

Zaak C-924/19 PPU

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

18 december 2019

Verwijzende rechter:

Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (bestuurs en arbeidsrechter Szeged, Hongarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

18 december 2019

Verzoekende partijen:

FMS

FNZ

Verwerende partijen:

Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság (nationaal directoraat vreemdelingenbeleid, regionale directie Dél-Alföld)

Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság (nationaal directoraat vreemdelingenbeleid)

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Beroep tegen het besluit waarbij het land waarnaar verzoekers moeten terugkeren is gewijzigd, en beroep om te doen vaststellen dat is verzuimd om een verblijfplaats buiten de transitzone aan te wijzen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Omvatten de niet-ontvankelijkheidsgronden van artikel 33 van richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende

gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking) ook het feit dat de verzoeker in de lidstaat is aangekomen via een land waar hij niet aan vervolging of een risico op ernstige schade is blootgesteld of waar een toereikend beschermingsniveau wordt gewaarborgd? Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord en de betreffende lidstaat de asielaanvraag om deze niet-ontvankelijkheidsgrond afwijst, is deze lidstaat dan verplicht om de asielprocedure uit te voeren?

Moet plaatsing in de transitzone worden gekwalificeerd als bewaring in verband met asiel, in de zin van artikel 2, onder h), van richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking), of als bewaring met het oog op verwijdering, in de zin van artikel 15 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 verblijven?

Is een lidstaat verplicht beroep in rechte te waarborgen tegen de beslissing op het bezwaar tegen een terugkeerbesluit waarbij het land van terugkeer is gewijzigd?

Rechtsgrondslag: artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

1. [nieuwe grond voor niet-ontvankelijkheid]

Kunnen de bepalingen van artikel 33 van richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking) (hierna ook: „procedurerichtlijn”), betreffende niet-ontvankelijke verzoeken, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een regeling van een lidstaat volgens welke een asielverzoek niet-ontvankelijk is wanneer de verzoeker is aangekomen via een land waar hij niet blootgesteld is geweest aan vervolging of aan een gevaar voor ernstige schade, of waar een toereikend beschermingsniveau wordt gewaarborgd?

2. [voortzetting van de asielprocedure]

a) Dienen de artikelen 6 en 38, lid 4, van de procedurerichtlijn, alsook overweging 34 daarvan, die de verplichting opleggen om verzoeken om internationale bescherming te onderzoeken, gelezen in samenhang met artikel 18 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), aldus te worden uitgelegd dat de asielautoriteit van een lidstaat moet waarborgen dat de verzoeker de mogelijkheid heeft om de asielprocedure in te leiden in een geval waarin het asielverzoek van de verzoeker onder aanvoering van de in de eerste vraag genoemde niet-ontvankelijkheidsgrond niet ten gronde is

onderzocht en voorts is besloten de verzoeker te verwijderen naar een derde land, dat hem echter niet terugneemt?

b) Indien het antwoord op vraag 2.a) bevestigend luidt, wat houdt deze verplichting dan precies in? Houdt zij de verplichting in om de mogelijkheid van indiening van een nieuw asielverzoek te waarborgen, en aldus de negatieve gevolgen van volgende verzoeken, in de zin van artikel 33, lid 2, onder d), juncto artikel 40 van de procedurerichtlijn, uit te sluiten, of impliceert zij de ambtshalve inleiding of voortzetting van de asielprocedure?

c) Indien het antwoord op vraag 2.a) bevestigend luidt, kan de lidstaat dan, mede gelet op artikel 38, lid 4, van de procedurerichtlijn, indien de feitelijke situatie niet is gewijzigd, in het kader van deze nieuwe procedure de niet-ontvankelijkheid van het verzoek wederom onderzoeken (met andere woorden: kan de lidstaat om het even welke procedure van hoofdstuk III van de procedurerichtlijn toepassen, bijvoorbeeld door een nieuwe niet-ontvankelijkheidsgrond op te werpen), of moet het asielverzoek ten gronde worden onderzocht in relatie tot het land van herkomst?

