

Discriminatie door risicoprofielen

Een mensenrechtelijk
toetsingskader

College voor
de Rechten
van de Mens



**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 tussen 10.00 - 13.00 uur.

Ontwerp

Ontwerpwerk, Den Haag

Fotografie

Pixelfit, gettyimages

Druk

Van Deventer, 's-Gravenzande

November 2021

Discriminatie door risicoprofielen

Een mensenrechtelijk
toetsingskader

Inhoud

Lijst met afkortingen	6
Begrippenlijst	7
1 Inleiding	9
Waar gaat dit toetsingskader over?	10
Waarom is dit nodig?	10
Wat vind ik waar?	11
Afbakening	11
2 Discriminatie op grond van ras en nationaliteit: mensenrechtelijk toetsingskader	13
2.1 Maakt het risicoprofiel onderscheid op grond van ras of nationaliteit?	15
2.1.1 Leidt de inzet van het risicoprofiel tot een ongelijke behandeling van een groep mensen in verhouding tot anderen in een vergelijkbare situatie?	15
2.1.2 Is de ongelijke behandeling te herleiden naar ras of nationaliteit?	15
2.2 Kan het onderscheid op basis van ras of nationaliteit gerechtvaardigd worden?	19
2.2.1 Streeft het ingezette risicoprofiel een legitiem doel na?	22
2.2.2 Bestaat er een redelijke relatie van evenredigheid tussen het ingezette risicoprofiel en de nagestreefde doelstelling?	23
2.2.3 Hoeveel beoordelingsruimte hebben de nationale autoriteiten bij de rechtvaardigingstoets?	26
3 Richtlijnen	29
Afsluitendeopmerkingen	31

Bijlagen	32
Annex I: Discriminatie: wat is het (probleem)?	32
Wat behelst het verbod op discriminatie?	32
Hoe verhouden risicoprofielen zich tot het verbod op discriminatie?	33
Wat zijn de onwenselijke gevolgen van discriminerende risicoprofielen?	33
Annex II: Juridische grondslagen	35
Internationaal recht	36
Europees recht	37
Nationaal recht	38
Annex III: De discriminatiegronden 'ras' en 'nationaliteit'	39
De discriminatiegrond 'ras'	39
De discriminatiegrond 'nationaliteit'	40
Annex IV: Leidt een risicoprofiel tot discriminatie op grond van ras of nationaliteit?	41

Lijst met afkortingen

Afkorting	Betekenis
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CRM	College voor de Rechten van de Mens
CRvB	Centrale Raad van Beroep
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU Richtlijn rassengelijkheid	Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en 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

Begrippenlijst

Begrip	Definitie/toelichting
Afkomst-gerelateerd selectie criterium	Een selectie criterium binnen een risicoprofiel dat verband houdt met de afkomst en/of nationaliteit van mensen. Bijvoorbeeld: geboorteplaats buiten Nederland, een ander land van herkomst dan Nederland, een niet-Nederlandse nationaliteit.
Directe discriminatie	De ongelijke behandeling van een persoon of groep personen ten opzichte van andere personen in een vergelijkbare situatie, op grond van een beschermd persoonskenmerk (discriminatiegrond).
Discriminatiegrond	Beschermd persoonskenmerken op basis waarvan het maken van onderscheid tussen personen verboden is. Bijvoorbeeld: ras, nationaliteit, religie, geslacht, seksuele gerichtheid, handicap of chronische ziekte.
Etnische afstamming/etniciteit	Verwijst naar lidmaatschap van een sociale of maatschappelijke groep die wordt gekenmerkt door een gemeenschappelijke nationaliteit, stam, geloofsopvatting, taal of culturele en traditionele afkomst of achtergrond. Etnische afstamming valt onder de discriminatiegrond 'ras'.
Etnisch profileren	Het gebruik door overheidsinstanties van selectiecriteria als ras, huidskleur, taal, religie, nationaliteit of nationale of etnische afkomst bij de uitoefening van toezichts-, handhavings- en opsporingsbevoegdheden, zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.
Indirecte discriminatie	Wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaald beschermd persoonskenmerk (discriminatiegrond) in vergelijking met andere personen in het bijzonder benadeelt, tenzij hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.
Nationale afstamming	Een nationale staat waarmee iemand een binding heeft, bijvoorbeeld omdat de persoon in kwestie daar is geboren of opgegroeid, of omdat diens (voor)ouders in die nationale staat zijn geboren en opgegroeid. Nationale afstamming valt onder de discriminatiegrond 'ras'.
Nationaliteit	De juridische band tussen een individu en een staat die recht geeft op erkenning als staatsburger van die staat. Nationaliteit is een discriminatiegrond.
Objectieve rechtvaardiging	Van een objectieve rechtvaardiging voor onderscheid is sprake wanneer onderscheid een legitiem doel nastreeft en er een redelijke relatie van evenredigheid bestaat tussen het gemaakte onderscheid en het nagestreefde doel.
Ras	Juridische verzamelterm voor: huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming. Ras is een discriminatiegrond.

Begrip**Definitie/toelichting****Rassendiscriminatie**

Ieder onderscheid, uitsluitel, belemmering of voorkeur gebaseerd op kleur, afkomst, nationale of etnische oorsprong, dat het effect of doel heeft om het genieten van mensenrechten en fundamentele vrijheden in het politieke, economische, sociale, culturele of elk ander gebied binnen het publieke leven, op gelijke voet, teniet te doen of in te korten.

Risicoprofiel

Een verzameling van één of meer selectiecriteria op basis waarvan een bepaald risico op normovertreding wordt ingeschat en een selectiebeslissing wordt gemaakt.



Inleiding

Waar gaat dit toetsingskader over?

Overheidsinstanties zoals de Belastingdienst, de politie en gemeenten maken bij het uitoefenen van hun handhavings- en controlebevoegdheden gebruik van risicoprofielen. Deze profielen hebben tot doel om doelgerichter en efficiënter te handhaven en/of controleren en de pakkans te vergroten. Op basis van (persoons)kenmerken die samenhangen met een hoger overtredingsrisico worden burgers geselecteerd voor (extra) controle. Risicoprofielen maken dus onderscheid tussen groepen burgers: de ene persoon wordt wel (extra) gecontroleerd, de andere niet.

Dit onderscheid kan tot discriminatie leiden. Zeker wanneer overheidsinstanties binnen een risicoprofiel gebruik maken van afkomstgerelateerde selectiecriteria zoals etniciteit, geboorteland of nationaliteit, bestaat het gevaar dat de betreffende instantie verboden onderscheid maakt op grond van ras of nationaliteit. Er kan dan sprake zijn van (verboden) etnisch profileren. Overheidsfunctionarissen die risicoprofielen opstellen en gebruiken, dragen de verantwoordelijkheid om ervoor te zorgen dat deze risicoprofielen niet in strijd komen met het discriminatieverbod. Hiervoor is het van belang dat zij goed begrijpen wat de juridische eisen en valkuilen zijn bij de toepassing van dit verbod in de praktijk.

Etnisch profileren

Etnisch profileren is het gebruik door overheidsinstanties van criteria als ras, huidskleur, taal, religie, nationaliteit of nationale of etnische afkomst bij de uitoefening van toezichts-handhavings- en opsporingsbevoegdheden, zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.

Dit toetsingskader helpt overheidsfunctionarissen om te bepalen wanneer risicoprofielen leiden tot discriminatie op grond van ras of nationaliteit. Het presenteert de (denk)stappen die doorlopen moeten worden om te toetsen of een risicoprofiel binnen de grenzen van het discriminatieverbod blijft. Het is belangrijk om te benadrukken dat het hierbij gaat om de juridische ondergrens van het discriminatieverbod, zoals geformuleerd door internationale en nationale rechters. Aan de regels uit dit toetsingskader moet de overheid zich dus *ten minste* houden. Dit laat onverlet dat de overheid kan beslissen om strengere regels te hanteren.

Waarom is dit nodig?

Het spreekt voor zich dat overheidsinstanties zich bij het uitvoeren van hun taken moeten onthouden van discriminatie. Recente voorbeelden zoals de Kinderopvangtoeslagaffaire laten echter zien dat het in de praktijk toch mis kan gaan. Duidelijk is dat discriminerende elementen toch in risicoprofielen voorkomen. Dat heeft er mede mee te maken dat het voor medewerkers van uitvoeringsinstanties niet altijd duidelijk is wat in welke context wel en niet mag.

