

Tolkning av EU-domstolens dom C-441/19

RK/002/2022



Fastställelsebeslut: RA/025/2022			Version 1.0
Beslutsdatum: 2022-03-18			
Gäller för: hela myndigheten			
Gäller från och med: 2022-03-18			
Datum för revidering	Version	Avsnitt som reviderats	Beslutsbeteckning
ange datum	nummer	innehåll	XX/XXX/XXXX
ange datum	nummer	innehåll	XX/XXX/XXXX

Fakta om rättsliga kommentarer

Rättsliga kommentarer utgör Migrationsverkets uttalanden om hur ett domstolsavgörande bör tolkas. De är styrande för myndighetens medarbetare och beslutas av chefen för rättsavdelningen.

Rättsliga kommentarer förs in i en särskild dokumentserie, RK-serie. Dokumentserien är gemensam för hela myndigheten. Beslut om fastställande, ändringar och upphävande av en rättslig kommentar förs in i beslutsdokumentserien för chefen för rättsavdelningen.

Innehållsförteckning

Bakgrund till EU-domstolens dom	3
EU-domstolens dom	4
Vad innebär domen för Migrationsverket?	4
Skyldigheten att försäkra sig om att det finns ett lämpligt mottagande för det aktuella ensamkommande barnet i mottagarlandet	5
Åtskillnad på grund av ålder samt beaktande av barnets bästa	7

Bakgrund till EU-domstolens dom

2017 sökte ett 15-årigt ensamkommande barn asyl i Nederländerna. 2018 beslutades att barnet inte kunde beviljas ett uppehållstillstånd. Enligt nederländsk rätt¹ innebär ett avslagsbeslut på asylansökan också ett beslut om återvändande. I april 2018 överklagade barnet beslutet och anförde bland annat att han inte vet var hans föräldrar finns och att han inte skulle känna igen dem vid ett återvände. Han känner ingen annan familjemedlem och vet inte om sådana existerar.

I den nederländska lagstiftningen görs skillnad utifrån ensamkommande barns ålder. När det gäller barn som är under 15 år vid tidpunkten för asylansökan görs en utredning av om det finns ett ordnat mottagande innan ett beslut fattas. Om det inte finns något sådant mottagande beviljas barnet uppehållstillstånd. För barn som är 15 år eller äldre vid asylansökan genomförs inte någon sådan utredning av ordnat mottagande. Verkställigheten sker istället först när den asylsökande har fyllt 18 år eftersom en sådan utredning då inte längre krävs. Under perioden från barnets asylbeslut till den tidpunkt när barnet blir myndigt är vistelsen således ”otillåten men tolererad” i Nederländerna.

I målet anser den hänskjutande domstolen att barnet inte uppfyllt kraven för att beviljas flyktingstatus eller status som subsidiärt skyddsbehövande. Den hänskjutande domstolen har angett att barnet var 15 år och fyra månader när han lämnade in sin asylansökan. Eftersom han inte beviljats något uppehållstillstånd, är han skyldig att lämna Nederländerna, även om det inte gjorts någon utredning för att försäkra att det finns ett lämpligt mottagande i mottagarlandet.

Den hänskjutande domstolen var osäker på om den åtskillnad som görs i den nederländska lagstiftningen mellan ensamkommande barn över 15 år och ensamkommande barn under 15 år är förenlig med unionsrätten. Den hänskjutande domstolen har i detta avseende hänvisat till begreppet ”barnets bästa” i artikel 5 a i återvändandedirektivet² och artikel 24 i stadgan³. Följande tolkningsfrågor ställdes till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 10 i direktiv [2008/115], jämförd med artiklarna 4 och 24 i stadgan, skäl 22 och artikel 5 a i direktiv 2008/115 och artikel 15 i direktiv [2011/95], 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?

¹ Vi har inte undersökt huruvida nederländsk rätt har ändrats sedan EU-domstolens avgörande. Beskrivningen av nederländsk rätt är förenklad.

² Direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna (hädanefter återvändandedirektivet).

³ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (hädanefter stadgan).

- 2) Ska artikel 6.1 i direktiv [2008/115], jämförd med artikel 21 i stadgan, 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 flyktningstatus eller status som subsidiärt skyddsbehövande?
- 3) Ska artikel 6.4 i [direktiv 2008/115] tolkas så, att om ett ensamkommande barn inte har hör sammat 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 ...?”

