Advies over wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 voor het gebruik van biometrie bij automatische grenscontrole

Wetsadvies

Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken

De **Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ)** is een onafhankelijk adviesorgaan ingesteld bij wet. De commissie adviseert de regering en het parlement over migratie. Zij onderzoekt beleid en wetgeving en geeft aan waar verbeteringen mogelijk zijn. De ACVZ brengt praktische adviezen uit die gericht zijn op het oplossen van bestaande en te verwachten problemen.

Colofon

Wetsadvies 'Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 teneinde te voorzien in een grondslag voor het gebruik van biometrie bij automatische grenscontrole' (Advies over wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 voor het gebruik van biometrie bij automatische grenscontrole).

Uitgave van de ACVZ, Den Haag, december 2021
Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken
Turfmarkt 147
2511 DP 's-Gravenhage
acvz@acvz.org
www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl
Tel: 070 3704300

1. Inleiding

Op 28 oktober 2021 heeft de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid de adviesraad verzocht advies uit te brengen over het voorstel van wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) teneinde te voorzien in een grondslag voor het gebruik van biometrie bij automatische grenscontrole. De ACVZ voldoet met dit advies aan dit verzoek.

2. Aanbevelingen

De ACVZ adviseert het kabinet om het wetsvoorstel in deze vorm niet door te zetten. Voor de voorgestelde wijze van verwerking van bijzondere persoonsgegevens is een zwaarwegend belang noodzakelijk. De ACVZ is er niet van overtuigd dat een zwaarwegend belang aanwezig is.

Aanbeveling

De adviesraad beveelt aan om in deze vorm af te zien van het wetsvoorstel omdat niet aannemelijk is dat een zwaarwegend belang gediend wordt met geautomatiseerde gezichtsvergelijking en de verwerking van biometrische gegevens.

Daarnaast vindt de ACVZ dat de proportionaliteitstoets opgenomen in de toelichting onvoldoende is en ook onvoldoende is gemotiveerd dat niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden volstaan.

Aanbeveling

Indien de staatssecretaris het wetsvoorstel door wenst te zetten dient gemotiveerd te worden dat niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden volstaan.

In dat kader moeten in ieder geval de volgende vragen worden beantwoord:
-Waarom volstaat een-op-een authenticatie of het gebruik van vingerafdrukken niet waarbij verwerking en opslag van biometrie niet noodzakelijk is?
-Is het proportioneel om na iedere gecontroleerde grenspassage biometrische gegevens te verwerken en op te slaan?
-Hoe valt de proportionaliteitstoets uit voor de verschillende categorieën reizigers/vreemdelingen?
-Dient er een andere afweging te worden gemaakt voor minderjarigen?

3. Inhoud wetsvoorstel

Het voorstel bestaat uit de toevoeging van een nieuw artikel aan de Vw 2000 (artikel 107b) waarmee voorzien wordt in een wettelijke grondslag voor het gebruik van biometrische gegevens bij automatische grenscontrole. Het gaat om elektronische controles van reizigers die bij binnenkomst of uitreis op Schiphol door een e-gate gaan.[1] Door het aanbieden van het reisdocument en het maken van een gezichtsopname (gelaatsscan) in de e-gate, wordt geverifieerd of de aanbieder van het reisdocument ook de rechtmatige houder van het document is én worden (uitgebreide) controles in databanken uitgevoerd.[2]

De regering beoogt met het wetsvoorstel een wettelijke grondslag te creëren voor het gebruik van een gelaatsscan in de e-gate en opslag ervan voor een periode van 24 uur omdat de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) een gezichtsopname als een bijzonder persoonsgegeven aanmerkt.[3] De verwerking van bijzondere persoonsgegevens is gelet op het bepaalde in artikel 9, eerste lid, van de AVG in beginsel verboden, tenzij een in het tweede lid genoemde uitzonderingsgrond van toepassing is.

In de Schengengrenscode wordt niet expliciet geregeld hoe de reisdocumenten van reizigers dienen te worden gecontroleerd voor de eerstelijnscontrole. Gelet op de mogelijkheid om in de eerstelijnscontrole te controleren bij een balie waar manuele controles worden uitgevoerd, zonder dat daarbij een gelaatsscan van de reiziger wordt gemaakt, wordt niet voldaan aan de eisen als bedoeld in artikel 9, tweede lid, onder g, van de AVG. Voor deze uitzondering op het verbod om (onder andere) biometrische gegevens te verwerken, dient de verwerking namelijk noodzakelijk te zijn om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van Unierecht of lidstatelijk recht, waarbij de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene.