Zo kan niet alleen sprake zijn van discriminatie wanneer etniciteit, afkomst of nationaliteit expliciet als selectie criterium worden gebruikt binnen een risicoprofiel (*directe discriminatie*), maar óók wanneer ogenschijnlijk neutrale selectiecriteria worden gebruikt die in de praktijk een discriminerend effect hebben (*indirecte discriminatie*). Daar staat tegenover dat onderscheid in bepaalde situaties en onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd kan zijn. Voor sommige vormen van direct onderscheid zijn de mogelijke rechtvaardigingen expliciet en limitatief vastgelegd in wet- en regelgeving. Voor overige vormen van direct of indirect onderscheid is de rechtvaardiging onder andere afhankelijk van de context waarin een risicoprofiel wordt gebruikt en de doeleinden waarvoor het profiel is opgesteld. Daarbij kan het ook nog eens van belang zijn of het onderscheid binnen de juridische categorie 'ras' of 'nationaliteit' valt.

Kortom: er komt veel kijken bij de beoordeling of een risicoprofiel binnen de grenzen van het discriminatieverbod blijft, zeker wanneer afkomst-gerelateerde kenmerken als selectiecriteria binnen dit risicoprofiel een rol spelen. In alle gevallen zal nauwkeurig afgewogen moeten worden welke kenmerken voor welke doeleinden worden gebruikt en hoe zich dat verhoudt tot het toepasselijke wettelijke kader. Dit toetsingskader biedt handvatten voor het maken van deze afweging.

Directe en indirecte discriminatie

Het verbod op discriminatie omvat zowel **directe als indirecte discriminatie**.

Directe discriminatie doet zich voor wanneer een persoon of groep personen ongelijk wordt behandeld dan andere personen in een vergelijkbare situatie, op grond van een beschermd persoonskenmerk (discriminatiegrond).

Bijvoorbeeld: de politie houdt iemand staande op basis van diens donkere huidskleur. **Indirecte discriminatie** doet zich voor wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelswijze personen met een bepaald beschermd persoonskenmerk in vergelijking met andere personen in het bijzonder benadeelt, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. **Bijvoorbeeld:** een overheidsinstantie focust zich bij de inzet van opsporingsbevoegdheden op een bepaalde postcode of woonwijk waarin bepaalde bevolkingsgroepen oververtegenwoordigd zijn.

Wat vind ik waar?

Hieronder volgt direct het toetsingskader aan de hand waarvan getoetst kan worden of een risicoprofiel in strijd is met het verbod op discriminatie op grond van ras of nationaliteit. Dit toetsingskader is vertaald naar een beslisboom, die als bijlage is bijgevoegd (annex IV). Wie meer wil weten over de achtergrond, betekenis en juridische grondslagen van het verbod op discriminatie, of over de betekenis en reikwijdte van de discriminatiegronden 'ras' en 'nationaliteit' vindt in de bijlage een uitgebreide toelichting over deze onderwerpen (annex I, II en III).

Afbakening

Dit toetsingskader ziet uitsluitend op het verbod op discriminatie zoals vervat in internationale mensenrechtenverdragen en de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB). Het toetsingskader ziet uitdrukkelijk *niet* op de discriminatoire uitingen en uitsluitingsdelicten die strafbaar zijn gesteld in het Wetboek van Strafrecht. Dit toetsingskader is dus niet bedoeld om te toetsen of de overheid strafbaar handelt of heeft gehandeld door de inzet van een specifiek risicoprofiel. Het is enkel bedoeld om te toetsen of de overheid zich houdt aan haar mensenrechtelijke verplichting om niet te discrimineren. De exclusieve focus op het mensenrechtelijke discriminatieverbod brengt ook met zich mee dat andere mensenrechten die mogelijk in het geding komen bij risicoprofilering, zoals het recht op privacy en het recht op effectieve rechtsbescherming, buiten beschouwing blijven in dit toetsingskader.

Binnen het discriminatieverbod is gekozen voor een exclusieve focus op twee aparte discriminatiegronden: ras en nationaliteit. Deze twee discriminatiegronden tezamen omvatten alle relevante afkomst-gerelateerde selectiecriteria die binnen risicoprofielen (mogelijk) gebruikt worden.

Een risicoprofiel: wat is dat?

De overheid maakt bij het uitoefenen van controle- en handhavingsbevoegdheden onvermijdelijk gebruik van selectie. Er zal meestal geen capaciteit zijn om iedereen aan een even intensieve controle te onderwerpen. Soms vindt die selectie steekproefsgewijs plaats, soms door een ambtenaar of computer aan de hand van bepaalde risicofactoren (selectiecriteria). In dat laatste geval wordt gesproken van een risicoprofiel: een verzameling van één of meer selectiecriteria op basis waarvan een bepaald risico op normovertreding wordt ingeschat en een selectiebeslissing wordt gemaakt. In sommige gevallen is de selectie geautomatiseerd en zijn de selectiecriteria in een computer-algoritme verwerkt of zelfs door dit algoritme gegenereerd (bij zogenoemde 'slimme' of 'zelflerende' algoritmes). In andere gevallen vindt de selectie plaats door overheidsfunctionarissen, op basis van eerdere ervaringen en/of vooraf vastgestelde

selectiecriteria. In al deze gevallen vindt selectie plaats op basis van kenmerken die mogelijk in verband staan met normovertreding. Hierbij is van belang dat risicoprofielen *proactief* worden ingezet, nog voordat zich enige vorm van normovertreding heeft voorgedaan. Het gaat in dit toetsingskader dus uitdrukkelijk niet om daderprofielen die *reactief* worden ingezet in het kader van een opsporingsonderzoek naar aanleiding van een reeds gepleegd strafbaar feit of een anderszins onrechtmatig handelen. Zulke daderprofielen worden ingezet om daders van een gepleegd delict zo snel mogelijk op te sporen en op te pakken, en worden opgesteld op basis van verklaringen van ooggetuigen of afgeleid uit specifieke bijzonderheden rondom het gepleegde feit.¹ Dat de etnische kenmerken van de dader in een dergelijk daderprofiel of -signalement een rol kunnen spelen, is onomstreden.²

1 Zie hierover P. Rodrigues en M. van der Woude, 'Proactieve politiecontrole en onderscheid naar etniciteit of nationaliteit', *Nederlands Juristenblad*, Afl. 32, 23 september 2016, p. 2294.

2 Zie College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, Utrecht 2021, p. 4.



**Discriminatie op grond
van ras en nationaliteit:
mensenrechtelijk
toetsingskader**

Het is vaste rechtspraak dat overheidsinstanties bij opsporings- en handavingsbevoegdheden, gebruik mogen maken van risicoprofielen.³ Daarbij mogen ervaringsgegevens met bepaalde groepen mensen die tot een bepaalde vooronderstelling leiden in beginsel een rol spelen.⁴

Het gevaar van ervaringsgegevens

Hoewel ervaringsgegevens kunnen bijdragen aan een efficiënte uitoefening van toezicht- en handavingsbevoegdheden, kunnen zij stigmatisering en discriminatie van bepaalde bevolkingsgroepen ook verder in de hand werken. Ervaringsgegevens zijn namelijk niet altijd zo neutraal of objectief als ze lijken: een correlatie tussen factor X en gedraging Y is niet hetzelfde als een causaal verband daartussen en dat wordt nogal eens verward. Daardoor klinken in ervaringsgegevens menigmaal vooroordelen en vooronderstellingen door. Bovendien: wanneer een bepaalde bevolkingsgroep vaker gecontroleerd wordt, zullen mensen uit deze groep ook vaker aan het licht komen als daders of overtreders, wat vervolgens weer leidt tot intensievere controle van deze bevolkingsgroep, en tot bevestiging van de noodzaak hiervan. Op die manier werkt een te zware nadruk op ervaringsgegevens een zichzelf vervullende voorspelling ('self-fulfilling prophecy') in de hand. Mede om deze reden moet uiterst voorzichtig worden omgegaan met ervaringsgegevens en misdaadstatistieken: de totstandkoming hiervan is in veel gevallen allesbehalve objectief.

De wet stelt hier echter wel grenzen aan, in de vorm van het wettelijk discriminatieverbod. Risicoprofielen mogen niet in strijd komen met dit verbod. De precieze betekenis en juridische grondslagen van het discriminatieverbod zijn nader toegelicht in Annex I en II van de bijlage.

Hieronder volgt een toetsingskader dat gebruikt kan worden om te bepalen of een risicoprofiel (naar verwachting) binnen de grenzen van de wet blijft. Er zijn twee hoofdvragen die beantwoord moeten worden om te bepalen of een risicoprofiel strijdig is met het verbod op discriminatie op grond van ras of nationaliteit:

1. maakt het risicoprofiel onderscheid op grond van ras of nationaliteit en zo ja,
2. valt dit onderscheid te rechtvaardigen?

Iedere hoofdvraag valt uiteen in meerdere sub-vragen die achtereenvolgens besproken worden.