d) Volgt uit artikel 33, lid 1 en lid 2, onder b) en c) en artikelen 35 en 38 van de procedurerichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 18 van het Handvest, dat een van de cumulatieve voorwaarden voor de toepassing van een niet-ontvankelijkheidsgrond, en daarmee voor het nemen van de daarop gebaseerde beslissing, bestaat in de terugname door het betrokken derde land van de verzoeker, of is het voldoende om na te gaan of aan deze eis is voldaan bij het nemen van een dergelijke beslissing?

3. [de transitzone als plaats van bewaring in verband met asiel]

De volgende vragen zijn relevant indien overeenkomstig het antwoord op de tweede vraag de asielprocedure moet worden voortgezet.

a) Dient artikel 43 van de procedurerichtlijn aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die het mogelijk maakt dat de verzoeker langer dan vier weken in de transitzone wordt vastgehouden?

b) Dient artikel 2, onder h), van richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking) (hierna ook: „opvangrichtlijn”), dat van toepassing is krachtens artikel 26 van de procedurerichtlijn, gelezen in samenhang met de artikelen 6 en 52, lid 3, van het Handvest, aldus te worden uitgelegd dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding (waarin het op rechtmatige wijze vrijwillig verlaten van de transitzone in welke richting dan ook onmogelijk is) de plaatsing in die zone die langer duurt dan de in artikel 43 van de procedurerichtlijn bedoelde termijn van vier weken, als bewaring moet worden aangemerkt?

c) Is het verenigbaar met artikel 8 van de opvangrichtlijn, dat van toepassing is krachtens artikel 26 van de procedurerichtlijn, dat de bewaring van de verzoeker de in artikel 43 van de procedurerichtlijn bedoelde termijn van vier weken overschrijdt enkel omdat hij door gebrek aan materiële middelen niet in zijn behoeften (onderdak en voedsel) kan voorzien?

d) Is het verenigbaar met de artikelen 8 en 9 van de opvangrichtlijn, die van toepassing zijn krachtens artikel 26 van de procedurerichtlijn, dat over de plaatsing die *de facto* een bewaring vormt die langer duurt dan de in artikel 43 van de procedurerichtlijn bedoelde termijn van vier weken, geen formeel bewaringsbesluit is genomen, dat tegen het besluit om de betrokkene in bewaring te nemen en te houden geen rechtsmiddel wordt gewaarborgd met betrekking tot de rechtmatigheid ervan, dat de *de facto* bewaring plaatsvindt zonder onderzoek naar de noodzaak en de evenredigheid ervan, of naar mogelijke alternatieven daarvoor, en dat de exacte duur van de bewaring, met inbegrip van de einddatum ervan, niet is bepaald?

e) Kan artikel 47 van het Handvest aldus worden uitgelegd dat wanneer een gerecht van een lidstaat wordt geconfronteerd met een kennelijk onrechtmatige bewaring, het de autoriteit bij wijze van voorlopige maatregel en in afwachting van de voltooiing van de administratieve procedure kan verplichten om ten gunste van de onderdaan van een derde land een verblijfplaats buiten de transitzone aan te wijzen die geen plaats van bewaring is?

4. [de transitzone als plaats van vreemdelingenbewaring]

De volgende vragen zijn relevant indien overeenkomstig het antwoord op de tweede prejudiciële vraag niet de asielprocedure maar de vreemdelingenrechtelijke procedure moet worden voortgezet.

a) Dienen de overwegingen 17 en 24 alsmede artikel 16 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 verblijven (hierna ook: „terugkeerrichtlijn), gelezen in samenhang met de artikelen 6 en 52, lid 3, van het Handvest, aldus te worden uitgelegd dat, in omstandigheden als die van het hoofdgeding (waarin het op rechtmatige wijze vrijwillig verlaten van de transitzone in welke richting dan ook onmogelijk is), plaatsing in de transitzone vrijheidsontneming vormt in de zin van de genoemde bepalingen?

