

Kort rapport

Forenelighed af permanent kontrol ved den tysk-danske grænse med EU-lovgivning

Anna Katharina Mangold/Anna Kompatscher

22. december 2022



Rasmus Andresen MEP

Indhold

A. Genstand for og opbygning af rapporten	3
B. EU-lovrammer for kontrol ved indre grænser	4
I. Primær lovgivning (aftalemæssige forskrifter): Art. 3 stk. 2 i EUV (EU-traktaten), art. 45 stk. 1 i GRCh (EU's charter om grundlæggende rettigheder), art. 21 stk. 1 i AEUV (Romtraktaten), art. 67 stk. 2 i AEUV, art. 77 i AEUV	4
II. Sekundær lovgivning: Schengengrænsekodex, forordning 2016/399 (EU).....	6
1. Princip: Kontrol ved de indre grænser er afskaffet	6
2. Undtagelse: <i>ordre public</i> -forbeholdet i art. 25 ff. i SGK (Schengengrænsekodex).....	6
a) „Trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed“: Farebegreb	7
b) „Midlertidig“: Tidsmæssig begrænsning	7
c) „Som sidste foranstaltning“: Proportionalitet.....	8
d) Notifikationsmåde	9
3. Politikontrol.....	10
C. Praksis af grænsekontrol inden for Schengenområdet fra 2016	10
I. Grænsekontrol ved den tysk-danske grænse og notifikationer fra Danmark.....	10
1. 2016/2017: Migrationsbevægelser	10
2. 2017 til i dag: Militant islamisme og organiseret kriminalitet	11
3. Marts 2020 til oktober 2021: Covid-19 kommer til.....	11
4. 2022: Flygtningestrømme fra Ukraine og Rusland, situation ved den ydre grænse til Hviderusland, kriminelle bander i Tyskland og Sverige.....	11
5. Opsummering.....	Fehler! Textmarke nicht definiert.
II. Grænsekontrol i Schengenområdet: Praksis i andre medlemslande	12
1. Frankrig.....	Fehler! Textmarke nicht definiert.
2. Sverige	Fehler! Textmarke nicht definiert.
3. Tyskland.....	Fehler! Textmarke nicht definiert.
4. Østrig.....	Fehler! Textmarke nicht definiert.
5. Norge.....	Fehler! Textmarke nicht definiert.
D. Retspraksis ved EuGH (EU-Domstolen).....	15
I. Store kammer ved EuGH vedrørende Østrig.....	15
II. Politikontrol i grænseregioner	17
1. EuGH, <i>Melki og Abdeli</i> (2010).....	17
2. EuGH, straffesag mod <i>A</i> (2017)	17
3. Forudsætninger for politikontrol i nærheden af grænser.....	18

E. Juridisk vurdering af den danske grænsekontrol	18
I. Konsekvenser for EU-borgerskabet.....	18
II. Årsager fremsat af Danmark	20
1. Påskud i stedet for fare?.....	20
2. Fare eller risiko?	20
a) Vage risici.....	20
b) Absolut sikkerhed	21
c) Slet ingen fare.....	22
d) Vurdering.....	Fehler! Textmarke nicht definiert.
III. Varighed: Kontinuitet af grænsekontrol i syv år (2016-2023).....	22
IV. Proportionalitet	Fehler! Textmarke nicht definiert.
1. Legitimt formål: „Trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed“	23
2. Relevans.....	Fehler! Textmarke nicht definiert.
3. Nødvendighed	Fehler! Textmarke nicht definiert.
4. Tilstrækkelighed	Fehler! Textmarke nicht definiert.
V. Europakommissionens rolle	25
F. Aktuelle reformbestræbelser vedrørende Schengengrænsekodekset	26
G. Kort opsummering (<i>executive summary</i>).....	29

Bilag: Tabel-oversigt over danske notifikationer

Dokumenter: Danske notifikationer til Europakommissionen (2016 til 2022)

A. Genstand for og opbygning af rapporten

Denne rapport undersøger praksis af områdedækkende og systematisk samt permanent kontrol fra EU-medlemslandet Danmarks side ved de indre grænser til EU-medlemslandet Tyskland og dens forenelighed med EU-lovgivningen og specielt Schengenaftalen.

Schengenområdet omfatter i dag 26 medlemslande, deriblandt 22 EU-lande (alle EU-medlemslande undtagen Bulgarien, Kroatien, Cypern, Irland og Rumænien) og fire ikke-EU-lande, nemlig Island, Norge, Schweiz og Liechtenstein.¹ Schengenaftalen lovgiver om manglende indre grænser, beskyttelse af ydre grænser, kompenserende foranstaltninger (visumpolitik, Schengen-informationssystem, politimæssigt samarbejde) samt overvågning og vurdering.

Danmark har siden den 25.03.2001 været en del af Schengenområdet, men har på grund af et forbehold en særstilling i det europæiske område med hensyn til frihed, sikkerhed og lovgivning. Schengenaftalen, altså de to Schengen-konventioner af 14.6.1985 og 19.6.1990 samt de beslutninger og retsakter, som er baseret derpå, deriblandt især forordning (EU) 2016/399 (Schengengrænsekodex, i det følgende SGK),² gælder i henhold til art. 2 i Schengen-protokollen også for Danmark. Her er enhver udvidelse af Schengenaftalen imidlertid afhængig af en gennemførelsesretsakt i den danske lovgivning, som skal indføres i løbet af 6 måneder. Danmark behandler altså ikke tilføjelser til Schengenaftalen som EU-lovgivning, men som normal folkeret.³

Kontrol ved de indre grænser er afskaffet inden for Schengenområdet, dog må medlemslandene på helt bestemte betingelser, nemlig specielt ved alvorlig trussel af den offentlige orden eller den indre sikkerhed, tidsbegrænset igen indføre grænsekontrol (*ordre public*-forbehold). Denne mulighed kan Schengen-landene i henhold til regelkonceptet i Schengengrænsekodexet kun udnytte tidsbegrænset og kun ved usædvanlige hændelser for eksempel store sportsarrangementer eller G8-topmøder. Men siden 2015 gør medlemslande ofte brug af systematisk og permanent grænsekontrol i forbindelse med migrationsbevægelserne som følge af den syriske borgerkrig.⁴

Danmark har den 4.1.2016 indført grænsekontrol ved sine indre grænser, også ved de indre grænser til Tyskland. Danmark har sidenhen forlænget denne egentlig udsædvanlige og tidsbegrænsede foranstaltning 18 gange og dermed opretholdt den i næsten syv år uden afbrydelse. Danmark begrundet forlængelserne med forskellige, delvist også samtidigt forekommende fænomener så som øgede migrationsbevægelser, fare for terrorisme, sikkerhedshensyn, organiseret kriminalitet, coronavirus samt krigen i Ukraine. Samtidig har Danmark i årene 2018/2019 igen etableret en fysisk barriere, nemlig et "vildsvinehegn", som på en strækning af 70 kilometer skulle forhindre overførsel af den afrikanske svinepest ved, at et 1,50 m højt hegn besværliggør passage af grænsen for vildsvin.⁵

¹ Pr. den 1.1.2023 indtræder Kroatien i Schengenområdet.

² Forordning (EU) 2016/399 fra Europaparlamentet og Europarådet af 9.03.2016 vedrørende et fællesskabskodex for personers passage af grænserne (Schengengrænsekodex), meddelelsesblad 2016 L 77/1.

³ *Weiß/Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. opl., 2018, art. 67 i AEUV, reg.nr. 45.

⁴ Tyskland, Østrig og Slovenien indførte grænsekontrol allerede i september 2015, kort derefter fulgte Ungarn (i oktober 2015), Malta, Sverige og Norge (november 2015).

⁵ Vedrørende den også økonomiske baggrund for behovet for beskyttelse for den vigtige danske svinekødsindustri og den samtidig modstridende praksis hos de danske dyresundhedsmyndigheder se RNA/dpa, trods kritik: Danmarks vildsvinehegn er næsten færdigt, Kieler Nachrichten online, 24.11.2019, URL: <https://www.kn-online.de/schleswig-holstein/trotz-kritik-daenemarks-wildschweinzaun-ist-fast-fertig-BWFP5MAIDJW32FKV6LU3Z7R2HU.html>.

Dette „vildsvinehegn“ er en barriere for menneskene, som ikke længere som tidligere kan rejse frem og tilbage uden problemer mellem Tyskland og Danmark.⁶

Denne korte rapport undersøger denne praksis fra EU-medlemslandet Danmark og specielt foreneligheden med EU-lovgivningen.

I **afsnit B** redegøres der for EU-lovgivningens retsstilling. Både de primærretslige bestemmelser i traktaterne og udformningen i Schengen-retskilderne udgør den normative standard for vurdering af de danske grænsemyndigheders handling.

I **afsnit C** informeres der om grænsekontrollen ved den tysk-danske grænse fra 2015. Her inddrages først og fremmest officielle dokumenter fra de europæiske institutioner ligesom officielle, mediale og videnskabelige kilder. Til kontekstualisering undersøges også praksis i andre EU-medlemslande i denne periode.

I **afsnit D** præsenteres og analyseres den gældende retspraksis ved EuGH (EU-Domstolen), hvor både mediale og videnskabelige kilder inddrages til kontekstualisering.

I **afsnit E** følger den juridiske vurdering af situationen ved den tysk-danske grænse på basis af den gældende retsstilling. Afgørende er her opretholdelsen af den egentlig kun undtagelsesvist tilladte grænsekontrol i en kontinuerlig periode på syv år siden 2016 med skiftende begrundelser baseret på angiveligt forskellige trusler.

I **afsnit F** inddrages de aktuelle bestræbelser på at ændre retsgrundlagene i Schengengrænsekodekset i betragtningerne. De er i centrum som accept af den skildrede praksis for et medlemsland til permanent igen at indføre systematisk kontrol. Hvis de blev gennemført, ville EU give afkald på et meget tydeligt og realistisk resultat af den europæiske integration. Lovændringen, som ville blive foreslået i Kommissionens udkast, ville i mange menneskers liv og i mange virksomheder medføre meget negative ændringer og ville i sidste ende betyde et tilbageskridt til tidligere opsplitning af lande med utallige grænser i Europa.

I **afsnit G** afslutter en kort opsummering (*executive summary*) denne korte rapport.

B. EU-lovrammer for kontrol ved indre grænser

Med henblik på en bedre forståelse skal EU-lovgivningens rammer for kontrol ved indre grænser i Schengenområdet i første omgang forklares. EU-traktaternes primærretslige rammer og sekundærretslige rammer vil blive skildret, først og fremmest Schengengrænsekodekset.

I. Primær lovgivning (aftalemæssige forskrifter): Art. 3 stk. 2 i EUV, art. 45 stk. 1 i GRCh, art. 21 stk. 1 i AEUV, art. 67 stk. 2 i AEUV, art. 77 i AEUV

Allerede i Kommissionens „hvidbog om indførelse af det indre marked“ fra år 1985 understreges relevansen af fri bevægelighed inden for det indre marked – med konsekvenser også udover den rent økonomiske frie bevægelighed:

⁶ Jung, „Ein Zeichen der Rechtspopulisten“ – Den synlige grænse: Hvordan vildsvinehegnet berører menneskene, SHZ online, 27.11.2019, URL: <https://www.shz.de/deutschland-welt/grenzland-daenemark/artikel/die-sichtbare-grenze-wie-der-wildschweinzaun-die-menschen-bewegt-41790390>.

„47. De formaliteter, som den enkelte rejsende skal underkaste sig, minder hele tiden konkret den almindelige borger om, at etableringen af et rigtigt europæisk fællesskab langt fra er fuldenendt.