Mensenrechten als basis voor dit toetsingskader

Het verbod op discriminatie is vastgelegd in internationale mensenrechtenverdragen, Europese wet- en regelgeving en nationale wet- en regelgeving. Bij de beoordeling van (eenzijdig) overheids-handelen zijn met name de mensenrechten uit internationale verdragen van groot belang. Mensenrechten fungeren namelijk als overkoepelende waarborgen bij overheidsoptreden: al het overheids-optreden moet altijd in overeenstemming zijn met en getoetst worden aan mensenrechten, waaronder het verbod op discriminatie. De non-discriminatiebepalingen uit het EVRM, artikel 14 EVRM en artikel 1 EVRM Protocol 12, vormen daarom de basis voor dit toetsingskader.

3 Zie onder meer 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.

4 Zie bijvoorbeeld CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1231, r.o. 4.3.

2.1 Maakt het risicoprofiel onderscheid op grond van ras of nationaliteit?

Om te bepalen of een risicoprofiel onderscheid maakt op grond van ras of nationaliteit moet worden bekeken of door het risicoprofiel sprake is van

1. een ongelijke behandeling van een persoon of groep personen;
2. in verhouding tot anderen in een vergelijkbare situatie;
3. op basis van ras of nationaliteit.

2.1.1 Leidt de inzet van het risicoprofiel tot een ongelijke behandeling van een groep mensen in verhouding tot anderen in een vergelijkbare situatie?

De term 'ongelijke behandeling' impliceert een vergelijkingsmoment: er moet sprake zijn van een ongelijke behandeling *in verhouding tot anderen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden*. Of hiervan sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle kenmerken van de omstandigheden.⁵ Uitgangspunt hierbij is dat de vergelijkbaarheid van situaties moet worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval en de (rechts)context. Hierbij is van belang dat de situaties niet identiek hoeven te zijn: voldoende is dat de situaties, mede gelet op het onderwerp en de doelstelling van de handeling die het onderscheid maakt, op relevante punten *vergelijkbaar* zijn.⁶ Voor de vaststelling van discriminatie is overigens geen bijzondere graad van ernst van de ongelijke behandeling vereist.⁷ De ernst van de ongelijke behandeling kan wel meewegen bij de rechtvaardigingstoets (zie onderdeel 2.2.2).⁸

In de specifieke context van risicoprofielen zal van een ongelijke behandeling doorgaans sprake zijn. Immers: risicoprofielen worden ingezet om te bepalen welke burgers onderworpen zullen worden aan (extra) controles en hebben zodoende expliciet tot doel om onderscheid te maken tussen personen.

2.1.2 Is de ongelijke behandeling te herleiden naar ras of nationaliteit?

De volgende vraag is of het door het risicoprofiel gemaakte onderscheid te herleiden valt naar ras of nationaliteit. In de bijlage is een uitgebreide uitleg opgenomen over de juridische betekenis en reikwijdte van de discriminatiegronden ras en nationaliteit (annex III). Kortgezegd ziet de discriminatiegrond 'ras' op huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming en omvat daarmee dus ook etniciteit en etnische kenmerken. De term *etnische afstamming* verwijst naar het idee dat sociale of maatschappelijke groepen worden gekenmerkt worden door met name een gemeenschappelijke nationaliteit, stam, religie, taal, culturele en traditionele afkomst en achtergrond en gemeenschappelijke levensomstandigheden.⁹ De term *nationale afstamming* verwijst naar het hebben van een binding met een nationale staat, bijvoorbeeld omdat de persoon in kwestie daar is geboren of opgegroeid, of omdat diens (voor) ouders in die nationale staat zijn geboren en opgegroeid.¹⁰ De juridische definitie van het begrip 'ras' is dus ruimer dan de betekenis die dit begrip in het Nederlandse spraakgebruik en in de wetenschap heeft.¹¹

5 HvJ-EU 16 juli 2015, zaak C-83/14 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*), § 89.

6 EHRM 5 september 2017, nr. 78117/13 (*Fábián t. Hongarije*), § 113 en 121; HvJ-EU 12 december 2013, C-460/12 (*Frédéric Hay t. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*), § 33.

7 HvJ-EU 16 juli 2015, zaak C-83/14 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*), § 103.

8 Zie bijvoorbeeld CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, r.o. 4.6 en CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1231, r.o. 4.8.

9 HvJ-EU 6 april 2017, C-668/15, ECLI:EU:C:2017:278 (*Jyske Finans*), § 17; HvJ-EU 16 juli 2015, zaak C-83/14 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*), § 46; EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*), § 55.

10 College voor de Rechten van de Mens 25 april 2013, oordeel 2013-52, § 3.3.

11 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.

Het begrip ‘ras’

Het is belangrijk om te benadrukken dat het begrip ‘ras’ in de context van het discriminatieverbod een *juridisch begrip* is. Het is een verzamelterm voor een verscheidenheid aan persoonskenmerken die verband houden met iemands etniciteit en/of afkomst. De discriminatiegrond ‘ras’ impliceert dus niet dat mensen biologisch gezien in te delen zijn in verschillende biologische rassen. Wetenschappers zijn er erover eens dat hiervoor geen enkel wetenschappelijk bewijs bestaat.

De discriminatiegrond ‘nationaliteit’ ziet daarentegen puur op het hebben van staatsburgerschap van een land: het beschrijft de *juridische* band tussen een persoon en een staat.¹² Nationaliteit moet dus worden opgevat in staatkundige zin, onafhankelijk van de feitelijke woon- en verblijfplaats.¹³ Nationaliteit lijkt dichtbij nationale afstamming te komen, maar: nationale afstamming ziet uitdrukkelijk *niet* op nationaliteit in staatsrechtelijke zin, maar op het hebben van *binding* met een nationale staat (zie hierboven). Dit blijkt ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVUR, waarin ligt besloten dat de term ‘nationale afstamming’ niet duidt op (huidige) nationaliteit, maar op land van herkomst.¹⁴

12 Artikel 2(a) van het Verdrag inzake Nationaliteit van de Raad van Europa (1996).

13 College voor de Rechten van de Mens 1 november 2016, oordeel 2016-117, § 4.3.

14 Zie bijvoorbeeld Internationaal Gerechtshof 4 februari 2021 (*Qatar t. Verenigde Arabische Emiraten*), § 94.

Onderscheid op basis van nationaliteit: enkel toegestaan in zeer specifieke omstandigheden

In zeer specifieke gevallen staat het internationale recht toe dat staten onderscheid maken tussen staatsburgers en niet-staatsburgers.¹⁵ Zo mag de overheid bij het verlenen van toegang tot Nederlands grondgebied andere regels hanteren voor staatsburgers dan voor niet-staatsburgers (m.u.v. Unieburgers). Ook mag de overheid rekening houden met nationaliteit bij het verlenen van toegang tot sociale voorzieningen en sociale zekerheid, indien deze sociale voorzieningen en sociale zekerheid alleen beschikbaar zijn voor personen met een voldoende nauwe band met Nederland.¹⁶ In die gevallen kan de overheid nationaliteit *tijdens het aanvraagproces* gebruiken om de vereiste mate van binding vast te stellen.¹⁷ In veruit de meeste gevallen, inclusief bij de inzet van risicoprofielen ter bestrijding van fraude of ander crimineel gedrag, mag de overheid personen niet zomaar anders behandelen op basis van hun nationaliteit. Wanneer de overheid dit toch doet, moet altijd worden getoetst of dit verenigbaar is met het verbod op discriminatie.

15 Zie bijvoorbeeld artikel 1 lid 2 IVUR.

16 HvJ-EU 25 februari 2016, zaak C-299/14 (*Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen tegen Jovanna García-Nieto c.s.*); HvJ-EU 20 juni 2013, zaak C-20/12 (*Elodie Giersch c.s./Etat du Grand-Duché de Luxembourg*); Amnesty International, *Xenofobe machines: discriminatie door ongereguleerd gebruik van algoritmen in het Nederlandse toelagenschandaal*, oktober 2021, p. 20.

17 HvJ-EU 20 juni 2013, zaak C-20/12 (*Elodie Giersch c.s./Etat du Grand-Duché de Luxembourg*); Amnesty International, *Xenofobe machines: discriminatie door ongereguleerd gebruik van algoritmen in het Nederlandse toelagenschandaal*, oktober 2021, p. 20.

De vraag of een risicoprofiel onderscheid maakt op grond van ras of nationaliteit vereist een onderzoek naar de selectiecriteria die zijn gebruikt binnen het risicoprofiel. Hierbij zijn niet alleen die selectiecriteria van belang die rechtstreeks duiden op ras of nationaliteit, maar juist ook die selectiecriteria die weliswaar neutraal lijken, maar er in de praktijk toch toe leiden dat mensen van een bepaald ras of een bepaalde nationaliteit vaker en/of strenger gecontroleerd worden. Dit laatste vereist een analyse van het effect van een bepaald risicoprofiel in de praktijk: welke groep mensen wordt op basis van het risicoprofiel met name geselecteerd, en hoe verhoudt deze groep zich tot de totale groep selecteerbare mensen? Met andere woorden: zijn mensen van een bepaald ras of een bepaalde nationaliteit oververtegenwoordigd in de groep mensen die uiteindelijk geselecteerd wordt ten opzichte van de groep mensen die voor selectie in aanmerking zouden kunnen komen? Als het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, is er sprake van indirect onderscheid op grond van ras of nationaliteit. Er moet vervolgens beoordeeld worden of daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat (zie onderdeel 2.2.2).

