



College voor
de Rechten
van de Mens

Toetsingskader risicoprofilering

Integrale versie - 2025

Normen tegen discriminatie op
grond van ras en nationaliteit

Toetsingskader risicoprofilering

Integrale versie - 2025

**Normen tegen discriminatie op
grond van ras en nationaliteit**

College voor de Rechten van de Mens
Januari 2025

Inhoud

Lijst van gebruikte afkortingen	4
Gebruikte definities	5
Voorwoord	6
1 Inleiding	7
1.1 Waarom dit toetsingskader?	8
1.2 Voor wie is dit toetsingskader bedoeld?	9
1.3 Het fundamentele recht op non-discriminatie als basis	9
1.4 Verhouding tot het Toetsingskader 2021	10
1.5 Leeswijzer	10
2 Risicoprofilering	11
2.1 Wat is risicoprofilering?	12
2.2 Waarom gebruiken handhavende instanties risicoprofilering?	12
2.3 Discussie over effectiviteit van risicoprofilering	14
2.4 Risicoprofilering is gerichte controle zonder verdenking	14
2.5 Niveaus en verschijningsvormen van risicoprofilering in de praktijk	14
2.6 Hoe komen profileringscriteria tot stand?	15
2.7 Hoe verhoudt risicoprofilering zich tot daderopsporing?	16
3 Het discriminatieverbod – juridische toetsing van risicoprofilering	17
3.1 Legitimiteit van risicoprofilering als handhavingsmethode	18
3.2 De discriminatietoets in deeltappen	19
4 De verplichting om discriminatie door risicoprofielen te voorkomen	31
4.1 Inleiding	32
4.2 De plicht om indirect onderscheid te voorkomen	33
4.3 Verplichting om externe signalen te verzamelen en klachten zorgvuldig te behandelen	36
4.4 Voorzorgsverplichtingen bij algoritmische risicoprofilering	36
4.5 Zorgplichten bij menselijke, niet-geautomatiseerde selectiebeslissingen	38
4.6 Transparantie en onafhankelijk toezicht	39
4.7 Samenvatting voorzorgsplichten	39
Bijlage: Relevante verdragen en wetgeving	40

Lijst van gebruikte afkortingen

Afkorting	Betekenis
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
AWGB	Algemene Wet Gelijke Behandeling
CGB	Commissie Gelijke Behandeling (tot 2013)
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
College	College voor de Rechten van de Mens
CRvB	Centrale Raad van Beroep
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
EVRM Protocol 12	Protocol nr. 12 bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
HR	Hoge Raad
HvJ-EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVUR	International verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie

Gebruikte definities

Begrip	Definitie/toelichting
Directe discriminatie	Een behandeling van een persoon of groep personen op andere wijze dan een ander in een vergelijkbare situatie op grond van een beschermd persoonskenmerk (discriminatiegrond) zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.
Discriminatiegrond	Juridisch beschermde persoonskenmerken waarop (behoudens objectieve rechtvaardiging) geen onderscheid gemaakt mag worden gemaakt. Voorbeelden van discriminatiegronden zijn 'ras', nationaliteit, religie, geslacht, seksuele gerichtheid, handicap of chronische ziekte.
Etniciteit	Een sociale categorie die verwijst naar het (verondersteld) behoren tot een Sociale of maatschappelijke groep, die gekenmerkt wordt door een gemeenschappelijke nationaliteit, afstamming, religie, taal of culturele en traditionele afkomst en/of achtergrond. Etniciteit valt juridisch onder de discriminatiegrond 'ras'.
Indirecte discriminatie	Een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze die personen met een bepaald beschermd persoonskenmerk (discriminatiegrond) in vergelijking met andere personen in het bijzonder benadeelt, zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.
Nationale afstamming of herkomst	Verbondenheid met een nationale staat, bijvoorbeeld omdat de persoon in kwestie of diens ouders daar is geboren of opgegroeid zijn. Nationale afstamming (of 'herkomst') valt onder de discriminatiegrond 'ras' en is iets anders dan het juridische begrip 'nationaliteit'.
Nationaliteit	Juridische status van een persoon als staatsburger van een staat. Beschrijft derhalve de juridische band tussen een individu en een staat, waar over en weer rechten en plichten aan ontleend kunnen worden.
Ras	Juridische verzamelterm voor persoonskenmerken als huidskleur, etniciteit en nationale of etnische herkomst. 'Ras' is een discriminatiegrond.
Profilering	Het categoriseren en/of selecteren van personen, op basis van persoonlijke, situationele, gedragsmatige of dossierkenmerken, voor opsporings- of controlebevoegdheden.
Risicoprofilering	Profilering (zie definitie) die plaatsvindt aan de hand van algemene, verondersteld voorspellende (risico)criteria, die geacht worden te correleren met de kans op overtreding van een bepaalde norm, bij afwezigheid van concrete of specifieke informatie over feitelijke normovertredingen of daders.

Voorwoord

Verschillende instanties, van de politie tot belastingdienst en gemeenten, gebruiken risicoprofilering als middel voor de handhaving van regels. Het College constateert dat dit gebruik van risicoprofilering in de afgelopen jaren herhaaldelijk tot institutionele vormen van discriminatie op grond van ras heeft geleid, met ingrijpende gevolgen voor zowel de direct getroffen als de samenleving als geheel. Dergelijke praktijken ondermijnen het vertrouwen in de overheid en werken ongelijkheid in de samenleving in de hand.

Het College doet daarom een dringende oproep aan zowel overheidsinstanties als private organisaties om uiterst terughoudend te zijn bij het gebruik van risicoprofilering. Het gevaar op discriminatie is evident en de jurisprudentie benadrukt de noodzaak van een zeer strikte interpretatie van de wet- en regelgeving. Wanneer organisaties toch besluiten gebruik te maken van risicoprofilering, dienen zij dan ook aan de hoogste eisen van zorgvuldigheid te voldoen. Dit vraagt om betrouwbare expertise, een zorgvuldig proces van toetsing en doorlopende monitoring van de handavingspraktijk.

Om organisaties hierin te ondersteunen, heeft het College een gedetailleerd toetsingskader voor risicoprofilering ontwikkeld ter voorkoming van discriminatie op grond van ras en nationaliteit. In de context van risicoprofilering is direct onderscheid op grond van 'ras', oftewel gebruik van 'ras' als factor in een algemene risico-inschatting of mensen regels hebben overtreden, altijd verboden. Risicoprofielen kunnen echter ook indirect tot discriminatie leiden. Dit kader biedt praktische richtlijnen, gebaseerd op de meest recente ontwikkelingen en jurisprudentie, en helpt organisaties bij het naleven van de strenge non-discriminatienormen. Het is van groot belang dat organisaties deze normen naleven, zodat nieuwe gevallen van discriminatie door risicoprofilering voorkomen kunnen worden. In onderhavig document vindt u de integrale versie van het toetsingskader van het College. Daarnaast heeft het College een verkorte gebruiksversie van het toetsingskader gepubliceerd waarin de stappen die organisaties moeten zetten om discriminatie op grond van ras en nationaliteit uit te sluiten, beknopt zijn uitgewerkt. De verkorte gebruiksversie van het toetsingskader kan in de praktijk gebruikt worden door professionals die zelf met risicomodellen werken, deze ontwikkelen of hierop toezien. Onderstaande integrale versie van het toetsingskader geeft een verdiepende toelichting en juridische onderbouwing daarvan.

Naast het toetsen van gebruikte risicomodellen op mogelijke discriminatie hebben organisaties ook verschillende verplichtingen om preventieve maatregelen te nemen tegen discriminatie in de handavingspraktijk. Deze voorzorgverplichtingen zien onder andere toe op het uitsluiten van de invloed van bewuste en onbewuste vooroordelen in menselijke, niet-geautomatiseerde selectiebeslissingen en het herkennen van niet-zichtbare, indirecte discriminatie. Over de meest belangrijke voorzorgverplichtingen leest u meer in hoofdstuk 4 van dit integrale toetsingskader.

Organisaties blijven te allen tijde zelf verantwoordelijk voor het voorkomen van discriminatie in de handhaving. Gebruik van risicoprofilering is juridisch alleen aanvaardbaar het maximale wordt gedaan om discriminatie te voorkomen.

1 Inleiding

Instanties die belast zijn met handhaving, bijvoorbeeld de politie, belastingdienst of gemeentelijke diensten, maken regelmatig gebruik van vormen van risicoprofilering. Risicoprofilering is een vorm van selectie of categorisering ten behoeve van een (meer) gerichte controle op normovertredingen aan de hand van bepaalde algemene criteria, in situaties waarin concrete informatie van overtreddingen of daders ontbreekt. Instanties proberen hiermee de effectiviteit en efficiëntie van hun handhaving te vergroten.

In de praktijk brengt deze selectieve, gerichte handhaving echter serieuze risico's op discriminatie op grond van 'ras' en nationaliteit mee. Dit toetsingskader laat vanuit het nationale en internationale non-discriminatierecht zien aan welke normen risicoprofilering moet voldoen om niet te discrimineren op deze gronden.

1.1 Waarom dit toetsingskader?

De laatste jaren hebben zich verschillende gevallen van discriminatie op grond van 'ras' of nationaliteit door risicoprofilering voorgedaan. Zo oordeelde het gerechtshof Den Haag in 2022 dat het beleid van de Koninklijke Marechaussee (KMar) om etniciteit en 'ras' mee te wegen als factoren in het mobiele vreemdelingentoezicht in strijd was met het verbod op discriminatie.¹ De Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO) heeft bij zijn rechtmatigheidscontroles voor studenten met een uitwonendenbeurs indirect onevenredig veel studenten met een migratieachtergrond gecontroleerd.² In de private sector is door het College voor de Rechten van de Mens vastgesteld dat twee banken bij screening van transacties in het kader van naleving van sanctiewetgeving verboden onderscheid op grond van ras hebben gemaakt.³ Ten slotte bevestigde statistische analyse in de toeslagenaffaire bestaande vermoedens dat verhoudingsgewijs veel personen die geraakt

zijn door de te harde fraudeaanpak een migratieachtergrond hadden.⁴ Voor dit verschil kon geen objectieve rechtvaardiging worden gegeven. Daarbij is door de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) vastgesteld dat de Belastingdienst/Toeslagen ten onrechte nationaliteit of dubbele nationaliteit registreerde.⁵

Discriminerende risicoprofilering is een vorm van institutionele discriminatie die op veel manieren negatief doorwerkt. Het heeft grote impact op zowel individueel als maatschappelijk niveau. Het is kwetsend en in strijd met het fundamentele uitgangspunt dat alle mensen gelijkwaardig zijn. Het leidt tot gevoelens van wantrouwen richting de overheid en samenleving. Ongerechtvaardigde (extra) controles op grond van 'ras' of nationaliteit leiden bovendien tot vertekende (criminaliteits)-statistieken waardoor in de praktijk etnische en/of geracialiseerde minderheden overmatig worden gecriminaliseerd. Dat leidt vervolgens weer tot negatieve beeldvorming over bevolkingsgroepen waardoor een negatieve spiraal van discriminatie ontstaat. Het vergroot de kloof van ongelijkheid tussen groepen en tast de maatschappelijke samenhang aan. Kortom, het tegengaan van discriminatie door risicoprofilering is in ieders belang en verdient de hoogste prioriteit.

De voorbeelden van discriminerende risicoprofilering van de laatste jaren laten zien dat handhavende instanties in de praktijk nog onvoldoende in staat zijn om discriminatie bij risicoprofilering te voorkomen. In dit toetsingskader wil het College verhelderen welke normen uit het verbod op discriminatie voortvloeien, specifiek op grond van 'ras' en nationaliteit (zie tekstkader). Het schetst de verplichtingen die instanties hebben bij gebruik van risicoprofilering, en welke stappen zij minimaal moeten zetten om discriminatie te voorkomen.

1 Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2023, ECLI:GHDHA: 2023:173 (KMar).

2 'Vervolgonderzoek bevestigt indirecte discriminatie', DUO 21 mei 2024, <https://www.duo.nl/particulier/home/actueel/vervolgonderzoek-bevestigt-indirecte-discriminatie-controles-uitwonendenbeurs.jsp>, (geraadpleegd 30 september).

3 College voor de Rechten van de mens, Oordeel 2024-62 en -63.

4 College voor de Rechten van de Mens, *Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen*, rapport van 15 september 2022.

5 Autoriteit Persoonsgegevens, *De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, AP, Onderzoeksrapport z2018-22445.

Focus op discriminatiegronden 'ras' en nationaliteit

Dit toetsingskader concentreert zich op discriminatie op grond van de beschermde persoonskenmerken 'ras' en nationaliteit. 'Ras' is een juridische verzamelterm waarhuidskleur, afstamming en etnische herkomst of achtergrond onder vallen. Onder omstandigheden kan ook religie een indicator zijn van iemands etniciteit.⁶ Nationaliteit gaat over de juridische status als staatsburger van een land.⁷ Discriminatie op grond van 'ras' of etnische herkomst is een bijzonder schadelijke en ernstige vorm van discriminatie.⁸ De keuze om dit toetsingskader tot de discriminatiegronden 'ras' en nationaliteit af te bakenen is mede ingegeven door de reeks voorbeelden van discriminerende risicoprofilering op deze grond uit het recente verleden, in combinatie met de specifieke impact van deze vorm van discriminatie. Deze afbakening neemt uiteraard niet weg dat ook risicoprofilering op andere persoonskenmerken mensenrechtelijk problematisch en juridisch verboden kan zijn.

1.2 Voor wie is dit toetsingskader bedoeld?

Dit toetsingskader is bedoeld voor alle instanties die verantwoordelijk zijn voor de handhaving van wetten, regels en voorwaarden. Dat gaat vaak om overheidsinstanties, zoals uitvoeringsinstanties, de marechaussee, de politie en gemeenten.

Ook bedrijven maken soms gebruik van risicocriteria als zij controleren op naleving van regels. Denk aan verzekeraars die onterechte schadeclaims willen tegengaan, of een bank die een anti-witwasbeleid hanteert of sanctiewetgeving naleeft. Ook bedrijven mogen niet discrimineren. Hoewel veel voorbeelden van discriminerende risicoprofilering in dit document gaan over de overheid, zijn de betreffende

non-discriminatienormen ook van toepassing op risicoprofilering in de private sector.

1.3 Het fundamentele recht op non-discriminatie als basis

Dit toetsingskader gaat uit van het fundamentele recht om niet gediscrimineerd te worden. Het non-discriminatierecht is gebaseerd op de gelijkwaardigheid van alle mensen, en neergelegd in artikel 1 van de Grondwet, en verschillende nationale wetten en internationale verdragsbepalingen. Deze bepalingen zijn nader ingevuld door nationale en internationale rechterlijke uitspraken. Dit toetsingskader brengt de veelheid aan normen en jurisprudentie bij elkaar en legt deze uit, zodat een overzicht ontstaat van de eisen waaraan risicoprofilering moet voldoen om niet in strijd te komen met het non-discriminatierecht.

'Etnisch profileren' of discriminatie?

