

De minister voor Immigratie en Asiel
Drs. G.B.M. Leers
Postbus 20011
2500 EA 'S-GRAVENHAGE



Mr. J. de Poorte
070 – 370 8007
21 maart 2011
ACVZ/ADV/2011/009

Advies inzake de conceptwijziging van het Vreemdelingenbesluit (Vb) 2000 in verband met nadere regels over het toezicht ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding

Geachte heer Leers,

Bij brief van 22 februari 2011 (kenmerk 2011-2000024316) heeft u de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) gevraagd te adviseren over de conceptwijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000) in verband met nadere regels over het toezicht ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding. Met deze brief voldoet de ACVZ aan uw verzoek.

Met de wijziging van het Vb 2000 wordt blijkens de toelichting beoogd gevolg te geven aan de uitspraak van het Europese Hof van Justitie (verder te noemen: het Hof) van 22 juni 2010¹, de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (verder te noemen: ABRvS) van 28 december 2010² en aan artikel 21, onderdeel a, van de Schengengrenscodex³.

Het centrale criterium waaraan de voorgestelde wijziging moet worden getoetst is of, in de woorden van de ABRvS (r.o. 2.7.1), de nieuwe tekst een nationale wettelijke regeling is, op grond waarvan een controlebevoegdheid wordt uitgeoefend die voorziet in het

¹ C-188/10 en C-189/10 (arrest Melki en Abdeli).

² Zaaknummer 201010790/1/V3.

³ Pb EU 2005, nr. L105.

noodzakelijke kader voor het uitoefenen van die bevoegdheid om te waarborgen dat de uitoefening ervan niet hetzelfde effect als een grenscontrole kan hebben.

1. Algemene opmerkingen: art. 50 Vw 2000 en art. 21 Schengengrenscore

Artikel 50, eerste lid Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) biedt de basis voor twee soorten toezicht op vreemdelingen, namelijk a) *op grond van feiten en omstandigheden die, naar objectieve maatstaven gemeten, een redelijk vermoeden van illegaal verblijf opleveren* en b) *ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding*.

De voorgestelde Vb-wijziging gaat over het toezicht als bedoeld onder b).

Ingevolge A3/2.4 Vreemdelingencirculaire 2000 (Vc 2000) is het doel van het toezicht als bedoeld in b) *'illegaal verblijf, al dan niet in georganiseerd verband, in een zo vroeg mogelijk stadium tegen te gaan. Dit toezicht is tevens gericht op preventie en ontmoediging van toekomstige illegale immigratie*. Het toezicht als bedoeld in b) ex artikel 50 Vw 2000 staat sinds 1993 in de Vreemdelingenwet.⁴

De regels die in het kader van Schengen en de EU zijn opgesteld vloeien voort uit het uitgangspunt dat toezicht als bedoeld in b) juist niet meer plaats vindt.

In artikel 77 VWEU (Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) staat bijvoorbeeld vermeld dat de Unie beleid ontwikkelt dat tot doel heeft te *voorkomen dat personen, ongeacht hun nationaliteit, bij het overschrijden van de binnengrenzen aan enige controle worden onderworpen*.

In de preliminaire overwegingen van de Schengengrenscore staat: *'Grenstoezicht mag niet worden uitgeoefend noch formaliteiten worden opgelegd uitsluitend omdat de grens wordt overschreden.'*

Artikel 21 Schengengrenscore geeft aan dat controle door bevoegde instanties toegestaan zijn *voor zover de uitoefening van die bevoegdheid niet hetzelfde effect heeft als grenscontroles*.

Grenscontroles worden in artikel 2 Schengengrenscore als volgt gedefinieerd: *'De controles die aan de grensdoorlaatposten worden verricht om na te gaan of de betrokken personen, hun vervoermiddelen en de voorwerpen in hun bezit het grondgebied van de lidstaten mogen binnenkomen dan wel verlaten'*.

De regeling van artikelen 20 en 21 Schengengrenscore, zoals verduidelijkt door het Hof, komt erop neer dat alleen nog politietoezicht ter bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit mag worden uitgevoerd.

