

# VU Research Portal

## Vrij personenverkeer in Schengen en het deficit van Dublin

Brouwer, E.R.

**published in**

SEW Tijdschrift voor Europees en Economisch recht  
2017

**document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

**document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

**citation for published version (APA)**

Brouwer, E. R. (2017). Vrij personenverkeer in Schengen en het deficit van Dublin: Tekortkomingen aan de buitengrenzen als rechtvaardiging voor binnengrenscontroles? *SEW Tijdschrift voor Europees en Economisch recht*, 65(2), 57-66. Article 20. <https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/199400/1001306769>

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Vrij personenverkeer in Schengen en het deficit van Dublin

*Tekortkomingen aan de buitengrenzen als rechtvaardiging voor binnengrenscontroles?*

20

E.R. Brouwer\*

*In deze bijdrage wordt de relatie tussen ‘Schengen’ en ‘Dublin’ onderzocht en de vraag wanneer asielinstroom of falende buitengrenzen als reden voor de herinvoering van binnengrenscontroles mag worden gebruikt. Hiervoor wordt de huidige regeling inzake de herinvoering van binnengrenscontroles en verscherpt politietoezicht aan de binnengrenzen, besproken. Geconcludeerd wordt dat het huidige beleid niet werkt en dat het tijd is voor effectievere Europese oplossingen voor het asielvraagstuk.*

## I. Inleiding

‘Een visioen dient zich aan van lange, traag voortschui-vende rijen voor loketten met het opschrift “non-EEC-nationals” bij grensovergangen, luchthavens en ambasades; van stapels onbeantwoorde visumaanvragen op departementale burelen; van uitvoerige “veiligheidsinter-views” die overal ter wereld uit naam van luchtvaartmaatschappijen worden afgenomen nog vóórdat men tot de incheckbalies wordt toegelaten. Buitengrenzen bevinden zich overal ter wereld waar de eerste stap tot overschrijding kan worden gezet. Die grenzen worden in verscherpte mate tegen “derdelanders” beveiligd. Of daarbij wel eens iets onrechtmatig voorvalt, kan van binnenuit nauwelijks worden waargenomen. Zonder dat iemand het ziet, lopen buitenstaanders rechteloos stuk tegen een hermetische muur, ook als zij toevlucht zoeken voor een existentiële nood of bedreiging.’<sup>1</sup>

Dit schreef Pieter Boeles in *SEW* in november 1990, een halfjaar nadat op 19 juni 1990 de Uitvoeringsovereenkomst van Schengen was ondertekend door Frankrijk, Duitsland, België, Nederland en Luxemburg ter uitvoering van het Schengen Akkoord van 1985. Met dit intergouver-

namenteel verdrag legden de aangesloten landen het beginsel van vrij verkeer vast, waarbij ‘ter compensatie voor het wegvallen van de binnengrenzen’ aanvullende maatregelen werden genomen, zoals de invoering van een gemeenschappelijke visumlijst, de ontwikkeling van een gezamenlijk informatiesysteem en afspraken voor politie en justitiële samenwerking. In zijn bijdrage noemde Boeles ook een ander, in 1990 ondertekend en intergouvernamenteel verdrag: de Dublin Overeenkomst. In dit verdrag, door elf van de toenmalige twaalf EG-landen ondertekend en later gewijzigd in een verordening, is het beginsel vastgelegd dat slechts één lidstaat verantwoordelijk is voor een asielverzoek.<sup>2</sup> Deze verantwoordelijkheid wordt vastgesteld op basis van een hiërarchische lijst van criteria, waarbij het belang van ongebeide minderjarigen en de aanwezigheid van specifieke banden tussen de asielzoeker en de Europese staat, zoals familierelaties, voorop dienen te staan. Het feit dat deze Dublinregeling, afgezien van enkele verschillen, ook als afzonderlijk hoofdstuk in de Schengen Uitvoeringsovereenkomst was opgenomen, toont de relatie tussen beide instrumenten aan: met Dublin wilden de regeringen voorkomen dat personen door verder te reizen naar een ander Schengenland, in meerdere staten tegelijk een asielverzoek zouden kunnen indienen.

Meer dan een kwart eeuw na het ondertekenen van zowel Schengen als Dublin, is het duidelijk dat de uitgangspunten van beide regelingen onder druk staan. Sinds 2015, in reactie op zowel de hoge vluchtelingeninstroom als terroristische aanslagen in Europa, hebben verschillende staten de controles aan de binnengrenzen heringevoerd en gedreigd of zelfs een begin gemaakt met het bou-

\* Evelien Brouwer is senior-onderzoeker aan de sectie Migratierecht, Vrije Universiteit Amsterdam.

1 P. Boeles, ‘Vrij verkeer van personen: mensenrechten aan de buitengrenzen’, *SEW* 1990, afl. 11, p. 686-765.

2 Dublin III of Verordening (EU) 604/2013 trad in werking op 19 juli 2013, *PbEU* 2013, L 180, 29 juni 2013, en verving Dublin II of Verordening (EG) 343/2003.

wen van hekken.<sup>3</sup> Daarnaast wordt al jaren gesproken van het ‘deficit’ van het Dublinsysteem. Dit deficit werd een juridisch feit, toen in 2011 zowel het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) als het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) concludeerde dat het beginsel van wederzijds vertrouwen dat ten grondslag ligt aan de Dublin Verordening, niet kan worden toegepast, wanneer een Dublinoverdracht naar een andere lidstaat zou leiden tot schending van het in het artikel 3 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) en artikel 4 Handvest van de grondrechten van de EU (Hv) neergelegde verbod van non-refoulement.<sup>4</sup> Sindsdien wordt Dublin niet meer toegepast ten aanzien van Griekenland en worden geen asielzoekers meer naar dat land teruggestuurd. Tegelijkertijd blijft de situatie aan de buitengrenzen van de EU overbelast: in zogenaamde ‘hotspot’ locaties in Griekenland en Italië wachten duizenden asielzoekers op een besluit inzake het in behandeling nemen van hun asielverzoek, vaak in erbarmelijke omstandigheden zonder voldoende zorg en opvang. Een in 2015 door de Europese Commissie opgesteld plan voor hervreiding of relocatie van asielzoekers over de verschillende lidstaten wordt niet of nauwelijks uitgevoerd.<sup>5</sup> In het voorjaar van 2016 heeft de Europese Commissie voorstellen gepubliceerd tot herziening van het Europese migratiebeleid, om reguliere migratie naar Europa te bevorderen, maar ook tot herziening van de Dublin Verordening.<sup>6</sup> In plaats van het huidige deficit te repareren, is het nieuwe Dublinvoorstel er echter vooral op gericht ‘secundaire stromen’ van asielzoekers in Europa tegen te gaan. Op basis van dit voorstel worden asielzoekers die verder reizen naar een andere EU-lidstaat en zich daarmee onttrekken aan het Dublinsysteem ‘bestraft’, door hen procedurele waarborgen en het recht op basisopvang te onthouden. Tegelijkertijd zien we dat controles aan de binnengrenzen worden ingevoerd om de secundaire migratie van asielzoekers te voorkomen, terwijl deze migratie in feite in stand wordt gehouden door het Dublindeficit.

In deze bijdrage onderzoek ik de relatie tussen Dublin en Schengen en de vraag wanneer de toename van migranten of falende buitengrenscontroles in Europa als reden voor de herinvoering van controles en verscherpte politiecontroles aan de binnengrenzen mag worden gebruikt. Hiervoor beschrijf ik de regeling in de huidige Schengengrenscodex of de Verordening (EU) 2016/399 inzake de uitzonderingen op het basisbeginsel van vrij

verkeer in Schengengebied en hoe deze uitzonderingen in de afgelopen jaren zijn toegepast.<sup>7</sup> Daarbij bespreek ik de in 2013 ingevoerde noodbevoegdheid in de Schengengrenscodex, op basis waarvan lidstaten binnengrenscontroles mogen herinvoeren bij ‘aanhoudende ernstige gebreken aan de buitengrenzen’. Vervolgens ga ik in op het onderscheid tussen de tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles en de meer informele toepassing van verscherpt politietoezicht aan de binnengrenzen. Hierbij beschrijf ik de toepassing van het zogenaamde Mobiel Toezicht Veiligheid dat in Nederland wordt toegepast, en de onlangs ingevoerde intensieve variant daarvan in reactie op de verhoogde asielinstroom. In mijn conclusies laat ik zien dat het huidige beleid, waarbij zowel Schengen als Dublin halfhartig wordt uitgevoerd, niet langer werkt en dat het tijd is voor meer robuuste en werkzame oplossingen voor het asielvraagstuk in Europa.