Als risicoprofilering onderscheid maakt op grond van 'ras' of nationaliteit, spreekt men ook wel van 'etnisch profileren'. Anders dan van de term 'discriminatie', is de term 'etnisch profileren' geen wettelijk of verdragsrechtelijk gedefinieerd begrip. Van etnisch profileren zijn verschillende definities in omloop. Sommige zijn zuiver beschrijvend, andere zijn deels juridisch of normatief ingekleurd. Dat kan leiden tot spraak- en begripsverwarring. Daarom is ervoor gekozen in dit toetsingskader geen aparte definitie van etnisch profileren te hanteren of presenteren. Dit toetsingskader spreekt over discriminatie en toetst risicoprofilering op grond van 'ras' en/of nationaliteit aan het non-discriminatierecht.

Discriminatie door risicoprofilering is niet alleen een kwestie van wetten en regels, maar ook van ongeschreven beleid en menselijke beslissingen in de praktijk. Kennis van juridische normen is dus

⁶ Zie hiervoor nader hoofdstuk 3.

⁷ De afbakening en de soms complexe verhouding tussen de begrippen 'ras' en 'nationaliteit' worden in Hoofdstuk 3 verder toegelicht.

⁸ Vgl. EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (Timishev t. Rusland), par. 56.

onmisbaar, maar niet afdoende. Om (onbewuste) vooroordelen in menselijke selectiebeslissingen door handhavers tegen te gaan zijn gedrags- en beleidsinterventies noodzakelijk. Dat geldt ook voor specifieke maatregelen en werkwijzen om mogelijk indirect onderscheid door ogenschijnlijk neutrale risicocriteria te herkennen. Instanties die risico-profielen gebruiken hebben een inspannings-verplichting om discriminatie te voorkomen. Dit toetsingskader biedt daarom naast uitleg van de (verbods)normen (hoofdstuk 3), ook instructies om deze voorzorgsplicht in te vullen (hoofdstuk 4).

1.4 Verhouding tot het Toetsingskader 2021

Het College heeft in 2021 het toetsingskader *Discriminatie door Risicoprofielen* gepubliceerd. Het voorliggende toetsingskader moet gezien worden als een doorontwikkelde, geheel herziene versie die de versie uit 2021 vervangt. Nieuwe jurisprudentie, voortschrijdende wetenschappelijke en beleidsmatige inzichten, gesprekken met handhavende instanties en het maatschappelijk middenveld gaven aanleiding het toetsingskader te actualiseren en verder te ontwikkelen. Omdat het non-discriminatierecht het uitgangspunt blijft, zullen ook onderdelen uit het toetsingskader 2021 terugkomen in deze nieuwe versie. Hieronder volgt een opsomming van de belangrijkste veranderingen in dit nieuwe toetsingskader:

- Relevante nieuwe nationale en internationale jurisprudentie tot en met 2024 is verwerkt.
- Een aantal definities is herijkt. Er wordt onder andere een scherpe en eenduidigere definitie van risicoprofilering aangehouden.
- De normen met betrekking tot directe discriminatie door risicoprofilering zijn verder verduidelijkt en aangescherpt.
- Dit toetsingskader bevat een uitgebreidere uitwerking van de voorzorgsplicht. Deze is met name van belang om voor het tegengaan van (onbewuste) vooroordelen in menselijke selectiebeslissingen en indirect discriminerende risicoprofilering.
- De tekst en opzet zijn over de hele linie herzien.

1.5 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt nader ingegaan op het verschijnsel van risicoprofilering. Er wordt stilgestaan de verschillende verschijningsvormen (reikwijdte) en afbakening van het begrip zoals in dit toetsingskader opgevat, en bij motieven van handhavende instanties voor het gebruik ervan. Hoofdstuk 3 is een integrale, stapsgewijze weergave van de normen voor risicoprofilering die voortvloeien uit het non-discriminatierecht met betrekking tot de gronden 'ras' en nationaliteit. Het is te lezen als uitgebreidere beschrijving van en juridische toelichting op de verkorte gebruiksversie van het toetsingskader, die als apart document gepubliceerd is. Hoofdstuk 4 bevat een uitwerking van de voorzorgsplicht, bestaande uit instructies, aanbevelingen en richtlijnen om discriminatie door risicoprofielen te voorkomen.

Zoals hiervoor aangegeven heeft het College naast onderhavige integrale versie ook een verkorte gebruiksversie van het toetsingskader ontwikkeld. De gebruiksversie geeft de meest belangrijke handvatten en richtlijnen weer waarmee discriminatie bij risicoprofilering voorkomen kan worden, zonder juridische onderbouwing en uitgebreidere achtergronden, zoals in deze integrale versie wel het geval is. Deze gebruiksversie van het toetsingskader kan gebruikt worden door professionals die zelf met risicomodellen werken, deze ontwikkelen of hierop toezien.

2 Risicoprofilering

2.1 Wat is risicoprofilering?

Profilering is het categoriseren en/of selecteren van personen, op basis van een of meer persoonlijke, situationele, gedragsmatige of dossierkenmerken.⁹ Dit toetsingskader verstaat onder risicoprofilering in de context van handhaving: profilering die plaatsvindt aan de hand van algemene, verondersteld voorspellende (risico)criteria, die geacht worden te correleren met de kans op overtreding van een bepaalde norm. Het algemene karakter van gebruikte risicocriteria is een bepalend kenmerk van risicoprofilering. Risicoprofilering betreft de inzet van algemene risicocriteria die worden ingezet in situaties waarin geen concrete of specifieke informatie over feitelijke normovertredingen of daders aanwezig is. Het is gericht op personen die niet verdacht zijn van een overtreding. Het is dan ook iets anders dan daderprofilering.

De 'criteria' van een risicoprofiel kunnen zowel persoonsgegevens en -kenmerken betreffen (bijvoorbeeld adres, leeftijd of hoogte inkomen), als bepaalde situaties of bepaald gedrag van personen (denk aan de omgeving waar iemand zich bevindt, kleding, of de wijze waarop een subsidieaanvraag of aangifteformulier is ingevuld). Bij risicoprofilering kan gebruik gemaakt worden van algoritmes en uitgebreide databases, maar ook van een mondelinge instructie of papieren handleiding met één of enkele selectiecriteria. Verder vallen ook selectiebeslissingen in menselijke interactie eronder.

In de praktijk bestaan profielen vaak uit een combinatie van criteria, maar dit is geen voorwaarde om van risicoprofilering te spreken. Ook één enkel selectie criterium maakt een controle al gericht en selectief en is dus mogelijk discriminerend.

Naast 'risicoprofilering' wordt er in de praktijk ook wel gesproken van 'risicoselectie' of 'risicogericht handhaven'. Dit toetsingskader behandelt ze als equivalenten van 'risicoprofilering' en gebruikt de termen door elkaar. Het recht op non-discriminatie verbiedt discriminerend gebruik van selectiecriteria ongeacht in welke vorm of onder welke naam dit plaatsvindt.

2.2 Waarom gebruiken handhavende instanties risicoprofilering?

In veel gevallen ontbreekt het overheden of private handhavende instanties aan de capaciteit om iedere burger, of klant, te controleren. Zij moeten er dan voor kiezen om slechts een deel van hen te controleren. Dat kan aselekt, steekproefsgewijs, maar ook gericht, selectief. De keuze om gericht te handhaven wordt ingegeven door de verwachting of de veronderstelling dat bij personen of dossiers met bepaalde kenmerken of in bepaalde omstandigheden vaker dan gemiddeld normovertredingen plaatsvinden.¹⁰ Dit verklaart de term 'risicoprofilering': dat bepaalde kenmerken van personen of situaties waarin zij zich bevinden volgens de handhavende instantie een verhoogd 'risico' zouden geven op normovertreding.

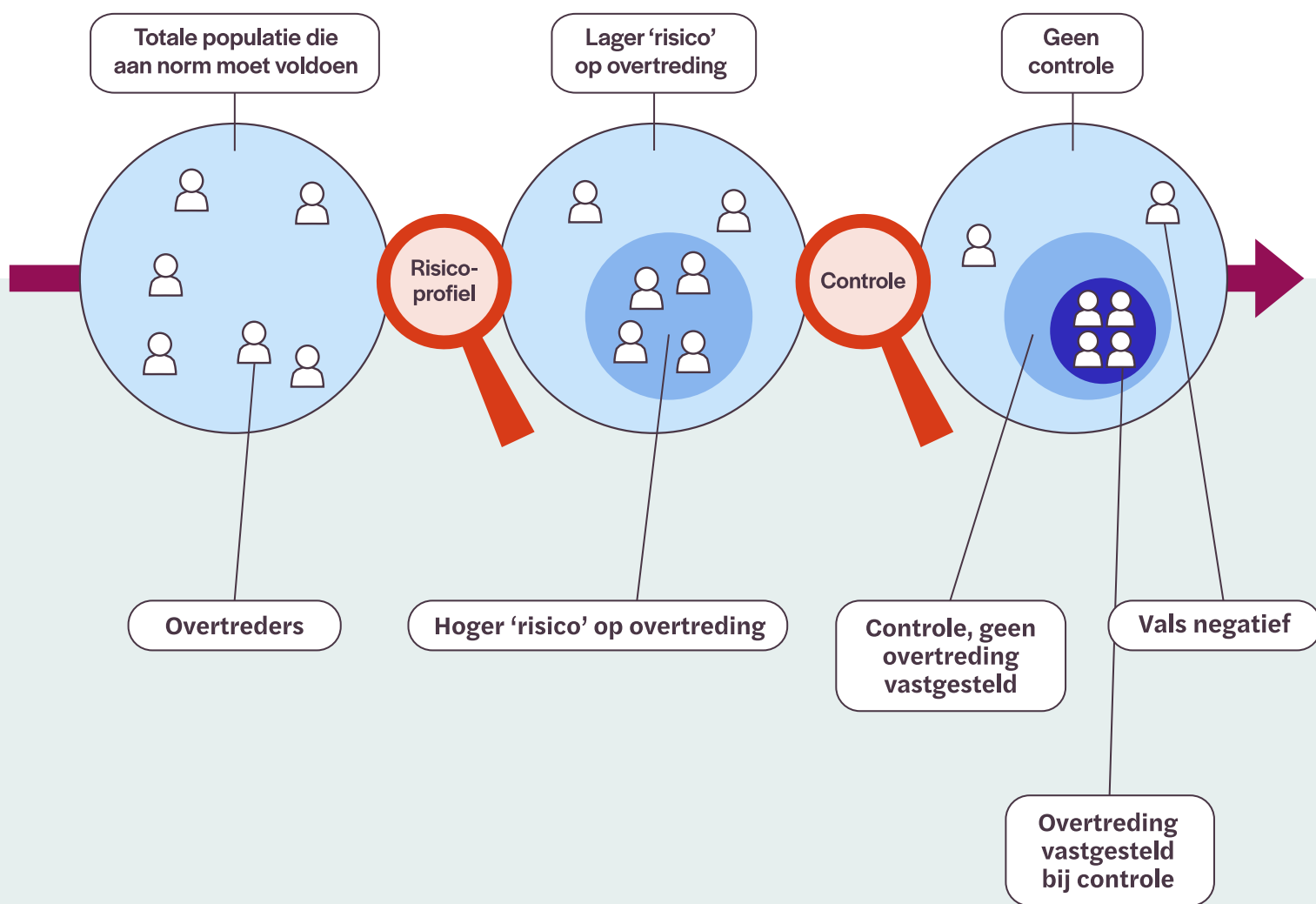
Het woord 'risico' in risicoprofilering betekent niet dat de overtreding nog moet plaatsvinden. In de meeste gevallen wordt risicoprofilering in de context van handhaving gebruikt om reeds begane normovertredingen op aan het licht te brengen.¹¹

9 Vgl. European parliament recommendation to the Council of 24 april 2009, on the problem of profiling, notably on the basis of ethnicity and race, in counter-terrorism, law enforcement, immigration, customs and border control (2008/2020(INI)), par. C; European Union Agency for Fundamental Rights Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide (2018, online ed.), p. 15.

10 Het is mogelijk dat (individuele) handhavers bij profilering er racistische motieven op nahouden zonder de intentie om de effectiviteit van handhaving te verbeteren. Dergelijke profilering is per definitie verboden is. In dergelijke gevallen kan strafrechtelijke vervolging op grond van artikel 137g Wetboek van Strafrecht aan de orde zijn.

11 Buiten de sfeer van handhaving worden risicofactoren wel vaker preventief gebruikt, bijvoorbeeld in de gezondheidszorg, waar preventieve behandelingen kunnen worden geïndiceerd op basis van een algemene kans op mogelijke complicaties. Dit toetsingskader beperkt zich tot de context van wetshandhaving op normovertredingen.

De (veronderstelde) risicofactoren voor norm-overtredend gedrag (in de sociale wetenschap ook wel aangeduid als 'voorspellers') worden bij handhavingscontroles gebruikt om als het ware 'terug te kijken': waar en bij wie bestaat de hoogste kans dat overtredingen zijn begaan? Daarbij wordt overigens geaccepteerd dat er in de groep met een 'lager risico' mogelijk ook overtreders zitten die niet aan controle onderworpen worden.



Figuur: 'veronderstelde' werking van risicoprofilering

2.3 Discussie over effectiviteit van risicoprofilering

Handhavende instanties zetten risicoprofilering in vanuit de verwachting dat dit de handhaving doeltreffender en efficiënter maakt. Daarbij kan een aanvullend motief zijn om burgers of klanten zo min mogelijk te belasten met controles. Er bestaat echter geen consensus over de effectiviteit van risicoprofilering. Onderzoek naar risicocriteria die DUO jarenlang gebruikte voor controle op rechtmatigheid van de uitwonendenbeurs is een voorbeeld waarbij is vastgesteld dat een aantal gebruikte risicofactoren in tegenstelling tot wat werd aangenomen niet effectief waren.¹² Amnesty International toont zich in een rapport over deze casus uiterst kritisch over effectiviteitsclaims van risicoprofilering in het algemeen.¹³ Juridisch is relevant dat instanties de effectiviteit van hun risicoprofilering in elk concreet geval moeten aantonen.¹⁴ Risicoprofilering die niet aantoonbaar bijdraagt aan effectievere handhaving mag niet gebruikt worden, ook los van het discriminatieverbod op grond van ras of nationaliteit.

2.4 Risicoprofilering is gerichte controle zonder verdenking

Risicoprofilering zoals hiervoor gedefinieerd gaat om algemene risico-inschattingen, die niet op concrete specifieke informatie over daadwerkelijke overtredingen zijn gebaseerd. Net als bij aselechte controles bestaat er tegen iemand die voldoet aan het risicoprofiel geen verdenking in de zin van een ‘redelijk vermoeden van schuld’. Instanties moeten er daarom strikt voor waken dat iemand die in een profiel naar voren komt toch als ‘deels verdacht’ wordt gezien. Daarbij moet bedacht worden dat het ondergaan van controles ook als ‘verdenking’ kan worden beleefd, met alle negatieve consequenties van dien.

2.5 Niveaus en verschijningsvormen van risicoprofilering in de praktijk

Risicoprofilering kan vele verschijningsvormen aannemen. Op al deze vormen is dit toetsingskader van toepassing. Deze verschillen brengen verschillende soorten risico's op discriminatie mee, en vragen om een specifieke aanpak. Daarom wordt hier kort bij de verschillende niveaus en verschijningsvormen stilgestaan.