Het ontwerpartikel 4.17 a Vb 2000 voorziet niet in gerichte criminaliteitsbestrijding. Het gaat er blijkens de aanhef van het eerste lid om, dat ter bestrijding van illegaal verblijf

⁴ In de Vw van 1965 stond nog geen nadere specificatie van soorten toezicht. In 1993 is de splitsing tussen toezicht 'op grond van concrete aanwijzingen over illegaal verblijf' en 'ter bestrijding van illegaal verblijf, zodra dit mogelijk is na grensoverschrijding' in de wet gekomen. In de Vreemdelingencirculaire (Vc) van 1982 werd al wel het onderscheid 'toezicht in het binnenland' en 'toezicht ter bestrijding van illegale immigratie' gemaakt.

na grensoverschrijding personen worden staande gehouden ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie.

Met de huidige en voorgestelde uitvoering van de bevoegdheid van vreemdelingentoezicht ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding wordt naar het inzicht van de ACVZ derhalve wel nagegaan of betrokken personen Nederland mogen binnenkomen.

2. Hebben de controles zoals die in het ontwerpbesluit zijn geregeld hetzelfde effect als grenscontrole?

Het mobiel toezicht is strikt genomen geen grenstoezicht omdat het niet een activiteit is die aan de grens plaats vindt.⁵ Het kan wel worden geschaard onder de (andere) formaliteiten die worden opgelegd. In de Vreemdelingencirculaire staat dat het mobiel toezicht zich richt op ingereisdde personen na grensoverschrijding. De gecontroleerde personen wordt gevraagd zich te identificeren. Dit leidt tot de conclusie dat sprake is van in de considerans van de Schengengrenscodde bedoelde formaliteiten.

Ingevolge artikel 21 Schengengrenscodde worden controles geacht niet hetzelfde effect als grenscontroles te hebben als zij:

- niet grenstoezicht tot doel hebben;
- gebaseerd zijn op algemene politie-informatie en ervaring met betrekking tot mogelijke bedreigingen van de openbare veiligheid en met name bedoeld zijn ter bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit;
- worden gepland en uitgevoerd op een manier die duidelijk verschilt van de systematische controles van personen aan de buitengrenzen;
- op basis van controles ter plaatse worden uitgevoerd.⁶

Toetsing aan de laatste twee criteria leidt volgens de ACVZ niet tot een problematische uitkomst. De ACVZ is van oordeel dat aan die voorwaarden wordt voldaan.

Echter, toetsing aan de eerste twee criteria die in artikel 21 Schengengrenscodde zijn genoemd leidt tot de vaststelling dat daaraan niet is voldaan:

'Niet grenstoezicht tot doel hebben'

Het doel van de Nederlandse controles is volgens de titel van de wijziging van het Vb 'bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding'.

⁵ Zie de definitie van grenstoezicht in artikel 2 Schengengrenscodde.

⁶ Interessant hierbij is de Conclusie van de Advocaat-generaal bij de Melki-uitspraak: *'Uit de bewoordingen van artikel 21, sub a, van verordening nr. 562/2006 blijkt niet of de vier vermelde omstandigheden al dan niet cumulatief zijn. Bovendien overlappen die omstandigheden, met name de derde en de vierde omstandigheid, elkaar enigszins. Mijns inziens worden die vier omstandigheden enkel bij wijze van voorbeeld genoemd. De kernvraag is of politie maatregelen hetzelfde effect hebben als de uitoefening van grenscontroles. Die vraag moet per geval worden beantwoord. De vermelde omstandigheden vormen dus factoren of aanwijzingen die een hulp kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of de uitoefening van de politiebevoegdheid hetzelfde effect heeft als de uitoefening van grenscontroles, maar dat een of meer omstandigheden voorliggen is niet noodzakelijkerwijs doorslaggevend in dat verband. Ik ben dan ook van mening dat uit artikel 21, sub a, van verordening nr. 562/2006 volgt dat de uitoefening van de politiebevoegdheid maatregelen uitsluit die hetzelfde effect hebben als de uitoefening van grenscontroles, zelfs indien zij in een concreet geval beantwoorden aan een of meer van de in artikel 21, sub a, van verordening nr. 562/2006 bedoelde omstandigheden'*