b) Is het verenigbaar met overweging 16 en artikel 15, lid 1, van de terugkeerrichtlijn, in samenhang met de artikelen 6 en 52, lid 3, van het Handvest, dat een onderdaan van een derde land wordt vastgehouden enkel omdat hij door gebrek aan materiële middelen niet in zijn behoeften (onderdak en voedsel) kan voorzien?

c) Is het verenigbaar met overweging 16 en artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn, gelezen in samenhang met de artikelen 6, 47 en 52, lid 3, van

het Handvest, dat over de plaatsing van de betrokkene, die als een *de facto* bewaring kan worden aangemerkt, geen formeel bewaringsbesluit is genomen, dat tegen het besluit de betrokkene in bewaring te nemen en te houden geen rechtsmiddel wordt gewaarborgd met betrekking tot de rechtmatigheid ervan, en dat de *de facto* bewaring plaatsvindt zonder onderzoek naar de noodzaak en de evenredigheid ervan of naar mogelijke alternatieven daarvoor?

d) Kunnen artikel 15, leden 1 en 4 tot en met 6 en overweging 16 van de terugkeerrichtlijn, in samenhang met de artikelen 1, 4, 6 en 47 van het Handvest, aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat de bewaring plaatsvindt zonder dat de exacte duur ervan, met inbegrip van de einddatum van de bewaring, is bepaald?

e) Kan het Unierecht aldus worden uitgelegd dat wanneer een gerecht van een lidstaat wordt geconfronteerd met een kennelijk onrechtmatige bewaring, het de autoriteit bij wijze van voorlopige maatregel en in afwachting van de voltooiing van de administratieve procedure kan verplichten om ten gunste van de onderdaan van een derde land een verblijfplaats buiten de transitzone aan te wijzen die geen plaats van bewaring is?

5. [doeltreffende voorziening in rechte tegen het besluit waarbij het land van terugkeer is gewijzigd]

Dient artikel 13 van de terugkeerrichtlijn, op grond waarvan aan de onderdaan van een derde land een doeltreffend recht van beroep of bezwaar moet worden verleend tegen „besluiten in het kader van terugkeer”, gelezen in samenhang met artikel 47 van het Handvest, aldus te worden uitgelegd dat wanneer het rechtsmiddel waarin het nationale recht voorziet niet doeltreffend is, het beroep dat is aangewend tegen het besluit waarbij het land waarnaar de betrokkene moet terugkeren is gewijzigd, ten minste één keer door een rechterlijke instantie moet worden getoetst?

Aangevoerd internationaal recht

Artikelen 5, 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) en artikel 2 van het vierde aanvullende protocol bij het EVRM;

Rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”), met name het arrest van 21 november 2019, Ilias en Ahmed tegen Hongarije (nr. 47287/15) en het arrest van 21 november 2019, Z. A. e.a. tegen Rusland (verzoekschrift nr. 61411/15).

Aangevoerd Unierecht

Artikelen 6, 47 en 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie;

Overwegingen 16, 17 en 24 alsmede de artikelen 2, 3, 13, 15 en 16 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 verblijven (PB L 348, blz. 98);

Artikelen 5, 26, 33, 35, 38 en 43 van richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (PB L 180, blz. 60);

Artikel 2, onder h, en de artikelen 8 tot en met 11 van richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (PB L 180, blz. 96);

Artikel 3 van het besluit van de Raad van 8 november 2007 betreffende de sluiting van de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Republiek Servië betreffende de overname van personen die zonder vergunning op het grondgebied verblijven (PB L 334, blz. 46);

Arrest van het Hof van 19 juni 1990, Factortame, C-213/89 (ECLI:EU:C:1990:257).