48. Selvom denne kontrol ofte kun består af stikprøver, anses den som et symbol på en vilkårlig forvaltningsbeføjelse over for enkeltpersoner og som en indskrænkning af princippet om fri bevægelighed inden for et samlet fællesskab”⁷

Efter dette initiativ fra den virkelystne kommission ledet af *Jacques Delors* har EØF videreudviklet sig til EU og derved bestandigt uddybet og udbygget integrationsprogrammet. I mellemtiden fastholder EU-traktaten helt fra starten i art. 3 stk. 2 i EUV, at unionen giver ”sine borgere et rum til frihed, sikkerhed og rettigheder *uden indre grænser*”. Art 21 stk. 1 i AEUV garanterer de enkelte en generel ret til fri bevægelighed, som også i art. 45 stk. 1 i GRCh er formuleret som grundlæggende rettighed og dermed er meget stærkt formuleret.⁸

Dette løfte til de enkelte operationaliseres, når art. 67 stk. 2 i AEUV giver unionen til opgave at sikre, at personer ikke kontrolleres ved de indre grænser. Denne norm har programfunktion for unionens arbejde.⁹ Unionen imødekommer denne opgave ved at udarbejde sekundær lovgivning. Undladelsen af personkontrol ved de indre grænser er sekundærretsligt udformet først og fremmest i forordningen (EU) 2016/399, bedre kendt som Schengengrænsekodex (SGK).¹⁰

Artikel 77 stk. 1 litra a og stk. 2 litra e i AEUV bemyndiger EU til at udvikle en politik, hvormed det sikres, ”at personer ikke kontrolleres ved de indre grænser, gældende for alle mennesker uafhængigt af deres statsborgerskab”. Denne norm ses i lyset af art. 72 i AEUV, hvorefter de primærretslige normer om plads til frihed, sikkerhed og retten til ”at imødegå medlemslandenes kompetencer til opretholdelse af den offentlige orden og beskyttelse af den indre sikkerhed” ikke berøres.¹¹ Her handler det om et inden for EU-lovgivning normalt *ordre public*-forbehold, som eventuelt også skal tages i betragtning ved medlemslandes begrænsninger af grundlæggende frihedsrettigheder.¹² EU-lovgivningen har altid det forbehold, at medlemslandene må og skal opretholde den offentlige sikkerhed og orden i deres område. Her må virkemåden af EU-lovgivningens bestemmelser imidlertid grundlæggende ikke ophæves eller omgås. Referencen til *ordre public*-forbehold kommer derfor altid kun i betragtning i EU-lovgivningen som undtagelse fra grundreglen.¹³

Denne undtagelseskarakter giver sig udslag i eksplicitte *ordre public*-forbehold ved begrænsninger af den frie bevægelighed i henhold til art. 21 i AEUV og art. 45 i GRCh i større indholdsmæssige krav til årsagerne til sådanne undtagelser (*begrænsninger kun til opretholdelse af den offentlige orden og beskyttelse af den indre sikkerhed*).¹⁴ Undtagelseskarakteren på *ordre public*-forbehold viser sig netop her også i en tidsmæssig dimension (*begrænsninger kun i en begrænset periode*). Sådanne indskræn-

⁷ Europa-Kommissionen, hvidbog om indførelse af det indre marked af 14.6.1985, KOM(85) 310 endg.,

⁸ Her anfører art. 21 i AEUV en generel ret for unionsborgerne til frit at kunne bevæge sig mellem medlemslandene, og nærmere bestemt også uafhængigt af en økonomisk aktivitet eller et øvrigt formål, *Khan/Schäffer*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. opl. 2023, art. 21 i AEUV [fri bevægelighed], reg.nr.1.

⁹ *Weiß/Satzger*, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. opl, 2018, art. 67 i AEUV reg.nr. 1.

¹⁰ Forordning (EU) 2016/399 fra Europaparlamentet og Europarådet af 9.03.2016 om et fællesskabskodex for personers passage af grænserne (Schengengrænsekodex), meddelelsesblad 2016 L 77/1.

¹¹ Sml. *Bornemann*, Medlemslandenes spillerum i forvaltningsprocessen i Schengengrænsekodex - konsekvenser for et område uden kontrol ved de indre grænser, integration 41 (3), 2018, s. 200.

¹² Sml. art. 36 i AEUV om fri bevægelighed for varer, art. 45 stk. 3 i AEUV om fri bevægelighed for arbejdskraft, art. 52 i AEUV om etableringsfrihed, art. 62 sammenholdt med art. 52 i AEUV om fri udveksling af tjenesteydelser, art. 65 stk. 1 litra b) i AEUV om fri bevægelighed for kapital.

¹³ Generelt *Frey/Pfeifer*, *ordre public* – den offentlige orden: samme begreb, forskellige funktioner – et retsprincip?, EuR 2015, s. 721, her specielt vedrørende de grundlæggende frihedsrettigheder i EU-lovgivningen s. 729 f.

¹⁴ *Kuth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. opl. 2022, art. 21 i AEUV reg.nr. 24 (med noter i Fn. 104).

kende foranstaltninger, som midlertidigt begrænser grundlæggende rettigheder, er en tendens i princippet om proportionalitet,¹⁵ som er gældende i EU-lovgivningen.¹⁶ Medlemslandenes begrænsning af den frie bevægelighed skal ligesom alle begrænsninger af de grundlæggende frihedsrettigheder måles i forhold til princippet om proportionalitet.¹⁷

II. Sekundær lovgivning: Schengengrænsekodex, forordning 2016/399 (EU)

Sekundærretsligt er Schengenområdet først og fremmest reguleret af Schengengrænsekodexet. Schengengrænsekodexet fastsætter her reglerne for personers passage af de ydre grænser samt alle betingelser for, hvornår medlemslandene midlertidigt kan genindføre kontrol ved de indre grænser. Afsnit III i SGK ("indre grænser") fastsætter i kapitel I en principiel ophævelse af kontrol ved de indre grænser inden for Schengenområdet (1.). I afsnit III kapitel II fastsættes forskellige undtagelser fra denne grundregel,¹⁸ for hvilke der er foreskrevet indholdsmæssige betingelser og tidsmæssige maksimumgrænser samt specielle notifikationsmåder (2.). Politikontrol adskiller sig fra grænsekontrol i Schengengrænsekodexet og er fortsat tilladt i henhold til art. 23 i SGK (3.).

1. Princip: Kontrol ved de indre grænser er afskaffet

I henhold til art. 77 stk. 1 litra a) i AEUV udarbejder EU en politik, med hvilken "det skal sikres, at personer uafhængigt af deres statsborgerskab ikke kontrolleres ved passage af de indre grænser". Medlemskabet i Schengenområdet har derfor som central konsekvens, at kontrol er afskaffet ved de indre grænser. Dette er formuleret i Schengengrænsekodexet i grundreglen i art. 22 i SGK:

„De indre grænser må passeres uafhængigt af de pågældende personers statsborgerskab på ethvert sted *uden personkontrol*.”

Art. 22 i SGK indeholder den direkte anvendelige udformning af det primærretslige program i art. 67 stk. 2 og art. 77 stk. 1 litra a) i AEUV.¹⁹

2. Undtagelse: *ordre public*-forbeholdet i art. 25 ff. i SGK

Som enhver anden grundregel for det indre europæiske område er denne imidlertid også underlagt et *ordre public*-forbehold. Afsnit III kapitel II i Schengengrænsekodexet muliggør i art 25 ff. på eksplicit anførte forudsætninger som *ultima ratio* midlertidig genindførelse af kontrol ved indre grænser. "Midlertidigt" og kun "som sidste foranstaltning" må medlemslandene undtagelsesvist genindføre grænsekontrol, og nærmere bestemt kun, hvis "den offentlige orden eller den indre sikkerhed i et medlemsland er *alvorligt truet*", er således den generelle undtagelsesregel i art. 25 stk. 1 i SGK. Det relevante afsnit III kapitel II i Schengengrænsekodexet er omformuleret "Midlertidig genindførelse af grænsekontrol ved de indre grænser" og regulerer således den tidsbegrænsede, men ikke permanente genindførelse af kontrol.

¹⁵ Denne sammenhæng blev senest tydelig under corona-pandemien: Ikke kun interventionsgraden, men også varigheden på interventioner i de grundlæggende rettigheder er relevant for afgørelsen, om en intervention er proportional, sml. Mangold, relationel frihed, grundlæggende rettigheder under pandemien, VVDStRL 80 (2021), s. 7 (20 og udf. 26).

¹⁶ Generelt om (også i EU-lovgivning) princippet om proportionalitet *Tischbirek*, proportionalitetstesten, 2017.

¹⁷ Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. opl. 2018, art. 21 i AEUV reg.nr. 24.

¹⁸ Om regel-undtagelsesforhold eksplicit EuGH, 26.04.2022, retssag C-368/20 og C-369/20, *delstatspolitidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298, reg.nr. 63.

¹⁹ EuGH, 22.06.2010, retssag C-188/10 og C-189/10, *Melki og Abdeli*, reg.nr. 64 ff., ECLI:EU:C:2010:363.

**a) „Trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed“:
farebegreb**

Grænsekontrol må genindføres i henhold til undtagelsesbetingelsen i art. 25 stk. 1 i SGK ved ”alvorlig trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed i et medlemsland”. Art. 28 i SGK tillader genindførsel af grænsekontrol på grundlag af en ”alvorlig trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed i et medlemsland”, hvis ”omgående handling” derfor er nødvendig. Mens art. 25 i SGK har fokus på forudsigelige farlige situationer, drejer det sig i art. 28 i SGK om uforudsigelige.²⁰

Hvis der således foreligger ”usædvanlige omstændigheder”, hvorved funktionerne i Schengenområdet generelt er truede uden kontrol ved de indre grænser ”på grund af vedvarende alvorlige mangler i kontrollen ved de ydre grænser”, foreskriver art. 29 en anden fremgangsmåde. I henhold til art. 29 stk. 2 i SGK kan Europarådet ”til beskyttelse af de fælles interesser i området uden kontrol af de indre grænser” på forslag fra Kommissionen anbefale, at medlemslande genindfører kontrol ved de indre grænser. Medlemslandene kan bede Kommissionen, Rådet om at fremlægge et sådant forslag. Denne bestemmelse reagerer på store migrationsbevægelser ved undladelse af kontrol ved de ydre grænser. I forhold til den fremgangsmåde, som er foreskrevet i art. 25 i SGK, er medlemslandene ved art. 29 i SGK bundet af anbefalingen fra Rådet og kan altså træffe beslutninger mindre uafhængigt.²¹

Ved fremgangsmåden i henhold til art. 29 i SGK har Europarådet udstedt gennemførselsbeslutningen 2016/894.²² Flere lande, nemlig Østrig, Tyskland, Danmark, Sverige og Norge, har i forbindelse med de øgede migrationsbevægelser fra sommeren 2015 derfor i foråret 2016 genindført kontrol ved sine grænser, midlertidigt eller permanent, på basis af denne gennemførselsbeslutning fra Europarådet.

I denne kontekst er det vigtigt at minde om, at det i *ordre public*-forbeholdene drejer sig om konkret afværgelse af fare og ikke om generel risikoregulering.²³ Overgangen fra tanken om en afværgelse af fare til en risikoorienteret tankegang skal eventuelt også generelt kontrolleres inden for sikkerhedsrettigheder, således skal præcise betingelser for afværgelse af fare imidlertid fastholdes i denne forbindelse af hensyn til retsstatsprincipper og grundlæggende rettigheder. Med et rent risikoorienteret perspektiv ville det nemlig være et flugtpunkt, at slet ingen længere passerer en grænse, fordi det ville være ”det sikreste”. Derfor må grænsekontrol kun anvendes som ”sidste foranstaltning”.

b) „Midlertidig“: Tidsmæssig begrænsning

Ikke kun betegnelsen på afsnit III kapitel II: ”Midlertidig genindførsel af grænsekontrol ved de indre grænser” henviser til den tidsmæssige begrænsning på undtagelsesbetingelsen. Selve normerne fastsætter nøjagtige øvre grænser for varigheden af genindført grænsekontrol. Således må grænsekontrol i henhold til undtagelsesbetingelsen i art. 25 stk. 1 i SGK kun opretholdes ”i en *begrænset* periode på maksimalt 30 dage eller i den forudsigelige varighed af den alvorlige trussel, hvis dens varighed overskrider perioden på 30 dage”. Perioden må forlænges med yderligere 30 dage, art. 25 stk. 3 i

²⁰ Salomon/Rijpma, A Europe Without Internal Frontiers: Challenging the Reintroduction of Border Controls in the Schengen Area in the Light of Union Citizenship, German Law Journal 2021, S. 1 (4).

²¹ Sml. Salomon/Rijpma (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), s. 1 (5).

²² Europarådet, gennemførselsbeslutning 2016/894 fra Rådet af 12. maj 2016 (Fn. 38).

²³ Forskellen mellem *fare* på den ene side og *risiko* på den anden side fylder juridiske biblioteker. Sammenblandingen af de to begreber er et fænomen inden for sikkerhedslovgivning, som hele tiden skal observeres, se for eksempel til afklaring af begrebet ”*trueer*” til forskel fra det ordensretlige ”*forstyrre*” hos Mangold, den afviste beskyttelse af grundlæggende rettigheder for såkaldte *trueere*, in: rapport om grundlæggende rettigheder 2018, 2018, s. 170-174. Grundlæggende om epistemologisk dimension i forskellen Rusteberg, vidensgenerering inden for den personrelaterede prævention – mellem kriminalistisk erfaring og resultatteoretisk rationalitet, in: Münkler (Hrsg.), vidensdimensioner inden for lovgivning, 2019, s. 233.

SGK. En sammenkædning af sådanne perioder må i henhold til art. 25 stk. 4 s. 1 i SGK maksimalt vare seks måneder. I hastesager i henhold til art. 28 i SGK er perioden maksimalt ti dage, art. 28. stk. 1 i SGK, og må maksimalt forlænges med 20 dage, art. 28 stk. 3 i SGK, hvor den maksimale forlængelse maksimalt er to måneder, art. 28 stk. 4 i SGK.

I henhold til art. 29 stk. 1 i SGK må Rådet anbefale en forlængelse af grænsekontrollen maksimalt tre gange med en yderligere periode på hver især maksimalt seks måneder, hvis de usædvanlige omstændigheder fortsætter. Men også på basis af en anbefaling fra Rådet i henhold til art. 29 i SGK er den længste varighed i alt to år, sml. art. 25 stk. 4 s. 2 i SGK.

