

Discriminerende risicoprofielen

Waarom er een verbod moet komen op het gebruik van afkomst als selectiecriteria in (geautomatiseerde) risicoprofilering

Tamilla Abdul-Aliyeva & Gwen van Eijk¹

Overheden en uitvoeringsorganisaties blijven ruimte zoeken – en krijgen – voor het gebruik van afkomst als selectiecriteria in risicoprofielen. Waar het aanvankelijk ging over de maatregelen die nodig zijn om zulk etnisch profileren tegen te gaan, loopt een effectieve aanpak daarvan nu vast op de vraag wanneer het gebruik van afkomst in risicoprofilering wél is toegestaan. Twee breed levende misvattingen over de rol van afkomst in risicoprofilering vertroebelen het debat.

Al jaren woedt er een maatschappelijk-politiek debat over de aanpak van etnisch profileren. Sinds het Toeslagenschandaal is de discussie verbreed naar de aanpak van discriminatie door de overheid in alle contexten, inclusief sociale bescherming. Dit politieke schandaal, maar ook de rechtszaak van *Amnesty c.s./de Koninklijke Marechaussee* (KMar) leidde bovendien tot meer aandacht voor discriminatie door (geautomatiseerde) risicoprofielen. Maar waar het aanvankelijk ging over de maatregelen die nodig zijn om etnisch profileren tegen te gaan, loopt een effectieve aanpak van etnisch profileren nu vast op de vraag wanneer het gebruik van afkomst in risicoprofilering wél is toegestaan. Met verwijzing naar rechterlijke uitspraken en het toetsingskader 'Discriminatie door risicoprofielen' van het College voor de Rechten van de Mens (CRM), stelt de Nederlandse staat dat er 'geen geheel verbod' is op het gebruik van afkomst als selectiecriteria. Hierdoor blijven overheden en uitvoeringsorganisaties ruimte zoeken – en krijgen – voor het gebruik van afkomst als selectiecriteria.² Het gevolg is dat burgers van kleur en met een migratieachtergrond niet worden beschermd tegen discriminatie door de overheid en de deur verder wordt opengezet naar een praktijk waarin etnisch profileren is toegestaan.

De uitspraken en oordelen van rechters en toezichthouders over risicoprofilering hebben bovendien tot veel kritiek en vragen geleid. Zo oordeelde de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) in 2020 dat een risicomodel van de Belastingdienst om toeslagenfraude op te sporen wel leid-

de tot discriminatie op grond van nationaliteit, maar niet tot etnisch profileren.³ Dit zorgde voor kritiek op het miskennen van het verband tussen ras en nationaliteit.⁴ De Haagse rechtbank oordeelde in 2021 dat het gebruik van (vermeende) etniciteit – in dit geval uiterlijke kenmerken – als indicator in selectiebeslissingen van de KMar geen discriminatie was. Critici stelden hierop dat de uitspraak 'laat zien dat het rechtssysteem het [etnisch profileren] ondersteunt en rechtvaardigt'.⁵ Ook het *Dynamische verkeerscontrole*-arrest roept de vraag op waarom de Hoge Raad het gebruik van afkomst in combinatie met andere selectiecriteria toelaatbaar acht.⁶

Wat de discussie bemoeilijkt, is dat er vooralsnog beperkte (gezaghebbende) jurisprudentie voorhanden is over discriminatie waarin een risicoprofiel met verschillende indicatoren een rol speelt. Dit heeft tot gevolg dat experts, rechters en toezichthouders het discriminatiever-

Experts, rechters en toezichthouders passen het discriminatieverbod op verschillende wijzen toe op risicoprofielen

bod op verschillende wijzen toepassen op risicoprofielen. In de interpretatie van het discriminatieverbod zien we twee misvattingen over de rol van afkomst in risicoprofilering. De eerste misvatting is dat een verschil in behandeling op grond van afkomst toelaatbaar zou zijn als het slechts 'een van de enkele/vele indicatoren' in een risicoprofiel is. De tweede misvatting is dat het maken van onderscheid op grond van nationaliteit niet zou leiden tot etnisch profileren, omdat nationaliteit niet onder de reikwijdte van 'ras' zou vallen. Door deze misvattingen wordt het gebruik van afkomst in risicoprofilering niet altijd (h)erkend als etnisch profileren, wat het discriminatieverbod ondermijnt. Om die reden roepen wij op tot duidelijke normstelling, namelijk een wettelijk verankerd verbod op het gebruik van ras en nationaliteit in risicoprofielen die worden ingezet voor wetshandhaving.⁷

