



Brussel, 12 september 2022
(OR. en)

12302/22

LIMITE

JUR 579
TELECOM 364
COSI 217
JAI 1155
ENFOPOL 451

**Interinstitutioneel dossier:
2021/0106(COD)**

ADVIES VAN DE JURIDISCHE DIENST¹

van: de Juridische dienst

Betreft: Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie

- Geschiktheid van de rechtsgronden van de artikelen 114 en 16 VWEU in verband met de bepalingen die van toepassing zijn op rechtshandavings- en gerechtelijke instanties

I. INLEIDING

1. Bij deze voorgestelde verordening worden geharmoniseerde regels vastgesteld voor het in de handel brengen en het in gebruik stellen van artificiële-intelligentiesystemen (hierna "AI-systemen" genoemd) in de Unie (de "voorgestelde verordening")².

¹ Het in dit document vervatte juridisch advies is beschermd krachtens artikel 4, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie. De Raad van de Europese Unie heeft dit advies niet voor het publiek beschikbaar gesteld en behoudt zich voor al zijn rechten te doen gelden in geval van openbaarmaking waarvoor geen toestemming is verleend.

² Doc. 8115/21.

2. Tijdens de vergadering van de Groep telecommunicatie en informatiemaatschappij van 7 april 2022 heeft de Juridische Dienst van de Raad (hierna "JDR" genoemd) het woord genomen betreffende de vraag of een tweeledige rechtsgrond (de artikelen 16 en 114 VWEU) geschikt is voor de voorgestelde verordening betreffende AI-systemen. In zijn toelichting bevestigde de JDR dat de artikelen 16 en 114 VWEU de juiste rechtsgronden voor het voorstel zijn en dat een beroep op artikel 87, lid 2, VWEU in plaats van artikel 114 VWEU niet geschikt is. Op verzoek van de groep wordt de toelichting die de vertegenwoordiger van de JDR tijdens die vergadering heeft gegeven, in dit advies op schrift gesteld en nader uitgewerkt.
3. In artikel 3, lid 1, van de voorgestelde verordening wordt een definitie gegeven van AI-systemen. Over het algemeen zijn deze systemen bepaalde soorten software. De voorgestelde verordening is van toepassing op zowel aanbieders die AI-systemen in de handel brengen als op aanbieders die AI-systemen in gebruik stellen. Daarnaast is de voorgestelde verordening ook van toepassing op gebruikers. Een aanbieder kan een natuurlijke of rechtspersoon of een overheidsinstantie/overheidsorgaan zijn die/dat een AI-systeem ontwikkelt of beschikt over een AI-systeem dat is ontwikkeld met het oog op het in de handel brengen of in gebruik stellen ervan onder de eigen naam of merknaam. Een gebruiker kan een natuurlijke of rechtspersoon, overheidsinstantie, agentschap of ander orgaan zijn die/dat een AI-systeem onder eigen verantwoordelijkheid gebruikt.

4. Volgens de definities in artikel 3 kunnen rechtshandavings- en gerechtelijke instanties aanbieders en/of gebruikers van een AI-systeem zijn. AI-systemen waarvan het beoogde doel, zoals gedefinieerd door de aanbieder, rechtshandaving of rechtsbedeling is, worden in bijlage III aangemerkt als systemen met een hoog risico. Als zodanig zijn zij onderworpen aan essentiële eisen (risicobeheersing, tests, databeheer, technische documentatie, transparantie, menselijk toezicht, nauwkeurigheid, robuustheid en cyberbeveiliging) en aan verplichtingen (zoals systemen voor kwaliteitsbeheer, technische documentatie, conformiteitsbeoordeling, corrigerende maatregelen, mededelingsverplichting, verplichtingen van importeurs en distributeurs), alsook aan normen en conformiteitsbeoordeling. Deze geharmoniseerde regels zijn gebaseerd op die welke van toepassing zijn op de productveiligheid in Richtlijn 2006/42/EG (machines)³ en Verordening (EU) 2017/745 (medische hulpmiddelen)⁴.
5. AI-systemen waarbij biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time worden gebruikt in openbare ruimten met het oog op rechtshandaving behoren tot de categorie van verboden AI-systemen. Op dit verbod op het gebruik van AI-systemen zijn echter uitzonderingen van toepassing. Het gebruik van dergelijke systemen kan al dan niet door de lidstaten worden toegestaan. Indien de systemen worden toegestaan, worden zij onderworpen aan gedetailleerde beperkingen en waarborgen om het gebruik ervan tot het strikt noodzakelijke te beperken en om het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens te beschermen. Deze beperkingen en waarborgen zijn opgenomen in de voorgestelde verordening op basis van artikel 16 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en moeten worden aangevuld door de nationale wetgeving. Artikel 5, lid 1, punt d), en leden 2, 3 en 4, van de voorgestelde verordening vormen een *lex specialis* ten opzichte van Richtlijn (EU) 2016/680 (richtlijn wetshandaving), die is vastgesteld op basis van artikel 16, lid 2, VWEU.

³ Richtlijn 2006/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2006 betreffende machines en tot wijziging van Richtlijn 95/16/EG (PB L 157 van 9.6.2006, blz. 24).

⁴ Verordening (EU) 2017/745 van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2017 betreffende medische hulpmiddelen, tot wijziging van Richtlijn 2001/83/EG, Verordening (EG) nr. 178/2002 en Verordening (EG) nr. 1223/2009, en tot intrekking van Richtlijnen 90/385/EEG en 93/42/EEG van de Raad (PB L 117 van 5.5.2017, blz. 1).