- Ten eerste kan het object van risicoprofilering variëren. Risicofactoren kunnen zich richten op kenmerken van personen, op kenmerken van dossiers, op waarneembaar gedrag of op omstandigheden waarin personen zich begeven. In al deze gevallen kan discriminatie op grond van ras of nationaliteit voorkomen.
- Ten tweede varieert de vorm waarin geprofileerd kan worden. Er kan ‘vanachter het bureau’ worden geprofileerd via algoritmes en databases maar ook handmatig op basis van mondelinge of schriftelijke instructies. Selectiebeslissingen worden soms ook in menselijke interactie genomen, door handhavers in persoon. Het voorkomen van bias via datasets van algoritmes kan om een andere benadering vragen dan het valideren van schriftelijke selectiecriteria. Het tegengaan van (bewuste of onbewuste) vooroordelen bij selectiebeslissingen in menselijke interactie vergt weer een andere aanpak.
- Ten derde kan risicoprofilering plaatsvinden op verschillende niveaus in het handavingsproces. Risicoprofielen kunnen worden ingezet als selectiebeslissing voor daadwerkelijke gerichte controle, maar kunnen ook de vorm hebben van meer globale (beleids)keuzes over de inzet van middelen en (handavings)capaciteit (bijvoorbeeld in een bepaalde wijk of gebied). Ook dergelijke algemene handavingsbeslissingen leveren selectiviteit in de handhaving op en moeten voldoen aan de normen van dit toetsingskader.

12 Algorithm Audit, *Vooringenomenheid voorkomen – Aanbevelingen voor risicoprofilering in het Controle Uitwonendenbeurs-proces: een kwantitatieve en kwalitatieve analyse*, rapport van Februari 2014.

13 Amnesty International, *Roekeloze risicoprofilering*, rapport van 21 november 2024.

14 In hoofdstuk 3 wordt uitgelegd dat ‘geschiktheid’ één van de toetscriteria is voor risicoprofilering.



In de handhavingspraktijk komen deze verschillende vormen ook in combinatie voor. Zo kan een algoritmisch systeem bepaalde dossiers selecteren voor nader onderzoek. Voor de toetsing van risico-profielen op discriminatie is het van belang de verschillende selectiemomenten te onderscheiden en afzonderlijk te kunnen toetsen.

2.6 Hoe komen profileringscriteria tot stand?

Behalve in de verschijningsvormen van risico-profilering kunnen er ook verschillen zijn in de totstandkoming van de criteria van een risicoprofiel. Risicocriteria worden in de praktijk met name afgeleid uit (1) statistische data-analyses van overtredingen uit het verleden, (2) logisch-beredeneerde voorspellingen, of (3) (beleids)ervaringsgegevens.

- Bij statistisch onderbouwde profilering worden kwantitatieve, statistische gegevens gebruikt om normovertredingen vast te stellen. Een voorbeeld is een frequentere controle op aftrekposten voor de eigen woning in het jaar waarin deze is aangeschaft, omdat volgens de Belastingdienst uit statistische analyse zou blijken dat zulke eerste aanvragen veel vaker dan gemiddeld fouten bevatten.¹⁵

- Bij logisch-beredeneerde criteria wordt het bestaan van een verband tussen een criterium en een overtreding beredeneerd, zonder dat hier statistische gegevens voor worden gebruikt. Een voorbeeld hiervan is een extra controle op de juistheid van boekhoudingen van ondernemingen die veel contante transacties doen. Of de redenering van een gemeentelijke sociale dienst, dat uitkeringsgerechtigden boven de 55 jaar gemiddeld vaker dan jongeren (geërfd) vermogen zullen bezitten.¹⁶
- Criteria voor profilering kunnen ook gebaseerd zijn op (al dan niet professionele) intuïtie of ervaring. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als handhavingsambtenaren in de praktijk zijn getraind om 'verdacht gedrag' te herkennen. Ervaringsgegevens kunnen ook gebaseerd zijn op handhavingsservaring als organisatie, door registratie van verschillende mate waarin of omstandigheden waaronder bepaalde regels lijken te worden overtreden.

Aan al deze typen onderbouwing kleven risico's en (soms onoverkomelijke) inhoudelijke bezwaren. Deze risico's en bezwaren komen in de volgende hoofdstukken aan de orde.

¹⁵ Position paper Belastingdienst 'Risicoprofilering in handhavingsbeleid' t.b.v. het rondetafelgesprek over risicoprofilering in het handhavingsbeleid d.d. 23 mei 2024. https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2024A03248

¹⁶ Ontleend aan CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1231, r.o. 4.7.4.

2.7 Hoe verhoudt risicoprofilering zich tot daderopsporing?

Profielen kunnen ook worden opgesteld op basis van concrete informatie of inlichtingen over een specifieke overtreding, of dreigende overtreding. Dit is geen risicoprofilering in de zin van dit toetsingskader, omdat de informatie over de normovertreding en/of de dader niet algemeen, maar concreet is. Als een concrete persoon als verdachte in beeld is, wordt dat ook wel daderprofilering genoemd. Dan wordt naar een persoon gezocht op basis van een signalement, bijvoorbeeld op basis van getuigenverklaringen.

In een beperkt aantal gevallen is deze grens minder scherp en kan sprake zijn van een overgangsgebied tussen risicoprofilering en daderprofilering. Hier kan vooral sprake van zijn als er concrete inlichtingen bestaan over specifieke en concrete dreigende normovertredingen. Denk hierbij aan een situatie waarin het driehoeksoverleg tussen burgemeester, OM en politie in een gemeente inlichtingen krijgt over dreigend geweld tussen groepen voetbalhooligans, of tussen jongerengroepen van specifieke etnische herkomst, zonder dat er hierbij concrete individuen in beeld zijn. Als ‘de driehoek’ besluit dat handhavers tijdelijk extra alert moeten zijn op het gedrag van deze groepen, hanteert zij profielcriteria die gebaseerd zijn op concrete informatie uit inlichtingen. Het is ook mogelijk dat politie via informanten of veiligheidsdiensten beschikt over concrete maar niet-individuele kenmerken van een groep personen die een aanslag zou willen plegen. Er is dan weliswaar sprake van een concrete aanwijzingen, maar anders dan bij daderprofilering is er nog geen overtreding begaan. Deze tussenvormen hebben net als daderprofilering per definitie een tijdelijk karakter: zodra de concrete dreiging is geweken, of de verdachte is gepakt, verliezen de profielcriteria hun relevantie. Daarmee verschillen deze van risicoprofilering, die een algemeen en permanent karakter hebben.

Dit toetsingskader gaat over het verbod op discriminatie op grond van ras en nationaliteit in de context van risicoprofilering. Op daderprofilering en eventuele overgangsvormen van risicoprofilering en daderprofilering is uiteraard ook het discriminatieverbod van toepassing, maar deze situaties vallen vanwege hun andersoortige karakter buiten dit toetsingskader.

3 Het discriminatieverbod – juridische toetsing van risicoprofilering

In dit hoofdstuk wordt uitgelegd welke grenzen het juridische verbod op discriminatie op grond van 'ras' en nationaliteit aan handhaving via risicoprofilering stelt. Aan de hand daarvan kan beoordeeld worden of een risicoprofiel op deze gronden discrimineert volgens het recht. Uit het recht volgen ook inspanningsverplichtingen voor handhavende instanties om discriminatie zoveel mogelijk te voorkomen. Deze worden nader uitgewerkt in hoofdstuk 4.

Een omvattend toetsingskader

Het verbod op discriminatie op grond van 'ras' en nationaliteit is vastgelegd in de Grondwet, verschillende internationale mensenrechtenverdragen en het recht van de Europese Unie. Dit vormt het overkoepelende kader waaraan nationale wetgeving (zoals de Awgb), handhavingsbeleid en handhavend optreden moet voldoen. Internationale en nationale jurisprudentie geeft verdere invulling en uitleg aan deze verdrags- en wetbepalingen. Al deze verschillende rechtsbronnen werken het beginsel van non-discriminatie nader uit, maar verschillen soms onderling qua type normen voor wat betreft discretionaire ruimte, juridische definities en toepassingsgebied (reikwijdte). Dat kan tot complexiteit leiden en vragen oproepen over welke regeling nu precies van toepassing is. In dit toetsingskader zijn alle verschillende relevante geldende non-discriminatie-normen samengebracht tot één omvattend thematisch overzicht.

3.1 Legitimiteit van risicoprofilering als handhavingsmethode

Dit toetsingskader is opgesteld vanwege de risico's op discriminatie bij het gebruik van risicoprofilering. Deze risico's vragen reeds in het algemeen om behoedzaam en terughoudend gebruik van risicoprofilering als instrument. Uit het recht volgt echter geen algemeen verbod op risicoprofilering. Risicoprofilering als methode voor handhaving is juridisch in beginsel toelaatbaar, mits instanties niet in strijd met het verbod van discriminatie handelen en geen inbreuken maken op andere mensenrechten. Op nationaal niveau is dit herhaaldelijk bevestigd door de bestuursrechter en de burgerlijke rechter.¹⁷ Buiten de context van handhaving, in de geestelijke gezondheidszorg heeft het EHRM het gebruik van risico-indicatoren geaccepteerd als methode om te bepalen of preventieve maatregelen jegens een patiënt geëigend zijn.¹⁸ De toelaatbaarheid-voorwaarden sluit ook aan op de manier waarop profilering is genormeerd in de AVG.¹⁹ Geheel geautomatiseerde profilering – zonder menselijke tussenkomst – is wel verboden.²⁰ Nationale en internationale mensenrechtenstandaarden verbieden gebruik van profilering derhalve niet categorisch, maar begrenzen en normeren deze handhavingstechniek wel.²¹ Dit toetsingskader sluit aan bij dit gegeven en maakt die grenzen duidelijk. In hoofdstuk 4 volgen aanvullend hierop voorzorgsverplichtingen waarin instanties die kiezen voor risicoprofilering moeten voldoen.

17 Zie onder meer Rb. Den Haag, 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, r.o. 6.102; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, r.o. 4.2; CRvB 20 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4160, r.o. 4.4.5; CRvB 8 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3249, r.o. 4.5.

18 EHRM 31 januari 2019, Fernandes de Oliveira t. Portugal, nr. 78103/14, § 115. Onder omstandigheden kan de overheid zelfs verplicht zijn erkende en valide risicocriteria te benutten.

19 Zie artikel 22, lid 2 AVG, in samenhang met artikel 9 lid 2 sub g. AVG. Hierin worden regels en voorwaarden gesteld waaraan profilering vanuit het recht op gegevensbescherming ten minste moet voldoen.

20 Een arrest van het Hof van Justitie van de EU (HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (SCHUFA Scoring) roept onder andere de vraag op hoe expliciet een wettelijke grondslag voor het gebruik van persoonsgegevens voor profilering aanwezig dient te zijn. Zie hierover nader de brief aan - staatssecretaris van Financiën, F.L. Idsinga – 25 oktober 2024 Advies Autoriteit Persoonsgegevens inzake geautomatiseerde selectie Belastingdienst, Dienst Toeslagen en Douane - 32761-309.

21 In deze lijn ook het rapport van de Fundamental Rights Agency, (FRA) 2018, *Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide* | European Union Agency for Fundamental Rights.

3.2 De discriminatietoets in deeltappen

Discriminatie is het behandelen van een persoon of groep personen op andere wijze dan een ander in een vergelijkbare situatie op grond van een beschermd persoonskenmerk zonder dat hier een objectieve rechtvaardiging voor bestaat. Dit toetsingskader focust op de beschermde persoonskenmerken 'ras' en nationaliteit. Verschil in behandeling in een vergelijkbare situatie – ook wel 'onderscheid' genoemd -- dat wél gerechtvaardigd kan worden is juridisch gesproken dus geen discriminatie. Toetsing van risicoprofilering aan het discriminatieverbod komt aldus steeds neer op twee hoofdvragen:

- I. Wordt er door risicoprofilering onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit gemaakt, en zo ja;
- II. Is het gemaakte onderscheid objectief gerechtvaardigd?

Om deze hoofdvragen voor een concreet risicoprofiel te beantwoorden, vallen per kernvraag verschillende deelvragen te beantwoorden. In het kader van de eerste hoofdvraag moet beoordeeld worden of de criteria van het risicoprofiel onderscheid maken in juridische zin (en wat dit inhoudt), of dat onderscheid gebaseerd is op de discriminatiegrond 'ras' en/of nationaliteit, en of er direct of indirect onderscheid op deze gronden wordt gemaakt.²²

De tweede hoofdvraag is of het risicoprofiel de algemene objectieve rechtvaardigingstoets voor discriminatie kan doorstaan. Aan de toepassing van de algemene objectieve rechtvaardigingstoets gaat de vraag vooraf of het risicoprofiel onder een in het recht bepaalde situatie valt waarvoor een objectieve rechtvaardiging is uitgesloten. De objectieve rechtvaardigingstoets bestaat uit vier deelvragen: er dient een legitiem doel voor onderscheid te zijn, het middel dat gebruikt is moet geschikt zijn om het doel te bereiken, het gebruikte middel moet noodzakelijk zijn om het doel te bereiken en de werking van het risicoprofiel moet proportioneel zijn.

Schematisch ziet dat er als volgt uit:

I. Maken criteria van de risicoprofilering onderscheid of grond van 'ras' of nationaliteit?

1. Maakt de risicoprofilering onderscheid in juridische zin?
2. Is er sprake van direct onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit?
3. Is er sprake van indirect onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit?

Als het antwoord op vraag 2 en/of 3 'ja' is:

II. Is het gemaakte onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit objectief gerechtvaardigd?

Voorvraag: Valt het onderscheid dat het risicoprofiel maakt onder een specifieke situatie waarvoor een objectieve rechtvaardiging is uitgesloten of beperkt?

Als dit niet het geval is:

1. Streeft het onderscheid van de risicoprofilering een legitiem doel na?
2. Is de risicoprofilering geschikt om het gestelde doel te bereiken?
3. Is dit risicoprofiel noodzakelijk om het gestelde legitieme doel te bereiken of zijn er minder bezwaarlijke alternatieven?
4. Is het risicoprofiel alles afwegend proportioneel, staan alle nadelen ervan in redelijke verhouding tot de naar verwachting te bereiken doelen?

In het navolgende wordt het bovenstaande toetsschema per stap toegelicht.

²² In de verkorte gebruiksversie wordt dit deel van de toets aangeduid als de 'criteriatoots'.

I. Maken criteria van de risicoprofilering onderscheid of grond van 'ras' of nationaliteit? ('criteriatoets')

1. Maakt een risicoprofiel onderscheid?

Onderscheid is een verschil in behandeling tussen personen in een vergelijkbare situatie. Bij risicoprofilering moet ervan uit worden gegaan dat per definitie dergelijk onderscheid wordt gemaakt. Van alle personen die gecontroleerd kunnen worden (de totale populatie die een bepaalde norm kan hebben overtreden), wordt met profielfactoren een (voor)selectie gemaakt. De 'geprofileerde' personen bevinden zich in een vergelijkbare situatie als personen die niet voor controle worden geselecteerd: bij risicoprofilering bestaat immers tegen nog niemand een verdenking.

Sommige discriminatiedefinities bepalen dat onderscheid moet leiden tot een 'nadeligere' behandeling dan een ander in een vergelijkbare situatie. Ook hier voldoet controle op basis van risicoprofilering per definitie aan. Een selectieve controle houdt voor een geselecteerd persoon een grotere kans in om een sanctie te krijgen voor de normovertreding in kwestie. In de context van een beschermde onderscheidgrond zoals 'ras' of nationaliteit, geldt die verhoogde kans als nadeel, ook als controle ongemerkt verloopt en niet tot een sanctie leidt. Er dreigt daarbij ook een collectief nadeel voor alle leden van de groep met hetzelfde persoonskenmerk: selectieve controle op een groep leidt tot meer opsporing binnen die groep, wat tot vertekende stigmatiserende beelden van de betreffende bevolkingsgroep kan leiden.

