

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/73796>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-20 and may be subject to change.

# Derdelanders en de *e-grenzen* van de Europese Unie

Differentiatie of discriminatie?

*Evelien Brouwer\**

## 1. Inleiding

In november 2007 veroorzaakte het bericht over het kwijtraken van de persoonsgegevens van 25 miljoen burgers in het Verenigd Koninkrijk veel ophef in zowel binnen- als buitenland.<sup>1</sup> Een ambtenaar van de kinderbijslagdienst had deze data op twee cd-roms onaangetekend per post opgestuurd aan de interne controledienst (National Audit Office) van de Britse overheid. De cd-roms kwamen nooit aan en zijn later ook niet meer teruggevonden. De gegevens, onder meer bankrekeninggegevens en geboortedata van betrokkenen, zijn zeer fraudegevoelig. De ambtenaar die de geldende veiligheidsmaatregelen niet had nageleefd, is dan ook terecht op staande voet ontslagen.

Het Britse incident illustreert de kwetsbaarheid van grootschalige datasystemen in het algemeen. Het is niet toevallig dat deze gebeurtenis meteen werd aangegrepen door de voorzitter en vice-voorzitter van de LIBE Commissie van het Europese Parlement om op te komen voor de gegevensbescherming van een specifieke groep van personen: namelijk niet-EU-onderdanen of derdelanders.<sup>2</sup> In hun brief aan de heer Frattini, vice-president van de Europese Commissie, tevens Commissaris voor Justitie en Binnenlandse Zaken, spreken de europarlementariërs Sarah Ludford en Carlos Coelho hun zorg uit over de beveiliging van gegevens in het toekomstige Visum Informatie Systeem (VIS) en de zogenaamde tweede generatie Schengen Informatie Systeem of SIS II. Zij zijn met name bezorgd over het feit dat in de voorstellen van zowel het VIS als SIS II de mogelijkheid wordt open gelaten om de in deze systemen opgeslagen data ook op cd-roms vast te leggen. Nu al worden gegevens over derdelanders die in het huidige SIS zijn opgeslagen via cd-roms aan de ambassades van de Schengen staten opgestuurd.

Bij de recente ontwikkelingen inzake gegevensverzameling wordt tot nu toe minder aandacht besteed aan de vraag of de vooral op derdelanders gerichte maatregelen niet in strijd zijn met het non-discriminatiebeginsel. In *Citizens and Third Country Nationals: Differential Treatment or Discrimination*, waarnaar de titel van deze bijdrage verwijst, wordt deze vraag opgeworpen door Kees Groenendijk.<sup>3</sup> Hij citeert hierbij een aanbeveling uit 2004 van het Comité voor uitbanning van rassendiscriminatie.<sup>4</sup> Hierin roept het Comité de bij het Verdrag tegen rassendiscriminatie aangesloten staten op om zowel in hun immigratie- als antiterrorismebeleid personen niet te discrimineren op basis

---

\* Universitair docent staats- en bestuursrecht, Universiteit Utrecht.

1 *Het Financieele Dagblad*, 21 november 2007.

2 Brief van 22 november 2007, gepubliceerd op [www.statewatch.org](http://www.statewatch.org).

3 General Recommendation, Discrimination against non-citizens, maart 2004, zie [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

4 Groenendijk 2006a, p. 88.

van hun ras, kleur, afkomst, of nationale of etnische afkomst.<sup>5</sup> Het Comité benadrukt dat maatregelen in de strijd tegen terrorisme noch in hun doel, noch in hun uiteindelijk effect mogen leiden tot discriminatie op één van deze genoemde gronden en dat niet-onderdanen niet mogen worden blootgesteld aan raciale of etnische profilering of stereotypering. Groenendijk past deze waarschuwing toe op de bovengenoemde ontwikkelingen op EU niveau: “The drafters of the VIS Information System and other JHA projects on the exchange of computerized information on third-country nationals, would be well advised to take this recommendation seriously.”

Deze bijdrage gaat in op de betekenis van het non-discriminatiebeginsel met betrekking tot dataverzameling en -opslag over derdelanders in de EU. Welke vormen van onderscheid kunnen hierbij worden gemaakt en welke non discriminatie verboden zijn van toepassing? Aan het slot zal bepleit ik een stelselmatige noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets bij het gebruik van persoonsgegevens van derdelanders.