Lovbestemmelserne kunne, som det ser ud, egentlig ikke være mere tydelige: Kontrol ved indre grænser bør kun genindføres i klart definerede perioder, hvis maksimale varighed er begrænset. Det samlede dokument i art. 25 ff. i SGK og specielt de detaljerede forskrifter for første perioder, forlængelsesperioder og maksimal varighed²⁴ ligger tæt på et koncept, som er diametralt modsat en uendelig sammenkædning.

c) „Som sidste foranstaltning“: Proportionalitet

De relevante normer understreger igen og igen, at genindførelse af grænsekontrol skal være ”den sidste foranstaltning”.²⁵ Art. 25 stk. 1 s. 2 i SGK fastholder desuden eksplicit:

„Den midlertidige genindførelse af kontrol ved de indre grænser må i omfang og varighed ikke gå ud over det omfang, som er absolut nødvendigt til håndtering af den alvorlige trussel.”

I denne formulering findes den ovenfor allerede omtalte snævre sammenhæng mellem interventionsintensitet og varighed på interventionen.²⁶

Art. 26 s. 1 i SGK forpligter også et medlemsland, som gerne vil genindføre midlertidig grænsekontrol, til at vurdere ”proportionaliteten mellem foranstaltningen og truslen”. Her skal i henhold til art. 26 s. 2 i SGK to sider vurderes: på den ene side de forudsigelige konsekvenser af truslen (inklusive eventuelle følger af terroristiske angreb eller organiseret kriminalitet), på den anden side konsekvensen af genindførelse af grænsekontrol på personers frie bevægelighed.

Dermed handler det om princippet om proportionalitet, som altid skal observeres: Foranstaltningen med den midlertidige grænsekontrol skal i det hele taget være egnet til at opnå det tilstræbte mål, altså at reducere eller eliminere den påståede fare for den offentlige sikkerhed og orden, og en mindre, lige så effektiv foranstaltning må ikke være indlysende.²⁷ Når alt kommer til alt skal begræns-

²⁴ Sml. også EuGH, 26.04.2022, retssag C-368/20 og C-369/20, *delstatspolitidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298, reg.nr. 58: Til fortolkning af art. 25 i SGK skal der „henvises til, at art. 25 i Schengengrænsekodexet klart og præcist fastsætter den maksimale varighed af både den oprindelige genindførelse af kontrol ved de indre grænser og af hver forlængelse af denne kontrol, inklusive den samlede maksimale varighed, som er gældende for en sådan kontrol.”

²⁵ Sml. art. 25 stk. 2 s. 1 i SGK: „Kontrol ved de indre grænser genindføres kun *som sidste foranstaltning* og i overensstemmelse med artiklerne 27, 28 og 29.” Art. 26 s. 1 i SGK: „Hvis et medlemsland i henhold til artikel 25 eller artikel 28 stk. 1 *som sidste foranstaltning* beslutter midlertidigt at genindføre kontrol ved en eller flere af dets indre grænser [...]” Art. 29 stk. 2 i SGK: Anbefaling fra Europarådet til genindførelse af kontrol ved indre grænser ”*som sidste foranstaltning*”.

²⁶ Se øverst Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

²⁷ Generelt om gyldighed af princippet om proportionalitet ved begrænsninger af den frie bevægelighed i tysk sikkerhedslov se EuGH, 21.06.2022, retssag C-817/19, *Ligue des droits humains gegen Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2022:491, reg.nr. 280: „I henhold til gældende retspraksis kan en begrænsning af den frie bevægelighed kun være berettiget, hvis den er baseret på objektive overvejelser og står i passende forhold til det formål, som på en legitim måde tilstræbes med den nationale lovgivning. En foranstaltning er proportional, når den er

ningen af den frie bevægelighed via grænsekontrol og det tilstræbte mål med denne begrænsning (for eksempel: forhindring af indrejse af terrorister eller organiseret kriminalitet) stå i et passende forhold.

Til dette har litteraturen det synspunkt, at grænsekontrol sjældent er egnet i tider med global mobilitet til effektivt at modvirke farer for eksempel fra terrorisme eller organiseret kriminalitet.²⁸ Denne argumentation stiller også spørgsmål ved grænsekontrollens relevans som forsvar mod de adviserede farer, hvilket ganske vist står i modsætning specielt til den for så vidt klare ordlyd i art. 26 s. 2 i SGK, som helt sikkert tillader grænsekontrol ved særlige faresituationer.

Alligevel tyder den gentagne og eftertrykkelige formulering "som sidste foranstaltning" på, at grænsekontrol ikke skal anvendes standardmæssigt som foranstaltning til at afværge fare. På grund af medlemskabet i Schengenområdet har medlemslandene snarere begrænset sig i deres svarrepertoire mod farer og har nu tillid til samarbejdet i den fælles afværgelse af fare inden for Schengenområdet.

Den store betydning af proportionaliteten tyder på, at der ikke kun i henhold til art. 26 s. 2 i SGK *ex ante* skal foretages en vurdering, altså *forud for* en genindførelse af grænsekontrol, men at der i henhold til art 33 i SGK også *ex post* skal udarbejdes en rapport med vurdering af proportionaliteten *efter* afslutning af foranstaltningerne.

d) Notifikationsmåde

I henhold til art. 27 i SGK skal et medlemsland, som påtænker at genindføre grænsekontrol, meddele dette til de andre medlemslande og Kommissionen. Denne notifikation skal i henhold til art. 27 stk. 1 s. 2 indeholde følgende oplysninger:

- „a) årsagerne til den planlagte genindførelse, inklusive samtlige relevante data om de uønskede hændelser, som udgør en alvorlig trussel mod dets offentlige orden eller dets indre sikkerhed,
- b) omfanget af den planlagte genindførelse med angivelse af strækningen/strækningerne på de indre grænser, hvor kontrollen skal indføres igen,
- c) betegnelserne på de tilladte grænseovergange,
- d) tidspunktet for og varigheden af den påtænkte genindførelse,
- e) eventuelt de foranstaltninger, som skal træffes af de andre medlemslande.“

Selv i meget presserende tilfælde med omgående handling i henhold til art. 28 i SGK skal der foretages en sådan notifikation, som samtidig skal forklare, hvorfor medlemslandet finder det nødvendigt at handle omgående, som art. 28 stk. 2 i SGK statuerer.

Det samme er gældende for en genindførelse af grænsekontrol, hvis Europarådet i henhold til art. 28 stk. 1 i SGK generelt anser funktionerne i Schengenområdet som værende i fare uden kontrol og anbefaler genindførelse af grænsekontrol i henhold til art. 29 stk. 2 i SGK: Også her skal medlemslandene notificere, at de genindfører en sådan kontrol, således art. 29 stk. 2 underpunkt 4 i SGK.

Allerede forud for eventuel genindførelse af grænsekontrol skal Kommissionen og medlemslandene underrette Europaparlamentet og Europarådet i henhold til art. 31 i SGK. Også efter ophævelse af kontrollen ved de indre grænser skal medlemslandet i henhold til art. 33 i SGK fremvise en rapport over denne kontrol for Europaparlamentet, Rådet og Kommissionen med en *ex-post*-vurdering af dens proportionalitet.

egnet til at opnå det tilstræbte formål og ikke går udover det, som er nødvendigt (sml. i denne forbindelse dom af 5. juni 2018, Coman bl. a., C-673/16, EU:C:2018:385, reg.nr. 41 og den der anførte retspraksis)."

²⁸ Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. opl. 2018, art. 21 i AEUV reg.nr. 38.

3. Politikontrol

På trods af afskaffelse af systematisk og permanent grænsekontrol må medlemslandene fortsat gennemføre politikontrol. I henhold til artikel 23 i SGK må manglende kontrol ved de indre grænser ikke forringe udøvelsen af politiets beføjelser via medlemslandenes ansvarlige myndigheder i henhold til national lovgivning, såfremt udøvelsen af disse beføjelser ikke har samme virkning som en grænsekontrol. SGK indeholder en liste over kriterier, hvormed det kan vurderes, om sådanne foranstaltninger kan sidestilles med grænsekontrol eller ej. Specielt mistankeafhængig personkontrol er i og for sig ikke ulovlig på grundlag af SGK, dog kommer det an på udformning og anvendelse af de gældende bestemmelser i den nationale lovgivning.²⁹ Overgangen fra grænsekontrol på den ene side og politikontrol i et grænseområde er flydende, som det for eksempel kan ses ved politikontrollen på Flensborg banegård og i togene til og fra Danmark, som foretages af det tyske politi.

C. Praksis af grænsekontrol inden for Schengenområdet fra 2016

Basis for den juridiske analyse i denne rapport er notifikationerne fra den danske regering til Kommissionen om genindførsel af grænsekontrol (I.). Situationen kontekstualiseres, idet genindførsel i andre medlemslande inden for Schengenområdet også fremlægges (II.)

I. Grænsekontrol ved den tysk-danske grænse og notifikationer fra Danmark

Fra januar 2016 til slutningen af 2022 har Danmark sendt 25 notifikationskrivelser til den danske regering.³⁰

1. 2016/2017: Migrationsbevægelser

Fra januar til juni 2016 har Danmark i syv notifikationskrivelser retfærdiggjort grænsekontrol med den øgede migrationsbevægelse som følge af den syriske borgerkrig og Sveriges genindførsel af grænsekontrol. Som retsgrundlag inddrog Danmark i starten udover art. 25 i SGK også art. 23 i SGK, som tillader politikontrol, hvilket tydeliggør, hvor snævert denne hænger sammen med grænsekontrol.

Den 12.05.2016 traf Europarådet en gennemførelsesafgørelse på grundlag af art. 29 i SGK med "anbefaling af midlertidig kontrol ved de indre grænser under usædvanlige omstændigheder, som generelt bringer funktionen af Schengenområdet i fare" og forlængede denne anbefaling den 11.11.2016, den 7.2.2017 og den 11.05.2017.³¹ På grundlag af dette forlængede Danmark grænsekontrollen flere gange frem til den 11.11.2017.

²⁹ EuGH, 21.6.2017, retssag C-9/16 *Tyskland mod A*, ECLI:EU:C:2017:483. – Se også D.II.2.

³⁰ De er vedlagt rapporten og opstillet i tabel i et bilag. Her skal kun det centrale indhold gengives. Til mere nøjagtig analyse henvises der især til tabellen i bilaget.

³¹ Europarådet, gennemførelsesafgørelse 2016/894 fra Rådet fra 12. maj 2016 med en anbefaling af midlertidig kontrol ved de indre grænser under usædvanlige omstændigheder, som generelt bringer funktionen af Schengenområdet i fare, meddelelsesblad 2016 L 151/8; senere: Fortsættelsesafgørelse 2016/1989 fra Rådet af 11. november 2016, meddelelsesblad 2016 L 306/13, og fortsættelsesafgørelse 2017/818 fra Rådet af 11. maj 2017, meddelelsesblad 2017 L 122/73.

2. 2017 til i dag: Militant islamisme og organiseret kriminalitet

Fra november 2017 forlængede Danmark fortsat grænsekontrollen og støttede sig som begrundelse på terroristiske angreb i årene 2016 og 2017, hvor irregulær migration muliggjorde terrorisme og organiseret kriminalitet. Frem til i dag holder Danmark med få variationer fast i denne argumentation. Specielt topos om „militant islamisme“ dukker op i enhver (!) notifikation uden nogensinde at blive konkret substantieret. Således findes ordet ”militant” tre gange i hver notifikationskrivelse i forbindelse med islamisme – en bemærkelsesværdig populistisk framing med samtidig fuldstændigt fravær af dokumenterende fakta.

Vedrørende disse to hovedtopoi om militant islamisme og organiseret kriminalitet tiltrådte efterfølgende udelukkende yderligere begrundelser.

Som retsgrundlag anfører Danmark altid art. 25 og 27 i SGK.

3. Marts 2020 til oktober 2021: Covid-19 kommer til

Til den terroristiske trussel og den organiserede kriminalitet kom coronavirus COVID-19 til i marts 2020 som retfærdighedsgrund. Grænsekontrol blev frem til den 15. oktober 2021 begrundet med forhindring af udbredelse af virussen.

Denne begrundelse er for så vidt overraskende, da sundhedsfare ikke er fastsat i Schengengrænsekodexet som grund til genindførsel af grænsekontrol.³² Mindre overraskende nævner den danske notifikationskrivelse af 13.3.2020 heller intet konkret retsgrundlag.

4. 2022: Flygtningestrømme fra Ukraine og Rusland, situation ved den ydre grænse til Hviderusland, kriminelle bander i Tyskland og Sverige

Efter udbruddet af den russiske invasion af Ukraine har Danmark siden april 2022 til retfærdiggørelse af fortsættelsen af grænsekontrollen refereret til konsekvenserne af krigen i Ukraine. I notifikationskrivelsen af 13.4.2022 hedder det, at der mellem de flygtende også kunne befinde sig personer, som udgør en terrorrisiko. Desuden kunne terrorister udnytte flygtningesituationen til at komme til Europa. I april 2022 offentliggjorde det danske center for terrorismeanalyse for politiets efterretningstjeneste PET en vurdering, ifølge hvilken personer, som sammen med flygtningestrømmen fra Ukraine nemmere kom til Danmark, kunne udgøre en trussel for det danske område, dets sikkerhed og dets borgere, som SchengenVisalInfo.com berettede om.³³

Som reaktion på EuGH-dommen af 26. april 2022³⁴ fremsendte den danske regering den 11.5.2022 et addendum, i hvilket grænsekontrollen blev begrundet mere udførligt. Her findes nogle bemærkelses-

³² Man sammenligner eventuelt art. 25 stk. 1 og art. 28 stk. 1 i SGK på den ene side, art 6 stk. 1 litra e) og art 8 stk. 2 litra b) i SGK på den anden side, samt art. 36, art. 45 stk. 3 og art. 52 stk. 1 i AEUV. Vedrørende det hele *Thym/Bornemann*, Schengen and Free Movement Law during the First Phase of the COVID-19 Pandemic: of Symbolism, Law and Politics, in: *European Papers* 5 (2020), s. 1143, som imidlertid på s. 1148 tydeligt undgår denne normative forekomst, selvom de tilstår, at det sikkert drejer sig om bevidst udeladelse af at nævne den offentlige sundhed som grund for en genindførsel af grænsekontrol.