EU-domstolens dom

EU-domstolen anger i domen att artikel 6.1 i återvändandedirektivet, jämförd med artikel 5 a i samma direktiv och artikel 24.2 i stadgan, ska tolkas så, att innan den berörda medlemsstaten fattar ett beslut om återvändande beträffande ett ensamkommande barn ska den göra en allmän och fördjupad bedömning av det berörda barnets situation och då ta vederbörlig hänsyn till barnets bästa. Medlemsstaten ska i detta sammanhang försäkra sig om att det finns ett lämpligt mottagande för det aktuella ensamkommande barnet i mottagarlandet.

Artikel 6.1 i återvändandedirektivet, jämförd med artikel 5 a i samma direktiv mot bakgrund av artikel 24.2 i stadgan, ska tolkas så, att en medlemsstat inte får göra åtskillnad mellan ensamkommande barn enbart utifrån deras ålder i syfte att kontrollera om det finns ett lämpligt mottagande i mottagarlandet.

Artikel 8.1 i återvändandedirektivet ska tolkas så, att den utgör hinder för att en medlemsstat, efter att ha utfärdat ett beslut om återvändande beträffande ett ensamkommande barn och i enlighet med artikel 10.2 i direktivet ha försäkrat sig om att barnet kommer att överlämnas till en familjemedlem, en utsedd förmyndare eller en lämplig mottagningsenhet i mottagarlandet, därefter underlåter att avlägsna barnet till dess att det fyller 18 år.

Vad innebär domen för Migrationsverket?

Det får inledningsvis konstateras att den rättsliga regleringen i Nederländerna avviker från de regler som gäller i Sverige. I Nederländerna gäller en reglering som, enligt vad som framgår av avgörandet, innebär att om en asylsökande person är 15 år eller äldre så genomförs inte någon utredning av om det finns ett ordnat mottagande i hemlandet.

Om en sådan persons ansökan om asyl avslås är dennes vistelse i landet otillåten men tolererad. Myndigheterna underlåter alltså att undersöka förekomsten av ordnat mottagande för ensamkommande barn som är 15 år eller äldre, därmed bedrivs inte heller något verkställighetsarbete för dessa personer.

Skyldigheten att försäkra sig om att det finns ett lämpligt mottagande för det aktuella ensamkommande barnet i mottagarlandet

EU-domstolen uttalar att innan den berörda medlemsstaten fattar ett beslut om återvändande beträffande ett ensamkommande barn ska den göra en allmän och fördjupad bedömning av det berörda barnets situation och då ta vederbörlig hänsyn till barnets bästa. Medlemsstaten ska i detta sammanhang försäkra sig om att det finns ett lämpligt mottagande för det aktuella ensamkommande barnet i mottagarlandet.

En möjlig tolkning av formuleringen ”för det aktuella barnet” skulle kunna vara att skyldigheten i ett asylärende avseende ett ensamkommande barn vad gäller att utreda förekomsten av ett ordnat mottagande sträcker sig längre än den ordning som i dagsläget tillämpas av Migrationsverket. Ett exempel på skillnaden mellan utredningen i grundärendet och i verkställighetsstadiet är att Migrationsverket ska säkerställa att det framgår av aktuell landinformation att det finns en mottagningsenhet som är väl lämpad att ta emot barnet i hemlandet när Migrationsverket prövar grundärendet. Frågan om barnet kan beredas plats på en sådan enhet ska däremot utredas i verkställighetsstadiet, bl.a. av orsaken att det kan ta lång tid mellan beslut och verkställighet och eftersom Migrationsverket inte bör kontakta den sökandes hemlandsmyndigheter innan frågan om asyl är slutligt avgjord.

