

Mål C-441/19**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

12 juni 2019

Domstol som begär förhandsavgörande:Rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch
(Nederländerna)**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

12 juni 2019

Klagande:

TQ

Motpart:

Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid

Saken i det nationella målet

Genom beslut av den 23 mars 2018 (nedan kallat det överklagade beslutet) avlog Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (statssekreterare med ministerlika befogenheter för säkerhets- och justitiefrågor, nedan kallad statssecretaris) TQ:s ansökan om asyl och ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. I beslutet ålades TQ att återvända till ursprungslandet, men beviljades tillfälligt uppskov med avresan. TQ har överklagat beslutet till den hänskjutande domstolen.

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran enligt artikel 267 FEUF och artikel 107 i domstolens rättegångsregler.

Begäran om förhandsavgörande avser i huvudsak huruvida statssecretaris policy och praxis i det nationella målet är förenlig med artiklarna 5 a, 6.1, 6.4, 8.1 och 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG, artikel 15 i direktiv 2011/95 och artiklarna 4 och 24 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Närmare bestämt gäller frågorna den omständigheten

att ett ensamkommande barn som är äldre än 15 år har ålagts att återvända till sitt ursprungsland utan att myndigheterna först har undersökt om det i det landet i princip finns tillgång till ett lämpligt mottagande.

Frågor som hänskjutits för förhandsavgörande

1. Ska artikel 10 i direktiv 2008/115, jämförd med artiklarna 4 och 24 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, skäl 22 och artikel 5 a i direktiv 2008/115 och artikel 15 i direktiv 2011/95/EU, tolkas så, att en medlemsstat innan den ålägger ett ensamkommande barn en skyldighet att återvända måste försäkra sig om och undersöka om det i ursprungslandet i vart fall i princip finns tillgång till ett lämpligt mottagande?
2. Ska artikel 6.1 i direktiv 2008/115, jämförd med artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, tolkas så, att en medlemsstat inte får göra åtskillnad på grund av ålder vid tillstånd att lagligt vistas i landet om det slås fast att ett ensamkommande barn inte uppfyller kraven för att beviljas flyktingstatus eller status som subsidiärt skyddsbehövande?
3. Ska artikel 6.4 i direktiv 2008/115 tolkas så, att om ett ensamkommande barn inte har hörsammat sin skyldighet att återvända, och medlemsstaten inte vidtar eller kommer att vidta några konkreta åtgärder för att avvisa honom eller henne, ska skyldigheten att återvända skjutas upp och tillstånd att lagligt vistas i landet beviljas? Ska artikel 8.1 i direktiv 2008/115 tolkas så, att för det fall ett beslut om att ett ensamkommande barn ska återvända inte åtföljs av avvisningsåtgärder förrän det ensamkommande barnet fyller arton år ska beslutet anses strida mot lojalitetsprincipen och principen om lojalt samarbete inom unionen?

Anförda unionsbestämmelser

Artiklarna 5 a, 6.1, 6.4, 8.1 och 10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (EUT L 348, 2008, s. 98) (nedan kallat återvändardirektivet)

Artikel 15 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (EUT L 337, 2011, s. 9) (nedan kallat kvalificeringsdirektivet)

Artiklarna 4 och 24 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan)

Anförda nationella bestämmelser

Artiklarna 14.1 e, 28 och 64 i Vreemdelingenwet 2000 (2000 års utlänningslag)

Artikel 3.6 a i Vreemdelingenbesluit 2000 (2000 års utlänningsförordning)

Punkt B8/6 i Vreemdelingencirculaire 2000 (2000 års utlänningscirkulär)

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i målet vid den nationella domstolen

- 1 TQ föddes i Guinea den 14 februari 2002. Han vet inte var hans föräldrar befinner sig och känner inga andra familjemedlemmar. Efter att ha vistats i Sierra Leone kom han till Nederländerna via en mellanhand i Nigeria. I Nederländerna utsattes han för människohandel och sexuellt våld. Av avvisningsbeslutet framgår att han nu är placerad i ett familjehem i Nederländerna.
- 2 TQ ansökte om ett tidsbegränsat uppehållstillstånd av asylskäl. Ansökan avlogs (det överklagade beslutet). Enligt staatssecretaris uppfyllde TQ inte kraven för att beviljas uppehållstillstånd av asylskäl. Eftersom TQ vid tidpunkten för asylansökan var äldre än 15 år uppfyllde han enligt staatssecretaris inte heller kraven för att beviljas ett reguljärt uppehållstillstånd med stöd av bestämmelserna om beviljande av uppehållstillstånd till minderåriga som utan egen förskyllan inte kan avvisas. I det överklagade beslutet beviljades tillfälligt uppskov med avresan av medicinska skäl, men efter en medicinsk undersökning meddelades senare ett beslut att om att uppskovet skulle upphöra.

