

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Notitie

voor Ministerie Buitenlandse Zaken
van Kantoor Landsadvocaat
datum 23 maart 2023
inzake Gebruik nationaliteitsgegevens bij visumaanvraag, n.a.v. advies FG en onderzoek AP
zaaknr 11019253

1 Inleiding

- 1.1 Het Ministerie van Buitenlandse Zaken (BuZa) maakt bij de beoordeling van aanvragen voor een Kort Verblijf Visum (KVV) gebruik van een risicobeoordelingssysteem, de zgn. Buitenlandse Zaken Analyse Omgeving (BOA). In dat systeem worden onder andere gegevens betreffende de nationaliteit van de aanvrager verwerkt.
- 1.2 De FG van BuZa kan zich hierin niet vinden. En dit, naar wij begrijpen, om de volgende twee redenen:
- gegevens over nationaliteit moeten volgens de FG worden opgevat als (indirecte) bijzondere gegevens waarvan de verwerking is verboden op grond van art. 9.1 Avg én er kan daarvoor geen gebruik worden gemaakt van de uitzondering van art. 9.2(g) Avg; én
 - er is geen, of onvoldoende relatie, tussen enerzijds gegevens over nationaliteit en anderzijds risico's op onjuiste beslissingen op een KVV-aanvraag; er zijn twijfels over relevantie en effectiviteit en daarmee ook over proportionaliteit.
- 1.3 De FG heeft hierover gesproken met de Autoriteit persoonsgegevens (AP) die daarover inmiddels ook vragen heeft gesteld aan BuZa. Het ministerie houdt er rekening mee dat AP op enig moment aanleiding ziet om over te gaan tot een (formeel) handhavingsonderzoek. In deze notitie geven wij, gelet op de mogelijkheid dat AP inderdaad daartoe overgaat, een beknopte reactie op de argumenten van de FG, welke zo-nodig als de ontwikkelingen in deze zaak daartoe aanleiding geven, nader kan worden uitgewerkt.

2 Verwerkingsverbod en uitzondering (art. 9, eerste en tweede lid, Avg)

- 2.1 Van belang is allereerst of er in deze zaak sprake is van gegevens waaruit ras of etniciteit blijkt en waarvan de verwerking op grond van art. 9 eerste lid, Avg in beginsel is verboden. Als dat het geval is, is vervolgens van belang in hoeverre BuZa

voor de verwerking van deze gegevens gebruik kan maken van een van de uitzonderingen van art. 9, tweede lid, Avg.

Is er sprake van gegevens waaruit ras of etniciteit blijkt?

- 2.2 Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van gegevens betreffende ras of etniciteit (d.w.z. bijzondere gegevens i.d.z.v. art. 9, eerste lid, Avg) gaat AP, verwijzend naar rechtspraak van de Afdeling, uit van een genuanceerde benadering. Daarin worden gegevens betreffende nationaliteit onder andere opgevat als bijzondere gegevens als deze worden verwerkt in combinatie met gegevens over geboorteland, herkomst en/of pasfoto.¹
- 2.3 De vraag is dan of daarvan sprake is bij BAO. Wij begrijpen dat het BAO géén gebruik wordt gemaakt van deze combinatie van gegevens en evenmin van een andere combinatie waaruit etniciteit of ras kan worden afgeleid. De FG merkt op dat in BAO en voor beslismedewerkers wel gegevens over geboorteland, geboorteplaats, herkomst en/of pasfoto beschikbaar zijn. Echter, ervan uitgaand dat deze gegevens niet in BAO worden gecombineerd, en er ook maatregelen zijn genomen om dat te voorkomen, komt het ons voor dat er daarmee op zichzelf nog niet kan worden gesproken van gegevens waaruit ras of etnische afkomst blijkt.
- 2.4 Als een beslismedewerker incidenteel toch verschillende gegevens zou combineren, is er wel sprake van dergelijke gegevens. Maar het gaat, menen wij, dan te ver om het hele systeem alleen om deze reden op te vatten als een systeem waarin ras- of etniciteitsgegevens worden verwerkt. Uiteraard hangt dit wel af van hoe het systeem is opgezet, welke maatregelen er zijn genomen om dit tegen te gaan, etc.
- 2.5 Toch zien wij wel aanleiding om, voor de toepassing van de Avg, *in casu* gegevens over nationaliteit zekerheidshalve op te vatten als gegevens betreffende ras of etniciteit, althans deze als zodanig te behandelen. Dit omdat uit de Visumcode en de VIS-verordening blijkt dat bij de behandeling van de visumaanvraag een combinatie van gegevens over nationaliteit, geboorteland en foto's moeten worden verwerkt. En omdat het niet goed mogelijk lijkt om de risicobeoordeling ten behoeve van de behandeling van de visumaanvraag volledig los te zien van de behandeling van de aanvraag als zodanig.