## 2. “E-grenzen”: databestanden en biometrie

In de in 2006 gepubliceerde *Mededeling inzake beleidsprioriteiten bij de bestrijding van illegale immigratie van onderdanen van derde landen* geeft de Europese Commissie een eerste beschrijving van op welke wijze informatietechnologie in het kader van migratiebeleid kan worden ingezet.<sup>6</sup> Voor ogen staat een ‘geïntegreerde technologische aanpak’ of de door haar benoemde ‘e-grenzen’.<sup>7</sup> Volgens de Commissie geven bestaande systemen zoals het SIS en het toekomstige VIS “nog onvoldoende beeld van de bewegingen van migranten”. Het SIS is op het moment van schrijven het grootste Europese datasysteem.<sup>8</sup> Hoewel in dit systeem verschillende categorieën persoonsgegevens kunnen worden opgenomen, betreft de meerderheid van alle personen in het SIS derdelanders die ter weigering van toegang zijn gesignaleerd.<sup>9</sup> In het VIS worden de gegevens opgenomen van alle visumplichtige derdelanders die jaarlijks voor één van de EU-landen een visum aanvragen. Het VIS zal toegankelijk zijn voor minstens 12.000 gebruikers en de 3.500 consulaire diensten van de 27 EU-lidstaten. De invoering van een “algemeen en geautomatiseerd inreis-uitreissysteem of entry-exit systeem” zou de controle van de immigratie- en verblijfsstatus van onderdanen van derde landen vergemakkelijken, aldus de Commissie in haar mededeling van 2006. Met een zogenaamd “geautoriseerd reisprogramma” en een elektronisch alertsysteem zou eenvoudiger kunnen worden vastgesteld wie de toegelaten verblijfsduur heeft overschreden.<sup>10</sup>

Bij de ontwikkeling van een dergelijk ‘entry-exit systeem’ zal biometrie een belangrijke rol spelen.<sup>11</sup> Eén van de eerste grootschalige toepassingen van biometrie is Eurodac.

5 Aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, resolutie 2106, 21 december 1965, in werking getreden op 4 januari 1969.

6 COM(2006) 402 van 19 juli 2006.

7 Zie ook COM(2005) 597 van 24 november 2005.

8 Zie mijn dissertatie: Brouwer 2008.

9 Op 1 januari 2008 betrof dit 696.419 signaleringen. Bron: SIS Database Statistics dd. 01/01/2008, Raadsdocument 5441/08, 31 januari 2008.

10 Verdergaande voorstellen staan in de Mededeling (2008) 69 van de Commissie van 13 februari 2008 inzake een geïntegreerd systeem voor grensbeheer.

11 Zie over de rol van biometrie in EU voorstellen: Lodge 2007, p. 45-66.

In Eurodac worden sinds 2003 vingerafdrukken opgenomen van personen die in één van de EU-lidstaten asiel zoeken of die op irreguliere wijze de EU-buitengrenzen hebben overschreden.<sup>12</sup> Biometrische gegevens zoals vingerafdrukken en een digitale gezichtsopname zullen in het VIS, maar ook in het toekomstige SIS II worden opgenomen.<sup>13</sup> In september 2007, heeft de EU-Raad overeenstemming bereikt over een voorstel tot wijziging van de Verordening 1030/2002 voor een uniform format voor verblijfsstelsels.<sup>14</sup> Op grond hiervan worden in de verblijfsdocumenten van niet EU-onderdanen door middel van een chip in ieder geval de gezichtsopname en twee vingerafdrukken van de houder opgenomen. De lidstaten kunnen volgens deze Verordening ook kiezen voor aanvullende biometrische kenmerken.

### 3. Bij voorbaat verdacht: gebruik van data voor opsporingsdoeleinden

Bij de bovenbeschreven maatregelen worden de bestrijding van illegale immigratie en de bescherming van veiligheid vaak in één adem genoemd. Zowel het VIS als SIS II zullen worden gebruikt door opsporingsautoriteiten. Volgens artikel 1 van de voorgestelde VIS Verordening zal het VIS mede worden gebruikt ter voorkoming van dreigingen voor de interne veiligheid van de lidstaten. In juni 2007 heeft de Raad een akkoord bereikt over het besluit op grond waarvan veiligheidsdiensten en Europol toegang krijgen tot het VIS.