2. Is er sprake van direct onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit?

Ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen vanwege een persoonskenmerk zoals 'ras' of nationaliteit kan juridisch gezien direct en indirect plaatsvinden. Het is belangrijk om te bepalen of het

onderscheid direct of indirect is, omdat de manier waarop de toelaatbaarheid van onderscheid getoetst wordt (Toetsvraag II), verschilt.

Er is sprake van direct onderscheid als een criterium dat valt onder 'ras' of nationaliteit een expliciet criterium in een risicoprofiel is dat een handhaver voor selectie voor controle hanteert. Om te toetsen of er sprake is van direct onderscheid op grond van 'ras' en nationaliteit, wordt eerst uitgelegd wat 'ras' en nationaliteit juridisch gezien inhouden en welke criteria of kenmerken er onder vallen.

'Ras'

In het recht is het begrip 'ras' een verzamelterm voor verschillende persoonskenmerken die door anderen 'geracialiseerd' (kunnen) worden gebruikt. Uiterlijke persoonlijke kenmerken als huidskleur of geracialiseerde gezichtskenmerken vallen onder de grond 'ras'.²³ Daarnaast vallen 'afkomst' of 'nationale of etnische afstamming' onder de grond 'ras'.²⁴ Dit kan kortweg als 'etniciteit' worden aangeduid. Etniciteit of 'etnische afkomst' staan voor het (verondersteld) behoren tot een bepaalde bevolkingsgroep die te onderscheiden is door een gemeenschappelijke nationale afkomst (gezamenlijk geboorteland), religie, taal, geschiedenis of culturele gebruiken of traditionele achtergrond, of gemeenschappelijke levensomstandigheden (zoals woonwagenvoering).²⁵ Dit is geen limitatieve opsomming, het kan ook gaan om andere factoren.

Van belang is dat van 'etniciteit' juridisch gezien meestal pas sprake is bij een combinatie van meerdere 'etniciteit-constituerende' factoren. Zo heeft de rechter Roma erkend als etnische minderheidsgroep; Roma delen culturele gebruiken, een geschiedenis en een taal.²⁶ Wanneer er slechts één etnisch kenmerk bij risicoselectie wordt gebruikt (bijvoorbeeld enkel 'geboorteland', of enkel taal-(beheersing)) of religie, dan is dat meestal

²³ Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2023 (KMar), ECLI:GHDHA: 2023:173, par. 7.3.

²⁴ Artikel 1 IVUR.

²⁵ HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480 (Chez), par. 46. Jyske Finans, par. 17.

²⁶ 'Roma' is een paraplueterm, en omvat verschillende groepen, zoals Roma, Sinti en Nederlandse woonwagenvoerders. Zie o.a.

https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/roma-eu/roma-equality-inclusion-and-participation-eu_en.

onvoldoende om van direct onderscheid op grond van etniciteit te spreken.²⁷ Dit ligt wel anders als kan worden vastgesteld dat een etnische factor bewust geracialiseerd wordt gebruikt. Als slechts één etnische factor is opgenomen kan 'ras' wel indirect in het geding zijn (zie verderop nader over het verschil tussen direct en indirect onderscheid). Voor het kenmerk religie geldt overigens dat onderscheid op deze grond toch meestal verboden zal zijn omdat het beschermd wordt als zelfstandige discriminatiegrond.

De term 'ras' dient een juridisch (beschermings) doel, dat kan afwijken van het Nederlands spraakgebruik.²⁸ Dat er een juridische discriminatiegrond 'ras' bestaat, wil overigens niet zeggen dat het recht uitgaat van het feitelijk 'bestaan' van 'ras' als biologische categorie. De grond 'ras' is in het recht opgenomen om bescherming te bieden tegen het maatschappelijke verschijnsel dat mensen in de realiteit worden gediscrimineerd op grond van geracialiseerde kenmerken.²⁹

Nationaliteit

Nationaliteit betreft iemands juridische status, de juridische band van een individu met een staat. Het gaat om het staatsburgerschap en de rechten en plichten die daaruit voortvloeien. Nationale staten stellen nationaliteit bijvoorbeeld als voorwaarde voor toegang tot en verblijf op het grondgebied. Staatsburgers kunnen daarom een paspoort van hun staat aanvragen. Nationaliteit kan verder bepalend zijn voor stemrecht en het recht op bepaalde sociale voorzieningen, of voor plichten, zoals de dienstplicht of het afdragen van belastingen. Toekenning van nationaliteit is een bevoegdheid van een staat; personen kunnen soms meerdere nationaliteiten bezitten, en nationaliteit kan gedurende het leven van een persoon veranderen.³⁰

Nationaliteit is juridisch een andere categorie dan 'ras', met andere consequenties in het non-discriminatierecht. Tegelijkertijd vallen onderscheid op grond van etniciteit en nationaliteit in de praktijk vaak samen, en kan nationaliteit gebruikt worden als indicator om mensen van een etnische groep te selecteren. Dergelijk oneigenlijk gebruik van nationaliteit in risicoprofilering is niet toegestaan (hierover meer in hoofdstuk 3).

Direct onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit

Direct onderscheid is bij risicoprofielen op een papieren handhavingeninstructie of in een voor-geprogrammeerd algoritme meestal eenvoudig vast te stellen: 'ras' of nationaliteit is dan één van de expliciete profileringscriteria. Onderstaande tabel geeft (niet limitatief) voorbeelden van profielcriteria die duiden op direct onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit.

27 Vgl. HvJ-EU 6 april 2017, C-668/15, ECLI:EU:C:2017:278 (Jyske Finans), par. 18-23. Het HvJ van de EU tekende hierbij nog aan dat voor indirect onderscheid door een van deze criteria duidelijk moet zijn dat een bepaalde groep wordt getroffen. Het College biedt hiervoor in Nederland een hoger niveau van bescherming tegen indirect onderscheid, en stelt deze eis niet.

28 Gerechtshof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL: GHDHA:2020:1606, r.o. 8.3; Rechtbank Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL: RBDHA:2016:15014, r.o. 5.4.2.

29 Zie in deze zin overweging (6) van de Preamble van EU- Richtlijn 2000/43. Zie nader L.A. van Noorloos en L.E. van Oploo, 'Het gebruik van de term 'ras' in het Nederlandse, Europese en internationale recht: een verkenning van argumenten pro en contra', RM Themis, 2024-4, p.134-147.

30 Internationaal Gerechtshof, *Judgement of 4 February 2021*, (Qatar/UEA), par. 81.

'Ras'	Nationaliteit
Huidskleur	Dubbele nationaliteit, meerdere nationaliteiten
Evt. overige geracialiseerde uiterlijke kenmerken (bijv. gezicht of haar)	'Niet-Nederlandse' nationaliteit ³¹
Etniciteit/ etnische achtergrond	Het al dan niet hebben van een Nederlands of buitenlands paspoort
Allochtoon/autochtoon ³²	
Migratieachtergrond (algemeen of specifiek benoemd)	
Buitenlandse afkomst c.q. herkomst/ nationale oorsprong	
Een specifiek benoemde nationale afkomst, bijvoorbeeld Somalisch, Pools, Marokkaans, etc, (niet verwijzend naar nationaliteit). ³³	
Niet-Westers klinkende naam ³⁴	
Roma ³⁵	
Woonwagenbewoners ³⁶	

31 HvJEU 10 juni 2021, ECLI:EU:C:2021:477 (KV), par. 56 en 63.

32 HvJEU 10 juli 2008, ECLI:EU:C:2008:397 (Feryn), par. 2, 25 en 28.

33 College 28 juli 2016, Oordeel 2016-83, par. 4.8; College 30 maart 2021, Oordeel 2021-30, par. 6.6.

34 Zie hierover College voor de Rechten van de Mens 7 juni 2021, oordeel 2021-70; College voor de Rechten van de Mens 27 juli 2021, oordeel 2021-202; College voor de Rechten van de Mens 23 april 2015, oordeel 2015-44; College voor de Rechten van de Mens 23 april 2015, oordeel 2014-0426.

35 HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480 (Chez).

36 Vaste lijn in Collegeoordelen, zie o.a. College, 28 mei 2015, oordeel 2014-165, par. 3.7: 'woonwagenbewoners, die zich van generatie op generatie als zodanig manifesteren en die zich beschouwen als een bevolkingsgroep met een van andere bevolkingsgroepen te onderscheiden cultuur, onder het begrip 'ras' vallen'.

Bij profilering door handhavers als natuurlijke personen (bijvoorbeeld een luchthavenbeveiligers, of een agent op straat) is direct onderscheid soms minder duidelijk te traceren. In menselijke beslissingen kunnen kenmerken van ‘ras’ of nationaliteit namelijk bewust of onbewust meespelen zonder dat dit van de buitenkant waarneembaar is.

Dit brengt daarom een extra voorzorgsplicht en verzwaarde bewijslast mee voor handhavende instanties die (mede) handhaven met behulp van selectiebeslissingen van natuurlijke personen.³⁷ Deze plichten worden nader uitgewerkt in hoofdstuk 4.

Verhouding tussen ‘ras’ en nationaliteit

Het verschil tussen ‘ras’ en nationaliteit is juridisch belangrijk omdat onderscheid op deze respectieve gronden in het non-discriminatierecht op verschillende wijzen worden getoetst.

1. ‘Ras’ ziet op geracialiseerde feitelijke kenmerken van een persoon. Dat kan gaan om iemands uiterlijke kenmerken, zoals huidskleur, of om gegevens over iemands etnische herkomst. Ras wordt algemeen beschouwd als een zeer verdachte en beladen grond voor onderscheid. Om die reden heeft het EHRM bepaald dat de objectieve rechtvaardigingstoets bij onderscheid op grond van ‘ras’ zo strikt mogelijk moet worden toegepast.³⁸

2. Nationaliteit is een juridische status van een persoon. Het is een in beginsel geaccepteerde juridische constructie die juist in het leven is geroepen om onderscheid mogelijk te maken tussen staatsburgers en niet-staatsburgers. Hierdoor hebben burgers ten opzichte van hun staat rechten en plichten die ze ten opzichte van andere staten niet hebben. Nationaliteit is tegen deze achtergrond volgens het EHRM wel een verdachte grond van onderscheid maar minder sterk verdacht dan de grond ‘ras’.³⁹ Bij de rechtvaardigingstoets zal blijken dat in het kader van controles op overtreding van normen, staatsburgerschap meestal niet relevant is, en gebruik dus de facto wel ‘verdacht’.

Omdat groepen met dezelfde nationaliteit vaak deels overlappen met groepen mensen met dezelfde etnische achtergrond, zou nationaliteit als criterium misbruikt kunnen worden om indirect onderscheid op grond van ‘ras’ te maken. Daarom dient in geval van gebruik van nationaliteit als handhavingscriterium nauwkeurig bepaald te worden of staatsburgerschap wel relevant is voor het type normovertreding in kwestie waarop wordt gecontroleerd. Als deze relevantie ontbreekt, zal gebruik van nationaliteit als profielfactor neerkomen op verboden onderscheid.

³⁷ Zie hierover nader Hoofdstuk 4.

³⁸ EHRM 17 november 2007, D.H. e.a. t. Tsjechië (nr. 57325/00), par. 196; EHRM 22 december 2009, Sejdić and Finci t. Bosnië en Herzegovina (nrs. 27996/06 en 34836/06), par. 44; EHRM 16 april 2019, Lingurar t. Roemenië, (nr. 48474/14), par. 68.

³⁹ EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90 (Gaygusuz t. Oostenrijk), § 42; EHRM (GK) 9 juni 2022, (Savickis e.a. t. Letland), ECLI:CE:ECHR:2022:0609, par. 205, *ECHR Updates* 2022/176, m.nt. J.H. Gerards.

3. Is er sprake van indirect onderscheid op grond van ‘ras’ of nationaliteit?

Bij indirect onderscheid bevat een risicoprofiel alleen op het oog neutrale criteria, maar treft het risicoprofiel groepen met een bepaald kenmerk (‘ras’ of nationaliteit) in onevenredige mate. Met ‘onevenredige mate’ wordt bedoeld dat door de profilering de kans op nadere controle groter is vanwege een kenmerk vallend onder ‘ras’ of nationaliteit dan de gemiddelde kans om gecontroleerd te worden, bij aselechte steekproefcontroles.

Een voorbeeld van indirect onderscheid is selectie op basis van postcode: het is bekend dat personen met een migratieachtergrond niet gelijkmatig over Nederland verspreid wonen maar in sommige wijken relatief oververtegenwoordigd zijn, en ondervertegenwoordigd in andere. Als deze postcode-gebieden met onevenwichtige bevolkingsverdeling wel en andere niet worden geselecteerd voor controle, zullen personen met een migratieachtergrond vaker dan anderen in een vergelijkbare situatie worden gecontroleerd. Dat levert indirect onderscheid op grond van ‘ras’ op.

Een belangrijke manier om indirect onderscheid te signaleren, is het toetsen of het risicoprofiel factoren bevat die bekend staan als ‘proxy’s’ voor ‘ras’ of nationaliteit. Van deze criteria is de correlatie met ‘ras’ en nationaliteit algemeen bekend of redelijkerwijs aannemelijk. Het gaat dan bijvoorbeeld om taal/taalvaardigheid, postcode of wijk woonadres, hoogte inkomen of MBO als type vervolgonderwijs. Wanneer een van deze criteria wordt gebruikt in een risicoprofiel zal dit leiden tot indirect onderscheid op grond van ‘ras’ of nationaliteit en is een objectieve rechtvaardiging vereist. De voorbeelden zijn echter niet uitputtend. Er kunnen ook andere

criteria zijn die in de praktijk tot indirect onderscheid leiden zonder dat de handhavende instantie zich hiervan bewust is. Het gaat immers om ‘op het oog neutrale’ criteria. Of ongelijke correlaties bestaan, kan bijvoorbeeld vastgesteld worden door middel van (cijfermatige) analyse van handhavingseffecten.

Instanties hebben een voorzorgsplicht om indirect onderscheid te herkennen die verder gaat dan het vooraf toetsen op proxy’s. Deze voorzorgplicht is nader beschreven in hoofdstuk 4.

Direct en indirect onderscheid

In de EU-richtlijnen en de Awgb is voor direct onderscheid minder ruimte dan voor indirect onderscheid. Als de Awgb van toepassing is, moet een rechtvaardiging van direct onderscheid expliciet in de wet staan (het ‘gesloten’ toetsingsregime). Dat maakt dit type onderscheid moeilijk of in het geheel niet te rechtvaardigen. In de algemene discriminatieverboden van het EVRM, het IVBPR en de Grondwet vallen direct en indirect onderscheid onder hetzelfde ‘open’ toetsingsregime, wat betekent dat er geen limitatieve rechtvaardigingsgronden zijn benoemd. Uit de jurisprudentie volgt wel dat de grond ‘ras’ en (in iets mindere mate) nationaliteit ‘verdachte’ gronden van onderscheid zijn. Dat betekent in de praktijk van risicoprofilering dat zulk onderscheid evenzeer verboden is danwel aan zeer hoge rechtvaardigingseisen moet voldoen. Zie hiervoor II: de rechtvaardigingstoets.