Ervan uitgaande dat er sprake is van bijzondere gegevens, kan dan gebruik worden gemaakt van een uitzondering op grond waarvan de gegevens mogen worden verwerkt?

- 2.6 Als er zekerheidshalve van wordt uitgegaan dat gegevens betreffende nationaliteit *in casu* inderdaad moeten worden opgevat als bijzondere gegevens, zijn er naar ons

¹ AP Rapport Belastingdienst/Toeslagen De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag, 17 juli 2020, par. 3.3.1; ABRvS 13 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3002, overw. 4.1. Uit het arrest van het gerechtshof Den Haag van 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173 blijkt dat nationaliteit op zichzelf nog niet kwalificeert als gegeven betreffende ras of etniciteit. Het hof overweegt in r.o. 8.21 van het arrest dat "nationaliteit een juridische categorie is die in beginsel niet kan worden afgeleid uit aan ras of etniciteit ontleende uiterlijke kenmerken." Omgekeerd kunnen uit de juridische categorie nationaliteit ook niet dergelijke, aan ras of etniciteit ontleende kenmerken worden afgeleid.

oordeel goede argumenten op basis waarvan kan worden betoogd dat er wel gebruik kan worden gemaakt van de uitzondering van artikel 9, tweede lid, onderdeel g, Avg.²

- 2.7 In de Visumcode is steun te vinden voor het standpunt dat er sprake is van unie- of lidstatelijk recht dat vereist dat in het kader van de behandeling van visumaanvraag (ook) gegevens over nationaliteit worden verwerkt. Immers, art. 14, vierde lid, onderdeel d, van de Visumcode geeft aan dat lidstaten van visumaanvragers kunnen verlangen dat nationaliteit wordt opgegeven, en de bijlage 1 bij de Visumcode bevat het geharmoniseerd aanvraagformulier, waarvan vragen 7, 10, 17 en 20 verlangen dat de aanvrager zijn/haar huidige nationaliteit invult (alsmede nationaliteit bij geboorte indien anders en andere nationaliteiten). Ook in de VIS-verordening, waarnaar de Visumcode verwijst, staat dat gegevens betreffende nationaliteit moeten worden verwerkt bij de behandeling van visumaanvragen.
- 2.8 Ook het door de EC opgestelde handboek voor de Visumcode stelt dat nationaliteit relevant is bij de beoordeling van een visumaanvraag en daarmee volgens de EC ook bij de beoordeling van het risico dat daarover een onjuiste beslissing wordt genomen.
- 2.9 Het handboek zegt het zo:

"The depth of the examination depends on the risk presented by the applicant according to his/her nationality, local circumstances, his/her profile and personal history. Consulates should take account of the individual applicant's 'visa history', which includes the correct use of visas issued by other Member States irrespective of the purpose of earlier trips, if such purpose is indicated on the visa sticker."

De onderstreping is toegevoegd.

- 2.10 Uit overweging 41 Avg blijkt dat een 'rechtsgrond of wetgevingsmaatregel' waarop in de context van de Avg een beroep wordt gedaan 'duidelijk en nauwkeurig [moet] zijn', en dat 'de toepassing daarvan [...] voorspelbaar [moet] zijn voor degenen op wie deze van toepassing is, zoals vereist door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("Hof van Justitie") en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.' Verdedigbaar is dat daaraan is voldaan. Voorstelbaar is evenwel dat daarover anders wordt gedacht, omdat moet worden toegegeven dat het overtuigender was geweest als de Visumcode dit in een artikel uitdrukkelijk zou hebben benoemd. Daarbij past wel de kanttekening dat, naar wij begrijpen, op termijn in de VIS-verordening een grondslag wordt opgenomen voor het gebruik van specifieke risico-indicatoren, zoals nationaliteit, waarvan gebruik kan worden gemaakt ten behoeve van profilering..³

² Oftewel: de verwerking van deze gegevens is nodig om redenen van zwaarwegend algemeen belang, op grond van unie- 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.

³ De Wijzigingsverordening 2021/1134 wijzigt diverse Uniewetgeving (waaronder de Visumcode en de VIS-verordening) met het oog op de herziening van het Visuminformatiesysteem, maar is nog niet volledig van toepassing. Uiterlijk op 31 december 2023 stelt de Commissie de datum vast waarop de Verordening wel volledig van toepassing zal zijn. In de gewijzigde VIS-verordening (767/2008) zal het nieuwe artikel 9 undecies worden opgenomen waarmee een EU-rechtelijke grondslag wordt gecreëerd voor het gebruik van specifieke risico-indicatoren die worden toegepast als algoritme waarmee profilering mogelijk is door het VIS. Het VIS vergelijkt de gegevens in het aanvraagdossier met deze risico-indicatoren (zie artikel 9bis, lid

- 2.11 In aanvulling komt het ons verdedigbaar voor dat verwerking van gegevens over nationaliteit nodig is om te voldoen aan een volkenrechtelijke verplichting, en dus toegestaan is op grond van het bepaalde in artikel 23, aanheft en onderdeel a, UAVg.

