

# ARTIKELEN

## DIGITAL BORDERS AND REAL RIGHTS: EFFECTIEVE RECHTSMIDDELEN VOOR NIET-EU-ONDERDANEN IN HET SCHENGEN INFORMATIE SYSTEEM

**Evelien Brouwer** \*

*In dit artikel doet de auteur verslag van de belangrijkste bevindingen uit haar proefschrift, waarop zij in oktober 2007 promoveerde. Centraal staat het recht op effectieve rechtsbescherming voor niet EU-onderdanen bij beslissingen omtrent toelating tot het grondgebied van de EU die gebaseerd zijn op de registratie van hun persoonsgegevens in het Schengen Informatie Systeem (SIS). Na een schets van de ontwikkelingen in de 'digitale' grensbewaking in de EU wordt aan de hand van artikel 8 EVRM en daarop betrekking hebbende jurisprudentie, het Europees dataproctierecht, beginselen uit het immigratierecht en het EG-recht, gezien welke rechtsmiddelen open dienen te staan en aan welke vereisten die rechtsmiddelen moeten voldoen. Vervolgens wordt stilgestaan bij de wijze waarop Frankrijk, Duitsland en Nederland de rechtsbescherming op dit terrein hebben vormgegeven.*

### 1 Inleiding

Het Schengen Informatie Systeem (SIS) is het grootste persoonsgegevensbestand dat op dit moment, anno 2008, door de EU-lidstaten gezamenlijk wordt gebruikt. Het SIS is één van de maatregelen die op basis van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst zijn genomen ter compensatie van de opheffing van de binnengrenscontroles. Hierin worden verschillende categorieën van gegevens geregistreerd, zoals personen wier uitlevering wordt verzocht of vermiste personen, maar ook gestolen objecten zoals voertuigen of reis- en identiteitsdocumenten. Op basis van een signalering in het SIS dienen de autoriteiten van de aangesloten Schengenstaten een bepaalde actie te ondernemen zodra ze de gezochte persoon of het object aantreffen: bijvoorbeeld uitlevering of onopvallende surveillance. Artikel 96 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst (SUO) geeft staten de bevoegdheid om derdelanders (niet-EU-onderdanen) in het SIS te signaleren 'ter weigering van toegang'. Sinds de start van het SIS, in 1995, betreft het grootste deel van alle signaleringen met betrekking tot personen deze laatste categorie.<sup>1</sup>

Een signalering in het SIS heeft voor de betrokken vreemdeling grote gevolgen: eenmaal gesignaleerd kan hem of haar gedurende ten minste drie jaar de toegang tot het hele Schengen-

■ Mr. E.R. Brouwer is universitair docent Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is gebaseerd op mijn dissertatie, *Digital Borders and Real Rights. Effective remedies for third-country nationals in the Schengen Information System*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008 op 1 oktober 2007 met succes verdedigd aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Op 1 januari 2008 bevatte dit systeem 859.300 signaleringen over personen. Hiervan betroffen 696.419 signaleringen, d.w.z. 81%, personen die zijn opgenomen ter weigering van toegang. Bron: SIS Database Statistics d.d. 01/01/2008, Raadsdocument van 30 januari 2008, 5441/08.

gebied worden geweigerd.<sup>2</sup> Dit kan zowel de weigering aan de grens betekenen, als de afwijzing van een visumverzoek in het land van herkomst. Een signalering in het SIS blijkt in de praktijk moeilijk aanvechtbaar. Dit heeft verschillende oorzaken. Eén van deze oorzaken is het feit dat de betreffende personen vaak niet op de hoogte zijn van de signalering, maar hier pas mee worden geconfronteerd op het moment dat zij toegang zoeken tot een bij het SIS aangesloten staat. Bovendien kunnen signaleringen eindeloos worden verlengd door de verantwoordelijke autoriteiten en is er nauwelijks of geen controle op de rechtmatigheid of noodzaak van dergelijke verlengingen.

Naast het Schengen Informatie Systeem zijn er andere ontwikkelingen op Europees niveau die betrekking hebben op de verwerking en het gebruik van persoonsgegevens van derdelanders. In de eerste plaats is sinds 2003 het Eurodac operationeel: een gegevensbestand met vingerafdrukken van asielzoekers. Dit systeem vindt zijn grondslag in de Dublin Verordening en is, tot nu toe, uitsluitend bedoeld ter vereenvoudiging van de vaststelling van de voor het asielverzoek verantwoordelijke staat. De lidstaten onderhandelen echter over een voorstel van de Europese Commissie om nationale opsporingsinstanties toegang te geven tot de gegevens over asielzoekers.<sup>3</sup> Daarnaast is in juli 2008 de Verordening 767/2008 betreffende het Visum Informatie Systeem of VIS aangenomen.<sup>4</sup> In dit systeem zullen alle visumaanvragen worden geregistreerd van derdelanders die een EU-land voor kort verblijf willen bezoeken. In het VIS worden zowel de negatieve als positieve beslissingen op een visumaanvraag opgenomen. Hierbij worden biometrische gegevens van de visumaanvrager geregistreerd, maar ook informatie over de persoon of instantie die vanuit de EU de visumaanvrager heeft uitgenodigd. In de toekomst willen de lidstaten de verschillende systemen, SIS II, Eurodac en het VIS, met elkaar in verbinding brengen. In het kader van het zogenoemde 'e-borders' concept, wil de Europese Commissie met behulp van de digitale bestanden en gebruik van biometrie een zo compleet mogelijk beeld krijgen van alle in- en uitreizende migranten.<sup>5</sup> Door middel van deze elektronische grensbewaking wil men enerzijds meer vat krijgen op illegale immigratie, terrorisme en georganiseerde criminaliteit, anderzijds het reizen voor bepaalde groepen van derdelanders, zogenaamde 'registered travellers' vereenvoudigen. Deze ontwikkelingen maken dat de vraag naar effectieve rechtsbescherming voor geregistreerde vreemdelingen steeds belangrijker wordt.

In mijn onderzoek heb ik het recht op effectieve rechtsbescherming onderzocht van derdelanders die ter weigering van toegang in het SIS zijn opgenomen. Bij de keuze van de criteria voor effectieve rechtsmiddelen, gebruikte ik als inspiratiebron het eerdere onderzoek van Pieter Boeles, *Eerlijke Immigratieprocedures in Europa*.<sup>6</sup> Hierin onderzocht Boeles zowel Europese als

2 Dit betreft inmiddels 27 Europese landen: 24 EU-lidstaten, Noorwegen en IJsland en sinds 2008 Zwitserland.

3 Zie het voorstel van de Europese Commissie om deze uitbreiding van Eurodac te onderzoeken, COM (2007) 299 en kritisch commentaar hierop van de Permanente Commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht (Commissie Meijers), te vinden op [www.commissie-meijers.nl](http://www.commissie-meijers.nl).