Overeenkomstig artikel 5, lid 1, punt d), zijn de doelstellingen van deze systemen beperkt tot:

- i) het gericht zoeken naar specifieke potentiële slachtoffers van misdaad, waaronder vermiste kinderen;
- ii) het voorkomen van een specifieke, aanzienlijke en imminente dreiging voor het leven of de fysieke gezondheid van natuurlijke personen of van een terroristische aanslag;
- iii) de detectie, opsporing, identificatie of vervolging van een dader of verdachte van een strafbaar feit als bedoeld in artikel 2, lid 2, van het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel⁵, dat in de betrokken lidstaat strafbaar is met een vrijheidsstraf of een tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel voor een maximumperiode van ten minste drie jaar, zoals bepaald in het recht van die lidstaat.

Overeenkomstig artikel 5, lid 3, is voor het gebruik van dergelijke technologieën door rechtshandavingsinstanties voorafgaande toestemming van een gerechtelijke instantie of administratieve autoriteit vereist. In een naar behoren gerechtvaardigde situatie van urgentie mag het systeem echter zonder toestemming in gebruik worden genomen en mag de toestemming tijdens of na het gebruik worden aangevraagd.

Overeenkomstig artikel 5, lid 4, kan een lidstaat besluiten het gebruik van biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten toe te staan met het oog op rechtshandhaving en de noodzakelijke gedetailleerde regels vast te stellen voor het verzoek om en de afgifte en het gebruik van de voorafgaande toestemming en de daarmee verband houdende strafbare feiten.

6. De rechtsgronden van de voorgestelde verordening zijn artikel 16 VWEU (bescherming van persoonsgegevens) en artikel 114 VWEU (de werking van de interne markt). Daarom rijst de vraag of die rechtsgronden passend zijn voor de geharmoniseerde regels die van toepassing zijn op AI-systemen die worden geleverd of gebruikt door rechtshandavings en gerechtelijke instanties.

⁵ Kaderbesluit 2002/584/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (PB L 190 van 18.7.2002, blz. 1).

7. In dit advies wordt in de eerste plaats ingegaan op de geschiktheid van de rechtsgrond van artikel 114 VWEU, met name in de context van rechtshandhavingsinstanties die in verschillende bepalingen van de voorgestelde verordening worden genoemd, namelijk met betrekking tot biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten, en AI-systemen met een hoog risico als bedoeld in punt 6 van bijlage III. Daarom wordt ingegaan op de vraag of artikel 87, lid 2, VWEU (politiële samenwerking) een geschiktere rechtsgrond zou zijn om de voorziening en het gebruik van AI-systemen door rechtshandhavingsinstanties te dekken dan artikel 114 VWEU (tweede afdeling). Op overeenkomstige wijze kan de conclusie van deze nota worden toegepast op gerechtelijke instanties als bedoeld in bijlage III over AI-systemen met een hoog risico.
8. In deze nota wordt ook ingegaan op de geschiktheid van de aanvullende rechtsgrond van artikel 16 VWEU en de toepassing van de Protocollen nrs. 21 en 22 in het kader van het gebruik van biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten door rechtshandhavingsinstanties (derde afdeling).

II. GESCHIKTHEID VAN DE RECHTSGROND VAN ARTIKEL 114 VWEU

9. Volgens vaste rechtspraak mag de rechtsgrond van een handeling van de Unie niet louter afhangen van de opvatting van een instelling over het nagestreefde doel, maar moet hij berusten op objectieve, voor rechterlijke toetsing vatbare criteria, waaronder met name het doel en de inhoud van de handeling. Indien bij het bestuderen van een maatregel blijkt dat deze een tweeledig doel heeft of dat er sprake is van twee componenten, waarvan er een kan worden gezien als hoofddoel of voornaamste component, terwijl het andere doel of de andere component slechts van ondergeschikt belang is, moet de maatregel op één enkele rechtsgrond worden gebaseerd, namelijk die welke nodig is voor het hoofddoel of de voornaamste component. Alleen indien wordt vastgesteld dat de handeling verschillende doeleinden tegelijk heeft die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, zonder dat de ene secundair en indirect is ten opzichte van de andere, kan zij bij wijze van uitzondering op de overeenkomstige rechtsgronden worden gebaseerd, tenzij deze rechtsgronden procedures voorschrijven die onverenigbaar zijn. Ook is het van belang dat volgens de eerste zin van artikel 114, lid 1, VWEU de bepalingen van datzelfde artikel van toepassing zijn "[t]enzij in de Verdragen anders is bepaald". Het gebruik van artikel 114 VWEU is dus alleen gerechtvaardigd indien er geen meer specifieke bepaling voorhanden is die als rechtsgrond voor de maatregelen in kwestie kan worden gebruikt⁶. Indien er in het Verdrag een specifiekere bepaling bestaat die als rechtsgrond voor de betrokken handeling kan dienen, moet die handeling op die bepaling worden gebaseerd⁷.

⁶ Advies van de JDR van 17 mei 2016, doc. 9007/16, punt 6.

⁷ Arrest van 29 april 2004, *Commissie/Raad*, C-338/01, EU:C:2004:253, punt 60.

