



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. WATHELET
van 31 januari 2013¹

Zaak C-534/11

**Mehmet Arslan
tegen**

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

[verzoek van de Nejvyšší správní soud (Tsjechië) om een prejudiciële beslissing]

„Onderdaan van derde land — Illegaal verblijf — Bewaring met het oog op uitzetting — Richtlijn 2008/115/EG — Verzoek om internationale bescherming — Richtlijn 2005/85/EG — Richtlijn 2003/9/EG — Misbruik van rechten”

I – Inleiding

1. De onderhavige prejudiciële verwijzing, neergelegd ter griffie van het Hof op 20 oktober 2011, heeft met name betrekking op de uitlegging van artikel 2, lid 1, van richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven² (hierna: „terugkeerrichtlijn”), juncto punt 9 van de considerans ervan, en op de samenhang van deze bepalingen met richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus.³

2. De prejudiciële verwijzing heeft plaatsgevonden in het kader van een geding tussen Arslan, een Turks onderdaan, en de Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (Tsjechische politie, regionale directie van de regio Ústí, afdeling vreemdelingenpolitie; hierna: „verweerster in het hoofdgeding”). Arslan heeft illegaal het grondgebied van de Tsjechische Republiek betreden en zich hierop opgehouden. Verweerster in het hoofdgeding heeft besloten om hem gedurende een termijn van 60 dagen in bewaring te stellen met het oog op zijn administratieve verwijdering. Arslan heeft bij de Tsjechische rechterlijke instanties beroep ingesteld tegen de beslissing van verweerster in het hoofdgeding om zijn bewaring met 120 dagen te verlengen. Arslan voert aan dat op het ogenblik dat de beslissing om zijn bewaring te verlengen is genomen, niet redelijkerwijs kon worden aangenomen dat hij naar zijn land van herkomst (of naar een andere staat) kon worden verwijderd gedurende de periode van inbewaringstelling, die, volgens de nationale vreemdelingenwet,

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 348, blz. 98.

3 — PB L 326, blz. 13.

maximaal 180 dagen mag duren. Die termijn zou namelijk noodzakelijkerwijs worden overschreden op grond van zijn verzoek om internationale bescherming (hierna: „asielaanvraag”)⁴ en zijn intentie om uitputtend gebruik te maken van alle middelen, procedureel en rechtens, die hem in het kader van deze laatste aanvraag ter beschikking staan.

3. De verwijzende rechter vraagt zich, in de eerste plaats, af of de terugkeerrichtlijn van toepassing is op een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land die om asiel heeft verzocht in de zin van richtlijn 2005/85 en, in de tweede plaats, of een dergelijk verzoek tot gevolg heeft dat de op de terugkeerrichtlijn gebaseerde bewaring met het oog op terugkeer moet worden beëindigd.

4. Met deze fundamentele vragen snijdt deze prejudiciële verwijzing de problematiek aan van een mogelijk oneigenlijk gebruik van de asielbepalingen om de toepassing van de terugkeerrichtlijn te verhinderen.

II – Rechtskader

A – Unierecht

1. De terugkeerrichtlijn

5. Punt 9 van de considerans van de terugkeerrichtlijn luidt:

„Overeenkomstig richtlijn 2005/85 [...], mag een onderdaan van een derde land die in een lidstaat asiel heeft aangevraagd niet worden beschouwd als iemand die illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft, totdat het afwijzende besluit inzake het verzoek respectievelijk het besluit waarbij het verblijfsrecht van de betrokkene wordt beëindigd, in werking is getreden.”

6. In artikel 2, lid 1, van de terugkeerrichtlijn is als volgt bepaald:

„Deze richtlijn is van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen.”

7. Artikel 3, punt 2, van de terugkeerrichtlijn definieert „illegaal verblijf” als „de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden [...] voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat”.

8. Ingevolge artikel 5 van de terugkeerrichtlijn dienen de lidstaten het in artikel 33 van het Verdrag van Genève⁵ neergelegde beginsel van non-refoulement te eerbiedigen, ook wanneer zij deze richtlijn ten uitvoer leggen.

9. Artikel 6, lid 1, van de terugkeerrichtlijn bepaalt dat „de lidstaten een terugkeerbesluit uit[vaardigen] tegen de onderdaan van een derde land die illegaal op hun grondgebied verblijft”.

4 — Ingevolge artikel 2, sub b, van richtlijn 2005/85 wordt onder „asielverzoek” verstaan „een door een onderdaan van een derde land of een staatloze ingediend verzoek dat kan worden opgevat als een verzoek om verlening van internationale bescherming door een lidstaat op grond van het [Verdrag van Genève van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen [United Nations Treaty Series, Vol. 189, blz. 150, nr. 2545 (1954)], in werking getreden op 22 april 1954, zoals aangevuld bij het op 4 oktober 1967 in werking getreden Protocol van New York van 31 januari 1967 (hierna: „Verdrag van Genève”)]. Elk verzoek om internationale bescherming wordt als een asielverzoek beschouwd, tenzij de betrokkene uitdrukkelijk vraagt om een andere vorm van bescherming waarvoor een afzonderlijk verzoek kan worden ingediend”. In deze conclusie zal ik de begrippen „asielverzoek” en „asielzoeker” gebruiken. Zie ook artikel 2, sub b, van richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (PB L 31, blz. 18).

5 — Dit artikel 33 bepaalt onder het kopje „Verbod tot uitzetting of terugleiding („refoulement)” dat „geen der Verdragsluitende Staten, op welke wijze ook, een vluchteling [zal] uitzetten of terugleiden naar de grenzen van een grondgebied waar zijn leven of vrijheid bedreigd zou worden op grond van zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging”.

10. Ingevolge artikel 9, lid 1, sub a, van de terugkeerrichtlijn stellen de lidstaten de verwijdering uit in geval deze in strijd zou zijn met het beginsel van non-refoulement.

11. Artikel 15 van de terugkeerrichtlijn luidt als volgt:

„1. Tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kunnen de lidstaten de onderdaan van een derde land jegens wie een terugkeerprocedure loopt alleen in bewaring houden om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, met name indien:

- a) er risico op onderduiken bestaat, of
- b) de betrokken onderdaan van een derde land de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.

De bewaring is zo kort mogelijk en duurt niet langer dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering.

[...]

4. Indien blijkt dat er omwille van juridische of andere overwegingen geen redelijk vooruitzicht op verwijdering meer is, of dat de in lid 1 bedoelde omstandigheden zich niet meer voordoen, is de bewaring niet langer gerechtvaardigd en wordt de betrokkene onmiddellijk vrijgelaten.

5. De bewaring wordt gehandhaafd zolang de in lid 1 bedoelde omstandigheden zich voordoen en zij noodzakelijk is om een geslaagde verwijdering te garanderen. Iedere lidstaat stelt een maximale bewaringsduur vast die niet meer dan zes maanden mag bedragen.

6. De lidstaten kunnen de in lid 5 bedoelde termijn overeenkomstig de nationale wetgeving slechts in beperkte mate en ten hoogste met nog eens twaalf maanden verlengen indien de verwijdering, alle redelijke inspanningen ten spijt, wellicht meer tijd zal vergen, omdat:

- a) de betrokken onderdaan van een derde land niet meewerkt, of
- b) de nodige documentatie uit derde landen op zich laat wachten.”

2. Richtlijn 2005/85

12. Richtlijn 2005/85 legt minimumnormen vast voor de procedures voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus. Zij regelt in hoofdzaak de indiening van asielverzoeken, de procedure voor de behandeling van deze verzoeken en de rechten en verplichtingen van de asielzoekers tijdens deze procedure.

13. Artikel 7 van richtlijn 2005/85 luidt:

„1. Asielzoekers mogen in de lidstaat blijven, louter ten behoeve van de procedure, totdat de beslissingsautoriteit overeenkomstig de in hoofdstuk III uiteengezette procedures in eerste aanleg een beslissing heeft genomen. Dit recht om te blijven houdt niet in dat de betrokkene recht heeft op een verblijfsvergunning.