Het is niet mogelijk om een uitputtend overzicht te geven van alle selectiecriteria die mogelijk tot onderscheid op grond van ras of nationaliteit kunnen leiden. Wel zijn in de jurisprudentie verschillende voorbeelden en aanknopingspunten te vinden. Zo staat vast dat selectie op basis van fysieke etnische kenmerken, zoals huidskleur, direct onderscheid op grond van ras oplevert.¹⁸ Naast etnische kenmerken zijn er verschillende afkomst-gerelateerde selectiecriteria waarvan bekend is dat ze regelmatig worden gebruikt binnen risicoprofielen ter opsporing van bijstandsfraude. Het gaat om geboorteplaats buiten Nederland, een ander land van herkomst dan Nederland en dubbele of niet-Nederlandse nationaliteit. Risicoprofielen die zich richten op personen met een geboorteplaats buiten Nederland maken onderscheid op basis van

(nationale) afkomst.¹⁹ Het maken van onderscheid tussen personen op basis van hun (buitenlandse) geboorteplaats is dan ook een vorm van onderscheid op grond van ras.²⁰ Hetzelfde geldt voor risicoprofielen die zich richten op personen met een land van herkomst anders dan Nederland.²¹ Risicoprofielen die zich richten op personen met een dubbele of niet-Nederlandse nationaliteit maken onderscheid op basis van nationaliteit. Soms leiden dergelijke risicoprofielen ook tot indirect onderscheid op grond van ras. Immers: het bezit van een bepaalde nationaliteit kan wijzen op iemands afkomst. Nationaliteit kan aldus worden ingezet als 'proxy' voor ras. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer wordt gezocht naar Nederlanders met een dubbele nationaliteit om op die manier Nederlanders met een migratieachtergrond in kaart te brengen.

Andere voorbeelden van afkomst-gerelateerde selectiecriteria zijn een niet-westers klinkende naam en taal. De vaste lijn binnen het College is dat onderscheid op grond van een *niet-westers klinkende naam* direct onderscheid op grond van afkomst (en dus ras) oplevert.²² Selectie en/of afwijzing op basis van *taal of een niet-Nederlands accent* levert daarentegen indirect onderscheid op grond van afkomst (en dus ras) op.²³ Immers: vooral mensen van niet-Nederlandse afkomst zullen een buitenlandse taal spreken, de Nederlandse taal niet volledig beheersen of met een niet-Nederlands accent spreken.

18 Zie EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev v. Rusland*); VN-Mensenrechtencomité 27 juli 2009, nr. 1493/2006 (*Williams LeCraft t. Spanje*); HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2454 (*Dynamische Verkeerscontrole*).

19 CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, r.o. 4.6.1; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1542, r.o. 4.6.1; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543, r.o. 4.7.1.

20 Zie ook Commissie Gelijke Behandeling 21 december 2006, oordeel 2006-257, § 3.3.

21 Dit geldt temeer nu het land van herkomst van betrokkenen vermoedelijk vastgesteld wordt op basis van hun geboorteplaats. Land van herkomst staat immers nergens geregistreerd, maar geboorteplaats wel (zie bijvoorbeeld Commissie Gelijke Behandeling 21 december 2006, oordeel 2006-257; Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA5410, *JV 2007/507*, r.o. 2.5).

22 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.

23 Zie bijvoorbeeld College voor de Rechten van de Mens 20 april 2017, oordeel 2017-50.

EHRM *Biao t. Denemarken*

De link tussen nationaliteit en etniciteit volgt ook uit EHRM *Biao t. Denemarken*.²⁴ In deze zaak boog het EHRM zich over de vraag of de Deense regels omtrent gezinshereniging tot discriminatie op grond van etniciteit (ras) leidden. Voor personen die 28 jaar of langer in het bezit waren van de Deense nationaliteit golden namelijk gunstigere regels dan voor personen die de Deense nationaliteit op een later moment in hun leven hadden verworven. Volgens de klagers in deze zaak leidde deze '28-jaar regel' in de praktijk tot een verschil in behandeling tussen personen geboren met de Deense nationaliteit en personen die de Deense nationaliteit op een later moment in hun leven hadden verworven. Volgens de klagers leidde dat op zijn beurt tot indirect onderscheid op grond van etniciteit, omdat de meerderheid van de personen geboren met de Deense nationaliteit tevens etnisch Deens zijn, terwijl de meerderheid van de personen die op een later moment de Deense nationaliteit verwerven een niet-Deense etniciteit hebben. Het EHRM volgde de klagers in hun betoog, en oordeelde dat de '28-jaar regel' inderdaad indirect onderscheid opleverde op grond van etnische oorsprong. Voor dit onderscheid bestond volgens het EHRM geen objectieve rechtvaardiging en het leverde zodoende indirecte discriminatie op grond van etniciteit op.

Ogenschijnlijk neutrale selectiecriteria

Ook selectiecriteria die op het eerste gezicht geen enkele link hebben met afkomst of nationaliteit kunnen leiden tot indirect onderscheid op grond van ras of nationaliteit. Voorbeelden van zulke 'ogenschijnlijk neutrale' selectiecriteria zijn postcode, hoogte van inkomen, hoogte van inkomensafhankelijke toeslagen, kinderopvang door een gastouderbureau met een 'homogeen' klantenbestand, een familielid in het buitenland, kenteken en laaggeletterdheid.

- Het is bekend dat *postcode* soms als selectie-criterium wordt gebruikt binnen risicoprofielen, met name door verzekeringsmaatschappijen bij het berekenen van de hoogte van premies. Zo zal de premie van een overlijdensrisico-verzekering in 'rijke' postcodegebieden vaak lager zijn dan in 'arme' gebieden. Dit is het geval omdat uit wetenschappelijke studies blijkt dat mensen met een hoger inkomen langer leven dan mensen met een lager inkomen, waardoor er een grotere kans is dat mensen met een lager inkomen overlijden tijdens de looptijd van de verzekering. Deze wijze van vaststellen van de premie heeft tot gevolg dat mensen van niet-westerse afkomst vaker een hogere premie moeten betalen voor de verzekering dan mensen van Nederlandse afkomst. Uit gegevens van het CBS blijkt namelijk dat mensen van niet-westerse afkomst vaker in een postcode-gebied wonen waar het gemiddelde inkomen laag is. Door de premie deels te baseren op de postcode van de verzekerde, maken verzekeringsmaatschappijen dus indirect onderscheid op grond van niet-westerse afkomst (en dus ras).²⁵
- Dit laat ook zien dat selecteren op basis van *de hoogte van het inkomen of de hoogte van inkomensafhankelijke toeslagen* kan leiden tot indirect onderscheid op grond van afkomst, indien komt vast te staan dat mensen met een niet-westerse achtergrond gemiddeld een lager inkomen hebben en dus hogere toeslagen ontvangen.

24 EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10 (*Biao t. Denemarken*).

25 Zie hierover College voor de Rechten van de Mens, *Advies aan Dazure B.V. over premiedifferentiatie op basis van postcode bij de Finvita overlijdensrisico-verzekering*, Utrecht 2014.

- Bij het controleren van ouders die kinderopvangtoeslag ontvangen, heeft de Belastingdienst zich veelal gericht op ouders die stonden ingeschreven bij gastouderbureaus met een ‘homogeen’ klantenbestand.²⁶ Deze homogeniteit, die bijvoorbeeld kon blijken uit familiebanden of bezit van dezelfde nationaliteit, kon volgens de afdeling Toeslagen namelijk een indicatie zijn van georganiseerd misbruik.²⁷ Deze wijze van selectie leidt tot indirect onderscheid naar afkomst of nationaliteit wanneer bij het geselecteerde gastouderbureau met name mensen ingeschreven staan van een bepaalde afkomst of nationaliteit.
- Het extra controleren van personen die kinderbijslag ontvangen voor *een kind dat woonachtig is in het buitenland* levert indirect onderscheid naar afkomst (ras) op. Immers: de meerderheid van personen met een (minderjarig) kind in het buitenland zal van niet-Nederlandse afkomst zijn.²⁸
- Uit jurisprudentie van de Hoge Raad (HR) volgt dat het controleren van voertuigen met een kenteken afkomstig uit een bepaalde groep landen leidt tot indirect onderscheid op basis van de nationaliteit of afkomst van de inzittenden van het voertuig.²⁹

- Een laatste voorbeeld van een selectie criterium dat op het eerste gezicht geheel losstaat van afkomst en/of etniciteit is *laaggeletterdheid*. De Rekenkamer Rotterdam heeft er echter op gewezen dat een dergelijk selectie criterium kan leiden tot indirecte discriminatie op grond van ras, omdat in Rotterdam overwegend veel mensen met een migratieachtergrond een laag opleidingsniveau hebben en als gevolg daarvan laaggeletterd zijn.³⁰

Het voorgaande is een greep uit de mogelijke selectiecriteria die (kunnen) leiden tot onderscheid op grond van ras of nationaliteit. Het kan hierbij gaan om afkomst-gerelateerde selectiecriteria, maar ook om ogenschijnlijk neutrale selectiecriteria. Bij het toetsen van de rechtmatigheid van risicoprofielen is het van belang om beide soorten selectiecriteria te kunnen herkennen.