A. DOEL VAN DE VOORGESTELDE VERORDENING

10. Bij de voorgestelde verordening wordt het in de handel brengen, het in gebruik stellen en het gebruik van een bepaald type software (AI-systemen) geharmoniseerd. Het feit dat overheidsinstanties en particuliere exploitanten aanbieders of gebruikers van dergelijke AI-systemen kunnen zijn, is op zich niet onverenigbaar met de rechtsgrond van artikel 114 VWEU⁸.
11. Bovendien volstaat het feit dat rechtshandavingsinstanties of entiteiten die namens hen optreden tot de aanbieders of gebruikers van dergelijke AI-systemen kunnen behoren, niet om een beroep op de rechtsgrond van artikel 87 VWEU te rechtvaardigen. Het doel en de inhoud van de voorgestelde verordening moeten worden geanalyseerd om na te gaan of dit noodzakelijk is.
12. De voorgestelde verordening heeft in het algemeen tot doel, onder meer met betrekking tot biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten en AI-systemen met een hoog risico, in de hele Unie een consistent en hoog beschermingsniveau te waarborgen en tegelijkertijd te voorkomen dat verschillen het vrije verkeer van AI-systemen en aanverwante producten en diensten op de interne markt belemmeren. Bij deze verordening worden uniforme verplichtingen voor exploitanten vastgesteld en wordt op de hele interne markt een eenvormige eerbiediging van dwingende redenen van algemeen belang en van de rechten van personen gewaarborgd (overweging 2). Meer bepaald worden bij de voorgestelde verordening regels vastgesteld voor het in de handel brengen en het in gebruik stellen van bepaalde AI-systemen, zodat de goede werking van de interne markt wordt gewaarborgd en deze systemen kunnen genieten van het beginsel van vrij verkeer van goederen en diensten (overweging 5). In het algemeen wordt er met het voorstel beoogd betrouwbare AI door ontwerp in te voeren die over de hele linie toepasbaar is, met een volledige reeks regels voor het ontwikkelen, op de markt brengen en gebruiken van op AI gebaseerde producten, diensten en systemen. Aangezien er al door een groot aantal diensten en in een groot aantal producten gebruik wordt gemaakt van AI en dat ook in de toekomst zo zal blijven, wordt er in het voorstel een internemarktlogica gevolgd door een "product-veiligheidskader" vast te stellen dat is opgebouwd rond een reeks van vier risicocategorieën. Dit kader bevat eisen voor de toegang tot de markt en de certificering van AI-systemen met een hoog risico door middel van een verplichte procedure voor CE-markering.

⁸ Zie het juridisch advies van de JDR (doc. ST 11395/14, punten 39 tot en met 41) en precedenten zoals de Richtlijnen (EU) 2016/2102, 2014/24/EU, 2014/25/EU en 2014/23/EU.

13. Geen van de genoemde doelen van de voorgestelde verordening heeft betrekking op het waarborgen van openbareveiligheidsdoelstellingen. Zelfs indien openbareveiligheidsdoelstellingen op indirecte wijze moeten worden verwezenlijkt door middel van het harmonisatieproces van het in de handel brengen/in gebruik stellen/gebruiken van AI-systemen door rechtshandhavingsinstanties, heeft het Hof⁹, bij de uitlegging van artikel 87, lid 2, VWEU in het licht van artikel 67 VWEU, verklaard dat een handeling van de Unie, gelet op het doel en de inhoud ervan, die op het eerstgenoemde artikel wordt gebaseerd, rechtstreeks moet aansluiten bij de doelstellingen van artikel 67 VWEU (in casu criminaliteitspreventie en politieke samenwerking). Dit is uitgesloten in het kader van de voorgestelde verordening, aangezien de enige geharmoniseerde regels voor het gebruik van dergelijke systemen door rechtshandhavingsinstanties ofwel 1) productveiligheidsregels zijn die op uniforme wijze op alle aanbieders en gebruikers van toepassing zijn met betrekking tot het in de handel brengen/in gebruik stellen of gebruiken van AI-systemen, ofwel 2) regels inzake de bescherming van persoonsgegevens waaraan de rechtsgrond van artikel 16 VWEU is toegevoegd (zie deel III hieronder).
14. In een andere zaak¹⁰ heeft het Hof, hoewel de wijziging van de vuurwapenrichtlijn tot doel had een hoger niveau van openbare veiligheid te waarborgen met betrekking tot de terroristische dreiging en andere vormen van criminaliteit, geoordeeld dat de harmonisatie van aspecten van de veiligheid van goederen een van de essentiële elementen is om de goede werking van de interne markt te garanderen, aangezien uiteenlopende wetgevingen op dit gebied belemmeringen voor het handelsverkeer kunnen creëren¹¹.

⁹ Arrest van 6 mei 2014, *Europese Commissie/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*, C- 43/12, EU:C:2014:298.

¹⁰ Arrest van 3 december 2019, *Tsjechische Republiek/Europees Parlement*, C-482/17, EU:C:2019:1035.

¹¹ *Ibid.*, punt 57: "Anders dan de Republiek Polen stelt, is de bijzonderheid van vuurwapens gelegen in het gevaar dat er zowel voor hun gebruikers als voor het grote publiek van uitgaat, zoals het Hof reeds heeft vastgesteld in punt 54 van het arrest van 23 januari 2018, *Buhagiar e.a.*, C- 267/16, EU:C:2018:26, zodat overwegingen van openbare veiligheid, zoals de vijfde overweging van richtlijn 91/477 in herinnering brengt, niet weg te denken zijn bij een regeling over de verwerving en het voorhanden hebben van die goederen." Zie ook het arrest van 23 januari 2018, *Albert Buhagiar e.a./minister for Justice*, C-267/16, EU:C:2018:26, punt 54: "In dit verband zij erop gewezen dat het vrije verkeer van vuurwapens, gelet op het gevaar dat zij vormen voor de veiligheid van personen, alleen kon worden bewerkstelligd door de voorwaarden voor de overbrenging van vuurwapens tussen de lidstaten strikt te regelen. Een van die voorwaarden is het beginsel van voorafgaande vergunningen door de lidstaten die bij de overbrenging van dergelijke goederen betrokken zijn."