4 Gepubliceerd in *PB EU L* 218/80, 13.8.2008.

5 Op 13 februari 2008 presenteerde de Europese Commissie de zogenaamde 'Borders Package' COM (2008) 69. Zie voor een reactie daarop: Elspeth Guild, Sergio Carrera & Florian Geyer, *The Commission's New Border Package: Does it take us one step closer to a 'cyber-fortress Europe'?* CEPS Policy Brief 5 March 2008, [http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item\\_id=1622](http://shop.ceps.eu/BookDetail.php?item_id=1622).

6 P. Boeles, *Eerlijke Immigratieprocedures in Europa* (dissertatie Nijmegen), Utrecht: Nederlands Centrum voor Buitenlanders 1995.

internationale rechtsinstrumenten aan de hand van zes minimumvereisten die in zijn ogen de kans op effectieve rechtsmiddelen 'maximaliseren'. In mijn onderzoek heb ik mij beperkt tot vier criteria: is er toegang tot een rechterlijke of niet-rechterlijke instantie? Is deze instantie ook echt 'toegankelijk', met andere woorden is er voor betrokkenen snel en eenvoudige toegang tot de rechter of controlerende instantie? Wat is de reikwijdte van de toetsing? En ten slotte, welke bevoegdheden heeft deze rechter of instantie? Een achterliggende vraag van mijn onderzoek is geweest welke additionele waarde het gegevensbeschermings- of dataproctierecht heeft voor de rechtspositie van derdelanders.

In mijn onderzoek heb ik in de eerste plaats gekeken naar de totstandkoming en werking van het SIS en diens opvolger 'SIS II'. Daarnaast heb ik echter ook de ontwikkeling en betekenis van andere Europese databestanden beschreven, zoals Eurodac en het VIS (zie daarover §2 van dit artikel). Op basis van de voor het gebruik van het SIS relevante bepalingen in zowel het EU- en EG-recht als het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) heb ik een institutioneel kader ontwikkeld voor het recht op effectieve rechtsbescherming (dit komt aan de rode in § 3 en 4 van deze bijdrage). Ten slotte heb ik in mijn onderzoek gekeken naar de implementatie en uitvoering van Schengen en het SIS op nationaal niveau: Frankrijk, Duitsland en Nederland (daarop wordt ingegaan in § 5). Op basis van welke criteria worden vreemdelingen in het SIS gesignaleerd en in welke rechtsmiddelen voorziet de wetgeving in deze landen? In deze bijdrage beperk ik mij tot enkele centrale bevindingen van mijn onderzoek en zal ik vooral in gaan op de mensenrechtelijke aspecten van het gebruik van het SIS (en andere Europese databestanden).

## 2 Digitale grensbewaking: van SIS, SISone4all en SISII

Zoals ik hierboven aangaf kan op basis van artikel 96 SUO een derdelander in het SIS worden gesignaleerd op grond van een nationaal besluit waarbij hij of zij ongewenst is verklaard of de verdere toegang tot dat land wordt ontzegd. Dit besluit kan zijn gebaseerd op het feit dat deze persoon een gevaar zou opleveren voor de openbare orde of veiligheid van de staat, maar kan ook te maken hebben met een niet-opgeschorte of niet-ingetrokken maatregel tot verwijdering, of uitwijzing die een verbod op binnenkomst of verblijf behelst. Het SIS gaat uit van het beginsel van wederzijdse erkenning van nationale besluiten, of zoals ook wel genoemd, het 'interstatelijk vertrouwensbeginsel'. Op basis van een besluit van één Schengen staat, zijn de andere staten in beginsel gehouden de gesignaleerde persoon ook toegang tot hun grondgebied te ontzeggen. In beginsel, want op basis van artikel 5 SUO (nu artikel 5 lid 4 (c) van de Schengengrenscodex of Verordening 562/2006) kunnen lidstaten ondanks een signalering iemand toch toegang verlenen op grond van humanitaire overwegingen, redenen van nationaal belang of internationale verplichtingen.

Mede als reactie op de terroristische aanslagen in de Verenigde Staten, zijn sinds 2001 verschillende instrumenten aangenomen waardoor het gebruik van het SIS is uitgebreid. Zo verkregen Europol en Eurojust en nationale justitiële autoriteiten toegang tot het SIS (met uitzondering van artikel 96 gegevens) en kregen visum- en vreemdelingendiensten toegang tot gegevens in het SIS over gestolen of vervalste reisdocumenten. In het najaar van 2007, met de opheffing van de binnengrenscontroles tussen de 'oude' EU-lidstaten en de 'nieuwe' staten,

hebben negen nieuwe EU-lidstaten toegang tot het SIS gekregen.<sup>7</sup> Onder de noemer 'SISone4all' is het oorspronkelijke SIS met het oog op deze uitbreiding technisch aangepast.<sup>8</sup> Statistieken van 1 januari 2008 laten zien dat met deze uitbreiding het aantal signaleringen met betrekking tot personen en objecten met 30% is toegenomen (van 17,5 naar bijna 23 miljoen).<sup>9</sup> De belangrijkste stijging betreft data die is ingevoerd op basis van artikel 100 SUO inzake gestolen of verloren identiteitsdocumenten (30%) en voertuigen (74%).

In verband met de genoemde uitbreiding van de EU, werken de lidstaten sinds 2002 aan een geheel nieuw systeem: het 'tweede generatie Schengen Informatie Systeem' of SIS II. SIS II voorziet in nieuwe functies: zo worden biometrische gegevens opgenomen en bestaat de mogelijkheid om verschillende signaleringen over één persoon met elkaar in verbinding te brengen. Door deze ontwikkelingen zal het SIS II meer het karakter krijgen van een inlichtingen-systeem, in plaats van, zoals nu het 'SIS I', een 'hit-no hit' of opsporingssysteem. Dit houdt in dat autoriteiten het SIS II niet enkel meer zullen gebruiken om vast te stellen welke concrete actie zij met betrekking tot een aangetroffen persoon moeten ondernemen. Het SIS II zal meer functioneren als algemeen zoekstelsel, waarbij door het gebruik van biometrie verschillende gegevens uit verschillende databestanden met elkaar in verbinding kunnen worden gebracht. De Verordening 1987/2006 inzake SIS II, in december 2006 aangenomen, vervangt artikel 96 van de SUO en regelt de opslag en het gebruik van gegevens over ongewenste vreemdelingen.<sup>10</sup> De criteria voor opname zijn nagenoeg hetzelfde gebleven, wat betekent dat het gebruik van SIS II nog steeds is gebaseerd op het vertrouwen van nationale overheden in de juistheid en rechtmatigheid van de signaleringen van andere staten.