Det finns många skäl som talar för att utredningen/prövningen i grundärendet ska ske på en generell/allmän nivå vad gäller frågan om ordnat mottagande och att det inte bör uppställas ett krav på att utreda exempelvis möjligheten för det individuella barnet att erbjudas plats på en specifik mottagningsenhet i hemlandet redan i grundprövningen. Domstolen tar upp frågan om barnets bästa flera gånger och anger i samband med frågan om ålderskriteriet uttryckligen att medlemsstaterna ”[...]ska bedöma det ensamkommande barnets situation från fall till fall, inom ramen för en allmän och fördjupad bedömning[...]”. Det framstår som tydligt att domstolen ansett att för att prövningen av barnets bästa i ett enskilt ärende ska vara fullständig, måste även frågan om vart ett återvändande förväntas ske inkluderas, eftersom vad barnets bästa är och hur tungt det ska väga påverkas av vad som framkommit och gjorts sannolikt gällande ordnat mottagande i hemlandet. Frågan om återvändande ska således utredas och bedömas på ett allmänt plan. Detta till skillnad från förfarandet enligt nederländsk rätt, där frågan om ordnat mottagande inte utreddes och således inte heller kunde inkluderas i bedömningen av barnets bästa. Migrationsverket tolkar domen som att myndigheten ska försäkra sig om att det aldrig fattas beslut om återvändande för ett ensamkommande barn utan att det har gjorts en fullständig bedömning av barnets bästa, och att en sådan bedömning av barnets bästa förutsätter att myndigheten så långt som möjligt har utrett om det finns ett ordnat mottagande för det aktuella barnet i hemlandet.

Myndighetens utredningsansvar vad gäller frågor relaterade till bedömningen av barnets bästa är således långtgående.⁴ Det är av den anledningen viktigt att prövningen av barnets bästa tar i beaktande vilken form av återvändande som är aktuellt för det enskilda ensamkommande barnet, det kan exempelvis ha betydelse om barnet ska återvända till en familjemedlem och hur relationen till familjemedlemmen ser ut eller om det istället är de sociala myndigheterna i hemlandet som utgör det ordnade mottagandet. Eftersom Migrationsverket redan nu har en ordning där frågan om återvändande ska utredas och barnets bästa utredas och beaktas redan i grundärendet (det vill säga att man i första hand utreder möjligheten till en återförening med barnets kärnfamilj, i andra hand en annan familjemedlem och så vidare) innan det fattas ett beslut om återvändande bedöms nuvarande ordning vara i enlighet med EU-rätten.

Utöver ovanstående tolkning av domens innebörd föreligger ett flertal skäl som talar emot att ett konkret mottagande ska ordnas redan vid grundprövningen

- I asylärenden är det inte ovanligt att barnet har anfört skyddsskäl mot hemlandet, att då (innan frågan om asyl är slutligt avgjord) kontakta hemlandets myndigheter skulle kunna medföra att det uppstår asylskäl *sur place*.
- På samma sätt kan en kontakt med hemlandets myndigheter innan frågan om asyl är slutligt avgjord medföra att personer i barnets hemland utsätts för risk för det fall det finns, eller kan uppstå, en hotbild från myndigheterna.
- Det förekommer att hemlandets myndigheter inte på förväg kan ange vilken specifik mottagningsenhet eller vilken form av ordnat mottagande som kan bli aktuellt för det individuella barnet vid ett återvändande – utan att detta bedöms individuellt inför mottagandet/vid ankomsten till hemlandet av landets sociala myndigheter.
- Kontakterna med hemlandets myndigheter kan i vissa fall ta lång tid vilket medför att barnet skulle riskera att få vänta länge på beslut i sitt asylärende. Barnet kan under denna tid hinna fylla 18 år varvid skyddsskälerna då ska prövas utifrån att den sökande är vuxen.
- Det kan ofta förflyta en längre tid från beslut i grundärendet till en verkställighet kan genomföras trots att Migrationsverket prioriterar ärenden om återvändande för ensamkommande barn (bland annat på grund av långa handläggningstider i domstol och andra omständigheter som ligger utanför migrationsverkets kontroll). Barnet hinner då bli äldre, vilket kan medföra att det är en annan form av mottagande i hemlandet som vid det tillfället bedöms som bäst lämpat för det enskilda barnet. Detta innebär att det inte framstår som motiverat att lägga omfattande resurser på att i detalj utreda den specifika möjligheten för det *individuella* barnet att tas emot i hemlandet redan i grundprövningen.

⁴ RS/009/2020 Prövning av barns bästa

Att i detalj utreda de specifika möjligheterna för barnet att tas emot i hemlandet redan i grundprövningen bedöms sammantaget medföra påtagligt förlängda handläggningstider när det gäller ensamkommande barn samt högre kostnader.

