

- 32 761 Verwerking en bescherming persoonsgegevens
- [22 112](#) Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie
- Nr. 198 Brief van de ministers voor Rechtsbescherming en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Economische Zaken en Klimaat

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 18 oktober 2021

Op 23 juni 2021 heeft uw commissie de Minister voor Rechtsbescherming verzocht om een kabinetsreactie op het bericht in de Volkskrant d.d. 21 juni 2021 inzake "Europese privacywaakhond wil verbod op elke vorm van gezichtsherkenning in de openbare ruimte".¹ Bij deze doet het kabinet u de gevraagde reactie toekomen.

Het bericht in de Volkskrant verwijst naar de opinie van de European Data Protection Board (EDPB) en European Data Protection Supervisor (EDPS)² over de concept AI-verordening (hierna: "de conceptverordening") van de Europese Commissie.³ Het kabinet heeft daarvan met interesse kennis gekomen en deelt de zorgen van de toezichthouders met betrekking tot het verwerken van biometrische gegevens en andere systemen die grootschalige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer van burgers kunnen veroorzaken.

Het kabinet is voorstander van strenge regels en strikte voorwaarden voor de inzet van technologie die naar haar aard gemakkelijk inbreuk kan maken op grondrechten. Voor de eerbiediging daarvan, daaronder begrepen de bescherming van persoonsgegevens, geldt niet voor niets al een uitgebreid juridisch kader waarin onder meer het verwerken van bijzondere persoonsgegevens (waaronder biometrische gegevens, zoals bij de inzet van gezichtsherkenning) in beginsel verboden is.⁴ Het kabinet is evenwel – anders dan de toezichthouders - van mening dat er ruimte moet blijven voor dergelijke uitzonderingssituaties en dat een inbreuk op de meeste grondrechten, zoals op de persoonlijke levenssfeer, in bepaalde gevallen kan voldoen aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en

¹ [Europese privacywaakhond wil verbod op elke vorm van gezichtsherkenning in openbare ruimte | De Volkskrant](#)

²EDPB-EDPS joint opinion 5/2021 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), hierna: "de conceptverordening".

³ Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende geharmoniseerde regels voor kunstmatige intelligentie. Te raadplegen via: [EUR-Lex - 52021PC0206 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

⁴ Artikel 9 leden 1 en 2, Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Voor de rechtshandhaving gelden andere regels ingevolge Richtlijn 2016/680, welke in Nederland is geïmplementeerd in de Wet politiegegevens en de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens. Zie hiervoor uitgebreider in bijlage 1.

subsidiariteit die nodig zijn om zo'n inbreuk te rechtvaardigen. De door de EDPB en EDPS voorgestelde absolute verboden – waarbij de afwegingsruimte geheel verdwijnt – acht het kabinet niet wenselijk.

Het kabinet ziet de conceptverordening wel als kans om ingrijpende systemen verder te reguleren en aan voorwaarden te binden. Door extra eisen te stellen aan systemen vóór deze in gebruik worden genomen, kan worden voorkomen dat onrechtmatige inbreuken op fundamentele rechten plaatsvinden. Ook ingrijpende systemen waarvoor het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken niet geldt, zoals bepaalde emotieherkenningssystemen, hebben daarbij de aandacht van het kabinet. Om een breed gedragen en zo volledig mogelijk geïnformeerd standpunt over de verordening in te kunnen nemen zal het kabinet dit jaar nog een aantal ronde tafelsessies organiseren om met experts en belanghebbenden te spreken over een aantal pregnante en complexe aspecten van de verordening, waaronder de punten waar deze kabinetsreactie betrekking op heeft.

Het kabinet zal dit standpunt nader toelichten. Ter ondersteuning daarvan heeft het in de bijlage bij deze brief een uiteenzetting van het bestaand juridisch kader opgenomen en een toelichting op de relevante artikelen uit de conceptverordening⁵.

Appreciatie op hoofdlijnen

Het bericht in de Volkskrant noemt de grote zorgen van de EDPB en EDPS over de mogelijke inzet van bepaalde (biometrische) systemen. Daarbij worden drie door de toezichthouders voorgestelde verboden uitgelicht, te weten:

1. Opname van een verbod op ieder gebruik van AI voor de geautomatiseerde herkenning van menselijke kenmerken in de publieke (en online) ruimte, zoals gezichten, de manier van lopen, vingerafdrukken, DNA, stemmen, toetsenbordaanslagen en andere vormen van biometrische of gedragssignalen in iedere context;⁶
2. Verbod op AI-systemen die individuen op basis van biometrie clusteren naar gelang hun etniciteit, gender, politieke of seksuele oriëntatie of andere gronden voor discriminatie die verboden zijn onder artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie;⁷
3. Verbod op systemen die emoties kunnen herkennen, met een uitzondering voor medische of onderzoeksdoeleinden voor zover dit wordt omkleed met passende waarborgen.⁸

⁵ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

⁶ EDPB-EDPS joint opinion 5/2021 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), overweging 32.

