

Informatie Ondersteund Beslissen – Kort Verblijf Visum (IOB/KVV)

Second opinion

24 mei 2022

Informatie Ondersteund Beslissen – Kort Verblijf Visum (IOB/KVV)

Second opinion

Auteurs

mr. drs. Jeroen Terstegge CIPP/E CIPP/US
drs. Joris Hutter CIPP/E CIPM CIPT CDPSE

Versie 1.02

24 mei 2022

© Privacy Management Partners 2022

Privacy Management Partners biedt praktische oplossingen voor behoorlijke en zorgvuldige gegevensverwerking in overeenstemming met de wet.

Management Samenvatting	4
• Conclusie	5
1 Inleiding	6
1.1 Vraagstelling	6
1.2 Scope van dit rapport	6
2 Toetsingskader	7
3 Analyse	12
3.1 Is BZ bevoegd tot het verwerken van persoonsgegevens in het kader van visumverlening	12
3.2 Nationaliteit	12
3.2.1 Nationaliteit in het kader van de visumaanvraag	12
3.2.2 Nationaliteit in het kader van de profilering	13
3.3 Is de gebruikte profilering rechtmatig, behoorlijk en transparant?	14
3.3.1 Typering van de IOB/KVV profilering	14
3.3.2 Is de gebruikte profilering rechtmatig en voorzienbaar?	14
3.3.3 Is het gebruikte algoritme 'behoorlijk'?	15
3.4 Dient profilering een legitiem doel?	16
3.5 Is profilering noodzakelijk voor de beoordeling van visumaanvragen?	16
3.5.1 Heeft BZ toereikende en relevante argumenten ter onderbouwing van de noodzaak om over te gaan op profilering?	16
3.5.2 Tast de profilering de essentie van enig recht of vrijheid van de betrokkene aan?	17
3.5.3 Is de gehanteerde profilering een geschikt middel om het doel te bereiken?	17
3.5.4 Zijn er minder vergaande middelen beschikbaar het doel te bereiken?	17
3.5.5 Is er sprake van een evenredige balans tussen het belang van BZ om te profileren en de rechten en vrijheden van de betrokkenen?	17
3.6 Conclusies	17
Bijlage 1 – Wettelijk kader	19
3.7 EVRM/EU Handvest	19
3.8 Dataprotectiewetgeving	20
3.9 Visumwetgeving	22

Het Ministerie van Buitenlandse Zaken (**BZ**) heeft Privacy Management Partners (**PMP**) gevraagd om een second opinion uit te voeren op het proces Informatie-Ondersteund Beslissen – Kort Verblijf Visum (**IOB/KVV**), ook wel Schengenvisum genoemd.

Bij memo van 12 maart 2021 heeft de Functionaris voor de Gegevensbescherming (**FG**) van BZ negatief geoordeeld over het gebruik van IOB en geadviseerd om per direct te stoppen met het profileren van visumaanvragers. Eén van de kritiekpunten van de FG op de uitgevoerde DPIA was dat de grondslag voor profilering van visumaanvragers binnen het IOB/KVV proces onvoldoende was onderbouwd.

De vraag of BZ voldoende rechtsgrond heeft voor het gebruik van profilering om informatie-ondersteund te beslissen bij visumaanvragen, inclusief het gebruik van het element nationaliteit, valt uiteen in een aantal deelvragen:

1. Is BZ bevoegd tot het verwerken van persoonsgegevens in het kader van visumverlening?

Dat is het geval. Artikel 2 lid 2 Rijkvisumwet legt aan de Minister van BZ de taak als bedoeld in artikel 6 lid 1 sub e juncto artikel 6 lid 3 AVG.

2. Moet nationaliteit in het kader van de profilering worden beschouwd als een bijzonder persoonsgegeven? Zo ja, heeft BZ dan een wettelijke uitzondering om nationaliteit te mogen gebruiken in de profilering in het kader van het IOB/KVV-proces?

Wij komen tot de conclusie dat, gelet op de uitleg die de Autoriteit Persoonsgegevens geeft aan het begrip ras of etniciteit, namelijk dat het voor de verwerkingsverantwoordelijke onder meer *redelijkerwijs voorzienbaar* is dat de verwerking tot het maken van onderscheid naar ras of etnische afkomst zal leiden, het inderdaad zo is dat nationaliteit als bijzonder gegeven moet worden beschouwd. Het is voor BZ immers wel degelijk redelijkerwijs voorzienbaar dat de verwerking van nationaliteit onder omstandigheden kan leiden tot – met name – indirect onderscheid naar ras of etnische afkomst. Dat BZ er alles aan doet om dat te voorkomen, doet aan die vaststelling niets af. Dit betekent echter niet dat het gebruik van nationaliteit als risico-indicator nooit is toegestaan. Artikel 9 lid 2 sub g AVG laat immers toe dat op het verbod op de verwerking van ras- en etniciteitsgegevens een uitzondering mag worden gemaakt als dat noodzakelijk is in het kader van een zwaarwichtig algemeen belang. Als door BZ dus een objectieve rechtvaardiging kan worden aangetoond (art. 5 IVUR), de wijze van profilering noodzakelijk en proportioneel is (art. 8 EVRM/art. 52 EU Handvest/art. 5 lid 1 sub c/artikel 9 lid 2 sub g AVG), én er een wettelijke uitzondering voor bestaat in EU- of lidstatelijk recht (art. 9 lid 2 sub g AVG), dan mag nationaliteit deel uitmaken van het profiel. De bedoelde uitzondering op het verwerkingsverbod in de AVG voor de profilering mede op basis van nationaliteit kan worden gevonden in artikel 21 Visumcode.

3. Is de gebruikte profilering rechtmatig, behoorlijk en transparant?

Wij achten het gebruikte algoritme behoorlijk (respectvol, schadebeperkend, eerlijk en uitlegbaar). Bovendien heeft BZ organisatorische maatregelen genomen om bias in het IOB/KVV-proces te minimaliseren en de eerlijkheid van de uitkomsten van de profilering te vergroten.

Wel komen wij tot de conclusie dat de voorzienbaarheid van het gebruik van profilering in het visumaanvraagproces verbetering behoeft. Dit is – als het goed is – slechts een tijdelijk probleem dat wordt opgelost zodra de wetgeving, die thans in Brussel in voorbereiding is, een basis geeft aan het gebruik van algoritmes voor de beoordeling van de risico's van een visumaanvraag. In de tussentijd kan volstaan worden met meer expliciete informatie richting de betrokkene over het gebruik en de werking van de profilering.

4. Dient de profilering een legitiem doel?

Dat is het geval en behoeft hier geen nader toelichting.

5. Is de profilering noodzakelijk voor de beoordeling van visumaanvragen?

Omdat de AVG toepassing geeft aan het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens zoals vastgelegd in artikel 8 EU Handvest, moet de noodzakelijkheid van de profilering worden beoordeeld aan de hand van de criteria voor noodzakelijkheid zoals die zijn vastgelegd in de Europese rechtspraak, te weten:

- Heeft de verwerkingsverantwoordelijke *toereikende en relevante argumenten* ter onderbouwing van de noodzaak om over te gaan op profilering?
- Tast de profilering de *essentie* van enig recht of vrijheid van de betrokkene aan?
- Is de gehanteerde profilering een *geschikt middel* om het doel te bereiken?
- Zijn er *minder vergaande (geschikte) middelen* beschikbaar om het doel te bereiken?
- Is er sprake van een *evenredige balans* tussen het belang van de verwerkingsverantwoordelijke om te profileren en de rechten en vrijheden van de betrokkenen?