2. De lidstaten kunnen alleen een uitzondering maken voor de gevallen waarin een volgend asielverzoek overeenkomstig de artikelen 32 en 34 niet verder zal worden behandeld of wanneer zij een persoon zullen overdragen of uitleveren, naargelang van het geval, aan hetzij een andere lidstaat uit hoofde van verplichtingen overeenkomstig een Europees aanhoudingsbevel of anderszins, hetzij een derde land of internationale straffhoven of tribunalen.”

14. Artikel 18 van richtlijn 2005/85 bepaalt het volgende:

„1. De lidstaten mogen een persoon niet in bewaring houden uitsluitend omdat hij een asielzoeker is.

2. Indien een asielzoeker in bewaring wordt gehouden, zorgen de lidstaten ervoor dat snelle toetsing door een rechterlijke instantie mogelijk is.”

15. In artikel 23, lid 4, van richtlijn 2005/85 is als volgt bepaald:

„De lidstaten kunnen voorts bepalen dat een behandelingsprocedure [...] voorrang krijgt of wordt versneld indien:

[...]

g) de asielzoeker inconsistente, contradictoire, onwaarschijnlijke of ontoereikende verklaringen heeft afgelegd die alle overtuigingskracht ontnemen aan zijn bewering dat hij het slachtoffer zou zijn van vervolging overeenkomstig richtlijn 2004/83/EG^[6], of

[...]

j) de asielzoeker enkel een verzoek indient teneinde de uitvoering van een eerdere of van een op handen zijnde beslissing die tot zijn verwijdering zou leiden, uit te stellen of te verijdelen, of

[...]

l) de asielzoeker het grondgebied van de lidstaat onrechtmatig is binnengekomen of zijn verblijf op onrechtmatige wijze heeft verlengd en zich, gezien de omstandigheden van zijn binnenkomst, zonder gegronde reden niet zo snel mogelijk bij de autoriteiten heeft aangemeld en/of een asielverzoek heeft ingediend, [...]

[...]”

3. Richtlijn 2003/9

16. Artikel 7 van richtlijn 2003/9/EG luidt:

„1. Asielzoekers kunnen zich vrij bewegen op het grondgebied van de ontvangende lidstaat of binnen een hun daartoe door die lidstaat aangewezen gebied. Dit aangewezen gebied mag de onvervreembare sfeer van het privéleven niet aantasten en dient voldoende bewegingsvrijheid te bieden om ervoor te zorgen dat alle voorzieningen die deze richtlijn biedt, toegankelijk zijn.

2. De lidstaten kunnen een besluit nemen over de plaats van verblijf van de asielzoeker, om redenen van openbaar belang, openbare orde of indien nodig voor een snelle behandeling en een doeltreffende controle van het asielverzoek.

6 — Richtlijn van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming (PB L 304, blz. 12).

3. In de gevallen waarin zulks nodig blijkt, bijvoorbeeld om juridische redenen of om redenen van openbare orde, mogen de lidstaten een asielzoeker overeenkomstig hun nationale wetgeving op een bepaalde plaats vasthouden.

[...]”

B – *Tsjechisch recht*

17. De omzetting van de terugkeerrichtlijn in het Tsjechische recht heeft hoofdzakelijk plaatsgevonden door middel van een wijziging van wet nr. 326/1999 Sb. betreffende het verblijf van vreemdelingen op het grondgebied van de Tsjechische Republiek (hierna: „wet betreffende het verblijf van vreemdelingen”).

18. Artikel 124, lid 1, van deze wet bepaalt dat de politie „vreemdelingen van 15 jaar en ouder in bewaring kan stellen die ervan in kennis zijn gesteld dat een administratieve verwijderingsprocedure werd ingeleid, ten aanzien van wie een definitieve beslissing over hun administratieve verwijdering is genomen of ten aanzien van wie door een andere lidstaat van de Europese Unie een inreisverbod is vastgesteld, dat van toepassing is op het grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie en wanneer de toepassing van een bijzondere maatregel met het oog op terugkeer niet volstaat”, zulks op voorwaarde dat aan minstens één van de sub b en e van die bepaling neergelegde voorwaarden is voldaan, te weten dat „het risico bestaat dat de vreemdeling de uitvoering van een beslissing van administratieve verwijdering bemoeilijkt of verhindert” en dat „de vreemdeling in het informatiesysteem van de lidstaten voorkomt”.

19. Volgens artikel 125, lid 1, van de wet betreffende het verblijf van vreemdelingen mag de duur van de bewaring in beginsel⁷ maximaal 180 dagen bedragen.

20. Artikel 127 van de wet betreffende het verblijf van vreemdelingen luidt:

„1. De bewaring moet onverwijld worden beëindigd

a) wanneer de redenen voor de inbewaringstelling niet langer van toepassing zijn;

[...]

d) indien de vreemdeling asiel of subsidiaire bescherming is verleend; of

e) indien de vreemdeling een vergunning tot langdurig verblijf heeft verkregen ten behoeve van zijn bescherming op het nationale grondgebied.

2. De indiening van een verzoek om internationale bescherming tijdens de bewaring is geen reden voor beëindiging van de bewaring.”

21. De omzetting van de richtlijn 2005/85 in het Tsjechische recht heeft hoofdzakelijk plaatsgevonden door middel van een wijziging van wet nr. 325/1999 Sb. betreffende asiel. Artikel 85, sub a, van die wet bepaalt:

„1) Met de verklaring ten behoeve van internationale bescherming eindigt de geldigheid van het visum voor lange duur verblijf of de vergunning voor langdurig verblijf, verleend krachtens de specifieke toepasselijke wetgeving.

⁷ — Artikel 125, lid 2, van die wet regelt de mogelijke uitzonderingen op die maximumduur. Volgens de verwijzende rechter zijn deze uitzondering niet van toepassing op Arslan.

- 2) De rechtsstatus van de vreemdeling die voortvloeit uit zijn onderbrenging in een centrum voor inbewaringstelling wordt niet geraakt door een mogelijke verklaring ten behoeve van internationale bescherming of door een mogelijk verzoek om verlening van internationale bescherming (artikel 10).
- 3) De vreemdeling die een verklaring ten behoeve van internationale bescherming heeft afgelegd of heeft verzocht om verlening van internationale bescherming dient, met inachtneming van de in de specifieke toepasselijke wetgeving opgenomen voorwaarden, te verblijven in het centrum voor inbewaringstelling.”

III – Hoofdgeding en prejudiciële vragen

22. Arslan werd op 1 februari 2011 door een Tsjechische politie-eenheid aangehouden en vervolgens in bewaring gesteld. Op 2 februari 2011 is besloten hem van het Tsjechische grondgebied te verwijderen. Bij beslissing van 8 februari 2011 is de duur van de inbewaringstelling van Arslan op een termijn van 60 dagen gesteld, onder andere op grond dat gelet op zijn gedrag in het verleden kon worden vermoed dat hij de uitvoering van de beslissing tot administratieve verwijdering zou verhinderen. In de beslissing werd uiteengezet dat Arslan, houder van een identiteitskaart van de Republiek Turkije, het Schengengebied illegaal was binnengekomen en dat hij zonder paspoort of visum in Oostenrijk en vervolgens in Tsjechië heeft verbleven. Voorts vermeldde de beslissing dat Arslan eerder – in 2009 – in Griekenland was aangehouden in het bezit van een vervalst paspoort. Hij werd verwijderd naar zijn land van herkomst en in het Schengen Informatie Systeem geregistreerd als een persoon op wie van 26 januari 2010 tot en met 26 januari 2013 een binnenkomstverbod in het Schengengebied van toepassing is.