⁷ Idem, overweging 33. Hiermee doelen de toezichthouders op het classificeren van individuen op basis van biometrische gegevens.

⁸ EDPB-EDPS joint opinion 5/2021 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), overweging 35.

Het kabinet deelt de zorgen van de EDPB en EDPS. De besproken systemen hebben doorgaans een ingrijpend karakter. Grondrechten zijn onverkort van toepassing in het digitale domein. Er kunnen zwaarwegende belangen zijn die ertoe nopen, binnen de eisen van noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit, een grondrecht in te perken. In dat geval zijn aanvullende regels nodig om te waarborgen dat aan die eisen wordt voldaan. Dit geldt zowel ten aanzien van de relatie tussen overheid en burger, bijvoorbeeld in de context van rechtshandhaving, als voor horizontale verhoudingen. Van het wegnemen van elke afwegingsruimte en het invoeren van de in het bericht voorgestelde verboden is het kabinet dan ook geen voorstander omdat ook een rechtmatige inzet hiermee onmogelijk wordt gemaakt. Dit zal het nader toelichten.

Verdieping: absolute verboden en specifieke verboden

Voorop staat dat het gebruik van een systeem door de overheid waarbij inbreuk wordt gemaakt op de grondrechten van burgers in beginsel verboden is, tenzij de inbreuk bij wet is voorzien, noodzakelijk is (relevant om het beoogde doel te bereiken) en voldoet aan de eisen van proportionaliteit (staat het belang in verhouding tot de inbreuk) en subsidiariteit (kan het doel ook met een minder ingrijpend middel worden bereikt). Daarbij is ook het verwerken van bijzondere persoonsgegevens, waaronder biometrische gegevens, onder de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) verboden, tenzij sprake is van een uitzonderings situatie.⁹ De Grondwet, het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de AVG bieden ruimte voor een afweging om te bepalen of een inbreuk in een bepaald geval gerechtvaardigd is. In deze systematiek vormen absolute verboden een uitzondering; een voorbeeld is het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling. In de overwegingen bij de AVG wordt ook opgemerkt dat het recht op de bescherming van persoonsgegevens niet absoluut is, er is sprake van het afwegen van verschillende rechten en vrijheden.¹⁰ Daarnaast zal het verwerken van (biometrische) gegevens moeten voldoen aan de non-discriminatie wetgeving. Die verbiedt (in)directe discriminatie, tenzij er een legitieme grondslag is om onderscheid te maken en het onderscheid proportioneel is. Ook in dat kader ligt dus een 'nee-tenzij' clause besloten: het mag niet, behoudens gevallen die onderscheid billijken. Oftewel, de juridische systematiek bevat doorgaans voorwaarden waaraan voldaan moet zijn en tevens een belangenafweging. De voorgestelde verboden waarop onder geen beding

⁹ Dit geldt ook in zogenoemde horizontale relaties: tussen burgers en bedrijven, of burgers onderling.

¹⁰ Overweging 4 bij de AVG: *De verwerking van persoonsgegevens moet ten dienste van de mens staan. Het recht op bescherming van persoonsgegevens heeft geen absolute gelding, maar moet worden beschouwd in relatie tot de functie ervan in de samenleving en moet conform het evenredigheidsbeginsel tegen andere grondrechten worden afgewogen. Deze verordening eerbiedigt alle grondrechten alsook de vrijheden en beginselen die zijn erkend in het Handvest zoals dat in de Verdragen is verankerd, met name de eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven, woning en communicatie, de bescherming van persoonsgegevens, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, de vrijheid van meningsuiting en van informatie, de vrijheid van ondernemerschap, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht, en het recht op culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid.*

uitzonderingen mogelijk zijn, passen niet goed in deze systematiek. Er is bij een dergelijk absoluut verbod immers geen afweging meer toegestaan, waardoor er door de wetgever geen afweging van andere rechten en vrijheden plaats kan vinden. Het kabinet is daarom geen voorstander van het opnemen van de onder '1' en '2' genoemde verboden. Dit betekent overigens geenszins dat de daarin genoemde praktijken ongereguleerd zouden zijn, deze zijn in het bestaande kader immers juist aan strikte voorwaarden verbonden.