Een zorgwekkende ontwikkeling is de voorgestelde uitbreiding van het doel van Eurodac. Op dit moment mogen de lidstaten Eurodac uitsluitend gebruiken om vast te stellen welke staat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek volgens de zogenaamde Dublin criteria. Op verzoek van de Raad, bereidt de Europese Commissie wetgeving voor om de toegang tot Eurodac uit te breiden voor opsporingsdoeleinden. De verruiming van toegang tot Eurodac zou nodig zijn voor de preventie, detectie en het onderzoek van criminele feiten en in het bijzonder van terroristische misdrijven. De Duitse regering legitimeerde dit voorstel met de overweging dat “asielzoekers en buitenlanders die onrechtmatig in de EU verblijven, regelmatig zijn betrokken bij de voorbereiding van terroristische aanslagen”.<sup>15</sup>

Ook op nationaal niveau, onder verwijzing naar de ontwikkelingen binnen de EU, wordt de scheiding tussen het doel van migratierecht en opsporing steeds vaker ter discussie gesteld. In een brief van 12 november 2007, stelt de Minister van Justitie voor om vingerafdrukken die zijn genomen ter uitvoering van de vreemdelingenwetgeving vergelijkbaar te maken met vingerafdrukken verkregen uit sporen met betrekking tot gepleegde strafbare feiten.<sup>16</sup>

Een belangrijk voorbeeld van dataverzameling die speciaal is gericht op (bepaalde groepen) van derdelanders is dataprofilering. Bij dataprofilering worden op basis van

12 Eurodac Verordening 2725/2000 van 11 december 2000, *PbEGL* 316, 15.12.2000.

13 Verordening 1987/2006 inzake SIS II, *PbEGL* 381, 28.12.2006.

14 COM (2006) 110 final, 10.3.2006.

15 Raadsdocument 16892/06, 20 December 2006, niet openbaar maar gepubliceerd op: [www.statewatch.org/news/2007/jan/05eurodac.htm](http://www.statewatch.org/news/2007/jan/05eurodac.htm) en Raadsdocument 17102/06, 22 December 2006, gepubliceerd op <http://register.consilium.europa.eu>.

16 *Kamerstukken II* 2007-2008, 19 637, nr. 1176.

bepaalde criteria passend bij een algemeen persoonsprofiel verschillende databestanden met elkaar vergeleken om te onderzoeken of één persoon in verschillende databestanden voorkomt. Etnische profilering betreft het stelselmatig classificeren van personen op grond van hun ras, etniciteit, nationaliteit of religie en het handelen aan de hand van die classificatie.<sup>17</sup> Data zoals opgeslagen in het VIS, SIS II of Eurodac kunnen zo ook selectief op basis van bepaalde kenmerken, nationaliteit, etniciteit of religie worden onderzocht. Door een dergelijk gebruik van deze databestanden zullen met name derdelanders aan nadere controles kunnen worden onderworpen.

#### 4. Wanneer is sprake van ongerechtvaardigd onderscheid?

##### 4.1 Welke vormen van onderscheid?

Voor de vraag wanneer onderscheid ongerechtvaardigd is, dient men eerst vast te stellen welke vormen van onderscheid worden gemaakt. In *Differential Treatment or Discrimination* maakt Groenendijk in een ander verband onderscheid tussen vijf categorieën van ‘onderscheid tussen personen’ in het EU-recht.<sup>18</sup> Hij noemt het onderscheid tussen 1) nationale onderdanen en niet-onderdanen; 2) nationale onderdanen en EU-onderdanen; 3) EU-onderdanen en derdelanders; 4) verschillende categorieën derdelanders en ten slotte 5) onderscheid naar etniciteit.