II. De rechtvaardigingstoets: is het gemaakte onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit objectief gerechtvaardigd?

Voorvraag: Valt het onderscheid dat het risicoprofiel maakt onder een specifieke situatie waarvoor een objectieve rechtvaardiging is uitgesloten of beperkt?

Uitgangspunt van het non-discriminatierecht is dat niet alle onderscheid verboden is, maar in beginsel objectief gerechtvaardigd worden. Voor de context van risicoprofilering voor controles op normovertreding sluit het non-discriminatierecht voor bepaalde situaties uit. Dit betreft (i) direct onderscheid op grond van 'ras', en (ii) geheel geautomatiseerde risicoprofilering. De uitsluiting van deze categorieën voor een rechtvaardiging wordt hieronder toegelicht.

Direct onderscheid op grond van 'ras'

Risicoprofilering die rechtstreeks gebaseerd is op een criterium op grond van 'ras' is altijd verboden. In sommige gevallen (private sector en controle in de sfeer van sociale zekerheid) is dat verbod gebaseerd op de Awgb. In de overige gevallen is het gebaseerd op het algemene mensenrechtelijke discriminatieverbod, zoals verankerd in de Grondwet en verschillende internationale mensenrechtenverdragen.

Direct onderscheid door risicoprofielen in het kader van sociale bescherming (sociale zekerheid en sociale voordelen, zoals uitkeringen of toeslagen, inclusief controles daarop) is verboden op grond van de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).⁴⁰

Dit geldt ook voor risicoprofilering in het kader van privaatrechtelijke goederen- of dienstverlening (bijvoorbeeld controle op normovertredingen door bijvoorbeeld verzekeraars en banken bij fraude-checks, of supermarkten bij zelfscankassa's).

Onder de Awgb geldt een gesloten systeem van rechtvaardigingen waarbij direct onderscheid op grond van 'ras' alleen gerechtvaardigd is als er een expliciete wettelijke uitzondering voor bestaat.⁴¹

In situaties van risicoprofilering voorziet de Awgb hier niet in, waardoor direct onderscheid op grond van 'ras' in deze sfeer altijd verboden is. Dit geldt niet voor indirect onderscheid op deze grond: daarvoor is de algemene objectieve rechtvaardigingstoets van toepassing.

Voor direct onderscheid op grond van nationaliteit in de sfeer van sociale bescherming is de Awgb niet van toepassing en geldt de algemene objectieve rechtvaardigingstoets. Voor de private sector geldt dat als onderscheid op grond van nationaliteit expliciet gebaseerd kan worden op een wettelijke grondslag of een ander algemeen verbindend voorschrift zulk onderscheid objectief gerechtvaardigd kan zijn als het voldoet aan de objectieve rechtvaardigingstoets.⁴² Denk hierbij aan extra controles op een bepaald nationaliteitsgevolg van internationaal vastgestelde sanctiemaatregelen tegen bepaalde landen (zie ook kader over nationaliteit verderop) in dit hoofdstuk.

In overige gevallen die niet binnen de contexten van sociale bescherming of private sector vallen, zijn andere internationale normen van toepassing. 'Ras' wordt over het algemeen beschouwd als de meest verdachte discriminatiegrond. Het EHRM geeft daar uiting aan door de objectieve rechtvaardiging in geval van onderscheid op grond van 'ras' zo strikt mogelijk toe te passen.⁴³

⁴⁰ Zie artikel 7a Awgb.

⁴¹ Vgl. artikel 2 lid 4 Awgb.

⁴² Artikel 2 lid 5 sub. a. Awgb.

⁴³ EHRM 17 november 2007, D.H. e.a. t. Tsjechië (nr. 57325/00), par. 196; EHRM 22 december 2009, Sejdić and Finci t. Bosnië en Herzegovina (nrs. 27996/06 en 34836/06), par. 44; EHRM 16 april 2019, Lingurar t. Roemenië, (nr. 48474/14), par. 68.

Het EHRM heeft daarnaast bepaald dat een verschil in behandeling niet enkel of in beslissende mate gebaseerd mag zijn op 'ras'.⁴⁴ In zulke gevallen is een objectieve rechtvaardiging niet mogelijk. Dit uitgangspunt is geformuleerd in de context van de bestrijding en uitbanning van negatieve bejegening, stigmatisering en uitsluiting van etnische groepen in de samenleving.⁴⁵

Risicoprofilering in de sfeer van handhaving zoals in hoofdstuk 2 gedefinieerd is altijd gebaseerd op algemene, abstracte veronderstelde correlaties tussen een kenmerk dat valt onder 'ras' en een bepaalde overtreding in situaties waarin concrete aanwijzingen of inlichtingen over daders of overtredingen bij afwezig zijn. De afwezigheid van concrete aanwijzingen of inlichtingen betekent dat deze bij risicoprofilering geeneen rol spelen, waardoor het algemene verband tussen ras en overtreding resteert. Dat betekent dat wanneer 'ras' een criterium is in een algemeen risicoprofiel, dit in beslissende mate de selectie voor controle bepaalt en dus verboden is. Het gerechtshof Den Haag heeft in de KMar-zaak bepaald dat het voor de beoordeling van een risicoprofiel op grond van 'ras' niet uitmaakt of ook andere (neutrale) risicofactoren mede een rol spelen.⁴⁶ Daarbij moet bedacht worden dat risicoprofilering op grond van ras – juist vanwege de afwezigheid van concrete verdenkingen signalen of inlichtingen – een betreffende etnische minderheid in een negatief daglicht stelt door een algemeen verband tussen overtreding van een regel en etnische achtergrond te leggen. Ook als een correlatie tussen 'ras' en overtreding geheel gebaseerd zou zijn op statistische oververtegenwoordiging

van bepaalde etnische groepen bij bepaalde overtredingen is geen rechtvaardiging voor gebruik van 'ras' in een risicoprofiel (zie tekstkader).

Statistiek geen reden voor directe risicoprofilering op grond van 'ras'

Statistiek waarin verbanden worden gelegd tussen overtredingen en etnische achtergrond vormt nooit een geldige reden om tot risicoprofilering op grond van een 'oververtegenwoordigde' etniciteit over te gaan. Het discriminatieverbod brengt mee dat misdragingen van mensen van met dezelfde etnische achtergrond om redenen van rechtvaardigheid niet eenvoudigweg mogen worden geëxtrapoleerd naar de betreffende etnische bevolkingsgroep als geheel.⁴⁷ Daarbij speelt mee dat statistieken met data over gepleegde overtredingen gemakkelijk een vertekend beeld van de werkelijkheid kunnen geven omdat cijfers mogelijk mede tot stand zijn gekomen door (stigmatiserende) selectieve controles in het verleden. Gebruik van dergelijke 'vervuilde data' leidt door die selectieve focus weer tot selectieve handavingsopbrengsten, waardoor een selffulfilling prophecy zal ontstaan. Bovendien blijken verschillen tussen etnische groepen in criminaliteitsstatistieken vaak grotendeels te verklaren na correctie met sociaaleconomische factoren en andere sociaalwetenschappelijke voorspellers voor normovertredend gedrag.⁴⁸

44 EHRM 13 december 2005, appl. nrs. 55762/00 en 55974/00 (Timishev t. Rusland), par. 58. In eenzelfde lijn zie VN-Mensenrechtencomité 27 juli 2009, nr. 1493/2006, CCPR/C/96/D/1493/2006 (Lecraft t. Spanje), par. 7.4. Dit wordt onderschreven door het VN-comité tegen 'rassendiscriminatie en het VN-Mensenrechtencomité, VN-comité tegen 'ras'sendiscriminatie, General recommendation no. 31 on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system, 2005, § 20. Zie voor overname van dit uitgangspunt ook HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2454 (Dynamische Verkeerscontrole) en Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2023 (KMar), ECLI:GHDHA: 2023:173, § 8.20.

45 Vgl. EHRM 13 december 2005, appl. nrs. 55762/00 en 55974/00 (Timishev t. Rusland), par. 56. Zie hierover nader J.H. Gerards, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination', in: M. Balboni (ed.), The principle of discrimination and the European Convention on Human Rights, Editoriale Scientifica, 2017, p. 10 en 11.

46 Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2023, ECLI:GHDHA: 2023:173 (KMar), par. 8.13.

47 EHRM 16 April 2019, nr. 48474/14, (Lingurar t. Roemenië), § 75; HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480 (Chez), par. 84, 87.

48 'Hoe verschillen veiligheid en criminaliteit naar herkomst?' Centraal Bureau voor de Statistiek 28-2-2019 <https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-asiel-migratie-en-integratie/hoe-verschillen-veiligheid-en-criminaliteit-naar-herkomst->

Buiten de context van risicoprofilering voor controle op normovertreding kan direct onderscheid op grond van 'ras' slechts in zeer uitzonderlijke gevallen wel objectief gerechtvaardigd zijn.⁴⁹ Het EHRM past het criterium 'enkel of in doorslaggevende mate op grond van ras' (dat rechtvaardiging uitsluit) niet toe op onderscheid waarbij 'ras' neutraal of begunstigend wordt gebruikt.⁵⁰ 'Begunstigend' kan aan de orde zijn als met een profiel potentiële slachtoffers worden geïdentificeerd.⁵¹ 'Neutraal' gebruik van 'ras' kan profilering zijn die uitgaat van objectieve concrete en specifieke inlichtingen of informatie over de etniciteit van een dader (daderprofilering), of overgangssituaties waarbij bijvoorbeeld wel inlichtingen over concrete en specifieke dreigingen van geweldadigheden bestaan, waarvoor wel een etnische groeperingen maar (nog) geen individuen in beeld zijn.⁵² In dergelijke gevallen is gebruik van 'ras' of etniciteit in een daderprofiel wel objectief rechtvaardigbaar, maar moet dit aan de meest strikte toets van objectieve rechtvaardiging voldoen. Deze gevallen betreffen echter geen *risicoprofilering* omdat ze ofwel geen controle in het kader van normhandhaving, maar hulp op beogen, of omdat daderprofielen gebaseerd zijn op concrete informatie of inlichtingen en niet op algemene (abstracte) risicofactoren. Deze gevallen blijven in dit toetsingskader verder onbesproken.

Gebruik van nationaliteit bij risicoprofilering: inhoudelijke relevantie van staatsburgerschap voor controle in kwestie vereist

Direct gebruikt van ras is bij risicoprofilering verboden. Hoe zit dat bij nationaliteit? Nationaliteit kan in de praktijk overlappen met 'ras' of etniciteit. Het is verboden om nationaliteit oneigenlijk te gebruiken, dat wil zeggen met het oogmerk om op grond van ras of etniciteit te profileren. Nationaliteit mag in risicoprofilering daarom alleen gebruikt worden als aangetoond kan worden dat iemands juridische status, in dit geval het staatsburgerschap, inhoudelijk relevant is voor het tegengaan van de specifieke normovertreding. Hierbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan het controleren op overtrekking van internationaal vastgestelde sancties tegen bepaalde landen, of een bepaald type fiscale overtrekking die feitelijk alleen of vooral gepleegd kan worden door personen die beschikking hebben over meerdere nationaliteiten of meerdere paspoorten. Naar verwachting doen dit soort gevallen zich slechts bij uitzondering voor. Een cijfermatige of statistische onderbouwing dat de profielfactor 'nationaliteit' de effectiviteit van handhaving verhoogt, levert wel een correlatie maar geen inhoudelijk verband zoals hier bedoeld op. Als er geen inhoudelijk relevante reden is voor het gebruik van nationaliteit, mag nationaliteit niet als profielfactor bij risicoprofilering gebruikt worden. Is er wel een relevantie, dan moet het risicoprofiel ook de objectieve rechtvaardigingstoets doorstaan.

49 De European Commission against Racism and Intolerance van de Raad van Europa (ECRI) spreekt van een 'extremely limited number of cases' waarin een objectieve rechtvaardiging mogelijk zou kunnen zijn. Zie Explanatory Memorandum, onder I, nr. 8. van de General Policy Recommendation No. 7 (revised) on national legislation to combat racism and racial discrimination adopted on 13 december 2002 and amended on 7 december 2017, ECRI(2003)8 REV.

50 Zie EHRM 22 december 2009, Sejdić en Finci t. Bosnië en Herzegovina (nrs. 27996/06 en 34836/06). In deze zin ook en Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2023 (KMar), ECLI:GHDHA: 2023:173, § 8.23.

51 Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2023, ECLI:GHDHA: 2023:173 (KMar), par. 8.23.

52 A.B. Terlouw, 'Gebruik van etniciteit in risicoprofielen Marechaussee is discriminatie', NJB 2020/12, p. 832.

Geheel geautomatiseerde risicoprofilering

Een andere categorie waarvoor er geen objectieve rechtvaardiging mogelijk is, is controle die voortkomt uit geheel geautomatiseerde risicoprofilering. Gebruik van deze vorm van risicoprofilering is verboden. Deze norm komt uit het gegevensbeschermingsrecht⁵³ en is hier opgenomen omdat geautomatiseerde geavanceerde (machine learning) algoritmen mogelijk in staat kunnen zijn om autonoom profielfactoren in te stellen en toe te passen die (direct) onderscheid maken op grond van ‘ras’ of nationaliteit.

Als geen van bovenstaande uitzonderingssituaties aan de orde is dienen de navolgende stappen van de objectieve rechtvaardigingstoets te worden doorlopen.

1. Streeft de risicoprofilering een legitiem doel na?

De eerste stap van de objectieve rechtvaardigingstoets is de vraag of het nagestreefde doel van de risicoprofilering een legitiem doel is. De vragen die hierbij moeten worden gesteld zijn:

1. Is het gestelde doel op zichzelf juridisch toelaatbaar?
2. Voldoet het gestelde doel aan een daadwerkelijke behoefte?

Bij de *juridische toelaatbaarheid* van een doel dient in het geval van risicoprofilering gecontroleerd te worden of de handhavende instantie beschikt over de juiste wettelijke handhavingsbevoegdheden. Verder zou het kunnen dat er andere wettelijke bepalingen zijn die het gestelde doel verbieden. Mocht het oogmerk achter een risicoprofiel inherent discriminerend zijn dan kan het deze toets uiteraard niet doorstaan. Voor wat betreft de daadwerkelijke behoefte aan het doel dat de handhavende instantie nastreeft, moet nagegaan worden of dit een reëel en redelijk belang vertegenwoordigt.

In de praktijk vormt het legitieme doel bij risicoprofilering meestal geen juridisch beletsel. Instanties gebruiken risicoprofilering als het goed is met het doel om bestaande wetten en regels zo effectief mogelijk na te doen leven. Dat wetten gehandhaafd

en nageleefd worden is een doel van de rechtsstaat en een verantwoordelijkheid van de betreffende handhavende instanties, mits juridisch bevoegd.

Ook in de private sector hebben zowel bedrijven als klanten die zich aan de regels houden er een natuurlijk (doorgaans financieel) belang bij dat normovertredingen van (andere) klanten worden opgespoord. Het is wel belangrijk dat instanties bij de ingebruikname van een bepaald risicoprofiel expliciet documenteren welke regels zij beogen te handhaven en welk doel precies wordt nagestreefd.⁵⁴

Het zwaartepunt van de objectieve rechtvaardigingstoets ligt bij risicoprofilering al met al in de overige stappen.