Aangehaalde bepalingen van nationaal recht

Artikel XIV, lid 4, van de Magyarország Alaptörvénye (Hongaarse grondwet);

Uitspraak 2/2019. (III. 5.) AB van de Alkotmánybíróság (Hongaars constitutioneel hof);

§ 5, 6, 12, 45, 51, 51/A en 71/A van a menedékjogról szóló 2007. évi LXXX. Törvény (wet LXXX van 2007 inzake het recht op asiel; hierna: „asielwet”);

§ 5, leden 1 en 1b van az államhatárról szóló 2007. évi LXXXIX. törvény (wet LXXXIX van 2007 inzake de staatsgrenzen);

§ 47, 62 en 65 van a harmadik országbeli állampolgárok beutazásáról és tartózkodásáról szóló 2007. évi II. törvény (wet II van 2007 inzake de toelating en het verblijf van onderdanen van derde landen);

A tömeges bevándorlás okozta válsághelyzet Magyarország egész területére történő elrendeléséről, valamint a válsághelyzet elrendelésével, fennállásával és

megszüntetésével összefüggő szabályokról szóló 41/2016. (III. 9.) Korm. Rendelet (regeringsbesluit 41/2016. (III. 9.) betreffende de afkondiging van een crisissituatie veroorzaakt door de massale toestroom van migranten voor het gehele grondgebied van Hongarije alsmede de regels in verband met de afkondiging, het bestaan en de beëindiging van de crisissituatie).

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Verzoekers, een echtpaar met de Afghaanse nationaliteit, hebben op 5 februari 2019 in de transitzone te Röszke (Hongarije) een verzoek om erkenning als vluchteling ingediend. Zij verklaarden dat zij in geen enkel ander land een asielaanvraag hadden ingediend en dat zij, voordat zij in Hongarije waren aangekomen, in de doorreislanden op de route Turkije-Bulgarije-Servië niet waren blootgesteld aan mishandeling of aan schade. Zij hadden Afghanistan om politieke redenen verlaten.
- 2 De asielautoriteit heeft de asielaanvraag van verzoekers bij besluit van 25 april 2019 niet-ontvankelijk verklaard en hun terugkeer naar het grondgebied van de Republiek Servië bevolen. De autoriteit heeft haar niet-ontvankelijkverklaring gebaseerd op § 51, lid 2, onder f), van de asielwet, aangezien verzoekers in Hongarije waren aangekomen via een land waar zij niet waren blootgesteld aan een gevaar voor vervolging dat de erkenning van de vluchtelingenstatus rechtvaardigt, noch aan een gevaar voor ernstige schade dat als basis zou kunnen dienen voor het verlenen van subsidiaire bescherming, dan wel omdat in de landen van doorreis naar Hongarije een toereikend beschermingsniveau wordt gewaarborgd.
- 3 De bevoegde rechterlijke instantie heeft het beroep van verzoekers afgewezen zonder het inhoudelijk te onderzoeken.
- 4 Vervolgens heeft de vreemdelingenautoriteit bij besluiten van 17 mei 2019 verzoekers bevolen op een aangewezen locatie, namelijk in de door de vreemdelingenautoriteit beheerde sector van de transitzone Röszke, te verblijven.
- 5 Nadat Servië had geweigerd verzoekers toe te laten, heeft de vreemdelingenautoriteit bij besluit van 3 juni 2019 het besluit van de asielautoriteit van 25 april 2019 gewijzigd en Afghanistan aangewezen als land van terugkeer van verzoekers. Het bezwaar tegen dit wijzigingsbesluit werd zonder rechterlijke toetsing afgewezen.
- 6 Verzoekers verblijven momenteel nog steeds in de transitzone te Röszke; een met hoge hekken met prikkeldraad omheind terrein waarop metalen containers staan. Verzoekers mogen hun sector uitsluitend in uitzonderlijke gevallen (bijvoorbeeld om een procedurele handeling bij te wonen of voor doktersbezoek) en onder politiebegeleiding verlaten en zijn derhalve nagenoeg volledig geïsoleerd van de buitenwereld. Asielzoekers die in andere sectoren zijn geplaatst mogen hen niet bezoeken. Bezoekers van buiten, waaronder ook hun juridisch

vertegenwoordigers, mogen zij uitsluitend na voorafgaande toestemming en onder politiebegeleiding ontvangen in een daartoe bestemde container in de transitzone. Op 20 mei 2019 heeft het EHRM, op verzoek van verzoekers, een voorlopige maatregel genomen die Hongarije verplicht om hen in de transitzone voedsel te verstrekken.