³³ Schengenvisainfo.com, Denmark Extends Border Controls With Germany for 8th Year in a Row, 25.11.2022, URL: <https://www.schengenvisainfo.com/news/denmark-extends-border-controls-with-germany-for-8th-year-in-a-row/>.

³⁴ EuGH, 26.04.2022, retssag C-368/20 og C-369/20, *delstatspolitidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298. Vedrørende denne dom udførligt nedenfor D.I.

værdige nye begrundelser. Krigen i Ukraine skulle således føre problemer med sig ligesom situationen ved den ydre EU-grænse til Hviderusland.³⁵

Ligeledes problematisk retfærdiggør den sidste og dermed mest aktuelle notifikationsskrivelse fra den danske regering af 14.10.2022 også fortsættelsen af grænsekontrollen. Denne notifikation er med 5 sider langt det mest omfangsrige dokument (gennemsnitligt er notifikationerne 1 ½ sider lange). Her anføres som noget nyt den russiske mobilisering samt øgede migrationsbevægelser inden for Schengenområdet.³⁶

5. Opsummering

Oversigten over Danmarks anførte begrundelser i detaljer viser, at for det første er grænsekontrol blevet opretholdt uden problemer og kontinuerligt siden 2016, altså i næsten syv år. For det andet er begrundelserne tilpasset efter aktuelle politiske hændelser, igen og igen er nye "risici" blevet fremsat. For det tredje nævner den danske regering i mellemtiden en lang liste af årsager, som kumulativt eller alternativt skulle retfærdiggøre grænsekontrollen.

I sin notifikationskrivelse henholder den danske regering sig først og fremmest til art. 25 i SGK,³⁷ hvilket rejser spørgsmålet om overholdelse af den maksimale varighed på to år i art. 25 stk. 4 i SGK.

II. Grænsekontrol i Schengenområdet: Praksis i andre medlemslande

Danmark står ikke alene med sin genindførelse af grænsekontrol. Fem andre EU-medlemslande har siden 2016 ført kontrol ved de indre grænser: Østrig, Frankrig, Tyskland, Norge og Sverige. Aldrig tidligere har der siden ophævelsen af grænsekontrollen i år 1995 inden for Schengenområdet været permanent grænsekontrol igen i en så lang periode.

Europarådet godkendte midlertidig genindførelse af grænsekontrol i Østrig, Tyskland, Danmark, Sverige og Norge men kun i perioden mellem maj 2016 og oktober 2017.³⁸

Alle fem medlemslande underrettede Europakommissionen om deres genindførelse af grænsekontrol.³⁹ Her nævnte de forskellige årsager, som medførte sikkerhedsproblemer, og ændrede sine begrundelser i tidens løb.⁴⁰ Flere af disse fem medlemslande overholdt desuden ikke den maksimale varighed på genindført grænsekontrol, som er foreskrevet af Schengengrænsekodexet.⁴¹ Situationen i EU-medlemslandene Frankrig, Sverige, Tyskland og Østrig samt i ikke-EU-medlemslandet Norge skildres her.

³⁵ Forklaringerne analyseres udførligt i den juridiske vurdering, se nedenfor E.II.2.

³⁶ Disse redegørelser analyseres også nærmere i den juridiske vurdering, nedenfor E.II.2.

³⁷ Her anføres delvist art. 24 i SGK i stedet for art. 25 i SGK – åbenbart ved en fejl.

³⁸ Sml. Europarådet, gennemførelsesafgørelse 2016/894 fra Rådet af 12. maj 2016 med en anbefaling af midlertidig kontrol ved de indre grænser under usædvanlige omstændigheder, som generelt bringer funktionerne i Schengenområdet i fare, meddelelsesblad 2016 L 151/8; senere: Fortsættelsesafgørelse 2016/1989 fra Rådet af 11. november 2016, meddelelsesblad 2016 L 306/13, og fortsættelsesafgørelse 2017/818 fra Rådet af 11. maj 2017, meddelelsesblad 2017 L 122/73.

³⁹ Tidligere var der 312 af sådanne notifikationer til Kommissionen fra september 2015 (status 07.12.2022): Europakommission, Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁴⁰ Sml. *Salomon/Rijpma* (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), s. 1 (6).

⁴¹ Sml. *Salomon/Rijpma* (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.), s. 1 (6).

1. Frankrig

Den franske Conseil d'État beskæftigede sig flere gange med spørgsmålet, om forlængelserne også efter udløb af de frister, som var foreskrevet i EU-lovgivningen, også var lovlige.⁴² Gentagne gange fandt den højeste franske domstol, at nye trusler tillod at forlænge grænsekontrol også efter udløb af de nævnte frister.⁴³ Til sidst besluttede Conseil d'État, at den franske kontrol ved grænserne til Belgien, Luxemburg, Tyskland, Schweiz, Italien og Spanien mellem den 1.5.2022 og den 31.10.2022 var lovlige.⁴⁴ Den franske regering havde i henhold til art. 25 i SGK underrettet Europakommissionen om, at grænsekontrollen blev forlænget på grund af vedvarende terroristisk trussel og sekundærmigration.⁴⁵ Conseil d'État fandt, at, hvis sekundærmigration ikke var en ny trussel, så var de andre nævnte årsager tilstrækkelige i sig selv til at retfærdiggøre en ny forlængelse af grænsekontrollen.⁴⁶ Conseil d'État traf en afgørelse, uden at forelægge det for EuGH og derved give den mulighed for at træffe afgørelse, om den franske praksis var i overensstemmelse med Schengengrænsekodekset. Den 1.11.2022 forlængede Frankrig igen grænsekontrollen til den 30.04.2023 på grund af nye terroristiske trusler, organiseret kriminalitet, aktiviteter fra organiserede smuglergrupper, risikoen for, at personer ville ankomme sammen med flygtningestrømmene, som kunne udgøre en trussel, irregulær migration, sekundærmigration og situationen ved den ydre EU-grænse i forbindelse med krigen i Ukraine.⁴⁷

2. Sverige

Sverige retfærdiggør sin siden slutningen af 2015 vedvarende grænsekontrol især med vedvarende migration og terroriserisiko. Den første beslutning fra den svenske regering om igen at indføre grænsekontrol fulgte i november 2015, hvor den til retfærdiggørelse anførte de eventuelle belastninger, som et stort antal asylansøgere kunne have på det svenske samfund inden for områderne bolig, sundhed, skole og sociale ydelser.⁴⁸ Den svenske regering retfærdiggjorde den seneste forlængelse af kontrollen ved alle svenske indre grænser af 12.11.2022 med faren for irregulær migration, sekundærmigration samt situationen ved den ydre EU-grænse.⁴⁹

3. Tyskland

Også Tyskland har siden september 2015 uden afbrydelse kontrolleret sin grænse i Bayern til Østrig. Den aktuelt eneste tyske sag mod genindførelse af grænsekontrol fra Tysklands side verserer ved den

⁴² Sml. *Salomon/Rijpma* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), s. 1 (6).

⁴³ Conseil d'État, 28.12.2017, Decision No 415291, reg.nr. 7; Conseil d'État, 16.10.2019, Decision No. 425936, reg.nr. 7, Conseil d'État, 27.07.2022, Décision No. 463850, reg.nr. 7.

⁴⁴ Conseil d'État, 27.07.2022, Décision No. 463850, reg.nr. 7.

⁴⁵ Conseil d'État, 27.07.2022, Décision No. 463850, reg.nr. 6.

⁴⁶ Conseil d'État, 27.07.2022, Décision No. 463850, reg.nr. 6.

⁴⁷ Europakommission, Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁴⁸ Sml. *Guild/ Brouwer/ Groenendijk/ Carrera*, What is happening to the Schengen borders?, CEPS Paper in Liberty and Security No. 86, 2015.

⁴⁹ Europakommission, Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

bayerske forvaltningsdomstol.⁵⁰ Parlamentsmedlemmet fra „Die Grünen“, *Toni Schuberl*, klagede i juni 2018 over den nye forlængelse af grænsekontrollen den 12.05.2018. Tyskland havde igen forlænget grænsekontrollen, selvom Europarådet i mellemtiden ikke længere havde udtalt anbefalinger til grænsekontrol, og Tyskland på grund af terrorrisiko, manglende beskyttelse af de ydre EU-grænser og illegal migration allerede havde kontrolleret ved grænserne mod Østrig seks måneder længere, end det var fastsat i Europarådets anbefaling.⁵¹ Dermed, således stævningen, har Tyskland overskredet den tilladte maksimale varighed på grænsekontrol på to år og krænket art. 25 stk. 4 i SGK.⁵² *Schuberl* argumenterede, at den maksimalt tilladte varighed på grænsekontrol, også selvom den var baseret på to forskellige bestemmelser (art. 25 og 29 i SGK), skulle lægges sammen, da det ville være i overensstemmelse med ”ordlyden og systematikken i undtagelsesproceduren” i de to artikler.⁵³ De skiftende retsgrundlag kunne ikke retfærdiggøre en overskridelse af den maksimale varighed på to år, da konsekvensen ved ”gentaget skift af påberåbelse af art. 25 og 29 i SGK så ville være permanent grænsekontrol.⁵⁴

Senest forlængede Tyskland grænsekontrollen mod Østrig frem til 11.05.2023 for at modvirke sekundærbevægelser af migranter, smugleri og belastninger af de nationale flygtningemodtagecentre samt tage højde for nødvendigheden af at øge sikkerheden for kritiske infrastrukturer.⁵⁵

4. Østrig

Østrig var efter Tyskland det andet medlemsland, som i forbindelse med den øgede migrationsbevægelse allerede i september 2015 genindførte grænsekontrol, dengang ved grænserne mod Italien, Ungarn, Slovenien og Slovakiet.⁵⁶

Senest notificerede Østrig den 12.11.2022 forlængelse af grænsekontrollen ved grænserne mod Ungarn og Slovenien på grund af sekundærbevægelser af migranter, tiltagende irregulære migrationsstrømme, smugleraktiviteter og den illegale indrejse af potentielt terroristiske trusler.⁵⁷

Situationen i Østrig forklares mere nøjagtigt længere nede i anledning af en EuGH-afgørelse vedrørende Østrig.⁵⁸

⁵⁰ Allgäuer Zeitung, strid om grænsekontrol. Die Grünen-politiker klager over grænsekontrol mellem Tyskland og Østrig, 27.04.2022, URL: https://www.allgaeuer-zeitung.de/bayern/gruenen-politiker-klagt-gegen-grenzkontrollen-zwischen-deutschland-und-oesterreich_arid-413494.

⁵¹ *Schuberl*, stævning, 29.06.2018, URL: https://toni-schuberl.de/fileadmin/Speicherplatz/bayern/kv_passau-land/Redaktion/Redaktion/2018/180702_klage_grenzkontrollen/anton_schuberl_klage_grenzkontrollen.pdf, s. 5.

⁵² *Schuberl*, stævning (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), s. 5.

⁵³ *Schuberl*, stævning (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), s. 5.

⁵⁴ *Schuberl*, stævning (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), s. 6.

⁵⁵ Europakommission, Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁵⁶ Først fra den 16. til den 25.09.2015 med forlængelser frem til i dag, sml. Europakommission (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

⁵⁷ Europakommission, Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁵⁸ Nedenfor D.I.

5. Norge

Norge, et af de fire ikke-EU-medlemslande, som er en del af Schengenaftalen, har anført følgende retfærdiggørelsesårsager til genindførelse af grænsekontrol: migration, migration i forbindelse med terrorisme og coronavirus-pandemien.⁵⁹ Senest henviste Norge i sin forlængelse af kontrollen af 12.11.2022 til nødvendigheden af at øge sikkerheden for de norske onshore- og offshore-gasanlæg.⁶⁰

D. Retspraksis ved EuGH

I. Store kammer ved EuGH vedrørende Østrig

Den 26.04.2022 traf det store kammer ved EuGH i *delstatspolitidirektion Steiermark* afgørelse på de to forbundne retssager C-368/20 og C-369/20.⁶¹ EuGH fastslog, at Schengengrænsekodexet ikke tillader genindførelse af kontrol ved de indre grænser i et medlemsland på grund af en alvorlig trussel mod dets offentlige orden eller indre sikkerhed, hvis varigheden på genindførelsen overskrider den maksimale samlede varighed på seks måneder, som er fastsat i art. 25 stk. 4 i SGK.