Onze conclusie is dat BZ toereikende en relevante argumenten heeft aangedragen voor de inzet van profilering in het proces van visumverlening. Vooral het terugdringen van de subjectieve bias bij de beslismedewerkers en zo de besluitvorming eerlijker te maken is in dit kader relevant. Omdat de profilering niet automatisch leidt tot een besluit en de beslismedewerker de vrijheid heeft om van het advies af te wijken, kan er ook geen sprake zijn van een aantasting van de essentie van enig recht of vrijheid van de betrokkene. Wij kunnen niet beoordelen of profilering, inclusief de inzet van nationaliteit als risicofactor, een geschikt middel is om objectief de risico's van een visumaanvraag te kunnen beoordelen en of ook met een dataset zonder nationaliteit kan worden volstaan. Dat is de vakexpertise van BZ, niet die van PMP. Daarom hebben wij dit slechts marginaal getoetst. BZ heeft naar ons oordeel in voldoende mate onderzocht en gedocumenteerd of kan worden volstaan met minder gegevens, waaronder het niet gebruiken van nationaliteit. Dat was niet het geval. Gelet op het voorgaande zijn wij van oordeel dat de toegepaste werkwijze een evenredige balans vormt tussen de belangen van BZ (en de andere Schengenlanden) en de rechten en vrijheden van de betrokkene.

Conclusie

Aannemende dat profilering een geschikt middel is, achten wij het gebruik van de profilering in het IOB/KVV-proces toelaatbaar, mits de informatievoorziening jegens de betrokkene wordt verbeterd conform de eisen die de European Data Protection Board daaraan stelt, namelijk dat de betrokkene wordt geïnformeerd over het bestaan van de profilering en de werking ervan.

1 Inleiding

1.1 Vraagstelling

Het Ministerie van Buitenlandse Zaken (hierna: **BZ**) heeft Privacy Management Partners (hierna: **PMP**) gevraagd om een second opinion uit te voeren op het proces Informatie-Ondersteund Beslissen – Kort Verblijf Visum, ook wel 'Schengenvisum' genoemd.¹

Historie

BZ heeft op 5 maart 2021 een DPIA vastgesteld op de Buitenlandse zaken Analyse Omgeving (hierna: **BAO**), waarbij gebruik wordt gemaakt van Informatie-Ondersteund Beslissen op de aanvraag Kort Verblijf Visum (hierna: **IOB/KVV** of afzonderlijk **IOB** en **KVV**), .

Bij memo van 12 maart 2021 heeft de Functionaris voor de Gegevensbescherming (hierna: **FG**) van BZ negatief geoordeeld over het gebruik van IOB in het BAO en geadviseerd om per direct te stoppen met het profileren van visumaanvragers. Eén van de kritiekpunten van de FG op de uitgevoerde DPIA was dat de grondslag voor profilering van visumaanvragers binnen het IOB/KVV proces onvoldoende was onderbouwd.

BZ wenst nu van PMP in een second opinion het volgende te vernemen:

1. In hoeverre is er een grondslag voor profilering aanwezig bij het gebruik van IOB en aan welke juridische vereisten dient BZ te voldoen indien er gebruik wordt gemaakt van profilering?
2. Is het gegeven nationaliteit op de wijze waarop het door BZ door middel van IOB wordt ingezet aan te merken als bijzonder persoonsgegeven? En indien het aan te merken is als bijzonder persoonsgegeven, aan welke juridische vereisten dient BZ vervolgens te voldoen?
3. Is de huidige inzet van risicoanalyse en profileren rechtmatig op grond van relevante wet- en regelgeving?

1.2 Scope van dit rapport

Dit rapport behandelt, gelet op de vraagstelling, uitdrukkelijk niet alle AVG-aspecten van het IOB-proces en daarom ook niet de volledige DPIA of de volledige reactie van de FG op die DPIA. In dit rapport gaan wij alleen in op de volgende zaken:

- Heeft BZ een **rechtsgrond** voor het gebruik van een algoritme om informatie-ondersteund te beslissen bij visumaanvragen?
- Is 'nationaliteit' een **bijzonder persoonsgegeven** als bedoeld in artikel 9 lid 1 AVG?
- Is het gebruik van het algoritme in zijn huidige vorm **noodzakelijk** en **proportioneel**?

Wij behandelen deze vragen aan de hand van de Europese grondrechtelijke kaders (EVRM/EU Handvest) en de AVG.

¹ NB. Waar in dit memo 'BZ' wordt gebruikt, kan dit ook verwijzen naar de 'Minister van Buitenlandse Zaken', die onder de AVG geldt als verwerkingsverantwoordelijke voor de persoonsgegevens in de BAO.

2 Toetsingskader

De vraag of BZ voldoende rechtsgrond heeft voor het gebruik van profilering om informatie-ondersteund te beslissen bij visumaanvragen, inclusief het gebruik van het element nationaliteit, valt uiteen in een aantal deelvragen:

NB. Per deelvraag benoemen we in dit hoofdstuk alleen de aandachtspunten voor de afweging. De afweging zélf komt pas in hoofdstuk 3 aan de orde.

1. Is BZ bevoegd tot het verwerken van persoonsgegevens in het kader van visumverlening?

De grondslag van de gegevensverwerking gaat over de bevoegdheid om persoonsgegevens te mogen verwerken. Ieder subproces binnen de gegevensverwerking moet terug te voeren zijn op een grondslag. Het kan dus zijn dat verschillende gegevensverwerkingen binnen één proces verschillende grondslagen hebben.

Voor de verwerking van persoonsgegevens van burgers volgt echter uit het systeem van de AVG dat alle subverwerkingen **in beginsel dezelfde grondslag** hebben (art. 6 lid 1 sub e AVG: taak van algemeen belang of openbaar gezag die aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen), tenzij op grond van een specifieke wet een andere grondslag in beeld komt.

Artikel 6 lid 3 AVG bepaalt dat die taak moet zijn neergelegd in Unie- of lidstatelijk recht. Uiteraard heeft de verwerkingsverantwoordelijke enige mate van beleidsvrijheid over hoe hij zijn taak wenst in te vullen. Het is daarom dus, zoals overweging 45 AVG reeds aangeeft, niet nodig dat elke specifieke gegevensverwerking in de wet moet zijn voorgeschreven:

Er kan worden volstaan met wetgeving die als basis fungeert voor verscheidene verwerkingen op grond van een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust, of voor verwerking die noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang dan wel voor een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag.

Echter, uit de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie volgt dat gegevensverwerkingen voldoende **voorzienbaar** moet zijn om rechtmatig te kunnen zijn. Uitgangspunt van de Europese jurisprudentie is dat hoe ingrijpender de inmenging in een grondrecht is, hoe specifiekere de wet die inmenging moet omschrijven.