23. Op 8 februari 2011, dat wil zeggen zeven dagen na zijn inbewaringstelling en zes dagen na de beslissing tot zijn administratieve verwijdering maar op dezelfde dag als die waarop werd besloten om de duur van zijn inbewaringstelling op een termijn van 60 dagen te stellen, heeft Arslan bij de Tsjechische autoriteiten een verzoek om internationale bescherming ingediend.

24. Op 25 maart 2011 besliste verweerster in het hoofdgeding om de bewaring met 120 dagen te verlengen, omdat dit noodzakelijk was voor het vervolg van de voorbereiding van de tenuitvoerlegging van de beslissing tot administratieve verwijdering van de betrokkene; gedurende de periode van de beoordeling van de asielaanvraag kon de beslissing tot administratieve verwijdering namelijk niet ten uitvoer worden gelegd. Volgens de beslissing van 25 maart 2011 heeft Arslan asiel aangevraagd om de tenuitvoerlegging van de beslissing tot administratieve verwijdering te bemoeilijken. Ook bleek uit deze beslissing dat de ambassade van de Republiek Turkije tot op die datum nog geen vervangend reisdocument voor Arslan had afgegeven, hetgeen eveneens de tenuitvoerlegging van de beslissing tot administratieve verwijdering verhinderde.

25. Tegen de beslissing van 25 maart 2011 heeft Arslan beroep ingesteld bij de Krajský soud te Ústí nad Labem (regionale rechtbank te Ústí nad Labem, Tsjechië). Hierbij voerde hij aan dat, op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen, niet redelijkerwijs kon worden aangenomen dat hij naar zijn land van herkomst (of naar een andere staat) kon worden verwijderd gedurende de periode van inbewaringstelling, die, volgens de wet betreffende het verblijf van vreemdelingen, ten hoogste 180 dagen mag duren. Indien de minister van Binnenlandse Zaken zijn asielaanvraag zou afwijzen, was Arslan van plan om gebruik te maken van zijn recht om tegen de beslissing van de minister beroep in te stellen, dat krachtens de wet schorsende werking heeft. Indien dat beroep zou worden verworpen, zou hij nog altijd de mogelijkheid hebben om cassatieberoep in te stellen bij de Nejvyšší správní soud (hoogste bestuursrechter). Ook dat beroep heeft schorsende werking.

26. Gelet op de gebruikelijke duur van gerechtelijke procedures in dit soort zaken, was Arslan van mening dat het niet realistisch was dat de beslissing van administratieve verwijdering binnen die termijn van 180 dagen kon worden uitgevoerd. Derhalve betoogde hij dat de beslissing van 25 maart 2011 tot verlenging van zijn inbewaringstelling in strijd was met artikel 15, leden 1 en 4, van de terugkeerrichtlijn, alsook met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens betreffende artikel 5, lid 1, van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.⁸

27. Volgens Arslan was de bestreden beslissing niet onwettig vanwege de strijdigheid ervan met het asielrecht, maar omdat een wezenlijke voorwaarde voor zijn inbewaringstelling, te weten een redelijk vooruitzicht op verwijdering vóór het verstrijken van de maximumtermijn voor deze inbewaringstelling, niet was vervuld.

28. Bij arrest van 27 april 2011 verwierp de Krajský soud het beroep, en was het hierbij van oordeel dat het betoog van Arslan „enkel zijn eigenbelang diende en speculatief was”, omdat niet kon worden uitgesloten dat de procedure inzake de asielaanvraag, inclusief eventuele latere gerechtelijke procedures, binnen de bij beslissing van 25 maart 2011 vastgestelde termijn zou kunnen worden beëindigd. Arslan stelde bij de verwijzende rechter cassatieberoep in tegen dit arrest, waarbij hij in wezen dezelfde argumenten aanvoerde als in eerste aanleg.

29. De minister van Binnenlandse Zaken heeft bij beslissing van 12 april 2011 de asielaanvraag van Arslan afgewezen. Laatstgenoemde heeft hiertegen beroep ingesteld.

30. Op 27 juli 2011, dat wil zeggen nagenoeg tegelijk met de afloop van de termijn die in de door Arslan bestreden beslissing was vastgesteld, hebben de Tsjechische autoriteiten de inbewaringstelling beëindigd, „aangezien er geen redenen voor inbewaringstelling meer waren”.⁹

31. De verwijzende rechter vraagt zich af of artikel 2, lid 1, van de terugkeerrichtlijn al dan niet in die zin dient te worden uitgelegd dat de bewaring van een vreemdeling met het oog op terugkeer moet worden beëindigd zodra hij om asiel verzoekt en er, tegelijkertijd, geen andere redenen zijn om zijn bewaring te handhaven dan de voorbereiding van zijn terugkeer en/of zijn verwijdering.¹⁰ De verwijzende rechter neigt naar een bevestigend antwoord op deze vraag, omdat de bewaring enkel zou mogen worden gehandhaafd indien een nieuwe beslissing tot inbewaringstelling wordt genomen die evenwel niet op de terugkeerrichtlijn is gefundeerd, maar op een andere regeling die specifiek de inbewaringstelling van een asielzoeker toelaat. Niettemin zou een dergelijke slotsom misbruik van asielprocedures kunnen aanmoedigen.

32. De verwijzende rechter merkt eveneens op dat de Tsjechische wetgever deze uitlegging en overigens ook die van advocaat-generaal Mazák in zijn standpuntbepaling in de zaak Kadzoev, in het geheel niet deelt.¹¹

8 — Artikel 5 bepaalt onder het kopje „Recht op vrijheid en veiligheid” het volgende: „Eenieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure [...]”

9 — Deze zinsnede komt uit de verwijzingsbeslissing en heeft betrekking op artikel 127, lid 1, sub a, van de wet betreffende het verblijf van vreemdelingen (zie punt 20 supra van mijn conclusie).

10 — Zie artikel 15, lid 1, van de terugkeerrichtlijn.

11 — Arrest van 30 november 2009 (C-357/09 PPU, Jurispr. blz. I-11189).

33. Daarop heeft de Nejvyšší správní soud de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Moet artikel 2, lid 1, van de terugkeerrichtlijn, gelezen in samenhang met punt 9 van de considerans ervan, aldus worden uitgelegd dat die richtlijn niet van toepassing is op een staatsburger van een derde land die om internationale bescherming heeft verzocht in de zin van richtlijn [2005/85]?
- 2) Zo ja, moet de bewaring van een vreemdeling met het oog op terugkeer worden beëindigd indien hij om internationale bescherming verzoekt in de zin van richtlijn 2005/85 en er geen andere redenen zijn om zijn bewaring te handhaven?”

IV – Procesverloop voor het Hof

34. In zijn verwijzingsbeslissing heeft de Nejvyšší správní soud het Hof verzocht om de prejudiciële verwijzing overeenkomstig het ten tijde van de feiten van het hoofdgeding geldige artikel 104 bis, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie volgens de versnelde procedure te behandelen. De verwijzende rechter heeft dienaangaande met name erop gewezen dat ondanks het feit dat de bewaring van Arslan op 27 juli 2011 is geëindigd, het onverminderd opportuun is om de onderhavige zaak volgens de versnelde procedure te behandelen, voornamelijk gelet op het grote aantal gelijkaardige zaken waarin vreemdelingen in bewaring blijven, dan wel gelet op eventueel toekomstige gevallen van bewaring.

35. Bij beschikking van de president van het Hof van 10 januari 2012 is dit verzoek afgewezen.

36. De Tsjechische, de Duitse, de Franse, de Slowaakse en de Zwitserse regering, alsmede de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Tijdens de mondelinge behandeling van 7 november 2012 hebben de Tsjechische, de Duitse en de Franse regering, alsmede de Europese Commissie mondelinge opmerkingen gemaakt.