2. Is de risicoprofilering geschikt om het gestelde doel te bereiken?

De geschiktheidstoets (soms ook ‘passendheidstoets’ genoemd) onderzoekt of de inzet van een specifiek risicoprofiel geschikt is om het legitieme doel te bereiken. Dit is in feite een empirische toets. Het gaat erom dat de selectiecriteria binnen een risicoprofiel hetzij op zichzelf, hetzij samen met andere criteria, op effectieve(re) wijze bijdragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde legitieme doel.⁵⁵ De essentie van deze toets is na te gaan of het gebruik van risicoprofilering daadwerkelijk bijdraagt aan het vaststellen van meer normovertredingen dan wanneer enkel aselecte controle (steekproeven) zouden worden gehanteerd.

De handhavende instantie is zelf verplicht om de geschiktheid aan te tonen. Na ingebruikname moet zij in de gaten te houden of het doel ook na verloop van tijd nog altijd wordt bereikt (‘monitoring’). Om erachter te komen of een risicoprofiel effectief is, dient het voor gebruik daarom eerst in een testfase te worden gebruikt, zonder dat sancties daadwerkelijk worden geëffectueerd (dit wordt ook wel sandboxing genoemd). Als een risicoprofiel meerdere profielfactoren bevat, is het van belang de effectiviteit van elk van de afzonderlijke profielfactoren te meten; dit is nodig om bij de noodzakelijkheidstoets (volgende stap) te kunnen

⁵³ Artikel 22 AVG.

⁵⁴ Zie ook het Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes (IAMA), Ministerie van BZK 2022, i.h.b. p. 9-12.

⁵⁵ Vgl. CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, par. 4.6.8; CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, par. 4.3.3.

beoordelen of profielfactoren die het (indirecte) onderscheid veroorzaken, wellicht achterwege gelaten kunnen worden.

Risicoprofilering die wél (indirect) onderscheid op grond van 'ras' of nationaliteit maakt, maar het doel van effectievere handhaving niet dichterbij brengt, levert discriminatie op en is verboden. Enkel wanneer aangetoond is dat het risicoprofiel (of de specifieke profielfactor) de effectiviteit van controles verhoogt, is de volgende stap in de objectieve rechtvaardiging, de *noodzakelijkheidstoets*, relevant.

3. Is dit risicoprofiel noodzakelijk, zijn er geen minder bezwaarlijke alternatieven om het gestelde legitieme doel te bereiken?

De ernst van een verschil in behandeling dat onderscheid oplevert op grond van 'ras' of nationaliteit brengt met zich mee dat het gebruik van 'ras' of nationaliteit binnen een risicoprofiel alleen is toegestaan als dat noodzakelijk is om het gewenste doel te bereiken.⁵⁶ De noodzakelijkheidstoets wordt doorgaans opgesplitst in een subsidiariteitsvereiste en een proportionaliteitsvereiste. De proportionaliteitseis wordt in dit toetsingskader als aparte stap onder 4) behandeld.

Volgens het *subsidiariteitsvereiste* moet aangetoond worden dat de risicoselectie in de context van de specifieke controle- of wetshandhavings-situatie de enige effectieve manier is om het gewenste doel te bereiken. Dit betekent dat er voor de handhavende instantie geen 'redelijke alternatieven' voor de te onderzoeken risicoprofilering beschikbaar mogen zijn.

Om te spreken van een redelijk alternatief moet worden beoordeeld of dat alternatief bijdraagt aan het realiseren van het gestelde doel (zie voorgaande stap), of het betaalbaar en uitvoerbaar is en of daaraan geen andere onoverkomelijke nadelen kleven (zoals discriminatie) zijn. Het vergelijken van alternatieven is een kwestie van meten en vergelijken van effectiviteit, maar vergt ook een afweging: een

alternatief handavingsprofiel dat minder of geen (indirect) onderscheid maakt geldt ook als redelijk alternatief als het marginaal meer kost en of minder effectief is dan het aanvankelijke risicoprofiel.

Een risicoprofiel dat indirect onderscheid maakt en slechts een kleine effectiviteitswinst of een beperkte kostenbesparing ten opzichte van alternatieven, zijn niet voldoende om van noodzakelijkheid van het risicoprofiel te spreken. Is er een dergelijk alternatief, dan maakt dat het betwiste risicoprofiel niet-noodzakelijk, dus verboden. Het is bij dit alles belangrijk dat de handhavende instantie haar volledige afweging inzichtelijk maakt en navolgbaar documenteert.

4. Is het risicoprofilering alles afwegend proportioneel, staan alle nadelen ervan in redelijke verhouding tot de naar verwachting te bereiken doelen?

Als een risicoprofiel onderscheid maakt op grond van 'ras' of nationaliteit, als er een legitiem doel is, als het profiel geschikt is om het doel te bereiken én redelijke alternatieven voor het risicoprofiel om het doel te bereiken ontbreken, dan dient te worden beoordeeld of behaalde doelen van de risicoprofilering proportioneel zijn ten opzichte van de negatieve effecten die deze vorm van risicoprofilering toebrengt. Dit wordt het evenredigheidsvereiste of proportionaliteitsvereiste genoemd.⁵⁷

Het proportionaliteitsvereiste is tweeledig: het gekozen middel (het risicoprofiel) mag nooit meer nadeel opleveren dan nodig is om het legitieme doel te bereiken en er moet een redelijk evenwicht ('fair balance') zijn tussen alle belangen die in het geding zijn. Met andere woorden: de handhavende instantie moet afwegen of het doel voldoende zwaarwegend is om het onderscheid te rechtvaardigen en of het middel niet te zwaar is om dat doel te bereiken.⁵⁸ Van proportionaliteit is geen sprake wanneer een etnische groep sterk ongelijk wordt behandeld voor een maatschappelijk belang dat niet erg zwaarwegend is (denk aan een formele regelovertreding met weinig maatschappelijke

56 Vgl. EHRM 19 februari 2013, nr. 19010/07 (X and Others t. Oostenrijk) [GC], § 134; EHRM 2 maart 2010, nr. 13102/02 (Kozak t. Polen), § 92; EHRM 24 juli 2003, nr. 40016/98 (Karner t. Oostenrijk), § 41.

57 Vanwege de samenhang worden in sommige juridische modellen subsidiariteit en proportionaliteit - stap 7 en 8 uit dit toetsingskader - samengenomen onder de noemer 'noodzakelijkheid'.

58 European Union Agency for Human Rights, European Court for Human rights & Council of Europe Handboek over het Europese non-discriminatierecht (2018, online ed.), p. 46.

schade). Hetzelfde geldt als slechts in beperkte mate wordt bijgedragen aan het realiseren van een (op zichzelf zwaarwegend) nagestreefd doel.

Dit betekent concreet dat de proportionaliteitstoets vergt dat alle positieve en negatieve effecten van het risicoprofiel zorgvuldig in kaart worden gebracht. Vervolgens moet dit worden afgewogen in het licht van het gewicht van het legitieme doel en de mate waarin dit bevorderd wordt. Daarbij moeten dus ook de evaluaties van stappen eerder in het model worden betrokken.

Voor een zorgvuldige beoordeling van de proportionaliteit dient de handhavende instantie de volgende elementen in kaart te brengen:

- **Hoe groot is de effectiviteitswinst bij inzet van het risicoprofiel/ de profielfactor?**
Hoe kleiner de effectiviteitswinst ten opzichte van aselechte controle, hoe zwakker het belang van het risicoprofiel.
- **In welke mate worden groepen burgers vanwege door het profiel veroorzaakte onderscheid vaker getroffen?**
Hoe onevenrediger het effect van (indirect) onderscheid op specifieke (etnische) groepen, hoe zwaarwegender het belang om het risicoprofiel niet te gebruiken.
- **Hoe indringend of belastend is het soort controle op het individu op zichzelf?**
Hoe indringender de controle, hoe zwaarwegender het belang om het risicoprofiel niet te gebruiken. Een huisbezoek, fouillering of aanhouding in het openbaar zijn erg belastend. Een extra maar ongemerkte check in bijvoorbeeld de Basisregistratie Personen is dat mogelijk minder, al moet bij ongemerkte controles op mogelijke de inbreuk op privacy-rechten worden verdisconteerd.
- **In welke mate kan onevenredige (extra) controle als gevolg van het risicoprofiel van groepen op grond van 'ras' of nationaliteit leiden tot stigmatisering op maatschappelijk of groepsniveau in dit concrete geval?**
Hoe waarschijnlijker het stigmatiserende effect van een risicoprofiel en bijhorende controle, hoe zwaarwegender het belang om het profiel niet te gebruiken.

- **Hoe zwaarwegend is de norm waarop met het risicoprofiel wordt gecontroleerd?**

Hoe zwaarwegender de norm, hoe zwaarwegender het belang om het risicoprofiel wel te gebruiken. Handhaving ter voorkoming van een aanslag of een levensdelict is urgenter dan een profilering op bijstandsfraude. Alleen zeer zwaarwegende belangen kunnen een verschil in behandeling op grond van 'ras' of nationaliteit rechtvaardigen.

- **Wat zouden in het concrete geval de gevolgen zijn als het risicoprofiel (of de onderscheidmakende profielfactor) niet wordt ingezet maar in plaats daarvan alleen aselekt wordt gecontroleerd?**

Hoe nadeliger de gevolgen, hoe zwaarwegender het belang bij inzet van het risicoprofiel. Hier kan indien van toepassing ook de rationale van het indirecte (ogenschijnlijk) neutrale criterium worden meegenomen.

Op basis van bovenstaande gezichtspunten dient uiteindelijk te worden beoordeeld of alles afwegende het belang van gebruik van het risicoprofiel zwaarder weegt dan de nadelen die het risicoprofiel veroorzaakt. Dit is geen 'afvinklijst', maar een beoordeling die ethisch en maatschappelijk bewustzijn vergt en grote zorgvuldigheid vereist. Daarbij moet bedacht worden dat het belang om niet indirect benadeeld te worden op etnische kenmerken zeer zwaar weegt. Risicoprofielen die indirect een (substantieel) ongelijk effect op etnische groepen hebben, zullen dan ook zeer moeilijk proportioneel geacht kunnen worden. Een indirect criterium mag in elk geval niet worden ingezet om het verbod op direct onderscheid bewust te omzeilen: er zal dus een zelfstandige inhoudelijke reden voor het hanteren van het indirecte criterium moeten bestaan.

Ook voor eventuele (uitzonderlijke) rechtvaardiging van onderscheid op grond van nationaliteit is het noodzakelijk dat er een inhoudelijk relevante reden is om op nationaliteit te selecteren. Dat moet gaan om het staatsburgerschap of de rechten en plichten die daarmee samenhangen (zie kader).

4 De verplichting om discriminatie door risicoprofielen te voorkomen

4.1 Inleiding

Handhavende instanties die gebruik maken van risicoprofilering zijn verplicht om schade of nadelige effecten te voorkomen als de risico's daarop voorzienbaar en kenbaar zijn. Dit wordt de 'voorzorgplicht' genoemd. Voor dit document betekent dat: de verplichting van handhavende instanties om te doen wat in hun macht ligt om discriminatie te voorkomen als risico's daarop bekend zijn of bekend hadden moeten zijn. Daar gaat dit hoofdstuk over.

In werkelijkheid liggen de normen die discriminatie verbieden (zie Hoofdstuk 3) en voorzorgsnormen in elkaars verlengde en vormen ze een geheel. Omwille van de overzichtelijkheid behandelt dit toetsingskader deze voorzorgsnormen in een apart hoofdstuk. In situaties van risicoprofilering waarin instanties tekortschieten in een voorzorgsverplichting kan dat schending van het discriminatieverbod opleveren.⁵⁹

De zorgplicht om discriminatie bij risicoprofilering te voorkomen is van belang vanwege de ongelijke en zwakke positie van individuen bij controles. De burger ziet meestal alleen haar of zijn eigen situatie. Relevante informatie waaruit eventuele (etnisch) scheve verdeling in controlefrequentie of handhavingseffecten kan blijken ligt in principe bij de handhavende instanties. Soms kan iemand die vermoedt gediscrimineerd te zijn dit aannemelijk maken met beschikbare informatie (rapporten of onderzoeken) waaruit statistisch blijkt dat bepaalde werkwijzen of risicoprofielen (verhoudingsgewijs) ongelijke effecten hebben.⁶⁰

Meestal is zulke informatie echter niet voorhanden. Gelet hierop mag een handhavende instantie niet wachten met kritisch onderzoek van de eigen risicoprofilering totdat iemand een discriminatieklacht indient of een zaak aanspant.

Discriminatie voorkomen als juridische verplichting

Op grond van het IVUR hebben handhavende overheidsinstanties een algemene verplichting om rassendiscriminatie aan te pakken en te voorkomen. Zij mogen geen beleid voeren dat leidt tot discriminatie, en waar daar sprake van is, moeten zij dat beleid aanpassen.⁶¹ Ook uit het discriminatieverbod van het EVRM (zoals vervat in artikel 14 en artikel 1 Twaaftde Protocol EVRM) vloeien concrete voorzorgsplichten voort, in het bijzonder in het kader van discriminatie op grond van 'ras'. Volgens het EHRM is 'speciale waakzaamheid' geboden om discriminatie op grond van 'ras' tegen te gaan. Verdragsstaten moeten 'alle tot hen beschikbaar staande middelen' gebruiken om discriminatie op grond van 'ras' te voorkomen.⁶² Ook leidt het College in bepaalde situaties zorgplichten af uit de verbodsnormen van de Awgb⁶³

Dit hoofdstuk werkt vijf specifieke voorzorgsverplichtingen met betrekking tot risicoprofilering nader uit:

- Signaleren en voorkomen van onbedoelde indirecte discriminatie door op het oog neutrale profielcriteria ('proxydiscriminatie') (4.2)
- Responsiviteit op signalen van discriminatie door adequate klachtprocedures (4.3)
- Het voorkomen van discriminatie door algoritmische toepassingen (4.4)
- Specifieke zorgplichten bij discriminatie door menselijke selectiebeslissingen (4.5)
- Transparantie en het voorzien in en gebruik maken van extern toezicht (4.6)

59 EHRM 20 februari 2024, nrs. 43868/18 en 25883/21, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818, (Wa Baile t. Zwitserland).

60 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 3 oktober 2019, C-274/18 ECLI:EU:C:2019:828 (Minoo Schuch-Ghannadan tegen Medizinische Universität Wien) en EHRM 23 november 2021, nr. 24757/18, ECLI:CE:ECHR:2021:1123JUD002475718 (Tapayeva e.a. tegen Rusland), para. 109-110.

61 Artikel 2 en artikel 5 IVUR.

62 Bijv. EHRM 13 december 2005, appl. nrs. 55762/00 en 55974/00 (Timishev t. Rusland), par. 56. EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 34836/06 (Sejdić and Finci t. Bosnië en Herzegovina), par. 43

63 College voor de Rechten van de Mens, 2 oktober 2023, Oordeel 2023-101.

Dit hoofdstuk is een handreiking voor het ondervangen van een aantal door het College geobserveerde risico's op discriminatie door risicoprofilering; het geeft geen volledig overzicht van alle risico's en mogelijke voorzorgsmaatregelen. Instanties blijven te allen tijde verantwoordelijk voor het herkennen, identificeren en ondervangen van risico's op discriminatie door risicoprofielen.