I det afgjorte tilfælde drejede det sig om grænsekontrol i Republikken Østrig ved den østrigsk-slovenske grænse. Den ankende NW havde to gange, den 29.08.2019 og 16.11.2019, været genstand for grænsekontrol der, selvom tidsperioden i gennemførelsesafgørelserne fra Europarådet vedrørende midlertidig genindførelse af grænsekontrol allerede var udløbet. Ved den anden grænsekontrol var den ankende blevet sanktioneret, fordi han ikke legitimerede sig efter gentagen opfordring fra grænsekontrolmyndigheden. Østrig gennemførte på daværende tidspunkt grænsekontrol på grundlag af art. 25 og 27 i SGK. De fremlæggende østrigske domstole skulle nu træffe afgørelse om anken fra den kontrollerede person. De forelagde spørgsmålet for EuGH, om EU-lovgivningen tillod sammenkædningen af nationale forordninger til genindførelse af grænsekontrol med EU-lovning (specielt på grundlag af art. 25 og 29 i SGK), hvis den maksimale varighed på to år, som er fastsat i Schengengrænsekodexet, allerede var nået, og der ikke længere foreligger en gennemførelsesafgørelse fra Rådet i henhold til art. 29 i SGK.

EuGH besvarede dette nægtende. I reg.nr. 94 fortolkede domstolen art. 25 stk. 4 i SGK og fandt,

„at [forskriften] om en midlertidig genindførelse af kontrol ved de indre grænser i et medlemsland står hindrende i vejen for grundlaget i art. 25 og 27 i Schengengrænsekodexet, hvis dens varighed overskrider den maksimale varighed på seks måneder, som er fastsat i art 25 stk. 4 i dette kodeks, og der ikke foreligger en ny trussel, som ville retfærdiggøre en ny start på de perioder, som er fastsat i denne art. 25”.

EuGH gjorde det i sin afgørelse specielt klart, at medlemslandene ikke kan påberåbe sig art. 72 i AEUV, det generelle *ordre public*-forbehold, for at omgå den maksimale frist (reg.nr. 86 og 90). EuGH mindede Kommissionen og medlemslandene om deres forpligtelse til ”at udøve de beføjelser, som

⁵⁹ Europakommission, Member States’ notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁶⁰ Europakommission, Member States’ notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code, available at URL: https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen-borders-and-visa/schengen-area/temporary-reintroduction-border-control_en.

⁶¹ EuGH, 26.04.2022, retssag C-368/20 og C-369/20, *Delstatspolitidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298.

de har fået med dette kodeks ..." (reg.nr. 92). Samtidig tilbageviste domstolen medlemslandenes argument om, at Kommissionens passivitet er det samme som en anerkendelse af lovligheden af kontrollen ved de indre grænser (reg.nr. 93).

Derudover skulle EuGH besvare, om EU-lovgivningen tillader bestemmelser i medlemslandene, som eventuelt sanktionerer personer, hvis de ved passage af den indre grænse ikke foreviser deres pas eller ID-kort, men at forpligtelsen er pålagt i forbindelse med en genindført grænsekontrol, som krænker art. 25 stk. 4 i SGK. Også dette besvarede EuGH benægtende.⁶² Den østrigske genindførsel af grænsekontrol var derfor ikke (længere) i overensstemmelse med EU-lovgivningen.

Overraskende er det, at EuGH lod dimensionen med de grundlæggende rettigheder helt ubeagtet. De østrigske domstole havde nemlig også spurgt, om personkontrol ved indre grænser krænker retten til fri bevægelighed i art. 21 stk. 1 i AEUV og art. 45 stk. 1 i EU's charter om grundlæggende rettigheder, hvis betingelserne for undtagelser i aftalerne og i SGK ikke blev overholdt. Domstolen fortolkede ganske vist kun den sekundære lov (Schengengrænsekodeks) og besvarede ikke spørgsmålet om tilfældets dimension i den primære lov.

Spørgsmålet om sammenkædning af forskellige årsager til omgåelse af den pågældende maksimale varighed af genindførsel af grænsekontrol lå i tilfældet lige for, ligesom omgængelsespotentialet for medlemslande. Uklart er det, om EuGH i forhold til medlemslandenes afværgelse af fare bare ikke ville anlægge alt for snævre bånd, eller om domstolen bevidst har serveret en omgængelsesstrategi til medlemslandene på et sølvfad. I reg.nr. 71 fastholdt EuGH eksplicit, at et medlemsland kan begrunde foranstaltninger med art. 25 i SGK, også efter den toårige maksimale frist i en anbefaling fra Europarådet i henhold til art. 29 i SGK allerede er udløbet, hvilket reelt er fastsat således i art. 29 stk. 5 i SGK.

Udelukkende helt nye risici er tilstrækkelige for at lade en ny frist starte, således EuGH eksplicit i reg.nr. 78:

„Af disse betragtninger fremgår det også, at en sådan periode kun kan startes igen, hvis det pågældende medlemsland kan bevise, at en *ny* alvorlig trussel mod dets offentlige orden eller dets indre sikkerhed foreligger.“⁶³

Det var Kommissionens stillingtagen – usædvanligt betænkelig i forhold til EU-lovgivning, hvilket fremgår af reg.nr. i dommen. Denne overfor medlemslandene usædvanligt generøse holdning fra Kommissionens side viser sig også i undladelsen af enhver kontrol eller kontraktbrudsproces⁶⁴ samt i forslaget til lovændring, som skal gøre praksis med genindførsel af grænsekontrol meget nemmere.⁶⁵

I reg.nr. 77 anså EuGH den maksimale seks-måneders-frist for genindførsel af grænsekontrol på grundlag af art. 25 i GG (tysk grundlov) som tilstrækkelig tid til i samarbejde med andre medlemslande at indføre andre foranstaltninger end grænsekontrol for at afværge faren. Domstolen henviser i reg.nr. 92 til "udvekslingen af informationer og holdninger, konsultationerne og eventuelt samarbejdet" mellem medlemslandene og Kommissionen. Det er tænkeligt at konkludere deraf, at et medlemsland, som gentagne gange fortsætter grænsekontrol, skal forklare sig om, hvilke foranstaltninger

⁶² For så vidt i overensstemmelse med den ældre retspraksis vedrørende *carrier sanctions* for persontransportvirksomheder, som er lovmæssigt forpligtet til at foretage personkontrol ved grænsepassage, hvilket kun lovligt må sanktioneres, hvis den grundlæggende forpligtelse ikke selv er i strid med EU-lovgivningen, sml. EuGH, 13.12.2018, retssag C-412/17 og C-474/17, *Touring Tours und Travel und Sociedad de Transportes*, EU:C:2018:1005.

⁶³ EuGH, 26.04.2022, retssag C-368/20 og C-369/20, *Delstatsspolitidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298, reg.nr. 78.

⁶⁴ Dertil nedenfor E.V.

⁶⁵ Dertil nedenfor F.

det har indført for at afværge faren med andre midler end grænsekontrol, specielt via koordination med andre medlemslande.

II. Politikontrol i grænseregioner

Politikontrol er i henhold til art. 23 i SGK tilladt, dog skal bestemte betingelser være opfyldt, og kontrollen må ikke have samme virkning som grænsekontrol.⁶⁶ EuGH har i flere afgørelser beskæftiget sig med, hvornår en sådan politikontrol er lovlig i henhold til artikel 67 i AEUV og artikel 22 og 23 i SGK (forud for reformen af Schengengrænsekodexet i år 2016 drejede det sig om art. 20 og 21 i forordning nr. 562/2006).

1. EuGH, *Melki og Abdeli* (2010)

I straffesagen *Melki og Abdeli* undersøgte EuGH i år 2010 foreneligheden af en bestemmelse i den franske lov om strafferetspleje med EU-lovgivningen.⁶⁷ Den franske lov om strafferetspleje foreskrev, at politiet kan indlede retsforfølgelse af personer i det franske grænseområde, hos hvem der er "en eller flere plausible grunde" til mistanken om, at de har handlet ulovligt. Grænseområdet omfattede her selve grænsen samt området op til 20 kilometers afstand fra grænsen.

Domstolen understregede i sin dom, at kontrol inden for et medlemslands område i henhold til art. 21 litra a [i dag art. 23 litra a] i SGK kun er forbudt, hvis den har samme virkning som kontrol af grænsepassage.⁶⁸

EuGH besluttede, at bestemmelserne i EU-lovgivningen ikke tillader nationale bestemmelser, som giver politimyndighederne i det pågældende medlemsland beføjelse til at kontrollere enhver persons identitet inden for Schengenområdet, uafhængig af personens adfærd og af tilstedeværelsen af særlige omstændigheder, som kunne udgøre en fare for krænkelse af den offentlige orden, hvis denne bestemmelse ikke begrænser sådanne beføjelser.⁶⁹ Begrænsningen skal sikre, at den faktiske udøvelse af beføjelsen ikke kan have den samme virkning som kontrol af grænsepassage.⁷⁰

2. EuGH, *straffesag mod A* (2017)

Grænserne for politikontrol blev nærmere bestemt af EuGH i et lignende tilfælde ved fremlæggelse for byretten i Kehl. I dommen C-9/16 af 21.06.2017⁷¹ handlede det om foreneligheden med EU-lovgivning, helt konkret en bestemmelse i den tyske lov om forbundspolitiet, som tillader en mistankeafhængig kontrol i området 30 km fra grænsen.

EuGH besluttede, at der skulle etableres og sikres en lovramme, som garanterer, at denne form for kontrol ikke svarer til systematisk grænsekontrol.⁷² Denne lovramme skulle være tilstrækkeligt præcis

⁶⁶ Vedrørende politikontrol ovenfor s.II.3.

⁶⁷ EuGH, 22.06.2010, retssag C-188/10 og C-189/10, *Melki og Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363

⁶⁸ EuGH, 22.06.2010, retssag C-188/10 og C-189/10, *Melki og Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, reg.nr. 69.

⁶⁹ EuGH, 22.06.2010, retssag C-188/10 og C-189/10, *Melki og Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, reg.nr. 75.

⁷⁰ EuGH, 22.06.2010, retssag C-188/10 og C-189/10, *Melki og Abdeli*, ECLI:EU:C:2010:363, reg.nr. 75.

⁷¹ EuGH, 21.06.2017, retssag C-9/16, *straffesag mod A*, ECLI:EU:C:2017:483

⁷² EuGH, 21.06.2017, retssag C-9/16, *straffesag mod A*, ECLI:EU:C:2017:483, reg.nr. 37, 38.

og detaljeret.⁷³ For så vidt skulle intensitet, hyppighed og selektivitet af kontrollen være fastsat for at forhindre, at politikontrollen har samme virkning som kontrol af grænsepassage.⁷⁴

3. Forudsætninger for politikontrol i nærheden af grænser

I henhold til denne retspraksis fra EuGH må mistankeuafhængig kontrol i nærheden af grænser, på banegårde og i tog ikke reelt blive til grænsekontrol. EU-medlemslande har i de seneste år i stigende grad gjort brug af politikontrol i nærheden af grænser i henhold til art. 23 i SGK, først og fremmest Holland og Sverige.⁷⁵ Politikontrol i grænseområder er mulig, men skal svare til kravene fra EuGH for at forhindre, at medlemslandene med politikontrol ind ad bagdøren genindfører den grænsekontrol, som principielt er afskaffet i Schengenområdet.

På denne baggrund er det bemærkelsesværdigt, at genindførelse af grænsekontrol (!) også blev baseret på art. 23 i SGK i de første syv notifikationsskrivelser fra den danske regering til Kommissionen.⁷⁶

E. Juridisk vurdering af den danske grænsekontrol

Europakommissionen understregede i 2021, at det var ubestrideligt, "at Schengen-grundlaget er en del af det europæiske DNA".⁷⁷ I første omgang skal det derfor i denne juridiske vurdering af den danske grænsekontrol gøres klart, hvilke konsekvenser grænsekontrol har for EU-borgerskabets udbytte som "grundlæggende status for borgerne i medlemslandene"⁷⁸ (I.). Derefter rekapituleres de årsager, som Danmark har anført som grundlag for den juridiske vurdering, og de betragtes nærmere (II.). Juridisk er der to centrale spørgsmål: Er der et tidsmæssigt loft for genindførelse af grænsekontrol? (III.) Og: Er genindførelsen af grænsekontrol proportional? (IV.) Til slut belyses Europakommissionens tvivlsomme rolle, som jo egentlig er som "vogter af aftalerne" (V.).

I. Konsekvenser for EU-borgerskabet

Grænsekontrol minder om tiden før personers frie bevægelighed – den drager et af de største resultater i EU i tvivl. Overvindelse af fysiske grænser er et meget vigtigt og synligt politisk symbol for det europæiske forlig.⁷⁹ Genindførelse af grænsekontrol har store konsekvenser for den økonomiske og

⁷³ EuGH, 21.06.2017, retssag C-9/16, *straffesag mod A*, ECLI:EU:C:2017:483, reg.nr. 41.

⁷⁴ EuGH, 21.06.2017, retssag C-9/16, *straffesag mod A*, ECLI:EU:C:2017:483, reg.nr. 59.

⁷⁵ *Van der Woude*, A bridge over Schengen's troubled borders, 07.08.2017, URL: <https://www.leidenlawblog.nl/articles/a-bridge-over-schengens-troubled-borders>.

⁷⁶ Notifikationsskrivelser af 4.1.2016, 13.1.2016, 2.2.2016, 22.2.2016, 3.2016, 31.3.2016 og 29.4.2016.