V – Analyse

A – Ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

37. De Franse regering heeft twijfels over de ontvankelijkheid van de eerste vraag van de verwijzende rechter, aangezien uit de verwijzingsbeslissing niet blijkt dat Arslan de toepasselijkheid van de terugkeerrichtlijn heeft betwist omdat hij een asielverzoek had ingediend. Het zou veeleer gaan om de vraag of, wanneer deze richtlijn van toepassing is op een asielzoeker, de voorwaarde voor de voortzetting van zijn bewaring, namelijk het bestaan van een redelijk vooruitzicht op verwijdering, nog steeds wordt vervuld. Volgens de Franse regering is het niet zonder meer duidelijk dat de eerste vraag voor de verwijzende rechter noodzakelijk is om het geding te kunnen beslechten. In die omstandigheden zou deze eerste vraag hypothetisch van aard zijn.

38. Wanneer de door de nationale rechter gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van het recht van de Unie, is, volgens vaste rechtspraak, het Hof in beginsel verplicht daarop te antwoorden.¹² Prejudiciële vragen zijn evenwel niet-ontvankelijk indien duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen.¹³

39. De taak die aan het Hof is opgedragen, is immers om bij te dragen aan de rechtsbedeling in de lidstaten en niet om adviezen over algemene of hypothetische vragen te geven.¹⁴

40. Ik ben met de Franse regering van mening dat de eerste vraag hypothetisch van aard is, omdat het antwoord van het Hof op deze vraag niet doorslaggevend is voor de beslechting van het hoofdgeding.

41. Dienaangaande blijkt duidelijk uit de verwijzingsbeslissing dat Arslan geenszins opkomt tegen de motivering van de beslissing houdende zijn administratieve verwijdering en zijn met het oog hierop opgelegde bewaring. Hij verwijst enkel naar het feit dat ten tijde van de beslissing om zijn bewaring te verlengen, en ongeacht zijn hoedanigheid van asielzoeker, de reden om deze bewaring te beëindigen reeds bestond, aangezien niet langer een redelijk vooruitzicht bestond op verwijdering vóór het verstrijken van de in de nationale wetgeving opgenomen maximumtermijn voor zijn inbewaringstelling. Volgens de verwijzingsbeslissing heeft Arslan zelfs voor de nationale rechter betoogd dat de nationale bepalingen enkel in het licht van artikel 15 (leden 1 en 4) van de terugkeerrichtlijn moesten worden uitgelegd.

42. Verder blijkt tevens uit de op 20 oktober 2011 ter griffie van het Hof neergelegde verwijzingsbeslissing dat op die datum de bewaring van Arslan reeds was beëindigd „aangezien er geen redenen voor inbewaringstelling meer waren”. Ook was op 27 juli 2011, de dag van de beëindiging van de inbewaringstelling van Arslan, de periode van inbewaringstelling die volgens artikel 125, lid 1, van de vreemdelingenwet maximum 180 dagen mag duren, nagenoeg verstreken.

43. Bovendien kan uit het dossier worden afgeleid en is ter terechtzitting gebleken dat Arslan na de opheffing van zijn bewaring op 27 juli 2011 onmiddellijk is gevlucht en ondergedoken. Hij heeft trouwens niet aan de onderhavige prejudiciële procedure deelgenomen.

44. Gelet op het feit dat het in het geding voor de verwijzende rechter gaat om een beroep dat is ingesteld tegen de beslissing van verweerster in het hoofdgeding van 25 maart 2011 om de bewaring van Arslan te verlengen en dat, in het licht van de in de punten 42 en 43 van deze conclusie uiteengezette feiten, zijn bewaring is beëindigd, ben ik van mening dat het antwoord op de prejudiciële vragen het niet mogelijk maakt om Unierechtelijke uitleggingselementen aan te wijzen, aan de hand waarvan de verwijzende rechter een op het Unierecht gebaseerde oplossing voor het bij hem aanhangige geding zou kunnen vinden.¹⁵ Mijn opvatting vindt steun in het feit dat de verwijzende rechter zijn verzoek om de zaak volgens de versnelde procedure te behandelen heeft gemotiveerd met een verwijzing naar het grote aantal gelijkaardige zaken dat aanhangig, dan wel te verwachten is.

45. Bijgevolg zijn de door de verwijzende rechterlijke instantie gestelde prejudiciële vragen mijns inziens niet-ontvankelijk.

12 — Zie arrest van 8 november 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Jurispr. blz. I-4003, punt 20).

13 — Zie arresten van 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 39); 15 juni 2006, Acereda Herrera (C-466/04, Jurispr. blz. I-5341, punt 48), en 5 december 2006, Cipolla e.a. (C-94/04 en C-202/04, Jurispr. blz. I-11421, punt 25).

14 — Zie onder andere arresten van 12 juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Jurispr. blz. I-5659, punt 32), en 8 september 2009, Budějovický Budvar (C-478/07, Jurispr. blz. I-7721, punt 64).

15 — Zie in die zin arrest van 16 september 1982, Vlaeminck (132/81, Jurispr. blz. 2953, punt 13).

46. Voor het geval dat het Hof toch zou beslissen om de prejudiciële vragen te beantwoorden, concludeer ik met betrekking tot de kern van de prejudiciële vragen als volgt.

B – Kern van de prejudiciële vragen

1. Argumenten

47. De Tsjechische regering is van mening dat, ook al heeft het Hof in zijn reeds aangehaalde arrest Kadzoev verklaard dat de bewaring met het oog op verwijdering en de maatregelen inzake de bewaring van een asielzoeker onder verschillende juridische regimes vallen, dit arrest evenwel niet uitsluit dat de persoon die in bewaring is gesteld in het kader van het regime van de terugkeerregeling, na het indienen van een asielverzoek in bewaring wordt gesteld in het kader van hetzelfde regime.

48. Aangezien de inbewaringstelling van een vreemdeling met het oog op verwijdering met gegronde redenen moet worden gerechtvaardigd, is de Tsjechische regering van mening dat ernstig afbreuk zou worden gedaan aan de doelstelling van de terugkeerrichtlijn wanneer deze persoon zich zou kunnen onttrekken aan de werkingssfeer van deze richtlijn en de krachtens die richtlijn opgelegde inbewaringstelling door het enkele indienen van een asielverzoek. In een dergelijk geval zou een asielverzoek neerkomen op een „toverspreuk”, waarmee de in het kader van de terugkeerrichtlijn in bewaring gestelde persoon eenvoudig „de poorten van de inbewaringsinstelling kan openen”.

49. De Tsjechische Republiek is van mening dat personen die op basis van de terugkeerrichtlijn in bewaring zijn gesteld zelfs na de indiening van een asielverzoek onder deze richtlijn moeten blijven vallen. Dit zou niet verhinderen dat deze personen ook vallen onder de op asielzoekers van toepassing zijnde formele en materiële bepalingen.

50. De Duitse regering is van mening dat uit de artikelen 2, lid 1, en 3, punt 2, van de terugkeerrichtlijn alsook uit punt 9 van de considerans ervan volgt dat onderdanen van derde landen die asiel hebben aangevraagd niet onder deze richtlijn vallen, zolang de asielprocedure nog niet is afgerond. Volgens de Duitse regering mogen onderdanen die met gebruikmaking van richtlijn 2005/85 om asiel hebben verzocht, op grond van artikel 7, lid 1, van deze richtlijn in de lidstaat blijven.

51. De Duitse regering stelt zich op het standpunt dat het aan de lidstaten is om te bepalen onder welke voorwaarden een asielzoeker in bewaring kan worden gesteld. Artikel 18 van richtlijn 2005/85 zou zich niet verzetten tegen de inbewaringstelling van een onderdaan van een derde land en ook de artikelen 2, sub k, 6, lid 2, 13, lid 2, en 14, lid 8, van richtlijn 2003/9 doen veronderstellen dat de asielzoeker zich in bewaring kan bevinden.