2.2 Kan het onderscheid op basis van ras of nationaliteit gerechtvaardigd worden?

Wanneer een risicoprofiel leidt tot (direct of indirect) onderscheid op grond van ras of nationaliteit is de volgende vraag of dit onderscheid te rechtvaardigen valt. Hierbij is het allereerst van belang om te bepalen of er sprake is van *direct onderscheid op grond van ras in het kader van sociale bescherming* (met inbegrip van sociale zekerheid en sociale voordelen).³¹ In die gevallen geldt namelijk op basis van de AWGB een *gesloten systeem van rechtvaardigingen*: de wet bepaalt dan limitatief in welke gevallen direct onderscheid gerechtvaardigd kan worden (zie annex II van de bijlage).

26 Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/ Toeslagen: de verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, onderzoeksrapport z2018-22445, 2020, p. 29.

27 Autoriteit Persoonsgegevens, *Belastingdienst/ Toeslagen: de verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvangtoeslag*, onderzoeksrapport z2018-22445, 2020, p. 29.

28 Vgl. CRvB 8 september 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3249. In casu kon het indirecte onderscheid op grond van ras objectief gerechtvaardigd worden, waardoor geen sprake was van discriminatie.

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

30 Rekenkamer Rotterdam: ‘Risico op vooringenomen uitkomsten bij gebruik algoritme voor opsporing uitkeringsfraude door gemeente’ - Rijnmond

31 Hieronder valt bijvoorbeeld de uitoefening van controles ter bestrijding van sociale zekerheidsfraude of onterechte toekenning van toeslagen.

Uit de AWGB volgt dat direct onderscheid op grond van ras in deze context slechts gerechtvaardigd kan worden:

1. voor zover sprake is van specifieke maatregelen om nadelen die verband houden met ras op te heffen of te verminderen;
2. wanneer uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn of;
3. wanneer sprake is van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste.³²

Geen van deze rechtvaardigingsgronden is van toepassing op de inzet van risicoprofielen ter bestrijding van sociale zekerheidsfraude. Feitelijk betekent dit dat risicoprofielen die direct onderscheid maken op grond van ras in het kader van sociale bescherming *nooit* gerechtvaardigd kunnen worden. Hierbij is van belang dat volgens de vaste oordelenlijn van het College van direct onderscheid op grond van ras niet alleen sprake is wanneer een verschil in behandeling *uitsluitend* is gebaseerd op afkomst, maar ook wanneer afkomst *mede* een rol heeft gespeeld.³³ Deze benadering van het College komt er in wezen op neer dat bij de inzet van risicoprofielen in het kader van sociale bescherming de afkomst van personen *geen enkele rol* mag spelen.³⁴ Het College hanteert hiermee een strengere norm dan bestuursrechters. De vaste lijn binnen de CRvB is namelijk dat afkomst wél een rol mag spelen binnen risicoprofielen die worden ingezet bij fraudebestrijding, zolang dit niet het enige selectie criterium is én hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.³⁵ De verklaring hiervoor is dat de CRvB in dit soort zaken niet toetst aan de AWGB, maar aan het EVRM.³⁶ Bij toetsing aan artikel 14 EVRM en artikel 1 EVRM Protocol 12 bestaat namelijk wel enige ruimte om onderscheid op grond van afkomst te

32 artikel 2 lid 3 en lid 4, onder a en b AWGB.

33 Zie College voor de Rechten van de Mens 28 juli 2016, oordeel 2016-0092, § 4.8.

34 College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, Utrecht 2021, p. 5.

35 Zie bijvoorbeeld CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1542; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543.

36 College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, Utrecht 2021, p. 5.

Gesloten en open systemen van rechtvaardigingen

Bij een **gesloten systeem van rechtvaardigingen** bepaalt de wet zelf limitatief in welke gevallen direct onderscheid gerechtvaardigd is. Bij de inzet van risicoprofielen door de overheid geldt een dergelijk gesloten systeem *uitsluitend* wanneer een risicoprofiel *direct onderscheid maakt op grond van ras in het kader van sociale bescherming*. In alle overige gevallen geldt bij de inzet van risicoprofielen door de overheid een **open systeem van rechtvaardigingen**: dit betekent dat onderscheid is toegestaan voor zover hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

rechtvaardigen, zij het dat er dan wel sprake moet zijn van zeer zwaarwegende redenen (meer hierover in onderdeel 2.2.2-2.2.3).³⁷

Wanneer geen sprake is van direct onderscheid op grond van ras in het kader van sociale bescherming, maar van direct onderscheid op grond van ras in andere contexten, indirect onderscheid op grond van ras of (in)direct onderscheid op grond van nationaliteit, geldt een *open systeem van rechtvaardigingen*: zulk onderscheid kan *objectief gerechtvaardigd* worden. De objectieve rechtvaardigingstoets is het meest duidelijk geformuleerd in de rechtspraak van het EHRM, en wordt ook door nationale rechters toegepast. Om te bepalen of er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor de inzet van een risicoprofiel dat onderscheid maakt op grond van ras of nationaliteit moet worden getoetst of (1) het ingezette risicoprofiel een *legitiem doel* nastreeft en (2) of er een *redelijke relatie van evenredigheid* (proportionaliteit) bestaat tussen het ingezette risicoprofiel en de nagestreefde doelstelling.

37 College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, Utrecht 2021, p. 5.

In twee situaties staat op voorhand vast dat er geen objectieve rechtvaardiging mogelijk is voor onderscheid op basis van ras en/of nationaliteit:

- Uit EHRM jurisprudentie volgt dat een verschil in behandeling dat *enkel of in beslissende mate* is gebaseerd op etniciteit en/of ras *nooit* objectief gerechtvaardigd kan worden.³⁸ Dit standpunt wordt onderschreven door het VN-comité tegen rassendiscriminatie en het VN-Mensenrechtencomité.³⁹ In lijn hiermee heeft de Hoge Raad (HR) in het arrest *Dynamische verkeerscontrole* (2016) geoordeeld dat de politie bij een verkeerscontrole voertuigen niet *uitsluitend of in overwegende mate* mag selecteren op basis van etnische (of religieuze) kenmerken van de bestuurder of de inzittende.⁴⁰ Voor een dergelijke selectie is bij deze controles geen objectieve rechtvaardiging mogelijk en dus levert zo'n selectie discriminatie op grond van ras op. Recentelijk heeft de rechtbank Den Haag dit uitgangspunt bevestigd in de rechtszaak tegen de KMar.⁴¹ De rechtbank oordeelde in deze zaak dat de KMar bij zogenaamde MTV controles aan de grens etniciteit mag blijven gebruiken als selectiecriteria, waarbij onder andere meewoog dat etniciteit bij deze controles in de regel *niet* het enige of doorslaggevende selectiecriteria is.⁴²
- Uit CRvB jurisprudentie volgt dat risicoprofielen die zich slechts richten op één bepaalde afkomst of nationaliteit in strijd zijn met het discriminatieverbod, vanwege het stigmatiserende effect dat deze risicoprofielen hebben.⁴³

EHRM *Timishev t. Rusland*, par. 58:

“Een verschil in behandeling dat *enkel of in beslissende mate* is gebaseerd op de etnische afkomst van een persoon kan op geen enkel moment objectief worden gerechtvaardigd in een moderne, democratische maatschappij die is gebaseerd op pluralisme en respect voor verschillende culturen.”

Wanneer één van deze scenario's zich voordoet, hoeft de objectieve rechtvaardigingstoets niet te worden doorlopen. De uitkomst staat dan al vast. In alle overige gevallen moet per geval worden beoordeeld of de inzet van het risicoprofiel een legitiem doel nastreeft en in redelijke verhouding van evenredigheid staat tot dit doel.

38 EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*), § 58 (cursivering toegevoegd).

39 VN-comité tegen rassendiscriminatie, *General recommendation no. 31 on the prevention of racial discrimination in the administration and functioning of the criminal justice system*, 2005, § 20.

40 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2454 (*Dynamische Verkeerscontrole*).

41 Rechtbank Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 7.5.

42 Rechtbank Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.10.

43 CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541; CRvB 13 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:410; CRvB 12 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4324; CRvB 12 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4326; CRvB 12 december 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:4327; CRvB 13 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2481.