- 7 Verzoekers hebben twee beroepen ingesteld. In het eerste beroep verzoeken zij om vernietiging van de beslissing op hun bezwaar tegen de tenuitvoerlegging van het besluit waarbij het land waarnaar zij moeten terugkeren is gewijzigd en om inleiding van een nieuwe procedure. In hun tweede beroep verzoeken zij om vaststelling dat de asielautoriteit heeft nagelaten ten gunste van hen een plaats buiten de transitzone aan te wijzen. De twee zaken zijn gevoegd.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 8 Verzoekers stellen dat de beslissing op hun bezwaar tegen de tenuitvoerlegging van het besluit tot wijziging van het land waarnaar zij moeten terugkeren een terugkeerbesluit vormt, dat op grond van het beginsel van een doeltreffende voorziening in rechte toegang tot de rechter dient te worden gewaarborgd en dat de rechter dat besluit inhoudelijk dient te onderzoeken. Met het concept „veilig doorreisland” introduceert de asielwet bovendien een nieuwe niet-ontvankelijkheidsgrond, die in de procedurerichtlijn niet wordt vermeld, hetgeen in strijd is met het Unierecht. Daarnaast dient het verplichte verblijf op een aangewezen locatie in de transitzone te worden aangemerkt als bewaring, zonder dat aan de wettelijk vastgestelde gronden voor bewaring is voldaan. Het is verzoekers op grond van de Hongaarse regelgeving niet toegestaan om de transitzone in de richting van Hongarije te verlaten, terwijl Servië de verzoekers, tegen wie de verwijdering is bevolen, op grond van besluit 2007/819 weigert terug te nemen.
- 9 Verweerders betogen dat de mogelijkheid van bezwaar tegen de tenuitvoerlegging van het besluit waarbij het land waarnaar verzoekers moeten terugkeren is gewijzigd, een doeltreffend rechtsmiddel vormt. De asielautoriteit onderzoekt de asielaanvraag uitsluitend inhoudelijk wanneer de grond voor niet-ontvankelijkheid ervan is gebaseerd op het concept „veilig land van herkomst” dan wel „veilig derde land”. Verzoekers’ asielaanvraag is evenwel niet om een van deze gronden afgewezen, maar op basis van het concept „veilig doorreisland”.
- 10 Overigens menen verweerders dat verzoekers vrij zijn om de transitzone in de richting van Servië te verlaten, zodat het verblijf op de aangewezen locatie in de transitzone niet als bewaring kan worden aangemerkt, zoals het EHRM heeft bevestigd in zijn arrest van 21 november 2019, Ilias és Ahmed (verzoek 47287/15).