Volgens artikel 2 van de Schengengrenscodice is 'grenstoezicht': *'De overeenkomstig en voor het doel van deze verordening aan een grens uitgevoerde activiteit die uitsluitend wegens de voorgenomen of daadwerkelijke grensoverschrijding en dus niet om andere redenen wordt verricht, en die bestaat in controle en bewaking van de grens.'*

De ACVZ is van oordeel dat het voorgestelde mobiel toezicht zoals het volgens het ontwerpbesluit zal worden geregeld strikt genomen geen grenstoezicht is, maar *de facto* wel grenstoezicht tot doel heeft. De ACVZ is zich bewust van de uitspraak van de ABRvS op 10 oktober 2010. De Afdeling overweegt in die uitspraak dat uit de Vc 2000 blijkt dat een Mobiel Toezicht Vreemdelingen (MTV)-controle gericht is op het in een zo vroeg mogelijk stadium tegengaan van illegaal verblijf. Dit doel verschilt volgens de Afdeling van dat van een grenscontrole, die blijkens de Schengengrenscodice betrekking heeft op het al dan niet mogen binnenkomen of verlaten van een lidstaat. Hoewel er inderdaad verschil is tussen beide doelstellingen, dreigen zij elkaar te raken en te overlappen als de controle dicht bij de grens plaatsvindt, zoals in de voorgenomen regeling het geval is. Blijkens de ontwerpbeplating wordt het mobiele toezicht uitgeoefend op de luchthavens, in treinen binnen een half uur na grensoverschrijding of tot uiterlijk het tweede station en op wegen en vaarwegen binnen twintig kilometer van de grens.

Onder die omstandigheden is, naar het oordeel van de ACVZ en kijkend naar het effect, het verschil tussen 'in een zo vroeg mogelijk stadium' en 'aan de grens' kunstmatig en niet doorslaggevend.

'Gebaseerd zijn op algemene politie-informatie en ervaring met betrekking tot mogelijke bedreigingen van de openbare veiligheid en met name bedoeld zijn ter bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit'

De ACVZ ziet in de voorgestelde regeling van mobiel toezicht, zoals de voorgenomen regeling zich dat voorstelt, geen aanknopingspunt dat het gebaseerd zal zijn op informatie en ervaring met betrekking tot mogelijke bedreigingen van de openbare veiligheid.

Uit het ontwerp eerste lid (aanhef) en tweede lid blijkt dat het mobiel toezicht niet is bedoeld ter bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit maar dat het is bedoeld om illegaal verblijf in een zo vroeg mogelijk stadium tegen te gaan en om toekomstige illegale immigratie te ontmoedigen.⁷ Aan dit criterium wordt derhalve niet voldaan.

Het Hof heeft in het Melki-arrest (over het Franse mobiele vreemdelingtoezicht) artikel 20 en 21 Schengengrenscodice verduidelijkt en enkele randvoorwaarden geformuleerd waaraan moet zijn voldaan.

Het Hof concludeert dat artikel 67 lid 2 VWEU en artt. 20 en 21 Schengengrenscodice nationale regelgeving verbiedt die politie de bevoegdheid geeft om identiteitscontroles te verrichten in een gebied van 20 kilometer vanaf een binnengrens, *los van het gedrag van betrokkene* en *los van omstandigheden die kunnen duiden op een inbreuk op de openbare orde*, om vast te stellen of betrokkenen beschikken over de benodigde documenten, terwijl die regelgeving geen kader biedt dat garandeert dat de praktische uitvoering van die bevoegdheid niet hetzelfde effect heeft als grenscontroles.