Uitgelicht: KMar-rechtszaak

Uit de nationale rechtspraak volgt dat etniciteit, afkomst en nationaliteit in uitzonderlijke gevallen een rol mogen spelen binnen risicoprofielen.⁴⁴ Dit is onlangs bevestigd door de rechtbank Den Haag in een rechtszaak die twee burgers, Amnesty International, RADAR, PILP-NJCM en Control Alt Delete hadden aangespannen tegen de Koninklijke Marechaussee (KMar).⁴⁵ Het draaide in deze rechtszaak om de vraag of de KMar bij zogenaamde Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV) controles aan de grens gebruik mag (blijven) maken van etniciteit als selectiecriteria. Deze MTV controles hebben als doel het tegengaan van illegaal verblijf in Nederland, en zijn zodoende gericht op het vaststellen van de identiteit, nationaliteit en verblijfsstatus van betrokkenen. De rechtbank oordeelde *in deze specifieke context* dat de KMar etniciteit mag blijven gebruiken als selectiecriteria bij MTV controles, nu etniciteit in de regel niet het enige of doorslaggevende selectiecriteria is en de KMar in de ogen van de rechtbank voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er geen redelijke alternatieven bestaan voor het gebruik van etniciteit bij MTV controles. *Deze uitspraak is echter geen vrijbrief voor het gebruik van etniciteit, afkomst of nationaliteit in risicoprofielen: de uitspraak is sterk context gebonden en neemt niet weg dat er altijd zeer zwaarwegende redenen moeten bestaan voor het gebruik van dergelijke selectiecriteria. Het enkele gegeven dat ras of nationaliteit slechts één van meerdere selectiecriteria binnen een risicoprofiel is, betekent dus nog niet dat het gebruik ervan toegestaan is.*

44 Zie HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454 (*Dynamische Verkeerscontrole*); CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1542; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543.

45 Rechtbank Den Haag 22 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283.

2.2.1 Streeft het ingezette risicoprofiel een legitiem doel na?

Bij het beoordelen van de rechtmatigheid van een risicoprofiel is het allereerst van belang om te bepalen of de inzet van dit risicoprofiel een legitiem doel nastreeft. Hoewel artikel 14 EVRM en artikel 1 P12-EVRM geen lijst van mogelijke legitieme doelstellingen bevatten, wordt in de praktijk veelal aangesloten bij de legitieme doelstellingen die genoemd staan in andere EVRM-bepalingen. Zo staat in artikel 8 lid 2 EVRM (recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) dat dit recht onder meer mag worden ingeperkt ter bescherming van de openbare veiligheid, het voorkomen van strafbare feiten en het economisch welzijn van het land. In de rechtspraak van het HvJ-EU is tevens erkend dat het bestrijden van fraude en het voorkomen van misbruik van publieke middelen een legitiem doel vormt.⁴⁶

Al deze doelen zijn ruim geformuleerd, om enige flexibiliteit te creëren bij de interpretatie.⁴⁷ Hierdoor zal in de praktijk aan het vereiste van een legitiem doel redelijk snel voldaan zijn. Zo is in de jurisprudentie erkend dat de inzet van risicoprofielen, met het oog op effectiviteit, efficiëntie en kostenbesparing, kan dienen:

- ter bescherming van de openbare veiligheid, preventie van criminaliteit of bestrijding van illegale immigratie (in het kader van identiteitschecks);⁴⁸
- ter bestrijding van onjuist gebruik van sociale voorzieningen gelet op het grote belang van de rechtmatige toepassing van bijstandswetgeving (in het kader van onderzoek naar sociale zekerheidsfraude).⁴⁹

46 HvJ-EU 16 juli 2015, zaak C-83/14 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*), § 114.

47 EHRM 28 november 2017, 72508/13, par. 302 (*Merabishvili t. Georgië*).

48 VN-Mensenrechtencomité 27 juli 2009, nr. 1493/2006 (*Williams LeCraft t. Spanje*), § 7.2; Rechtbank Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.2-8.4.

49 Zie bijvoorbeeld CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, r.o. 4.2; CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, r.o. 4.6.

Bij de rechtvaardigingstoets ligt het zwaartepunt dus vooral bij de vraag of er sprake is van een *redelijke relatie van evenredigheid* tussen het ingezette risicoprofiel en de nagestreefde doelstelling (zie hieronder).

2.2.2 Bestaat er een redelijke relatie van evenredigheid tussen het ingezette risicoprofiel en de nagestreefde doelstelling?

Wanneer het ingezette risicoprofiel (en het daardoor gecreëerde onderscheid op grond van ras of nationaliteit) een legitiem doel nastreeft, moet worden beoordeeld of er een *redelijke relatie van evenredigheid* bestaat tussen de inzet van dit risicoprofiel en de nagestreefde doelstelling.

Dit betekent allereerst dat er een daadwerkelijke link moet bestaan tussen de inzet van dit risicoprofiel en het legitieme doel. Anders gezegd: de inzet van dit specifieke risicoprofiel moet *geschikt* zijn om het doel te bereiken. Het gaat er hierbij om dat de selectiecriteria binnen een risicoprofiel samen voldoende relevant en objectief zijn om op een effectieve(re) wijze bij te dragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel.⁵⁰

Dit betekent dus ook dat overheidsinstanties altijd moeten kunnen uitleggen waarom bepaalde burgers geselecteerd worden, en anderen niet.⁵¹

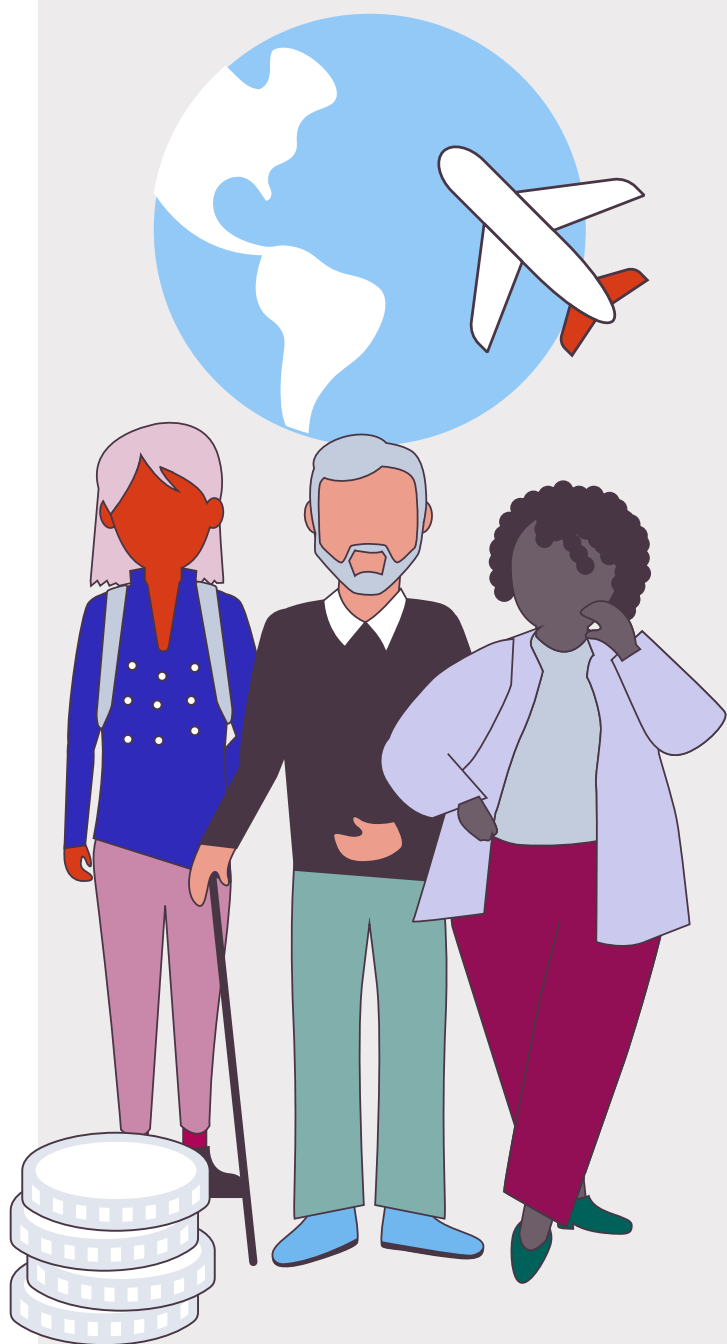
De ernst van een verschil in behandeling dat is gebaseerd op ras of nationaliteit brengt bovendien met zich mee dat de overheid moet kunnen aantonen dat het gebruik van ras of nationaliteit binnen een risicoprofiel *noodzakelijk* is om het gewenste doel te bereiken.⁵² Dit betekent dat er geen redelijke alternatieven mogen bestaan, en dat onomstotelijk is komen vast te staan dat selectie op basis van ras of nationaliteit in de context van de specifieke controle- of wetshandhavingssituatie de enige effectieve manier is om het gewenste doel te bereiken.