52. Volgens de Duitse regering vereist de doeltreffendheid van de terugkeerprocedure de mogelijkheid om in bepaalde gevallen de bewaring van onderdanen van derde landen met het oog op hun terugkeer of verwijdering voort te zetten, ook al hebben zij tijdens hun bewaring asiel aangevraagd. De verplichte invrijheidstelling van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land nadat deze een asielverzoek heeft gedaan, zou misbruik van het asielverzoek in de hand werken. De Duitse regering wijst erop dat artikel 15 van de terugkeerrichtlijn bewaring met het oog op terugkeer of verwijdering enkel toelaat onder strikte voorwaarden, dat wil zeggen praktisch gesproken als ultima ratio van de terugkeerprocedure.

53. De Slowaakse regering vindt dat de doelstelling van de terugkeerrichtlijn wordt ondermijnd, wanneer het niet mogelijk zou zijn om een illegaal verblijvende persoon te beletten om te vluchten door hem op grond van de terugkeerrichtlijn in bewaring te stellen, ook al heeft hij een asielverzoek ingediend. Dit zou de verlenging van de bewaring van een onderdaan van een derde land in het kader

van het regime van de terugkeerrichtlijn na het indienen van een asielverzoek kunnen rechtvaardigen. Zelfs wanneer deze slotsom geen praktische toepassing vindt, zouden de bevoegde autoriteiten, na de indiening van een asielverzoek tijdens de bewaring met het oog op verwijdering, over een geschikte termijn moeten kunnen beschikken om de mogelijkheid van een inbewaringstelling van de betrokken persoon op basis van de asielrichtlijnen en het interne recht te overwegen.

54. Volgens de Franse regering staat het aan de Uniewetgever om een juist evenwicht te verzekeren tussen de inachtneming van het beginsel van non-refoulement en de doelstellingen ter zake van de voorkoming en de versterkte bestrijding van illegale immigratie.

55. De Franse regering is van mening dat het beginsel van non-refoulement ook ten uitvoer is gelegd in de terugkeerrichtlijn, met name in artikel 2 ervan, uitgelegd in het licht van punt 9 van de considerans van die richtlijn. Artikel 2 van de terugkeerrichtlijn, gelezen in het licht van de gehele richtlijn, alsmede van richtlijn 2003/9 en richtlijn 2005/85, zou echter in die zin moeten worden uitgelegd dat de terugkeerrichtlijn kan worden toegepast op illegaal verblijvende onderdanen van een derde land die een asielverzoek hebben ingediend, mits de waarborgen uit hoofde van het nationale asielrecht overeenkomstig richtlijn 2003/9 en richtlijn 2005/85 in acht worden genomen en, indien de naleving van het beginsel van non-refoulement dit verlangt, de uitvoering van de verwijderingsbeslissing wordt uitgesteld. Verder zouden de inbewaringstelling van een asielzoeker of de verlenging ervan onderworpen zijn aan, in de eerste plaats, het evenredigheidsbeginsel in het licht van artikel 15, lid 1, van de terugkeerrichtlijn, en, in de tweede plaats, het bestaan van een redelijk vooruitzicht op verwijdering, zoals voorgeschreven door artikel 15, lid 4, van deze richtlijn.

56. De Commissie en de Zwitserse regering zijn van mening dat krachtens artikel 2, lid 1, van de terugkeerrichtlijn en punt 9 van de considerans ervan een asielzoeker niet meer onder deze richtlijn valt, totdat een definitieve afwijzende beslissing op zijn asielverzoek is gegeven. De Commissie en de Zwitserse regering vinden dat wanneer een onderdaan van een derde land die op de grondslag van de terugkeerrichtlijn in bewaring is gesteld, een asielverzoek indient, de op basis van deze richtlijn gelaste inbewaringstelling moet worden beëindigd.

57. Volgens de Commissie wordt de juridische status van de betrokkene, als asielzoeker, dus in hoofdzaak beheerst door de richtlijnen 2003/9 en 2005/85. Een asielzoeker kan derhalve enkel krachtens deze richtlijnen in bewaring worden gesteld. Verder zou de bewaring van de betrokkene als asielzoeker enkel kunnen worden verlengd, wanneer een nieuwe beslissing tot inbewaringstelling wordt genomen die is gebaseerd op de asielwetgeving die de bewaring van asielzoekers toelaat.

2. Bespreking

58. Alvorens de prejudiciële vragen te beantwoorden, wil ik om te beginnen benadrukken dat het leidende beginsel van non-refoulement, zoals neergelegd in artikel 33 van het Verdrag van Genève, niet alleen geldt voor richtlijn 2005/85 maar ook voor de terugkeerrichtlijn.

59. Het feit dat de Uniewetgever de terugkeerrichtlijn heeft vastgesteld om een beleid voor de bestrijding van illegale immigratie op te zetten, waarbij de terugkeer een onmisbaar element vormt van een gedegen migratiebeleid¹⁶, laat onverlet dat de praktijk dat de lidstaten illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen verplichten terug te keren, enkel als legitiem wordt erkend wanneer het asielstelsel en in het bijzonder het beginsel van non-refoulement in acht

16 — Zie punt 4 van de considerans van de terugkeerrichtlijn. Ingevolge de artikelen 6 en 8 van de terugkeerrichtlijn vaardigen de lidstaten namelijk, onverminderd enkele in deze richtlijn vermelde uitzonderingen, een terugkeerbesluit uit tegen de onderdaan van een derde land die illegaal op hun grondgebied verblijft en nemen zij de nodige maatregelen om het terugkeerbesluit uit te voeren. Zie in die zin punt 59 van het arrest van het Hof van 28 april 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, Jurispr. blz. I-3015), waarin het Hof heeft verklaard dat de met de terugkeerrichtlijn nagestreefde doelstelling bestaat in de invoering van een doeltreffend beleid van verwijdering en terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen.

worden genomen.¹⁷ Ingevolge artikel 5 van de terugkeerrichtlijn moeten de lidstaten namelijk bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn het beginsel van non-refoulement eerbiedigen. Verder bepaalt artikel 9 van de terugkeerrichtlijn dat de lidstaten de verwijdering onder andere moeten uitstellen, wanneer deze in strijd zou zijn met het beginsel van non-refoulement.¹⁸

60. Met betrekking tot de bewaring krachtens artikel 15 van de terugkeerrichtlijn blijkt uit de bewoordingen van deze bepaling dat bewaring bij wijze van uitzondering en als ultimum remedium wordt toegepast. Zij kan slechts worden opgelegd, wanneer minder dwingende maatregelen niet afdoende zijn en bepaalde zeer strikte criteria vervuld worden en blijven.¹⁹ In zoverre kan de onderdaan van een derde land enkel in bewaring worden gesteld, wanneer het gaat om iemand „jegens wie een terugkeerprocedure loopt [...] om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren”, bij wie „er risico op onderduiken bestaat”, of die „de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt”. De bewaring van de betrokkene moet zo kort mogelijk zijn en mag niet langer duren dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering.²⁰ De inbewaringstelling wordt door een administratieve of rechterlijke autoriteit schriftelijk gelast met opgave van de feitelijke en juridische gronden. Indien blijkt dat er geen redelijk vooruitzicht op verwijdering meer is vóór het einde van de maximale bewaringsduur is de bewaring niet langer gerechtvaardigd en moet de betrokkene onmiddellijk worden vrijgelaten.²¹

a) Eerste prejudiciële vraag

61. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen of de terugkeerrichtlijn ook van toepassing kan blijven op een onderdaan van een derde land die een asielverzoek heeft ingediend.

62. Volgens de bewoordingen van artikel 2, lid 1, van de terugkeerrichtlijn is deze richtlijn enkel van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. Artikel 3, punt 2, van de terugkeerrichtlijn definieert het begrip „illegaal verblijf” als de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat. Uit artikel 7, lid 1, van richtlijn 2005/85, alsmede uit punt 13 van de considerans ervan blijkt dat een asielzoeker in afwachting van de beoordeling van zijn verzoek in de lidstaat mag blijven, ook al heeft hij geen recht op een verblijfsvergunning.