De ontworpen beplating geeft voor zover de ACVZ kan zien geen enkele instructie die de betrokken ambtenaren erop wijst dat zij moeten letten op het gedrag van de betrokkene of op omstandigheden die kunnen duiden op een inbreuk op de openbare orde. Eerder bleek al dat de regeling van het ontwerpbesluit kennelijk niet is bedoeld

⁷ Vc A3/2.2.4.

om grensoverschrijdende criminaliteit op te sporen. Aan deze criteria van het Hof is in het ontwerpbesluit niet voldaan.

3. Opmerkingen naar aanleiding van de tekst van het voorstel

In aansluiting op bovenstaande algemene beschouwing volgen nog enkele meer gedetailleerde opmerkingen.

Artikel I, Artikel 4.17a, lid 3

Aangegeven wordt dat bij het toezicht op luchthavens de bevoegdheid tot staandehouding 'niet ten aanzien van elke passagier op een vlucht [wordt] uitgeoefend'. De ACVZ vraagt zich af wat de criteria zullen zijn om de ene passagier wel en de andere niet te controleren. Dit mede gelet op het in de Nota van Toelichting bij lid 4 genoemde belang om te controleren 'zonder onderscheid naar persoon'. Bij het toezicht in internationale treinen is daarom opgenomen dat binnen een treincoupé *alle* personen worden gecontroleerd 'omdat hiermee wordt gewaarborgd dat zonder onderscheid naar persoon wordt gecontroleerd'.

Nota van toelichting, Inleiding, tweede alinea

Aangegeven wordt dat toezicht op illegaal verblijf in het gebied aan de binnengrens juist nodig is 'omdat in dat gebied een significant grotere kans bestaat om illegalen aan te treffen dan in de rest van het land'. De ACVZ twijfelt aan de juistheid van deze stelling. Uit de Rapportage vreemdelingenketen blijkt immers dat bij deze controles minder dan 1% illegaal blijkt te zijn. Op basis van de beschikbare kennis bij de verschillende gespecialiseerde overheidsinstanties (zoals Expertisecentrum Mensenhandel en Mensensmokkel (EMM), Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (SIOD) en Arbeidsinspectie) zijn controles uit te voeren op plaatsen waar de 'pakkans' groter is dan 1%.

Nota van toelichting, Recente jurisprudentie en uitwerking ervan in het Vreemdelingenbesluit 2000, derde alinea

Aangegeven wordt dat met het tweede lid van het voorgestelde artikel 4.17a Vb 2000 invulling wordt gegeven aan artikel 21, onderdeel a, sub ii van de Schengengrenscodex. Naar de mening van de ACVZ is dit onjuist. In artikel 21, onderdeel a, sub ii van de Schengengrenscodex staat dat de toezichtsmaatregelen gebaseerd moeten zijn op algemene politie-informatie en -ervaring met betrekking tot mogelijke bedreigingen van de openbare veiligheid en met name bedoeld zijn ter bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit.

Lid 2 van artikel 4.17a Vb 2000 waarin bepaald wordt dat het toezicht op basis van informatie of ervaringsgegevens over illegale migratie plaatsvindt garandeert niet dat het daarbij gaat om bedreiging van de openbare veiligheid of om grensoverschrijdende criminaliteit.

Nota van toelichting, Recente jurisprudentie en uitwerking ervan in het Vreemdelingenbesluit 2000, twaalfde alinea

Aangegeven wordt dat het samenstel van deze voorwaarden ertoe leidt dat er geen sprake kan zijn van systematische controle. De ACVZ ziet dit anders. Binnen de voorwaarden van de voorgestelde regeling is het bijvoorbeeld nog steeds mogelijk om op één plaats een hele maand drie uur per dag te controleren.

4. Doelmatigheid van het bestaande mobiele toezicht

Ten overvloede wijst de ACVZ nog naar onderzoek met betrekking tot de effectiviteit van het Mobiel Toezicht Vreemdelingen. Uit de Rapportage Vreemdelingenketen over de eerste helft van 2010 blijkt dat de KMar in het kader van het Mobiel Toezicht Vreemdelingen jaarlijks ongeveer 500.000 personen controleert. Van deze personen blijkt minder dan 1% niet te beschikken over rechtmatig verblijf in Nederland.⁸ De helft van deze vreemdelingen wordt in bewaring gesteld, de andere helft wordt door de KMar begeleid naar België of Duitsland, krijgt de aanzegging Nederland te verlaten of vraagt asiel aan.