3 Relatie nationaliteitsgegevens en risico's op onjuiste beslissingen

- 3.1 In zijn emailbericht van 2 januari jl. stelt de FG dat de causaliteit tussen nationaliteit en risico ontbreekt, althans niet inzichtelijk is gemaakt. Wij begrijpen dat hij een correlatie tussen nationaliteit en risico niet toereikend acht en meent dat er sprake moet zijn van een oorzakelijk verband of causaliteit tussen een en ander.
- 3.2 Uit de voorbeelden opgenomen in het daartoe door BuZa opgestelde document,⁴ maken wij op dat er een relevante relatie is (of kan zijn) tussen enerzijds het risico dat er een onjuiste beslissing wordt genomen op een visumaanvraag en anderzijds de nationaliteit van de aanvrager. Eruit blijkt dat in verschillende landen op professionele wijze aan (naar mag worden aangenomen) de personen met de nationaliteit van die landen commerciële diensten worden aangeboden waarmee wordt beoogd het te vergemakkelijken dat iemand op frauduleuze wijze in Nederland een visum kan verkrijgen.
- 3.3 Het lijkt daarmee duidelijk dat er ten aanzien van de visumaanvrager met de desbetreffende nationaliteit sprake kan zijn van een verhoogd risico op een op onjuiste gronden genomen beslissing op een visumaanvraag. Er kan dan, gelet op de betekenis van de nationaliteit van de visumaanvrager in de Visumcode en de VIS-verordening, sprake zijn van een zwaarwegend algemeen belang dat vereist dat gegevens over nationaliteit worden verwerkt om te bepalen op welke wijze de visumaanvraag moet worden behandeld (*fast track, regular of intensive*).
- 3.4 Er kan verder worden aangenomen dat de Visumcode en de VIS-verordening voldoen aan de voorwaarden die artikel 9, tweede lid, onderdeel g, Avg daaraan stelt – d.w.z. dat de evenredigheid met het nagestreefde doel wordt gewaarborgd, dat de wezenlijke inhoud van het recht op bescherming van persoonsgegevens wordt geëerbiedigd en dat passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene.
- 3.5 De vraag is dan of het maken onderscheid naar nationaliteit in het kader van deze risicobeoordeling moet worden gekwalificeerd als verboden onderscheid, oftewel discriminatie. Wij menen van niet. In het voorgaande (randnr. 2.5) hebben we aangegeven dat de in het risicobeoordelingssysteem verwerkte nationaliteitsgegevens zekerheidshalve worden opgevat als gegevens betreffende ras of etniciteit (in de zin van art. 9, eerste lid, Avg). Echter, dit impliceert wat ons betreft nog niet — het arrest van het gerechtshof Den Haag parafraserend — dat er daarmee sprake is van een

13 jo. art. 9 undecies, lid 1). Deze risico-criteria moeten in het VIS worden ingevoerd, maar dat kan pas als de Commissie gedelegeerde en uitvoeringshandelingen heeft vastgesteld tot nadere omschrijving en specificering van de risico's op het gebied van illegale immigratie. Aan de hand daarvan worden de specifieke risico-indicatoren vastgesteld, die bestaan uit een combinatie van gegevens, waaronder leeftijdsgroep, geslacht en nationaliteit (zie art. 9 undecies, lid 4).

⁴ Bijlage 1 bij concept Beslisnota Informatie Ondersteund Beslissen (IOB) Kort Verblijf Visum (Schengenvisum - KVV): Belang gebruik gegeven nationaliteit binnen het Schengen visumaanvraagproces

reële dreiging dat een aan ras of etniciteit ontleend kenmerk (zoals huidskleur) in zoverre beslissend is dat de visumaanvraag van desbetreffende persoon, bij gelijkblijvende overige omstandigheden, op een andere, meer of minder intensieve wijze wordt beoordeeld.⁵

⁵ Gerechtshof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173, r.o. 8.20. Relevant in dit verband is dat in de uitspraak van het gerechtshof centraal stond het (potentiële gevaar op het) selecteren van personen op basis van hun huidskleur. Dit is van andere orde dan het betrekken van (onder meer) nationaliteit bij de wijze waarop een visumaanvraag wordt behandeld.