De vraag rijst evenwel of dit artikel voldoende nauwkeurig is geformuleerd opdat degenen tot wie de wet is gericht hun gedrag kunnen bepalen en derhalve voldoet aan het vereiste van voorzienbaarheid zoals dat in de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens is neergelegd (zie met name EHRM, arrest *Rekvényi/Hongarije* van 20 mei 1999).²

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens omschrijft in *Rekvényi/Hongarije* 'voorzienbaarheid' als volgt:

According to the Court's well-established case-law, one of the requirements flowing from the expression "prescribed by law" is foreseeability. Thus, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity

² Gevoegde zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, 20 mei 2003 (*Rechnungshof v Österreichischer Rundfunk and Others*), randnummer 77.

and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice. [...] The level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed.

Een en ander betekent dat als een gegevensverwerking (potentieel) discriminatoire gevolgen heeft voor de betrokkene, de bevoegdheid waarop die gegevensverwerking is gebaseerd met voldoende precisie moet zijn omschreven in Unie- of lidstatelijk recht. Een algemene bevoegdheid is in zo'n geval niet voldoende.

2. Nationaliteit

De vraag van nationaliteit is tweeledig:

- I. Moet nationaliteit in casu worden beschouwd als een bijzonder persoonsgegeven?
- II. Zo ja, heeft BZ dan een wettelijke uitzondering om nationaliteit te mogen gebruiken in de profilering in het kader van het IOB/KVV-proces?

Ad I) Uitgangspunt van de AVG is dat de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, meer in het bijzonder informatie waaruit iemands of ras en etniciteit blijkt, is verboden (art. 9 lid 1 AVG). De achtergrond van dit verbod is dat mensen aan de hand van die informatie niet gediscrimineerd worden.³ Uitzonderingen op dit verbod zijn te vinden in de AVG zelf (artikel 9 lid 2), in de Uitvoeringswet AVG of in Unie- of lidstatelijke materiewetgeving. In alle gevallen moet het gebruik van zo'n uitzondering noodzakelijk en proportioneel zijn in de betreffende casus.⁴ Bovendien moet er, gelet op de volkenrechtelijke verplichtingen die Nederland is aangegaan, een *objectieve rechtvaardiging* zijn voor het maken van onderscheid op basis van ras, etniciteit of nationaliteit.⁵ Profilering, die (mede) op grond van nationaliteit tot stand komt, kan er immers toe leiden dat onderscheid wordt gemaakt tussen personen op grond van hun nationaliteit, ook als het niet het doel was om onderscheid te maken op grond van nationaliteit, maar slechts het gevolg van de profilering (indirect onderscheid).

Of nationaliteit een ras-/etniciteitsgegeven is, is afhankelijk van de context waarin het gegeven wordt verwerkt. **Doorslaggevend is of ras of etniciteit uit de informatie blijkt.** Ras of etniciteit kan zowel direct als indirect uit de informatie blijken. In het eerste geval blijkt het uit één specifiek gegeven; in het tweede geval blijkt het uit een *combinatie* van gegevens (waar ras of etniciteit voor ieder afzonderlijk gegeven dus niet direct uit blijkt). In 2014 heeft de Raad van State over dat laatste in een uitspraak over een Wob-verzoek rondom visa het volgende geoordeeld:

4.1 De drie categorieën documenten betreffen visumaanvraagformulieren, kopieën van paspoorten of identiteitskaarten en kopieën van eerder afgegeven visa. De rechtbank heeft terecht vastgesteld dat de documenten gegevens over de geboorteplaats, het geboorteland en de nationaliteit alsmede pasfoto's van de betrokkenen bevatten. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wbp volgt dat niet alleen gegevens die als zodanig betrekking hebben op een gevoelig kenmerk als bijzonder

³ Zie ook artikel 21 EU Handvest, artikel 14 EVRM en artikel 1 Grondwet.

⁴ Zie ook Rechtbank Amsterdam, 12 augustus 2019 (*Manfield*), <https://deeklink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2019:6005>, waarin de Rechtbank de bewijstlast voor het invoeren van de uitzondering op het verbod bij de verwerkingsverantwoordelijke legde.

⁵ Artikel 5 Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie 1966 (IVUR): "Overeenkomstig de fundamentele verplichtingen vervat in artikel 2 van dit Verdrag nemen de Staten die partij zijn bij dit Verdrag de verplichting op zich rassendiscriminatie in al haar vormen te verbieden en uit te bannen en het recht van een ieder, zonder onderscheid naar ras, huidskleur of nationale of etnische afstamming, op gelijkheid voor de wet te verzekeren, [...]."

persoonsgegevens worden aangemerkt, maar ook de gegevens die als zodanig daarop geen betrekking hebben maar waaruit wel de aanwezigheid van een gevoelig kenmerk rechtstreeks kan worden afgeleid. Daarbij geldt dat het begrip ras ruim moet worden opgevat en ook huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming omvat. Gelet hierop kan uit voormelde gegevens en de pasfoto's van betrokkenen hun ras worden afgeleid.⁶

In haar rapport *De verwerking van nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*⁷ stelt de Autoriteit Persoonsgegevens dat nationaliteit als een bijzonder persoonsgegeven moet worden beschouwd wanneer:

de verwerking **tot doel heeft om onderscheid te maken** naar ras of etnische afkomst, of indien het voor de verwerkingsverantwoordelijke **redelijkerwijs voorzienbaar** is dat de verwerking tot het maken van onderscheid naar ras of etnische afkomst zal leiden (*dikgedrukt PMP*).⁸

Ad II) Als eenmaal is vastgesteld dat er sprake is van een verwerking van ras- of etniciteitsgegevens, moet beoordeeld worden of die verwerking is toegestaan. Daarbij geldt dat de lat voor de verwerking van ras en etniciteitsgegevens als gevolg van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bijzonder hoog ligt:

196. The Court reiterates that a difference in treatment is discriminatory if "it has no objective and reasonable justification", that is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality" between the means employed and the aim sought to be realised (see, among many other authorities, *Larkos v. Cyprus* [GC], no. 29515/95, § 29, ECHR 1999-I, and *Stec and Others*, cited above, § 51). Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible.⁹

De Raad van State ziet echter, binnen de grenzen van *D.H. and others v The Czech Republic*, wel degelijk ruimte voor de verwerking van ras en etniciteitsgegevens:

2.11.3. [...] Het betoog van de stichting dat daaruit voortvloeit dat, nu discriminatie op grond van etniciteit ingevolge nationaal- en internationaalrechtelijke bepalingen verboden is, de ontheffing [voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, PMP] reeds daarom niet had mogen worden verleend, slaagt niet. Er is immers eerst sprake van ongeoorloofd onderscheid indien er geen objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het gemaakte onderscheid en het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling. Of daarvan sprake is dient te worden beoordeeld aan de hand van de vraag of het maken van onderscheid een legitiem doel dient

⁶ <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RVS:2014:3002>.

⁷ https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_belastingdienst_kinderopvangtoeslag.pdf, p. 35.