50 Vgl. CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, r.o. 4.6.8; CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, r.o. 4.3.3.

51 Vgl. Rechtbank Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.18.

52 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;

Voorbeeld



Afkomst als geschikt selectie criterium

Het is vaste rechtspraak dat bij vermogensonderzoek naar bijstandsgerechtigden een risico-profiel dat is gebaseerd op niet-Nederlandse afkomst, leeftijd en vakantiegedrag op een effectieve manier kan bijdragen aan het opsporen van eventueel onvermeld vermogen in het buitenland.⁵³ De kans op vermogen in het buitenland is immers groter bij mensen die uit een ander land afkomstig zijn, bijvoorbeeld omdat zij een gedeelte van hun leven in het buitenland hebben gewoond of daar nog familie hebben.⁵⁴ Afkomst kan dus een relevant gegeven zijn 'voor de vraag of de controle op vermogen en inkomen van de betrokkene vooral op middelen binnen Nederland moet worden gericht of dat controle ook moet worden gericht op middelen in een ander land, en zo ja, welk land.'⁵⁵ Daarnaast zullen ouderen eerder over vermogen in het buitenland beschikken dan jongeren, bijvoorbeeld omdat zij eerder erfgenaam worden of de pensioengerechtigde leeftijd bereiken. Tot slot is vakantiegedrag relevant, omdat personen die over vermogensbestanddelen beschikken in het buitenland daar dikwijls heen zullen gaan om het te beheren en/of onderhouden. Deze drie selectiecriteria tezamen zijn daarom volgens de bestuursrechter voldoende relevant en objectief om op een effectieve manier bij te dragen aan het opsporen van eventueel onvermeld vermogen in het buitenland (en dus aan het voorkomen van onjuist gebruik van sociale voorzieningen).

⁵³ Zie CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543, r.o. 4.7.5.

⁵⁵ CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1229, r.o. 4.5.3; CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1231, r.o. 4.7.3.

De eis van noodzakelijkheid hangt nauw samen met de eis dat sprake is van evenredigheid (proportionaliteit). De evenredigheidseis is tweeledig: het gekozen middel niet verder gaan dan nodig is om het doel te bereiken en er moet een redelijk evenwicht ('*fair balance*') getroffen worden tussen de in het geding zijnde belangen. Bij de beoordeling van de evenredigheid is onder meer van belang of er andere, minder ingrijpende, manieren zijn om het gewenste doel te bereiken en of het doel voldoende zwaarwegend is om het onderscheid te rechtvaardigen.⁵⁶ Zo zal van evenredigheid geen sprake zijn wanneer het gelijkheidsbeginsel wordt aangetast voor een maatschappelijk belang dat niet erg

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

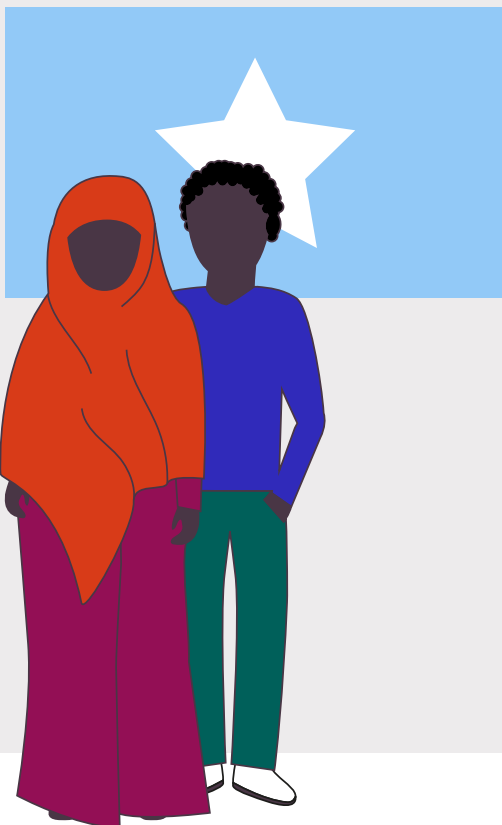
zwaarwegend is, of wanneer het gelijkheidsbeginsel in verregaande mate beperkt wordt, terwijl hiermee slechts in beperkte mate wordt bijgedragen aan het realiseren van het nagestreefde doel.

In de praktijk houden rechters bij de evenredigheidstoets onder meer rekening met de vraag of het risicoprofiel verfijnd is met andere relevante kenmerken, of het risicoprofiel nader onderscheid maakt naar één of meer specifieke landen van herkomst of nationaliteiten, of er redelijke alternatieven voorhanden zijn en de ernst van de ongelijke behandeling die het risicoprofiel veroorzaakt.⁵⁷

57 Wanneer het risicoprofiel niet verfijnd is met meerdere relevante kenmerken – en afkomst of nationaliteit dus het enige selectiecriteria binnen het risicoprofiel is – zal de proportionaliteitstoets nooit slagen. Hetzelfde geldt als het risicoprofiel zich slechts richt op één bepaalde afkomst of nationaliteit.

Voorbeeld

Extra controle van mensen van Somalische afkomst



In het kader van de opsporing van fraudepatronen door bijstandsgerechtigden besluit de gemeente Haarlem in 2004 om personen van Somalische afkomst aan een thematisch heronderzoek te onderwerpen. Dit heronderzoek werd uitgevoerd bij alle (84) bijstandsgerechtigden met een geboorteplaats in Somalië. De geboorteplaats van de betrokkenen ontleende de gemeente aan de gemeentelijke basisadministratie, waarin geboorteplaats als gegeven stond opgenomen. Volgens de Commissie Gelijke Behandeling (CGB, voorganger van het College) en de rechtbank Haarlem maakte de gemeente hiermee direct onderscheid op grond van afkomst (ras). Voor zulk onderscheid, dat uitsluitend gebaseerd is op de Somalische afkomst van betrokkenen, is geen objectieve rechtvaardiging mogelijk. Zowel de CGB als de rechtbank oordeelde daarom dat de gemeente de betrokkenen had gediscrimineerd op grond van hun ras.⁵⁸

58 Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA5410, r.o. 2.5; Commissie Gelijke Behandeling 21 december 2006, oordeel 2006-257.

2.2.3 Hoeveel beoordelingsruimte hebben de nationale autoriteiten bij de rechtvaardigingstoets?

Bij de afweging van de verschillende in het geding zijnde belangen kent het EHRM de nationale autoriteiten een zekere beoordelingsruimte ('*margin of appreciation*') toe. De omvang van deze beoordelingsruimte hangt met name af van de aard van het gemaakte onderscheid en de specifieke context waarin dit onderscheid wordt gemaakt.

Aard van het onderscheid

Wat betreft de aard van het onderscheid maakt het EHRM onderscheid tussen *verdachte* en *niet-verdachte* discriminatiegronden. Wanneer onderscheid gebaseerd is op een verdachte discriminatiegrond vereist het EHRM zeer zwaarwegende redenen ('*very weighty reasons*') ter rechtvaardiging van dit onderscheid. Met andere woorden: wanneer onderscheid gebaseerd is op een verdachte discriminatiegrond geldt een extra strikte rechtvaardigingstoets. In die gevallen zullen de nationale autoriteiten slechts een beperkte beoordelingsruimte hebben bij het afwegen van de in het geding zijnde belangen en zullen zij moeten aantonen dat het onderscheid niet alleen *geschikt* is om een legitiem doel te bereiken, maar tevens *noodzakelijk*.⁵⁹

Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat zowel ras als nationaliteit gekwalificeerd moeten worden als verdachte gronden.⁶⁰ Voor direct onderscheid dat uitsluitend is gebaseerd op nationaliteit geldt dan ook dat zulk onderscheid *zeer moeilijk* te rechtvaardigen valt.⁶¹ De jurisprudentie van het EHRM laat zien dat dergelijk onderscheid in de praktijk (bijna) altijd tot een schending van artikel 14 EVRM leidt.⁶² Voor direct onderscheid dat

uitsluitend of in doorslaggevende mate is gebaseerd op etniciteit of afkomst (ras) geldt zelfs dat zulk onderscheid *nooit* te rechtvaardigen valt.⁶³ Onderscheid dat *mede* gebaseerd is op etniciteit, afkomst of nationaliteit kan slechts door *zeer zwaarwegende redenen* worden gerechtvaardigd.⁶⁴ Het grote belang van rechtmatige toepassing van sociale voorzieningen kan niet zonder meer dienen als dergelijk zwaarwegend belang.⁶⁵ Hetzelfde geldt voor pragmatische overwegingen die ten grondslag liggen aan de keuze om een mensen van een bepaalde afkomst of nationaliteit extra te controleren (bijvoorbeeld dat vermogensonderzoek in Turkije nou eenmaal goed mogelijk is).⁶⁶

De 'very weighty reasons'-test

De jurisprudentie van het EHRM laat zien dat de toepassing van de 'very weighty reasons'-test in veruit de meeste gevallen tot een schending van artikel 14 EVRM leidt. Deze test wordt daarom in de literatuur ook wel beschouwd als 'strict in theory, but fatal in fact'.⁶⁷

59 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;

60 EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*), § 56; EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*), § 42.