Op het hier besproken onderwerp zijn vooral de laatste drie vormen van onderscheid van toepassing. Ter weigering van toegang worden in het SIS alleen niet-EU onderdanen opgenomen en wordt dus het derde genoemde onderscheid gemaakt. Daarnaast is ook het vierde onderscheid van toepassing omdat binnen deze groep van te weigeren derdelanders ook onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende categorieën. Dit bewees de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Commissie v. Spanje*. Hierin oordeelde het Hof ten aanzien van familieleden van EU-onderdanen die in het SIS ter weigering van toegang zijn opgenomen, dat de weigering van toegang of van een visum op basis van een SIS-signalering aan extra waarborgen dient te voldoen.<sup>19</sup> Ook bij het VIS gaat het zowel om het onderscheid tussen EU onderdanen en derdelanders, als het vierde onderscheid. Immers niet alle derdelanders die de EU willen binnenreizen worden in het VIS geregistreerd: enkel die die visumplichtig zijn. Bij de vaststelling van de zogenoemde visumlijst spelen zowel economische factoren, buitenlandse betrekkingen als veiligheidsoverwegingen een rol. Op basis van profilering naar nationaliteit, worden staten waarvan de EU-staten aannemen dat deze onderdanen een risico voor definitieve vestiging zijn of banden met terroristische netwerken kunnen hebben, op de lijst gezet.<sup>20</sup> Bij deze selectie is dus ook het vijfde onderscheid relevant. Bij Eurodac gaat het in de eerste plaats om het derde onderscheid: het systeem bevat enkel vingerafdrukken van niet-EU onderdanen. Zodra iemand de nationaliteit van één van de EU-lidstaten verwerft, moeten diens data uit het Eurodac worden ver-

17 Definitie van het EU Netwerk van Onafhankelijke Experts inzake Fundamentele Rechten in *Ethnic profiling in Europe*, december 2006, CFR-CDF. Opinion4.2006.

18 Groenendijk 2006a, p. 80.

19 C-503/03, *JV* 2006/123 met noot M.K. Bulterman.

20 Zie ook Guild 2005, p. 14 ff.

wijderd. Omdat in Eurodac alleen derdelanders die asiel aanvragen worden geregistreerd of die op irreguliere wijze de buitengrenzen overschrijden, is ook het vierde onderscheid van toepassing.

Bij de hierboven genoemde praktijk van dataprofilering op basis van nationaliteit, ras of etniciteit gaat het natuurlijk om het vijfde onderscheid.

## 4.2 Onderscheid naar nationaliteit

### 4.2.1 Artikel 14 EVRM

Op grond van artikel 14 EVRM dienen de staten de in dit verdrag beschermde rechten aan een ieder te verzekeren, “zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.” Dit houdt in dat ieder ongerechtvaardigd onderscheid op grond van iemands nationale afkomst verboden is. Daarnaast biedt Protocol no. 12 bij het EVRM een algemeen discriminatieverbod dat zich niet beperkt tot de in het EVRM neergelegde mensenrechten.<sup>21</sup>

De besproken informatiesystemen zullen niet alleen aan de externe grenzen worden geraadpleegd, maar ook door opsporingsinstanties binnen het grondgebied van de EU. Dergelijke controles en het gebruik van biometrie in visa en verblijfsdocumenten kunnen in strijd zijn met de genoemde bepalingen indien dit selectief, op grond van nationaliteit wordt toegepast zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Hoewel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in *Moustaquim v. België* heeft aanvaard dat de preferentiële behandeling van EU-burgers in het nationale recht een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond kan zijn voor onderscheid in het kader van toekenning van bepaalde rechten, rechtvaardigt dit niet ieder verschil van behandeling in het kader van EU-maatregelen.<sup>22</sup> De beschermde positie van EU-burgers (of niet-EU-familieleden van EU-onderdanen) betekent niet dat in het kader van gegevensopslag en de afname van biometrische kenmerken ieder onderscheid tussen EU-onderdanen en derdelanders, of tussen verschillende groepen van derdelanders, rechtmatig is. In verschillende uitspraken heeft het EHRM vastgesteld dat gedifferentieerde behandeling in relevante vergelijkbare gevallen zonder dat hiervoor een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaat, verboden discriminatie in de zin van artikel 14 EVRM is.<sup>23</sup>

### 4.2.2 Discriminatieverboden in het EG-recht

In recente EG-wetgeving zijn op initiatief van het Europese Parlement extra bepalingen opgenomen inzake de naleving van mensenrechten en het non-discriminatieverbod. Zo bepaalt bijvoorbeeld artikel 4b van de voorgestelde *Verordening inzake het uniform format voor verblijfstitels* dat het afnemen van de biometrische gegevens moet gebeuren in overeenstemming met de voorwaarden van het EVRM. Op grond van de *Schengengrenscode* zijn grenswachters verplicht hun grenscontroles uit te voeren zonder

21 CETS no. 177, dit protocol is in werking getreden op 1 april 2005.

22 *Moustaquim v. België*, 18 februari 1991, 12313/86.