⁸ Wij wijzen erop dat de uitleg die de Autoriteit Persoonsgegevens geeft aan het begrip ras of etniciteit niet lijkt te stroken met de letter van artikel 9 lid 1 AVG en de uitleg die de Raad van State er aan geeft. Enerzijds kan dat gunstig uitpakken voor de verwerkingsverantwoordelijke (op die manier vallen bijvoorbeeld wel pasfoto's maar niet alle foto's onder het begrip 'ras of etniciteit'), maar het kan ook ongunstig uitpakken omdat de doelredenering van de Autoriteit ook gegevens onder het begrip kan brengen waar noch direct noch indirect het ras of de etniciteit van de betrokkene uit "blijkt". Ook de Hoge Raad lijkt het doelargument af te wijzen: "Het middel berust op de opvatting dat in een geval als het onderhavige, waarin de vordering uitdrukkelijk ook betrekking had op foto's van personen, toepassing van genoemde bepalingen alleen in aanmerking komt indien met de vordering is beoogd de desbetreffende gevoelige informatie aan die foto's te ontfemen. Die opvatting is onjuist, zodat het middel faalt." (HR, 23 oktober 2010, randnummer 2.6, <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2010:BK6331>). Het is aan het Europees Hof van Justitie om uiteindelijk een oordeel te geven over de vraag welke interpretatie de juiste is.

⁹ *D.H. and others v the Czech Republic*, 13 november 2007, 57325/00. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256>.

en proportioneel is in verhouding tot het te bereiken doel, dus een geschikt middel is om het doel te bereiken en het doel niet met andere, minder ingrijpende middelen kan worden bereikt.¹⁰

In dit rapport hanteren we derhalve ook dit afwegingskader. Daarbij is ook en andere uitspraak van de Raad van State op dit punt relevant:

2.9.2. Noodzaak en zwaarwegendheid zijn naar hun aard begrippen waarbij de invulling een zekere beoordeling vergt. Het ligt op de weg van [de verwerkingsverantwoordelijke] bij zijn besluitvorming aan die beoordeling gestalte te geven.¹¹

Let op: Een uitzondering op het verbod op verwerking voor bijzondere gegevens is *geen grondslag*. De verwerkingsverantwoordelijke moet in zo'n geval zowel een grondslag hebben voor de verwerking van persoonsgegevens ex art. 6 lid 1 als een uitzondering op het verbod op de verwerking van het bijzondere gegeven (dat kan ook ander Unierecht of een nationale wet zijn).

3. Is de gebruikte profilering rechtmatig, behoorlijk en transparant?

De European Data Protection Board (EDPB) onderscheidt een aantal soorten profilering.¹²

- Algemene profilering (**EDPB Type 1**);
- Besluitvorming op basis van profilering (**EDPB Type II**); en
- Uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, waaraan rechtsgevolgen verbonden zijn of die de betrokkene anderszins in aanmerkelijke mate treft (**EDPB Type III**).

Voor de onderhavige vraag is vooral het onderscheid tussen type II en type III van belang.

Volledig geautomatiseerde besluiten die op basis van profilering tot stand komen (EDPB Type III), zijn verboden (artikel 22 lid 1 AVG), tenzij het gebaseerd is op Unie- of nationale wetgeving waarin passende waarborgen zijn opgenomen ter bescherming van de rechten en vrijheden van de betrokkene. Echter, als er sprake is van *betekenisvolle menselijke tussenkomst* dan is er geen sprake van een 'volledig geautomatiseerd besluit' in de zin van artikel 22 lid 1 AVG. In dat geval valt de profilering onder de gewone verwerkingsregels van artikel 5 lid 1, 6 en 9/10 AVG (EDPB Type II). Ook hier zitten overigens risico's aan voor de betrokkene die moeten worden meegewogen in de vraag of het gebruik van een algoritme ter ondersteuning van de besluitvorming aanvaardbaar is of niet. Zie in dat verband ook de opmerking daarover in de Memorie van Toelichting op art. 40 UAVG (uitzonderingen op verbod geautomatiseerde individuele besluitvorming):

De negatieve kenmerken van een bepaalde groep kunnen op deze wijze immers tegengeworpen worden aan een individu, die deze kenmerken helemaal niet hoeft te hebben.¹³

¹⁰ <https://deelink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RVS:2008:BE9698>.

¹¹ Raad van State, 3 september 2008, <https://deelink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RVS:2008:BE9698>.

¹² Zie de EDPB/Artikel 29 Werkgroep, *Richt snoeren inzake geautomatiseerde individuele besluitvorming en profilering voor de toepassing van Verordening (EU) 2016/679*, 3 oktober 2017, WP 215 rev.01.

¹³ TK, 34851, nr. 3, pagina 120.

4. Dient de profilering een legitiem doel?

Deze eis correspondeert met de grondrechtelijke eis dat een inmenging in een grondrecht een legitiem doel moet hebben.¹⁴ Bij profilering waarin nationaliteit (mede) een rol speelt, is met name vereist dat er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het gebruik van nationaliteit in het profiel.

5. Is de profilering noodzakelijk voor de beoordeling van visumaanvragen?

Omdat de AVG toepassing geeft aan het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens zoals vastgelegd in artikel 8 EU Handvest, moet de noodzakelijkheid van de profilering worden beoordeeld aan de hand van de criteria voor noodzakelijkheid zoals die zijn vastgelegd in de Europese rechtspraak, te weten:¹⁵

- Heeft de verwerkingsverantwoordelijke *toereikende en relevante argumenten* ter onderbouwing van de noodzaak om over te gaan op profilering?
- Tast de profilering de *essentie* van enig recht of vrijheid van de betrokkene aan?
- Is de gehanteerde profilering een *geschikt middel* om het doel te bereiken?
- Zijn er *minder vergaande (geschikte) middelen* beschikbaar om het doel te bereiken?
- Is er sprake van een *evenredige balans* tussen het belang van de verwerkingsverantwoordelijke om te profileren en de rechten en vrijheden van de betrokkenen?

¹⁴ Dit correspondeert met het criterium in artikel 52 EU Handvest: "daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang [...] beantwoorden".

¹⁵ In dat verband wijzen wij ook op artikel 51 EU Handvest. Omdat de AVG Unierecht is, moet ook de Nederlandse overheid de in het Handvest geformuleerde rechten en vrijheden in acht houden. Voor het EVRM gold dat uiteraard al. Artikel 52 Handvest bepaalt dat beperkingen op de uitoefening van de in het Handvest erkende rechten en vrijheden 'noodzakelijk' moet zijn. Artikel 53 Handvest legt de link met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

3.1 Is BZ bevoegd tot het verwerken van persoonsgegevens in het kader van visumverlening

Artikel 2 lid 2 Rijkvisumwet draagt aan de Minister van BZ de taak op om visa te verlenen. Dit betekent dat BZ bevoegd is tot het verwerken van persoonsgegevens in het kader van de aan haar opgedragen taak als bedoeld in artikel 6 lid 1 sub e AVG, te weten visumverlening. Derhalve heeft het hele IOB/KVV-proces, mits de profilering daar ook noodzakelijk voor is (zie hierna paragraaf 3.5), als grondslag de uitvoering van de taak van de Minister van BZ om visa te verlenen.

NB. We merken op dat het gebruik van historische gegevens bij de beoordeling van een visumaanvraag 'slechts' hoeft te voldoen aan de eisen van artikel 5 lid 1 sub b juncto art. 6 lid 4 AVG (doelbinding). Er is immers sprake van een zogeheten 'verdere verwerking' van de reeds aanwezige historische gegevens. Overweging 50 AVG stelt dat voor een verenigbare verdere verwerking *geen aparte nieuwe grondslag nodig is*. Het gebruik van een historische gegeven voor profilering heeft dus *dezelfde* grondslag als die op basis waarvan dat historisch gegeven in een eerder stadium is verzameld. Maar ook dan is logischerwijs die grondslag art. 6 lid 1 sub e AVG. Dit geldt ook voor het gebruik van aanvragen om de profielen vast te stellen.