4.2 De plicht om indirect onderscheid te voorkomen

Indirect onderscheid door risicoprofilering is in hoofdstuk 3 omschreven als het gebruik van op het oog neutrale criteria, die groepen op grond van 'ras' of nationaliteit onevenredig treffen. Om onbedoelde discriminatie te voorkomen, moeten handhavende instanties daarom achterhalen of de criteria in hun risicoprofilering mogelijk onevenredige effecten op personen op grond van ras of etniciteit hebben, en dus indirect onderscheid maken. In deze paragraaf geeft het College de belangrijkste stappen weer die instanties moeten zetten om dit aan het licht te brengen.

Het belang van de voorzorgsplicht in de context van discriminatie

De voorzorgsplicht is van belang vanwege de bewijslastverdeling in discriminatieprocedures. Deze is zodanig dat degene die stelt gediscrimineerd te zijn aan zet is om informatie aan te leveren die onderscheid jegens hem of haar aannemelijk maakt. De rechter kan dan een 'vermoeden van onderscheid' vaststellen, waarmee de bewijslast naar de handhavende instantie verschuift. De instantie dient dan te onderbouwen dat er niet in strijd met het discriminatieverbod is gehandeld. Dat kan door het vermoeden van onderscheid te weerleggen (dan is er géén sprake van onderscheid), of door aan te tonen dat het onderscheid te rechtvaardigen was (dan is er sprake van onderscheid maar is dat toelaatbaar).

Als profielcriteria correleren met 'ras' of nationaliteit wordt ook wel gesproken van een 'proxy': een neutraal criterium dat onderscheid maakt 'in plaats van' een criterium dat rechtstreeks, expliciet onderscheid maakt op grond van 'ras' of nationaliteit. Een handhavende instantie zal zich niet altijd bewust zijn van het proxy-karakter van een criterium. Het gaat immers om 'op het oog neutrale criteria'. Precies hier ligt wel een verantwoordelijkheid en zorgplicht van de instantie die risicoprofilering inzet. Om te controleren of er sprake is van (onbedoelde) indirecte discriminatie, moeten instanties de volgende drie stappen nemen.

1. Ten eerste moeten instanties eventuele risicoprofielen en hun criteria *vooraf controleren op correlaties met 'ras' of nationaliteit* die algemeen bekend of redelijkerwijs aannemelijk zijn.
2. Ten tweede dienen handhavende instanties periodieke evaluatie van discriminatiesignalen uit te voeren. Daarbij hoort ook een alerte en adequate reactie op dergelijke signalen.
3. Ten derde dienen periodieke statistische controles naar mogelijk ongelijke effecten van op het oog neutrale profielen een plaats te krijgen.

Deze stappen worden hieronder toegelicht.

1. Controleer vóór gebruik de risicoprofielcriteria op bekende correlaties met de discriminatiegrond 'ras'.

Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven, dienen organisaties alert te zijn op het gebruik van mogelijke 'proxy'-criteria voor 'ras' en nationaliteit. Van bepaalde criteria is de correlatie met 'ras' en nationaliteit algemeen bekend of redelijkerwijs aannemelijk. De tabel hieronder bevat een (niet-uitputtende) lijst van algemeen bekende voorbeelden of uit jurisprudentie of rapportages bekende profielcriteria die vaak correleren met 'ras' en nationaliteit.

Criterium dat (waarschijnlijk of zeker) correleert met de discriminatiegrond 'ras':	Toelichting:
Taal/taalvaardigheid	Verminderde taalvaardigheid correleert met recente migratieachtergrond (Nederlands niet de moedertaal)
Postcode of wijk	Correlatie met 'ras' vanwege gesegregeerde woonwijken
Hoogte inkomen	Laag inkomen correleert met migratieachtergrond
Type vervolgonderwijs	mbo-studenten hebben verhoudingsgewijs vaker een migratieachtergrond
Specifieke namen	Voor- en achternamen die voornamelijk voorkomen bij specifieke etnische minderheden
Gezinssamenstelling	Gezinnen van personen met migratieachtergrond hebben gemiddeld een grotere omvang
Letterkundige samenstelling namen	Namen, specifieke letters, verhoudingsgewijs veel klinkers of specifieke lettercombinaties ⁶⁴ kunnen correleren met migratieachtergrond
Geboorteplaats of -land buiten Nederland	Mensen met een buitenlandse geboorteplaats beschikken vaak over een migratieachtergrond
Religie met relatief grote aanhang onder mensen met migratieachtergrond	Indien in Nederland aangehangen, correleren religies zoals de islam met een migratieachtergrond
Donatie aan moskee	Donaties aan een specifieke religieuze gemeenschap correleren met het aanhangen van de betreffende religie, en indirect ook met migratieachtergrond ⁶⁵
Recent uitgegeven BSN	Een recent uitgegeven Burgerservicenummer bij volwassenen duidt op recente migratie/ migratieachtergrond ⁶⁶
Uitkering	Correleert (net als inkomen) met migratieachtergrond ⁶⁷
Kenteken auto uit specifiek land	Het land van uitgifte correleert met de nationaliteit van de bestuurder. Dit is indirect onderscheid; herkomst van bestuurder en voertuig komen niet noodzakelijk overeen. ⁶⁸

64 *Query's aan de poort*, PWC-onderzoek 16 maart 2022, p. 24. Bij de Belastingdienst is in sommige lijsten het controlecriterium "hoge zorgkosten in combinatie met achternamen eindigend op 'IC'" aangetroffen. Indien toegepast leidt dit tot frequentere controle van personen met (zuid)Oost-Europese achtergrond. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/03/16/onderzoek-queries-aan-de-poort>.

65 PWC, onderzoek *Query's aan de Poort*, p. 25.

66 Zie College Oordeel 2024-77, <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2024-77>.

67 Zie College Oordeel 2013-33, <https://oordelen.mensenrechten.nl/oordeel/2013-33>.

68 HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1872 (MOElander), r.o. 2.5.2.

Wanneer een van de criteria uit de tabel wordt gebruikt in een risicoprofiel, is dat een sterk vermoeden dat indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van 'ras' of nationaliteit. Ook bij profielcriteria buiten bovenstaande voorbeeldlijst wordt van handhavende instanties verwacht dat zij zelf over een zeker maatschappelijk bewustzijn beschikken om mogelijke correlaties met 'ras' en nationaliteit te herkennen. Voor het daadwerkelijk vaststellen van onderscheid kan soms nader onderzoek nodig zijn.

Let op dat correlaties tussen mogelijke proxy-criteria en 'ras' of nationaliteit per context kunnen verschillen en door verloop van tijd kunnen veranderen. Zo kunnen door het inlopen van maatschappelijke achterstanden qua taal, opleiding en inkomen correlaties tussen migratieachtergrond en deze criteria na verloop van tijd zwakker worden of zelfs verdwijnen. Verder wijst het College erop dat de lijst ook criteria bevat die wijzen op een bepaalde etniciteit, zoals taal, religie en culturele gebruiken. Deze kunnen in beginsel indirect onderscheid op grond van etniciteit en dus van 'ras' opleveren.⁶⁹ Een combinatie van deze criteria kan direct onderscheid op grond van 'ras' kan opleveren.⁷⁰

2. Periodieke evaluatie van discriminatiesignalen

Naast controle vooraf is periodieke evaluatie van de handhavingspraktijk tijdens het actief zijn van een risicoprofiel verplicht. In een aantal gevallen waarbij (indirecte) discriminatie door risicoprofiele aan het licht kwam, zoals bij DUO en de Belastingdienst/Toeslagen, bleek achteraf dat er reeds in een vroeg stadium interne signalen bestonden over de mogelijk discriminerende effecten, waar geen opvolging aan is gegeven. Dit voorkomen vraagt om een structureel proces van agenderen, documenteren en reageren.

- Veel handhavende instanties zijn gewend fraudesignalen periodiek te evalueren om nieuwe patronen te ontdekken. Bij dit soort evaluaties dienen zij ook het signaleren van ongelijke effecten periodiek te agenderen.

Het doel daarbij is het ontdekken van onbedoelde ongelijke effecten, in eerste instantie los van de vraag of dit discriminatie in juridische zin oplevert. De vraag of er een logische, niet-discriminatoire verklaring is voor ongelijke effecten is in deze signaleringsfase niet aan de orde.

- Eventuele signalen dienen zorgvuldig gedocumenteerd te worden. Belangrijk is dat ook het documenteren los staat van conclusies over de gegrondheid van of mogelijke verklaringen voor signalen van discriminatie.
- Het sluitstuk is dat organisaties in staat zijn adequaat te reageren en opvolging te geven aan de signalen. Signalen kunnen aanleiding geven om profielcriteria opnieuw te analyseren op mogelijke correlaties met 'ras' of nationaliteit. Ook kunnen patronen van signalen aanleiding geven om statistisch onderzoek uit te (laten) voeren naar ongelijke effecten naar 'ras' of nationaliteit.

Instanties moeten zelf bezien hoe adequaat agenderen, documenteren en reageren moet worden georganiseerd op een manier die aansluit bij het type handhaving en organisatie.

3. Statistische analyse van handhavingsuitkomsten met oog op discriminatie

Het kan voorkomen dat er serieuze signalen zijn van onbedoelde ongelijke effecten in handhavingsresultaten naar 'ras' of nationaliteit, maar dat onderzoek aan de hand van bekende correlaties geen duidelijke uitkomst oplevert. In dat geval kan het zinvol en nodig zijn om een statistische evaluatie uit te (laten) voeren. Hierbij moet een aantal aandachtspunten in acht worden genomen.

Ten eerste is het *selecteren van de juiste referentiegroep* een belangrijk punt bij het vaststellen van ongelijk effect naar 'ras' of nationaliteit. De juiste referentiegroep is de potentieel te controleren populatie voor de norm waarop in het concrete geval wordt gecontroleerd. De verhouding naar 'ras' of nationaliteit in de referentiegroep kan anders liggen dan in Nederland als geheel.

69 HvJ-EU 6 april 2017, C-668/15, ECLI:EU:C:2017:278 (Jyske Finans).

70 Zie par. 3.3, onder stap 2).

In het geval van bijvoorbeeld controle op fraude in een bepaalde sector van het midden- en kleinbedrijf, dienen de (etnische) verhoudingen binnen die sector de referentiemaatstaf voor een gelijke controle-uitkomst te vormen, en niet de etnische verhoudingen in de Nederlandse bevolking als geheel.

Ten tweede zijn bij statistisch onderzoek normen van *privacy en gegevensbescherming* een aandachtspunt. Wie onderzoek wil laten verrichten naar etniciteit van een bepaalde referentiepopulatie verwerkt bijzondere persoonsgegevens. Daarvoor is een valide grondslag nodig. Op zichzelf is discriminatiebestrijding een zwaarwegend algemeen belang, maar er kan discussie zijn over de vraag of de huidige AVG voorziet in een afdoende grondslag voor dit concrete doel.⁷¹ De recente AI-Act voorziet in een bepaling die onderzoek naar discriminerende AI-profielen toestaat⁷² maar mogelijk is er aanvullend optreden van de wetgever nodig is om dit type onderzoek voor alle gevallen ter controle van risicoprofielen mogelijk te maken. Handhavende instanties die twijfelen over conformiteit van beoogd discriminatieonderzoek met de AVG doen er goed aan zich te wenden tot de Autoriteit Persoonsgegevens.

Statistisch onderzoek moet ten slotte uiteraard plaatsvinden aan de hand van *betrouwbare wiskundige en statistische methoden*.

4.3 Verplichting om externe signalen te verzamelen en klachten zorgvuldig te behandelen

Naast de aandacht voor periodieke evaluatie van interne signalen (zie paragraaf 4.2), hebben handhavende instanties ook een plicht om zorg te dragen voor een adequate en laagdrempelige klachtprocedure voor externe signalen van ongelijke handhavingseffecten. Dit vergroot de kans dat onevenredige ongelijkheid en andere fouten in de handhaving tijdig worden ontdekt en kunnen worden gecorrigeerd. Een instantie die de klachtprocedure niet serieus neemt, schiet daarmee tekort in haar zorgplicht om discriminatie te voorkomen. Het organiseren van een goede klachtprocedure bij discriminatie vraagt aandacht. Het College gaf hiervoor eerder een brochure uit.⁷³ Voor klachtprocedures in het algemeen biedt de Nationale Ombudsman goede handreikingen aan.⁷⁴

Het volgen van de drie hierboven beschreven stappen is essentieel voor instanties bij het voldoen aan hun voorzorgsverplichting bij risicoprofilering. Hieronder volgen nog drie andere aspecten van de voorzorgsverplichting die betrekking hebben op specifieke contexten.

4.4 Voorzorgsverplichtingen bij algoritmische risicoprofilering

Het gebruik van algoritmische risicoprofilering brengt enkele bijzondere risico's mee, en daarmee ook bijzondere verplichtingen. Handhavende instanties blijven te allen tijde verantwoordelijk voor de inzet van een algoritme in de handhaving, ook als de techniek complex is en/of is uitbesteed aan een externe leverancier. Instanties die kiezen voor algoritmische toepassingen dienen op de hoogte te zijn van verschillende bijzondere risico's op

71 Vgl. M.S.L. van Bekkum en F.J. Zuiderveen Borgesius, 'De spanning tussen het non-discriminatierecht en het gegevensbeschermingsrecht', *NJB* 2023/1957, p. 2271-2278.?

72 AI-Verordening, artikel 10 lid 5.

73 Brochure *Zorgvuldig omgaan met discriminatieklachten*, College voor de Rechten van de Mens 2013, <https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/11f039fb-1636-4590-b5e4-4ddc522f2e26>.

74 *Klachtbehandeling, hoe pakt u dat aan?*, Nationale Ombudsman 2021, <https://www.nationaleombudsman.nl/overheidsprofessionals/klachtbehandeling>. Nationale Ombudsman, Ombudsvisie op professionele klachtbehandeling – werken aan oplossingen en leren van klachten, rapportnr. 2018/005, Den Haag: Nationale Ombudsman 2018.

discriminatie die beschreven zijn in de literatuur.⁷⁵ Voor zorgvuldige omgang met data zijn inmiddels verschillende handleidingen ontwikkeld.⁷⁶ Voor ingebruikname dient in ieder geval het IAMA te worden doorlopen (Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes). Dit instrument is bedoeld om gesystematiseerd inzicht te krijgen in mensenrechtenrisico's van algoritmes.

Twee categorieën van complexe algoritmes verdienen in het kader van risicoprofilering hier bijzondere aandacht. In hoofdstuk 3 is al aangegeven dat geheel geautomatiseerde profilering zonder menselijke tussenkomst op grond van de

AVG verboden is. Ook bij *zelflerende algoritmes die niet geheel automatisch functioneren*, doen zich bijzondere risico's voor. Voor zover complexe profileringsalgoritmes in staat zijn aan de hand van verworven input en gegenereerde output zelf beslisregels aan te passen, zou het kunnen voorkomen dat een dergelijk algoritme risicocriteria genereert en toepast die nooit bewust door de handhavende instantie zijn gekozen en geëvalueerd. Dat is niet toegestaan. Handhavende instanties dienen zich ervan bewust te zijn dat wanneer zij de profilering door zelflerende algoritmes niet kunnen uitleggen of reconstrueren, het geven van een objectieve rechtvaardiging ook onmogelijk wordt.