15. De doelstellingen van de voorgestelde verordening, met inbegrip van artikel 5, lid 1, punt d), en leden 2, 3 en 4, betreffende het gebruik van biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten met het oog op rechtshandhaving, en de bepalingen met betrekking tot AI-systemen met een hoog risico als bedoeld in punt 6 van bijlage III, houden niet rechtstreeks verband met de openbareveiligheidsdoelstelling. Integendeel, het voorstel komt tegemoet aan de belangrijkste zorgpunten in verband met de manier waarop AI-systemen van invloed zijn op de gezondheid, de veiligheid en de grondrechten. Daarom houden de desbetreffende bepalingen rechtstreeks verband met de doelstelling om een gelijk speelveld te waarborgen bij het in de handel brengen/in gebruik stellen of gebruiken van AI-systemen op de interne markt, waarbij ook de gezondheid, de veiligheid en de grondrechten van gebruikers worden beschermd.
16. In het licht van het bovenstaande is de hoofddoelstelling van de voorgestelde verordening de verbetering van de werking van de interne markt in de zin van artikel 114 VWEU en sluiten de in artikel 67 VWEU genoemde doelstellingen slechts indirect en incidenteel aan bij die hoofddoelstelling.

B. INHOUD VAN DE VOORGESTELDE VERORDENING

17. De voorgestelde verordening bevat in wezen regels over wat nodig is om een specifiek product (AI-software) in de handel te brengen (of in gebruik te stellen) om ervoor te zorgen dat het product veilig is en in overeenstemming is met de grondrechten. Ze bevat een volledige reeks regels voor de ontwikkeling, het in de handel brengen en het gebruik van op AI gebaseerde producten, diensten en systemen. De voorgestelde verordening verplicht rechtshandavingsinstanties er niet toe een AI-systeem te gebruiken dat rechtmatig in de handel wordt gebracht, en regelt evenmin rechtstreeks hoe rechtshandavingsinstanties een dergelijk AI-systeem moeten gebruiken. In plaats daarvan worden situaties waarin het beoogde gebruik als risicovol wordt beschouwd louter omdat een AI-systeem door rechtshandavings- of gerechtelijke instanties zal worden gebruikt, duidelijk afgebakend.

18. Overigens bevat artikel 29 van de voorgestelde verordening regels inzake de voorwaarden voor het gebruik van AI-systemen met een hoog risico, maar die bepaling is niet sector-specifiek, heeft een beperkt toepassingsgebied (voornamelijk wat betreft de gebruiksaanwijzing van het product) en is intrinsiek verbonden met de verplichtingen die krachtens de voorgestelde verordening aan ontwikkelaars van AI-systemen worden opgelegd. De voorgestelde verordening biedt de lidstaten ook enige speelruimte om te voorzien in aanvullende regels voor het gebruik van dergelijke AI-systemen met een hoog risico. Met betrekking tot biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten met het oog op rechtshandhaving (artikel 5), wordt in de voorgestelde verordening gedeeltelijk het gebruik van dergelijke systemen geregeld vanuit het oogpunt van gegevensbescherming op basis van artikel 16 VWEU (zie deel III hieronder).
19. Voorts kunnen alleen lidstaten besluiten te voorzien in de mogelijkheid om het gebruik van dergelijke systemen voor biometrische identificatie op afstand in real time geheel of gedeeltelijk toe te staan. De specifieke voorwaarden voor een dergelijk gebruik moeten nog in het nationale recht worden vastgelegd, maar moeten voldoen aan de algemene criteria en waarborgen van de verordening: voorafgaande gerechtelijke of administratieve toestemming, het verzoek om en de afgifte en het gebruik van de voorafgaande toestemming, alsmede de vermelding van de strafbare feiten waarvoor dergelijke systemen mogen worden gebruikt.

20. AI-systemen zijn een specifiek type software. De geharmoniseerde regels die van toepassing zijn op het in de handel brengen of in gebruik stellen/gebruiken van AI-systemen zijn dus vergelijkbaar met de geharmoniseerde regels voor productveiligheid. Zij zijn op uniforme wijze van toepassing zonder onderscheid tussen publieke en particuliere gebruikers. Overeenkomstig de desbetreffende overwegingen van de voorgestelde verordening moet derhalve een consistent en hoog beschermingsniveau in de hele Unie worden gewaarborgd. Tegelijkertijd moeten verschillen die het vrije verkeer van AI-systemen en aanverwante producten en diensten op de interne markt belemmeren, worden voorkomen. Dit zou worden bereikt door uniforme verplichtingen voor exploitanten vast te stellen en op de hele interne markt een eenvormige eerbiediging van dwingende redenen van algemeen belang en van de rechten van personen te waarborgen op basis van artikel 114 VWEU¹².
21. De voorgestelde verordening bevat verschillende verwijzingen naar rechtshandhaving, beheer van grenscontroles en rechtsbedeling in bijlage III betreffende AI-systemen met een hoog risico (respectievelijk de punten 6, 7 en 8). Deze omvatten een gedetailleerde en volledige opsomming van systemen overeenkomstig artikel 6, lid 2, naast de in artikel 6, lid 1, bedoelde andere systemen met een hoog risico met betrekking tot productveiligheidsrisico's. Overeenkomstig artikel 6, lid 1, moeten sommige AI-systemen immers per definitie als zeer risicovol worden beschouwd vanwege hun verwachte ernst en hoge risico's voor de grondrechten, de gezondheid en de veiligheid. Andere, in bijlage III genoemde systemen met een hoog risico zijn systemen op onder meer de volgende gebieden: onderwijs, beheer van kritieke infrastructuur, werkgelegenheid, biometrische identificatie en categorisering, alsmede toegang tot essentiële openbare en particuliere diensten.