⁷⁷ Europakommission, 02.06.2021, meddelelse „Strategi for et gnidningsløst fungerende og resilient Schengen-område“, COM(2021) 277 final.

⁷⁸ EuGH, 12.5.1998, retssag C-85/96, *Martínez Sala*, ECLI:EU:C:1998:217, reg.nr. 62: „Status for en EU-borger“; EuGH, 11.7.2002, retssag C-224/98, *D’Hoop*, ECLI:EU:C:2002:432, reg.nr.28: „EU-borger-status“; EuGH, 20.9.2001, retssag C-184/99, *Grzelczyk*, ECLI:EU:C:2001:458, reg.nr. 31: første formel på den „grundlæggende status“.

⁷⁹ I en EU-barometer-rundspørge fra 2018 syntes 68 % af de adspurgte, at Schengen var et af de vigtigste resultater i EU. Sml. Europakommission, Special Eurobarometer 474, *Europeans' perceptions of the Schengen Area*, 2018, s. 39.

politiske, men også for den sociale dimension af EU-borgerskabet, som har indgået et "transnationalt tilhørsforhold".⁸⁰

Rent økonomisk resulterer længere transporttider i reduceret turisme og varehandel.⁸¹ Europaparlamentets studie „The Cost of Non-Schengen“ fra 2016 opgør de finansielle engangsudgifter for gennemført grænsekontrol til 7,1 milliarder euro for det samlede Schengenområde.⁸² Grænsependlere, som arbejder i et EU-land og bor i et andet EU-land, lider socialt og privat meget under grænsekontrol. Den medfører nemlig længere ventetid på vej til arbejde.⁸³ Således viser et studie fra ifo-instituttet i München, at grænsepassagen mellem to lande inden for Schengenområdet uden grænsekontrol er omtrent 20 minutter hurtigere end grænsepassagen mellem to lande, hvor mindst et land ikke hører til Schengenområdet, og der dermed finder grænsekontrol sted.⁸⁴

Den politiske dimension bliver tydelig, når vi tænker på det europæiske territoriale samarbejde mellem grænseregioner, som er stærkt integreret. Et eksempel er det tysk-danske Interreg-samarbejde. Det understøtter grænseoverlappende arbejdsmarkeder samt den interkulturelle forståelse for borgerne på begge sider af den tysk-danske grænse.⁸⁵ De længere ventetider, som er forbundet med grænsekontrol ved passage af grænserne, har også konsekvenser for personer, som ikke kun arbejdsrelateret ofte pendler over grænsen. Berørt af det er ved den tysk-danske grænse eventuelt pårørende til det tyske mindretal i Danmark eller til det danske mindretal i Tyskland, som eventuelt har familie i det andet land og derfor ofte rejser over grænsen.

Samtidig er den sociale dimension af grænsekontrol relevant. Hvis permanent grænsekontrol normaliseres inden for Schengenområdet, vil det ændre den måde, som personer ser på EU-borgerskabet.⁸⁶ Art. 2 i EUV henviser til et "europæisk samfund",⁸⁷ som er forbundet af fælles værdier. Dermed menes, således *von Bogdandy*, „den sociale helhed, som EU-traktaten affatter“.⁸⁸ Personers frie bevægelighed i forhold til frihed, sikkerhed og rettigheder uden indre grænser, som EU giver sine EU-borgere i henhold til art. 3 stk. 2, er en faktor med stærk symbolik for dette europæiske samfund. *Salomon og Rippma* betegner derfor denne frie bevægelighed inden for det indre marked og den grænseløse rejsetrafik i forhold til frihed, sikkerhed og rettigheder som "to sider af samme medalje: EU-borgerskabet".⁸⁹ Schengenrådets store landvinding, nemlig undladelse af kontrol ved de indre grænser, hvor EU-borgerne frit kan bevæge sig, kommer alvorligt i fare ved den længerevarende genindførsel af kontrol.⁹⁰

⁸⁰ Sml. *Mangold*, social- og arbejdsretslig relevans af EU-borgerskabet, in; *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), europæisk arbejds- og socialret, 2. opl. 2021, s. 178.

⁸¹ Europaparlament, *The Cost of Non-Schengen: The Impact of Border Controls within Schengen on the Single Market*, 2016, s. 8.

⁸² Hvis grænsekontrol i hele Schengenområdet standses i to år, ville dette tab beløbe sig til 5 milliarder euro, hvis kun som i øjeblikket syv lande indfører grænsekontrol, til 51 milliarder euro, hvis alle grænser inden for Schengenområdet igen blev kontrolleret, sml. Europaparlament, *The Cost of Non-Schengen: The Impact of Border Controls within Schengen on the Single Market*, 2016, s. 9.

⁸³ Europaparlament, *The Cost of Non-Schengen: The Impact of Border Controls within Schengen on the Single Market*, 2016), s. 8.

⁸⁴ *Felbermayr/Gröschl/Steinwachs*, *The trade effects of border controls*, ifo-forskningsrapport 73, 2016, s. 7.

⁸⁵ Interreg Tyskland, Danmark, *Interreg forbinder*, 2022, URL: <https://www.interreg-de-dk.eu/>.

⁸⁶ Sml. *Salomon/Rippma* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), s. 1 (24).

⁸⁷ Begrebet „europæisk samfund“ blev senest også prominent taget op af EuG: EuG, dom af 27.07.2022, retssag T-125/22, *RT Frankrig mod Europarådet*, ECLI:EU:T:2022:483. reg.nr. 55.

⁸⁸ Sml. *von Bogdandy*, *strukturomlægning af de offentligretlige myndigheder*, 2022, s. 16.

⁸⁹ Sml. *Salomon/Rippma* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), s. 1 (25).

⁹⁰ Sml. *Salomon/Rippma* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), s. 1 (28).

II. Årsager fremsat af Danmark

Fra januar 2016 har Danmark kontinuerligt gennemført grænsekontrol, altså i nu syv år. Danmark lagde i sine notifikationskrivelser til Kommissionen forskellige "risici" til grund for at retfærdiggøre genindførelse af grænsekontrol på basis af *ordre public*-forbeholdet. På den ene side kommer der hele tiden nye årsager til, på den anden side kommer Danmark i mellemtiden med en lang liste med et utal af årsager, formentlig i håbet om ved hjælp af en slags spredningsprincip under alle omstændigheder at anføre en gældende og acceptabel årsag.

De årsager, som Danmark har anført, skal på to punkter juridisk undersøges til bunds: For det første er mistanken nærliggende, at Danmark fremsætter disse årsager for på den ene eller anden måde at fortsætte grænsekontrollen (1.). For det andet er spørgsmålet, om der virkelig anføres "trusler mod den offentlige orden og den indre sikkerhed", altså risici for den offentlige sikkerhed og orden, eller om det ikke snarere drejer sig om kun fare (2.).

1. Påskud i stedet for fare?

Danmarks notifikationer giver det indtryk, at den danske regering på den ene eller anden måde holder fast i grænsekontrollen. Danmark anførte hele tiden nye årsager, især når to-års-fristen i art. 25 stk. 4 i SGK var ved at løbe ud. I henhold til dommen fra EuGH af 26. april 2022 fremsendte Danmark et addendum, som nævner mange nye årsager på en gang. Listen over risici blev desuden længere og længere efter spredningsprincippet: En årsag blandt de mange vil Kommissionen og andre medlemslande i sidste ende acceptere.

På den måde opstår indtrykket af, at det slet ikke drejer sig om reelle risici, men de er bare fremsat. Nu er det juridisk imidlertid notorisk svært at skelne mellem kun påskud på den ene side og alvorlige årsager på den anden side. Lovgivningen reagerer på denne problematik, idet den tager det fremsatte for pålydende: Hvis påskuddet er substantieret, altså gjort troværdigt med beviser, og reelt og indholdsmæssigt signalerer en retfærdiggørelse af adfærden, her altså grænsekontrol, så vurderer retsreglerne dette som legal adfærd.

Denne rapport er intet andet end en sådan analyse, som tager de fremsatte årsager fra den danske regering "på ordet" og undersøger dem for deres reelle og juridiske overbevisningskraft. Den indeholder derfor en spekulation om den danske regerings sande motiver.

2. Fare eller risiko?

For EU-lovgivningen er det juridisk også relevant at skelne mellem en konkret "trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed" og kun et risikoscenarie.⁹¹ Netop de seneste notifikationer fra den danske regering begrundes udsættelsen af risici med vage "risikosituationer". Dette er for eksempel tydeligt i den danske regerings addendum af 11.5.2022 og notifikationen af 14.10.2022.

a) Vage risici

Et afsnit fra dette addendum fra den danske regering af 11.5.2022 er gengivet ordret, fordi udtalelsernes vaghed her er særligt tydelig (*fremhævet med kursiv*):

⁹¹ Vedrørende denne centrale skelnen oven for i B.II.2.a).

„CTA⁹² assesses [sic] that in the short term the larger flow of migrants and displaced persons *could* entail a risk that persons who *could* pose a threat to Denmark would be able to travel into the Schengen area. CTA further assesses [sic] that *in the long term* the presence of an area of conflict in Europe with presumably high accessibility of firearms could potentially attract extremists who could pose a threat to Denmark. Furthermore, it is the assessment of the Danish Special Crime Unit that it is highly probable that weapons from Ukraine will flow towards Danish criminal organizations *once the acts of war have ceased.*”

I dette afsnit er graden af faren fuldstændig uklar. Kun eventuelle scenarier angives som formodentlig konkret fare. Fra et sikkerhedslovsrelateret perspektiv og med retsstatslige briller er denne passage absolut dramatisk.

Som yderligere årsager til grænsekontrollen anfører den danske regering situationen ved den ydre EU-grænse mod Hviderusland og henviser til kriminelle bander ved den tysk-danske grænse, hvor begge dele er udpræget vage.⁹³ Det er påfaldende, at der her henvises til en „bandekrig“, som anføres som bevis for en særlig faresituation, selvom den allerede ser ud til at være afsluttet.⁹⁴

b) Absolut sikkerhed

I den aktuelle notifikationsskrivelse fra den danske regering af 14.10.2022 males de eventuelle konsekvenser af den russiske mobilisering i dystre farver med henvisning til en visa-anbefaling fra Europakommissionen i en slags omvendt bevisbyrde („*it cannot be excluded*“):

„As also stated by the Commission in the communication of 3 October 2022⁹⁵, *it cannot be excluded* that Russian citizens trying to avoid the mobilisation and entering the EU also constitute a threat to public policy and the internal security. As also stated by the Commission regarding the current geopolitical situation and the military mobilisation in the Russian Federation these events *impact* the stability and security of the Union and its Member States.”

Det står her fuldstændigt åbent, hvor der nøjagtigt skulle være en fare, og om EU og medlemslandenes stabilitet og sikkerhed overhovedet påvirkes („*impact*“) af russiske statsborgeres flugt. Ud fra et sikkerhedslovsrelateret synspunkt drejer det sig om en manglende forklaring: Denne passage siger slet intet om eventuelle farer, og risikoprognoser kan heller ikke uddrages af den, hvorefter der overhovedet ikke er en indikation af, hvorfor netop grænsekontrol skulle være egnet til at afværge noget.

⁹² CTA står for Centre for Terror Analysis. Dette center administreres af den danske sikkerheds- og efterretningstjeneste (PET).

⁹³ Situation ved den ydre grænse til Hviderusland: „the migratory pressure on the Schengen area's external border with Belarus in general means that since Russia's invasion of Ukraine, the police have had an increased focus on the risk of human smuggling and human trafficking.“; kriminelle bander ved den tysk-danske grænse: „The Danish National Police has further stated that after a short period of decline in 2020 and 2021, there is currently an increase in the number of criminal groups crossing the Danish/German landborder.“

⁹⁴ „Throughout the winter of 2021-2022, a violent conflict between a Danish criminal gang and a Swedish criminal network has taken place. The conflict was instigated by a number of violent collisions in Copenhagen and its vicinity as well as in Malmö. From 2-15 December 2021, there were five shootings with four persons killed and additionally four persons injured. The conflict was considered to have ceased on 2 February 2022. Shortly thereafter another person from Sweden was killed in Copenhagen.“

⁹⁵ Dokumentation i notifikationen: “Communication from the Commission (13054/22) of 3 October 2022 on 1) updating guidelines on general visa issuance in relation to Russian applicants following Council Decision (EU) 2022/1500 of 9 September 2022 on the suspension in whole of the application of the Agreement between the European Community and the Russian Federation on the facilitation of the issuance of visas to the citizens of the European Union and the Russian Federation; and 2) providing guidelines on controls of Russian citizens at the external borders.”

Behovet for absolut sikkerhed er imidlertid tydeligt, for formuleringen „it cannot be excluded“ fremlægger, at en fare kun er ikke-eksisterende, hvis den kan udelukkes fuldstændigt. Hvis man tænker denne synsvinkel til ende, så ville det være slutningen på ethvert frirum: At enkelte på skadelig vis gør brug af sine frihedsrettigheder, kan aldrig helt udelukkes. Det er den risiko, som et frit land løber.

c) Slet ingen fare

Det samme mønster med en ophobning af ord, som ikke siger noget om en fare, findes i den aktuelle notifikationskrivelse af 14.10.2022 i afsnittet om øgede migrationsbevægelser:

„Austria is currently experiencing more registrations than during the European migration crisis in 2015. As a consequence, secondary movements of migrants from said countries are seen. Austria is affected by the movements on the eastern Mediterranean [sic] and Western Balkan route, which traditionally has been the most frequently used route of asylum seekers travelling to Denmark. There are also indications of secondary flows to Germany, which probably stems from the Eastern Mediterranean [sic] and Western Balkan routes.”