### 3 Effectieve rechtsbescherming in het Europese recht

#### 3.1 Artikel 8 EVRM: het recht op privé-leven

In veel gevallen van dataverwerking zal er geen sprake zijn van een inmenging in het recht op bescherming van het privé-leven zoals gegarandeerd door artikel 8 EVRM en wordt het als weinig problematisch beschouwd dat een bepaalde instantie of overheid (persoons)gegevens opslaat en gebruikt voor de uitoefening van een bepaalde taak of opdracht. In bepaalde situaties kan de verzameling of het gebruik van persoonlijke gegevens wel degelijk tot een inmenging in het recht op privé-leven leiden, zoals bijvoorbeeld bij de schending van het medisch beroepsgeheim, het prijsgeven van gevoelige informatie of wanneer de overheid op in het geheim gegevens verzamelt over een individu. De vraag is wanneer bij de hierboven beschreven ontwikkelingen, SIS, VIS en Eurodac en het gebruik van biometrie, sprake kan zijn van een ongerechtvaardigde inmenging en dus een schending van artikel 8 EVRM.

7 Tsjechië, Estland, Letland, Litouwen, Hongarije, Malta, Polen, Slovenië en Slowakije.

8 Raadsbesluit 2007/471 van 12 juni 2007, *PB EU* L179/46, 7.7.2007.

9 Bron: SIS Database Statistics d.d. 01/01/2007, Raadsdocument 6178/07, 13 februari 2007 en SIS Database Statistics d.d. 01/01/2008, Raadsdocument. 5441/08, 30 januari 2008.

10 *PB EU* L 381/4, 28.12.2006.

In verschillende uitspraken heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) grenzen gesteld aan het gebruik en de systematische opslag van persoonsgegevens door de overheid. Uit de jurisprudentie van het EHRM kan worden herleid in welke situaties artikel 8 EVRM in ieder geval van toepassing is op de gegevensverzameling en -opslag door de overheid.<sup>11</sup> Deze situaties betroffen onder meer het gebruik van geheime bestanden van politie of interne veiligheidsorganisaties (*Leander, Segerstedt-Wiberg, Rotaru*); het gebruik van bestanden van publieke organisaties ongeacht de aard of gevoeligheid van de daarin opgeslagen gegevens (*Amann*); de opslag van medische gegevens (*Z v. Finland*); jeugdzorg bestanden (*Gaskin*); de registratie van video beelden (*Perry*), stemmen (*Peck*), of foto's (*Commissie-rapporten: Lupker en Friedl*); gebruik van administratieve data inzake gevoerde telefoongesprekken (*Malone*); het wel of niet afgeven van geboortebewijzen, identiteitskaarten en rijbewijzen (*Goodwin*), en van paspoorten (*Smirnova en Iletmi*<sup>o</sup>). Daarbij heeft het Hof de volgende aspecten meegewogen om vast te stellen dat er daadwerkelijk sprake was een inmenging op iemands recht op privé-leven: bij systematische verzameling en opslag van persoonsgegevens door de overheid (*Rotaru, Amann, Segerstedt-Wiberg*); informatie over iemands verleden (*Rotaru*); wanneer de gegevens onvrijwillig werden verstrekt (*Perry*); en wanneer het verdere gebruik van de informatie verder gaat dan wat normaal voorzienbaar is (*Peck, P.G. en J.H. en Perry*). In *Amann* stelde het EHRM daarbij vast dat het niet altijd relevant is of de opgeslagen gegevens daadwerkelijk zijn gebruikt: de opslag van de gegevens, in dit geval door de inlichtingendiensten, kan voldoende zijn voor de vaststelling dat er een inmenging op iemands recht op privé-leven heeft plaatsgevonden.

Interessant is dat het EHRM in de zaak *Iletmis t. Turkije* een directe link heeft gelegd tussen het recht op privé-leven en de vrijheid van beweging. In deze zaak was het paspoort van klager door de Turkse autoriteiten in beslag genomen waardoor deze zijn land niet meer in- en uit kon reizen. In het arrest besloot het EHRM unaniem dat het in beslag nemen van zijn paspoort een inbreuk op zijn recht op privé-leven inhield, overwegende dat zijn recht op bewegingsvrijheid was beperkt: 'in an age when the freedom of movement, especially across borders, was considered essential for the full development of private life, especially for people like the applicant, having family, occupational and economic ties in more than one country, denial of that freedom by the State without any good reason constituted a serious failure on its part to discharge its obligations to those under its jurisdiction' (§ 50). Het is goed voorstelbaar dat ook de intensieve controles aan de grens en op het grondgebied van EU-staten, waarbij verschillende databestanden worden vergeleken en biometrie wordt gebruikt, worden aangemerkt als een inmenging op het recht op bewegingsvrijheid en daarmee ook privé-leven van migranten.

Door het EHRM zijn op basis van artikel 8, in samenhang met artikel 13 EVRM, procedurele waarborgen en eisen ten aanzien van de rechtsbescherming geformuleerd. Deze voorwaarden behelzen onder meer: dat de wetgeving niet alleen de bevoegdheden inzake de opslag en het gebruik van persooninformatie nader moet omschrijven, maar ook de categorieën van personen die mogen worden gesurveilleerd en de situaties waarin gegevens mogen worden verzameld.

11 De casuïstiek van de aangehaalde jurisprudentie heb ik beschreven in hoofdstuk 6 van mijn dissertatie, p. 147-176. Daar zijn ook alle vindplaatsen van de hier vermelde arresten opgenomen

Ook moeten de betreffende personen vooraf worden geïnformeerd over de verzameling van persoonsgegevens of, indien de gegevensverzameling plaatsvindt in het kader van de bescherming van de interne veiligheid, in ieder geval nadat de betreffende maatregelen zijn genomen. Voorts dienen de autoriteiten maatregelen te nemen om onrechtmatige verspreiding van de persoonsgegevens tegen te gaan en de kwaliteit en de bescherming van gevoelige gegevens te waarborgen.

Het EHRM heeft in verschillende uitspraken de noodzaak benadrukt van de aanwezigheid van een onafhankelijk controlemechanisme ter bescherming van het recht op privé-leven. Daarbij maakte het Hof duidelijk dat het hierbij niet alleen gaat om de garantie dat de betrokken individuele belangen worden afgewogen tegenover de belangen van de gegevensverzamelende autoriteit, maar ook om de verschillende aanwezige belangen zorgvuldig af te kunnen wegen. In zijn uitspraken, geeft het EHRM een duidelijke voorkeur aan voor toegang tot een rechterlijke instantie, omdat dit de beste garanties geeft voor de 'onafhankelijkheid, de onpartijdigheid en een zorgvuldige procedure'.<sup>12</sup> Waar in sommige, vooral oudere, arresten het EHRM de aanwezigheid van een niet-rechterlijke instantie voldoende acht (bijvoorbeeld in *Gaskin, Leander*), is de algemene eis dat de rechtsmiddelen praktisch en effectief moeten zijn. In *Segerstedt-Wiberg t. Zweden*, een uitspraak die de gegevensverzameling door Zweedse veiligheidsdiensten betrof, ging het EHRM expliciet in op de praktische betekenis van zowel de Zweedse parlementaire ombudsman als de dataprotectieautoriteit, beide belast met het toezicht op de gegevensverzameling door de veiligheidsdiensten. Volgens het Hof boden beide instanties echter onvoldoende bescherming in het kader van artikel 13 EVRM. Waar bij de parlementaire ombudsman de bevoegdheid ontbrak om bindende besluiten te nemen, stelde het EHRM ten aanzien van de dataprotectieautoriteit vast dat er geen informatie voorhanden was 'to shed light on the effectiveness of the Data Inspection Board in practice'. Integendeel, zo oordeelde het EHRM, in de dertig jaar dat dit orgaan bestond had het de bestanden van de veiligheidsdienst nog niet onderworpen aan een substantieel onderzoek.