23 *Mamatkulov en Abdurasulovic v. Turkije (I)*, 6 februari 2003, 46827/99; *Gaygusuz v. Oostenrijk*, 17 september 1996, 17371/90.

discriminatie van personen op grond van geslacht, ras, etnische oorsprong, godsdienst, overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.<sup>24</sup> Ook in de preambules van de *Gezinsherenigingsrichtlijn* en van de *Richtlijn inzake langdurig ingezetene burgers van derde landen* en de *Richtlijn inzake het vrij verkeer van unieburgers* wordt uitdrukkelijk bepaald dat de lidstaten deze richtlijn moeten toepassen zonder onderscheid naar ras, huidskleur, etnische of sociale herkomst, taal, godsdienst of het behoren tot een nationale minderheid. Nationaliteit wordt daarbij niet als verboden discriminatiegrond genoemd, maar zoals eerder door Groenendijk en anderen is onderstreept, geldt binnen de reikwijdte van het communautaire recht ook voor het migratierecht het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit van artikel 12 EG Verdrag.<sup>25</sup>

Dit is ook vastgelegd in Artikel 21 van het EU Handvest van de Grondrechten.<sup>26</sup> Deze bepaling verbiedt elke discriminatie, onder meer op grond van ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken en het behoren tot een nationale minderheid. Lid 2 bevat een verwijzing naar de bepaling van artikel 12 EG Verdrag op grond waarvan binnen de werkingssfeer van het EG Verdrag en het EU Verdrag “en onverminderd de bijzondere bepalingen van die Verdragen” elke discriminatie op grond van nationaliteit is verboden.

### 4.3 Onderscheid naar etniciteit, ras of religie

#### 4.3.1 Artikel 14 EVRM

Het EHRM heeft in de zaak *Timishev v. Rusland* duidelijk gemaakt dat nationale autoriteiten in het kader van grenscontroles de beperkingen van artikel 14 EVRM en het recht op bewegingsvrijheid moeten respecteren.<sup>27</sup> Deze zaak betrof de klacht van een Tsjetsjeense Rus aan wie door de Russische autoriteiten op basis van zijn etnische afkomst was geweigerd bepaalde interne grenzen in Rusland te overschrijden. Het EHRM oordeelde dat dit in strijd was met artikel 14 EVRM in combinatie met artikel 2 van het 4<sup>de</sup> protocol bij het EVRM. Het laatstgenoemde artikel beschermt het recht op vrijheid van beweging en de vrijheid om te kiezen waar men wil verblijven binnen een Staat. Dit recht is van toepassing op iedereen die “wettig op het grondgebied van een Staat verblijft”. Volgens het Hof kan geen enkel verschil in behandeling die uitsluitend of in hoge mate is gebaseerd op iemands etnische afkomst objectief worden gerechtvaardigd in de huidige democratische samenleving welke is gebouwd op “de beginselen van pluralisme en het respect voor verschillende culturen”.<sup>28</sup>

Volgens het Netwerk van Onafhankelijke Experts inzake Fundamentele Rechten in het rapport *Ethnic profiling in Europe* is het systematisch laten meespelen van ‘raciale’ en etnische persoonskenmerken bij het maken van strafrechtelijke besluiten zonder twijfel

24 Verordening 562/2006 ter vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen van 15 maart 2006, *PbEG* L/105, 13.4.2006. Zie artikel 6 lid 1 en artikel 4 (2).

25 Groenendijk 2006b, p. 231-237 en Boeles 2005, p. 500-513.

26 *PbEG* C 303/1, 14.12.2007.

27 EHRM, *Timishev v. Russia*, 13 december 2005, *European Human Rights Cases* 2006/2, m.nt. K. Henrard, zie para. 58-59.

