

CM1512

De Grondrechtelijke Dimensie van het Pakket Slimme Grenzen

De Commissie Meijers wil met deze notitie nogmaals zijn waardering uitspreken voor het initiatief van de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie van de Tweede Kamer voor het organiseren van het rondetafelgesprek over Slimme Grenzen op 21 mei jl. Het pakket Slimme Grenzen, bestaande uit een *Entry and Exit System* en een *Registered Travellers Program* betreffen maatregelen die niet alleen juridisch, maar ook organisatorisch en financieel ingrijpende gevolgen hebben. Recentelijk is dit voorstel geïncorporeerd in de Europese migratieagenda en het actieplan terugkeer.¹ Voordat hierover besluiten worden genomen, dienen een aanzienlijk aantal vragen te worden beantwoord. Bij de besluitvorming moeten, ook naar aanleiding van de uitkomsten van de huidige pilot in een aantal luchthavens, alle betrokken belangen zorgvuldig worden afgewogen.

Al eerder, in 2013 en 2014, heeft de Commissie Meijers haar zorgen geuit over de effectiviteit, noodzakelijkheid, proportionaliteit, technische haalbaarheid en kosten van de huidige voorstellen over Slimme Grenzen.² In de onderhavige notitie beperken we ons tot de noodzakelijkheid, doelmatigheid en proportionaliteit van de voorgestelde maatregelen. Daarbij zullen we ook ingaan op het voorstel om opsporingsinstanties toegang te geven tot het entry-exit systeem.

1 Noodzakelijkheid en doelmatigheid

Noodzaak van nieuw systeem - evaluatie bestaande systemen

Opname van gevoelige persoonsgegevens, zoals vingerafdrukken, in een databank is een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen. Voor zowel het EVRM als het EU Handvest geldt dat voor een inmenging op een fundamenteel recht een rechtvaardiging moet bestaan. Dit houdt in dat er in ieder geval een noodzaak tot de inbreuk moet bestaan, dat de voorgestelde maatregel effectief is en in verhouding staat tot een legitiem doel.

Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid dient eerst te worden vastgesteld welke instrumenten en grootschalige IT-systemen er op EU niveau al zijn, uitgaande van de volgende specifieke doeleinden van grensbewaking:

Doel	Systeem
Voorkomen en bestrijding van illegale	VIS

¹ Communication from the Commission to the Parliament and the Council, EU Action Plan on Returns, 9 September 2015, COM(2015)453, p. 6.

² CM1307 Notitie over Smart Borders, en ook in CM1407 en CM1409, deze notities zijn ook naar uw commissie gestuurd.

immigratie	SIS II
Faciliteren van legale migratie en vrij verkeer	VIS
Bestrijding terrorisme en ernstige misdrijven en bevordering strafrechtelijke en justitiële samenwerking	Europol API-richtlijn SIS II VIS Eurodac Prüm Eurojust
Handhaving Dublinstelsel	Eurodac

Slimme Grenzen, met name het Entry Exit Systeem (EES) beoogt de eerste drie van bovengenoemde vier doelen te dienen: overstay wordt aangepakt, grenspassage verloopt sneller en migranten worden eerder opgespoord als ze een strafbaar feit plegen. Zoals in eerdere commentaren opgemerkt, acht de Commissie Meijers de daadwerkelijke aanvullende waarde en daarmee noodzaak van het EES, met daarin vingerafdrukken en andere gevoelige informatie van omstreeks 270 personen, op dit moment echter nog onvoldoende aangetoond.³ Zoals bovenstaande tabel laat zien, bestaat er al een veelvoud aan systemen. Van veel van die bestaande systemen is de effectiviteit nog niet geëvalueerd. Van het sinds 2011 gefaseerd uitgerolde VIS systeem, dat in doelmatigheid en omvang het meest lijkt op het EES, is in het geheel nog niet duidelijk in hoeverre dat systeem daadwerkelijk bijdraagt aan het bestrijden van illegale migratie en ernstige misdrijven.