Ook in de uitspraak *The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev t. Bulgarije* wordt de aanwezigheid van een onafhankelijk controlemechanisme in het kader van surveillance door veiligheidsorganisaties streng getoetst.<sup>13</sup> Het EHRM concludeerde in deze zaak dat de Bulgaarse regelgeving onvoldoende waarborgen bood tegen het risico van misbruik van gegevens 'inherent aan ieder systeem van geheime surveillance'. Deze conclusie was onder meer gebaseerd op het ontbreken van onafhankelijk toezicht op de naleving van de bewaartermijnen van de verkregen gegevens. Deze uitspraak is met name van belang omdat het EHRM expliciet verwees naar de grootschalige toepassing van de geheime surveillance systemen in Bulgarije in de getoetste periode (1999-2001). Zo zouden in één jaar meer dan 10.000 bevelen voor geheime bewaking van individuen door middel van telefoontaps, videobewaking en af luisteren zijn afgegeven, waarbij het aftappen van mobiele telefonie nog niet was meegerekend. Slechts in 267 of 269 van deze gevallen konden de gegevens uiteindelijk worden gebruikt in een strafrechtelijke procedure. Volgens het EHRM zouden deze gegevens aangeven dat het

12 In het *Klass*-arrest (§ 56) spreekt het EHRM van 'best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure'.

13 EHRM 28 juni 2007, appl.no. 62540/00 (*The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev t. Bulgarije*).

systeem van geheime bewaking in Bulgarije op zijn minst ‘overused’ is, wat volgens het Hof gedeeltelijk te maken zou kunnen hebben met de inadequate waarborgen in het recht (‘the system of secret surveillance in Bulgaria is, to say the least, overused, which may in part be due to the inadequate safeguards which the law provides’). Voor het onderhavige onderwerp, grootschalige gegevensopslag over derdelanders in de EU, zijn deze conclusies van belang omdat, zoals we hierboven zagen, deze bestanden steeds vaker voor opsporings- en inlichtingendiensten zullen worden gebruikt. De conclusies van het EHRM geven aan dat een dergelijk gebruik moet voldoen aan proportionaliteits- en effectiviteitseisen.

### 3.2 Het recht op dataprotectie als grondrecht

In literatuur en beleid wordt het doel van dataprotectie vaak beperkt tot de bescherming van het recht op privacy. Deze beperking houdt het risico in dat het belang van dataprotectie te gauw wordt gerelativeerd tegenover ‘het belang van de gegevensverzameling’. De opname van het recht op dataprotectie of gegevensbescherming in artikel 8 van het EU-Handvest voor de grondrechten onderstreept dat gegevensbescherming een zelfstandig individueel grondrecht is naast het recht op privacy.<sup>14</sup>

Dataprotectiebeginselen beschermen niet enkel het individu maar ook algemenere belangen zoals het machtsevenwicht binnen een staat (‘balance of powers’ of ‘Waffengleichheit’) en een informatiele scheiding van machten. Daarnaast dient dataprotectie ter bescherming van een goed bestuur (‘good governance’): door eisen te stellen aan de kwaliteit, juistheid en beveiliging van de opgeslagen gegevens wordt ook een adequate en effectieve uitvoering van de overheids-taken bewaakt.

Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw zijn verschillende Europese instrumenten op het gebied van gegevensbescherming totstandgekomen waaronder het Dataprotectieverdrag van de Raad van Europa van 1981 en de EG Richtlijn 95/46 inzake de bescherming van persoonsgegevens. Daarnaast bevatten ook de SUO en de nieuwe Verordening 1987/2006 inzake SIS II-bepalingen inzake gegevensbescherming. De aanvullende waarde van gegevensbescherming voor de rechtspositie van individuen, ligt vooral in de vaststelling van procedurele waarborgen. Niettemin zijn deze procedurele eisen nauw verbonden met substantiële waarden zoals de bescherming van gevoelige gegevens, het doelbindingsbeginsel en het principe dat besluiten in beginsel niet uitsluitend mogen worden genomen op basis geautomatiseerde beslissingen.

De huidige EG Richtlijn 95/46 biedt de overheid in nader omschreven situaties ruime bevoegdheden om de rechten van betrokkenen te beperken. In de zaak *Österreichischer Rundfunk* (C-465/00) onderstreepte het Hof van Justitie echter het belang van een ruime interpretatie

14 Artikel 8 van dit Handvest bepaalt:

1. Een ieder heeft het recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.
2. De gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Een ieder heeft recht van inzage in de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.
3. Een onafhankelijke autoriteit ziet er op toe dat deze regels worden nageleefd.

van de EG Richtlijn 95/46 inzake de bescherming van persoonsgegevens. Bovendien bevestigde dit Hof de relatie tussen deze Richtlijn en het recht op privé-leven zoals beschermd in artikel 8 EVRM. Volgens het Hof van Justitie, zou wanneer nationale rechters vaststellen dat nationale regelgeving inzake de verwerking van persoonsgegevens in strijd is met artikel 8 EVRM, deze regelgeving automatisch ook in strijd zijn met het proportionaliteitsbeginsel zoals neergelegd in de artikelen 6(1)(c) en 7(c) of (e) van Richtlijn 95/46. Dit betekent volgens het Hof van Justitie dat ook iedere beperking op dataproctierechten (zoals toegestaan in artikel 13 van de Richtlijn 95/46) moet voldoen aan het proportionaliteitsvereiste in het kader van het nagestreefde algemene belang.

### 3.3 Mensenrechten in het immigratierecht

Het hoeft geen betoog dat de weigering van toegang op basis van een SIS-signalering voor de betrokken vreemdeling mensenrechtelijke gevolgen kan hebben. In de eerste plaats, zo blijkt ook uit de door mij onderzochte jurisprudentie in Frankrijk, Duitsland en Nederland, speelt het recht op gezinsleven zoals beschermd in artikel 8 EVRM een belangrijke rol. Daarnaast kan een toegangswegering op basis van het SIS ook een inbreuk betekenen op het recht op bescherming tegen refoulement of wrede of onmenselijke behandeling van artikel 3 EVRM of, zoals we hierna zullen zien, zelfs de vrijheid van religie of van meningsuiting (artikelen 9 en 10 EVRM). De jurisprudentie van het EHRM over artikel 13 EVRM inzake het recht op een effectief rechtsmiddel ter bescherming van de bovengenoemde mensenrechten kan niet los worden gezien van de concrete achtergrond van iedere specifieke zaak. Niettemin kunnen uit deze uitspraken toch enkele algemene criteria worden herleid inzake de toegankelijkheid, reikwijdte van de rechtsmiddelen en de bevoegdheden van de betrokken onafhankelijke instantie.<sup>15</sup> Zo zullen bij bepaalde maatregelen op basis van SIS-signalerings, zoals uitzetting of detentie, de betreffende autoriteiten voldoende en begrijpelijke informatie moeten geven over de wettelijke basis van de maatregel en de daartegen openstaande rechtsmiddelen. Ook moet de rechter of onafhankelijke instantie in staat zijn om alle feiten en aspecten van de betreffende maatregelen te beoordelen en de betrokken belangen zorgvuldig af te wegen. Voorts moet de rechter of instantie bindende besluiten kunnen nemen en de uitvoering van maatregelen die een niet te herstellen of terug te draaien schending van mensenrechten betekenen kunnen voorkomen.