4. Beoordeling van het voorstel

De AVG bepaalt dat de verwerking van biometrische persoonsgegevens een verwerking van bijzondere persoonsgegevens is. Volgens de AVG is het verwerken van biometrische gegevens om iemand te identificeren in beginsel verboden.

[1] Op Schiphol wordt gebruik gemaakt van het Self Service Passport Control-Systeem (SSPC-systeem) waarbij de reiziger door een Border Control Access Gate (e-gate) gaat. Bij de ingebruikname van de SSPC e-gates in 2012 werden de gegevens verwerkt op grond van de Wet politiegegevens.
[2] Als de reiziger onder het Unierecht voor vrij verkeer valt dan betreffen het de controles genoemd in artikel 8, tweede lid, Schengengrenscode (SGC). Is de reiziger een onderdaan van een derde land dan betreffen het de uitgebreide controles genoemd in artikel 8, derde lid, SGC.
[3] Artikel 4, onder 14, AVG.

Nederland heeft in de Uitvoeringswet AVG (UAVG) bijkomende voorwaarden hierover vastgesteld. Het verbod op het verwerken van biometrische gegevens is in Nederland niet van toepassing als de verwerking noodzakelijk is voor authenticatie of beveiligingsdoeleinden.

Met de wetgever vindt de ACVZ dat een nieuwe wettelijke grondslag vereist is voor de geautomatiseerde gezichtsvergelijking in de e-gate en het bewaren van de biometrische gegevens (gelaatsscan). Het valt buiten de reikwijdte van de bestaande bevoegdheid tot verwerking van bijzondere persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de grensbewaking op grond van de Vw 2000 dan wel de Schengengrenscode (SGC).[4]

Artikel 29 van de UAVG vormt geen toereikende wettelijke grondslag omdat deze bepaling is bedoeld voor uitzonderingssituaties. Grensdoorlating is echter een proces dat wordt uitgevoerd door de overheid als een reguliere publieke taak.

Voor derdelanders die voor een kort verblijf worden toegelaten geldt dat een wettelijke grondslag rechtstreeks uit het Unierecht volgt (EES-Verordening).[5] De ACVZ volgt de wetgever dat deze grondslag voldoet aan de uitzonderingsgrond in artikel 9, tweede lid, van de AVG en niet nationaalrechtelijk geregeld hoeft te worden.

Het wetsvoorstel ziet volgens de ACVZ op twee doelgroepen waarvoor het Unierecht onvoldoende grondslag biedt voor het gebruik van biometrie:

> 1) Unieburgers, burgers van een Europese Vrijhandelsassociatie van de Europese Economische Ruimte en Zwitserse burgers, én hun derdelander familieleden die onder de werking van richtlijn 2004/38 vallen; en
>
> 2) onderdanen van derde landen van wie de grensoverschrijding niet in het Entry Exit System (EES) moet worden geregistreerd.

De eerste groep personen die onder het Unierecht inzake vrij verkeer vallen worden slechts aan een minimale controle onderworpen. Deze controle wordt uitgevoerd om de identiteit vast te stellen en bestaat uit een snel en eenvoudig onderzoek naar de geldigheid van de documenten. Ook wordt er gekeken naar tekenen van namaak of vervalsing.[6] Sinds 2017 worden de gegevens van EU-burgers ook gecontroleerd in relevante databanken, waaronder:

---

[4] De geautomatiseerde verwerking en opslag van een gelaatsscan valt buiten de reikwijdte van artikel 106a en 107a Vw 2000 en artikel 8, tweede en derde lid, SGC.
[5] Voor derdelanders is de grondslag om biometrie te verwerken expliciet opgenomen in artikelen 15 tot en met 17 en artikel 23 van de EES-Verordening (EU) 2017/2226. De verzamelde gegevens omvatten o.a. de naam en geboortedatum van de reiziger, evenals de data van binnenkomst en vertrek in / uit de EU en biometrische gegevens zoals foto en vier vingerafdrukken. Het Entry Exit System moet ervoor zorgen dat de geautoriseerde duur van een verblijf in het Schengengebied wordt nageleefd (90 dagen per 180 dagen). In de nieuwe in de SGC in te voegen artikelen 8bis en volgende zijn bepalingen opgenomen over onder meer het gebruik van een zelfbedieningssysteem en e-gates.
[6] Artikel 8, tweede lid, SGC.