63. Hoewel dit verblijfsrecht ingevolge artikel 7, lid 1, van richtlijn 2005/85 „louter ten behoeve van de procedure” is bedoeld, kan het slechts onder de strikte voorwaarden van lid 2 van dit artikel door de lidstaten worden beperkt.

17 — Zie punt 8 van de considerans van de terugkeerrichtlijn.

18 — Zie ook punt 23 van de considerans van de terugkeerrichtlijn, volgens hetwelk „[d]e toepassing van [de terugkeerrichtlijn] [...] de verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag van Genève [...], onverlet [laat]”.

19 — Mijns inziens is bovendien het evenredigheidsbeginsel strikt van toepassing op de met gebruikmaking van de terugkeerrichtlijn oplegde bewaring. In punt 16 van de considerans van de terugkeerrichtlijn wordt overwogen als volgt: „Inbewaringstelling met het oog op verwijdering moet worden beperkt en, uit het oogpunt van de gebruikte middelen en nagestreefte doelstellingen, aan het evenredigheidsbeginsel worden onderworpen. Inbewaringstelling is alleen gerechtvaardigd om de terugkeer voor te bereiden of de verwijdering uit te voeren en indien minder dwingende middelen niet afdoende zouden zijn.”

20 — Ingevolge artikel 15, leden 5 en 6, van de terugkeerrichtlijn mag de bewaring ten hoogste zes maanden duren met de mogelijk tot een verlenging van maximaal nog eens twaalf maanden, indien de verwijdering wellicht meer tijd zal vergen, omdat de betrokken onderdaan van een derde land niet meewerkt, of de nodige documentatie uit derde landen op zich laat wachten. Ik herinner eraan dat de Tsjechische wetgever de maximumduur van de bewaring tot 180 dagen heeft beperkt (behoudens hetgeen in voetnoot 7 is uiteengezet met betrekking tot uitzonderingen die overschrijding van deze termijn toelaten).

21 — Indien de inbewaringstelling door een administratieve autoriteit is gelast, voorzien de lidstaten in een zo spoedig mogelijke rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de bewaring. De betrokkene wordt, als zijn bewaring niet rechtmatig is, onmiddellijk vrijgelaten. Zie artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn.

64. De bedoeling van de Uniewetgever om – op zijn minst tijdelijk – de asielzoeker te onttrekken aan de werking van de terugkeerrichtlijn volgt ook ondubbelzinnig uit punt 9 van de considerans van de terugkeerrichtlijn, waarin is overwogen dat een onderdaan van een derde land die in een lidstaat asiel heeft aangevraagd, niet mag worden beschouwd als iemand die illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft, totdat het afwijzende besluit inzake het verzoek respectievelijk het besluit waarbij het verblijfsrecht van de betrokkene wordt beëindigd, in werking is getreden.²² Bijgevolg wordt de situatie van een onderdaan van een derde land die asiel heeft aangevraagd in beginsel enkel beheerst door het asielrecht.²³

65. Onverminderd de eerbiediging van het leidende beginsel van non-refoulement, de verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag van Genève en, meer in het algemeen, de grondrechten²⁴, lijkt mij toch enige terughoudendheid geboden wanneer er duidelijke en overeenstemmende aanwijzingen zijn dat het wettelijk kader ter zake van de asielverlening zodanig ter verhinderend van de toepassing van de terugkeerrichtlijn wordt aangewend dat sprake is van misbruik van het asielrecht.²⁵

66. Ik zal in het kader van de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag hierop nader ingaan.

67. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de eerste prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat, behalve in geval van rechtsmisbruik, de terugkeerrichtlijn niet langer van toepassing is op een onderdaan van een derde land die asiel heeft aangevraagd, en zulks zolang de asielprocedure loopt.

b) Tweede prejudiciële vraag

68. Met zijn tweede vraag, waarop ik moet antwoorden aangezien ik de eerste vraag in beginsel bevestigend heb beantwoord, wenst de verwijzende rechter te vernemen of bijgevolg de bewaring van een vreemdeling met het oog op terugkeer moet worden beëindigd wanneer hij om asiel heeft verzocht en er geen andere redenen zijn om deze bewaring te handhaven.²⁶

69. Volgens mij vloeit uit mijn antwoord op de eerste vraag rechtstreeks voort dat, mits er geen sprake is van rechtsmisbruik, de bewaring krachtens de terugkeerrichtlijn van een onderdaan van een derde land moet worden beëindigd, wanneer deze om asiel heeft verzocht en zulks zolang deze asielaanvraag loopt. In een dergelijk geval is de terugkeerrichtlijn, althans voorlopig, niet meer van toepassing. Voorts blijkt uit artikel 7, lid 1, van richtlijn 2003/9 dat asielzoekers zich vrij kunnen bewegen op het grondgebied van de ontvangende lidstaat of binnen een hun daartoe door die lidstaat aangewezen gebied.

22 — In punt 82 van zijn standpuntbepaling in de zaak Kadzoev (arrest aangehaald in voetnoot 11) was advocaat-generaal Mazák van mening dat „een onderdaan van een derde land die asiel heeft aangevraagd, niet – of afhankelijk van de situatie niet meer – valt onder de terugkeerrichtlijn zolang de procedure van onderzoek van zijn asielaanvraag loopt”.

23 — Zie in die zin de standpuntbepaling van advocaat-generaal Mazák in de zaak Kadzoev (arrest aangehaald in voetnoot 11, punt 84).

24 — Zie de punten 23 en 24 van de considerans van de terugkeerrichtlijn.

25 — Dienaangaande wijs ik erop dat bij de bijeenkomst van de werkgroep binnen de Raad van de Europese Unie van 24 november 2011 met betrekking tot het „Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van normen voor de opvang van asielzoekers” [COM(2011) 320 definitief], is voorgesteld om artikel 8, lid 3, van dit voorstel aldus te wijzigen dat een bepaling wordt toegevoegd die de bewaring van een asielzoeker mogelijk maakt, wanneer deze zich reeds in bewaring bevindt op basis van de terugkeerrichtlijn, om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren en zijn asielverzoek enkel tot doel heeft de uitvoering van het terugkeerbesluit te vertragen of te verhinderen. Ik constateer evenwel dat dit voorstel noch in de laatste, van 1 juni 2011 daterende tekst van het voorstel, noch a fortiori in het geldende recht is terug te vinden.

26 — Een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land die een asielaanvraag heeft ingediend, zou eventueel in bewaring kunnen worden gesteld krachtens, bijvoorbeeld, het nationale strafrecht, wanneer hij een strafbaar feit heeft gepleegd of hiervan wordt verdacht (zie arrest El Dridi, aangehaald in voetnoot 16, punten 53-55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

70. Alvorens ik mij buig over het vraagstuk van rechtsmisbruik, moet de vraag worden beantwoord of een onderdaan van een derde land die een asielaanvraag heeft ingediend in bewaring kan worden gesteld respectievelijk gehouden krachtens andere rechtsvoorschriften, te weten het wettelijk kader ter zake van asiel.

71. Het feit dat de situatie van de betrokkene in beginsel niet meer onder de terugkeerrichtlijn valt, maar wordt beheerst door het asielrecht, neemt niet weg dat artikel 7, lid 3, van richtlijn 2003/9 bepaalt dat in de gevallen waarin dit nodig blijkt, bijvoorbeeld om juridische redenen of om redenen van openbare orde, de lidstaten een asielzoeker overeenkomstig hun nationale wetgeving op een bepaalde plaats mogen vasthouden.²⁷ Uiteraard verplicht deze bepaling de lidstaten niet om regels met betrekking tot de bewaring van asielzoekers vast te stellen, maar laat zij hun de mogelijkheid om dienaangaande een regeling in het leven te roepen. Voorts is er, ondanks een algemene verwijzing naar „juridische redenen” of „redenen van openbare orde”, geen sprake van een harmonisatie van de specifieke criteria voor de inbewaringstelling van een asielzoeker.

