) 2017/2338 af 16.11.2017 om en fælles »håndbog om tilbagesendelse« til brug for medlemsstaternes myndigheder med ansvar for tilbagesendelsesopgaver (EUT 2017, L 339, s. 83, punkt 5.4). Min fremhævelse.

8 – Oprindelseslandet, transitlandet eller et andet passende tredjeland som omhandlet i den nævnte bestemmelse.

til et tredjeland på grund af non-refoulement-princippet, eller om den ligeledes bør finde anvendelse i alle de tilfælde, der er omfattet af nævnte direktivs artikel 6, stk. 2, dvs. i det tilfælde, hvor tredjelandstatsborgeren er indehaver af en gyldig opholdstilladelse eller en anden tilladelse, som giver ret til ophold, udstedt af en anden medlemsstat⁹.

45. Jeg vil derfor ikke foreslå Domstolen den netop skitserede fortolkning. Jeg vil snarere hellere holde mig til ordlyden i artikel 3, nr. 3), samt artikel 6, stk. 1 og 2, i direktiv 2008/115 og på ny bekræfte det, jeg har foreslået i punkt 31-38 ovenfor.

Særlige forpligtelser i henhold til direktiv 2008/115: frihedsberøvelse med henblik på overførsel af en tredjelandstatsborger til en anden medlemsstat?

46. Tilbage er spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne i direktiv 2008/115 er til hinder for, at Kongeriget Nederlandene har frihedsberøvet de pågældende tredjelandstatsborgere med henblik på deres overførsel til den medlemsstat, hvor de har international beskyttelse.

Mulighed for frihedsberøvelse

47. Den bestemmelse i direktiv 2008/115, der specifikt omhandler frihedsberøvelse, er artikel 15. Denne bestemmelse fastsætter i detaljer de betingelser, som medlemsstaterne kan benytte for at tilbageholde en tredjelandstatsborger, der er genstand for tilbagesendelsesprocedurer, *for at forberede tilbagesendelsen* og/eller gennemføre udsendelsen.

48. Denne bestemmelse finder imidlertid ikke anvendelse i den foreliggende sag, da der ikke foreligger en tilbagesendelsesprocedure. Igen var Kongeriget Nederlandenes hensigt blot at overføre tredjelandstatsborgerne hver især til en medlemsstat og ikke sende dem tilbage til deres oprindelsesland uden for EU.

49. Domstolen har imidlertid frihedsberøvelse af en tredjelandstatsborger på grund af ulovligt ophold – ud over artikel 15 i direktiv 2008/115 – i to situationer¹⁰, nemlig når den tilbagesendelsesprocedure, der er fastsat i direktiv 2008/115, er blevet anvendt, og tredjelandstatsborgeren (stadig) opholder sig ulovligt på det pågældende område uden gyldig begrundelse for den manglende tilbagevenden (herefter »Achughbabian-situationen«¹¹), og hvor tilbagesendelsesproceduren er blevet anvendt, og den pågældende genindrejser på denne medlemsstats område i strid med et indrejseforbud (herefter »Celaj-situationen«)¹²¹³.

50. Alligevel finder ingen af de to situationer, der er omhandlet i det foregående afsnit, anvendelse her: i både Achughbabian-situationen og Celaj-situationen havde den pågældende medlemsstat anvendt en tilbagesendelsesprocedure, dog uden held i Achughbabian-situationen. I den foreliggende sag har Kongeriget Nederlandene imidlertid (med rette) ikke anvendt en tilbagesendelsesprocedure, men en overførselsprocedure til en anden medlemsstat.

9 – Hvis en »tilbagesendelsesprocedure mellem medlemsstaterne« også ville finde anvendelse på sidstnævnte situation, ville det faktisk indebære, at en medlemsstat (medlemsstat A), som frivilligt udsteder opholdstilladelser eller tilladelser, der giver ret til ophold, egentlig ville afgøre, om en efterfølgende »tilbagesendelsesprocedure«, i en situation, hvor den pågældende har begivet sig til en anden medlemsstat (medlemsstat B), skal indledes af medlemsstat B til medlemsstat A eller til oprindelseslandet. Dette ville potentielt føre til en uensartet anvendelse af direktivet og ændre den ordening, som direktivet søger at indføre, nemlig at en tredjelandstatsborger vender tilbage til oprindelseslandet.

10 – I begge disse sager var der tale om en strafferetlig sanktion i form af en fængselsstraf, hvilket dog er irrelevant her.