In het kader van het hier besproken onderwerp, het SIS en andere databestanden waarin gegevens over niet-EU-onderdanen worden opgenomen, is artikel 14 EVRM inzake het non-discriminatiebeginsel van zeer groot belang. Zoals door het EHRM herhaaldelijk is onderstreept, is onderscheid in behandeling alleen gerechtvaardigd op basis van zwaarwegende gronden en op basis van objectieve en redelijke criteria. Dit betekent dat de registratie van niet-EU-

<sup>15</sup> Zie p. 271 van mijn dissertatie.



onderdanen en de besluitvorming op basis van deze registratie steeds aan deze voorwaarden getoetst moeten worden.<sup>16</sup>

Met betrekking tot de restrictieve uitleg van het EHRM (denk aan de *Maaouia*-uitspraak) inzake de toepassing van artikel 6 (1) EVRM (recht op een eerlijk proces) in immigratierechtelijke procedures, betoog ik overigens dat in immigratierechtelijke procedures artikel 6 (1) nog steeds een relevante rol kan spelen. Hierbij valt te denken aan schadeclaims die kunnen worden ingediend wanneer op basis van (onjuiste of onrechtmatige) signaleringen in het SIS een foutief besluit is genomen ten aanzien van de betrokken persoon.

### 3.4 Rechten ontleend aan het EG-recht

In het kader van het gebruik van het SIS zijn nationale overheden niet alleen gebonden aan het EVRM, maar ook aan EG-regelgeving op het gebied van asiel- en immigratierecht. In mijn onderzoek heb ik daarom ook aandacht besteed aan de rechten die derdelanders uit deze regelgeving ontleen. Een zeer belangrijke uitspraak is in dit kader het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Commissie tegen Spanje*.<sup>17</sup> Hierin oordeelde het Hof dat, op basis van EG-recht, niet-EU-onderdanen die familielid zijn van EU-onderdanen niet uitsluitend op basis van een SIS-signalerings de toegang tot het land of een visum mag worden geweigerd. Hiertoe dient de desbetreffende staat eerst vast te stellen dat deze personen in concreto een werkelijke en ernstige bedreiging voor de openbare orde vormen. Het Hof gaf hiermee aan dat nationale autoriteiten hun negatieve besluit niet uitsluitend mogen baseren op in het SIS opgeslagen gegevens. Zelfs wanneer het betreffende systeem uitgaat van het principe van wederzijdse erkenning van nationale beslissingen, zullen overheden steeds moeten nagaan of de weigering niet in strijd is met het Europese recht. In de zaak *Commissie v. Spanje* ging het om het recht op vrij verkeer van EU-onderdanen en hun familieleden, maar het is duidelijk dat de redenering van het Hof ook opgaat voor andere rechten zoals beschermd in het EU-recht, waaronder mensenrechten. Inmiddels heeft een Nederlandse rechter, onder verwijzing naar dit arrest, expliciet gewezen op de verplichting van de Nederlandse staat om bij een ongewenstverklaring (en daarmee signalering) van een niet-EU-echtgenoot van een EU-onderdaan te onderzoeken of aan het EG-rechtelijke openbare orde criterium is voldaan, ook wanneer de desbetreffende persoon en zijn echtgenote in een andere EU-staat wonen.<sup>18</sup>

16 Zie uitgebreider hierover mijn: 'Derdelanders en de 'e-grenzen' van de Europese Unie: differentiatie of discriminatie?' in: A. Böcker, T. Havinga, P. Minderhoud, H. van de Put e.a. (eds.), *Migratierecht en Rechtssociologie, gebundeld in Kees' studies. Migration Law and Sociology of Law, or Collected Essays in honour of Kees Groenendijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 311-321.

17 C-503/03, recent opgenomen in *Common Market Law Review* 2008, p. 1251-1267.

18 Uitspraak van Rechtbank Amsterdam, d.d. 18 april 2008, LJN BD0949.

### 3.5 Rechtsmiddelen

De EG Richtlijn 95/46 inzake de bescherming van persoonsgegevens bevat een uitdrukkelijke verplichting aan lidstaten om in hun wetgeving te voorzien in een recht op toegang tot een rechter wanneer de rechten van betrokkene worden geschonden. Volgens deze bepaling kan de nationale wetgever het recht op toegang tot de rechter echter afhankelijk maken van de eis dat betrokkene zich eerst tot de dataprotectieautoriteit wendt. Een belangrijke bepaling is in artikel 111 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst opgenomen: deze bepaalt dat een ieder het recht heeft op het grondgebied van elke Schengenstaat bij de naar nationaal recht bevoegde rechter of instantie een beroep in te stellen wegens een hem of haar betreffende signalering, in het bijzonder met het oog op verbetering, verwijdering, kennisgeving of schadevergoeding. Artikel 111 lid 2 bepaalt dat de nationale overheden verplicht zijn om wederzijds de in lid 1 genoemde beslissingen van nationale rechters of instanties welke niet voor beroep vatbaar zijn, uit te voeren. Uit het oogpunt van rechtsbescherming is deze bepaling van niet te onderschatten belang en is eigenlijk een logisch spiegelbeeld van artikel 96 SUO. Waar deze laatste bepaling de nationale autoriteiten verplicht uitvoering te geven aan nationale besluiten van overige Schengenstaten zoals opgenomen in het SIS, verplicht artikel 111 dezelfde autoriteiten om de rechterlijke beslissingen inzake SIS-signaleringen uit te voeren. Deze bepaling van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst is bijna letterlijk overgenomen in het nieuwe artikel 43 van de SIS II Verordening.

De totstandgekomen EG-regels inzake asiel en immigratie verwijzen naar een recht op een rechtsmiddel, maar deze verwijzingen zijn in het algemeen niet erg sterk geformuleerd. Ze houden niet meer in dan een verplichting voor de nationale wetgever om te voorzien in een recht 'om een beroep in te stellen'. De invulling van specifieke procedurele waarborgen of de bevoegdheden van de toetsende instantie is aan de nationale lidstaten overgelaten. Ook lopen de bepalingen in de verschillende EG-instrumenten op het gebied van immigratie en asiel zeer uiteen en gelden voor verschillende categorieën personen, verschillende criteria.