28 “No difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures.” Ook aangehaald in Groenendijk 2006b.

discriminerend, omdat het causale verband tussen ras, etniciteit, nationaliteit of religie met de neiging tot het vertonen van bepaald crimineel gedrag, nooit is aangetoond.<sup>29</sup> In dit rapport onderstrepen de experts dat het principe van non-discriminatie inhoudt dat alléén in uitzonderlijke gevallen ras, etniciteit, nationaliteit of religie van invloed mag zijn op de beslissing hoe iemand wel of niet te behandelen. Zij uiten hun bezorgdheid over de vele bevoegdheden om naar eigen inzicht te handelen bij bijvoorbeeld ‘stop and search’-activiteiten en het gebrek aan toezicht op het gedrag van de politie. Bovendien wijzen zij er op dat het proactief beleid dat na de aanslagen van 11 september 2001 in veel landen werd gevoerd, sindsdien ook wordt toegepast tegen andere vormen van misdaad. Dit leidt er volgens hen toe dat de politie (profielshets)methodes ontleent van veiligheidsdiensten, waardoor het risico van discriminerend handelen door de politie aanzienlijk stijgt.

#### 4.3.2 CERD

Het VN Verdrag tegen Rassendiscriminatie (CERD) verplicht de verdragspartijen alle vormen van rassendiscriminatie uit te bannen. Hoewel het CERD onderscheid toelaat tussen onderdanen en niet-onderdanen en ook nationale bepalingen in het kader van nationaliteit, staatsburgerschap of naturalisatie onverlet laat, bepaalt artikel 1 (3) dat niets in dit Verdrag zo mag worden uitgelegd dat een staat mag discrimineren ten aanzien van een bepaalde nationaliteit. Dit betekent dat wanneer overheidshandelen is gericht op mensen van een bepaalde nationale of etnische achtergrond, dit in strijd met het CERD kan zijn. Deze betekenis van het CERD speelde een rol in de conclusies van het Britse House of Lords in 2004 in de zaak *Immigration Office at Prague Airport*.<sup>30</sup> Deze zaak betrof zogenaamde ‘pre-flight checks’ in de luchthaven van Praag die met name waren gericht op Tsjechische onderdanen van Roma afkomst ter voorkoming van illegale immigratie naar het Verenigd Koninkrijk. De House of Lords concludeerde dat deze door het Britse Ministerie van Binnenlandse Zaken geïnstrueerde controles in strijd waren met artikel 1(2) van het CERD omdat de toegepaste selectie was gebaseerd op raciale gronden.

#### 4.4 Non-discriminatoire werking van het dataproctierecht

Ten slotte wijs ik op het non-discriminatoire karakter van het recht op privacy en dataproctie. Artikel 8 EVRM (het recht op privéleven) en de artikelen 7 (privéleven) en 8 (bescherming van persoonsgegevens) van het EU Handvest voor de Grondrechten gelden uitdrukkelijk voor een ieder zonder onderscheid naar nationaliteit of afkomst. Door de bovengenoemde maatregelen zullen derdelanders steeds vaker worden geconfronteerd met controles waarbij hun identiteit en/of rechtmatigheid van verblijf op basis van biometrie en de vergelijking van gegevens in databestanden worden vastgesteld. Door deze praktijk worden bepaalde rechten zoals het doelbindingsprincipe, bewaartermijnen, transparantie voor derdelanders niet op dezelfde wijze beschermd als voor nationale onderdanen of EU-onderdanen. Zoals ook in een notitie van de Raad van Europa over de mensenrechtenbescherming van irreguliere migranten is verwoord,

<sup>29</sup> *Ethnic profiling in Europe*, december 2006, CFR-CDF.Opinion4.2006.

<sup>30</sup> House of Lords 9 December 2004, *R v. Immigration Office at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*, [2004] UKHL 55 par. 101.



zullen migranten sneller de dupe worden van fouten die inherent zijn aan het gebruik van biometrie of databestanden. Juist daarom is een adequate rechtsbescherming voor deze personen zo belangrijk: “While biometric identity documents, which operate between countries, are important security measures, the effect of mistake on migrants will be much greater than on citizens where a computer malfunctions, and misidentifies an individual, or fails to record a legal entry, and so nullifies lawful entry; appeals should be a part of immigration law.”<sup>31</sup>

Daarnaast valt te wijzen op het in dataproctierecht vervatte verbod op geautomatiseerde besluitvorming zoals neergelegd in artikel 15 van de EG Richtlijn 95/46 inzake gegevensbescherming. Dit beginsel houdt in dat gegevens opgeslagen in een databestand of een uitkomst van groepsprofilering nooit de enige reden mag zijn voor een individuele beslissing.<sup>32</sup> Ook zal in bepaalde omstandigheden het opslaan of verstrekken van bijvoorbeeld biometrische gegevens of gegevens over religie of etniciteit in strijd zijn met de bescherming van bijzondere of gevoelige gegevens in artikel 8 EG richtlijn 95/46.