Risicoprofilering en het discriminatieverbod

Het is allereerst belangrijk om de discussie en de gehanteerde begrippen goed af te bakenen. We betogen in dit artikel dat het gebruik van afkomst als risico-indicator leidt tot etnisch profileren. Etnisch profileren is het gebruik – in welke mate ook – van ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming door de politie of andere wetshandhavers om een persoon te onderwerpen aan onderzoek of om te bepalen of een persoon mogelijk deelneemt aan criminele activiteiten.⁸

In dit artikel richten we ons dus op het gebruik van risicoprofielen die worden gebruikt voor het *identificeren van potentiële regel- of wetsovertredingen*. Zulke risicoprofielen, al dan niet (semi-)geautomatiseerd, worden onder meer ingezet in de context van (strafrechtelijke) wetshandhaving en het sociaizekerheidsrecht. Het artikel gaat dus niet over risicomodellen die worden gebruikt om te bepalen of iemand recht heeft op een wettelijke regeling of die beogen individuen te identificeren voor het bieden van hulp of zorg, omdat het gebruik van afkomst in dergelijke risicomodellen in beginsel geen etnisch profileren zou behelzen.⁹ Verder kan nationaliteit in de zin van staatsburgerschap voor toekenning van wettelijke regelingen relevant zijn.

Kenmerkend voor risicoprofielen is dat deze door overheden of uitvoeringsorganisaties *proactief* worden ingezet, dus zonder concrete, geïndividualiseerde verdenking van normovertreding jegens een persoon. Hieronder vallen dus niet de verdachte-signalelementen, want dan is wél sprake van een concrete, geïndividualiseerde verdenking.¹⁰ Risicoprofielen worden gebruikt om de kans op normovertreding van mensen of groepen te evalueren, scoren of te berekenen (soms wordt gesproken van 'voorspellen'). Een risicoprofiel is een set van één of meer criteria (indicatoren), op basis waarvan een inschatting wordt gemaakt van een risico op normovertreding. Vervolgens wordt op basis van deze inschatting een selectiebeslissing

Als in risicoprofielen ras of nationaliteit een indicator is, worden er verschillende waarden toegekend aan verschillende (groepen) mensen op basis van hun (vermeende) afkomst

Auteurs

1. Mr. T. Abdul-Aliyeva en dr. G. van Eijk zijn respectievelijk jurist en criminoloog en werken als beleidsmedewerker Technologie en Mensenrechten bij Amnesty International Nederland. De auteurs bedanken Dionne Abdoelhafiez Khan, Dave Bekkering, Masja van Meeteren, Jair Schalkwijk, Ashley Terlouw en Karin de Vries voor hun waardevolle reacties op conceptversies van de tekst.

Noten

2. Kamerbrief: *Kamerstukken II* 2021/22, 30950, nr. 281. College voor de Rechten van de Mens, 'Discriminatie door risicoprofielen. Een mensenrechtelijk toetsingskader', 2021. Dit toetsingskader ziet toe op het gebruik van risicoprofielen in alle contexten.
3. Autoriteit Persoonsgegevens, 'De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag', 2020.
4. Karin de Vries, 'Opinie: belastingdienst was wel discriminerend op ras', de *Volkskrant* 23 juli 2020. Amnesty International,

'Xenofobe Machines, Discriminatie door ongereguleerd gebruik van algoritmen in het Nederlandse Toeslagenschandaal', 2021, amnesty.nl/content/uploads/2021/10/NL_Xenofobe-Machines_Amnesty-International_EUR-35_4686_2021.pdf?x33308.
5. ECLI:NL:RBDHA:2021:10283. Reactie van mr. Momodou Malcolm Jallow, rapporteur van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa in een brief aan ministers Kajsa Ollongren (Binnenlandse Zaken) en Ferd Grapperhaus (Justitie en Veiligheid); zie voor kritiek op de uitspraak ook: Peter Rodriguez, 'Annotatie lang', *Criminatie & Recht*, 5(2), p. 180-184; Ashley Terlouw, 'Gebruik van etniciteit in risicoprofielen Marechausee is discriminatie', *NJB* 2020/764, afl. 12, p. 833-837; Karin de Vries & Thomas Spijkerboer, 'Ik zie ik zie wat ik niet zie: Etnisch profileren en structurele rassendiscriminatie in het migratierecht', *NJB* 2022/459, afl. 8, p. 459-555; Carolus Grütters & Ashley Terlouw, 'Hoe wit is een Nederlander?', *A&MR* 2021, afl. 9, p.