'Hoog risico' AI-systemen en de EU AI-verordening

In 2024 is de AI-Verordening aangenomen. Dit is een Europese wet die regels stelt voor de ontwikkeling en het gebruik van AI-systemen,⁷⁷ onder meer om discriminatie te voorkomen. De wet richt zich vooral op ontwikkelaars en gebruikers van AI-systemen en is daarmee ook relevant voor risicoprofilering waarin vaak gebruik wordt gemaakt van algoritmes. De AI-Verordening merkt bepaalde vormen van AI-systemen aan als 'hoog risico'. Hieronder vallen in de meeste gevallen ook risicoprofielen.⁷⁸ Hoog risico' in de AI-verordening betekent dat er extra voorzorgsregels gelden om deze risico's te ondervangen of te beperken. De AI-verordening bevat normen over risicobeheer, de kwaliteit van de gebruikte data, transparantie, technische documentatie en registratie, menselijk toezicht en accuraatheid.⁷⁹ Systemen met een hoog risico moet verplicht vooraf een 'grondrechteneffectbeoordeling' doorlopen.⁸⁰ Daarnaast moet ook regelmatig het AI-systeem worden gecontroleerd. Wanneer een grondrechten-effectenbeoordeling achterwege is gelaten of een hoog risico AI-Systeem niet (langer) voldoet aan deze voorwaarden, dan is het gebruik ervan verboden. De gevolgen van de AI-Verordening voor regulering van risicoprofilering in Nederland zullen door implementatie en rechtspraak naar verwachting de komende jaren verder vorm krijgen.

75 Voor een bespreking van discriminatierisico's van algoritmische toepassingen zie M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en Grondrechten*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 138-148.

76 *Mensenrechten en Algoritmes* (IAMA), Ministerie van BZK 2022, www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/25/impact-assessment-mensenrechten-en-algoritmes; Zie voor kwantitatieve waarborgen en instructies Algorithm Audit, Kwalitatieve en kwantitatieve waarborgen voor verantwoord gebruik van profileringsalgoritmes, https://algorithmaudit.eu/nl/knowledge-platform/knowledge-base/public_standard_profiling/

77 Een AI-systeem is volgens artikel 13 lid 1 van de Verordening: 'software die is ontwikkeld aan de hand van een of meer van de technieken en benaderingen die zijn opgenomen in de lijst van bijlage I en die voor een bepaalde reeks door mensen gedefinieerde doelstellingen output kan genereren, zoals inhoud, voorspellingen, aanbevelingen of beslissingen die van invloed zijn op de omgeving waarmee wordt geïnterageerd'. Bijlage I noemt drie categorieën: benadering voor machinaal leren, op logica en op kennis gebaseerde benaderingen én statistische benadering.

78 Bijlage 3, par. 5a, 6a, 6e, 6g en 7b.

79 Hoofdstuk 2 AI-Verordening.

80 Artikel 19 AI-Verordening.

4.5 Zorgplichten bij menselijke, niet-geautomatiseerde selectiebeslissingen

Bij sommige typen handhaving wordt gebruik gemaakt van menselijke selectiebeslissingen. Denk aan de zogenaamde (risico)profilering ‘op straat’ door agenten en BOA’s, controles door de Marechaussee of private beveiligers op luchthavens of bij evenementen. Handhavende instanties leiden handhavers op om verdacht afwijkend gedrag te herkennen. Verantwoordelijke instanties en individuele ambtenaren dienen zich bewust te zijn van de invloed van onbewuste vooroordelen over etnische groepen bij de beoordeling van gedrag als ‘verdacht’. Voor instanties die zijn aangewezen op dit type handhaving geldt daarom een aantal specifieke zorgplichten.

- Uit jurisprudentie blijkt dat er een actieve zorgplicht bestaat om *handhavers in het bijzonder op te leiden om vooroordelen bij selecties voor controles te vermijden*. Dit speelde ook in de zaak voor het EHRM van Wa Baile tegen Zwitserland (zie kader). Hierbij staat de ontoelaatbaarheid van gebruik van etnische kernmerken niet ter discussie maar ligt het probleem in de bewijssfeer. Instanties zijn bij een klacht verplicht om te onderzoeken in hoeverre er iemand om discriminerende motieven is gecontroleerd. Wanneer ondanks signalen over discriminerende controles geen beleid tegen etnisch profileren bestaat, draagt dat bij aan het bewijs dat in een concrete geval discriminerend is geselecteerd.
- Het CERD beveelt verdragsstaten aan om *cijfers en data te verzamelen* om de aanpak van discriminerende risicoprofilering te kunnen monitoren. Ook uit rechtspraak van het EHRM vloeit voort dat autoriteiten *gegevens over selectiebeslissingen* moeten verzamelen en/of veiligstellen. Dit is nodig om gecontroleerde personen die een redelijk vermoeden hebben (‘arguable claim’) dat zij vanwege racistische motieven zijn gecontroleerd een claim objectief te laten toetsen.⁸¹ Dit hangt samen met de plicht tot *uitlegbaarheid* van iedere controle/ staandehouding.

EHRM Wa Baile t. Zwitserland

Verzoeker Wa Baile stelde aan een identiteitscontrole te zijn onderworpen door de Zwitserse politie vanwege zijn huidskleur. De betrokken politieambtenaren ontkenden dit en stelden dat de man is gecontroleerd omdat hij zich verdacht gedroeg. Het EHRM oordeelde in dit geval dat sprake was van (verboden) discriminatie. Daarbij nam het in aanmerking dat de Zwitserse politie geen adequate trainingen en procedures hanteerde om etnisch profileren te voorkomen, terwijl uit diverse rapporten bleek dat etnisch profileren door de Zwitserse politie een structureel probleem was. Mede door dit nalaten verschoof de bewijslast naar de Zwitserse staat om aan te tonen dat huidskleur geen rol had gespeeld bij de selectie van dhr. Wa Baile. Zwitserland kon dit tegenbewijs niet leveren. Uit de zaak kan worden afgeleid dat staten een positieve verplichting hebben om etnisch profileren te voorkomen, onder andere via het adequaat opleiden en trainen van agenten.

- Handhavers zoals agenten dienen in de *opleiding expliciet mee te krijgen dat ‘ras’ of etniciteit* geen controlecriterium van risicoprofilering hoort te zijn. Bij opsporing aan de hand van een dadersignalement of in uitzonderlijke situaties bij een opsporingsprofiel ter bescherming van personen tegen zeer ernstige misdrijven op basis van concrete inlichtingen ligt dit anders. De beslissing om tot daderopsporing over te gaan dient aan alle daarvoor bedoelde strafrechtelijke procedurele eisen te voldoen en is niet aan de individuele opsporingsambtenaar.
- Instanties horen bij vastgesteld racistisch gedachtegoed in de organisatie een *zero tolerance-beleid* te hanteren. Dergelijk beleid moet expliciet in interne richtlijnen en gedragscodes worden opgenomen.

⁸¹ EHRM 18 oktober 2022, nr. 215/19 (Basu t. Duitsland); zie ook EHRM 18 oktober 2022, appl. no 34085/17 (Muhammad t. Spanje).

Het bevorderen van onbevooroordeelde menselijke selectiebeslissingen door handhavende instanties is immers zinloos als individuele handhavers er expliciete racistische denkbeelden en motieven op nahouden.

- Tenslotte is bewustzijn nodig dat de aanpak van bevooroordeelde selectiebeslissingen complex is. Discriminatie in deze sfeer voorkomen vraagt om bewustzijn, passende werkwijzen, registratie, zelfanalyse en verantwoording, maar waarschijnlijk ook om vernieuwende werkwijzen en interventiemethoden. Het WODC heeft in 2024 een overzichtsstudie gepubliceerd naar bestaande bewezen effectieve methoden om etnisch profileren in Nederland te voorkomen.⁸² De belangrijkste conclusie luidt dat het momenteel veelal aan aantoonbaar effectieve methoden ontbreekt en dat dringend meer onderzoek in Nederland nodig is. Als aangetoond is dat interventies tegen discriminerende beslissingen onvoldoende helpen, zijn instanties die gebruik maken van menselijke selectiebeslissingen in hun handhaving in beginsel verantwoordelijk voor het ontwikkelen van nieuwe methodes en verbeteren van bestaande methodes tegen etnisch profileren.

4.6 Transparantie en onafhankelijk toezicht

Instanties die gebruik maken van risicoprofilering dienen hierover transparant te zijn. In het kader van bestuursrechtelijke risicoprofilering heeft het College eerder al gesteld dat algoritmegebruik bij aan tot persoon gerichte besluiten (beschikkingen) op grond van het motiveringsvereiste in het bestuursrecht verplicht is.⁸³

Op grond van de AI-Act wordt toezicht verplicht voor risicoprofielen die onder de AI-Act vallen. In het domein van justitie en veiligheid is onafhankelijk toezicht op risicoprofielen onder omstandigheden ook reeds verplicht.

Ook voor gevallen waarin dit nog niet expliciet gereguleerd is, is toezicht nodig. De overheid dient dit te organiseren. Totdat dit gerealiseerd is doen handhavende instanties die veel met profilering werken er goed aan zelfstandig onafhankelijk toezicht op risicoprofilering te organiseren als invulling van de voorzorgsplicht.

4.7 Samenvatting voorzorgsplichten

In dit hoofdstuk is een aantal stappen uitgewerkt die handhavende instanties moeten zetten om discriminatie door risicoprofielen te voorkomen. Deze voorzorgsplichten zijn vooral van belang voor het detecteren van ongemerkte indirecte ongelijke effecten van risicoprofielen. Er geldt een algemene plicht om te doen wat mogelijk is om discriminatie op grond van ‘ras’ of nationaliteit te voorkomen.

Samengevat zijn de stappen die in dit hoofdstuk zijn toegelicht:

- Het voorkomen van indirecte discriminatie, door middel van toetsing op algemeen bekende ‘proxy’ indicatoren, periodieke evaluatie van discriminatiesignalen en statistisch onderzoek naar onevenredige effecten van het risicoprofiel.
- Extra waakzaamheid bij het gebruik van zelflerende algoritmes, ook bij algoritmes die niet volledig geautomatiseerd werken maar alsnog eigen selectiecriteria kunnen ontwikkelen.
- De inrichting en onderhouden van een effectieve klachtenprocedure, voor de signalering en opvolging van discriminatiesignalen in de praktijk.
- Zorgplichten bij menselijke, niet-geautomatiseerde selectiebeslissingen, zoals het verplichte opleiden van handhavers in profileren zonder vooroordelen, het verzamelen van gegevens over selectiebeslissingen, expliciete instructies over het niet-gebruik van ‘ras’ of etniciteit als selectie criterium en een zero-tolerance beleid tegenover racistisch gedachtegoed.

⁸² *Etnisch Profileren door de Politie - Een systematische literatuurstudie toegespitst op de Nederlandse context*, WODC 2024, <https://www.wodc.nl/actueel/nieuws/2024/03/14/effectieve-aanpak-etnisch-profileren-door-politie-vereist-meer-kennis>.

⁸³ College voor de Rechten van de Mens, *In alle openheid: transparant algoritmegebruik door de overheid*, Position Paper, juni 2023 <https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/bf15558a-1b17-43d7-a60e-df9ff8847491>.

Bijlage: Relevante verdragen en wetgeving

Algemene non-discriminatiebepalingen

Het EVRM (artikel 14 EVRM en artikel 1, 12e Protocol EVRM), het IVBPR (artikel 2 lid 1, artikel 26), artikel 20 en 21 van het Handvest van de Grondrechten van de EU en artikel 1 van de Nederlandse Grondwet verwoorden het algemene verbod op discriminatie.

Hieronder valt in ieder geval ook discriminatie op de gronden 'ras' en nationaliteit.

Recht van de Europese Unie en implementatiewetgeving

Het recht van de Europese Unie behelst verder de specifieke Richtlijn 2000/43/EG 'houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht 'ras' of etnische afstamming'. De richtlijn is specifiek van toepassing op de grond 'ras'/etniciteit, maar niet op de grond nationaliteit. In Nederland is deze richtlijn geïmplementeerd in de Algemene Wet Gelijke Behandeling (Awgb). Deze wet heeft een afgebakende reikwijdte tot met name sociaaleconomische rechtsverhoudingen en hanteert een 'gesloten systeem van rechtvaardigingen' (zie hoofdstuk 3) bij direct onderscheid. Voor risicoprofilering is de Awgb relevant in private rechtsverhoudingen en in de sfeer van de sociale zekerheid.⁸⁴

VN-Verdrag tegen rassendiscriminatie

Het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR) is een verdrag dat in zijn geheel is gewijd aan discriminatie op grond van

'ras'. Het IVUR verbiedt geen onderscheid op grond van nationaliteit als het gaat om toekennen van verschillende rechten aan staatsburgers en niet-staatsburgers.⁸⁵ Het IVUR formuleert verschillende actieve verplichtingen voor verdragsstaten. Zo is Nederland gehouden 'beleid te voeren gericht op het volledig uitbannen van rassendiscriminatie'.⁸⁶ Ook verplicht het IVUR tot het 'wijzigen, afschaffen of nietig verklaren van wetten of voorschriften die tot rassendiscriminatie kunnen leiden'.⁸⁷ Het IVUR kent ook een toezichthoudend comité inzake de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD) dat algemene maar specifieke aanbevelingen kan doen aan verdragspartijen ter naleving van het verdrag. Met betrekking tot racial profiling heeft het CERD een General Recommendation gepubliceerd met specifieke richtlijnen voor nationale staten op dit punt.⁸⁸

Gegevensbeschermingsrecht

Voor risicoprofilering is ook wetgeving over de bescherming van persoonsgegevens relevant. Artikel 9 AVG bindt het gebruik van bijzondere categorieën persoonsgegevens – waaronder 'ras' en religie – aan voorwaarden. Verder verbiedt artikel 22 lid 1 het onderwerpen van burgers aan besluiten die uitsluitend gebaseerd zijn op geautomatiseerde verwerking, waaronder begrepen (geautomatiseerde) profilering, tenzij aan een van de in artikel 22 lid 2 AVG daar genoemde uitzonderingscategorieën wordt voldaan. Specifiek ten aanzien van profilering met behulp van bijzondere persoonsgegevens zoals 'ras' of religie, stelt artikel 22 lid 2 in verband gelezen met artikel 9 lid 2 sub g AVG de eis dat dit «noodzakelijk [is] om redenen

⁸⁴ Zie artikel 7a Awgb.

⁸⁵ Artikel 1 lid 2 IVUR.

⁸⁶ Artikel 2, aanhef, IVUR.

⁸⁷ Artikel 2 lid 1 sub c. IVUR.

⁸⁸ CERD: General recommendation No. 36 (2020) on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials (CERD/C/GC/36):

<https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-36-2020-preventing-and-combating-racial-profiling-by-law-enforcement-officials>

van zwaarwegend algemeen belang (...) 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».

College voor de Rechten van de Mens

Postbus 16001
3500 DA Utrecht

Bezoekadres:
Kleinesingel 1-3
3572 CG Utrecht

030 888 38 88
info@mensenrechten.nl
www.mensenrechten.nl
Voor vragen kunt u een e-mail sturen en
op werkdagen bellen van 10.00 - 16.00 uur.

Ontwerp
VormVijf, Den Haag

Januari 2025