## 2. Uitgangspunt van Schengen: ruimte zonder binnengrenzen

De inwerkingtreding van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst, oftewel het opheffen van de binnengrenzen in het Schengengebied, vond plaats op 25 maart 1995, met het operationeel worden van het Schengen Informatie Systeem of SIS. Dit systeem was een van de compenserende maatregelen van Schengen en maakte de uitwisseling van informatie mogelijk tussen politieke en justitiële diensten van de Schengenstaten. In 1995 bestond Schengen al uit zeven staten, nu ook Portugal en Spanje zich hierbij hadden aangesloten. Met het Verdrag van Amsterdam, ondertekend in 1997, werd in 1999 het Schengenacquis opgenomen in het EU-recht: in artikel 77 lid 1 van het huidige Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), is de bevoegdheid van de Unie opgenomen ter vaststelling van binnen- en buitengrensbeleid. Deze bevoegdheid behelst maatregelen ‘om te voorkomen dat personen, ongeacht hun nationaliteit, bij het overschrijden van de binnengrenzen aan enige controle worden onderworpen; te zorgen voor personencontrole en efficiënte bewaking bij het overschrijden van de buitengrenzen en; geleidelijk een geïntegreerd systeem voor het beheer van de buitengrenzen op te zetten’. De EU-rechtsbasis van de Schengengrenscodex (SGC), nu

3 Nog in april 2016, dreigde de Oostenrijkse regering een hek te bouwen bij de Brennerpas, aan de binnengrens tussen Oostenrijk en Italië. In 2015 startte het met het bouwen van een hek aan de grens met Slovenië: beide initiatieven werden na waarschuwing van de Europese Commissie gestaakt.

4 De volledige tekst van artikel 3 EVRM en artikel 4 Hv is: ‘Niemand mag worden onderworpen aan foltering of aan onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.’

5 Besluit 2015/1523 van de Raad van 14 september 2015 tot vaststelling van voorlopige maatregelen op het gebied van internationale bescherming ten gunste van Italië en van Griekenland (*PbEU* 2015, L 239, 15 september 2015) voor de relocatie van 40 000 asielzoekers uit Griekenland en Italië, welk besluit later werd aangevuld door het Besluit 2015/1601 van de Raad van 22 september 2015, *PbEU* 2015, L 248, voor de relocatie van nog eens 120 000 personen. In november 2016 waren van de beoogde 160 000 asielzoekers nog maar 6925 (5376 uit Griekenland, 1549 uit Italië) naar de andere lidstaten overgebracht, zie het 7e voortgangsrapport van de Commissie, COM(2016)720, 9 november 2016.

6 Zie de mededeling *Towards a Reform of the Common European Asylum System and Enhancing Legal Avenues to Europe*, COM(2016)197, 6 april 2016 en het voorstel voor een Dublin IV-Verordening, COM(2016)270, 4 mei 2016.

7 Verordening (EU) 2016/399 betreffende een Uniecode voor de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscodex), *PbEU* 2016, L 77, 23 maart 2016.

Verordening (EU) 2016/399, ligt dus in artikel 77 VWEU.<sup>8</sup>

Het uitgangspunt van vrij verkeer is neergelegd in artikel 22 (voorheen 20) SGC, dat bepaalt dat de binnengrenzen op iedere plaats kunnen worden overschreden zonder dat personen, ongeacht hun nationaliteit, worden gecontroleerd. De SGC biedt twee uitzonderingen op het beginsel van vrij verkeer zonder binnengrenzen die ik hieronder zal bespreken: de bevoegdheid tot tijdelijke herinvoering van controles aan de binnengrenzen neergelegd in artikel 25-28 SGC, met de in 2013 ingevoerde 'noodbevoegdheid' in artikel 29 SGC, en de niet door Schengen beperkte bevoegdheid van nationale politiecontroles in het binnengrensgebied op grond van artikel 23 SGC, in Nederland bekend als Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV).

### 3. Tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles

#### 3.1. Rechtsbasis in de SGC en algemene praktijk

Op grond van artikel 25 SGC is bij wijze van uitzondering de tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles toegestaan 'bij ernstige bedreiging van de openbare orde of de binnenlandse veiligheid'. De invoering moet dan wel voldoen aan de in artikel 25-28 SGC opgenomen voorwaarden. Zo moeten de omvang en de duur van het grensoezicht beperkt blijven tot 'hetgeen strikt noodzakelijk is om op de ernstige bedreiging te kunnen reageren'. Dit betekent dat bij het besluit tot herinvoering van de binnengrenscontroles, de proportionaliteit van de maatregel in acht moet worden genomen, waarbij de verwachte gevolgen voor de bedreiging van de binnenlandse veiligheid of openbare orde moeten worden afgewogen tegen de te verwachten gevolgen voor het vrij verkeer van personen. De grenscontroles mogen maximaal één maand duren met de mogelijkheid tot verlenging tot een maximum van zes maanden. Voorts moet de herinvoerende Schengenstaat, vóórafgaand aan de maatregel, de Europese Commissie en de andere lidstaten hiervan op de hoogte stellen. Hierbij moeten de redenen van herinvoering, hoelang de grenscontroles worden uitgevoerd en bij welke grensdoorlaatposten de controles worden uitgevoerd, worden gemeld.

Tot voor kort bleken Schengenstaten terughoudend met de herinvoering van controles aan de binnengrenzen en gebruikten ze deze maatregel hoofdzakelijk ter voorberei-

ding op grootschalige sport- of cultuurmanifestaties, internationale regeringsbijeenkomsten, of in reactie op terroristische aanslagen.<sup>9</sup> Zo heeft Frankrijk, na de terroristische aanslagen in januari en november 2015 in Parijs en in juli 2016 in Nice, de grenscontroles aan de binnengrenzen op basis van artikel 25 en 27 SGC heringevoerd. Deze maatregel werd op 13 november 2016 verlengd tot 26 januari 2017.<sup>10</sup> Pas in 2011 werd de toename van migranten als reden aangewend voor de (kortstondige) herinvoering van controles aan de binnengrenzen.<sup>11</sup> Dit geschiedde tijdens het zogenaamd Frans-Italiaanse conflict, wat zoals we hierna zullen zien leidde tot de wijziging van de SGC in 2013, waarbij de herinvoering van grenscontroles als 'noodmaatregel' werd mogelijk gemaakt. Sinds september 2015 hebben Duitsland, Oostenrijk, Denemarken, Noorwegen, Zweden en ook tijdelijk Slovenië, de controles aan de binnengrenzen heringevoerd ter bescherming van de binnenlandse veiligheid en openbare orde. Als rechtvaardiging voor deze maatregel werden de 'onverwachte migratiestromen' of 'de aanhoudende grote instroom van personen die internationale bescherming vragen' genoemd.<sup>12</sup> De besluiten in 2015 tot herinvoering waren gebaseerd op de reguliere bevoegdheid van artikel 25-28 SGC. In een tussentijdse evaluatie van deze maatregelen, accepteerde de Europese Commissie de uitleg van de lidstaten waarin zij een expliciete relatie legden tussen de toegenomen aantallen migranten en het mogelijke risico voor de binnenlandse veiligheid of publieke orde.<sup>13</sup> Echter een aanvullend argument van de Duitse regering dat de binnengrenscontroles ook nodig waren gezien het feit dat 'onder de bonafide asielzoekers zich mogelijk geradicaliseerde personen konden bevinden', werd door de Commissie verworpen. Volgens de Commissie had de Duitse regering dit risico met verder bewijs moeten onderbouwen, bijvoorbeeld door aan te geven hoeveel concrete waarschuwingen er waren over personen die mogelijk contact zouden hebben gehad of zouden hebben gevochten met militaire groepen in de crisisgebieden.