473-378. We gaan in dit artikel niet in detail in op de *KMar*-uitspraak omdat Amnesty procespartij is. Zie voor standpunt Amnesty: amnesty.nl/wat-we-doen/landen/mensenrechten-nederland/rechtszaak-koninklijke-marechausee.
6. ECLI:NL:HR:2016:2454, r.o. 3.7; Peter Rodriguez, 'Annotatie kort', *Criminatie & Recht* 2017, 1.1, 43; Gerard Spong, 'Rassendiscriminatie bij verkeerscontroles met zegen van de Hoge Raad', position paper rondetafelgeprek Tweede Kamer-cie BZK over etnisch profileren 24 november 2021. Zie in dit verband ook het uitgangspunt van de Centrale Raad van Beroep over 'een ander land van herkomst dan Nederland' als criterium in risicoprofielen voor het opsporen van bijstandsfraude: rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Centrale-Raad-van-beroep/Nieuws/Paginas/Wat-is-toegestaan-bij-onderzoek-naar-bijstandsfraude-in-het-buitenland.aspx.
7. amnesty.nl/actueel/kabinet-moet-stoppen-met-het-toestaan-van-discriminerende-risicoprofielen. Verschillende Tweede

Kamerstukken met een oproep tot een verbod op afkomst als risico-indicator haalden geen meerderheid. Een motie om zo'n verbod te onderzoeken werd wel aangenomen, dit onderzoek is belegd bij de Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme.
8. Algemene Aanbeveling 36, 17 december 2020, CERD/C/GC/36, p. 4. Etnisch profileren is de Nederlandse vertaling van *racial profiling*.
9. Risicoprofielen die beogen slachtoffers of kwetsbare groepen te identificeren met als doel hulp of zorg te bieden zouden gerechtvaardigd kunnen zijn op grond van de plicht van de overheid om discriminatie tegen te gaan, mits onomstotelijk vaststaat dat het gebruik van etniciteit/nationaliteit noodzakelijk en proportioneel is en er voldoende waarborgen zijn tegen discriminatie.
10. Het gebruik van etniciteit of nationaliteit in verdachte-signalelementen is toegestaan, mits in lijn met regelgeving en waarborgen.



genomen, bijvoorbeeld over (extra) controle of handhaving, het inzetten van een aanpak of interventie, of het bepalen van de reactie op de normovertreding. De indicatoren hangen volgens de maker van het risicoprofiel samen met een hoger risico op overtreding van een norm, regel of wet. Als in risicoprofielen ras of nationaliteit een indicator is, worden er verschillende waarden toegekend aan verschillende (groepen) mensen op basis van hun (vermeende) afkomst. Dat kan op grove wijze, bijvoorbeeld door verschil te maken tussen Nederlanderschap en niet-Nederlanderschap, of fijnmaziger, bijvoorbeeld door verschil te maken tussen tweedegeneratie Nederlanders met een specifieke migratieachtergrond en anderen.

Het discriminatieverbod is neergelegd in de Nederlandse Grondwet, het Europese en internationale recht. In de context van sociale bescherming heeft de EU-wetgever in de 'Rasrichtlijn' bepaald dat direct onderscheid op grond van ras alleen is toegestaan in enkele specifieke gevallen, waaronder positieve acties zoals voor het tegengaan van achterstelling.¹¹ Deze EU-richtlijn is in Nederland omgezet in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb).¹² De Awgb is alleen van toepassing op eenzijdig overheidszaken als het gaat om ras in de context van sociale bescherming. Hieruit volgt dat het gebruik van ras als indicator in risicoprofielen in de context van sociale bescherming (bijvoorbeeld door de Belastingdienst of de

De Nederlandse staat laat het in feite aan overheden en uitvoeringsorganisaties zélf, voor zover zij niet vallen onder de Awgb, over om te toetsen of hun gebruik van afkomst in risicoprofielen de zeer strenge rechtvaardigingstoets kan doorstaan

UWV) verboden is.¹³ Als het gaat om het onderscheid op grond van *nationaliteit* of om andere domeinen dan sociale bescherming, zoals de bestrijding van criminaliteit en handhaving van de openbare orde, dan valt dit buiten de werkingssfeer van de Awgb. De rechter moet dan toetsen aan de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