11 – Jf. dom af 6.12.2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 50 og domskonklusionens punkt 1).

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

13 – Henset hertil er Domstolens begrundelse, at direktiv 2008/115 kun vedrører tilbagesendelse af tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold i en medlemsstat, og direktivet har således ikke til formål fuldt ud at harmonisere de nationale regler om udlændinges ophold, jf. dom af 6.12.2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 28). Endvidere er direktiv 2008/115 ikke til hinder for fængsling med henblik på at fastlægge, om en tredjelandstatsborgers ophold er lovligt eller ej, jf. dom af 6.12.2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 29).

51. Jeg har vanskeligt ved at anerkende, at det i en sådan situation, som ganske vist generelt er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/115, selv om den ikke er underkastet fuldstændig gennemførelse af alle direktivets bestemmelser, i princippet ikke er muligt for en medlemsstat at frihedsberøve en tredjelandstatsborger, naturligvis underlagt visse betingelser¹⁴.

52. Direktiv 2008/115 er således efter min opfattelse ikke kategorisk og principielt til hinder for frihedsberøvelse af de pågældende tredjelandstatsborgere.

Forholdene under frihedsberøvelsen

53. For så vidt angår betingelserne for en frihedsberøvelse, eftersom den foreliggende sag, som anført ovenfor, henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2008/115 (i medfør af direktivets artikel 2), skal enhver frihedsberøvelsesforanstaltning, som en medlemsstat måtte ønske at pålægge, være i overensstemmelse med direktivets *formål* og *principper*¹⁵.

54. Som det fremgår af artikel 1 i direktiv 2008/115 samt af 2. og 24. betragtning til direktivet, forfølger direktivet sin politik med fuld respekt for de pågældende tredjelandstatsborgeres menneskerettigheder og værdighed, og det fremgår, at direktivet respekterer de grundlæggende rettigheder og overholder de principper, som især anerkendes i chartret.

55. Jeg har tidligere anført, at direktivet søger at sikre balancen mellem medlemsstaternes ret til og interesse i at kontrollere udlændinges indrejse, ophold og udsendelse og de pågældende personers individuelle rettigheder¹⁶. Med hensyn til sidstnævnte søger direktiv 2008/115 at tage højde for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis vedrørende retten til frihed og de »Tyve retningslinjer om tvangsmæssig tilbagesendelse«, som blev vedtaget af Europarådets Ministerudvalg den 4. maj 2005¹⁷, og hvortil der henvises i tredje betragtning til direktiv 2008/115¹⁸.

56. Jeg har desuden allerede anført, at en national bestemmelse, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2008/115, indebærer en gennemførelse af EU-retten som omhandlet i chartrets artikel 51, stk. 1, og skal overholde de generelle EU-retlige principper, herunder de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartret¹⁹.

57. I chartrets artikel 52, stk. 1, præciseres det, at enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved chartret, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold samt skal være omfattet af proportionalitetsprincippet. For så vidt som chartret indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), bestemmer chartrets artikel 52, stk. 3, at de skal have samme betydning og omfang som i konventionen, idet det præciseres, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse. Med henblik på fortolkningen af chartrets artikel 6 skal der således tages hensyn til EMRK's artikel 5 som tærskel for minimumsbeskyttelse²⁰.

14 – Ud fra både en medlemsstats og en tredjelandstatsborgers synsvinkel er overførsel til en anden medlemsstat, hvor tredjelandstatsborgeren endda har international beskyttelse, mindre dramatisk end en procedure for tilbagesendelse til et tredjeland.

15 – Dette er i øvrigt også tilfældet i en »Achughbabian-situation«. Her har Domstolen ligeledes præciseret, at den påtænkte frihedsberøvelse skal udføres »under overholdelse af principperne i direktivet og dets formål«, jf. dom af 6.12.2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, præmis 46).

16 – Jf. min stillingtagen Direktor na Direktsia »Migratsia« pri Ministerstvo na vatrešnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 45).

17 – Jf. Ministerudvalgets dokument CM(2005) 40 final.

18 – Jf. min stillingtagen Direktor na Direktsia »Migratsia« pri Ministerstvo na vatrešnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 45).

19 – Jf. mit forslag til afgørelse JZ (Fængselsstraf i tilfælde af indrejseforbud) (C-806/18, EU:C:2020:307, punkt 45).