De toegestane duur voor de tijdelijke herinvoering door Oostenrijk en Duitsland zou op 12 mei 2016 verlopen. Het is geen toeval dat precies op deze datum, op basis van een aanbeveling van de Raad, de verlenging van de tijdelijke herinvoering voor Oostenrijk, Duitsland, Noorwegen, Zweden en Denemarken is toegestaan.<sup>14</sup> Dit besluit van de Raad werd genomen op basis van de in 2013 ingevoerde, en hierna te bespreken 'noodsituatie-procedure'. Inmiddels is voor alle vijf landen bij een nieuw besluit van de Raad van 11 november 2016 verdere

8 In de nieuwe Verordening (EU) 2016/399 zijn alle bepalingen van de in 2013 gewijzigde Verordening (EG) 562/2006, hernummerd, *PbEU* 2016, L 77, 23 maart 2016. Zie voor de tekst van de in 2013 aangenomen Verordening (EU) 610/2013, *PbEU* 2013, L 182, 29 juni 2013.

9 Zie voor een recent overzicht en achtergrond van de verschillende maatregelen: Guild, Carrera, Vosilute, Groenendijk, Brouwer, Bigo, Jeandesboz & Martin-Mazé, *Internal border controls in the Schengen area: is Schengen crisis-proof?*, Brussel, juni 2016, annex 3, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571356/IPOL\\_STU%282016%29571356\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571356/IPOL_STU%282016%29571356_EN.pdf).

10 Zie de website van de Europese Commissie met de notificaties van de herinvoerende Schengenstaten: [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/index_en.htm).

11 Eén keer eerder, in 2001, zou België tot grenscontroles zijn overgegaan in antwoord op 'onvoorziene, tijdelijke toename van asielzoekers': *Statewatch European Monitor*, vol. 3, afl. 4, februari 2003.

12 Informatie over de tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles is te vinden in de tweejaarlijkse rapporten van de Europese Commissie, zie het achtste rapport, COM(2016)275, 4 mei 2016.

13 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van Duitsland en Oostenrijk: besluit Germany/Austria, COM(2015)7100.

14 Besluit 12 mei 2016, Raadsdocument 8835/16.

verlenging van de ‘tijdelijke herinvoering’ mogelijk maakt tot 12 februari 2017.<sup>15</sup>

### 3.2. Schengenhervormingspakket 2013

In 2013 is de SGC gewijzigd, waarbij niet alleen meer expliciete regels werden opgenomen inzake de voorwaarden van tijdelijke binnengrenscontroles, maar ook een nieuwe bepaling werd toegevoegd op grond waarvan de Raad bij aanbeveling een of meer lidstaten kan toestaan tijdelijke controles uit te voeren bij ‘voortdurende serieuze tekortkomingen’ in de buitengrenscontroles.<sup>16</sup> Deze wijziging volgde op de eerdergenoemde ‘crisis’ in de Schengensamenwerking in 2011, tussen Frankrijk en Italië. Aanleiding voor dit conflict was de verstrekking van een verblijfstitel op humanitaire gronden door de Italiaanse autoriteiten aan migranten, met name uit Tunesië, maar ook Libië en Egypte, die, na de start van de Arabische Lente, in Italië hun toevlucht zochten. De verstrekte verblijfstitel maakte het deze personen mogelijk door te reizen naar de andere Schengenstaten.<sup>17</sup> Zij werden echter door de Franse grensautoriteiten tegengehouden aan de Italiaans-Franse grens, waardoor ze vast kwamen te zitten in het Italiaanse grensplaatsje Ventimiglia. Zoekend naar een diplomatieke uitweg in dit geschil, gaf de toenmalige commissaris Malmström aan dat beide staten de Schengenregels niet hadden overschreden, maar dat het beginsel van Schengen, vrij reizen, wel onder druk stond:

‘From a formal point of view steps taken by Italian and French authorities have been in compliance with EU law. However, (...) I regret that the spirit of the Schengen rules has not been fully respected.’

Inderdaad lijken beide staten zich aan de formele regels te hebben gehouden: Italië was bevoegd een nationale verblijfstitel te verstrekken die de personen het recht bood door te reizen naar een andere lidstaat en Frankrijk kon de personen tegenhouden op grond van artikel 6 (toen 5) SGC wegens gebrek aan voldoende middelen van bestaan. Een belangrijk probleem hierbij was dat het hier asielzoekers betrof die geen kant op konden en wier asielverzoek niet in behandeling werd genomen gedurende het Frans-Italiaanse conflict.

Het Italiaans-Franse conflict resulteerde in de invoering van een aantal maatregelen ter ‘hervorming van het Schengenacquis’ in 2013. Dit hervormingspakket behelsde in de eerste plaats een nieuw, in de Verordening (EU) 1053/2013 vastgelegd, evaluatie- en monitoringsmechanisme waarmee periodiek de toepassing van het Schengenacquis in de verschillende lidstaten kon worden gecontro-

leerd.<sup>18</sup> De basis voor dit monitoringssysteem is wederzijds vertrouwen: voortbouwend op een van de basisprincipes van Schengen, dat de lidstaat die die buitengrenzen controleert, dit doet voor alle andere Schengenstaten. Zoals ook neergelegd in preambule 6 van de Schengengrenscodex: ‘grenstoezicht is in het belang van niet alleen de lidstaat aan de buitengrenzen waar het wordt uitgeoefend, maar van alle lidstaten die het grenstoezicht aan hun binnengrenzen hebben afgeschaft’. Daarnaast bepaalt deze preambule dat het grenstoezicht moet helpen de illegale immigratie en mensenhandel te bestrijden en bedreigingen van de binnenlandse veiligheid, de openbare orde, de volksgezondheid en de internationale betrekkingen van de lidstaten, te voorkomen. Voorts voorzag het nieuwe evaluatie- en monitoringssysteem in een centralere rol voor de Europese Commissie en de mogelijkheid van onaangekondigde of ‘verrassings’-bezoeken aan de buitengrenzen van de Schengenstaten.

Ten tweede werden met de herziening van de SGC in 2013 de bevoegdheden tot tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles in noodsituaties aangescherpt. De oude SGC (Verordening (EG) 562/2006) voorzag al in een eenzijdige herinvoering van binnengrenscontroles, maar zonder duidelijke termijnen. Op basis hiervan konden de grenscontroles worden ingevoerd zonder voorafgaande melding aan andere lidstaten en de Commissie wanneer ‘de openbare orde of de binnenlandse veiligheid van de lidstaat vereist dat met spoed wordt opgetreden’. Deze bevoegdheid is gehandhaafd in artikel 28 SGC, maar nu gebonden aan een termijn van maximaal tien dagen, te verlengen met periodes van telkens twintig dagen tot een maximum van twee maanden. Daarbij is uitdrukkelijk vastgelegd dat de herinvoering moet voldoen aan de hierboven genoemde criteria van noodzakelijkheid en evenredigheid.

Ten derde is met het Schengenhervormingspakket een nieuwe bevoegdheid gecreëerd voor de Raad om op voorstel van de Commissie lidstaten toe te staan hun grenscontroles aan de binnengrenzen opnieuw in te voeren in het geval van ‘aanhoudende ernstige gebreken in het de buitengrenstoezicht’. Deze bevoegdheid wordt in de volgende paragraaf besproken.

### 3.3. Noodsituatie-bevoegdheid – artikel 29 SGC

Met de invoering van de ‘noodsituatie-bevoegdheid’ van de Raad in 2013 is een uitdrukkelijke relatie gelegd tussen een haperend buitengrensbeleid en de mogelijkheid voor andere lidstaten om in reactie hierop tijdelijk de binnengrenzen te sluiten. Artikel 29 SGC biedt de basis tot verlenging van binnengrenscontroles ‘bij ernstige en aanhoudende gebreken met betrekking tot het buitengrenstoezicht’ in bepaalde lidstaten. Wanneer de omstan-

15 Aanbeveling van de Raad, Raadsdocument 14115/16, 11 november 2016.

16 Verordening (EU) 610/2013, *PbEU* 2013, L 182, 29 juni 2013.

17 Zie ook Martijn Stronks, ‘Toen het in Arabië lente werd, begon het te waaien in Europa. De Europese binnen- en buitengrenzen onder druk, Interview met Hemme Battjes, Pieter Boeles en Kees Groenendijk’, *A&MR* 2011, afl. 4, p. 183-187.