Om te bepalen of sprake is van verboden discriminatie op grond van het EVRM, beoordeelt de rechter of sprake is van ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen die gebaseerd is op ras of nationaliteit. Daarvoor moet de volgende vraag worden beantwoord: Zou de persoon anders zijn beoordeeld of behandeld wanneer die het beschermde persoonskenmerk (i.c. ras/nationaliteit) niet zou hebben gehad?¹⁴ Indien vaststaat dat er sprake is van een ongelijke behandeling, toetst de rechter of hier een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor bestaat.¹⁵ Deze rechtvaardigingstoets valt uiteen in twee onderdelen: ten eerste moet worden nagegaan of de ongelijke behandeling een legitiem doel dient en ten tweede moet er een redelijke verhouding zijn tussen het doel en het middel, in die zin dat het onderscheid een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel moet vormen om het gestelde doel te verwezenlijken. Hierbij moet worden opgemerkt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) extra zware eisen stelt aan de rechtvaardiging bij onderscheid op grond van ras: daarvan mag alleen sprake zijn bij *'very weighty reasons'*.¹⁶ Dit resulteert in een toetsing die bij onderscheid op grond van ras in de praktijk nooit tot een rechtvaardiging leidt: *'strict in theory, fatal in fact'*.¹⁷

Wanneer risicoprofilering wordt toegepast in de context van sociale bescherming, dan verbiedt de Awgb het gebruik van ras als risico-indicator. Wanneer ras in andere contexten dan sociale bescherming wordt gebruikt, dan schrijft het EHRM voor dat dit feitelijk verboden is. Wettelijke kaders lijken echter enige ruimte te laten voor het gebruik van nationaliteit als risico-indicator in risicoprofielen. Een eerste, algemeen probleem in de toepassing van het discriminatieverbod is dat het onlogisch en slecht werkbaar is om een andere uitleg van dit verbod te hantieren voor risicoprofilering in verschillende contexten, te weten sociale bescherming versus politietoetreden en

grenscontroles. Een tweede probleem is dat er in de praktijk veel onduidelijkheid is over wat wel en niet valt onder de discriminatiegronden ras en nationaliteit. Met verwijzing naar het toetsingskader van het College voor de Rechten van de Mens laat de Nederlandse staat het in feite aan overheden en uitvoeringsorganisaties zélf, voor zover zij niet vallen onder de Awgb, over om te toetsen of hun gebruik van afkomst in risicoprofielen de zeer strenge rechtvaardigingstoets kan doorstaan. Vanwege de misvattingen die er bestaan over afkomst als risico-indicator zien we dat deze beoordelingsruimte het discriminatieverbod ondergraaft.

Er is geen ruimte voor 'een beetje' discriminatie

Een eerste misvatting is dat het discriminatieverbod ruimte zou laten voor een verschil in behandeling als dit slechts 'in enige mate' is gebaseerd op afkomst. Dit zou het geval zijn wanneer in een risicoprofiel naast afkomst meerdere en/of meer zwaarwegende indicatoren zouden worden gebruikt. Deze, in onze ogen verkeerde, uitleg van het discriminatieverbod zien we bijvoorbeeld terug in het *Dynamische verkeerscontrole*-arrest.¹⁸ De Hoge Raad overwoog dat bij de controle sprake kan zijn van discriminatie als de selectie 'uitsluitend of in overwegende mate is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of andere inzittenden'.¹⁹ Omdat er ook andere factoren aanwezig zijn, zou de controleselectie dus slechts in enige mate gebaseerd zijn op afkomst en was er volgens de HR geen sprake van discriminatie.

De Hoge Raad maakte het niet expliciet, maar deze foutieve redenering lijkt een *contrario*-redenering gebaseerd op een overweging van het EHRM in de zaak *Timishev/Rusland*. Hierin oordeelde het EHRM als volgt: 'the Court considers that no difference in treatment which is based *exclusively or to a decisive extent* on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures' (cursivering door auteurs).²⁰ In deze zaak werd een man vanwege zijn Tsjetsjeense etnische afkomst niet doorgelaten bij een controlepost. Dat zijn afkomst hierbij een rol speelde, bleek uit

11. EU-richtlijn 2000/43/EG van de Europese Raad (2000).

12. Art. 7b Awgb.

13. College voor de Rechten van de Mens, 2021, 'Discriminatie door risicoprofielen. Een mensenrechtelijk toetsingskader', p. 20.

14. De 'but for'-toets. Zie bijvoorbeeld EHRM 11 oktober 2011, 53124/09

(*Genovese/Malta*); J.H. Gerards, *Sdu Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, editie 2020-2021, artikel 14*, C.2.2.2.