¹² Om de ontwikkeling, het gebruik en de introductie van artificiële intelligentie op de interne markt te bevorderen is daarom een rechtskader van de Unie nodig met geharmoniseerde regels inzake artificiële intelligentie, dat tegelijkertijd de openbare belangen in hoge mate beschermt, bijvoorbeeld op het gebied van gezondheid en veiligheid en de bescherming van de grondrechten, zoals die worden erkend en beschermd door de Uniewetgeving. Om dat doel te bereiken, moeten regels worden vastgesteld voor het in de handel brengen en het in gebruik stellen van bepaalde AI-systemen, zodat de goede werking van de interne markt wordt gewaarborgd en deze systemen kunnen genieten van het beginsel van vrij verkeer van goederen en diensten (zie overwegingen 2 en 5 van het voorstel).

22. De regels inzake AI-systemen met een hoog risico bepalen echter niet of rechtshandhavings- en rechterlijke instanties (of instanties op de andere genoemde gebieden) al dan niet van die systemen moeten gebruikmaken. De voorgestelde verordening zal slechts indirect gevolgen hebben voor de eigenlijke ontwikkeling van AI-systemen die door rechtshandhavingsinstanties kunnen worden gebruikt, en voor AI-systemen die momenteel en in de toekomst worden gebruikt. De regels hebben dus betrekking op AI-systemen die "*bedoeld zijn om te worden gebruikt*" door dergelijke instanties (zie bv. artikel 3, punt 12, artikel 8, lid 2, en bijlage III). De aanmerking van een bepaald AI-systeem als AI-systeem met een hoog risico heeft tot gevolg dat een specifieke reeks regels inzake risicobeheersing, databeheer en technische specificaties van toepassing wordt. De gebruikers van dergelijke AI-systemen met een hoog risico moeten de gebruiksaanwijzing naleven, de logs bewaren en gegevensbeschermingseffectbeoordelingen uitvoeren.
23. Voorts kunnen andere gebruikersverplichtingen dan die in de gebruiksaanwijzing worden vastgelegd in Unierecht of nationaal recht, onverminderd de beoordelingsvrijheid van gebruikers bij het organiseren van hun eigen middelen en activiteiten voor de uitvoering van de maatregelen inzake menselijk toezicht zoals aangegeven door de aanbieder (artikel 29, lid 2, van de voorgestelde verordening). Die regels voorzien in verdere waarborgen voor de grondrechten bij het gebruik van AI-systemen met een hoog risico.

24. In het licht van het bovenstaande moet worden benadrukt dat de voorgestelde verordening geen regels bevat die rechtshandavingsinstanties toestaan of beletten een in de handel gebracht AI-systeem met een hoog risico te gebruiken. De voorgestelde regels hebben tot gevolg dat een AI-systeem dat door rechtshandavingsinstanties wordt ontwikkeld of gebruikt, op basis van het beoogde gebruik ervan specifiek moet worden aangemerkt als "hoog risico". Dit gebruik zou worden geregeld door het nationale recht en, in zekere mate, bepaald door de rechtshandavingsinstanties zelf. In artikel 29 van de voorgestelde verordening worden immers slechts minimumgebruiksvoorwaarden (beperkt tot gebruiksaanwijzingen), vastgesteld voor AI-systemen met een hoog risico, waaronder de in de punten 6, 7 en 8 van bijlage III genoemde systemen, die met nationale wetgeving moeten worden aangevuld. Daarom moet, in overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof, een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het beoogde doel van de voorgestelde verordening, dat er niet in bestaat het gebruik van AI-systemen door rechtshandavingsinstanties te regelen, en anderzijds de mogelijke indirecte uitwerking ervan¹³, die niet relevant is voor de analyse van de geschiktheid van de rechtsgrond.
25. De in de punten 6, 7 en 8 bedoelde systemen (respectievelijk betreffende rechtshandhaving, migratie en rechtsbedeling) zijn niet de meest voorkomende AI-systemen met een hoog risico. Volgens de voorgestelde verordening is een AI-systeem met een hoog risico immers niet noodzakelijk een in bijlage III opgenomen AI-systeem. De meeste AI-systemen met een hoog risico vallen in feite onder de in artikel 6, lid 1, punten a) en b), van de voorgestelde verordening (in verband met productveiligheid) in het algemeen opgesomde producten. Andere AI-systemen met een hoog risico zijn opgenomen in bijlage III en betreffen biometrische identificatie (punt 1), kritieke infrastructuur (punt 2), onderwijs en beroepsopleiding (punt 3) en werkgelegenheid, personeelsbeheer en toegang tot zelfstandige arbeid (punt 4). Zij houden geen verband met justitie en binnenlandse zaken (JBZ). Alle gebruikers van die AI-systemen met een hoog risico moeten aan dezelfde regels voldoen, die niet op basis van hun specifieke status (bv. marktdeelnemer of overheidsinstantie), maar vanuit het oogpunt van de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de grondrechten zijn vastgesteld.