18 *PbEU* 2013, L 295, 6 november 2013. Zie voor een uitgebreide bespreking van de Schengenhervorming in 2013 en de rol van de Europese Commissie: Guild, Carrera, Vosiliute, Groenendijk, Brouwer, Bigo, Jeandesboz & Martin-Mazé, *Internal border controls in the Schengen area: Is Schengen crisis-proof?*, Brussel, juni 2016, in opdracht van de LIBE-Commissie van het Europees Parlement, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571356/IPOL\\_STU%282016%29571356\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571356/IPOL_STU%282016%29571356_EN.pdf).

digheden van deze gebreken ‘een ernstige bedreiging vormen voor de openbare orde of de binnenlandse veiligheid binnen de ruimte zonder binnengrenstoezicht of binnen delen daarvan’, kan de Raad op basis van artikel 29 lid 2 SGC ‘als uiterste middel en als maatregel ter bescherming van de gemeenschappelijke belangen in de ruimte zonder binnengrenstoezicht’, aanbevelen dat een of meer lidstaten het grenstoezicht aan alle of bepaalde delen van hun binnengrenzen opnieuw invoeren. Deze aanbeveling vindt plaats op basis van een voorstel van de Commissie. Voor zij een dergelijk voorstel aanneemt, kan de Commissie informatie verzamelen over de situatie aan de buitengrenzen en de genomen maatregelen ter verbetering van de grenscontroles. Hiervoor kan zij de grensgebieden bezoeken en informatie verzamelen van lidstaten en EU-agentschappen zoals de Europese Grens- en Kustwacht en Europol. De Europese Grens- en Kustwacht is in 2016 ter vervanging van het agentschap Frontex in het leven geroepen en heeft ook meer bevoegdheden dan zijn voorganger, waaronder het signaleren van kwetsbaarheden en gebreken in de uitvoering van buitengrenscotroles.<sup>19</sup> In beginsel mag het grenstoezicht aan de binnengrenzen gedurende een periode van ten hoogste zes maanden plaatsvinden. Deze periode kan, indien de uitzonderlijke omstandigheden aanhouden, driemaal met een bijkomende periode van ten hoogste zes maanden worden verlengd. Dit betekent dat ook in deze exceptionele situatie van haperende buitengrenzen, lidstaten hun binnengrenzen mogen controleren gedurende een periode van twee jaar wanneer de Raad hiermee instemt.

### 3.4. Toepassing van de ‘noodmaatregel’ in 2016 in reactie op de situatie in Griekenland

Op 12 mei 2016 nam de Raad van EU-Ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie op basis van een voorstel van de Commissie van 4 mei 2016, een besluit waarmee het aan vijf Schengenstaten, Duitsland, Oostenrijk, Denemarken, Noorwegen en Zweden, werd toegestaan hun tijdelijke binnengrenscotroles met een maximumtermijn van zes maanden te handhaven gezien de situatie aan de Griekse buitengrenzen.<sup>20</sup> Het voorstel van de Commissie was gebaseerd op een zeer snel uitgevoerde evaluatie van de situatie aan de Griekse grenzen, waarbij Griekenland nauwelijks de tijd was gegeven op aanbevelingen van de Commissie te reageren of op basis hiervan verbeteringen bij de buitengrenscotroles door te voeren. Zo publiceerde de Commissie in maart 2016 het ‘Stappenplan: terug naar Schengen’ waarin een schema was vastgelegd ter verbetering van de uitvoering van de buitengrenscotroles in Griekenland.<sup>21</sup> Al twee maanden later, in mei 2016, concludeerde de Commissie, in het ontwerpbesluit voor de Raad, dat ondanks de ‘vooruit-

gang’ in Griekse maatregelen ter verbetering van de controles, nog steeds sprake was van serieuze tekortkomingen aan de buitengrenzen.<sup>22</sup> Vervolgens werd deze termijn op basis van een Commissievoorstel van 25 oktober 2016, met de aanbeveling van de Raad van 11 november 2016, nog eens verlengd tot 12 februari 2017.<sup>23</sup>

## 4. Schengen en politiecontroles aan de binnengrenzen

### 4.1. Artikel 23 Schengengrenscode

De tijdelijke herinvoering van binnengrenscotroles moet worden onderscheiden van de nationale bevoegdheid tot politiecontroles aan de binnengrenzen, welke bevoegdheid niet is beperkt door het beginsel van vrij verkeer in Schengen. Artikel 23 (oud 21) SGC biedt ruimte ‘voor de uitoefening van politiebevoegdheden’ aan de grenzen, maar ook in grensgebieden, voor zover deze bevoegdheid tenminste niet hetzelfde effect hebben als grenscotroles. ‘Grenscotroles’ zijn in artikel 2 gedefinieerd als controles die aan de grensdoorlaatposten worden verricht om na te gaan of personen, hun vervoermiddelen en voorwerpen in hun bezit het grondgebied van de lidstaten mogen binnenkomen dan wel verlaten. Grenstoezicht, in artikel 2 SGC omschreven als een aan een grens uitgevoerde activiteit ter controle en bewaking van de grens, die uitsluitend wegens de voorgenomen of de uitgevoerde grensoverschrijding wordt verricht, mag niet het doel zijn. De controles moeten zijn gebaseerd op algemene politie-informatie en -ervaringen inzake mogelijke bedreiging van de openbare veiligheid of bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit en de controles moeten zodanig worden uitgevoerd dat zij duidelijk zijn te onderscheiden van systematische grenscotroles aan de buitengrenzen. In 2010, in de uitspraak *Melki en Abdeli*, maakte het HvJ EU duidelijk dat artikel 20 en 21 (nu 22 en 23) SGC ook van toepassing zijn op politiecontroles in een gebied van 20 km vanaf de binnengrenzen. Deze bepalingen, aldus het HvJ EU, verbieden identiteitscontroles van personen ‘ongeacht het gedrag van de betrokkene en los van specifieke omstandigheden waarvan een risico op aantasting van de openbare orde uitgaat’ en zonder dat in nationale regelgeving specifieke criteria zijn vastgelegd ten aanzien van de intensiteit en frequentie van deze controles.<sup>24</sup> Ondanks deze criteria, toont de praktijk in diverse lidstaten, waaronder Nederland, dat het onderscheid tussen toegestane uitoefening van politiebevoegdheden en verboden grenscotroles nog steeds niet duidelijk is. In de volgende paragraaf licht ik de toepassing van artikel 23 SGC in Nederland toe.

19 Verordening (EU) 2016/1624, *PbEU* 2016, L 251, 16 september 2016.

20 Besluit 12 mei 2016, Raadsdocument 8835/16.

21 Europese Commissie, *Roadmap: Back to Schengen*, COM(2016)120, 4 maart 2016.

22 COM(2016)275, 4 mei 2016.

23 Raadsdocument 14115/16, 11 november 2016.

24 HvJ EU 22 juni 2010, gevoegde zaken C-188/10 en C-189/10, r.o. 70-75, *JV* 2010/458, m.nt. P. Boeles (*Melki en Abdeli*).

#### 4.2. Toepassing van Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV) in Nederland

In Nederland is de Koninklijke Marechaussee in het kader van grenstoezicht belast met zowel de bestrijding van mensensmokkel en fraude met identiteitsdocumenten, als de bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding. De basis voor deze bevoegdheid ligt in artikel 4 Politiewet en artikel 50 Vreemdelingenwet 2000 (VW 2000). Met inachtneming van het huidige artikel 23 SGC is de uitoefening van deze bevoegdheden aan de binnengrenzen nader uitgewerkt in het Nederlandse Vreemdelingenbesluit.<sup>25</sup> Nadat het HvJ EU over deze bevoegdheid in 2010 in het arrest *Melki en Abdeli* uitleg had gegeven, paste de Nederlandse regering het toenmalig beleid van Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV) in 2011 aan. Dit deed zij door in het Vreemdelingenbesluit (artikel 4.17a Vb) de intensiteit en frequentie en selectiviteit van controles in luchthavens, treinen en op autowegen nauwkeuriger vast te leggen. Dit beleid werd in 2012 door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) via prejudiciële vragen aan het HvJ EU voorgelegd in de zaak *Adil*.<sup>26</sup> In het arrest *Adil* werd door het HvJ EU vastgesteld dat een nationale regeling die selectieve controles toelaat, waarbij aan de controles beperkingen worden gesteld ten aanzien van de intensiteit en frequentie ervan, niet in strijd is met de SGC. Nadat de Nederlandse regeling van 2011 aldus was goedgekeurd, stelde de regering vast dat de criteria in artikel 4.17a Vb een onvoldoende basis boden voor effectieve en flexibele controles, onder meer wat betreft het traceren van mensensmokkelaars. Omdat volgens de regering het arrest *Adil* daartoe ook ruimte zou bieden, is in 2014 de bevoegdheid voor mobiel toezicht in internationale treinen en op wegen verder uitgebreid. Volgens de huidige bepaling in artikel 4.17a Vb, mogen in het kader van toezicht op vreemdelingen, op de volgende locaties controles worden uitgevoerd:

- op luchthavens bij de aankomst van vluchten vanuit het Schengengebied;
- in treinen ‘gedurende ten hoogste dertig minuten na het passeren van de gemeenschappelijke landgrens met België of Duitsland of, als binnen deze periode het tweede station na het passeren van de grens nog niet is bereikt, tot uiterlijk het tweede station na het passeren van de grens’; en
- op wegen en vaarwegen in een gebied tot 20 km vanaf de gemeenschappelijke landgrens met België of Duitsland.

Op luchthavens mogen de controles ten hoogste zeven keer per week worden uitgevoerd ten aanzien van vluchten op eenzelfde vliegroute, ‘met een maximum van eenderde van het totale aantal geplande vluchten per maand op die vliegroute’. Bij dit toezicht mag slechts een deel van de passagiers op een vlucht staande worden gehouden. Het toezicht in de internationale treinen mag per dag in ten hoogste drie treinen per traject en ten hoogste twintig treinen in totaal worden uitgevoerd, waarbij het toezicht slechts mag worden uitgeoefend ‘in een deel van de trein, en per trein in ten hoogste vier treincoupés’.

De controles op de wegen of vaarwegen, ten slotte, mogen ten hoogste 90 uur per maand en ten hoogste 6 uur per dag plaatsvinden. Hierbij mag slechts een deel van de passerende vervoermiddelen worden stilgehouden. Anders dan het regulier binnenlands vreemdelingentoezicht, is de uitoefening van de bovenstaande MTV-controles niet gebonden aan het criterium van een ‘geobjectiverd vermoeden van illegaal verblijf’.<sup>27</sup> Het toezicht vindt volgens artikel 4.17a Vb plaats op basis van ‘informatie en ervaringsgegevens inzake illegaal verblijf na grensoverschrijding’. Hierdoor hebben KMar-ambtenaren een ruime discretionaire bevoegdheid bij de toepassing van deze controles.<sup>28</sup>

#### 4.3. Invoering ‘intensieve’ MTV-controles bij toename illegaal verblijf

Naast de wijziging van de ‘reguliere’ MTV-controles in artikel 4.17a Vb, is in 2014 met artikel 4.17b Vb de mogelijkheid ingevoerd om, op basis van een besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, tijdelijk de controles aan de binnengrenzen in de vorm van MTV te intensiveren. Deze intensivering is mogelijk bij ‘aanzienlijke toename van illegaal verblijf na grensoverschrijding, dan wel indien er concrete aanwijzingen zijn dat op korte termijn een dergelijke toename kan worden verwacht’. Op basis van een dergelijk besluit wordt het aantal controles in het binnengrensgebied, zoals normaal is toegestaan op basis van artikel 4.17a, verdubbeld. Deze vorm van geïntensiverde binnengrenscontroles is in Nederland voor het eerst toegepast in september 2015 als reactie op de toename van asielzoekers in Europa.<sup>29</sup> Volgens de Nederlandse regering was deze maatregel gerechtvaardigd om te voorkomen dat mensensmokkelaars misbruik maken van de kwetsbare situatie van asielzoekers. Sindsdien is de intensivering nog drie keer verlengd.<sup>30</sup> Blijkens de toelichting van staatssecretaris Dijkhoff op het besluit van 16 oktober 2015 dient de intensivering van de MTV-controles drie doelen. Ten eerste,

25 Besluit van 30 mei 2011 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit (toevoeging artikel 4.17a), *Stb.* 2011, 262 en de latere wijziging in het besluit van 2 juli 2014, *Stb.* 2014, 250.

26 HvJ EU 19 juli 2012, C-278/12 PPU (*Adil*).

27 Zie artikel 50 VW 2000.

28 Zie over de praktijk van MTV, en met name de vervagende grens tussen migratiecontrole en bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit bij de uitvoering daarvan, M.A.H. van der Woude, J. Brouwer & T.J.M. Dekkers, *Beslissen in grensgebieden – Een onderzoek naar het Mobiel Toezicht Veiligheid zoals uitgevoerd door de Koninklijke Marechaussee*, Den Haag: Uitgeverij Boom 2016.

29 *Stcrt.* 2015, 3186.

30 Zie de gepubliceerde besluiten van 16 oktober 2015 in *Stcrt.* 2015, 36592, besluit van 23 november 2015 in *Stcrt.* 2015, 42807 (werkt terug tot en met 11 november) en besluit van 2 maart 2016 in *Stcrt.* 2016, 16021.

de bestrijding van illegale immigratie in het algemeen en de bestrijding van mensensmokkel in het bijzonder; ten tweede, het voorkomen van mensonterende incidenten (zoals de omgekomen vreemdelingen in vrachtwagens); en, ten derde, het voorkomen van substantiële incidenten voor de openbare orde en veiligheid in Nederland. Overigens werd met het laatste verlengingsbesluit, in maart 2016, de intensivering van de grenscontroles meteen met zes maanden verlengd. Dit kon op basis van een, ook in maart 2016 aangenomen, nieuwe wijziging van het Vreemdelingenbesluit.<sup>31</sup>

Over de rechtvaardiging, ook gezien de gevolgen van geïntensiveerde controles aan de binnengrenzen, bestaat onduidelijkheid. Zo kwamen in 2015 twee lagere rechters tot een verschillende uitspraak wat betreft de rechtmatigheid van aanhouding en detentie op basis van deze vorm van de MTV-controles op basis van artikel 4.17b Vb. In beide gevallen hadden de betrokken personen aangevoerd dat deze MTV-controles onrechtmatig waren en dat daarmee ook de rechtsgrond wegviel voor hun detentie. De Groningse Rechtbank verwierp deze stelling en concludeerde dat de controles voldeden aan de voorwaarden van de SGC.<sup>32</sup> Volgens de Rechtbank Rotterdam was de noodzaak van de controles echter onvoldoende aangetoond.<sup>33</sup> De rechtbank stelde daarbij expliciet vast dat het vereiste criterium voor deze geïntensiveerde controles niet 'een aanzienlijke toename [van de] instroom van asielzoekers' is, maar een (verwachte) aanzienlijke toename van illegaal verblijf. Volgens de Rotterdamse Rechtbank was dit laatste niet aangetoond. Met andere woorden, het feit dat aan de buitengrenzen grote aantallen migranten binnenreizen, mag niet zonder meer door een 'binnenstaat' als grond voor intensieve grenscontroles worden aangevoerd. Deze uitspraak werd op 24 december 2015 door de hoogste bestuursrechter vernietigd.<sup>34</sup> Volgens de ABRvS mocht de staatssecretaris de aanzienlijke verhoogde instroom van vreemdelingen in de Europese Unie ten tijde van het nemen van het besluit in algemene zin wel aanmerken als een concrete aanwijzing dat op korte termijn een aanzienlijke toename van illegaal verblijf na grensoverschrijding kon worden verwacht. Dit lijkt op een *contradictio in terminis*: hoe kan een algemene toename van migranten aan de buitengrenzen, voldoende bewijs zijn voor een concreet verwachte toename van illegale migranten in Nederland? Ook accepteert de ABRvS het betoog van de staatssecretaris dat bij of kort na staande houding van vreemdelingen nog onzeker is of deze om asiel zullen verzoeken.<sup>35</sup> Met andere woorden, de betrokkene mocht als illegaal worden beschouwd en in bewaring worden genomen. Beide overwegingen staan

mijns inziens op gespannen voet met het uitgangspunt van het verbod op grenscontroles aan de binnengrenzen, respectievelijk de juridische grondslag voor detentie van asielzoekers.