## 5. Noodzaak en proportionaliteit als randvoorwaarden voor “e-grenzen”

Belangrijke randvoorwaarden die tot nu toe bij de beoordeling van bovengenoemde maatregelen te weinig aandacht krijgen, zijn de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets. Zowel bij de opzet van nieuwe datasystemen, als bij concrete beslissingen om individuen op te nemen in een datasysteem, moeten de lidstaten de noodzaak en proportionaliteit aantonen. Een belangrijke vooruitgang is in dit opzicht de opname van artikelen 24 (1) en 17 in de SIS II Verordening 2006/1987. Deze bepalingen voorzien respectievelijk in de eis van individuele beoordeling en een proportionaliteitstoets. Voor een persoon ter weigering van toegang in het SIS II kan worden opgenomen, moeten de nationale autoriteiten een individuele en concrete afweging maken van de noodzaak en de proportionaliteit van de signalering. In dit verband is er met Schmid-Drüner veel voor te zeggen om de openbare orde criteria zoals die gelden voor EU-burgers en de in het EG recht beschermde derdelanders uit te breiden naar andere groepen van personen zoals langverblijvende derdelanders.<sup>33</sup> Hierbij kan worden gewezen op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Maslov v. Oostenrijk*. Hierin hanteerde het Hof de proportionaliteitstoets in het kader van verblijfsbeëindiging op openbare orde gronden en de gevolgen daarvan voor het recht op gezinsleven van de betrokkene. Op basis van de concrete omstandigheden vond het Hof de betreffende ongewenstverklaring (‘residence prohibition’) disproportioneel: “Having regard to the circumstances of the present case, in particular to the nature and severity of the offences, which are to be qualified as non-violent juvenile delinquency, the applicant’s good conduct after his release from prison and his lack of ties with his country of origin, a ten

---

31 Commissioner of Human Rights, *The Human Rights of Irregular Migrants in Europe*, Council of Europe, CommDH/IssuePaper (2007)1 Strasbourg 17 December 2007.

32 Beuving, Heuver & van Helden 2006, p. 1492.

33 Schmid-Drüner 2007, p. 437-445.

years' residence prohibition appears nevertheless disproportionate to the legitimate aim pursued."<sup>34</sup>

Gezien de nationale criteria op grond waarvan de afzonderlijke lidstaten derdelanders in het SIS opnemen, is het de vraag hoeveel van de huidige signaleringen over derdelanders in het SIS aan deze proportionaliteitstoets voldoen.

Met betrekking tot het VIS hebben de lidstaten verschillende keuzes onvoldoende onderbouwd. Zo kunnen vraagtekens worden gezet bij de proportionaliteit en de noodzaak van de opname van verschillende gegevens (bijvoorbeeld het 'land van geboorte' van de visumaanvrager en biometrische gegevens) en de bewaartermijn van vijf jaar. Ook de noodzaak om dit systeem voor zoveel verschillende autoriteiten toegankelijk te maken, is niet of nauwelijks besproken tijdens de onderhandelingen.

Voor het gebruik van dataprofilering zijn noodzakelijkheid en proportionaliteit minimale graadmeters. Onder de noemer van 'rationality' en 'balance' hanteert Legomsky vergelijkbare voorwaarden in zijn *The Ethnic and Religious Profiling of Noncitizens*.<sup>35</sup> Rationaliteit houdt volgens Legomsky in dat er een duidelijke link moet zijn tussen het middel en doel: de gebruikte methoden moeten de kansen op opsporing daadwerkelijk verhogen. Ten tweede moeten de voordelen van deze methode worden afgewogen tegen de mogelijke schade van data profilering. Het zijn criteria die ook centraal staan in de uitspraak van 2006 van het Duitse Verfassungsgericht inzake de praktijk van 'Ras-terfahndung' ter opsporing van 'verdachte' jonge Arabische moslims in Duitsland na de aanslagen van 11 september 2001.<sup>36</sup> Naar aanleiding van een klacht van een Marokkaanse student over wie op basis van dataprofilering informatie was verzameld, vond het Verfassungsgericht deze praktijk een disproportionele inbreuk op zijn recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Ter onderbouwing van deze conclusie verwees het Hof naar de extensieve reikwijdte van de gegevensverzameling, het gebruik van verschillende databestanden en het verhoogde risico voor de betreffende personen om doelwit te worden van strafrechtelijke vervolging. Juist nu in het onderhavige geval de praktijk van dataprofilering gericht was op een groep personen van een bepaalde nationaliteit die ook nog moslim waren, concludeerde de Duitse rechter dat deze praktijk kon leiden tot stigmatisering van een groep mensen in het openbare leven.