¹³ Zie arrest van het Hof van 21 juni 2018, *Republiek Polen tegen Europees Parlement en Raad van de Europese Unie*, C-5/16, EU:C:2018:483, punten 63-68, en arrest van het Hof van 22 juni 2022, *Leistritz AG tegen LH*, C-534/20, EU:C:2022:495, punt 28.

26. De voorgestelde verordening bevat dus geharmoniseerde regels voor het in de handel brengen, het in gebruik stellen en het gebruik van AI-systemen, ongeacht of zij worden gebruikt door particuliere exploitanten of overheidsinstanties, waaronder, ondergeschikt¹⁴, rechtshandavings- en rechterlijke instanties.
27. Afgezien van het gebruik van biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten met het oog op rechtshandhaving, waarvoor specifieke regels golden betreffende de verwerking van persoonsgegevens (zie deel III hieronder), bevat de voorgestelde verordening geen geharmoniseerde regels betreffende het gebruik van AI-systemen met een hoog risico. Zoals uiteengezet in de punten 18 en 19 hierboven, heeft de verwijzing naar het gebruik van AI-systemen met een hoog risico in wezen betrekking op de gebruiksaanwijzingen van de systemen (artikel 29) en houdt zij verband met de verplichtingen voor de ontwikkelaars. Zoals vermeld in punt 22, zijn het de nationale autoriteiten die, op grond van het nationaal recht, beslissen of rechtshandavings- of rechterlijke instanties al dan niet mogen gebruikmaken van een AI-systeem met een hoog risico dat krachtens de voorgestelde verordening rechtmatig in de handel is gebracht.
28. Artikel 87, lid 2, VWEU, en met name punt a), is derhalve geen geschikte rechtsgrond voor de voorgestelde verordening. De regels in het voorstel bevorderen noch belemmeren de verzameling, opslag, verwerking, analyse en uitwisseling van relevante informatie. Wanneer rechtshandavingsinstanties dergelijke handelingen verrichten, zullen zij gewoon een aantal niet-specifieke, geharmoniseerde voorwaarden moeten naleven om de rechten van de gebruikers te waarborgen. De genoemde doelstellingen van de voorgestelde verordening omvatten evenmin de ontwikkeling van gemeenschappelijke opsporingstechnieken. De voorgestelde eisen voor het gebruik van AI-systemen met een hoog risico zijn niet specifiek voor JBZ en hebben geen betrekking op politieke samenwerking stricto sensu, zoals gedefinieerd in het VWEU.

¹⁴ Zie het advies van het Hof van 6 oktober 2021, *Verdrag van Istanbul*, A-1/19, EU:C:2021:198, met name de punten 298 en 301.

29. Met betrekking tot de bepalingen van artikel 5, lid 4, van de voorgestelde verordening kan een lidstaat nog steeds besluiten toestemming te verlenen voor het gebruik van biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten met het oog op rechtshandhaving. De lidstaat die daartoe besluit, is verplicht de noodzakelijke gedetailleerde regels vast te stellen voor het verzoek om en de afgifte en het gebruik van de voorafgaande toestemming, alsmede de relevante strafbare feiten die mogen worden onderzocht of vervolgd¹⁵. Op basis van de resultaten van de besprekingen in de Raad kan worden geconcludeerd dat deze voorgestelde regels er niet toe zouden leiden dat aan de respectieve nationale autoriteiten nieuwe bevoegdheden worden toegekend. Het is veeleer de bedoeling het gebruik van bestaande of mogelijke toekomstige mechanismen te omschrijven om de bescherming van het recht op privacy en van persoonsgegevens te waarborgen.
30. In het licht van het bovenstaande is artikel 114 VWEU de enige geschikte rechtsgrond voor geharmoniseerde regels inzake AI-systemen met een hoog risico, waaronder die welke door rechtshandavings- en rechterlijke instanties worden gebruikt, en zijn JBZ-rechtsgronden in deel 3, titel V, VWEU, zoals artikel 87 VWEU, noch gerechtvaardigd noch geschikt voor wat die geharmoniseerde regels betreft.

¹⁵ Er zij op gewezen dat artikel 5, lid 4, van het voorstel bepaalde kenmerken bevat die vergelijkbaar zijn met artikel 15, lid 1, van Richtlijn 2002/58 betreffende privacy en elektronische communicatie. De lidstaten krijgen met name de mogelijkheid om af te wijken van bepaalde verbodsbepalingen in het Unierecht. In het licht van de vaste rechtspraak vallen nationale bepalingen betreffende afwijking van verbodsbepalingen noodzakelijkerwijs binnen de werkingssfeer van het Unierecht, waardoor ook het Handvest op die bepalingen van toepassing wordt.