De toepassing van mobiel toezicht in het binnengrensgebied werpt vragen op ten aanzien van niet alleen de handhaving van het beginsel van vrij verkeer, maar ook de rechtsbescherming van migranten en de mogelijk selectieve toepassing van deze controles. Waar Boeles in het aan het begin van deze bijdrage aangehaalde citaat erop wees dat met de invoering van visumverplichtingen en inschakeling van derden bij de controles, 'buitengrenzen' zich overal, ook buiten het Schengengebied, kunnen bevinden, hebben de hier besproken maatregelen aan de binnengrenzen, tot gevolg dat 'grenscontroles' die vooral zijn gericht op migratiecontrole steeds vaker ook binnen het Schengengebied plaatsvinden.<sup>36</sup>

#### 4.4. Prejudiciële vragen aan het HvJ EU

Nederland is niet het enige land waar vragen rijzen over de rechtmatigheid van vreemdelingentoezicht aan de binnengrenzen in het licht van de Schengengrenscodex. Ook in Duitsland en Oostenrijk vinden, naast de hierboven genoemde tijdelijke herinvoering van grenscontroles aan de binnengrenzen, ook met de Nederlandse MTV vergelijkbare informele politiecontroles plaats in het binnengrensgebied. Doordat deze praktijk is gebaseerd op de algemene wettelijke politietoets, is de toepassing veel minder transparant dan in Nederland, waar, zoals we zagen, de omvang van MTV-controles gedetailleerd is uitgewerkt.<sup>37</sup> Niettemin geldt voor al deze landen, ook voor Nederland, dat de grens tussen gewoon politietoezicht en de daadwerkelijke grenscontroles zoals verboden in de SGC niet duidelijk is. Ook lijkt het mij ongewenst dat binnen Schengen een verschillend beleid wordt toegepast ten aanzien van de aanscherping van binnengrenscontroles in het kader van toenemende aantallen van asielzoekers of 'falende buitengrenzen'. Een belangrijke lacune bij de toepassing van politiecontroles in het binnengrensgebied is dat deze niet is gebonden aan de eerder besproken voorwaarden neergelegd in artikel 25-28 SGC. Hierdoor is de betreffende lidstaat niet verplicht om de noodzaak of de proportionaliteit van de controles te toetsen of te onderbouwen. Ook gelden de betreffende tijdslimieten niet en hoeft de uitvoerende staat de andere lidstaten en de Europese Commissie niet vooraf te informeren over de politiecontroles.

Op 7 januari 2016 heeft een Duitse rechtbank prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU inzake de rechtmatigheid van Duitse politiecontroles in het binnengrensgebied tot

31 *Sib.* 2016, 87.

32 Rb. Groningen 16 november 2015, *AWB* 15/9361, ECLI:NL:RBDHA:2015:13195.

33 Rb. Rotterdam 3 december 2015, *AWB* 15/19730, *JV* 2016/22, ECLI:NL:RBDHA:2015:15873.

34 ABRvS 24 december 2015, *JV* 2016/54, m.nt. E.R. Brouwer.

35 In de onderhavige zaak was een eerder asiolverzoek van betrokkene tot en met het beroep bij de Afdeling afgewezen. Door betrokkene was voorafgaande zijn inbewaringstelling geweest op de voor hem onveilige situatie in Congo en aangevoerd dat hij een nieuwe asielaanvraag aan het voorbereiden was. De Afdeling concludeerde dat de staatssecretaris deze mededelingen niet als asielerwens hoefde op te vatten.

36 Ook wel de 'internalisatie' van grenscontroles genoemd, zie Kees Groenendijk, 'New Borders Behind Old Ones: Post-Schengen Controls Behind the Internal Borders and Inside the Netherlands and Germany', in: Kees Groenendijk, Elspeth Guild & Paul Minderhoud (red.), *In Search of Europe's Borders*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2003, p. 131-146.

37 In Duitsland vinden deze controles plaats op basis van de Bundespolizeigesetz, in Oostenrijk op basis van de Sicherheitspolizeigesetz.



30 km van de binnengrenzen en op personen aan boord van treinen of op stations.<sup>38</sup> De rechtbank vraagt in de eerste plaats uitleg van de huidige artikelen 22 en 23 SGC en of deze zich verzetten tegen nationale wetgeving die autoriteiten de bevoegdheid geeft om in het kader van bestrijding van illegale binnenkomst of voorkoming van strafbare feiten, tot 30 km landinwaarts de identiteit van een persoon te controleren, 'los van diens gedrag of van het bestaan van bijzondere omstandigheden'. Daarbij wil de Duitse rechtbank ook meer specifiek weten of op stations en in internationale treinen, personen om identiteitsdocumenten of grensoverschrijdingsdocumenten mogen worden gevraagd met het oog op de bestrijding van illegale grensoverschrijding, wanneer op basis van 'terreinkennis of grenspolitionele ervaring' kan worden aangenomen dat die terreinen of treinen voor illegale binnenkomst worden gebruikt. Belangrijk is dat bij deze laatste vraag, de Duitse rechtbank de vraag toevoegt of een en ander is toegestaan zonder dat aan die betrokken grens het grenstoezicht op basis van artikel 25-28 SGC is heringevoerd. Met het antwoord op deze vragen, zal het HvJ EU dus ook expliciet in moeten gaan op de verhouding tussen de formele herinvoering van binnengrenscontroles op basis van artikel 25-28 SGC en het meer informele politietoezicht zoals toegestaan in artikel 23 SGC.

## 5. Slot: enkele kanttekeningen bij het huidige beleid

### 5.1. Herinvoering binnengrenscontroles als reactie op verhoogde asielinstroom

Het beginsel van vrij verkeer in het Schengengebied staat sinds de verhoogde asielinstroom, maar ook na verschillende terroristische aanslagen in Europa, ter discussie. Ook na de aanslag in Berlijn in december 2016 en het feit dat de dader kon doorreizen naar Italië, werden vragen gesteld bij de open grenzen van het Schengengebied. Zoals we hierboven hebben gezien biedt de SGC de bevoegdheid tot herinvoering van binnengrenscontroles in het geval van een serieuze bedreiging voor de openbare orde of binnenlandse veiligheid op basis van artikel 25-28 SGC, naast de blijvende bevoegdheid van politiecontroles in het binnengrensgebied op grond van artikel 23 SGC.<sup>39</sup> In de afgelopen periode zijn beide bevoegdheden door lidstaten aangewend om 'secundaire migratie' van asielzoekers te voorkomen. Een tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles kan als proportionele maatregel worden aangemerkt wanneer landen, zoals Oostenrijk en Duitsland in 2015, op korte termijn worden geconfronteerd met grote aantallen asielzoekers en grenscontroles nodig zijn om de registratie en opvang van asielzoekers

te organiseren. Echter, het herhaald opvoeren van een hoge asielinstroom als rechtvaardigingsgrond voor binnengrenscontroles, ook voor de verlenging daarvan, lijkt niet in overeenstemming met de 'geest van Schengen'. Volgens preambule 26 van de SGC zou 'Migratie en het overschrijden van de buitengrenzen door een groot aantal onderdanen van derde landen (...) niet per definitie mogen worden gezien als een bedreiging van de openbare orde of de binnenlandse veiligheid'. De verwijzing naar het 'Griekse falen' aan de buitengrenzen voor de toepassing van de hierboven besproken noodmaatregel, lijkt proportioneel noch effectief, wanneer andere lidstaten niets of weinig ondernemen om de Griekse autoriteiten bij te staan in de opvang van asielzoekers of het in behandeling nemen van asielverzoeken. Zoals bekend wordt dit land nog steeds geconfronteerd met een hoge instroom van asielzoekers en een groot deel van deze asielzoekers maakt aanspraak op vluchtelingenbescherming. Deze asielzoekers krijgen, zowel door gebrek aan efficiënte organisatie, als het uitblijven van hulp, onvoldoende zorg en opvang en nauwelijks of geen toegang tot effectieve asielprocedures.<sup>40</sup> Op basis van deze situatie worden de Dublintransfers naar Griekenland nog steeds opgeschort, ook omdat dit in strijd zou zijn met de mensenrechtelijke verplichtingen van de overige staten. Er is een wrange discrepantie tussen enerzijds een beleid waarin zowel Griekenland als asielzoekers worden 'gestraft' voor disfunctionele buitengrenzen en secundaire migratie en anderzijds het gebrek aan samenwerking en gedeelde verantwoordelijkheid in de EU waardoor mensen letterlijk vastzitten op Griekse eilanden en van adequate opvang en asielbescherming zijn verstoken. Zoals aangegeven zijn er ook vragen te stellen bij de rechtvaardiging van de 'mobiele grenscontroles' in het binnengrensgebied op basis van artikel 22 SGC. Zoals we zagen zijn deze MTV-controles in Nederland in reactie op verhoogde asielinstroom steeds verder aangescherpt en herhaaldelijk verlengd. Op basis van een recente wijziging van het Vreemdelingenbesluit, is de laatste verlenging van intensieve controles zelfs verlengd met zes maanden. Ondanks de specifieke en uitgewerkte regeling in Nederland die naar de letter lijkt te voldoen aan de voorwaarden in de SGC, zou het goed zijn wanneer niet alleen het HvJ EU, maar ook de Europese Commissie zich zou buigen over de praktijk. Hiermee kan duidelijkheid worden geschapen inzake de relatie tussen politiecontroles op basis van artikel 22 SGC en de tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles op basis van artikel 25-28 SGC, waarbij ook het doel, de proportionaliteit en het effect voor het vrij verkeer van deze grenscontroles moeten worden meegewogen.