- het Schengeninformatiesysteem (SIS II);
- de database van Interpol over gestolen en verloren reisdocumenten;
- nationale databanken met informatie over gestolen, ontvreemde, verloren en ongeldig gemaakte reisdocumenten.[7]

Ook wordt geverifieerd of de reiziger die onder het Unierecht inzake vrij verkeer valt, niet wordt beschouwd als een bedreiging voor de openbare orde, de binnenlandse veiligheid, de volksgezondheid of de internationale betrekkingen van een van de lidstaten, onder meer door het SIS en andere relevante databanken van de Unie te raadplegen.[8]

Op de tweede groep derdelanders die over een visum voor verblijf voor langere duur of een verblijfsvergunning beschikken zijn de standaardcontroles in de voornoemde databanken plus de uitgebreide controles in de SGC[9], onder meer raadpleging van het Visa Informatie Systeem (VIS), van toepassing.[10]

De ACVZ adviseert om het wetsvoorstel in deze vorm niet door te zetten. Voor de voorgestelde wijze van verwerking van bijzondere persoonsgegevens is een zwaarwegend belang noodzakelijk. De ACVZ is er niet van overtuigd dat een zwaarwegend belang aanwezig is. Voorts brengt het beginsel van de minimale gegevensverwerking met zich mee dat de verwerking van persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en beperkt dient te zijn tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt. Met betrekking tot de verwerking van biometrische gegevens geldt voorts dat de regels voor deze bijzondere persoonsgegevens strenger zijn en dat daaruit volgt dat strikt moet worden beoordeeld of de verwerking noodzakelijk en evenredig is en of het beoogde doel niet op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.

Zwaarwegend belang

De adviesraad is niet overtuigd van de noodzaak voor het verwerken van biometrie in de e-gate en met name de opslag voor maximaal 24 uur die de toelichting noemt. De toelichting van de wetgever die wijst op het grote maatschappelijke belang van veiligheid, efficiency en snelheid van de controles op Schiphol (andere grensdoorlatingsposten noemt de toelichting niet) schiet volgens de ACVZ tekort.

Een snelle en efficiënte grenscontrole op de luchthaven Schiphol dient met name een commercieel belang, dat is volgens de ACVZ geen zwaarwegend belang dat

[7] Artikel 8, tweede lid, onder a, SGC.
[8] Artikel 8, tweede lid, onder b, SGC.
[9] Artikel 8, derde lid, SGC.
[10] Verordening (EU) 2021/1134. Het Visum Informatie Systeem (VIS) is een registratie van visa die uitgegeven worden om naar de EU te reizen en sinds 2004 operationeel. Bij de visumaanvraag moet men een aantal gegevens verstrekken waaronder een foto en de afgifte van tien vingerafdrukken (biometrische gegevens). Deze gegevens worden gedurende vijf jaar in het VIS opgeslagen. Het VIS heeft tot doel visumfraude en visumshoppen te voorkomen en moet helpen bij de identificatie van vreemdelingen in het Schengengebied. De KMar, de IND, politie, justitie, de AIVD en bijzondere opsporingsdiensten hebben toegang tot de Nederlandse kopie van het VIS.

een inbreuk op de privacy van de reiziger zoals beschermd in de AVG rechtvaardigt. De toelichting geeft evenmin inzicht in de verwachte groei van het aantal reizigers op Schiphol, meer specifiek de verwachte post-corona groei van het aantal EU-burgers, EER-burgers, Zwitserse burgers en derdelanders die niet onder de EES-verordening vallen. Niet aannemelijk is gemaakt dat de te verwachten groei het gebruik van e-gates noodzakelijk maakt.

Op zichzelf is het gebruik van e-gates niet noodzakelijk. Er bestaat immers ook de mogelijkheid geen gebruik te maken van het systeem en te controleren aan een balie waar manuele controles worden uitgevoerd, waarbij er geen gelaatsscan van de reiziger wordt gemaakt en er geen sprake is van de verwerking van biometrische gegevens.