Mot bakgrund av ovan nämnda skäl bedöms det som olämpligt att direktkontakter med sociala myndigheter i barnets hemland tas redan i grundprövningen för att utreda barnets återvändandemöjligheter. Förvaltningslagens krav på enkel, snabb och kostnadseffektiv handläggning utan eftersatt rättssäkerhet uppfylls bäst genom att utredningen/prövningen i grundärendet sker på en generell/allmän nivå vad gäller frågan om ordnat mottagande. Detta bedöms i enlighet med ovanstående också förenligt med det aktuella avgörandet från EU-domstolen.

Åtskillnad på grund av ålder samt beaktande av barnets bästa

Enligt nuvarande tillämpning hos Migrationsverket görs inte någon åtskillnad mellan ensamkommande barn på grund av barnets ålder vad gäller utredandet av förekomsten av ett ordnat mottagande. I ärenden där den sökande snart fyller 18 år anges emellertid följande i det rättsliga ställningstagandet om prövning av barns bästa ”Då en prövning av ett barns skyddsskäl görs saknas utrymme att göra en prövning av barnets bästa. [...] Rekvisiten ska dock tolkas mot bakgrund av att sökanden är ett barn. I en situation där vi redan vid beslutstillfället kan se att ett asylsökande barn kommer vara vuxet innan beslutet kan verkställas eller får laga kraft ska denna omständighet vägas in i den framåtsyftande bedömningen av om skyddsskäl föreligger. Om det visar sig att beslutet kommer att få effekt på den enskilde först efter att personen blivit vuxen bör detta vara utgångspunkten för vår bedömning och vårt beslut. När ett barn ansöker om asyl och bedöms ha skyddsskäl som kommer att upphöra vid 18-årsdagen, och vid ett återvändande kommer att vara 18 år, ska bedömningen av skyddsskäl i det slutgiltiga beslutet därför ske utifrån att den sökande är vuxen i hemlandet. Detta eftersom personen, som vuxen i hemlandet, inte kan ha barnspecifika asylskäl. Vi får inte förutsätta att den sökande kommer att överklaga vårt beslut, utan avvägningen ska göras utifrån antagandet att den sökande följer ett eventuellt avslagsbeslut.” I normalfallet har frågan om ordnat mottagande utretts även i denna typ av ärenden om inte handläggningstiden varit påfallande kort, frågan blir dock inte föremål för bedömning i de fall som avses i citatet ovan.

Målet handlar om ett barn som vid ansökan nyligen hade fyllt 15 år. Ensam kommande barn från 15 år och uppåt hanterades i Nederländerna, utan en individuell bedömning, utan att ordnat mottagande utreddes med motiveringen att en normal asylprocess inklusive återvändandeprocess kan ta tre år varvid barnet vid den tidpunkten skulle vara myndigt. EU-domstolen lyfter fram att ett barns ålder är en av de faktorer som ska beaktas när det gäller om ett beslut om återvändande inte ska fattas för ett enskilt barn.

EU-domstolen bedöms med sina uttalanden inte ha haft för avsikt att ändra förutsättningarna för prövningen av asylärenden där den sökande med full säkerhet kommer att vara över 18 år vid återvändandet. Av nu gällande rättslig styrning följer att det ska göras en individualiserad bedömning av om det enskilda barnet kommer att ha fyllt 18 år vid verkställigheten med utgångspunkt i att den sökande väljer att efterkomma Migrationsverkets beslut utan att överklaga.

Detta är en påtaglig skillnad mot den nederländska ordningen som inte var individualiserad och dessutom tar sikte på en helt annan typ av situation gällande betydligt yngre barn. Den nuvarande ordningen i denna del som tillämpas av Migrationsverket bedöms inte strida mot EU-rätten och i avsaknad av nationell praxis bör den nu tillämpade ordningen inte frångås.

Migrationsverkets ska redan i grundprövningen överväga om ett beslut kan verkställas. Om det finns ett praktiskt verkställighetshinder på grund av avsaknad av ordnat mottagande är utgångspunkten att den sökande beviljas ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen. Detta eftersom hindret inte kan anses vara bestående när sökanden är 14 år eller äldre då verkställighetshindret endast torde bestå fram till dess barnet är 18 år. Huvudregeln vid icke bestående verkställighetshinder är att man samtidigt ska fatta ett avvisnings- eller utvisningsbeslut.

