No.W16.22.0127/II 's-Gravenhage, 5 oktober 2022

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 15 juli 2022, no. 2022001601, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 teneinde te voorzien in een grondslag voor het gebruik van biometrie bij automatische grenscontrole, met memorie van toelichting.

Het voorstel voorziet in de noodzakelijke grondslag voor het gebruik van biometrie bij automatische grenscontrole. De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de accuraatheid van gezichtsherkenning in het licht van het recht op gelijke behandeling. Zij adviseert in de toelichting in te gaan op de accuraatheid van het SSPC-systeem en op de vraag of en in hoeverre onder meer huidskleur en geslacht van invloed zijn op de mate van herkenning. Daarbij dient te worden aangegeven op welke wijze indirect onderscheid in behandeling wordt voorkomen, dan wel objectief gerechtvaardigd kan worden.

Verder maakt de Afdeling een opmerking over de verhouding van de voorgestelde wetswijziging tot de EES-verordening en de wijzigingsverordening Schengengrenscode. Zij merkt op dat de toelichting op dat punt onduidelijk is.

In verband met het voorgaande is aanpassing van de toelichting wenselijk.

1. Inhoud en aanleiding voorstel

Bij de controle van de buitengrens op Schiphol maakt de Koninklijke Marechaussee (KMar) gebruik van het Self Service Passport Control-Systeem (SSPC-systeem), waarbij de reiziger door een Border Control Access Gate (e-gate) gaat. Dit systeem verwerkt biometrische gegevens[[1]](#footnote-1) om vast stellen of de aanbieder van een reisdocument ook de rechtmatige houder van dat document is.[[2]](#footnote-2) Deze controle vindt plaats op basis van een met een camera gemaakte gelaatsscan. De scan wordt vergeleken met de foto die is opgeslagen op de chip van het reisdocument dat tegelijkertijd wordt gescand. Ook wordt met behulp van een camera een ‘liveness detection’ uitgevoerd. Daarmee kan bijvoorbeeld worden beoordeeld of het gelaat van een reiziger is bedekt met een masker.[[3]](#footnote-3)

Biometrische gegevens vormen bijzondere categorieën van persoonsgegevens.[[4]](#footnote-4) Het verwerken van bijzondere persoonsgegevens is op grond van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) verboden, tenzij één van de aldaar genoemde uitzonderingsgronden van toepassing is.[[5]](#footnote-5) De in de toelichting aangevoerde uitzonderingsgrond is de noodzakelijkheid van de verwerking om redenen van zwaarwegend algemeen belang.[[6]](#footnote-6)

Voor de hierboven omschreven gegevensverwerking is een wettelijke grondslag vereist. Het Europese kader wordt gevormd door de AVG en de nog niet in werking getreden EES-verordening[[7]](#footnote-7) en de wijzigingsverordening Schengengrenscode.[[8]](#footnote-8) Het voorstel voorziet met een nationaal kader in de Vreemdelingenwet 2000 in een dergelijke wettelijke grondslag.[[9]](#footnote-9) De biometrische gegevens mogen maximaal 24 uur worden bewaard.[[10]](#footnote-10)

2. Gelijke behandeling

* In de toelichting wordt benadrukt dat geautomatiseerde grenscontrole leidt tot een significant effectievere en efficiëntere uitvoering van de grenscontrole en -bewaking. De controle met het SSPC-systeem is sneller dan een manuele controle.[[11]](#footnote-11) Daarnaast kan met enkel een manuele controle niet hetzelfde niveau van efficiëntie en grondig grenstoezicht worden behaald als bij gebruik van het SSPC-systeem dat als meerwaarde heeft dat sprake is van een wisselwerking tussen techniek en grenswachter. De gezichtsherkenningstechniek ondersteunt het menselijke oordeel van de grenswachter en kan een deel van de mogelijke menselijke fouten, bijvoorbeeld als gevolg van vermoeidheid, afleiding of persoonlijke achtergrond, ondervangen.[[12]](#footnote-12)

De toelichting besteedt geen aandacht aan de waarschijnlijkheid dat ook het SSPC-systeem niet feilloos is. De vraag rijst of de toepassing van deze technologie helemaal neutraal is.[[13]](#footnote-13) De accuraatheid van gezichtsherkenningsalgoritmes verschilt per systeem, maar in veel systemen worden de gezichten van mensen met een donkere huidskleur minder goed herkend dan die van mensen met een lichte huidskleur. Ook is doorgaans de foutenmarge bij mannen kleiner dan die bij vrouwen.[[14]](#footnote-14) De vraag rijst of dit nu ook geldt voor het SSPC-systeem. Indien dat zo is zullen mensen uit bepaalde groepen vaker dan anderen niet door het SSPC-systeem komen en een nadere controle moeten ondergaan. Daarmee kan sprake zijn van indirect onderscheid, bijvoorbeeld op grond van huidskleur en geslacht.

* Volgens de AVG zijn bijzondere persoonsgegevens alleen uitgezonderd van het verbod op de verwerking daarvan indien onder meer passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene[[15]](#footnote-15), waaronder het (grond)recht op gelijke behandeling.[[16]](#footnote-16) Uit de toelichting blijkt niet of in dit opzicht passende en specifieke maatregelen zijn getroffen.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de accuraatheid van het SSPC-systeem en op de vraag of en in hoeverre onder meer huidskleur en geslacht van invloed zijn op de mate van herkenning. Zij adviseert daarbij tevens aan te geven op welke wijze indirect onderscheid in behandeling wordt voorkomen, dan wel objectief gerechtvaardigd kan worden.