## 6. Conclusie

De komende jaren zullen rechters steeds vaker worden gevraagd het specifieke gebruik van dataprofilering en databestanden ten aanzien van derdelanders te toetsen. Dat een nationale rechter niet terugdeinst voor een proportionaliteitstoets bewijst de uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake het voorstel van de toenmalige Minister van Vreemdelingenzaken en Integratie voor een (landelijke) Verwijsindex Antillianen.<sup>37</sup> De rechtbank stelde vast dat de verwijsindex van gegevens over de Antilliaanse afkomst van

34 EHRM, *Maslov v. Austria*, 22 maart 2007, 1638/03, para 45.

35 Legomsky 2005, p. 177 ev.

36 Uitspraak Bundesverfassungsgericht, 4 april 2006, 1 BvR 518/02 gepubliceerd op 23 mei 2006.

37 LJN: BB0711, Rechtbank 's-Gravenhage 26/07/2007.

risicojongeren geen passend middel was om het daarmee beoogde doel te bereiken. Het was onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het probleem van de ongrijpbaarheid en het niet ingeschreven zijn in de gemeentelijke basisadministratie van de 'probleemjongeren' niet met een minder vergaand middel kon worden opgelost.

Het non-discriminatiebeginsel verplicht lidstaten om stelselmatig de noodzaak of rationaliteit van gegevensverzameling over derdelanders vast te stellen en er voor te zorgen dat het gebruik van deze data de personen niet op disproportionele wijze in hun rechten schaadt. Meer in het bijzonder betekent dit dat opsporings- of veiligheidsorganisaties slechts in uitzonderlijke situaties toegang mogen krijgen tot databestanden die oorspronkelijk voor andere doeleinden zijn opgezet. Een maatregel die op basis van acute en serieuze veiligheidsrisico's in het leven is geroepen, mag niet de standaard worden voor iedere vorm van overheidshandelen. Zeker niet wanneer hierdoor bepaalde groepen van personen meer worden geraakt dan andere.

### Literatuur

- Beuving, Jannette, Jan Willem Heuver & Willemijn van Helden (2006) 'Etniciteit, profilering en het gelijkheidsbeginsel', *Nederlands Juristenblad*, afl. 34, p. 1492.
- Boeles, Pieter (2005) 'Europese burgers en derdelanders: wat betekent het verbod van discriminatie naar nationaliteit sinds Amsterdam', *SEW*, p. 500-513.
- Brouwer, Evelien (2008) *Digital Borders and Real Rights. Effective remedies for third-country nationals in the Schengen Information System*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Groenendijk, Kees (2006a) Citizens and third country nationals: differential treatment or discrimination?, in: J.Y. Carlier & E. Guild, *The Future of Free Movement of Persons in the EU*, Bruxelles: Bruylant, p. 79-101.
- Groenendijk, Kees (2006b) 'EG migratierecht en de grenzen bij bestrijding van terrorisme', *Migrantenrecht* 6-7, p. 231-237.
- Groenendijk, Kees (2007) 'The Long-Term Residents Directive, Denizenship and Integration', in: Anneliese Baldaccini, Elspeth Guild & Helen Toner (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford: Hart Publishers, p. 429-450.
- Guild, Elspeth (2005) 'The Legal Framework. Who is Entitled to Move?', in: D. Bigo & E. Guild, *Controlling Frontiers. Free movement into and within Europe*, Aldershot: Ashgate, p. 14 ff.
- Legomsky, Stephen (2005) 'The Ethnic and Religious Profiling of Noncitizens: National Security and International Human Rights', *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 25.
- Lodge, Juliet (ed.) (2007) *Are you who you say you are? The EU and Biometric Borders*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Schmid-Drüner, Marion (2007) *Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Einwanderungsrecht ausgewählter EU-Mitgliedstaaten: Status quo und Reformbedarf auf europäischer Ebene*, Baden-Baden: Nomos Verlag.