20 – Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse JZ (Fængselsstraf i tilfælde af indrejseforbud) (C-806/18, EU:C:2020:307, punkt 46).

58. Ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal enhver frihedsberøvelse være lovlig, ikke blot i den forstand, at den skal have hjemmel i national ret, men ligeledes i den forstand, at lovligheden vedrører lovens kvalitet, som indebærer, at en national lov, der tillader frihedsberøvelse, skal være tilstrækkelig tilgængelig, præcis og forudsigelig i sin anvendelse for at undgå enhver risiko for vilkårlighed²¹.

59. På grundlag af disse konstateringer kan jeg fremsætte følgende bemærkninger.

60. En medlemsstat, der ønsker at overføre en tredjelandstatsborger med ulovligt ophold til en anden medlemsstat, hvor vedkommendes ophold ikke længere er ulovligt, bidrager ubestrideligt til at fremme ikke blot formålene med direktiv 2008/115, men også formålene med EU's asyl- og indvandringspolitik generelt.

61. Dernæst skal det undersøges, om den pågældende medlemsstat overholder den pågældende tredjelandstatsborgers grundlæggende rettigheder. Eftersom artikel 15 i direktiv 2008/115, selv om den som anført ovenfor ikke finder anvendelse her, søger at tage højde for og inddrage Menneskerettighedsdomstolens praksis med hensyn til EMRK's artikel 5, som udgør det funktionelle sidestykke til chartrets artikel 6²², kan vi benytte den lære, der kan udledes af denne bestemmelse, som inspirationskilde, for så vidt som artikel 15 i direktiv 2008/115 beskytter de grundlæggende rettigheder og interesser hos den person, der skal frihedsberøves²³.

62. En frihedsberøvelse kan kun anvendes med henblik på overførselsproceduren til den anden medlemsstat. Den bør kun bruges som en sidste udvej, dvs. når der er risiko for, at den pågældende vil forsvinde, eller når den pågældende tredjelandstatsborger undviger eller lægger hindringer i vejen for overførselsproceduren. Desuden skal enhver frihedsberøvelse være af så kort varighed som muligt og bør kun opretholdes, så længe udsendelsen er under forberedelse og gennemføres med nødvendig omhu.

63. Dette indebærer, at der kun kan træffes afgørelse om frihedsberøvelse fra sag til sag og alene på grundlag af den pågældende persons individuelle adfærd.

64. Den skal desuden foreskrives skriftligt af de administrative eller retlige myndigheder med angivelse af de faktiske og retlige grunde, og der skal være mulighed for domstolsprøvelse. Frihedsberøvelsen tages løbende op til revision og i tilfælde af længere perioder under en retslig myndigheds kontrol.

65. Det tilkommer den forelæggende ret at analysere de omhandlede nationale bestemmelser forenelighed med de grundlæggende rettigheder på grundlag af chartret, sammenholdt med EMRK, herunder ovennævnte retspraksis.

66. Såfremt den forelæggende ret konstaterer, at disse principper er blevet overholdt, var frihedsberøvelsen lovlig, for så vidt som direktiv 2008/115 ikke var til hinder herfor.

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

22 – Jf. i denne retning dom af 28.4.2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, præmis 43). Jf. ligeledes min stillingtagen Direktor na Direktsia »Migratsia« pri Ministerstvo na vatrashnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, punkt 2, herunder fodnote 3).

23 – Det bør understreges, at dette på ingen måde udgør en analog anvendelse af artikel 15 i direktiv 2008/115. Snarere kan EU-lovgivers afvejning af statens interesser (tilbagesendelse/udsendelse) mod tredjelandstatsborgerens grundlæggende rettigheder tages til følge her.

Forslag til afgørelse

67. På baggrund af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Raad van State (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Nederlandene) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 3, 4, 6 og 15 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16. december 2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandstatsborger med ulovligt ophold er ikke til hinder for, at en medlemsstat i henhold til national ret frihedsberøver en tredjelandstatsborger med ulovligt ophold, som har international beskyttelse i en anden medlemsstat, når frihedsberøvelsen har til formål at overføre denne statsborger til denne anden medlemsstat, og når den pågældende tredjelandstatsborger har været genstand for et påbud om straks at begive sig til denne anden medlemsstats område, men hvor der ikke foreligger en afgørelse om tilbagesendelse som omhandlet i direktiv 2008/115, såfremt artikel 6 og 52 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder er overholdt, hvilket det tilkommer den nationale ret at afgøre.«