<sup>38</sup> C-9/16 en C-346/16, prejudiciële vragen Amtsgericht Kehl.

<sup>39</sup> De kritiek dat de dader van de aanslag in Berlijn door het ontbreken van binnengrenscontroles heeft kunnen ontsnappen, lijkt daarom onterecht. In deze bijdrage ben ik echter alleen ingegaan op de relatie tussen binnengrenscontroles en asielbeleid.

<sup>40</sup> Zie een recent rapport van Vluchtelingenwerk over het falen van de opvang en registratie van asielzoekers in de zogenaamd 'hotspots' in Griekenland en Italië, rapport gepresenteerd op 5 december 2016, [www.vluchtelingenwerk.nl/sites/public/Vluchtelingenwerk/nieuws/Nieuws/Hotspots%20rapport%20VWN.pdf](http://www.vluchtelingenwerk.nl/sites/public/Vluchtelingenwerk/nieuws/Nieuws/Hotspots%20rapport%20VWN.pdf).

## 5.2. *GEAS, Dublin, Schengen en het probleem van de variabele geometrie*

Een belangrijk probleem bij de oplossing van het huidige EU-asielvraagstuk en de vraag of binnengrenzen mogen worden ingevoerd bij een toename van asielzoekers aan de buitengrenzen is de ‘variabele geometrie’ die aan het huidige EU-beleid ten grondslag ligt. Op basis van deze variabele geometrie mogen staten zelf, op basis van opt-in- of opt-outbeleid zelf kiezen of zij deelnemen aan de beoogde samenwerking. Zoals Kuijpers al in 2005 aangaf is variabele geometrie voor een effectieve Europese samenwerking *geen* succes.<sup>41</sup> Het uitgangspunt van de Dublin Verordening, waarbij slechts één staat verantwoordelijk is voor een asielverzoek, kan alleen werken wanneer het asielbeleid, zowel wat betreft de opvang als de asielprocedures, in alle Dublinstaten gelijk of eenvormig is. Echter zowel Schengen, Dublin, als het Gemeenschappelijk Europees Asiel Systeem (GEAS) wordt door verschillende groepen staten toegepast, die elkaar voor een groot deel, echter niet geheel overlappen. Zo zijn de staten die Dublin toepassen, niet allemaal gebonden aan het GEAS. Niet-EU-lidstaten, Noorwegen, IJsland, Zwitserland en Liechtenstein, doen wel mee met Dublin, maar zijn niet gebonden aan drie belangrijke instrumenten van het GEAS, de Kwalificatierichtlijn 2011/95, de Opvangrichtlijn 2013/33 en de Procedurerichtlijn 2013/32. Ook de EU-lidstaten, Denemarken, Verenigd Koninkrijk en Ierland passen de Dublin Verordening toe, maar hebben de asielrichtlijnen onder het GEAS niet of beperkt geïmplementeerd. Denemarken past de asielrichtlijnen niet toe vanwege een door een nationaal referendum afgedwongen opt-outclausule bij het EU-beleid inzake vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid (AFSJ). Het Verenigd Koninkrijk en Ierland hebben middels een opt-outclausule een uitzondering bedongen voor de herziene en in 2015 in werking getreden Opvang- en Procedurerichtlijn. Hierdoor passen deze twee landen enkel de normen van de oude richtlijnen uit 2003 toe. Deze variabele geometrie is problematisch omdat het als gevolg heeft dat niet alle staten dezelfde waarborgen en normen inzake het asielrecht toepassen. Dit is niet alleen voor asielzoekers een blijvende stimulans om verder te reizen, maar ook, zoals de uitspraken van het EHRM en het HvJ EU in 2011 lieten zien, een juridische belemmering om asielzoekers naar een Dublinstaat terug te sturen wanneer dit leidt tot schending van fundamentele rechten. Daarnaast speelt uiteraard het probleem dat ook landen die wel bij het GEAS zijn aangesloten, deze regelgeving niet of gebrekkig hebben geïmplementeerd. Zo startte de Europese Commissie eind 2015 tegen negentien landen inbreuk-

procedures op basis van artikel 258 VWEU wegens niet-naleving van de EU-asielrichtlijnen.<sup>42</sup>

Een tweede vorm van ‘variabele geometrie’ zien we tussen Schengen en Dublin zelf. Het Schengenacquis, en daarmee de erkenning van het vrij reizen binnen het Schengengebied, wordt toegepast door zowel EU- als niet-EU-lidstaten: Zwitserland, IJsland, Noorwegen en Liechtenstein passen het wel toe, maar het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Roemenië, Bulgarije, Cyprus en Kroatië niet. Het Verenigd Koninkrijk en Ierland doen niet mee omdat ze hun buitengrenzen niet willen opgeven, Roemenië, Bulgarije, Cyprus en Kroatië omdat ze nog niet aan alle vereiste Schengenvoorwaarden voldoen. Waar het Schengen gebied 26 staten omvat, bestaat het Dublinsysteem echter uit 32 staten. Dit laat zien dat Dublin niet zozeer een aanvullende maatregel is ter uitvoering van het vrij verkeer in Schengen, maar een zelfstandig instrument waarmee de verantwoordelijkheid voor de behandeling van een asielaanvraag ook over de Schengengrenzen heen bij een andere lidstaat kan worden gelegd.

Een derde vorm van ‘variabele geometrie’ die in mijn ogen problematisch is voor de huidige samenwerking, betreft het feit dat niet alle staten die Dublin, Schengen en/of het GEAS uitvoeren, EU-lidstaten zijn. Deze niet-EU-lidstaten zijn niet gebonden aan fundamentele beginselen van het Unierecht, zoals het beginsel van loyale samenwerking in artikel 4 lid 3 VEU, het evenredigheidsbeginsel in artikel 5 lid 4 VEU, de verplichtingen tot bescherming van de mensenrechten op basis van artikel 3 en 6 VEU en uiteindelijk het beginsel van solidariteit zoals neergelegd in artikel 80 VWEU.<sup>43</sup> Bovendien hebben de nationale rechters van niet-EU-lidstaten geen bevoegdheid om bij onduidelijkheid over de toepassing van Dublincriteria, de SGC of de naleving van EU-asielrichtlijnen prejudiciële vragen aan het HvJ EU voor te leggen.

## 5.3. *Noodzaak van een samenhangend beleid*

In zijn artikel uit 1990, schetste Boeles een tweede visioen:

‘Binnen de buitengrenzen ontstaat een ruimte die ik maar zal aanduiden als “het Gebied”. Daar wordt systematisch informatie vergaard, bewaard en uitgewisseld o.a. ter bestrijding van toekomstige (!) strafbare feiten. In het informatiesysteem wordt iedere buitenlander, die ongewenst is verklaard, ook als dat slechts is gebeurd op grond van illegale binnenkomst of verblijf, opgenomen. Maar ook vreemdelingen die zich aan alle voorschriften houden, en beschikken over een visum of verblijfsvergunning, moeten rekening houden met controle. Toch zal

41 Pieter Jan Kuijper, ‘The Evolution of the Third Pillar’, in: A. Mc Donnell (red.), *A Review of Forty Years Community Law. Legal Developments in the European Communities and the European Union*, Den Haag: Kluwer Law International 2005, p. 350: ‘Variable geometry is not a success.’ In dit hoofdstuk gaat hij ook nader in op de ontwikkeling en betekenis van variabele geometrie voor de Europese samenwerking op het gebied van justitie en binnenlandse zaken.