De openbare veiligheid bij grensdoorlating is volgens de ACVZ geen afzonderlijk zwaarwegend belang omdat dit ook gewaarborgd is bij het gebruik van manuele controles op Schiphol. De toelichting vermeldt immers dat dezelfde inhoudelijke (migratierechtelijke en opsporings-) controles plaatsvinden onder beide systemen.

Daarnaast is de vrijwilligheid in de keuze voor een snelle controle in e-gates, voor zover van belang in het kader van de toestemmingsuitzondering in de AVG, volgens de ACVZ in de praktijk niet gebaseerd op een transparante keuze als de reiziger op Schiphol voor de doorgang in de e-gate niet duidelijk wordt gemaakt dat de gelaatsscan gedurende 24 uur wordt bewaard en welke opsporingsactiviteiten er dan uitgevoerd kunnen gaan worden.

De ACVZ concludeert gelet op het voorgaande dat de toelichting bij het voorstel onvoldoende onderbouwt dat sprake is van een zwaarwegend belang voor de geautomatiseerde gezichtsvergelijking en verwerking van biometrie.

Aanbeveling

De AVZ beveelt aan om in deze vorm af te zien van het wetsvoorstel omdat niet aannemelijk is dat een zwaarwegend belang gediend wordt met geautomatiseerde gezichtsvergelijking en de verwerking van biometrische gegevens.

Minder ingrijpende maatregelen

Daarnaast vindt de ACVZ dat de proportionaliteitstoets opgenomen in de toelichting onvoldoende is en ook onvoldoende is gemotiveerd dat niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden volstaan.

De toelichting vermeldt dat er voor de overgrote meerderheid van de personen die gebruikmaken van de e-gates, geen sprake zal zijn van een hit in een

opsporingsregister of met observatielijsten. Dat roept de vraag op of het beoogde doel niet op een minder ingrijpende wijze kan worden bereikt.

Als het enkel gaat om het gebruik van biometrie om de houder van de reisdocumenten te controleren (een-op-een authenticatie) kan dat proportioneel zijn. Echter, controles in opsporingsregisters en observatielijsten (een-op-veel verificatie) leidt tot een andere proportionaliteitstoets:

> *As regards its legitimate objective, the results of the necessity and proportionality test will be different depending on whether it supports the verification of the identity of a person – as, for example, during border checks at airports (one-to-one comparison); or whether it is used in criminal investigations to run the facial image of a person against a watch list (one-to-many comparison). In this second case, the seriousness of the crime being investigated plays an important role*.[11]

De wetgever heeft niet gemotiveerd waarom niet kan worden volstaan met een gezichtsvergelijking met de foto op het aangeboden reisdocument in de e-gate. Dat is dan beperkt tot een-op-een authenticatie, zonder noodzaak tot verwerking en opslag van de biometrie. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om gebruik te maken van de minder privacygevoelige vingerafdruk voor de automatische zoekopdrachten in databases in de e-gates. De onlangs in werking getreden EU Verordening 2019/1157 verplicht het plaatsen van vingerafdrukken op identiteitskaarten en wordt momenteel geïmplementeerd in Nederland. Hiermee neemt de beschikbaarheid van vingerafdrukken op wettelijke identiteitskaarten verder toe. In de toelichting is niet op het gebruik van vingerafdrukken ter identificatie van de reiziger ingegaan. Gezichtsherkenning is meer privacygevoelig dan het gebruik van vingerafdrukken, omdat een foto veel zegt over zaken als etniciteit en leeftijd. Daarnaast is gezichtsherkenning vergeleken met andere biometrische technieken als vingerafdrukken en irisscans niet het meest betrouwbaar of efficiënt. Gezichtsherkenning is gevoelig voor verschillen als gezichtsuitdrukking of de hoek waaronder de foto wordt genomen, en voor de omgevingsfactoren als belichting. In vergelijking met andere technologie is de betrouwbaarheid van gezichtsherkenning matig.