15. EHRM 24 juli 2003, no. 40016/98, ECLI:CE:ECHR:2003:0724JUD004001698

(*Karner/Austria*), Gerards, C.2.2.2.

16. EHRM 13 december 2005, klachtnrs.

55762/00 en 55974/00 (*Timishev/Rusland*).

17. Janneke Gerards, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination', in: M. Balboni (red.), *The principle of discrimination and the European Convention on Human Rights*, Editoriale Scientifica, 2017.

18. ECLI:NL:HR:2016:2454.

19. *Ibid.*, r.o. 3.7; de overweging werd herhaald o.a. in ECLI:NL:RBAMS:2017:370, ECLI:NL:HR:2018:1872 (*Moelander*).

20. *Timishev*, par. 58.

de expliciete interne instructies aan de wetshandhavers belast met grenstoezicht. Het verschil in behandeling was in deze zaak dus ‘exclusively’ gebaseerd op (vermeende) etnische afkomst. Wat kunnen we hieruit nu afleiden over risicoprofielen waarin afkomst een van meerdere indicatoren is? Los van het feit dat *Timishev* niet specifiek over risicoprofielen gaat, zegt het EHRM in elk geval *niet* dat ‘als er maar voldoende andere factoren worden meegenomen’ een verschil in behandeling op grond van afkomst toelaatbaar zou (kunnen) zijn.²¹

Toch zien we nu een praktijk waarin de a contrario-rendering de stelregel lijkt te worden: ‘eticiteit mag dus nooit als enige of doorslaggevende criterium gebruikt worden’, schrijft het kabinet.²² In andere gevallen waarin afkomst slechts een van de vele factoren is, zou het dus wel gerechtvaardigd kunnen zijn om het als een criterium te gebruiken. Dit blijkt ook – wellicht onbedoeld – uit het toetsingskader van het College voor de Rechten van de Mens en de bijbehorende beslisboom, die hun weg vinden binnen de ministeries en de uitvoeringsorganisaties. Immers, zolang er geen sprake is van – op grond van de Awgb verboden – onderscheid op grond van ras in de context van sociale bescherming, moeten ambtenaren de objectieve rechtvaardigingstoets uitvoeren en zich hierbij eerst de vraag stellen: ‘Is etniciteit of ras het enige of doorslaggevende selectiecriterium binnen het risicoprofiel?’²³ Aangezien alleen het antwoord ‘ja’ in strijd is met het discriminatieverbod, bevestigt deze vraag dat er ruimte kan zijn voor ongelijke behandeling op grond van ras, zolang het maar geen ‘grote’ rol speelt in het risicoprofiel (en mits het de ‘very weighty reasons’-toets doorstaat).

Juist een risicoprofiel kan inzichtelijk maken dat een enkele indicator altijd doorslaggevend is voor het verschil in behandeling

Er doet zich nog een tweede probleem voor met de vertaling van het ‘uitsluitend of doorslaggevend’-criterium naar de praktijk van risicoprofielen. De formulering nodigt kennelijk – maar onterecht – uit tot een beoordeling van hoe de indicator ‘afkomst’ zich verhoudt tot de andere indicatoren in het risicoprofiel.²⁴ Echter, om te bepalen of sprake is van discriminatie moet niet gekeken worden naar de zwaarte van de indicator ‘afkomst’ in het risicoprofiel in relatie tot andere indicatoren, maar naar het *verschil in behandeling van twee voor het overige vergelijkbare gevallen* dat voortvloeit uit het gebruik van afkomst als indicator.²⁵ Juist een risicoprofiel kan inzichtelijk maken dat een enkele indicator altijd doorslaggevend is voor het verschil in behandeling. Immers, twee personen kunnen volgens een risicoprofiel hetzelfde scoren op alle indicatoren *behalve* op die ene indicator ‘afkomst’. Als zij alleen op die afkomst-indicator verschillen, dan bepaalt afkomst wie de hogere risicoscore krijgt toegekend.

Anders gezegd: in vergelijkbare gevallen is de indicator ‘afkomst’ dus doorslaggevend. Dit wordt bijvoorbeeld helder verwoord in het oordeel van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) over het risicomodel dat door de Belastingdienst werd gebruikt.²⁶ De AP stelt dat het niet hebben van de Nederlandse nationaliteit bijdroeg aan de uiteindelijke risicoscore, waarbij aanvragers zonder de Nederlandse nationaliteit een hogere risicoscore kregen (wat leidde tot discriminatie). Hierbij was niet relevant dat het risicomodel daarnaast nog allerlei andere indicatoren bevatte. Ook dat het een combinatie van indicatoren zou zijn, doet niet af aan het feit dat een niet-Nederlandse nationaliteit doorslaggevend was in het verschil in behandeling.