Een positieve ontwikkeling in het EG-recht is wel de opname van een verplichting aan grensautoriteiten om hun besluiten schriftelijk toe te lichten. Op grond van de zogenaamde Schengengrenscode of Verordening 562/2006 (artikel 13) zijn grensbewakingsautoriteiten verplicht bij weigering de betrokken persoon een schriftelijk formulier te overhandigen met daarin informatie over de redenen van toegangsweigering en over de aanwezige rechtsmiddelen. Nederlandse grensambtenaren waren al op basis van artikel A2/5.2.1 van de Vreemdelingen-circulaire 2000 verplicht derdelanders informatie te verstrekken omtrent de bestaande rechtsmiddelen. In 2006 zijn de bepalingen van de Vreemdelingen-circulaire 2000 gewijzigd in overeenstemming met artikel 13 van de Schengengrenscode.<sup>19</sup> Opmerkelijk is dat deze bepaling al in juli 2006 tot een uitspraak heeft geleid van de rechtbank Haarlem.<sup>20</sup> Hierbij vernietigde de rechtbank het mondelinge besluit van een grensbewakingsambtenaar waarmee een Nigeriaanse vrouw de toegang tot Nederlands was geweigerd. De rechtbank stelt in deze uitspraak expliciet dat de eis van schriftelijkheid een dermate essentiële rechtswaarborg is dat voor het

<sup>19</sup> Zie artikel A2/5.5.2, WBV 2006/16.

<sup>20</sup> Uitspraak 24 juli 2006, LJN AY6520, *JV* 2006/389 m.nt. P. Boeles (Ve06001152), *RV* 2006/52 m.nt. H. Staples.

in stand laten van het besluit en een beoordeling van de vraag of eiser door de schending van het vormvoorschrift is benadeeld, geen plaats is.<sup>21</sup>

#### 4 Een institutioneel kader voor effectieve rechtsbescherming

Zoals gezegd, bevatten de huidige EG-regels inzake asiel en immigratierecht, een vrij algemene, weinig specifieke opdracht aan de nationale wetgevers om te voorzien in een rechtsmiddel. Hierdoor hebben de lidstaten veel vrijheid om zelf hun systeem van rechtsmiddelen in te richten. Zoals ook mijn onderzoek naar de wetgeving in Frankrijk, Duitsland en Nederland laat zien, bestaan er veel verschillen tussen de verschillende toepasselijke systemen. Op zoek naar meer duidelijkheid heb ik in het tweede gedeelte van mijn onderzoek op basis van drie algemene beginselen van EU-recht een institutioneel kader geformuleerd voor een algemeen recht op een effectief rechtsmiddel.<sup>22</sup> Daarbij heb ik in de eerste plaats betoogd dat het recht op een effectief rechtsmiddel voortvloeit uit de incorporatie van mensenrechten in het EU-recht zelf. Zoals in het Verdrag van Maastricht is bevestigd, en meerdere malen door het Hof van Justitie in Luxemburg is onderstreept, zijn de mensenrechten zoals beschermd in het EVRM onlosmakelijk verbonden met het EU-recht. Dit betekent dat bij de implementatie en uitvoering van EU- of EG-rechtelijke bepalingen de verplichtingen vanuit die mensenrechten moeten worden nageleefd. Dit beginsel is onlangs bevestigd in de *Kadi* en *Al Barakaat* uitspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de EU-maatregelen op basis van de VN sanctielijst.<sup>23</sup> Hierin oordeelde het Hof, daarmee de eerdere uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg terzijde schuivend, dat de bescherming van eigendom, het recht om gehoord te worden en het recht op een effectieve rechterlijke toetsing met betrekking tot de plaatsing op de terroristenlijst tot de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht horen.

In de tweede plaats heb ik gewezen op het beginsel van effectieve rechtsbescherming om de uitoefening van de in het EU-recht beschermde rechten te garanderen. Dit beginsel, wat al in een vroeg stadium door het Hof van Justitie in de *Johnston* zaak is bevestigd, houdt in dat individuen om de door het EU- of EG-recht toegekende rechten daadwerkelijk uit te kunnen oefenen bij beperking van die rechten toegang tot de nationale rechter moeten hebben. Met betrekking tot het immigratierecht is dit beginsel vastgesteld in de belangrijke *Panayotova* zaak. In deze uitspraak bevestigde het Hof van Justitie dat Gemeenschapsrecht een effectief juridisch toezicht vereist van beslissingen van nationale autoriteiten die zijn genomen op basis van dat Gemeenschapsrecht. Daarbij overwoog het Hof dat hierbij moet worden voorzien in een 'procedureel systeem wat eenvoudig toegankelijk is en geschikt om te garanderen dat de claims van de betrokken personen objectief en binnen een redelijke termijn worden behandeld'. Ook stelt het Hof vast dat 'de weigering van (verblijfs- EB) vergunningen moet kunnen worden aangevochten via judiciële of quasi-judiciële procedures'. Dit beginsel, een recht op een effectief

21 Deze overweging werd vrijwel woordelijk herhaald in Rechtbank 's-Gravenhage (zittingsplaats Haarlem) 11 oktober 2007, LJN BC3296.

22 Zie mijn dissertatie p. 303-325.

23 C-402/05 en C-415/05, uitspraak van 3 september 2008.

rechtsmiddel ter bescherming van de door het Europese recht toegekende rechten, is ook neergelegd in artikel 47 van het EU Handvest van de Grondrechten.

In de derde plaats kan het recht op toegang tot de rechter worden gebaseerd op het aan het EG-recht ten grondslag liggende systeem van prejudiciële verwijzingen. Dit systeem dient een coherente en uniforme uitleg van het EU- en EG-recht. Daarom is in zowel het EU als het EG-Verdrag de bevoegdheid van nationale rechters opgenomen om, zodra in een nationale procedure een onduidelijkheid rijst ten aanzien van de betekenis van een EG-of EU-rechtelijke bepaling, deze vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen. In verschillende uitspraken heeft het Hof van Justitie onderstreept dat deze bevoegdheid om prejudiciële vragen voor te leggen geen vrijblijvende aangelegenheid is, maar de nationale wetgever verplicht om te voorzien in effectieve en toegankelijke rechtsmiddelen. Immers zonder toegang tot de rechter, kan het systeem van prejudiciële verwijzingen ook niet werken.