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 11 Met betrekking tot de eerste vraag merkt de verwijzende rechter op dat uit de formulering van artikel 33, lid 2, van de procedurerichtlijn blijkt dat deze bepaling een limitatieve en uitputtende opsomming bevat van de gronden voor niet-ontvankelijkheid en dat de lidstaten geen verdere, nieuwe niet-ontvankelijkheidsgronden mogen invoeren, terwijl met § 51, lid 2, onder f, van de asielwet, op basis van de inhoud ervan, juist een dergelijke nieuwe grond is geïntroduceerd.
- 12 Voor wat betreft de tweede vraag volgt uit artikel 33, lid 1, lid 2, onder b) en c) en de artikelen 35 en 38 van de procedurerichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 18 van het Handvest, dat een van de cumulatieve voorwaarden voor de toepassing van deze gronden voor niet-ontvankelijkheid is dat een derde land bereid is de verzoeker terug te nemen. Indien reeds voor het nemen van besluit inzake niet-ontvankelijkheid onomstotelijk kan worden vastgesteld dat het land waarnaar de betrokkene wordt uitgezet hem niet terugneemt, kan de bevoegde autoriteit een dergelijk besluit niet nemen, aangezien de aanname dat betrokkene in dat land daadwerkelijk kan worden beschermd, niet langer geldig is. Om die reden „herleeft” de verplichting van de asielautoriteit om de asielaanvraag in behandeling te nemen en de asielprocedure die in overeenstemming met de in de procedurerichtlijn vervatte fundamentele beginselen en waarborgen moet worden uitgevoerd, voort te zetten.
- 13 Indien de asielprocedure moet worden voortgezet omdat het land waarnaar de verzoeker wordt uitgezet hem niet terugneemt, kan het verzoek tot voortzetting van de procedure niet als een volgend verzoek worden aangemerkt.
- 14 Voor wat betreft de derde vraag bepaalt artikel 43, lid 2, van de procedurerichtlijn dat wanneer niet binnen vier weken een beslissing is genomen, aan de verzoeker toegang tot het grondgebied van de lidstaat wordt verleend. Van deze bepaling kan op grond van artikel 5 van de richtlijn niet ten nadele van verzoekers worden afgeweken, zelfs niet als sprake is van een groot aantal verzoekers (naar Hongaars recht: van een crisissituatie veroorzaakt door een massale toestroom van migranten). Artikel 43, lid 3, van de procedurerichtlijn is niet van toepassing, omdat verzoekers niet op normale wijze nabij de grens of de transitzone zijn ondergebracht.
- 15 Gelet op het voorgaande dient plaatsing in de transitzone gedurende een periode van meer dan vier weken te worden aangemerkt als bewaring in de zin van de opvangrichtlijn, waarop de artikelen 8 tot en met 11 van de opvangrichtlijn van toepassing zijn.
- 16 Ten aanzien van de vierde vraag is de verwijzende rechter van oordeel dat op verzoekers artikel 15 van de terugkeerrichtlijn, gelezen in samenhang met de artikelen 6 en 52 van het Handvest, van toepassing is.

- 17 De verwijzende rechter is van oordeel dat het verblijf in de transitzone op grond van de door het EHRM in het arrest Ilias en Ahmed en het arrest Z. A. e.a. geformuleerde onderzoekscriteria als vrijheidsontneming in de zin van artikel 5, lid 1, EVRM dient te worden beschouwd.
- 18 Deze criteria zijn de volgende:
- a) *De individuele omstandigheden en keuzes van de verzoekers:* verzoekers zijn de transitzone niet vrijwillig binnengekomen; zij zijn bij besluit verplicht om aldaar te verblijven. Bij aanvang van hun *de facto* vasthouding waren zij geen asielzoekers aangezien hun asielaanvragen al waren afgewezen en hun verwijdering was gelast.
 - b) *De in het betrokken land toepasselijke regelgeving en de daarmee beoogde doelen:* verzoekers zijn niet verplicht om zich op een aangewezen locatie op te houden opdat hun asielaanvraag inhoudelijk kan worden beoordeeld, maar omdat jegens hen een terugkeerbesluit is uitgevaardigd en zij niet over toereikende financiële middelen beschikken om te voorzien in hun levensonderhoud en huisvesting.
 - c) *De relevante periode en de procedurele waarborgen:* er bestaat geen Hongaarse regelgeving die de maximale duur van het verblijf in de transitzone bepaalt en de beslissing waarbij dat verblijf is bevolen voorziet daar evenmin in. Het lijkt er dus op dat een dergelijk verblijf in voorkomend geval oneindig kan zijn. Verzoekers hebben geen procedurele middelen om op te komen tegen de duur van hun plaatsing in de transitzone.
 - d) *De aard en de zwaarte van de in het geval van verzoekers toegepaste dan wel door verzoekers feitelijk ondergane beperkingen:* aangezien verzoekers Hongarije niet in de richting van Servië kunnen verlaten en hun verwijdering naar Afghanistan uitsluitend met het vliegtuig kan plaatsvinden, is het vertrek van verzoekers uit de transitzone uitsluitend afhankelijk van de handelingen van de autoriteiten, en niet van hun eigen wil.
- 19 Gelet op het voorgaande dient de plaatsing van verzoekers in de transitzone als *de facto* onrechtmatige bewaring worden aangemerkt omdat:
- zij plaatsvindt zonder een daartoe strekkend formeel, schriftelijk en met redenen omkleed besluit, hetgeen in strijd is met onder meer artikel 6 van het Handvest en artikel 5 van het EVRM;
 - zij wettelijke grondslag ontbeert, aangezien de plaatsing niet op grond van artikel 15 van de terugkeerrichtlijn bevolen had kunnen worden louter op grond dat jegens verzoekers een terugkeerbesluit was genomen en zij niet over toereikende financiële middelen beschikken om te voorzien in hun levensonderhoud en huisvesting;
 - de duur van de plaatsing niet is bepaald;