Een ander belangrijk aspect van de systematiek van fundamentele rechten – zoals neergelegd in onder meer de AVG en anti-discriminatiewetgeving - is dat door overheidsorganisaties uitgevoerde verwerkingen op een wettelijke grondslag moeten berusten. Voor bijzondere persoonsgegevens zal dit doorgaans betekenen dat een wet in formele zin noodzakelijk is om gegevens te mogen verwerken en dat hiervoor uiteraard het parlementaire proces doorlopen moet worden.¹¹ Daarbij geldt ook dat in een dergelijke wettelijke grondslag nader invulling zal moeten worden gegeven aan vereisten van passende waarborgen, zoals noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit, en dat de gegevensverzameling- en analyse beoordeeld wordt op mogelijke (indirecte) discriminatie. Ook al bestaat de bevoegdheid om voor een bepaald doel biometrische gegevens te mogen verwerken, dan betekent dit niet dat bijvoorbeeld gezichtsherkenning of emotieherkenning daarmee altijd rechtmatig kan worden ingezet. Dat hangt af van de specifieke situatie, de wet in kwestie en de invulling van de AVG-eisen omtrent onder meer dataminimalisatie. Het is dus zaak om bij dergelijke wettelijke grondslagen nauwkeurig en voldoende specifiek vast te leggen wat de bevoegdheid inhoudt en waartoe de publieke taak strekt. Dat biedt duidelijkheid over de doelen waarvoor en de wijze waarop bijzondere persoonsgegevens kunnen worden ingezet.

Een verbod in de conceptverordening kan wat het kabinet betreft worden overwogen wanneer dat nodig is om de openbare orde of de openbare veiligheid te borgen, of als daarmee een zwaarwegend maatschappelijk belang wordt gediend. Dan zal bovendien moeten zijn gebleken dat er geen minder zwaarwegende alternatieven voorhanden zijn. Verbodsbepalingen in de conceptverordening kunnen wat het kabinet betreft van toegevoegde waarde zijn wanneer daarmee wordt voorkomen dat systemen die naar hun aard onrechtmatig of ongewenst zijn überhaupt op de markt worden aangeboden of in gebruik worden genomen. Daarmee wordt het 'ex ante' toezicht op systemen versterkt: handhaving kan plaatsvinden voordat de inzet van een systeem leidt tot een inbreuk op grondrechten of schade veroorzaakt. Het is voor het kabinet dan ook van belang dat - naast dat een verbod zoals hiervoor toegelicht doorgaans afwegingsruimte vereist – een verbod voldoende specifiek toeziet op situaties in welke aan de genoemde noodzakelijkheids-, proportionaliteits- en subsidiariteitseisen wordt voldaan. Een verbod is immers een zwaar middel. Het onder '3' genoemde verbod met betrekking tot emotieherkenning is, ondanks dat het niet absoluut is

¹¹ Zie hierover uitgebreider het juridisch kader in de bijlage. Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl

geformuleerd, naar oordeel van het kabinet onvoldoende specifiek en afgebakend om over te kunnen nemen.

Inzet kabinet

Net als de EDPB en EDPS ziet het kabinet het gevaar dat de inzet van de in het bericht in de Volkskrant aangehaalde systemen kunnen leiden tot inbreuken op grondrechten. Waar het kabinet de door de toezichthouders voorgestelde absolute verbodsbepalingen onwenselijk vindt, ziet het weldegelijk de noodzaak om erop toe te zien dat ingrijpende systemen zo zijn gereguleerd dat deze alleen onder strikte voorwaarden kunnen worden toegepast. Zowel de in de conceptverordening opgenomen verboden als de voorgestelde aanvullende eisen voor 'hoog risico systemen' kunnen hier een rol in vervullen. De rol die verboden daarbij kunnen vervullen heeft het kabinet in het voorgaande toegelicht.