Bij de controles wordt niet elke grensganger gecontroleerd. Bij de controles op de weg wordt gelet op kenmerken die de kans op 'treffers' verhogen: kleine busjes, overmatige belading, buitenlandse kentekens, type voertuig e.d. Bij de intra-Schengenvluchten en de internationale treincontroles worden in principe alle grensgangers gecontroleerd. Als de tijd daarvoor ontbreekt wordt echter ook gelet op kenmerken die de kans op 'treffers' verhogen, zoals bijvoorbeeld de hoeveelheid meegenomen bagage en grote groepen of gezinnen die gezamenlijk reizen.⁹

Het aantal treffers van minder dan 1% is dus niet 1% van de grensgangers maar 1% van de 'verdachte' grensgangers.

Het is de vraag of een dergelijk laag percentage treffers de inspanning rechtvaardigt om jaarlijks 500.000 mensen te controleren.¹⁰

Daarnaast betekent dit lage percentage dat wanneer besloten wordt om voortaan niet meer te controleren op basis van de b)-categorie *illegaal verblijf na grensoverschrijding* maar alleen nog maar op basis van de a)-categorie *feiten en omstandigheden die, naar objectieve maatstaven gemeten, een redelijk vermoeden van illegaal verblijf opleveren*, goed gemotiveerd zal moeten worden waarom in de grensstreek wordt gecontroleerd. Deze wijze van controleren kan dan nog wel plaatsvinden als bij de Koninklijke Marechaussee (KMar) informatie beschikbaar is die een redelijk vermoeden van illegaal verblijf oplevert.

5. Conclusies en aanbevelingen

De ACVZ is er niet van overtuigd geraakt dat het Nederlandse mobiel toezicht, ook na de onderhavige aanpassing van het Vb 2000, niet hetzelfde effect heeft als grenscontroles. De beperkingen die in het ontwerpbesluit worden voorgesteld doen niet af aan het gelijke effect van grenscontrole maar slechts aan de grondigheid waarmee dat effect wordt nagestreefd.

De ACVZ is van mening dat het, gelet op de randvoorwaarden zoals die beschreven zijn in de regelgeving en de jurisprudentie, vrijwel onmogelijk is mobiel toezicht te verwezenlijken dat niet hetzelfde effect heeft als grenscontroles.

⁸ Deze cijfers gelden voor 2009 en voor 2010.

⁹ Vc A3/2.4 2000.

¹⁰ Zie ook het onderzoek van ES&E, Rob Witte en Vina Wijkhuijs: Effectief Mobiel Toezicht Vreemdelingen uit 2001 waarin de onderzoekers tot de volgende conclusies komen. 'Concluderend moet worden gesteld dat aan de effectieve bijdrage van de repressieve mtv-functie in de bestrijding van illegale immigratie sterk moet worden getwijfeld' en 'Eén en ander leidt echter tot de conclusie dat ook de effectieve bijdrage van de uitvoering van de mtv-functie in haar huidige vorm aan het (preventief) voorkomen van illegale immigratie, sterk moet worden betwijfeld'.

De ACVZ adviseert de minister daarom om geen beleid te voeren dat zich specifiek richt op de controle van grensgangers nabij de binnengrenzen. Controle kan plaatsvinden binnen het kader van 'een redelijk vermoeden van illegaal verblijf' ex artikel 50 Vw 2000. Het doel van het mobiel toezicht kan ook met gebruikmaking van die bevoegdheid worden bewerkstelligd.

Dit advies heeft tot gevolg dat de passage '*hetzij ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding*' uit artikel 50 Vw 2000 zou moeten worden verwijderd.

De ACVZ is graag bereid tot nadere toelichting.

De voorzitter,

De secretaris,

Mr. Adriana C.J. van Dooijeweert

Mr. W.N. Mannens