Noodzaak en doelmatigheid uitbreiding EES voor rechtshandhaving

Het is begrijpelijk dat met name na de aanslagen van begin 2015 in Parijs en Kopenhagen maar ook eerder in Brussel, nieuwe maatregelen worden gezocht om potentiële terroristen op te sporen ter bescherming van de burgers in Europa. Bij nieuwe maatregelen, of uitbreiding van doelen van bestaande instrumenten, moet echter steeds de vraag worden gesteld of deze ook echt effectief en noodzakelijk zijn. In het geval van toegang tot het EES voor strafrechtelijke doeleinden, rijzen de volgende vragen:

- De bestaande informatiesystemen of organisaties zoals Europol worden op dit moment onvoldoende of door weinig lidstaten wordt gebruikt.⁴ Waarom worden niet eerst maatregelen genomen ter vergroting van de effectiviteit van deze samenwerking en datasystemen, voordat nieuwe systemen worden opgezet?
- Bieden de nieuwe maatregelen geen schijnveiligheid? Slimme Grenzen (en VIS en Eurodac) geven opsporingsautoriteiten alleen toegang tot gegevens over burgers van landen buiten de EU. De daders en verdachten van de aanslagen in Parijs, Kopenhagen en Brussel, waren echter Unieburgers. Ook bij de metro-aanslagen in Londen in 2005, hadden drie van de vier daders de Britse nationaliteit.

³ Zie hierover CM1307 Notitie over Smart Borders.

⁴ Zie de brief van de Minister en Staatssecretaris van V&J aan de Tweede Kamer, 11 maart 2015, Handelingen Tweede Kamer 2014-2015, 32317, nr. 274, p. 7 en 9.

- Daarom wordt niet eerst de evaluatie van het aanstaande gebruik van Eurodac en VIS voor opsporingsdoeleinden afgewacht, voordat besluiten worden genomen over de uitbreiding van het doel van het EES?

Effectiviteit: aanpak van overstayers

Een belangrijk doel van het EES is de aanpak van overstayers. De Commissie Meijers wijst er op dat signalering van overstay niet op zichzelf tot de gewenste reductie van onrechtmatig verblijf zal leiden. Pas wanneer autoriteiten de betrokkene in persoon aantreffen, kan de rechtmatigheid van diens verblijf worden gecontroleerd en eventueel tot uitzetting worden overgegaan. Op dat moment kan de rechtmatigheid van het verblijf ook met een paspoort of een visum worden gecontroleerd.

Bij controle aan de grens is het wel mogelijk een voordeel te ontwaren: een persoon die eerder langer dan zijn verblijfsrecht toestond in de EU verbleef, vormt in de ogen van de grensbewaking een risico. Op dit moment is het zo dat eerdere overstays uit het reisdocument zijn af te leiden door het controleren van in- en uitreisstempels. Dit is niet het geval als de betrokken persoon inmiddels een ander reisdocument gebruikt, bijvoorbeeld omdat het vorige is verlopen. Een eerdere overstay blijft in zulke gevallen dus op dit moment nog onopgemerkt. Het EES maakt het mogelijk ook bij gebruik van een ander reisdocument eerdere overstays te signaleren omdat het werkt met biometrische informatie. Echter, het VIS bevat al de biometrische kenmerken van alle visumplichtige derdelanders. Het EES voegt daar alleen de niet-visumplichtige derdelanders (nationaliteiten met een 'visa-waiver') aan toe. Hoewel met steeds meer derde landen regelingen inzake visaliberalisatie worden gesloten, geschiedt dit onder strikte voorwaarden en betreffen de afspraken voornamelijk landen waar geen problemen mee worden verwacht met betrekking tot onrechtmatig verblijf. Uiteindelijk lijkt het voordeel van EES dus alleen daaruit te bestaan dat derdelanders uit deze groep 'bona fide' landen aan de grens extra kunnen worden gecontroleerd. Naar inschatting van de Commissie Meijers is de bijdrage van het EES aan het bestrijden van illegale migratie daarom gering.

- De praktische meerwaarde van EES bij de bestrijding van onrechtmatig verblijf dient nader te worden onderbouwd. Als niet kan worden aangetoond dat de maatregel bijdraagt aan het legitieme doel van bestrijding van illegale migratie, prevaleert het recht op privéleven en gegevensbescherming.