Parternas huvudargument i det nationella målet

- 3 Tvisten rör i huvudsak staatssecretaris policy och praxis avseende utfärdande av beslut om att ensamkommande barn som är äldre femton år ska återvända till ursprungslandet. Med stöd av bestämmelserna om beviljande av uppehållstillstånd till minderåriga som utan egen förskyllan inte kan avvisas beviljas minderåriga under femton år uppehållstillstånd för ”vistelse som ensamkommande minderårig utlännings” (ett så kallat AMV-uppehållstillstånd), eftersom de upp till och med denna ålder inte anses bära skuld till sin situation. Ett sådant uppehållstillstånd beviljas om det efter en undersökning framgår att det saknas lämpligt mottagande i ursprungslandet. Från och med femton års ålder görs ingen sådan undersökning och en minderårig anses på egen hand kunna återvända till ursprungslandet.
- 4 Parterna i det nationella målet är överens om att TQ på grund av de faktiska omständigheterna innan han anlände till Nederländerna inte har rätt till asylskydd. TQ har emellertid gjort gällande att han felaktigt inte beviljades något AMV-

uppehållstillstånd. Han anser att AMV-policyn är orimlig, eller åtminstone att denna policy på grund av särskilda omständigheter i hans situation får oproportionerliga följder. När TQ ingav sin asylansökan var han endast fyra månader äldre än 15 år och statssecretaris har i sin beslutsprocess dessutom inte tagit tillräcklig hänsyn till hans bästa som barn. Han har vidare gjort gällande att det saknas lämpligt mottagande för honom i hans ursprungsland och att statssecretaris har en aktiv undersökningsplikt på detta område. TQ har även gjort gällande att han har rätt till skydd på grund av medicinska problem.

Kortfattad redogörelse för skälen till begäran om förhandsavgörande

- 5 Av beslutet följer att TQ har laglig rätt att vistas i Nederländerna under tiden han använder sig av ett rättsmedel. Så snart den hänskjutande domstolen meddelar ett slutligt avgörande ska beslutet om återvändande och avreseskyldigheten dock verkställas. Den hänskjutande domstolen konstaterar att statssecretaris således endast av processuella skäl skjuter upp rättsverkningarna, så att TQ inte kan avvisas och därmed lida allvarlig och irreparabel skada innan domstolen har haft möjlighet att meddela ett slutligt avgörande. Statssecretaris beviljande av uppskov av verkställigheten till följd av att ett rättsmedel använts innebär således inte att det har fattats något beslut om TQ:s överklagande av utfärdandet av ett beslut om återvändande, och det rör sig därför om en verklig tvist där de frågor som har ställts till EU-domstolen inte är av hypotetisk natur.
- 6 Den hänskjutande domstolen slår fast att perioden mellan utfärdandet av ett beslut om att ett ensamkommande barn ska återvända och den faktiska avresan, med hänsyn till barnets bästa i allmänhet och de allvarliga följderna för TQ i synnerhet, ger upphov till flera rättsfrågor.
- 7 Inom ramen för asylförfarandet görs vid bedömningen av huruvida reguljärt uppehållstillstånd ska beviljas ensamkommande barn som är yngre än femton år en närmare undersökning av om det finns tillgång till ett lämpligt mottagande i ursprungslandet. Om tillgång till lämpligt mottagande saknas i ursprungslandet, och den minderåriga därför inte kan återvända, beviljas uppehållstillstånd.
- 8 Om det däremot finns tillgång till ett lämpligt mottagande har ett ensamkommande barn som är yngre än femton år inte laglig rätt att vistas i Nederländerna och ska, om villkoren för skydd inte är uppfyllda, asylansökan avslås. Avslaget gäller även som beslut om återvändande.
- 9 Om den beslutande myndigheten vill avslå en asylansökan från ett ensamkommande barn som är yngre än femton år har myndigheten således en undersökningsplikt vad gäller bedömningen av huruvida det finns tillgång till ett lämpligt mottagande i ursprungslandet.
- 10 Den hänskjutande domstolen konstaterar att artikel 10.2 i återvändardirektivet rör avvisning av ensamkommande barn. Den undersökningsplikt som föreskrivs i artikel 10.2 i återvändardirektivet, och som ska föregå en eventuell avvisning,

grundas på den omständigheten att ensamkommande barn är extra utsatta. Att avvisa en minderårig till ett land som saknar tillgång till lämpligt mottagande strider enligt den hänskjutande domstolen otvivelaktigt mot barnets bästa.