72. Hieruit volgt dat de asielzoeker enkel in bewaring kan worden gesteld, wanneer het nationale asielrecht deze mogelijkheid kent²⁸ en de voorwaarden hiervoor vastlegt. In deze samenhang bepaalt artikel 18, lid 1, van richtlijn 2005/85 dat de lidstaten een persoon niet in bewaring mogen houden uitsluitend omdat hij een asielzoeker is en dat, overeenkomstig lid 2 van dit artikel, wanneer een asielzoeker in bewaring wordt gehouden, de lidstaten zorgen voor een snelle toetsing door een rechterlijke instantie.

73. Nu volgens vaste rechtspraak de in de terugkeerrichtlijn geregelde bewaring met het oog op verwijdering en de bewaring van een asielzoeker onder afzonderlijke rechtsregelingen vallen²⁹, ben ik van mening dat om niet de toepassing te verhinderen van de in overeenstemming met artikel 7, lid 3, van richtlijn 2003/9 vastgestelde nationale bepalingen en in lijn met de redenering van het Hof in zijn arrest Achughbajian³⁰, de nationale autoriteiten dienen te beschikken over een korte termijn, die niet langer dan strikt noodzakelijk is, om te beslissen over de bewaring van de betrokkene krachtens de nationale asielbepalingen³¹, alvorens zijn bewaring op basis van de terugkeerrichtlijn te beëindigen.

74. Rest mij nog in te gaan op het mogelijke rechtsmisbruik.

75. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen de justitiabelen in geval van bedrog of misbruik geen beroep op het Unierecht doen en kunnen de nationale rechterlijke instanties van geval tot geval op basis van objectieve gegevens rekening houden met misbruik of bedrog door de belanghebbenden, en hun in voorkomend geval een beroep op de bepalingen van het betrokken recht ontzeggen. Bij de beoordeling van een dergelijk gedrag dienen deze nationale rechterlijke instanties evenwel ook het doel van de betrokken bepalingen van Unierecht in aanmerking te nemen.³²

27 — Zie arrest Kadzoev (aangehaald in voetnoot 11, punt 42). Ingevolge artikel 2, sub k, van richtlijn 2003/9 wordt onder „bewaring” verstaan „het vasthouden van een asielzoeker door een lidstaat op een bepaalde plaats, waar de betrokkene geen bewegingsvrijheid geniet”. Hoewel het steeds gaat om vrijheidsbeneming „[vallen] [d]e bewaring met het oog op verwijdering die in [de terugkeerrichtlijn] wordt geregeld en de bewaring van een asielzoeker die met name krachtens de richtlijnen 2003/9 en 2005/85 en de toepasselijke nationale bepalingen wordt gelast, [...] onder afzonderlijke rechtsregelingen” (zie arrest Kadzoev, aangehaald in voetnoot 11, punt 45). Voorts „[mag] het tijdvak waarin een persoon in een inrichting voor tijdelijke plaatsing is geplaatst op grond van een beslissing die op basis van de nationale en communautaire bepalingen over asielzoekers is genomen, niet [...] worden beschouwd als bewaring met het oog op verwijdering in de zin van artikel 15 van [de terugkeerrichtlijn]” (zie arrest Kadzoev, aangehaald in voetnoot 11, punt 48).

28 — Bij het ontbreken van een nationale regeling, hetgeen in de Tsjechische Republiek het geval lijkt te zijn, kan een lidstaat niet rechtstreeks gebruikmaken van artikel 7, lid 3, van richtlijn 2003/9 om een asielverzoeker in bewaring te stellen. Zie naar analogie arrest van 5 juli 2007, Kofod (C-321/05, Jurispr. blz. I-5795, punten 42 en 45).

29 — Zie arrest Kadzoev (aangehaald in voetnoot 11, punt 45).

30 — Arrest van het Hof van 6 december 2011 (C-329/11, Jurispr. blz. I-12695, punten 30 en 31).

31 — Vastgesteld overeenkomstig artikel 7, lid 3, van richtlijn 2003/9.

32 — Zie arresten van 9 maart 1999, Centros (C-212/97, Jurispr. blz. I-1459, punten 24 en 25), en 21 november 2002, X en Y (C-436/00, Jurispr. blz. I-10829, punt 42).

76. Om te kunnen vaststellen dat het om misbruik gaat, is enerzijds een geheel van objectieve omstandigheden vereist waaruit blijkt, dat in weerwil van de formele naleving van de door de Unierechtelijke regeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet werd bereikt. Anderzijds is een subjectief element vereist, namelijk de bedoeling om een door de Unierechtelijke regeling toegekend voordeel te verkrijgen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder het recht op dat voordeel ontstaat. Het staat aan de nationale rechter om het bestaan van deze twee elementen vast te stellen en het bewijs daarvan moet worden geleverd volgens de nationale regels, voor zover daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van het Unierecht.³³

77. Volgens punt 1 van de considerans van richtlijn 2005/85 is het gemeenschappelijk asielbeleid in het leven geroepen ten behoeve van diegenen die onder druk van de omstandigheden op „wettige” wijze in de Unie bescherming zoeken.³⁴ Het is duidelijk dat een loutere asielaanvraag van een onderdaan van een derde land die krachtens de terugkeerrichtlijn in bewaring is gesteld, op zichzelf geen grond is voor het vermoeden van misbruik van het recht op asiel, en zulks ongeacht het feit dat deze bewaring op zichzelf slechts bij wijze van uitzondering wordt toegepast en onderworpen is aan strikte voorwaarden.³⁵ Aangezien de vrijheid van de betrokkene in het geding is³⁶, moeten de individuele en specifieke omstandigheden van elk afzonderlijk geval door de nationale rechterlijke instanties uiterst nauwgezet worden bekeken, teneinde zorgvuldig te kunnen onderscheiden tussen „het profiteren van een bij de wet toegekend voordeel en rechtsmisbruik”.³⁷

78. Bij dit onderzoek zou de verwijzende rechter meer bepaald de volgende elementen in het onderhavige dossier in aanmerking kunnen nemen:

- de voorafgaande illegale binnenkomsten van Arslan op het grondgebied van verschillende lidstaten zonder dat daarbij sprake was van een asielaanvraag;
- het feit dat de betrokkene duidelijk heeft laten weten dat hij met zijn asielaanvraag van plan was om zijn bewaring te doen beëindigen, waarbij hij beweerde dat door gebruik te maken van alle opschortende beroepsmogelijkheden die de asielprocedure hem bood, de termijn van zijn bewaring noodzakelijkerwijs langer zou zijn dan de krachtens het nationale recht toegestane maximumduur, waarmee elk redelijk vooruitzicht op afronding van de verwijderingsprocedure van meet af aan teniet zou worden gedaan, en
- het feit dat Arslan na zijn invrijheidstelling onmiddellijk is ondergedoken en dat hij, zoals blijkt uit de opmerkingen van de Tsjechische regering ter terechtzitting, zijn asielprocedure niet heeft voortgezet.

33 — Zie in die zin arrest van het Hof van 14 december 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Jurispr. blz. I-11569, punten 52-54).

34 — Verordening (EG) nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend (PB L 50, blz. 1), alsook de richtlijnen 2003/9 en 2004/83 „verwijzen in punt 1 van de considerans naar het feit dat een gemeenschappelijk asielbeleid, dat een gemeenschappelijk Europees asielstelsel omvat, een wezenlijk aspect is van de doelstelling van de Unie om geleidelijk een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid tot stand te brengen, die openstaat voor diegenen die onder druk van de omstandigheden op *wettige* wijze in de Gemeenschap bescherming zoeken” (zie arrest van het Hof van 21 december 2011, N. S. e.a., C-411/10 en C-493/10, Jurispr. blz. I-13905, punt 14; cursivering van mij).