I denne passage er henvisningen til Danmark også meget tynd. Et stigende antal asylsøgere i Østrig (?) og sekundære bevægelser til Tyskland (?) beskrives som sædvanlig rute til Danmark. Hvori helt nøjagtigt faren består, som flygtende mennesker udgør, om end det også kunne være mange, forsøger man ikke en gang tilnærmelsesvist at forklare.

d) Vurdering

Hvis retten til fri bevægelighed ikke skal løbe ud i sandet, så står og falder dens beskyttelse med den nøjagtighed, som anlægges i årsagerne til kontrollen. Det er vigtigt, at de angivne farer konkretiseres og substantieres. Det lykkes ikke tilnærmelsesvist i notifikationskrivelserne fra den danske regering, heller ikke i de seneste og mest grundige. De henholder sig snarere til imaginære farer og tilstræber fra starten myten om ”militante islamister”, som – således argumentationen – netop med grænsekontrol ved indrejse og attentater skulle kunne forhindres. Juridisk skal tilstedeværelsen eller opretholdelsen af en fare substantieres, hvilket EUGH klart har fastholdt i sin dom af 26. april 2022.⁹⁶

III. Varighed: Kontinuitet af grænsekontrol i syv år (2016-2023)

Europarådet erklærede allerede i februar 2016 i sine konklusioner, at genetableringen af et ”normalt fungerende Schengenområde” var målet.⁹⁷ Også Europakommissionen anbefalede derefter en trinvis ophævelse af den genindførte kontrol ved de indre grænser til genetablering af Schengenområdet.⁹⁸ Udvalget for borgerlig frihed, retssystem og indre anliggender i Europaparlamentet udtalte gentagne gange,⁹⁹ at den opretholdt og hele tiden fornyede kontrol ved de indre grænser undergravede de grundlæggende principper for Schengenområdet. Udvalget kritiserede især, at de kontrollerende Schengenlande hele tiden ændrede retsgrundlaget for genindførelsen for at forlænge kontrollen ud over den maksimalt mulige periode, selvom de faktiske omstændigheder ikke havde ændret sig.

⁹⁶ EuGH, 26.04.2022, retssag C-368/20 og C-369/20, *Delstatsspolitidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298, reg.nr. 78: „hvis det pågældende medlemsland kan *dokumentere*, at der foreligger en ny alvorlig trussel mod dets offentlige orden eller dets indre sikkerhed” (kun fremhævet her).

⁹⁷ Konklusioner fra Europarådet af 18./19.02.2016, nummer V, EUCO 1/16.

⁹⁸ Europakommission, 04.03.2016, meddelelse „Tilbage til Schengen – en køreplan”, KOM(2016) 120 final.

⁹⁹ Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, REPORT on the annual report on the functioning of the Schengen area (2017/2256(INI)), 3.5.2018. 2021: REPORT on the Annual Report on the Functioning of the Schengen Area - (2019/2196(INI)), 1.6.2021.

Af det samlede koncept for Schengengrænsekodexet fremgår en fint afbalanceret model med frister og tidsmæssigt maksimale perioder.¹⁰⁰ Rent juridisk opstår spørgsmålet, om de perioder i Schengengrænsekodexet starter på ny ved enhver (påstået) ny fare. Et medlemsland som Danmark kan på basis af den angivne afgørelse fra domstolen vedrørende Østrig af 26. april 2022 komme på den idé, at hver ny fare får de perioder, som er nævnt i Schengengrænsekodexet, til at starte forfra igen. Danmark har hidtil altid anført "nye" farer, når den maksimale to-års-frist i art. 25. stk. 4 i SGK var ved at udløbe. I sin afgørelse anerkendte domstolen den uafviselige kendsgerning inden for de seneste år, at der findes år, hvor den ene ulykke afløser den anden: Migrationsbevægelser som følge af borgerkrigen i Syrien, terroristiske angreb i Frankrig, corona, krigen i Ukraine og deraf følgende nye migrationsbevægelser.

En sådan argumentation forudsætter ganske vist, at medlemslandene seriøst vil bekæmpe de anførte "risici" med grænsekontrol – og ikke kun udnytter dem som påskud for genindførsel af grænsekontrol for at vende tilbage til en allerede forældet suverænitetstankegang, som også omfatter den autonome afgørelse vedrørende grænsekontrol. Da sådanne "påskud" rent juridisk imidlertid ikke er lette at undersøge, skal den juridiske kontrol fokusere på selve de fremsatte argumenter.

IV. Proportionalitet

Da de anførte risici faktisk kan være eksisterende – hvilket imidlertid i henhold til retspraksis ved EuGH skal dokumenteres¹⁰¹ –, rykker blikket mod proportionaliteten af grænsekontrol til bekæmpelse af "risiciene", hvor også begrænsningerne i den frie bevægelighed skal afvejes. Her spiller følgelig varigheden på grænsekontrollen så igen en rolle, da en langvarig frihedsbegrænsning er et mere intensivt indgreb i de grundlæggende rettigheder end en kun kortvarig begrænsning.¹⁰²

For endnu en gang at nævne trinene i proportionalitetstesten:

- 1) Grænsekontrollen skal have et legitimt formål, altså at bekæmpe reelt eksisterende risici (*legitimt formål*),
- 2) foranstaltningen med den midlertidige grænsekontrol skal i det hele taget være egnet til at opnå det tilstræbte mål, altså at reducere eller udelukke den påståede fare for sikkerhed og orden (*relevans*),
- 3) en mildere og lige så effektiv foranstaltning må ikke være indlysende (*nødvendighed*),
- 4) begrænsningen af den frie bevægelighed via grænsekontrol og det mål, som tilstræbes med denne begrænsning (for eksempel: forhindring af indrejse af terrorister eller organiseret kriminalitet), skal stå i et passende forhold til hinanden (*tilstrækkelighed*).

1. Legitimt formål: "Trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed"

Vedrørende legitimitet af de tilstræbte formål med grænsekontrol er det relevante allerede anført:¹⁰³ Det skal dreje sig om en substantieret fremsat reel "trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed", altså om konkrete farer, ikke blot risici, for absolut sikkerhed i frie demokratier kan ikke opnås.¹⁰⁴

¹⁰⁰ I detaljer ovenfor B.II.2.b).

¹⁰¹ Netop Fn. 96.

¹⁰² I denne sammenhæng allerede ovenfor ved Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert..**

¹⁰³ Se netop E.II.

¹⁰⁴ I øvrigt heller ikke i autokratier, en erfaring, som diktatorer hele tiden gør sig.

2. Relevans

Hvorvidt grænsekontrol reelt er egnet til at forhindre de anførte risici, skal ligeledes substantieres. De „statistikker“, som Danmark lejlighedsvist anfører, opfylder ikke dette formål, fordi der nævnes helt kontekst- og referenceløse tal. Både addendum af 11. maj 2022 og notifikationsskrivelsen af 14. oktober 2022 tilstræber at fremlægge yderligere „fakta“, specielt for at indføre grænsekontrol. Hvad der her sammenlignes med hvilket scenarie, står fuldstændigt åbent: Er for eksempel 202 konfiskerede våben ved grænsekontrol i første halvår af 2022 meget eller lidt? Hvordan defineres ”våben”, tæller jagtknive også med? Hvor mange våben konfiskerer politiet ved normal kontrol? Her må man forlange væsentligt mere substantiering for at dokumentere grænsekontrollens effekt netop til afværgelse af de anførte risici.

3. Nødvendighed

Findes der mildere foranstaltninger end grænsekontrol til at bekæmpe risici? Den danske regering kommer efter EuGH-dommen af 26. april 2022 i sine efterfølgende to notifikationsskrivelser til Kommissionen ind på mulige alternativer til grænsekontrol.

Danmark nævner ved flere lejligheder i notifikationerne politikontrol i henhold til art. 23 i SGK. Her opstår for det første spørgsmålet, om Danmark tager hensyn til den gældende retspraksis ved EuGH, ifølge hvilken kontrol i henhold til art. 23 i SGK netop ikke må erstatte systematisk grænsekontrol.¹⁰⁵ Det er for så vidt forræderisk, at Danmark i starten, i første halvår af 2016, også baserede grænsekontrollen på art. 23 i SGK. Det skal imidlertid tages i betragtning, at der også kan have fundet en læringsproces sted. For det andet skal det under alle omstændigheder kræves, at det fremstilles mere nøjagtigt, hvordan politikontrol og grænsekontrol fungerer sammen – også her er der et juridisk krav om substantiering, som Danmark hidtil ikke har opfyldt i tilstrækkelig grad.

4. Tilstrækkelighed

I den aktuelle notifikationsskrivelse af 14. oktober 2022 henvises der til anvendelse af automatisk nummerpladegenkendelse for at sikre hensynsfuld udførelse af grænsekontrollen. At også den automatiske kontrol ved hjælp af nummerpladegenkendelse er en grænsekontrol i henhold til Schengenrænsekodexet, er et faktum. Denne praksis er imidlertid, set i lyset af retspraksis ved EuGH vedrørende automatiseret dataregistrering¹⁰⁶ på ingen måde uproblematisk og i det hele taget en kontrolpraksis, som er i strid med EU-lovgivningen, og som ved domstolene kan ankes på grund af krænkelse af de grundlæggende rettigheder og specielt krænkelse af databeskyttelsen.

Grænsekontrollen, som allerede har varet i syv år, betyder specielt for folk i regionen Nordschleswig og det sydlige Danmark en voldsom begrænsning af deres grundlæggende rettigheder til fri bevægelighed. En region med en så omskiftende historie og samtidig en tæt samhørighed, som er vokset i årtier efter 1920, rammes meget hårdt af genindførsel af grænsekontrol og dens årelange fortsættelse.

¹⁰⁵ Dertil ovenfor D.II.

¹⁰⁶ EuGH, 21.06.2022, retssag C-817/19, *Ligue des droits humains gegen Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2022:491 : Behandling af flypassagerdata er udelukket inden for EU, hvis der ikke er fare for terror (reg.nr. 291). Denne retspraksis bør kunne overføres til den automatiserede motorkøretøjsnummerpladegenkendelse. Vedrørende ulovlighed på basis af den tyske forfatningsmæssige status i BVerfG (tysk forfatningsdomstol), 18. december 2018, journalnummer 1 BvR 142/15, BVerfGE 150, 244.

Afværgelse af de ret vage, angivne risici, som er alt for dårligt substantieret af Danmark, kan ikke opveje betydningen af begrænsningen af den frie bevægelighed.

Grænsekontrollen er altså ikke passende og dermed uforholdsmæssig. Den krænker EU-lovgivningen.

V. Europakommissionens rolle

Som vogter af aftalerne har Europakommissionen til opgave at overvåge, at EU-medlemslande overholder aftalerne og den sekundære lovgivning. I tilfældet med genindførsel af grænsekontrol har Kommissionen hidtil slet ikke ageret.

Som anført oven for har fem medlemslande, deriblandt Danmark, fra 2016 gentagne gange genindført grænsekontrol på basis af Schengengrænsekodekset og derefter kontinuerligt forlænget den. Her angav de dels igen og igen de samme begrundelser, dels ændrede de retsgrundlagene for forlængelsen.

På trods af denne praksis, som ikke er forenelig med den sekundære lovgivning, har Europakommissionen hidtil i intet tilfælde indledt en kontraktbrudssag i henhold til art. 258 i AEUV. Kun indførsel af grænsekontrol i Tyskland og Østrig i september 2015 har Kommissionen undersøgt for dens nødvendighed og proportionalitet.¹⁰⁷ Kommissionen kom dengang, under kulminationen af migrationsbevægelserne som følge af den syriske borgerkrig, til den konklusion, at Tyskland og Østrig ikke havde krænket Schengengrænsekodekset.¹⁰⁸ Siden da har Europakommissionen ikke kontrolleret de enkelte notifikationer om genindførsel eller forlængelse af grænsekontrollen, som EU-medlemslandene har fremsendt.¹⁰⁹ Således intervererede Kommissionen heller ikke, da medlemslande i starten af coronapandemien i foråret 2020 genindførte grænsekontrol og derved påberåbte sig den offentlige orden og indre sikkerhed, selvom den offentlige sundhed på daværende tidspunkt ikke var en normativ retfærdiggørelse af genindførsel af grænsekontrol.¹¹⁰

At Europakommissionen på daværende tidspunkt ikke har gjort indsigelse imod selv den mest tvivlsomme grænsekontrolpraksis, får medlemslandene til at anse den for delvist lovlig. Således argumenterede det anklagede Tyskland i sagen ved forvaltningsdomstolen i München vedrørende grænsekontrollen ved den bayersk-østrigske grænse,¹¹¹ at "den midlertidigt genindførte indre grænsekontrol ved den tysk-østrigske landegrænse var i overensstemmelse med bestemmelserne i Schengengrænsekodekset", da Europakommissionen som "vogter af aftalerne" havde "bekræftet eller ikke gjort indsigelse imod" dem.¹¹² Den manglende indsigelse ligestilles her med lovlighed, hvilket ganske vist er en vanvittig fortolkning af en undladelse af en kontraktbrudssag fra Europakommissionens side.