3. Verhouding met Europese verordeningen

In de toelichting wordt meerdere malen verwezen naar het Unierecht, en meer specifiek de EES-verordening en de wijzigingsverordening Schengengrenscode, als grondslag voor regels ten aanzien van grenscontrole.[[17]](#footnote-17) Deze verordeningen treden eerst in werking nadat de Europese Commissie daartoe een datum heeft vastgesteld.[[18]](#footnote-18) Dat is nog niet gebeurd.

Met de wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 kan nationaal een zelfstandige grondslag voor de verwerking van biometrische gegevens worden gecreëerd.[[19]](#footnote-19) In de toelichting wordt het voorstel echter gepresenteerd als een aanvullend nationaal kader bij een Europees kader dat wordt gevormd door voornoemde verordeningen. Daarmee is de verhouding van deze voorgestelde wetswijziging tot de EES-verordening en de wijzigingsverordening Schengengrenscode onvoldoende duidelijk.

De Afdeling adviseert de toelichting daarop aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.   
  
  
De vice-president van de Raad van State,

1. Biometrische gegevens zijn persoonsgegevens die het resultaat zijn van een specifieke technische verwerking met betrekking tot de fysieke, fysiologische of gedragsgerelateerde kenmerken van een natuurlijke persoon op grond waarvan eenduidige identificatie van die natuurlijke persoon mogelijk is of wordt bevestigd, zoals gezichtsafbeeldingen of vingerafdrukgegevens (artikel 4 onder 14 AVG). [↑](#footnote-ref-1)
2. Als de reiziger onder het Unierecht voor vrij verkeer valt dan betreffen het de controles genoemd in artikel 8, tweede lid, Schengengrenscode. Is de reiziger een onderdaan van een derde land dan betreffen het de uitgebreide controles genoemd in artikel 8, derde lid, Schengengrenscode. [↑](#footnote-ref-2)
3. Toelichting, paragraaf 2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artikel 4 onder 14 en artikel 9, eerste lid, AVG. Zie ook de preambule onder 51. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artikel 9, eerste en tweede lid, AVG. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artikel 9, aanhef en tweede lid, onderdeel g, AVG; Toelichting, paragraaf 3.1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Verordening (EU) 2017/2226 van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2017 tot instelling van een inreis-uitreissysteem (EES) voor de registratie van inreis- en uitreisgegevens en van gegevens over weigering van toegang ten aanzien van onderdanen van derde landen die de buitengrenzen overschrijden en tot vaststelling van de voorwaarden voor toegang tot het EES voor rechtshandhavingsdoeleinden en tot wijziging van de overeenkomst ter uitvoering van het te Schengen gesloten akkoord en Verordeningen (EG) nr. 767/2008 en (EU) nr. 1077/2011 (PbEU 2017, L327). [↑](#footnote-ref-7)
8. Verordening (EU) 2017/2225 van het Europees Parlement en de Raad van 30 november 2017 tot wijziging van Verordening (EU) 2016/399 in verband met het gebruik van het inreis-uitreissysteem (EES) (PbEU 2017, L327). [↑](#footnote-ref-8)
9. Daartoe wordt het nieuwe artikel 107b aan de Vreemdelingenwet 2000 toegevoegd. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artikel 107b, tweede lid. [↑](#footnote-ref-10)
11. In de toelichting wordt gebruik gemaakt van de term ‘manuele controle’. Bedoeld zal zijn: visuele controle door grenswachters. [↑](#footnote-ref-11)
12. Toelichting, paragrafen 1 en 3.1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Zie aanbeveling III van de publicatie van de Raad van State over digitalisering in wetgeving en bestuursrechtspraak, p. 14, 17 en 18. Vindplaats: www.raadvanstate.nl. [↑](#footnote-ref-13)
14. Zie bijvoorbeeld het onderzoek van het Amerikaanse National Institute of Standards and Technology (NIST) 2019, Face Recognition Vendor Test (FRVT) Part 3: Demographic Effects. *NISTIR 8280*. Vindplaats: <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2019/NIST.IR.8280.pdf>. Zie ook J. Gerritsen, J. Hamer, L. Kool en P. Verhoef, ‘Beter beschermd tegen biometrie’, in: *Beleid en Maatschappij* 2020 (47) 4, p. 458. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artikel 9, aanhef en tweede lid, onderdeel g, AVG. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artikelen 1 Gw, 14 EVRM, 26 IVBPR en 21 EU-Handvest. [↑](#footnote-ref-16)
17. Toelichting, paragraaf 2. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artikel 66 Verordening (EU) 2017/2226 (de EES-verordening) en artikel 2 Verordening (EU) 2017/2225 (de wijzigingsverordening Schengengrenscode), waarin is bepaald dat deze verordening van toepassing is vanaf de datum dat het EES in werking moet treden, zoals bepaald in artikel 66 Verordening (EU) 2017/2226. [↑](#footnote-ref-18)
19. Artikel 9, aanhef en tweede lid, onderdeel g, AVG. [↑](#footnote-ref-19)