Effectiviteit: snellere grenspassage en toepassing biometrie

Eén van de voorliggende vragen bij de invoering van slimme grenzen, is de keuze welke biometrische gegevens worden opgeslagen. Hierbij dient niet alleen naar het doel van de opslag van biometrie worden gekeken (identificatie of verificatie) maar ook naar het verschil in biometrische gegevens zoals nu opgenomen in Eurodac, VIS en SIS II. Hierbij kan het gaan om:

- alleen vingerafdrukken (en hoeveel);

- combinatie biometrie, zoals vingerafdrukken en gezichtsherkenning;
- andere biometrie, zoals irisherkenning.

Bij het EES wrekt het verenigen van verschillende doeleinden in een systeem zich: de Europese Commissie stelt dat door het gebruik van biometrie migranten sneller de grens kunnen passeren. Uit een technische studie uitgevoerd door PWC in opdracht van de EU, blijkt dat betrouwbare registratie, identificatie en controle voor grenspassage met slechts enkele vingerafdrukken kunnen plaatsvinden.⁵ Meer vingerafdrukken registreren, levert aanzienlijke vertragingen op, met name aan de landgrenzen. Daarnaast sluit dit ook niet aan op het bestaande VIS. Het EES-voorstel beoogt echter ook strafrechtelijke doeleinden. Dan is registratie van 10 vingerafdrukken aangewezen. Het ene doel zal dus ten koste gaan van het andere.

- Er zal een keuze moeten worden gemaakt tussen twee doeleinden: het primaire doel van snellere grenspassage of het secundaire doel van opsporing en vervolging van strafbare feiten.

Grootschaligheid: betrouwbaarheid gegevens en risico misbruik

In 2013 sprak de Europese Commissie haar bezorgdheid uit over de middellange en lange termijneffecten van de niet-optimale kwaliteit van zowel biometrische als alfanumerieke gegevens die consulates in VIS zetten. Ook over *Eurodac* meldt de Commissie dat door lage kwaliteit van aangeleverde gegevens, menselijke fouten of verkeerde configuratie van apparaten 6,6% van de raadplegingen in Eurodac in 2013 mislukten, waarbij de succesratio echter per lidstaat sterk verschilt. Er zijn lidstaten met meer dan 10% mislukte transacties, met uitschieters naar 30%.⁶

- De Commissie Meijers bepleit systematische en onafhankelijke evaluatie van de effectiviteit, betrouwbaarheid en juistheid van het huidige gebruik van biometrie in de genoemde systemen, alvorens tot uitbreiding wordt overgegaan.

Het aantal derdelanders dat in 2014 ter weigering van toegang aan de grens is opgenomen in SIS is 547.492 en betreft 68,6 % van alle in het SIS opgenomen personen.⁷ In het vanaf 2012 geleidelijke uitgerolde VIS zullen naar verwachting gemiddeld 70 miljoen personen geregistreerd staan. De Europese Commissie verwacht dat in het EES gemiddeld 270 miljoen personen zullen worden opgenomen. Het grote aantal gegevens, gecombineerd met het feit dat dit systeem in een groot aantal landen, ook niet-EU staten, wordt gebruikt, verhoogt niet alleen het risico van onjuiste of onvolledige gegevens maar vergroot ook de reikwijdte van de gevolgen van die onjuiste registratie.

⁵ Technical Study on Smart Borders. Final Report written by PWC for the European Commission , October 2014.

⁶ <http://www.statewatch.org/news/2013/jul/eu-com-eurodac-ann-rep-com-485.pdf>.

⁷ eu-LISA, SIS II 2014 Statistics 2014, March 2015, p. 12,
<http://www.eulisa.europa.eu/Publications/Reports/SIS%20II%20-%20public%202014%20stats.pdf>.

De Commissie Meijers wijst er op dat de toezichthoudende autoriteiten beperkte bevoegdheden hebben en weinig sancties kunnen opleggen. Daarnaast is vaak onvoldoende gewaarborgd dat de geregistreerde persoon zijn gegevens kan inzien en zo nodig kan laten corrigeren. Het raadplegen van gegevens, zeker in strafzaken, moet onderhevig zijn aan voorafgaand rechterlijk toezicht. Naarmate technologie een grotere rol gaat spelen in migratiecontrole en strafzaken, moet rechtsbescherming in dit opzicht beter ingericht worden.