3.2 Nationaliteit

Omdat de verwerking van ras- en etniciteitsgegevens in beginsel verboden is op grond van artikel 9 lid 1 AVG en nationaliteit op grond van de jurisprudentie van de Raad van State en het standpunt van de Autoriteit Persoonsgegevens een ras- en etniciteitsgegeven *kan* zijn, is het nodig om te onderzoeken of dat het geval is bij profilering in het kader van het IOB/KVV proces.

3.2.1 Nationaliteit in het kader van de visumaanvraag

Vooropgesteld moet worden dat het, gelet op het doel van visumverlening, niet mogelijk is om geen nationaliteit te verwerken. Wat wel relevant is, is of nationaliteit objectief gezien een indicator is voor het risico dat de aanvrager de visumvoorwaarden schendt.

Bijlage 1 en 2 van de Visumcode bevatten gedetailleerde voorschriften voor de informatie die overlegd moet worden bij een visumaanvraag. Daartoe behoren onder meer:

- Familiennaam
- Achternaam bij geboorte
- Voornaam
- Huidige nationaliteit
- Nationaliteit bij geboorte

Zoals gezegd, is de vraag of nationaliteit een bijzonder persoonsgegeven is, afhankelijk van de context waarin het gegeven verwerkt wordt. Op zich is het bij het verlenen van toegang tot het Nederlandse grondgebied toegestaan om onderscheid te maken naar nationaliteit (behalve EU nationaliteiten); dat is ook precies de bedoeling van visumverlening.

Maar het is niet de nationaliteit dat een bijzonder gegeven is, maar de *informatie waar de nationaliteit deel van uitmaakt*. Mede omdat ook de foto¹⁶ van de aanvrager van een visum op het aanvraagformulier voor een visum in ingesloten, komen wij – in lijn met de voornoemde uitspraak van de Raad van State – tot de conclusie dat **de combinatie van gegevens in het NVIS moet worden beschouwd als een ras- of etniciteitsgegeven over de aanvrager van het visum.**

¹⁶ Pasfoto's zijn ras- of etniciteitsgegevens, aldus de Hoge Raad: <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2010:BK6331>.

Dit heeft echter geen gevolgen voor de rechtmatigheid van de verwerking van de aanvraaggegevens. Artikel 11 Visumcode (inclusief Bijlage 1 bij de Visumcode), dat de inhoud van de te overleggen informatie voorschrijft, vormt de uitzondering op het verbod op de verwerking van ras- en etniciteitsgegevens. (De vraag of de verwerking daarvoor ook noodzakelijk is, komt in paragraaf 3.5 aan de orde).

3.2.2 Nationaliteit in het kader van de profilering

Een andere vraag is of nationaliteit gebruikt mag worden om met behulp van profielen in het IOB/KVV-proces het risico verbonden aan een visumaanvraag te beoordelen.

Alle aanvragen worden ingedeeld in groepen op basis van een vaste beslisboom met de volgende eigenschappen in een vaste volgorde:

- Verblijfsdoel
- Post (plaats van aanvraag)
- Nationaliteit
- Geslacht
- Leeftijdsgroep
- Burgerlijke staat
- Beroep

In dit deel van het proces is er géén sprake van nationaliteit als bijzonder persoonsgegeven volgens de maatstaf van de Raad van State. Er kan immers noch uit elk van de afzonderlijke gegevens noch uit de combinatie van de gegevens informatie worden afgeleid over de etniciteit van de aanvrager.

Er is onzes inziens echter wél sprake van nationaliteit als bijzonder persoonsgegeven volgens de maatstaf van de Autoriteit Persoonsgegevens. Het is voor BZ immers redelijkerwijs wel degelijk voorzienbaar dat de verwerking onder omstandigheden kan leiden tot – met name – indirect onderscheid naar ras of etnische afkomst.¹⁷ Dat BZ er alles aan doet om dat te voorkomen, doet daar niet aan af. Omdat nationaliteit onderdeel uitmaakt van de risico-indicatoren, valt immers niet uit te sluiten dat de visumaanvragen van mensen met een bepaalde nationaliteit in combinatie met een bepaalde post waar het visum is aangevraagd om díe reden in de intensive track belanden. Dat terwijl mensen met dezelfde waarden op de overige risico-indicatoren, maar met een niet-risicovolle nationaliteit en geen risicovolle post niet in de intensive track belanden.

Dit betekent echter niet dat het gebruik van nationaliteit als risico-indicator nooit is toegestaan. Als daarvoor door BZ een objectieve rechtvaardiging kan worden aangetoond (lees: een zwaarwegend algemeen belang als bedoeld in artikel 9 lid 2 sub g AVG), de wijze van profilering noodzakelijk is, én er een wettelijke uitzondering voor bestaat, dan mag nationaliteit wel deel uitmaken van het profiel. De conclusie van de Raad van State op dit punt is relevant:

2.9.2. Noodzaak en zwaarwegendheid zijn naar hun aard begrippen waarbij de invulling een zekere beoordeling vergt. Het ligt op de weg van [de verwerkingsverantwoordelijke] bij zijn besluitvorming aan die beoordeling gestalte te geven.¹⁸

¹⁷ Het College voor de Rechten van de Mens spreekt van indirecte discriminatie "wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaald beschermd persoonskenmerk (discriminatiegrond) in vergelijking met andere personen in het bijzonder benadeelt, tenzij hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat". NB. Merk op dat de Autoriteit Persoonsgegevens het niet heeft over het bestaan van een objectieve rechtvaardiging. Dat hoeft ook niet, omdat het kwalificeren van een gegeven als 'bijzonder persoonsgegeven' als zodanig geen normatieve lading heeft. De beoordeling van de rechtmatigheid van de verwerking van dergelijke gegevens is stap twee.

¹⁸ Raad van State, 3 september 2008, <https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RVS:2008:BE9698>.

De uitzondering voor het gebruik van nationaliteit bij risicoprofilering ligt in beginsel besloten in artikel 21 Visumcode (controle van de voorwaarden voor binnenkomst en risicobeoordeling). De vraag of de verwerking noodzakelijk is, komt hieronder in paragraaf 3.5 aan de orde.

3.3 Is de gebruikte profilering rechtmatig, behoorlijk en transparant?

Alvorens wij deze vraag kunnen beantwoorden, moeten we eerst bepalen welk type profilering het IOB/KVV proces gebruikt. Immers, volledig geautomatiseerde besluitvorming op basis van profilering is verboden zonder nadere wettelijke bepaling (artikel 22 AVG). Derhalve moet worden beoordeeld of de profilering zoals BZ die toepast onder artikel 22 valt of niet. Zo niet, dan zijn uitsluitend de gewone verwerkingsregels van artikel 5 lid 1, 6 en 9/10 AVG van toepassing op de verwerking van de persoonsgegevens in het kader van de profilering.