35 — Zie hierboven punt 60.

36 — De mogelijkheid voor een staat om, onder bepaalde voorwaarden, een asielzoeker in bewaring te stellen is erkend door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest Saadi/Verenigd Koninkrijk van 29 januari 2008. In die zaak heeft de Grote kamer van het EHRM een uitlegging gegeven van met name artikel 5, lid 1, sub f, eerste deel, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, waarin een uitzondering is neergelegd op het recht op vrijheid „in het geval van rechtmatige arrestatie of detentie van een persoon teneinde hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen [...]”.

37 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Commissie/Nederland (arrest van 14 juni 2012, C-542/09, punt 127). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Kofoed (arrest aangehaald in voetnoot 28, punt 58).

79. In geval van misbruik van asielrecht kan de betrokkene in bewaring worden gehouden krachtens de terugkeerrichtlijn en kunnen de voorbereidingen voor zijn verwijdering doorgaan, onder de strikte voorwaarden dat de verwijdering niet wordt uitgevoerd zolang de asielprocedure nog niet afgesloten is, het beginsel van non-refoulement zijn werking in volle omvang ontplooit en het asielverzoek wordt beoordeeld en behandeld volgens alle geldende regels, met name richtlijn 2005/85, onder eerbiediging van alle waarborgen die uit dien hoofde voor asielzoekers gelden. Dit houdt tegelijkertijd in dat de op de terugkeerrichtlijn gebaseerde bewaring alle in de artikelen 15 tot en met 18 van deze richtlijn opgenomen waarborgen in acht moet nemen, ook wat betreft de maximumduur ervan.³⁸

80. Tevens wijs ik erop dat ingevolge artikel 23, lid 4, van richtlijn 2005/85 de lidstaten kunnen bepalen dat de behandelingsprocedure voorrang krijgt of wordt versneld, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.³⁹

81. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de tweede prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

- „de op de terugkeerrichtlijn gebaseerde bewaring van een onderdaan van een derde land moet worden beëindigd, zodra de betrokkene asiel heeft aangevraagd en zulks zolang de asielprocedure loopt;
- artikel 7, lid 3, van richtlijn 2003/9 laat toe dat de lidstaten in hun nationale asielrecht de mogelijkheid opnemen om, onder bepaalde voorwaarden, een asielzoeker te verplichten op een bepaalde plaats te verblijven, in de gevallen waarin zulks nodig blijkt, bijvoorbeeld om juridische redenen of om redenen van openbare orde. In een dergelijk geval beschikken de nationale autoriteiten over een korte termijn, die niet langer dan strikt noodzakelijk is, om te beslissen over de bewaring van de betrokkene krachtens de nationale asielbepalingen, alvorens zijn bewaring op basis van de terugkeerrichtlijn te beëindigen, en
- in geval van misbruik van asielrecht, dat wil zeggen wanneer er duidelijke en overeenstemmende aanwijzingen zijn dat het wettelijk kader ter zake van de asielverlening wordt aangewend om de toepassing van de terugkeerrichtlijn te verhinderen, kan de betrokkene in bewaring kan worden gehouden krachtens deze richtlijn en kunnen de voorbereidingen voor zijn verwijdering doorgaan, voor zover de verwijdering niet wordt uitgevoerd zolang de asielprocedure nog niet is afgesloten, het beginsel van non-refoulement zijn werking in volle omvang ontplooit en het asielverzoek wordt beoordeeld en behandeld volgens alle geldende regels, met name richtlijn 2005/85, onder eerbiediging van alle waarborgen die uit dien hoofde voor asielzoekers gelden. Dit houdt tegelijkertijd in dat de op de terugkeerrichtlijn gebaseerde bewaring alle in de artikelen 15 tot en met 18 van deze richtlijn opgenomen waarborgen in acht moet nemen, ook wat betreft de maximumduur ervan.”

38 — Zie artikel 15, leden 5 en 6, van de terugkeerrichtlijn met betrekking tot de maximale bewaringsduur, alsook punt 57 van het arrest Kadzoev (aangehaald in voetnoot 11), waarin het Hof deze bepalingen eng heeft uitgelegd en heeft verklaard dat „artikel 15, leden 5 en 6, van [de terugkeerrichtlijn] aldus moet worden uitgelegd dat het tijdvak waarin de uitvoering van het verwijderingsbesluit was geschorst omdat de betrokkene tegen dit besluit beroep had ingesteld bij de rechter, in aanmerking wordt genomen bij de berekening van het tijdvak van bewaring met het oog op verwijdering wanneer de betrokkene gedurende deze procedure verder in een inrichting voor tijdelijke plaatsing heeft verbleven”. De lidstaten kunnen ervoor kiezen om bepalingen vast te stellen die gunstiger zijn met betrekking tot de maximumduur van de bewaring. Zie in die zin artikel 4, alsmede artikel 15, leden 5 en 6, van de terugkeerrichtlijn. Uit het dossier blijkt dat de Tsjechische Republiek geen gebruik heeft gemaakt van de door artikel 15, leden 5 en 6, van de terugkeerrichtlijn geboden mogelijkheid om de maximale bewaringsduur op 18 maanden te bepalen, maar heeft gekozen voor een kortere duur, namelijk een maximale bewaringsduur van 180 dagen.

39 — Met betrekking tot de omstandigheden waar het in de hoofdzaak om gaat, ben ik van mening dat, in soortgelijke zaken, artikel 23, lid 4, sub g, j, en l, van richtlijn 2005/85 eventueel zouden kunnen worden ingeroepen door de nationale autoriteiten om asielverzoeken met voorrang of versneld af te handelen.

VI – Conclusie

82. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van de Nejvyšší správní soud te beantwoorden als volgt:

- „Behalve in geval van rechtsmisbruik is richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, niet langer van toepassing op een onderdaan van een derde land die asiel heeft aangevraagd, zolang de asielprocedure loopt. Bijgevolg moet de op richtlijn 2008/115 gebaseerde bewaring van een onderdaan van een derde land worden beëindigd, zodra de betrokkene asiel heeft aangevraagd en zulks zolang de asielprocedure loopt;
- artikel 7, lid 3, van richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten, laat toe dat de lidstaten in hun nationale asielrecht de mogelijkheid opnemen om, onder bepaalde voorwaarden, een asielzoeker te verplichten op een bepaalde plaats te verblijven, in de gevallen waarin zulks nodig blijkt, bijvoorbeeld om juridische redenen of om redenen van openbare orde. In een dergelijk geval beschikken de nationale autoriteiten over een korte termijn, die niet langer dan strikt noodzakelijk is, om te beslissen over de bewaring van de betrokkene krachtens de nationale asielbepalingen, alvorens zijn op richtlijn 2008/115 gebaseerde bewaring te beëindigen, en
- in geval van misbruik van asielrecht, dat wil zeggen wanneer er duidelijke en overeenstemmende aanwijzingen zijn dat het wettelijk kader ter zake van de asielverlening wordt aangewend om de toepassing van richtlijn 2008/115 te verhinderen, kan de betrokkene in bewaring worden gehouden krachtens deze richtlijn en kunnen de voorbereidingen voor zijn verwijdering doorgaan, voor zover de verwijdering niet wordt uitgevoerd zolang de asielprocedure nog niet is afgesloten, het beginsel van non-refoulement zijn werking in volle omvang ontplooit en het asielverzoek wordt beoordeeld en behandeld volgens alle geldende regels, met name richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, onder eerbiediging van alle waarborgen die uit dien hoofde voor asielzoekers gelden. Dit houdt tegelijkertijd in dat de op richtlijn 2008/115 gebaseerde bewaring alle in de artikelen 15 tot en met 18 van deze richtlijn opgenomen waarborgen in acht moet nemen, ook wat betreft de maximumduur ervan.”