III. GESCHIKTHEID VAN ARTIKEL 16 VWEU ALS AANVULLENDE RECHTSGROND

31. In de voorgestelde verordening wordt artikel 16 VWEU als rechtsgrond aangehaald voor wat de verwerking van persoonsgegevens op het gebied van rechtshandhaving betreft. In de overwegingen 25 en 26 wordt verwezen naar artikel 6 bis van Protocol nr. 21 en artikel 2 bis van Protocol nr. 22 betreffende de verwerking van persoonsgegevens op het gebied van misdaadpreventie. Volgens de Commissie kan artikel 16 VWEU alleen als rechtsgrond dienen voor de bepalingen betreffende beperkingen op de verwerking van biometrische persoonsgegevens en ter aanvulling op Richtlijn 2016/680 ("richtlijn wetshandhaving"). Artikel 5, lid 1, punt d), is geformuleerd als een principieel verbod, waarop een reeks van drie uitzonderingen van toepassing is. Concreet is het gebruik van biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten met het oog op rechtshandhaving verboden, tenzij dit strikt noodzakelijk is voor a) het gericht zoeken naar potentiële slachtoffers van misdaad, b) het voorkomen van een imminente terroristische aanslag of aanval op de fysieke integriteit/het leven van een persoon, c) het opsporen, identificeren of vervolgen van een dader of verdachte van een ernstig misdrijf (onder verwijzing naar het Europees aanhoudingsbevel). Artikel 5, leden 2, 3 en 4, bevat verdere vereisten voor dit specifieke gebruik van AI-systemen door rechtshandavingsinstanties, met name een beoordeling van de noodzaak en evenredigheid, een voorafgaande toestemming (behalve in noodsituaties) en een besluit van de lidstaten om het specifieke gebruik van AI-instrumenten in dergelijke situaties al dan niet op nationaal niveau toe te staan.
32. Artikel 5 is een gedetailleerde bepaling die een specifiek gebruik van AI-instrumenten reguleert en die niet alleen bedoeld is om het bestaande wetgevingskader van de Unie aan te vullen (de richtlijn wetshandhaving, die zelf op artikel 16 VWEU is gebaseerd), maar ook een nationaal uitvoeringskader vereist.

33. In wezen kan de specifieke regel van artikel 5, ondanks de formulering ervan als een verbod, worden beschouwd als een strikt en uitzonderlijk kader voor de algemene realltime-monitoring door AI-instrumenten van personen in openbare ruimten met het oog op hun identificatie. Het verbod gaat ook verder dan het eenvoudige gebruik van camera's voor registratie en verwijst naar het gebruik van AI-instrumenten voor automatische herkenning van menselijke kenmerken in openbaar toegankelijke ruimten (kenmerken zoals gezichten, maar ook iemands pas, vingerafdrukken, DNA, spraak, toetsaanslag en andere biometrische of gedragssignalen). Het houdt ook een gelijktijdige registratie en identificatie van personen in door analytische vergelijking/controle van gegevens. Bovendien moet bij de beoordeling van de regel ook rekening worden gehouden met het feit dat realtime-identificatie door particuliere gebruikers in openbare ruimten kan worden toegestaan (in het geval van evenementen zoals voetbalwedstrijden).
34. Verdere verduidelijkingen van de Commissie lijken erop te wijzen dat momenteel geen of mogelijk zeer weinig lidstaten deze specifieke kwestie hebben gereguleerd om rechtshandavingsinstanties toe te staan AI-instrumenten te gebruiken om personen in openbare ruimten in real time op te sporen. Praktisch gesproken lijkt het echter duidelijk dat, hoewel er geen harde bewijzen zijn geleverd voor een noodzakelijke wijziging van de bestaande praktijken en instrumenten, er bij toekomstige onderzoekstechnieken, forensische methoden en regels betreffende het verzamelen van bewijsmateriaal rekening zal moeten worden gehouden met deze aanpak inzake verbodsbepalingen en uitzonderingen.
35. Wat de rechtsgrond betreft, blijkt dat de bepalingen die (ten opzichte van de richtlijn wetshandhaving) een aanvullende beperking leggen op de verwerking van biometrische persoonsgegevens, gericht zijn op de bescherming van persoonsgegevens door te voorzien in passende waarborgen. Die doelstelling is onlosmakelijk verbonden met de doelstelling van de bepalingen die binnen de werkingssfeer van artikel 114 VWEU vallen, zonder dat de ene secundair of indirect is ten opzichte van de andere. De voorgestelde verordening is erop gericht een algemeen kader voor AI-systemen vast te stellen op basis van een risico-gebaseerde aanpak. In dit verband kan een horizontale regeling voor AI-systemen strikte waarborgen omvatten die van toepassing zijn op dit specifieke AI-systeem voor realtime-detectie. Een dergelijk specifiek AI-systeem met passende waarborgen voor de bescherming van persoonsgegevens is derhalve onlosmakelijk verbonden met de algemene doelstelling om de werking van de interne markt te verbeteren en is niet secundair of indirect ten opzichte van laatstgenoemde. De voorgestelde verordening moet dus overeenkomstig de relevante jurisprudentie (zie punt 9 hierboven) op een dubbele grondslag worden gebaseerd.