- 11 Om en medlemsstat beslutar att avvisa en minderårig behöver den minderårige i vilket fall som helst inte själv organisera avresan och åtföljs den minderårige under avresan och vid ankomsten till ursprungslandet av en ledsagare. Att ett ensamkommande barn till följd av sin skyldighet att lämna landet avreser på egen hand är överhuvudtaget inget som förutses. En minderårig är enligt den hänskjutande domstolen inte enbart minderårig på grund av sin psykiska, fysiska, sociala och känslomässiga utvecklingsnivå utan även på grund av sin rättsliga ställning. Den hänskjutande domstolen anser att ett ensamkommande barn på grund av sin utsatthet inte ska anses vara i stånd att själv bära ansvaret för att lämna landet.
- 12 Den hänskjutande domstolen vill därför också att EU-domstolen ska uttala sig om huruvida unionslagstiftaren vid utarbetandet av återvändardirektivet var ofullständig, eller att artikel 10.2 i återvändardirektivet ska tolkas så, att den undersökning som avses i denna bestämmelse alltid måste företas innan ett ensamkommande barn åläggs att på egen hand lämna unionens territorium. Av bestämmelsens lydelse förefaller det följa att hjälp som ges med vederbörlig hänsyn till barnets bästa endast krävs innan ett beslut om återvändande fattas. I så fall skulle emellertid denna garanti endast krävas under asylförfarandet och fram till dess att beslutet om avslag på asylansökan fattas. Med denna tolkning skulle artikel 10 i återvändardirektivet inte reglera den tidsperiod som infaller mellan punkt 1 och punkt 2 i nämnda artikel. Under tidsintervallet mellan utfärdandet av beslutet om återvändande och tidpunkten för avvisningen omfattas medlemsstaten således inte av någon specifik omsorgsplikt. Enligt den hänskjutande domstolen strider detta mot barnets bästa.
- 13 Den hänskjutande domstolen uppmanar dessutom EU-domstolen att ange huruvida den skyldighet att stanna kvar i ett ursprungsland som saknar faktisk tillgång till lämpligt mottagande, som följer av ett beslut om återvändande, för ett ensamkommande barn medför att detta befinner sig i en situation som måste anses strida mot artikel 4 i stadgan och artikel 15.2 i kvalificeringsdirektivet. Om så är fallet är frågan enligt den hänskjutande domstolen huruvida subsidiärt skydd trots allt ska beviljas om det verkligen är så att det saknas faktisk tillgång till ett lämpligt mottagande.
- 14 Enligt den hänskjutande domstolen måste det till en lösning där medlemsstaterna uppfyller dels kravet på att ett beslut om återvändande ska utfärdas när det konstateras att det saknas laglig rätt att vistas i landet, dels kravet i konventionen om barnets rättigheter (barnkonventionen), stadgan och återvändardirektivet om att sätta barnets bästa i främsta rummet. Den hänskjutande domstolen anser att ett uppskjutande av skyldigheten att återvända kan utgöra en sådan lösning, som också skapar tydlighet för det ensamkommande barnet.