3.3.1 *Typering van de IOB/KVV profilering*

Om te beoordelen in welke categorie het IOB/KVV-proces valt, dient de werkwijze van BZ te worden beoordeeld. Kort-zakelijk weergegeven ziet dit er als volgt uit:¹⁹

De tracks geven een ondersteunend advies omtrent complexiteit van een visumaanvraag. De terugkoppeling van de BAO heeft nooit als gevolg dat een KVV-aanvraag direct wordt afgewezen, of juist wordt afgegeven. Het is aan de beslismedewerker zelf om te beslissen of er extra stappen worden ondernomen, zoals het afnemen van een interview. De beslismedewerker neemt vervolgens zelf de beslissing inzake het toekennen of weigeren van het visum. Er dient door de beslismedewerker altijd een weigeringsgrond uit de Visumcode opgevoerd te worden. Een terugkoppeling vanuit de BAO is als zodanig géén weigeringsgrond.

Het bovenstaande komt erop neer dat geen sprake is van volledig geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering (EDPB Type III). Kortom, voor de profilering in het kader van het IOB/KVV-proces is geen aanvullende wettelijke basis vereist.

Er is onzes inziens wél sprake van ‘besluitvorming op basis van profilering’ (EDPB Type II). Er wordt immers door de beslismedewerker een besluit genomen over een visumaanvraag waaraan een onderzoek vooraf is gegaan waarvan de intensiviteit wordt bepaald door profilering. Daarbij is de statistische verwachting gerechtvaardigd dat visumaanvragen die in een kansprofiel vallen verhoudingsgewijs vaker een positief besluit krijgen bij gebrek aan intensief onderzoek (fast track), terwijl visumaanvragen die in een risicoprofiel vallen verhoudingsgewijs vaker een negatief besluit zullen krijgen als gevolg van het intensievere onderzoek (intensive track). Dit betekent dat de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het IOB/KVV-proces alleen hoeft te voldoen aan de algemene eisen van artikel 5 lid 1, artikel 6 lid 1 en artikel 9 AVG.

3.3.2 *Is de gebruikte profilering rechtmatig en voorzienbaar?*

Allereerst moet worden nagegaan of de gebruikte profilering in strijd is met enige wettelijke bepaling. Nu we hebben vastgesteld dat er geen aparte wettelijke bepaling nodig is voor de profilering in het IOB/KVV-proces, hoeft BZ ook geen rekening te houden met specifieke wettelijke bepalingen anders dan de AVG.

Echter, als er sprake is van het gebruik van een algoritme dat mogelijk (indirecte) discriminerende effecten kan hebben op de betrokkene, dan moeten we hogere eisen stellen aan de voorzienbaarheid ervan. De EDPB/Artikel 29 Werkgroep stelt de volgende eisen:

¹⁹ Ministerie van Buitenlandse Zaken, IOB BAO At a glance (final). Een meer uitgebreide beschrijving is te vinden in Ministerie van Buitenlandse Zaken, Richtlijnen Informatie Ondersteund Beslissen.

Met name wanneer bij de verwerking sprake is van op profilering gebaseerde besluitvorming (ongeacht of deze onder de bepalingen van artikel 22 valt),²⁰ moet het feit dat de verwerking zowel (a) profilering als (b) besluitvorming op basis van het aangemaakte profiel tot doel heeft, duidelijk kenbaar worden gemaakt aan de betrokkene.

Kortom, BZ moet niet alleen mededelen dat er gebruik wordt gemaakt van IOB, maar óók dat er gebruik wordt gemaakt van profilering die kan leiden tot een intensiever onderzoek (of juist niet). Dat laatste ontbreekt in het huidige voorlichtingsmateriaal.

Het uniforme visumformulier, zoals voorgeschreven in Bijlage 1 van de Visumcode, kent wel een korte privacyverklaring, maar die zegt niets over het gebruik van profilering. Ook die informatie in de factsheet, die beschikbaar is op internet, is kan duidelijker op dit punt.²¹

NB. Transparante gegevensverwerking is een voorwaarde voor rechtmatige gegevensverwerking (net zoals voorzienbaarheid een voorwaarde is voor een grondrechteninbreuk). Het is dus belangrijk dat de informatie aan de betrokkene over het IOB/KVV-proces duidelijk en volledig is, juist op de risicovolle aspecten ervan, zoals profilering.

Conclusie

Een specifieke aparte rechtsgrond is niet nodig voor het IOB/KVV-proces omdat er geen sprake is van 'volledig geautomatiseerde besluitvorming, inclusief profilering' als bedoeld in artikel 22 lid 1 AVG. Maar de transparantie richting de betrokkene over het gebruik van profilering is onzes inziens momenteel nog niet voldoende om te spreken van een voorzienbare en dus rechtmatige gegevensverwerking.

NB. Er wordt momenteel in Brussel gewerkt aan een herziening van de wetgeving rondom het Visa Informatie Systeem. Als die wijziging in werking treedt, dan wordt er een expliciete juridische basis wordt geschapen voor het gebruik van IOB/KVV. In dat geval is het proces wél voorzienbaar. In de tussentijd kan volstaan worden met een aanscherping van de informatievoorziening over het gebruik en de werking van de profilering richting de betrokkene om de profilering voldoende voorzienbaar te maken.

3.3.3 *Is het gebruikte algoritme 'behoorlijk'?*

Er zijn inmiddels vele normen ontwikkeld om de algoritmes te toetsen. De meeste gaan ook in op andere zaken dan alleen 'behoorlijkheid' (*fairness*). Daarom kiezen wij hier voor de vier elementen die ook gebruikt worden door de Algemene Rekenkamer, omdat die mooi aansluiten bij de eis van artikel 5 lid 1 sub a AVG:²²

- Is er voldoende respect voor menselijke autonomie?
- Wordt schade voorkomen?
- Is het algoritme eerlijk (geen 'bias')?
- Is het besluit op basis van het algoritme uitlegbaar?

²⁰ Merk op dat artikelen 13 en 14 AVG het hebben over 'geautomatiseerde besluitvorming' en niet als in artikel 22 over 'volledig geautomatiseerde besluitvorming'. Met andere woorden, er moet ook geïnformeerd worden als er sprake is van profilering in de zin van EDPB Type II, zoals in casu.

²¹ <https://www.nederlandwereldwijd.nl/site/binaries/content/assets/pdfs-nederlands/factsheet-informatie-ondersteund-beslissen-visum-kort-verblijf-kvv.pdf>. Dit document spreekt over 'vergelijking'. Hoewel het document wel zegt dat BZ profielen gebruikt, geeft het geen informatie over de wijze waarop deze worden ingezet.

²² <https://www.rekenkamer.nl/publicaties/rapporten/2022/05/18/algoritmes-getoetst>.

- Omdat het hier gaat om profilering in de het kader van een besluit tot visumverlening, is respect voor menselijke autonomie hier geen relevant toetsingscriterium.

- Een onterechte weigering kan schade opleveren voor de betrokkene. Echter, omdat de beslismedewerker alleen toetst aan de voorwaarden voor visumverlening en niet weet *waarom* een bepaalde visumaanvraag nader moet worden getoetst, is er als het goed is steeds sprake van een objectief verdedigbare afwijzing van een visumaanvraag, zodat de schade die uit de weigering voortvloeit noch het directe noch het indirecte gevolg is van de profilering.

- Of er bias in het algoritme zit, kunnen wij zonder nader statistisch validatieonderzoek niet vaststellen. In ieder geval heeft BZ wel een aantal passende organisatorische maatregelen genomen zoals een beschrijving van het proces, het opstellen van richtlijnen, een terugkijktermijn van 5 jaar, het beoordelen van de bruikbaarheid van alternatieven, en het uitvoeren van periodieke evaluaties.