## 5 Rechtsmiddelen op nationaal niveau: Frankrijk, Duitsland en Nederland

### 5.1 Algemeen

In de door mij onderzochte landen Frankrijk, Duitsland en Nederland is niet voorzien in een speciaal rechtsmiddel tegen een signalering in het SIS. De betrokken derdelanders worden niet geïnformeerd over het feit dat hun gegevens in het SIS worden opgenomen. Alleen wanneer de persoon wordt geconfronteerd met een besluit op basis van het SIS of vermoedt dat hij of zij in het SIS staat, zal deze hiertegen in beroep kunnen gaan. Afhankelijk van het verzoek van de gesignaleerde zal hierbij een procedure op basis van het dataproctierecht of het vreemdelingenrecht moeten worden gevolgd. De ervaring met het dataproctierecht leert dat het hierbij vaak om langdurige procedures kan gaan. Daarbij is een verzoek om toegang of in een later stadium, verwijdering, van de gegevens afhankelijk van een goede samenwerking tussen de betrokken staten. In de praktijk blijken echter veel signalerende staten niet snel te reageren op een verzoek van een andere staat om nadere informatie over een signalering. Zoals bekend wijkt de beroepsprocedure in het vreemdelingenrecht in veel EU-landen af van de algemene administratiefrechtelijke procedures. Hierbij wordt in het algemeen aan vreemdelingen minder bescherming toegekend. Dit heeft ook gevolgen ten aanzien van besluiten op basis van SIS-signalerings. Zo is in de Franse vreemdelingenwet een bepaling opgenomen op grond waarvan een beroep tegen uitzetting geen opschortende werking heeft wanneer deze uitzetting is gebaseerd op een buitenlandse SIS-signaling. Deze bepaling is gebaseerd op de (onjuiste) veronderstelling dat buitenlandse signaleringen met betrekking tot te weigeren vreemdelingen een definitief besluit van een buitenlandse autoriteit zijn waartegen de betrokkene al in dat land beroep had kunnen instellen. Wel bevat de Franse vreemdelingenwet een uit het dataproctierecht afgeleide bepaling dat iedere visumafwijzing die op informatie uit het SIS is gebaseerd, schriftelijk gemotiveerd dient te worden.

Opvallend is het verschil in de hoeveelheid jurisprudentie in de drie landen. Waarbij ik in Duitsland en Nederland slechts weinig uitspraken heb aangetroffen over SIS-signalerings over vreemdelingen, is er in Frankrijk juist heel veel jurisprudentie. De Franse uitspraken, met name die van de hoogste administratieve rechter de *Conseil d'État*, zijn in de eerste plaats van

belang omdat zij een belangrijke bron van informatie bieden over het praktisch effect van SIS-signalerings voor de rechtspositie van vreemdelingen. Daarnaast bevatten zij belangrijke criteria voor de Franse autoriteiten met betrekking tot de besluitvorming op basis van SIS-signalerings, zoals visumweigering of weigering aan de grens. Zo heeft de *Conseil d'État* duidelijk gemaakt dat bij weigering van toegang of toelating op basis van een signalering, de autoriteiten de betrokken belangen zorgvuldig moeten afwegen, zeker wanneer hierbij mensenrechten in het geding zijn. Volgens de Franse rechter rust daarbij op de betrokkene zelf een verplichting om informatie aan te dragen waaruit blijkt dat zijn of haar rechten in het geding zijn. Al in 1999, heeft de *Conseil d'État* twee belangrijke uitspraken gedaan met betrekking tot buitenlandse signaleringen in het SIS. Deze uitspraken hebben de verdere ontwikkeling van jurisprudentie beïnvloed. In de eerste plaats stelde de rechter vast dat de Franse autoriteiten die een visum weigeren op basis van een buitenlandse signalering, de betrokkenen moeten informeren over de staat die deze signalering heeft ingevoerd en niet kunnen volstaan door te verwijzen naar de nationale dataprotectie autoriteit. In de tweede plaats verklaarde de rechter zich bevoegd te oordelen over de rechtmatigheid van een buitenlandse signalering. In deze uitspraak stelde de Franse rechter vast dat de betreffende signalering in strijd was met de criteria van Artikel 96 Schengen Uitvoeringsovereenkomst en dat het daarop gebaseerde Franse besluit daarom moest worden vernietigd. Ook na 1999 heeft deze rechter zich uitgesproken over de onrechtmatigheid van buitenlandse signaleringen. De *Conseil d'État* stelde in zijn uitspraken echter uitdrukkelijk vast dat het niet bevoegd is om te toetsen of een buitenlandse signalering in overeenstemming is met het nationale recht van de signalerende staat.

## 5.2 Signalering: zelfstandig besluit?

In zowel Duitsland als Nederland wordt de toegankelijkheid van rechtsmiddelen tegen een signalering belemmerd door de opstelling van de overheid dat een signalering geen zelfstandig besluit is waartegen een direct beroep mogelijk is. Dit betekent dat een vreemdeling hetzij eerst een verzoek om toegang tot zijn informatie moet indienen op basis van het dataproctierecht, hetzij een negatief vreemdelingrechtelijk besluit op basis van de signalering moet afwachten vooraleer het de signalering kan aanvechten. In beide landen beroepen de autoriteiten zich op het formele standpunt dat een signalering in het SIS op zich zelf geen beschikking of besluit met rechtsgevolg inhoudt. Ondanks het feit dat dit uitgangspunt inmiddels door zowel de Duitse als Nederlandse rechter is verworpen, gaat de Staatssecretaris van Justitie, zo blijkt uit een recente brief, hier nog steeds van uit.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Brief van 26 juni 2008, deze brief was geschreven in reactie op een brief van de Permanente Commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht (Commissie Meijers), CM08004, zie [www.commissie-meijers.nl](http://www.commissie-meijers.nl).

### 5.3 Rechter, interstatelijk vertrouwen en mensenrechten

In zowel Frankrijk, Duitsland en Nederland hebben rechters herhaaldelijk de overheid gewezen op de plicht om in het kader van een signalering in het SIS het belang van individu, en dan ging het vooral om het recht op gezinsleven en het recht op privé-leven, tegenover het belang van de overheid af te wegen. Zoals gebruikelijk in het immigratierecht wordt daarbij echter aan de overheid een ruime beoordelingsmarge toegekend. Vooral bij de Nederlandse rechters trof ik tijdens mijn onderzoek een tamelijke voorzichtige (of is het een onzekere) houding aan ten opzichte van hun rol inzake het SIS. Een voorbeeld van een dergelijke terughoudende rol is een uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 24 augustus 2005.<sup>25</sup> Hier ging het om de vraag of de Nederlandse autoriteiten bij hun signalering rekening hadden moeten houden met de gevolgen van deze signalering in andere Schengenstaten. Zich beroepende op 8 EVRM verzocht een Colombiaan de Nederlandse autoriteiten zijn signalering in te trekken omdat op basis van deze signalering zijn verzoek om verlenging van zijn verblijf in Spanje werd afgewezen. Hierdoor kon hij niet langer meer bij zijn gezin verblijven. Zowel de (toenmalige) Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie als de rechtbank vonden dat dit een zaak was van de Spaanse autoriteiten en dat Nederland er op mocht vertrouwen dat Spanje zijn verdragsverplichtingen jegens eiser wel zou nakomen. Meer oog voor de, zoals Boeles het noemt, 'Europese dimensie van een Nederlandse ongewenstverklaring in verband met het recht op eerbiediging van gezinsleven' toonde de rechtbank Amsterdam in een recente uitspraak van 28 mei 2008.<sup>26</sup> Deze zaak betrof een onderdaan uit Sierra Leone met een zoon in Zweden die door Nederland ongewenst was verklaard. Volgens de rechtbank was het niet uitgesloten dat de ongewenstverklaring een inmenging betekende in zijn uitoefening van het recht op familie- en gezinsleven, doordat hij tengevolge van zijn signalering in het SIS Zweden niet meer in kan reizen.