Dit is in lijn met de oordelen van het CRM in de context van sociale bescherming dat afkomst *geen enkele rol mag spelen*.²⁷ In de context van strafrechtelijk optreden is dit ook de lijn met de CERD die in 2020 nog eens benadrukte dat sprake is van etnisch profileren wanneer ‘*in any degree*’ wordt uitgegaan van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische herkomst.²⁸ Ongelijke behandeling vanwege afkomst kan niet gerechtvaardigd worden simpelweg omdat er andere indicatoren aan het risicoprofiel zijn toegevoegd. In de woorden van Terlouw, ‘ook een klein beetje discrimineren is immers discriminatie’.²⁹

In de praktijk van risicoprofilering is ‘nationaliteit’ een ras-criterium

Een tweede misvatting betreft het idee dat het discriminatieverbod meer ruimte laat voor het maken van onderscheid op grond van ‘nationaliteit’ als indicator in een risicoprofiel, dan voor onderscheid op grond van ras. Dit idee is (mede) het gevolg van een verkeerde interpretatie van wat ‘ras’ en ‘nationaliteit’ in juridische én praktische zin behelzen. In juridische zin worden de discriminatiegronden ‘nationaliteit’ en ‘ras’ onderscheiden. Het begrip ‘ras’ is niet strikt afgebakend, maar een verzamelterm voor huidskleur, afkomst en etnische of nationale afstamming. Deze termen zijn sociaal-juridische constructies. Nationaliteit heeft in juridische zin wél een strikte betekenis: het gaat over staatsburgerschap, de juridische band tussen de staat en (een deel van) haar inwoners.

In strafrechtelijke discriminatiezaken oordeelt de Nederlandse rechter al sinds jaar en dag dat het begrip ‘ras’ ruim geïnterpreteerd moet worden, ook wanneer er ogenschijnlijk gerefereerd wordt aan een bepaalde nationaliteit.³⁰ Het is helder dat een werkgever of politicus die discrimineert jegens ‘Marokkanen’ niet geïnteresseerd is in het staatsburgerschap van de mensen die zij voor ogen hebben. Door te verwijzen naar een nationaliteit, doelen zij op een bepaalde groepsidentiteit.³¹ Dit is niet anders in het geval van agenten die selectieve aandacht hebben voor groepen zoals ‘Marokkanen’, ‘Antillianen’, ‘Polen’ etc.³² Ook experts stelden in het kader van het parlementaire onderzoek naar antidiscriminatiewetgeving in het politiedomein dat ‘een ruimere uitleg van de juridische grond ‘ras’ nodig is die ook het verband met nationaliteit omvat’ omdat nationaliteit ‘een diepgaand geracialiseerd begrip’ is.³³

Racialisering doet zich ook voor wanneer gegevens over staatsburgerschap een andere betekenis krijgen door dat die gegevens als risico-criterium worden gebruikt in een risicoprofiel om normovertreding op te sporen. Gegevens over staatsburgerschap kunnen relevant zijn in het

toekenningsproces voor wettelijke regelingen, bijvoorbeeld om te controleren of iemand voldoet aan de eisen voor een regeling. Maar zodra staatsburgerschap wordt gebruikt als risico-criterium in de context van wetshandhaving, zoals gebeurde in het Toeslagenschandaal, verliest het deze betekenis en moet het ogenschijnlijk onderscheid op grond van nationaliteit gezien worden als onderscheid op grond van ras. De gegevens over tweede of dubbele nationaliteit of niet-Nederlandschap worden dan immers gebruikt om aan personen met een bepaalde (vermeende) gemeenschappelijke groepsidentiteit een verhoogd risico op normovertreding toe te dichten.³⁴ In het risicomodel van de Belastingdienst, bijvoorbeeld, fungeerde niet-Nederlandschap als 'marker' van groepsidentiteit en dus had de AP het als een ras-criterium moeten beoordelen.³⁵ Hetzelfde geldt voor het gebruik van 'nationaliteit' door de Belastingdienst om de 'homogeniteit' van de aanvragers vast te stellen: de Belastingdienst veronderstelde dat mensen die dezelfde nationaliteit delen eerder fraude plegen dan mensen met een andere nationaliteit.³⁶ Nationaliteit werd hier gebruikt om bepaalde maatschappelijke groepen uit te lichten voor (extra) controle.