De gegevensverwerkingen in het kader van de bestrijding van strafbare feiten en bescherming van de openbare veiligheid tegen gevaren vallen op grond van artikel 2, tweede lid, onderdeel d, van de AVG buiten de reikwijdte van de verordening. In Nederland worden die typen gegevensverwerkingen gereguleerd door de Wet Politiegegevens en Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017. Deze gegevens worden dan in overeenstemming met de in deze wetten voorgeschreven bewaartermijn bewaard. Indien er een hit in de opsporingsregisters of match met de observatielijsten van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten is, dan valt de opslag van de gegevens buiten de reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel.

[11] FRA (2019), Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement, p. 22.

De adviesraad acht het disproportioneel dat voor de overgrote meerderheid van de reizigers, die geen hit in de databases of match met observatielijsten hebben opgeleverd, deze gezichtsopname überhaupt bewaard moet worden. De opslag van grote hoeveelheden data draagt het risico in zich dat die worden gebruikt als een groot vangnet voor andere, waaronder strafrechtelijke, doeleinden. De voorgestelde wijziging van de Vw 2000 moet zien op migratierechtelijke overwegingen en die zijn na een gecontroleerde grenspassage niet langer aanwezig. Mocht een reiziger binnen 24 uur opnieuw de grens willen passeren dan vinden immers dezelfde migratierechtelijke en opsporingscontroles plaats.

De toelichting gaat volgens de ACVZ voor een degelijke proportionaliteitstoetsing onvoldoende in op de vraag welke zoekopdrachten in Europese en nationale databanken en observatielijsten geautomatiseerd in de e-gates plaatsvinden. Het gebruik en opslaan van een gezichtsopname voor bijvoorbeeld de controle op openstaande parkeerboetes is naar het oordeel van de ACVZ bij voorbaat disproportioneel.

Ook is onduidelijk of geautomatiseerde zoekopdrachten voor de groep reizigers die onder het Unierecht vallen, bijvoorbeeld derdelanders die een verblijfskaart hebben op grond van richtlijn 2004/38, beperkt blijven tot de voornoemde standaard controle, terwijl derdelanders die over een visum voor verblijf van langere duur of een verblijfsvergunning beschikken een uitgebreide controle in de e-gate ondergaan. Reizigers die onder het Unierecht inzake het vrij verkeer vallen mogen immers niet gecontroleerd worden in Europese databanken zoals het EES, VIS, Ecris-TCN en Eurodac en bepaalde derdelanders wel.[12] De proportionaliteitstoets kan voor deze groepen dus verschillend uitvallen.

Tot slot is in de toelichting geen aandacht geschonken aan de bijzondere positie van minderjarigen. Voor minderjarigen geldt een striktere noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets. Sommige EU-lidstaten sluiten het gebruik van de e-gates door minderjarigen uit.[13] De noodzaak en keuze waarom Nederland minderjarigen gebruik laat maken van e-gates moet worden toegelicht. Hoe valt dan volgens de wetgever de proportionaliteitstoets uit en is er aanleiding om een minimumleeftijd voor gebruik van de e-gates in de regelgeving op te nemen?[14]

De ACVZ concludeert dat in de toelichting de proportionaliteitstoetsen voor de verschillende categorieën vreemdelingen ontbreken.

[12] Ecris-TCN is een Europees Strafregisterinformatiesysteem voor onderdanen van derde landen. Eurodac is een databank met vingerafdrukken van asielzoekers die wordt gebruikt ter ondersteuning van het gemeenschappelijk asielbeleid van de Europese Unie.
[13] Frontex (2016), *Best Practice Operational Guidelines for Automated Border Control (ABC) Systems*, p. 30.
[14] FRA (2019), *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, p. 28.

Aanbeveling

Indien de staatssecretaris het wetsvoorstel door wenst te zetten dient gemotiveerd te worden dat niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden volstaan.

In dat kader moeten in ieder geval de volgende vragen worden beantwoord:
-Waarom volstaat een-op-een authenticatie of het gebruik van vingerafdrukken niet waarbij verwerking en opslag van biometrie niet noodzakelijk is?
-Is het proportioneel om na iedere gecontroleerde grenspassage biometrische gegevens te verwerken en op te slaan?
-Hoe valt de proportionaliteitstoets uit voor de verschillende categorieën reizigers/vreemdelingen?
-Dient er een andere afweging te worden gemaakt voor minderjarigen?