¹⁰⁷ Europakommission, 23.10.2015, Commission opinion on the necessity and proportionality of the controls at internal borders reintroduced by Germany and Austria pursuant to Article 24(4) of Regulation No 562/2006 (Schengen Borders Code), C(2015) 7100 final.

¹⁰⁸ Europakommission, 23.10.2015, Commission opinion on the necessity and proportionality of the controls at internal borders reintroduced by Germany and Austria pursuant to Article 24(4) of Regulation No 562/2006 (Schengen Borders Code), C(2015) 7100 final, Rn. 45.

¹⁰⁹ Sml. *Salomon/Rijpma* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), S. 1 (6).

¹¹⁰ Se dertil også ovenfor Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.** I reformforslaget til det nye Schengenkodeks er det i den nye art. 25 stk. 1 litra b) i SGK foreskrevet, at „en graverende nødsituation inden for den offentlige sundhed“ er en alvorlig trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed, se også F.

¹¹¹ Se dertil ovenfor C.II.3.

¹¹² Forfatningsdomstol i München, dom af 31.07.2019, *Schuberl mod Tyskland*, M 7 k 18.3255, reg.nr. 3.

Den aktuelt drøftede reform til Schengengrænsekodexet ville formentlig ikke fremme retshåndhævelsen fra Kommissionens side, da medlemslandene ville få endnu flere muligheder for at konsolidere grænsekontrollen.¹¹³ Tidligere havde Europakommissionen allerede i år 2017 fremsat et reformforslag, som lignede en *ex-post* legitimering af praksis i de medlemslande, som havde genindført grænsekontrol.¹¹⁴ Forslaget havde til formål at øge den maksimale periode for midlertidig genindførsel af grænsekontrol ved de indre grænser i den forventede varighed på den alvorlige trussel til et år (i stedet for seks måneder), og at øge den maksimale varighed på forlængelsesperioderne på 30 dage til op til seks måneder.¹¹⁵ Forslaget blev heldigvis ikke vedtaget.¹¹⁶

F. Aktuelle reformbestræbelser vedrørende Schengengrænsekodexet

Europakommissionen fremsatte den 14.12.2021 sit reformforslag til et nyt Schengengrænsekodex.¹¹⁷ Om reformen vil blive vedtaget i denne udformning er stadig uklart. Hidtil har økonomi- og socialudvalget¹¹⁸ samt regionernes europæiske udvalg¹¹⁹ taget stilling til det. Rådet har drøftet reformforslaget på flere møder¹²⁰ og nu foreligger det for udvalget for borgerlige friheder, retssystem og indre anliggender ved Europaparlamentet. Referent er Sylvie Guillaume fra S&D-fraktionen.

I sin oprindelige strategi havde Europakommissionen ganske vist varslet at indlede "systematiske" kontraktbrudssager, hvis medlemslande ikke overholdt lovbestemmelserne i Schengenaf-talen.¹²¹ Forslaget til reformering af Schengengrænsekodexet indeholder imidlertid sågar en udvidelse af de mulige årsager til kortvarig genindførsel af grænsekontrol. Dermed må en øget indledning af kontraktbrudssager blive overflødig, hvis den nuværende praksis dermed blev legaliseret.¹²²

Kommissionens forslag har nu blandt andet til formål at ændre art. 25 i SGK og mere nøjagtigt fastsætte, hvornår der foreligger en alvorlig trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed. Formuleringen „kan tages for givet“ synes ikke at begrænse tilfældene med alvorlig trussel til de efterfølgende nævnte situationer, men kun anføre sådanne tilfælde som eksempel. En trussel kan således tages for givet ved:

„a) Aktiviteter i forbindelse med terrorisme eller organiseret kriminalitet,

¹¹³ Sml. *Bornemann*, The Commission's proposed reform of the Schengen area – stronger enforcement or conflict aversion?, 31.01.2022, URL: <https://eulawenforcement.com/?p=8157>.

¹¹⁴ *De Somer*, Schengen and internal border controls, in: *De Bruycker/DeSommer/De Brouwer (Hrsg.)*, From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a new European consensus on migration, 2019, S. 123

¹¹⁵ Europakommission, 27.09.2017, forslag til en forordning fra Europaparlamentet og Europarådet til ændring af forordning (EU) 2016/399 med hensyn til bestemmelserne om den midlertidige genindførsel af kontrol ved de indre grænser, COM(2017) 571 final.

¹¹⁶ *De Somer* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

¹¹⁷ Europakommission, 14.12.2021, forslag til en forordning fra Europaparlamentet og Europarådet til ændring af forordning (EU) 2016/399 med et EU-kodex for personers passage af grænserne, COM/2021/891 final.

¹¹⁸ Europæiske økonomi- og socialudvalg, 18.05.2022, Opinion of the European Economic and Social Committee on 'Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/399 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders', EESC 2022/00264, meddelelsesblad C 323 af 26.8.2022, s. 69–76.

¹¹⁹ Regionernes europæiske udvalg, 12.10.2022, stillingtagen, tilpasning af governance for Schengenområdet, COR 2022-01129.

¹²⁰ Europarådet, 13.06.2022, forslag til en forordning fra Europaparlamentet og Europarådet til ændring af forordning (EU) 2016/399 med et EU-kodex for personers passage af grænserne, generel tilpasning, interinstitutional fil: 2021/0428(COD).

¹²¹ Europakommission, 02.06.2021, meddelelse fra Kommissionen til Europaparlamentet og Europarådet, „strategi til en gnidningsløs funktion af og et resilient Schengenområde“, COM(2021) 277 final.

¹²² Sml. *Bornemann* (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

- b) en graverende nødsituation inden for den offentlige sundhed,
- c) en situation, hvor et meget højt antal ulovlige migrationsbevægelser med tredjelandsborgere finder sted mellem medlemslandene, som generelt bringer funktionen af området uden kontrol ved de indre grænser i fare,
- d) store eller prominente internationale arrangementer så som sports-, handels- eller politiske arrangementer.”

Tydeligvist afskriver Kommissionen dermed begrundelserne fra ethvert medlemsland inden for Schengenområdet, som siden 2016 igen har indført permanent grænsekontrol.

Desuden foreslår Kommissionen at indsætte en ny artikel 25a, som fastsætter fremgangsmåden ved ”tilfælde, som kræver foranstaltninger på grund af uforudsigelige eller forudsigelige hændelser”. Kommissionens forslag kan på den ene side tydes således, at praksis for genindførelse af grænsekontrol indført af medlemslandene i fremtiden ikke kun tolereres, men endda direkte skal fastsættes i Schengenkodekset.¹²³ På den anden side kan dette tydes som et forsøg på at kæde *ad hoc*-foranstaltninger sammen med juridiske bestemmelser, det vil imidlertid ikke forventeligt komme til en begrænsning på grund af den yderst vage formulering.

Den nye art. 28 skal derimod give Kommissionen den mulighed, ved alvorlig trussel mod den offentlige orden eller den indre sikkerhed i de fleste af medlemslandene og ved en fare for Schengenområdets funktion generelt til Rådet at komme med ”et forslag til udstedelse af en gennemførelsesafgørelse til godkendelse af genindførelse af grænsekontrol i medlemslandene”.¹²⁴ Til forskel fra mekanismen i den nuværende art. 29 i SGK, som udelukkende fastsætter en ”anbefaling”, ville Europakommissionen sammen med Europarådet her altså have beslutningsmagten over Schengenområdet og specielt Kommissionen en uafhængig initiativret.¹²⁵ Alligevel ville denne fremgangsmåde ikke være en erstatning for initiativerne til genindførelse fra medlemslandenes side i henhold til art. 25 og art. 29, som skal forblive uændret ved siden af, men ville skabe et yderligere retsgrundlag for genindførelse af grænsekontrol.¹²⁶

Kommissionens reformforslag fastsætter endelig styrkelse af „alternative foranstaltninger” vedrørende grænsekontrol. Således skal et medlemsland, hvis det forlænger grænsekontrol, forud undersøge, om alternative foranstaltninger er tilstrækkelige som for eksempel udøvelse af politimæssige beføjelser i henhold til art. 23 i SGK. Der etableres dermed ganske vist kun en meget løs og uforpligtende forudsætning for medlemslandene.¹²⁷

I lyset af den seneste retspraksis ved EuGH¹²⁸ vedrørende anvendelse af algoritmebaserede dataanalyseprogrammer i forbindelse med flypassagerdata er idéen om at vende tilbage til automatiseret grænsekontrol for alle rejser med kommercielle transportmidler som tog, busser, fly eller færger over

¹²³ Bornemann (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.).

¹²⁴ Europakommission, 14.12.2021, forslag til en forordning fra Europaparlamentet og Europarådet til ændring af forordning (EU) 2016/399 vedrørende et EU-kodeks for personers passage af grænserne, COM/2021/891 final.

¹²⁵ Sml. Bornemann (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.).

¹²⁶ Bornemann (Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert.).

¹²⁷ Sml. Züllig, Evolution and Mutation in the EU's DNA. The Proposal for a Reform of the Schengen Borders Code, 12.10.2022, URL: <https://verfassungsblog.de/evolution-and-mutation-in-the-eus-dna/>.

¹²⁸ EuGH, 21.06.2022, retssag C-817/19, *Ligue des droits humains gegen Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2022:491. EuGH afgjorde her, at EU-medlemslandene skal begrænse deres behandling af flypassagerdata til det absolut nødvendige til kampen mod terror. Desuden kræver behandling af data ved flyrejser inden for EU EU-lovgivningen, hvis der ikke er fare for terror (reg.nr. 291).

de indre grænser i Schengenområdet problematisk.¹²⁹ De ville definere Schengengrænsekodexet som politikontrol, også selvom der derved *de facto* ville blive kontrolleret systematisk og usynligt, hvem der passerer de indre grænser hvornår og hvordan.¹³⁰

I sin generelle tilpasning til reformforslaget fra Kommissionen har Europarådet endnu en gang gjort det tydeligt, at personers frie bevægelighed er en af de vigtigste landvindinger for EU, og at grænsekontrol ved de indre grænser derfor skal forblive en undtagelse.¹³¹ Specielt skal genindførelse af grænsekontrol ved de indre grænser på grund af en og samme trussel ikke være mulig uden tidsmæssig begrænsning.¹³²

I sin aktuelle udformning svarer forslaget ikke til den primærretslige regulatoriske standard i art. 77 stk. 1 litra a) i AEUV, for EU-politikken skal sikre, "at personer uafhængigt af deres statsborgerskab ikke kontrolleres ved passage af de indre grænser".

¹²⁹ Forslaget forudsætter nogle overvågnings- og observationsteknologier, som ikke kan sidestilles med grænsekontrol. Den nye artikel 23 skal indeholde muligheder for at sammenligne passagerdata med databaser af sikkerhedsmæssige årsager, og nærmere bestemt ved alle personer, som rejser inden for de indre grænser uden kontrol. Denne algoritmebaserede kontrol kunne væsentligt øge risikoen for racistisk diskriminering ved grænserne. Sml. *Züllig*, (Fn 127).

¹³⁰ *Züllig*, (Fn. 127).

¹³¹ Europaråd, 13.06.2022, forslag til en forordning fra Europaparlamentet og Europarådet til ændring af forordning (EU) 2016/399 med et EU-kodeks for personers passage af grænserne, generel tilpasning, interinstitutional fil: 2021/0428(COD), reg.nr. 43a.

¹³² Europaråd, 13.06.2022, forslag til en forordning fra Europaparlamentet og Europarådet til ændring af forordning (EU) 2016/399 med et EU-kodeks for personers passage af grænserne, generel tilpasning, interinstitutional fil: 2021/0428(COD), reg.nr. 43a.

G. Kort opsummering (*executive summary*)

Undersøgelsen af den af Danmark genindførte grænsekontrol i forhold til det gældende Schengen-grænsekodeks har vist, at denne grænsekontrol er en tungtvejende og vidtgående begrænsning af EU-borgernes frie bevægelighed. Denne begrænsning kan ikke retfærdiggøres, da grænsekontrollen på basis af de årsager, som Danmark har fremsat, ikke kan vurderes som proportional. Danmark henviser til vage, ikke nærmere substantierede påståede risici. I henhold til retspraksis ved EuGH skulle Danmark imidlertid "dokumentere" tilstedeværelsen af disse risici.¹³³ Den manglende dokumentation af de påståede risici ligesom den kun overfladiske undersøgelse af alternative foranstaltninger i stedet for grænsekontrol betyder, at Danmark har krænket sin forpligtelse i EU-lovgivningen med hensigt til at overholde princippet om proportionalitet, når EU-borgernes frie bevægelighed begrænses med grænsekontrol. Grænsekontrollen er derfor i strid med EU-lovgivningen.

¹³³ EuGH, 26.04.2022, retssag C-368/20 og C-369/20, *Delstatspolitidirektion Steiermark*, ECLI:EU:C:2022:298, reg.nr. 78: „når det pågældende medlemsland kan *dokumentere*, at en ny alvorlig trussel mod dets offentlige orden eller dets indre sikkerhed foreligger“ (kun fremhævet her).