36. De vraag blijft echter welke rechtsgrond moet worden gebruikt voor de regeling van de verwerking van persoonsgegevens voor het gebruik van de in artikel 5, lid 1, punt c), tot en met lid 4, van de voorgestelde verordening bedoelde systemen. Artikel 87, lid 2, punt a), VWEU vormt immers een rechtsgrond voor maatregelen van wetshandhavingsdiensten die belast zijn met het voorkomen, opsporen en onderzoeken van strafbare feiten, voor de verzameling, opslag, verwerking, analyse en uitwisseling van relevante informatie.
37. Zoals de advocaat-generaal in advies PNR Canada (A1/15) heeft uiteengezet, kunnen tussen artikel 16 VWEU enerzijds en artikel 87, lid 2, punt a), VWEU en artikel 82, lid 1, punt d), VWEU anderzijds geen hiërarchische verhoudingen "lex generalis-lex specialis" bestaan¹⁶. Artikel 16, lid 2, VWEU is de enige bepaling die van toepassing is op voorschriften betreffende de bescherming van natuurlijke personen ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens door de wetshandhavingsinstanties van de lidstaten in het kader van misdaadpreventie. Het loutere feit dat artikel 5 verwijst naar de lijst van ernstige misdrijven in het kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel wijzigt niets aan deze beoordeling: de verwijzing impliceert niet dat het kaderbesluit als zodanig van toepassing is¹⁷. Het is slechts een wetgevingstechniek om ernstige misdrijven op te sommen zonder dat een afzonderlijke bijlage hoeft te worden opgesteld.
38. Dit neemt niet weg dat de regel van artikel 5 is vastgesteld, niet als een manier om de toepassingsvoorwaarden van die JBZ-maatregelen verder af te bakenen, maar om ervoor te zorgen dat in de toekomst elk gebruik van biometrische identificatie in real time door AI-systemen op passende wijze tegemoetkomt aan grondrechtenaspecten, en in de eerste plaats aan de noodzaak om ervoor te zorgen dat biometrische gegevens worden verzameld en verwerkt met inachtneming van het recht op privacy en de bescherming van persoonsgegevens.

In dit verband is de verordening niet gericht op de vaststelling van een nieuwe, bindende, JBZ-specifieke procedure, maar bouwt zij eerder voort op beproefde procedurele middelen om de eerbiediging van de grondrechten te waarborgen.

¹⁶ Zie advies van advocaat-generaal P. Mengozzi van 8 september 2016, Ontwerpovereenkomst tussen Canada en de Europese Unie, Advies 1/15, EU:C:2016:656, punten 112-120.

¹⁷ Over de uitvoering van deze lijst van ernstige misdrijven door de lidstaten, zie het arrest van het Hof van 21 juni 2022, Ligue des droits humains tegen Ministerraad, C-817/19, EU:C:2022:65, punten 150-152.

39. Indien artikel 16 VWEU een passende aanvullende rechtsgrond is, moet ook de toepassing van respectievelijk de artikelen 6 bis en 2 bis van de Protocollen nrs. 21 en 22 worden onderzocht. Zoals uiteengezet in de overwegingen 25 en 26 van het voorstel, betekent dit dat wanneer rechtshandavingsinstanties in Ierland of Denemarken in het kader van misdaadpreventie biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten gebruiken, en Ierland of Denemarken niet gebonden zijn door de overeenkomstige regels inzake politie samenwerking of justitie samenwerking in strafzaken, deze twee lidstaten niet gebonden zijn door artikel 5, lid 1, punt d), en leden 2 en 3, van de voorgestelde verordening. Dit betekent niet dat artikel 5, lid 1, punt d), en leden 2 en 3, regels bevat inzake politie samenwerking, zoals regels inzake informatie-uitwisseling tussen rechtshandavingsinstanties. Dit betekent eenvoudigweg dat artikel 5, lid 1, punt d), en leden 2 en 3, van de voorgestelde verordening, net als de richtlijn wetshandhaving, die een op grond van artikel 16 VWEU vastgestelde *lex generalis* is, de verwerking van biometrische persoonsgegevens reguleert in de specifieke context van biometrische systemen voor de identificatie op afstand in real time in openbare ruimten in het kader van misdaadpreventie, en niets meer. Het voorstel van de Commissie volgt in dit verband de aanpak die de wetgever van de Unie voor de richtlijn wetshandhaving heeft gevolgd, en bevestigt als zodanig dat in dit verband artikel 87, lid 2, VWEU niet kan worden ingeroepen.
40. De toevoeging van artikel 16 VWEU aan artikel 114 VWEU wordt in dit geval gerechtvaardigd door het feit dat artikel 5, lid 1, punt d), en leden 2 en 3, de enige gevallen zijn waarin het gebruik wordt geregeld van een AI-systeem waarvoor toestemming is verleend en dat ingaat tegen het recht op bescherming van persoonsgegevens, hetgeen een *lex specialis* is ten aanzien van het algemene gegevensbeschermingskader. Dergelijke *lex specialis*-regels inzake gegevensbescherming die van invloed zijn op het gebruik van die gevoelige AI-systemen kunnen niet worden beschouwd als secundair of indirect ten opzichte van de rechtsgrond van de interne markt. Daarom is de toevoeging van artikel 16 VWEU als rechtsgrond voldoende gerechtvaardigd in de voorgestelde verordening en is een beroep op artikel 87, lid 2, punt a), VWEU niet geschikt.

IV. CONCLUSIE

41. In het licht van het bovenstaande concludeert de Juridische Dienst het volgende:

- a) een beroep op de artikelen 16 en 114 VWEU als rechtsgrond voor de voorgestelde verordening is gerechtvaardigd en geschikt;
 - b) een beroep op artikel 87, lid 2, VWEU of enige andere JBZ-rechtsgrond is niet gerechtvaardigd noch geschikt met betrekking tot de geharmoniseerde regels die van toepassing zijn op AI-systemen die door rechtshandavings- of rechterlijke instanties kunnen worden verstrekt of gebruikt.
-