Als een visum wordt afgewezen, dan is dat altijd op basis van een weigeringsgrond zoals vastgelegd in de Visumcode en nooit op basis van de uitkomst van de profilering. De uitkomst van de profilering is voor de beslismedewerker ook niet doorslaggevend. Het besluit zelf is dus zeker uitlegbaar.

Of dat ook geldt voor de drempelwaarden van de risico-indicatoren in de profielen laten wij ook aan de expertise van BZ over.²³

Conclusie

Mits er geen bias blijkt te zitten in het algoritme, achten wij het IOB/KVV-proces **behoorlijk** in de zin van de AVG.

3.4 Dient profilering een legitiem doel?

Hoofddoel van de profilering is uiteraard het informatie-gebaseerd beslissing op de aanvraag van een visum. Visumverlening is een legitiem doel. Bij de traditionele wijze van werken ligt het gevaar op de loer dat sprake is van het maken van onderscheid door de beslismedewerkers op basis van subjectieve kenmerken. Dit zorgt voor ongelijke behandeling. Een objectief rule-based algoritme die de beslissing van de medewerker ondersteunt moet dat voorkomen. Dat is op zich een legitiem doel. Daarnaast zijn er ook organisatorische doelen, zoals efficiëntere besluitvorming en kwaliteitsmanagement. Ook dit zijn legitieme doeleinden.

3.5 Is profilering noodzakelijk voor de beoordeling van visumaanvragen?

'Noodzaak' in de AVG heeft dezelfde betekenis als 'noodzaak' in het EVRM en het EU Handvest. Daarom lopen wij hier het rijtje met criteria af, zoals vastgesteld in de Europese jurisprudentie, om vast te stellen of profilering voldoet aan de eisen van noodzakelijkheid.²⁴

3.5.1 Heeft BZ toereikende en relevante argumenten ter onderbouwing van de noodzaak om over te gaan op profilering?

BZ heeft een zekere mate van beleidsvrijheid over hoe zij haar taak om visa te verlenen wenst te vervullen. Er moet wel een goede onderbouwing zijn voor de gekozen oplossing. Wij hebben de indruk dat er goed is nagedacht over de noodzaak van het IOB/KVV proces. Een belangrijk punt is het (herhaalde) argument om bias die ongetwijfeld bestaat bij beslismedewerkers uit het uitbannen en zo de besluitvorming eerlijker te maken.

²³ Er is pas sprake van een risico-indicator als het minimaal zo vaak is voorgekomen dat een set van kenmerken van visumaanvragers (zoals locatie van aanvraag, reisdoel, geslacht, beroep, leeftijd e.d.) heeft geleid tot bepaald gedrag.

²⁴ Wij wijzen erop dat de uitspraak in het *Advies gebruik risicoprofielen* (update 210218) inzake het IOB/KVV proces dat 'noodzakelijk' betekent dat de profilering 'onmisbaar' moet zijn, te stellig is (zie ook: EHRM 7 december 1979, nr. 5493/72 (*Handyside vs Verenigd Koninkrijk*, r.n. 48)).

3.5.2 *Tast de profilering de essentie van enig recht of vrijheid van de betrokkene aan?*

De AVG beschermt alle rechten en vrijheden genoemd in het Handvest (art. 1 lid 2 juncto overweging 4 AVG). Uiteraard moet BZ aandacht blijven hebben voor het voorkomen van bias. Maar wij zien niet welke rechten en vrijheden van de betrokkenen in essentie in het geding zouden zijn. Visa worden immers niet geweigerd vanwege de profilering, maar omdat de aanvraag voldoet aan de weigeringsgronden genoemd in de Visumcode. Bovendien is het de beslismedewerker toegestaan om af te wijken van het advies. Daarmee is de profilering niet in die mate disproportioneel dat alleen al om die reden van profilering zou moeten worden afgezien.

3.5.3 *Is de gehanteerde profilering een geschikt middel om het doel te bereiken?*

Het is uiteraard primair aan BZ om uit te zoeken en te onderbouwen waarom profilering een geschikt middel is om het doel te bereiken. Dat geldt des te meer voor het gebruik van nationaliteit.

3.5.4 *Zijn er minder vergaande middelen beschikbaar het doel te bereiken?*

BZ heeft een zekere mate van beleidsvrijheid over hoe zij haar taak om visa te verlenen wenst te vervullen. Daarbij moet BZ het minst vergaande middel kiezen. Echter, alleen de alternatieven die óók een geschikt middel zijn om het doel te bereiken, hoeven in aanmerking te worden genomen. In de DPIA zijn verschillende alternatieven onderzocht en te licht bevonden, zoals het handmatig raadplegen van bronnen en contact op nemen met ketenpartners (niet haalbaar qua benodigde tijd en inzet personeel, minder relevante uitkomsten wegens gebrek aan historische data), en het gebruik van API's (technisch niet mogelijk).

Ook het achterwege laten van nationaliteit is onderzocht. Ook dat leverde geen bevredigende resultaten op (zo werden risicovolle aanvragen ten onrechte in een kansprofiel geplaatst en vice versa).

3.5.5 *Is er sprake van een evenredige balans tussen het belang van BZ om te profileren en de rechten en vrijheden van de betrokkenen?*

Op basis van wat we hebben gelezen en besproken, Gelet op het voorgaande zijn wij van oordeel dat de toegepaste werkwijze een evenredige balans vormt tussen de belangen van BZ (en de andere Schengenlanden) en de rechten en vrijheden van de betrokkene.

Conclusie

Het gebruik van profilering, inclusief de wijze van profileren, voldoet aan de eis van noodzakelijkheid.

3.6 Conclusies

Alles overziend, komen wij tot de volgende antwoorden op de vragen:

- 1. In hoeverre is er een grondslag voor profilering aanwezig bij het gebruik van IOB en aan welke juridische vereisten dient BZ te voldoen indien er gebruik wordt gemaakt van profilering?**
PMP: De voorzienbaarheid van het gebruik van profilering in het IOB/KVV-proces is voor verbetering vatbaar, met name op het punt van het gebruik van profilering. Omdat voorzienbaarheid deel is van de rechtmatigheid, is het dus noodzakelijk om de communicatie rondom het gebruik van profilering helderder te maken. Dit wordt opgelost zodra de EU wetgeving, waarmee het gebruik van algoritmes in de visumwetgeving expliciet wordt verankerd, in werking treedt. In de tussentijd kan volstaan worden met explicietere communicatie richting de betrokkene.
- 2. Is het gegeven nationaliteit op de wijze waarop het door BZ door middel van IOB wordt ingezet aan te merken als bijzonder persoonsgegevens? En indien het aan te merken is als**

bijzonder persoonsgegevens, aan welke juridische vereisten dient BZ vervolgens te voldoen?

PMP: Gelet op de definitie van de Autoriteit Persoonsgegevens dat er al sprake is van een etniciteitsgegevens als het voor BZ redelijkerwijs voorzien is dat een verwerking kan leiden tot onderscheid naar ras of etnische afkomst, zijn wij van oordeel dat er bij de profilering wel sprake is van bijzondere persoonsgegevens. Het is voor BZ immers redelijkerwijs wel degelijk voorzienbaar dat de verwerking onder omstandigheden kan leiden tot – met name indirect – onderscheid naar ras of etnische afkomst. Dat BZ er alles aan doet om dat te voorkomen, doet daar niet aan af. Omdat nationaliteit onderdeel uitmaakt van de risico-indicatoren, valt immers niet uit te sluiten dat de visumaanvragen van mensen met een bepaalde nationaliteit in combinatie met een bepaalde post waar het visum is aangevraagd om die reden in de intensive track belanden. Het is daarom nodig dat wordt onderbouwd waarom nationaliteit een risicofactor is die geschikt is voor het doel.