- 15 Enligt beslutet om hänskjutande framgår det inte av den nederländska lagstiftningen och politiken på vilket sätt det tas hänsyn till barnets bästa, och hur detta vägs in vid utfärdandet av ett beslut om återvändande som riktas till ett ensamkommande barn som är femton år eller äldre. I det överklagade beslutet framgår det inte heller tydligt hur den skyldighet som anges i artikel 24 i stadgan, och i skäl 22 och artikel 5 i återvändardirektivet, fullgörs vid utfärdandet av ett beslut om återvändande. Staatssecretaris har inskränkt sig till att bedöma frågan huruvida sökanden har behov av asylskydd. Vidare har staatssecretaris uppgett att TQ inte har förklarat på vilket sätt beslutet strider mot barnets bästa. Den hänskjutande domstolen konstaterar emellertid att bevisbördan för detta inte faller på TQ, utan att staatssecretaris är skyldig att ta hänsyn till barnets bästa och uttryckligen ska fastställa vad som är barnets bästa och hur detta har vägts in i beslutet.
- 16 Den hänskjutande domstolen anser att argumentet att TQ inte kan återvända till sitt ursprungsland på grund av att han saknar föräldrar ska bedömas vid prövningen av beslutet om återvändande och inte vid överklagandet av den faktiska avvisningen. Med tanke på vilka följder utfärdandet av ett beslut om återvändande får för TQ, och med tanke på den rätt till domstolsprövning och ett effektivt rättsmedel som slås fast i artikel 47 i stadgan, i artikel 13 i återvändardirektivet och i EU-domstolens fasta praxis, måste TQ ha rätt att få ett beslut om återvändande prövat i domstol, även om beslutet om återvändande inte omedelbart leder till avvisning. Att det måste ges tillgång till ett rättsmedel mot beslutet om återvändande följer även av artikel 12 i återvändardirektivet, i vilken det bland annat anges att ett beslut om återvändande ska innehålla uppgift om tillgängliga rättsmedel.
- 17 Den hänskjutande domstolen vill också att EU-domstolen ska uttala sig om huruvida artikel 10.2 i återvändardirektivet ska tolkas så, att ett beslut om återvändande endast får utfärdas om tillgången på lämpligt mottagande har undersökts. Den hänskjutande domstolen uppmanar EU-domstolen att uttryckligen ange om det ska göras åtskillnad mellan den omständigheten att det i princip finns tillgång till lämpligt mottagande och faktisk tillgång till lämpligt mottagande, och huruvida dessa bedömningar kan eller ska ske vid olika tillfällen, och i vilken mån ett ensamkommande barn kan överklaga ett sådant beslut.
- 18 Staatssecretaris har utfärdat ett beslut om skyldighet för TQ att återvända till ursprungslandet, men inte vidtagit några av de åtgärder som krävs för att kunna avvisa TQ i hans egenskap av ensamkommande barn. Den hänskjutande domstolen vill att EU-domstolen uttalar sig om huruvida detta agerande är tillåtet enligt artikel 6.4 i återvändardirektivet. Denna bestämmelse gör det möjligt att tillfälligt skjuta upp ett beslut om återvändande. Den hänskjutande domstolen anser att staatssecretaris agerande tyder på att detta också i praktiken är vad som har skett i TQ:s fall. Den hänskjutande domstolen påpekar att det i den nämnda artikeln inte föreskrivs att rättsverkningarna tillfälligt ska skjutas upp om ett effektivt rättsmedel används (se dom av den 19 juni 2018, Gnandi, C-181/16,

EU:C:2018:465, och beslut av den 5 juli 2018, C.J. och S., C-269/18 PPU, EU:C:2018:544), utan att ett beslut om återvändande ska skjutas upp.

- 19 I stället för att vidta avvisningsåtgärder tycks staatssecretaris vänta på att TQ ska fylla 18 år och därmed i juridisk mening blir myndig, så att den undersökning som avses i artikel 10.2 i återvändardirektivet inte längre krävs. Den hänskjutande domstolen vill därför veta huruvida artikel 6.4 i återvändardirektivet ska tolkas så, att uppskjutandet av ett beslut om återvändande måste ha skett *de jure*, varefter en person ska beviljas laglig rätt att vistas sig i landet. Den situation som har uppstått till följd av staatssecretaris agerande påminner rent juridiskt om en toleranssituation. Eftersom TQ inte har laglig rätt att vistas i Nederländerna får han ingen nederländsk identitetshandling som han i förekommande fall kan använda för att identifiera och legitimera sig. TQ har emellertid placerats i ett familjehem, har tillgång till sjukvård och kan gå i skolan i Nederländerna fram till dess han fyller 18 år. TQ har uppgett att hans situation präglas av stor osäkerhet och hans läkare har uppgett att myndigheternas agerande har en negativ inverkan på TQ:s hälsotillstånd.
- 20 Av de faktiska omständigheterna i målet följer enligt den hänskjutande domstolen att TQ uppfyller alla krav för att beviljas ett reguljärt uppehållstillstånd enligt bestämmelserna om uppehållstillstånd till personer som utan egen förskyllan inte kan avvisas, med undantag av ålderskravet. När asylansökan ingavs var TQ 15 år och 4 månader. Om staatssecretaris strategi är att vänta till dess att TQ blir myndig för att, utan att undersöka om det finns tillgång till lämpligt mottagande i ursprungslandet, därefter kunna avvisa honom, innebär detta enligt den hänskjutande domstolen att återvändardirektivet kringgås.
- 21 Den hänskjutande domstolen hänvisar även till artikel 8.1 i återvändardirektivet, i vilken det föreskrivs att medlemsstaterna ska fastställa och verkställa en effektiv politik för att avvisa personer som vistas olagligt i landet. Enligt den hänskjutande domstolen har staatssecretaris även i förhållande till de andra medlemsstaterna en skyldighet att faktiskt avvisa ensamkommande barn som olagligt vistas på unionens territorium eller, om detta inte är möjligt mot bakgrund av de krav som anges i artikel 10.2 i återvändardirektivet, bevilja dem laglig rätt att visas i landet. Den hänskjutande domstolen åberopar i detta avseende unionens lojalitetsprincip i artikel 4.3 FEU.