Het classificeren van AI-systemen als 'hoog risico' kan daarnaast een belangrijke waarborg vormen. De voor 'hoog risico systemen' geïntroduceerde conformiteitseisen – en bijbehorende toezicht systematiek – hebben als doel wettelijk te verankeren dat AI-systemen op de juiste wijze worden ontworpen en ingezet, en dat daarop toezicht plaats kan vinden. Dit om te voorkomen dat ingrijpende systemen, die weliswaar niet per definitie worden verboden maar waarbij wel een groot risico bestaat dat deze (onbedoeld) tot onrechtmatige uitkomsten leiden (zoals bijvoorbeeld discriminatie), worden gecontroleerd vóórdat zij op de markt worden gebracht of in gebruik worden genomen. Als daarbij blijkt dat de inzet van het systeem tot onrechtmatige resultaten zou leiden, kan dat worden voorkomen. De in het bericht in de Volkskrant aangehaalde verboden zien toe op systemen die in het voorliggende conceptvoorstel ten dele als 'hoog risico' worden gekwalificeerd. In Annex III wordt namelijk bepaald dat systemen die op afstand biometrische gegevens verwerken gelden als 'hoog risico'.¹² Ook systemen in de context van rechtshandhaving, die bedoeld zijn om de emotionele toestand van een natuurlijk persoon vast te stellen of om natuurlijke persoon te profileren worden als hoog risico geclassificeerd.¹³ Voor emotieherkenningssystemen geldt ook dat deze als 'hoog risico' worden aangemerkt wanneer ze worden ingezet in het kader van migratie, asiel en beheer van grenscontroles.¹⁴ Het kabinet benadrukt daarbij dat deze eisen expliciet in aanvulling op de eisen uit het bestaand juridisch kader zullen gaan gelden.

Het kabinet constateert dat een deel van de in het bericht aangehaalde systemen in het voorliggende voorstel, niet als 'hoog-risico' systeem wordt gekwalificeerd. Dit geldt in hoofdzaak voor emotieherkenningssystemen die worden ingezet in andere dan bovengenoemde context (onder '3')¹⁵ en voor niet-biometrische systemen waarmee gedragssignalen kunnen worden herkend (onder '1'). Voor dergelijke systemen geldt dat de inzet daarvan niet in alle gevallen leidt tot een verwerking van biometrische of anderszinds bijzondere persoonsgegevens. Dit heeft onder meer

¹² Zie Annex III bij de conceptverordening, onder 1.

¹³ Hiermee wordt 'profilering' bedoeld zoals gedefinieerd in artikel 3 punt 4 van de Richtlijn (EU) 2016/680.

¹⁴ Zie Annex III bij de conceptverordening, onder 6 en 7.

¹⁵ Voor deze systemen gelden wel de aanvullende transparantievereisten uit artikel 52 van de conceptverordening.

als consequentie dat het verwerkingsverbod uit artikel 9 AVG niet geldt. Het kabinet ziet de noodzaak om in samenwerking met experts en belanghebbenden te onderzoeken of ook aan dergelijke toepassingen nadere voorwaarden moeten worden verbonden, mogelijk door aanpassing van de in de conceptverordening voorziene lijst van 'hoog-risico systemen', of dat de inzet van bepaalde systemen middels een meer geclausuleerd en gericht verbod moet worden voorkomen.

Conclusie

Het kabinet is geen voorstander van het introduceren van de in het bericht in de Volkskrant voorgestelde absolute verboden, omdat daarmee de noodzakelijke afwegingsruimte verdwijnt. De rechtmatige inzet van AI-systemen in onze samenleving kan ook op een andere manier worden bewerkstelligd. Indien een verbod noodzakelijk is heeft een specifiek omschreven verbod volgens het principe 'nee-tenzij' de voorkeur, waarmee aansluiting wordt gezocht bij het bestaande juridisch kader waarin de (nationale) wetgever in geval dat noodzakelijk, proportioneel en subsidiair is omwille van zwaarwegende belangen, van een verbod af kan wijken. Hiervoor zal het kabinet zich in EU-verband inspannen. Daarbij is het kabinet ook voorstander van het stellen van (kwaliteits-)eisen aan ingrijpende systemen die in de conceptverordening als 'hoog risico' worden gekwalificeerd. Het kabinet deelt namelijk de zorgen van de toezichthouders over ingrijpende systemen en wil verdere gedachtenvorming op gang brengen over de in de conceptverordening voorziene verdeling van systemen tussen de verschillende risicocategorieën (verboden, hoog-risico vereisten, transparantie-eisen). Om hierover – en ten aanzien van een aantal andere technisch en juridisch complexe aspecten van de verordening – tot een breed gedragen en volledig geïnformeerd standpunt te komen, organiseert het kabinet nog dit jaar een aantal ronde tafelsessies, waarin met experts en belanghebbenden uit de wetenschap, de publieke sector, het bedrijfsleven en van belangenorganisaties wordt ingegaan op specifieke aspecten van de verordening. De regulering van biometrische en emotie- of gedrag herkende systemen zal hier deel van uitmaken.

De minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
K.H. Ollongren

De minister voor Economische Zaken en Klimaat,
S.A. Blok