De Vries wijst er dan ook terecht op dat de rechter (en toezichthouder) meer gericht moet zijn op de vraag of zich een 'proces van racialisering' voordoet.³⁷ Het automatisch uitleggen van elke verwijzing naar nationaliteit als niet zijnde 'ras' gaat daaraan voorbij. Dit geldt niet alleen voor verwijzingen naar specifieke nationaliteiten, maar ook het gebruik van tweede of dubbele nationaliteit of niet-Nederlandschap als indicator in risicoprofielen.

Meer algemeen is het noodzakelijk om bij de toepassing van het discriminatieverbod niet uit het oog te verliezen dat de begrippen 'ras' en 'nationaliteit' sociaal-juridische constructies zijn. Ambtenaren, uitvoerders, rechters en toezichthouders moeten, de aanbeveling van De Vries indachtig, steeds kijken naar de praktijk van risicoprofilering: hoe wordt het afkomst-criterium ingezet, welke veronderstellingen liggen er (impliciet) aan ten grondslag en welk onderscheid creëert het criterium in de praktijk?

Bijzondere aandacht verdient in dit verband nog de redenatie dat een onderscheid op grond van nationaliteit alleen zou kunnen leiden tot *indirecte* discriminatie op grond van ras. Anders gezegd wordt dan gesteld dat nationaliteit slechts een 'proxy' kan zijn van ras, omdat er geen een-op-een-relatie is tussen nationaliteit en ras.³⁸ Maar in de praktijk van risicoprofilering is het eigenlijk ondenkbaar dat een onderscheid op grond van nationaliteit een 'ogenschijnlijk neutraal criterium' is waardoor als het ware 'per ongeluk' indirect onderscheid op grond van ras kan ontstaan.³⁹ Een voorbeeld: de redenatie dat het selecteren op grond van de herkomst van kentekens enkel tot *indirect* onderscheid op grond van afkomst zou leiden, is losgezongen van de praktijk waarin de politie zich expliciet richt op controles van Midden- en Oost-Europeanen als sociale groep die kennelijk gecontroleerd dient te worden.⁴⁰ Evengoed kan zich een proces van racialisering voordoen wanneer een zelflerend algoritme 'niet-Nederlandse nationaliteit' aanwijst als risico-indicator en een ambtenaar die dit constateert niet direct beducht is op discriminatie van maatschappelijke groepen.

Zodra staatsburgerschap wordt gebruikt als risico-criterium in de context van wetshandhaving moet het ogenschijnlijke onderscheid op grond van nationaliteit gezien worden als onderscheid op grond van ras

21. Rodriguez; Grütters & Terlouw, *supra* noot 5.

22. Kamerbrief, *supra* noot 2.

23. Toetsingskader, Annex IV (beslisboom), p. 42.

24. Dit probleem wordt mogelijk ook in de hand gewerkt doordat 'decisive' niet altijd wordt vertaald als 'doorslaggevend' of 'beslissend' maar als 'overwegend'. Overwegend heeft ook de betekenis 'voor het grootste deel'. Zie ook De Vries & Spijkerboer, *supra* noot 5.

25. *Supra* noot 14.

26. Autoriteit Persoonsgegevens, *supra* noot 3. De AP toetst aan art. 5 AVG en vult het begrip 'behoorlijkheid' in met verwijzing naar het discriminatieverbod zoals neergelegd in nationaal en internationaal recht.

27. Toetsingskader, p. 20.

28. CERD-recommendation, nr. 36, par. 18.

29. Terlouw, *supra* noot 5.

30. ECLI:NL:HR:2021:1036.

31. Rikki Holtmaat & Peter Rodriguez, 'Discriminatie bezien vanuit juridisch perspectief', in: Marija Davidović & Ashley Terlouw (red.), *Diversiteit en discriminatie. Onderzoek naar processen van in- en uitsluiting*, AUP 2015, p. 133.

32. Sinan Cankaya, 'De ruimtelijke regulering van risicovolle burgers tijdens proactief politiewerk', in: Davidović & Terlouw, p. 110.

33. Parlementaire onderzoekscommissie effectiviteit antidiscriminatiewetgeving, *Gelijk recht doen. Deelrapport politie*, 2022, p. 35.

34. Zie voor een juist voorbeeld: College voor de Rechten van de Mens, 'Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen', 2022, noot 100.

'Waar nationaliteit gebruikt wordt in de sfeer van toezicht als ware het voorspellend voor bepaald gedrag is geen sprake van gebruik van nationaliteit "in staatkundige zin".'