- De voorstellen dienen voldoende waarborgen te bevatten voor de juistheid van de opgeslagen gegevens en tegen misbruik. Dit vraagt om betrouwbare technologie, effectieve sancties, maar ook versterking van de bevoegdheden en middelen van toezichtautoriteiten. En adequate nationale procedures voor inzage en zo nodig correctie van de gegevens.

2 Grondrechten en proportionaliteit

Criteria DRI-uitspraak Hof van Justitie (C-293/12)

Ter beoordeling van de gevolgen van het onderhavige voorstel voor het recht op gegevensbescherming en privéleven, zoals beschermd in het Handvest van de Grondrechten, verwijst de Commissie Meijers naar de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) in *Digital Rights Ireland Ltd.* (C-293/12). Het Hof verklaarde hierin de Daretentierichtlijn 2006/24 ongeldig. De grootschalige opslag van telecommunicatiegegevens waar het in deze zaak om ging, is in strijd met het recht op privacy en gegevensbescherming, omdat de Uniewetgever hiermee het evenredigheidsbeginsel had geschonden. Het HvJEU baseerde deze conclusie onder meer op het feit dat de richtlijn dataretentie mogelijk maakte van:

- ‘praktisch de hele Europese bevolking’;
- waarbij het personen betreft zonder enig verband met strafrechtelijke vervolging en;
- de richtlijn niet voorzag in voorafgaand toezicht door een rechter of onafhankelijke instantie voor de vraag of toegang tot de gegevens ‘strikt noodzakelijk’ zijn;

Deze criteria dienen een belangrijke rol te spelen bij de verdere besluitvorming over Slimme Grenzen. De Commissie Meijers wijst er op dat de onderhavige voorstellen op het gebied van ‘Slimme Grenzen’ alle migranten betreffen die de EU in- en uitreizen. Dat betreft honderden miljoenen personen waarvan de persoonsgegevens langdurig worden opgeslagen zonder dat er sprake is van enige verdenking van een strafbaar feit.

Non discriminatie en risico van stigmatisering

De Commissie Meijers wijst er op dat het proportionaliteitsvereiste ook met zich meebrengt dat geen onevenredige breuk op het recht op non-discriminatie mag worden gemaakt. Daarnaast moeten de voordelen opwegen tegen het risico van stigmatisering van vreemdelingen. Er bestaan geen Europese systemen met gegevens over Unieburgers met een vergelijkbare gebruik of reikwijdte. Dit verschil in keuzes met betrekking tot de bescherming van het recht op privéleven en gegevensbescherming van Unieburgers en

niet-Unieburgers kent geen objectieve rechtvaardigingsgrond. In de eerste plaats, omdat niet is aangetoond dat het EES geschikt en noodzakelijk is om het gewenste doel te bereiken. Zoals hierboven gememoreerd, kan een rechtvaardiging van een beperking van een fundamenteel recht alleen aanwezig zijn als die beperking daadwerkelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van een legitiem doel. Het maken van een dergelijk onderscheid in opslag en gebruik van persoonsgegevens is dan in strijd met art. 21 EU-Handvest en art. 14 EVRM en leidt tot de volgende vraag:

- Welke rechtvaardiging bestaat er voor de ongelijke behandeling tussen Nederlanders en andere EU burgers enerzijds, en derdelanders anderzijds,⁸ wanneer het gaat om grootschalige opslag van hun persoonsgegevens waaronder biometrie, nu het EES niet wezenlijk zal bijdragen aan effectievere migratiecontrole?