Om verkställighetshindret gäller ett yngre barn än 14 år och det kan konstateras att verkställighetshindret är långvarigt kan istället ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen aktualiseras. Det finns då utrymme att inte fatta ett avvisnings- eller utvisningsbeslut.

I detta sammanhang får det konstateras att den ordning som tillämpas av Migrationsverket skiljer sig från förutsättningarna i målet, eftersom de barn i Sverige som är 14 år och äldre och där det saknas ett ordnat mottagande beviljas ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Barnen i Sverige kommer alltså att vistas här i landet med ett giltigt uppehållstillstånd, till skillnad mot för situationen i Nederländerna där barnen vistades utan giltigt uppehållstillstånd. Frågan om ordnat mottagande utreds dessutom i dessa ärenden före det konstateras att det föreligger ett praktiskt icke bestående verkställighetshinder, vilket också skiljer sig från situationen i Nederländerna där dessa barn inte fick en individuell utredning av förekomsten av ett ordnat mottagande.

En fråga som uppstår är hur den omständigheten att ensamkommande barn i Sverige i detta åldersspann, som saknar asylskäl och där det inte finns möjlighet till ett ordnat mottagande beviljas ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som förenas med ett avlägsnandebeslut förhåller sig till de ovan angivna uttalandena i avgörandet. Detta är en principiellt betydelsefull fråga, Migrationsverkets bedömning är emellertid att det trots allt råder vissa skillnader mellan den i Sverige gällande ordningen och den situation som var föremål för prövning i detta mål. Domstolen uttalar sig inte uttryckligen om huruvida ett uppehållstillstånd får eller inte får fattas för ett barn som har ett avlägsnandebeslut. Migrationsverket bedömer därför att detta avgörande inte motiverar ett avsteg från den ordning som nu gäller.

Domstolen anger i avgörandet att barnets bästa i relation till frågan om återvändande ska beaktas i alla ärenden som rör barn, utan någon åldersgräns. Eftersom Nederländerna inte utredde ordnat mottagande för barn över en viss ålder kunde de inte heller fullt ut bedöma barnets bästa.

I Sverige utreds frågan om ordnat mottagande noggrant (vilket innefattar en noggrann identitetsutredning med fokus på att lokalisera barnets vårdnadshavare och/eller andra nära familjemedlemmar) och barnets bästa beaktas även i de fall där det bedöms föreligga ett icke bestående praktiskt verkställighetshinder till följd av avsaknad av ordnat mottagande. Det kan dock finnas anledning att understryka att det är viktigt att beakta barnets bästa i alla delar av processen – även under återvändandearbetet och att vid behov uppmärksamma om det exempelvis uppkommer verkställighetshinder i senare del av processen. Skillnaden mot situationen i Sverige är påtaglig eftersom utredningen av ett ensamkommande barn i Sverige är heltäckande och innefattar frågan om ordnat mottagande och en fullständig bedömning av barnets bästa, vilket inte var/är möjligt i Nederländerna. Prövningen mynnar normalt sett ut i ett beslut om antingen uppehållstillstånd eller utvisning och i dessa fall bedrivs det ett aktivt återvändandearbete där frågan om formen för återvändandet är föremål för löpande överväganden i beaktande av barnets bästa. Exempelvis kan nämnas att även om det i beslutet utgås från att barnet ska tas emot av de sociala myndigheterna i hemlandet pågår ändå ett löpande arbete med att eftersöka barnets vårdnadshavare om detta inte bedöms vara helt utsiktslöst. Om vårdnadshavarna kan lokaliseras i den processen så är det helt naturligt att utgångspunkten är att återvändandet normalt sett istället ska ske till vårdnadshavarna (i beaktande av barnets bästa). Detta talar med styrka för att de grundläggande principerna i nuvarande ordning gällande återvändande för ensamkommande barn som redogjorts för i denna konsekvensanalys och som tillämpas av Migrationsverket bör bestå eftersom detta är den ordning som på bästa sätt möjliggör ett fungerande återvändandearbete som beaktar barnets rättigheter enligt barnkonventionen samtidigt som varje enskilt barn som får ett beslut i sitt asylärende får ett beslut som reglerar barnets rätt till vistelse här i landet. Eventuella avsteg från detta bör utvecklas i rättspraxis.