35. De Vries; Amnesty, *supra* noot 4.

36. Autoriteit Persoonsgegevens, p. 45, *supra* noot 3.

37. Karin de Vries, Annotatie bij HvJ EU 10 juni 2021, C-94/20 (*Land Oberösterreich*), *European Human Rights Cases Updates*.

38. Zie o.a. CRM toetsingskader, p. 17.

39. Art. 2 lid 2 onder b Richtlijn rassengelijkheid spreekt van 'indirecte discriminatie, wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald ras of een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt'. Het EHRM

maakte gebruik van die definitie van indirecte discriminatie in enkele van zijn recente uitspraken en verklaarde dat 'een verschil in behandeling de vorm kan aannemen van onevenredige prejudiciële effecten van algemeen beleid of een algemene maatregel die, hoewel neutraal verwoord, een groep personen discrimineert'. Zie bijvoorbeeld EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00 (*D.H. en anderen/Tsjechië*), para. 183.

40. ECLI:NL:HR:2018:1872 (*Moelander*). Zie ook Amnesty International, 'We sense trouble. Automated Discrimination and Mass Surveillance in Predictive Policing in the Netherlands', 2013, [amnesty.nl/content/uploads/2020/09/Report-Predictive-Policing-RM-7.0-FINAL-TEXT_CK-2.pdf?x33308](https://www.amnesty.nl/content/uploads/2020/09/Report-Predictive-Policing-RM-7.0-FINAL-TEXT_CK-2.pdf?x33308).

Tegelijk met het ruimer uitleggen van de discriminatiegrond ras, moet duidelijk worden dat waar het verwijzen naar nationaliteit als uitzondering op het verbod van discriminatie wordt gehanteerd, dit begrip juist heel strikt uitgelegd moet worden, namelijk als staatsburgerschap. Alleen voor dit laatste bevat het discriminatieverbod zoals neergelegd in het IVUR en de EU-rasrichtlijn een uitzonderingsclausule.⁴¹ In 2004 benadrukte de CERD dat de uitzonderingsclausule in het IVUR toegepast moet worden op een zodanige manier dat het discriminatieverbod niet wordt ondermijnd en niet geïnterpreteerd moet worden op een manier die afbreuk doet aan het verbod van discriminatie zoals neergelegd in internationale verdragen.⁴² Die uitzondering aanwenden om verkapt onderscheid te kunnen maken op grond van ras, bijvoorbeeld door onderscheid op grond van 'niet-Nederlandschap' toe te laten, zet de deur open naar etnisch profileren.

Conclusie

In 2020 sprak de VN-Speciale Rapporteur Racisme over de 'Dutch paradox': er leeft in Nederland het idee dat er geen extra maatregelen nodig zouden zijn om discriminatie tegen te gaan omdat het discriminatieverbod goed wettelijk verankerd is, maar de praktijk is anders.⁴³ Inmiddels wordt de constatering dat discriminatie een structureel probleem is in Nederland breed gedeeld en zo getuige ook de praktijk – zie het Toeslagenschandaal (waarin verschillende discriminerende risicomodellen en lijsten werden gehanteerd), de opsporingspraktijken van uitkeringsfraude door gemeenten en de controle- en selectiebeslissingen

Inmiddels wordt de constatering dat discriminatie een structureel probleem is in Nederland breed gedeeld

van de politie en de KMar. Het discriminatieverbod wordt echter in de praktijk verkeerd begrepen en praktijken zijn door de (hoogste) rechter onjuist getoetst. De misvattingen die we in dit artikel hebben beschreven zetten de deur open naar etnisch profileren. Om die reden pleiten we ervoor om een duidelijkere norm te stellen: verbied het gebruik van 'ras', met inbegrip van (vermeende) nationaliteit, als indicator in risicoprofielen die worden gebruikt voor het identificeren of opsporen van normovertreding. •

41. David Fennelly & Clíodhna Murphy, 'Racial Discrimination and Nationality and Migration Exceptions: Reconciling CERD and the Race Equality Directive', *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2021, 39(4), p. 308-328.; Álvaro Rueda Rodríguez Vila, 'Nationality and national origin under the CERD', *OpinioJuris*, 36 maart 2021; De Vries, *supra* noot 4.

42. CERD, 'General recommendation 30 on discrimination against non-citizens' (2004) UN Doc CERD/C/64/Misc.11/rev.3.

43. Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance on her visit to the Netherlands, UN doc.A/HRC/44/57/Add.2, 2 juli 2020, par. 15.