3. Is de huidige inzet van risicoanalyse en profileren rechtmatig op grond van relevante wet- en regelgeving?

PMP: De inzet van risicoanalyse en profilering voldoet aan bijna alle eisen die daaraan gesteld mogen worden. Alleen de voorzienbaarheid is onvoldoende (zie ook ons antwoord op vraag 1). Dit is – als het goed is – echter een tijdelijk probleem dat zou kunnen worden overbrugd door op een meer expliciete manier te communiceren over het gebruik van profilering.



Hieronder geven wij het voor dit rapport relevante wettelijk kader op het gebied van privacy, non-discriminatie en de bescherming van persoonsgegevens.

3.7 EVRM/EU Handvest

Artikel 8 EVRM

- 1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
- 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

Artikel 7 EU Handvest

Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.

Artikel 8 EU Handvest

- 1. Eenieder heeft recht op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens.*
- 2. Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.*

Artikel 21 EU Handvest

- 1. Elke discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, is verboden.*
- 2. Binnen de werkingssfeer van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en het Verdrag betreffende de Europese Unie en onverminderd de bijzondere bepalingen van die Verdragen, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.*

Artikel 51 EU Handvest

- 1. De bepalingen van dit handvest zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel en tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan, overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden.*

Artikel 52 EU Handvest

- 1. Beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.*
- 2. [...]*
- 3. 3. Voor zover dit handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.*

Artikel 53 EU Handvest

Geen der bepalingen van dit handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve werkingssferen worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie, de Gemeenschap of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten.

3.8 Dataprotectiewetgeving

Artikel 5 Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)

1. *Persoonsgegevens moeten:*

- a) *worden verwerkt op een wijze die ten aanzien van de betrokkene rechtmatig, behoorlijk en transparant is;*
- b) *voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld en mogen vervolgens niet verder op een met die doeleinden onverenigbare wijze worden verwerkt;*
- c) *toereikend zijn, ter zake dienend en beperkt tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt.*

[...]

2. *De verwerkingsverantwoordelijke is verantwoordelijk voor de naleving van lid 1 en kan deze aantonen.*

Artikel 6 AVG

1. *De verwerking is alleen rechtmatig indien en voor zover aan ten minste een van de onderstaande voorwaarden is voldaan:*

[...]

e) *de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen.*

[...]

2. [...]

3. *De rechtsgrond voor de in lid 1, punten c) en e), bedoelde verwerking moet worden vastgesteld bij:*

a) *Unierecht; of*

b) *lidstatelijk recht dat op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is.*

Het doel van de verwerking wordt in die rechtsgrond vastgesteld of is met betrekking tot de in lid 1, punt e), bedoelde verwerking noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of voor de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is verleend. Die rechtsgrond kan specifieke bepalingen bevatten om de toepassing van de regels van deze verordening aan te passen, met inbegrip van de algemene voorwaarden inzake de rechtmatigheid van verwerking door de verwerkingsverantwoordelijke; de types verwerkte gegevens; de betrokkenen; de entiteiten waaraan en de doeleinden waarvoor de persoonsgegevens mogen worden verstrekt; de doelbinding; de opslagperioden; en de verwerkingsactiviteiten en -procedures, waaronder maatregelen om te zorgen voor een rechtmatige en behoorlijke verwerking, zoals die voor andere specifieke verwerkingsituaties als bedoeld in hoofdstuk IX. Het Unierecht of het lidstatelijke recht moet beantwoorden aan een doelstelling van algemeen belang en moet evenredig zijn met het nagestreefde gerechtvaardigde doel.

4. [...]

Artikel 9 AVG

1. *Verwerking van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, en verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, of*

gegevens over gezondheid, of gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid zijn verboden.

2. Lid 1 is niet van toepassing wanneer aan een van de onderstaande voorwaarden is voldaan:

[...]

g) de verwerking is noodzakelijk 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;

[...]

Artikel 4 lid 4 AVG

Profilering: elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen.

Artikel 22 AVG

1. De betrokkene heeft het recht niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.

2. Lid 1 geldt niet indien het besluit:

a) [...]

b) is toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene; of

c. [...]

3. [...]

4. De in lid 2 bedoelde besluiten worden niet gebaseerd op de in artikel 9, lid 1, bedoelde bijzondere categorieën van persoonsgegevens, tenzij artikel 9, lid 2, punt a) of g), van toepassing is en er passende maatregelen ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene zijn getroffen.

Overweging 71 AVG

[...]

Teneinde een voor de betrokkene behoorlijke en transparante verwerking te garanderen, met inachtneming van de concrete omstandigheden en context waarin de persoonsgegevens worden verwerkt, dient de verwerkingsverantwoordelijke voor de profilering passende wiskundige en statistische procedures te hanteren en technische en organisatorische maatregelen te treffen waarmee factoren die aanleiding geven tot onjuistheden van persoonsgegevens worden gecorrigeerd en het risico op fouten wordt geminimaliseerd, en de persoonsgegevens zodanig te bewaren dat rekening wordt gehouden met de potentiële risico's voor de belangen en rechten van de betrokkene en dient hij onder meer te voorkomen dat zulks voor natuurlijke personen discriminerende gevolgen zou hebben op grond van ras of etnische afkomst, politieke overtuiging, godsdienst of levensbeschouwelijke overtuigingen, lidmaatschap van een vakbond, genetische of gezondheidsstatus, of seksuele gerichtheid, of dat de verwerking zou leiden tot maatregelen met een vergelijkbaar effect. [...]

Overweging 72 AVG

Voor profilering gelden de regels van deze verordening betreffende de verwerking van persoonsgegevens, bijvoorbeeld de rechtsgronden voor verwerking of beginselen van gegevensbescherming. Het Europees Comité voor gegevensbescherming dat door deze verordening wordt ingesteld (het „Comité“) dient de mogelijkheid te krijgen om in dat verband richtsnoeren op te stellen.

3.9 Visumwetgeving

Artikel 1 lid 1 Verordening 539/2001/EG

De onderdanen van de in de lijst van bijlage I opgenomen derde landen dienen bij overschrijding van de buitengrenzen van de lidstaten in het bezit van een visum te zijn.

[...]

Artikel 2 lid 2 Rijksvisumwet

Onze Minister van Buitenlandse Zaken is belast met de verlening van de visa, bedoeld in artikel 2 van de Verordening van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 15 maart 2001, nr. 539/2001/EG (Pb EU L81) voor de toegang tot Nederland.

[...]

Artikel 4 Visumcode

1. *Het is aan de consulaten om de aanvragen te onderzoeken en er een beslissing over te nemen.*

[...]



Privacy
Management
Partners
Coöperatie UA

adres
Vondellaan 58
3521 GH Utrecht

telefoon
+31 85 401 38 66

e-mail
info@pmpartners.nl

website
www.pmpartners.nl