Daarnaast geeft de wetgever met het voor opsporingsdoeleinden beschikbaar stellen van bovengenoemde systemen het signaal naar de samenleving dat vreemdelingen op voorhand een grotere potentie hebben crimineel gedrag te vertonen dan Nederlanders of Unieburgers. Hoewel het sneller opsporen van strafbare feiten van belang is, heeft dit wel een stigmatiserend effect, als die snellere opsporing alleen bij een beperkte groep burgers plaats vindt omdat de leden van die groep praktisch allemaal in de databank zijn geregistreerd. De UNHCR en onderzoekers waarschuwen er voor dat vreemdelingen of asielzoekers op die manier nog meer oververtegenwoordigd raken in de criminaliteitsstatistieken, hetgeen tot verdere stigmatisering leidt.⁹ Als de overheid geen maatregelen neemt om deze effecten tegen te gaan, resulteert dit een 'self fulfilling prophecy.' Zij lopen immers een groter risico bij strafvervolging betrokken te raken alleen omdat de gegevens van praktisch alle leden van die groepen in de databanken geregistreerd staan, terwijl dat niet geldt voor andere bevolkingsgroepen.

- De vraag is of de wetgever zich bewust is van dit stigmatiserende effect van deze maatregelen tegenover derdelanders en zo ja, op welke wijze zij dit effect zou willen tegengaan.

3 Slot

De Commissie Meijers is graag tot nadere toelichting bereid en noemt ter conclusie de belangrijkste aandachtspunten.

⁸ Het is overigens de vraag of de langdurige opslag van gegevens van personen die rechten ontleen aan de Associatieovereenkomst EEG-Turkije, verenigbaar is met het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in die overeenkomst.

⁹ UNHCR's recommendations to the Slovenian presidency of the European Union, 10 December 2007, p. 3, Vincent Eechaut *Access to Eurodac by law enforcement authorities* (scriptie-onderzoek Groningen in samenwerking met ECRE 2011), zie in dit kader ook het recente proefschrift van Paul Mutsaers over de relatie tussen beleid op basis waarvan migranten extra worden gecontroleerd en vertegenwoordiging van deze personen in misdaadstatistieken en discriminatie, *A Public Anthropology of Policing: Law Enforcement and Migrants in the Netherlands*, Tilburg University, 12 June 2015.

- Voordat nieuwe wetgeving op het gebied van ‘Slimme Grenzen’ wordt aangenomen, dient de toepassing en effecten van het gebruik van bestaande systemen, zowel ten behoeve van immigratiecontrole, als de bestrijding van terrorisme en ernstige strafbare feiten te worden geëvalueerd.
- Bij de keuze van biometrie in voorgestelde systemen, dient de betrouwbaarheid, veiligheid en effectiviteit van het gebruik ervan in de huidige systemen zoals Eurodac en VIS te worden geëvalueerd.
- De invoering van nieuwe systemen dient hand in hand te gaan met evenredige versterking van onafhankelijk toezicht: dit betekent uitbreiding van middelen en bevoegdheden.
- Besluitvorming over de toegankelijkheid van EES voor opsporingsinstanties dient pas plaats te vinden na onafhankelijke en systematische evaluatie van de effectiviteit van huidige systemen die in de EU al voor rechtshandhaving worden gebruikt, zoals Europol, VIS, SIS II en Eurodac.
- In toekomstige voorstellen dienen effectieve rechtsmiddelen te worden geboden bij onjuiste registratie of onrechtmatig gebruik van persoonsgegevens, niet naleving van de voorgeschreven bewaartermijn, maar ook indien aan een persoon de status van geregistreerde reiziger (RTP) wordt geweigerd.

* * *

Over de Commissie Meijers

De Commissie Meijers is een onafhankelijke groep van wetenschappelijk onderzoekers, advocaten en rechters die adviseert over Europees en internationaal migratie-, vluchtelingen-, straf-, privacy-, non-discriminatie- en institutioneel recht. De Commissie bevordert de bescherming van fundamentele rechten, toegang tot de rechter en democratische besluitvorming in Europese wetgeving op het gebied van Justitie en Binnenlandse Zaken.

Het werk van de Commissie Meijers wordt mogelijk gemaakt dankzij de Nederlandse Orde van Advocaten, Vluchtelingenwerk Nederland, Stichting Migratierecht Nederland, Stichting Democratie en Media, het Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten, Art. 1 Antidiscriminatiezaken en Universitair Vluchtelingenfonds UAF.

Contactgegevens:

T 020 362 05 05

E info@commissie-meijers.nl

W www.commissie-meijers.nl