42 Persbericht Europese Commissie 23 september 2015, IP/2015/5699. Zie verder over het haperende EU-asielbeleid: E. Brouwer, ‘Europees asielbeleid: van onderling wantrouwen naar een gedeelde verantwoordelijkheid’, *NtEr* 2016, afl. 2, p. 42-51.

43 Zie over de betekenis van solidariteit in de EU voor het vluchtelingenvraagstuk, het recente proefschrift van Madeline Garlick, *Solidarity Under Strain. Solidarity and Fair Sharing of the Responsibility for the International Protection of Refugees in the European Union* (diss. Nijmegen), cum laude verdedigd op 19 september 2016 (nog geen handelseditie).

de immigratiedruk niet verminderen. Het wordt meer dan lucratief om illegaal vreemdelingen binnen te loodsen en daarvoor georganiseerde netwerken op te zetten. Immigratie wordt een grimmige aangelegenheid.<sup>44</sup>

Verskillende voorstellingen uit dit tweede visioen van Boeles zijn inmiddels werkelijkheid geworden. Naast het reeds genoemde SIS, zijn twee andere grootschalige databestanden in het leven geroepen, namelijk het Eurodac en het Visum Informatie Systeem (VIS), die allebei in het 'binnengebied' van Schengen voor migratiecontroles worden gebruikt, maar ondertussen ook toegankelijk zijn gemaakt voor opsporingsautoriteiten. En een kwart eeuw na het tekenen van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst is immigratie inderdaad een grimmige aangelegenheid geworden. Verschillende EU-maatregelen, vooral gericht op buitengrensbewaking en minder op de bevordering van reguliere migratie, hebben geleid tot een situatie waarin mensensmokkelaars en -handelaars veel geld verdienen aan de wanhoop van personen om aan vervolging dan wel armoede of oorlogen te ontsnappen. De Europese samenwerking staat door Brexit en toenevend nationalisme in verschillende lidstaten onder druk. Geen enkele EU-lidstaat is er echter op lange termijn mee gediend de algemene beginselen van vrij verkeer, maar ook van solidariteit en loyale samenwerking overboord te gooien. De tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles en de herhaalde verlengingen daarvan lossen de problemen aan de buitengrenzen niet op. Elders heb ik dit de 'solidariteitsval' genoemd: de binnengrensstaten voeren aan dat de buitengrensstaten de buitengrenzen niet controleren, de buitengrensstaten verwijten de binnengrensstaten niets te doen om de druk aan de buitengrenzen te verlichten.<sup>45</sup> Voor landen als Griekenland en Italië blijft de huidige situatie een stimulans om de secundaire doorstroom van asielzoekers eerder te bevorderen dan tegen te gaan. Voor de meer noordelijk gelegen staten wordt de secundaire migratie vanuit de grensstaten als blijvende reden opgevoerd om de controles aan de binnengrenzen uit te voeren. De maatregelen kunnen dan misschien in overeenstemming met het secundair Unierecht zijn, maar ze zijn moeilijk te verenigen met de beginselen van het primair Unierecht, zoals hierboven genoemd. Behalve het bevorderen van een ruimte zonder binnengrenzen en het zorg dragen voor het gezamenlijke belang van buitengrenzen, zijn de lidstaten ook verplicht de grondrechten te eerbiedigen, met inachtneming van

de verplichtingen inzake internationale bescherming en non-refoulement. Deze verplichtingen zijn ook neergelegd in preambule 6, respectievelijk 36 van de Schengengrenscode de SGC.<sup>46</sup>

Niet alleen uit oogpunt van mensenrechten en de nijpende vluchtelingenproblematiek, maar ook vanwege het economische belang om vrij verkeer ten behoeve van toerisme en arbeidsmigratie te behouden is een samenhangend binnen- en buitengrensbeleid meer dan nodig. Vrij verkeer in Schengen en effectieve buitengrenzen waarbij de rechten van asielzoekers en vluchtelingen in acht worden genomen, kunnen heel goed samengaan, mits ten minste aan drie voorwaarden wordt voldaan. Ten eerste moeten alle staten binnen dat Schengengebied een gelijkwaardig niveau van asielprocedures en opvang aan asielzoekers bieden. Een gelijk niveau van bescherming, met inachtneming van Europese en internationale mensenrechtennormen, bevordert zowel het wederzijdse vertrouwen tussen de staten, als de zekerheid voor de asielzoeker dat hij of zij in ieder land dezelfde opvang en dezelfde kansen krijgt wat betreft zijn of haar asielaanvraag. Ten tweede moeten staten die gebruik willen maken van het vrij verkeer in Schengen op basis van hetzelfde beginsel van wederzijds vertrouwen zowel aan Dublin als het GEAS deelnemen: een keuze of 'free-rider'-model moet niet langer worden aangeboden. Ten slotte dienen alle deelnemende staten (ook niet-EU-staten) hun gezamenlijke verantwoordelijkheid te nemen voor de buitengrenzen. Dit laatste betekent zowel adequate opvang en registratie van asielzoekers aan de buitengrenzen als, door middel van legale migratiekanalen, ervoor zorgen dat migranten niet worden gedwongen levensgevaarlijke routes naar Europa te kiezen en in handen vallen van mensensmokkelaars. Wat betreft het eerste, het bieden van adequate opvang en registratie van asielzoekers, zouden Europese organisaties zoals het Europese Ondersteuningsbureau voor asielzaken (EASO) of de eerdergenoemde Europese Grens- en Kustwacht een grotere rol kunnen spelen inzake coördinatie en uitvoering.<sup>47</sup> Wat betreft het tweede, bevorderen van legale migratie, dienen de lidstaten hun afspraken inzake hervestiging van asielzoekers uit zowel Griekenland en Italië als uit derde landen zoals Turkije, versneld na te komen. Daarnaast dienen lidstaten ruimhartiger gebruik te maken van hun bestaande bevoegdheid, en mogelijk zelfs verplichting op grond van de Visumcode, tot het verstrekken van humanitaire visa aan vluchtelingen.<sup>48</sup>

44 P. Boeles, 'Vrij verkeer van personen: mensenrechten aan de buitengrenzen', *SEW* 1990, afl. 11, p. 689.

45 In Elspeth Guild, Kees Groenendijk & Sergio Carrera, *What is happening to the Schengen borders?*, CEPS Paper nr. 86, december 2015, [www.ceps.eu/publications/what-happening-schengen-borders](http://www.ceps.eu/publications/what-happening-schengen-borders), p. 11.

46 Zie S. Carrera, E. Guild, M. Merlino & J. Parkin, *A Race against Solidarity. The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair*, CEPS, april 2011. En ook Sergio Carrera, *An Assessment of the Commission's 2011 Schengen Governance Package – Preventing abuse by EU Member States of Freedom of Movement?*, CEPS Paper nr. 47, maart 2012.

47 Het Europese Ondersteuningsbureau voor asielzaken (EASO) beschikt nu reeds over bevoegdheden om lidstaten waarvan het asielstelsel en opvangvoorzieningen onder bijzondere druk staan, bijstand te verlenen op basis van artikel 10 Verordening (EU) 439/2010, *PbEU* 2010, L 132, 29 mei 2010.

48 Zie artikel 25 Visumcode of Verordening (EG) 810/2009, *PbEU* 2009, L 243, 15 september 2009. Volgens A-G Mengozzi in zijn zeer lezenswaardige conclusie van 7 februari 2017 in de zaak C-638/16 PPU, *X en X* houdt deze bepaling een verplichting in voor EU-lidstaten om een kort verblijf visum te verstrekken, indien weigering tot schending van artikel 4 van het EU Handvest van de Grondrechten zou leiden. Deze zaak, waarin