- de verplichte en automatische rechtsmiddelen niet zijn gewaarborgd;
 - de autoriteit bij het voorafgaande onderzoek naar de alternatieven niet in aanmerking heeft genomen dat bewaring een laatste middel is en zich niet heeft afgevraagd of deze in het licht van de individuele omstandigheden van de betrokkenen een noodzakelijke en evenredige beperking vormt.
- 20 De verwijzende rechter meent dat indien sprake is van onrechtmatige bewaring, de rechter van een lidstaat de nationale autoriteit op grond van het in artikel 47 van het Handvest neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte bij wijze van voorlopige maatregel en in afwachting van de voltooiing van de administratieve procedure kan verplichten om ten gunste van de onderdaan van een derde land een verblijfplaats buiten de transitzone aan te wijzen, ook indien de nationale wetgeving de toepassing van een dergelijke maatregel niet mogelijk maakt (zie arrest Factortame e.a. van 19 juni 1990, C-213/89).
- 21 Wat de vijfde vraag betreft, zij opgemerkt dat het besluit van de asielautoriteit waarbij het land van bestemming in het terugkeerbesluit is gewijzigd, gelet op zijn inhoud en effect, een nieuw terugkeerbesluit in de zin van artikel 3, punt 4, van de terugkeerrichtlijn vormt, waartegen een rechtsmiddel moet kunnen worden ingesteld. Overeenkomstig de artikelen 6 en 13 van het EVRM en artikel 47 van het Handvest moet het orgaan dat een dergelijk rechtsmiddel beoordeelt een onafhankelijk en onpartijdig orgaan zijn, terwijl de in casu bevoegde asielautoriteit niet zo'n orgaan is. Het bezwaar tegen de tenuitvoerlegging blijkt in de praktijk geen doeltreffend rechtsmiddel, aangezien de rechter volgens de Hongaarse regeling niet bevoegd is de beslissing op het bezwaar tegen de tenuitvoerlegging te toetsen. In het onderhavige geval zou pas sprake kunnen zijn van een doeltreffende voorziening in rechte wanneer het besluit waarbij het land waarnaar verzoekers moeten terugkeren is gewijzigd, eveneens aan de toetsing van de rechter zou zijn onderworpen.
- 22 De verwijzende rechter acht het uitermate belangrijk om ook op deze vraag een antwoord te krijgen, ook indien wordt vastgesteld dat verzoekers binnen de werkingssfeer van de procedurerichtlijn vallen. Wanneer het Hof deze vraag niet beantwoordt, kan dit namelijk tot gevolg hebben dat het besluit waarbij het land van terugkeer is gewijzigd, in stand blijft.