Een andere zaak, waarbij de Nederlandse rechter zich terughoudend heeft opgesteld is de zogenaamde *Moon*-zaak.<sup>27</sup> In deze zaak ging het om het echtpaar Moon, leiders van de Moon organisatie of de 'internationale Verenigingskerk' en sinds 1995 door de Duitse autoriteiten in het SIS ter weigering van toegang opgenomen. Reden voor deze 'verbanning' was de vrees van de Duitse autoriteiten dat het Moon-echtpaar met hun optredens teveel aanhang zou winnen onder de jongeren en dat hun verblijf tot heftige reacties in de openbaarheid zou leiden. Ondanks deze registratie kreeg het echtpaar van de Nederlandse autoriteiten drie keer toestemming om Nederland voor een aantal dagen te bezoeken. In 2005 werd hen dit echter voor het eerst op basis van de Duitse signalering geweigerd. De toenmalige Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie beriep zich hierbij op het 'interstatelijk vertrouwensbeginsel' en het 'toenemend belang bij het respecteren van signaleringen van Schengenpartners, gelet op het steeds sterker wordend Europa alsook op de gewijzigde veiligheidssituatie in de wereld'. De Nederlandse rechter gaf de IND en de minister gelijk. Volgens de rechtbank mocht de

25 LJN AU3548, JV 2005/447, m.nt. P. Boeles.

26 LJN BD3037, JV 2008/288, m.nt. P. Boeles.

27 De *Moon*-zaak en de betreffende Duitse en Belgische uitspraken zijn beschreven in mijn noot bij Rechtbank 's Gravenhage zp Amsterdam, 23 maart 2007, nr. AWB 06/37989, JV 2007/ 245 en in Evelien Brouwer, *The Other Side of Moon. The Schengen Information System and Human Rights: A Task for National Courts* CEPS Working Document no. 288, Brussels: CEPS, April 2008, p. 1-18.

minister aan de door haar aangevoerde algemene belangen zwaarder gewicht toekennen dan aan de individuele belangen van het echtpaar. Door zowel de Belgische administratieve rechtbank, als verschillende Duitse rechters was echter eerder geconcludeerd dat de betreffende signalering onrechtmatig was. Deze rechters oordeelden dat de signalering in strijd was met het recht op godsdienstvrijheid van de aanhangers van de Moon-organisatie en bovendien zou de noodzaak van de signalering onvoldoende zijn onderbouwd. Op basis van de Duitse rechterlijke uitspraak hebben de Duitse autoriteiten de signalering, twaalf jaar na de eerste opname, eindelijk uit het SIS verwijderd.<sup>28</sup> De *Moon*-zaak illustreert niet alleen de mensenrechtelijke consequenties van een SIS-signalering, maar vooral de afhankelijkheid van de betrokken personen van een goede rechtshulp en van goed geïnformeerde, actieve rechters.

## 6 Conclusies

In het beleid van de EU-lidstaten is er een steeds sterker wordende tendens om bij veiligheidsmaatregelen een directe link te leggen tussen asielzoekers en immigranten enerzijds, en potentiële terroristen anderzijds. De lidstaten bouwen aan een 'Europees informatienetwerk' waarbij een groot vertrouwen wordt gesteld in de effectiviteit en kwaliteit van deze informatiemaatregelen. Dit vertrouwen lijkt echter niet te worden gestaafd met de ervaringen die zijn opgedaan met het SIS.<sup>29</sup> Het gebruik van het SIS en van andere databestanden zoals Eurodac en het toekomstige VIS hebben een duidelijke impact op de bescherming van mensenrechten, zoals het recht op privé-leven en dataprotectie maar ook op andere rechten zoals het non discriminatiebeginsel. Deze risico's worden alleen maar groter door het toenemend aantal staten en organisaties die deze informatiesystemen gebruiken.

Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming blijft een belangrijk probleem dat de criteria voor signaleringen in de Schengen landen zeer uiteenlopen en bovendien onvoldoende inzichtelijk zijn. Met de nieuwe SIS II Verordening heeft de Europese wetgever een kans laten liggen door de criteria niet te harmoniseren. Wel bevat de Verordening twee belangrijke aanscherpingen met betrekking tot de opname van signaleringen over derdelanders in SIS II. In de eerste plaats moet (op basis van artikel 21) iedere signalering in het SIS II vooraf worden gegaan door een evenredigheidstoets: dit houdt in dat de staat na moet gaan of de zaak gepast, relevant en belangrijk genoeg is om de persoon in het SIS op te nemen. Ten tweede moet de signalering gebaseerd zijn op een individuele beoordeling. Dit betekent dat derdelanders niet langer op basis van algemene criteria in SIS II kunnen worden opgenomen. Deze evenredigheidstoets en de verplichting van een voorafgaande individuele beoordeling, zijn belangrijke handvaten voor nationale rechters en instanties om de rechtmatigheid van een signalering te toetsen. Gelukkig is, zoals eerder aangegeven, het recht op beroep en de verplichting van lidstaten

28 Op grond van artikel 112 SUO (artikel 29 lid 2 van de SIS II Verordening) moet de signalerende Staat drie jaar na de opname van de signalering nagaan of verdere opname in het SIS nog noodzakelijk is voor het beoogde doel. Het feit dat de Duitse autoriteiten er in slaagden de signalering ten aanzien van het Moon echtpaar twaalf jaar in het SIS te handhaven, toont aan dat deze bepaling in de praktijk niet goed werkt.

29 Zie voor gegevens van de nationale dataprotectieautoriteiten in Frankrijk, Duitsland en Nederland, mijn dissertatie, p. 378-379, 427-428 en 482-483.

de uitspraken van rechters met betrekking tot het SIS te respecteren, in de SIS II Verordening gehandhaafd. Bovendien is in deze Verordening een bepaling opgenomen dat lidstaten in hun nationale recht oneigenlijk gebruik van SIS II gegevens moeten onderwerpen aan 'effectieve, evenredige en afschrikkende sancties' (Artikel 49).

De genoemde bepalingen leiden echter alleen tot een effectieve rechtsbescherming, wanneer nationale rechters of andere onafhankelijke toetsingsorganen hun taken serieus oppakken. In een rechtsgebied waarin steeds vaker een beroep wordt gedaan op wederzijdse erkenning van (negatieve) besluiten, moeten rechters bevoegd en bereid zijn over de nationale grenzen heen te kijken. Informatie uitwisseling en samenwerking tussen gerechtelijke instanties kunnen daarbij een belangrijke rol spelen. Wetgevers van de EU-lidstaten dienen het individuele recht op rechtsbescherming te waarborgen door de toezichthoudende instanties hiertoe voldoende capaciteit en middelen te geven. Uiteindelijk blijft de rechtspositie van migranten vooral afhankelijk van goed geïnformeerde rechtshulpverleners en een kritische houding van rechters.