61 EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*), § 42.

62 EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10 (*Biao t. Denemarken*) [GC]; EHRM 30 september 2003, nr. 40892/98 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*); EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*).

63 EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*), § 58.

64 CRvB 28 juli 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1664, r.o. 4.5; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, r.o. 4.6.2.

65 Vgl. CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1228, r.o. 4.7.2.

66 Vgl. CRvB 12 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3156, r.o. 4.7.

67 Zie bijvoorbeeld J. 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* (aankomend), p. 9.

Context waarin het onderscheid wordt gemaakt

Niet elk 'verdacht' onderscheid leidt tot een even strenge rechtvaardigingstoets.⁶⁸ Bij het bepalen van de omvang van de beoordelingsmarge is namelijk ook van belang in welke *context* het onderscheid wordt gemaakt. Zo zal aan de overheid een bredere beoordelingsmarge toekomen wanneer *complexe politieke, sociale of economische afwegingen* gemaakt moeten worden. Het is vaste rechtspraak dat hiervan in ieder geval sprake is bij maatregelen van sociale of economische aard, bijvoorbeeld op het terrein van sociale zekerheid, economisch beleid of immigratiebeleid, en bij maatregelen in het kader van (nationale) veiligheid.⁶⁹ Bij maatregelen van sociale of economische aard en veiligheidsmaatregelen zullen nationale autoriteiten in beginsel dus meer beoordelingsruimte hebben, ook wanneer het gaat om 'verdacht' onderscheid. In die zin kan de specifieke context waarin onderscheid wordt gemaakt de 'very *weighty reasons*'-test dus enigszins relativeren.

De voorgaande uitgangspunten zijn ook zichtbaar in de nationale rechtspraak: nationale rechters geven de overheid doorgaans een ruimere beoordelingsmarge op het terrein van (nationale) veiligheid, immigratiebeleid en sociale zekerheid, wat de invulling van de 'very *weighty reasons*'-test beïnvloedt.⁷⁰ Zo kunnen afkomst-gebaseerde risicoprofielen op het terrein van sociale zekerheid de 'very *weighty reasons*'-test in sommige gevallen toch doorstaan.⁷¹ Hierbij speelt overigens ook mee dat risicoprofielen in deze context worden ingezet bij onderzoek naar de rechtmatige *toepassing* van bijstandswetgeving, en niet bij de *toekenning* van

het recht op bijstand.⁷² De rechtvaardigingstoets zal dus doorgaans zwaarder zijn wanneer een risicoprofiel wordt ingezet om te bepalen of een bepaald recht al dan niet wordt toegekend.

Ook in de KMar-rechtszaak toetste de rechter de door de Staat gemaakte belangenafweging minder grondig dan in andere contexten, waardoor het gebruik van etniciteit als selectie criterium bij MTV controles toch objectief gerechtvaardigd kon worden. Hierbij verdient opmerking dat het College in reactie op deze uitspraak heeft gepleit voor toepassing van een meer indringende proportionaliteitstoets bij het gebruik van etniciteit als selectie criterium bij MTV controles.⁷³ In het bijzonder heeft het College gesteld dat, gelet op de ernst van het gemaakte onderscheid, meer diepgaand moet worden ingegaan op de vraag of, en zo ja waarom de positieve effecten van het selecteren op etniciteit bij MTV controles daadwerkelijk opwegen tegen de zeer negatieve effecten die deze werkwijze heeft voor betrokkenen. Immers: de specifieke context waarin onderscheid wordt gemaakt kan de 'very *weighty reasons*'-test weliswaar inkleuren, maar niet volledig ondergraven.

68 EHRM 15 september 2016, nr. 44818/11 (*British Gurkha Welfare Society and Others t. het Verenigd Koninkrijk*), § 81.

69 Zie bijvoorbeeld EHRM 15 september 2016, nr. 44818/11 (*British Gurkha Welfare Society and Others t. het Verenigd Koninkrijk*), § 81; EHRM 8 juli 2003, nr. 36022/97 (*Hatton t. het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 6 september 1978, nr. 5029/71 (*Klass t. Duitsland*).

70 Zie bijvoorbeeld CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, r.o. 4.5.2; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543, r.o. 4.6.2; CRvB 20 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4160, r.o. 4.4.4; CRvB 14 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1231, r.o. 4.5.

71 Zie bijvoorbeeld CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1542; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543.

72 CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541, r.o. 4.6.2; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1542, r.o. 4.6.2; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543, r.o. 4.7.2.

73 Zie College voor de Rechten van de Mens, *Etnisch profileren en de KMar zaak (gespreksnotitie ten behoeve van het Rondetafelgesprek van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken d.d. 24 november 2021)*, 17 november 2021.

Voorbeeld

Extra controle van mensen met een geboorteplaats buiten Nederland

In het kader van onderzoek naar vermogen in het buitenland van bijstandsgerechtigden heeft de gemeente Utrecht een risicoprofiel opgesteld. Dit risicoprofiel selecteert personen die (1) een geboorteplaats buiten Nederland hebben, (2) in de afgelopen jaren één of meerdere keren meer dan 28 dagen in het buitenland zijn geweest en (3) een lopende uitkering ontvangen.⁷⁴ In totaal voldoen 950 bijstandsgerechtigden uit een groot aantal geboortelanden aan deze criteria. Om pragmatische redenen trekt de gemeente Utrecht uit deze groep digitaal en aselekt een steekproef van 200 bijstandsgerechtigden. Deze steekproef is representatief: de verhouding tussen bijstandsgerechtigden uit verschillende geboortelanden in de groep van 200 is gelijk aan de verhouding tussen bijstandsgerechtigden uit die geboortelanden in de groep van 950. In de groep van 200 kwamen 124 personen uit Turkije, 31 uit Marokko, 21 uit Suriname, 12 uit Europa, 2 uit de Nederlandse Antillen en 10 uit de rest van de wereld. De gemeente Utrecht heeft naar alle bijstandsgerechtigden waarvan dat mogelijk was (169 personen) vermogensonderzoek in het buitenland verricht. Voorop staat dat dit risicoprofiel onderscheid maakt naar (nationale) afkomst. Zulk onderscheid kan slechts gerechtvaardigd worden door zeer zwaarwegende redenen. Hierbij neemt de bestuursrechter evenwel in overweging dat het gaat om een maatregel op het terrein van sociale zekerheid en dat het risicoprofiel geen materieel recht aantast. In deze context vormt de rechtmatige toepassing van de bijstandswetgeving daarom

een voldoende zwaarwegende reden voor het gemaakte onderscheid. De bestuursrechter oordeelt bovendien dat de inzet van dit specifieke risicoprofiel proportioneel is.

- Vermogensonderzoek in het buitenland is ingewikkeld en kostbaar, waardoor het extra belangrijk is om zo gericht mogelijk te werk te gaan;
- Geboorteland is een relevant gegeven bij onderzoek naar vermogen in het buitenland;
- Het risicoprofiel is verfijnd met een ander relevant kenmerk (vakantiegedrag);
- Het risicoprofiel maakt geen nader onderscheid naar één specifiek geboorteland buiten Nederland;
- Het risicoprofiel veroorzaakt slechts in zeer beperkte mate een verschil in behandeling, omdat ten aanzien van *alle* bijstandsgerechtigden vrijwel voortdurend en vrijwel ongemerkt vermogensonderzoek wordt uitgevoerd binnen Nederland.

In deze specifieke context levert het gebruik van afkomst binnen een risicoprofiel daarom geen discriminatie op grond van ras op.

⁷⁴ CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1541; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1542; CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543.





Richtlijnen

Uit het voorgaande valt een aantal richtlijnen af te leiden voor de inzet van risicoprofielen door de overheid:

1. Overheidsinstanties mogen bij opsporings- en handhavingsbevoegdheden, met het oog op effectiviteit, efficiëntie en kostenbesparing, gebruik maken van risicoprofielen. Binnen deze risicoprofielen mogen ervaringsgegevens die tot een bepaalde vooronderstelling leiden een rol spelen, tenzij dit leidt tot discriminatie op grond van ras of nationaliteit;
2. Risicoprofielen die *uitsluitend of in doorslaggevende mate* gebaseerd zijn op **ras** (waaronder etniciteit en afkomst) zijn in strijd met het discriminatieverbod;
3. Risicoprofielen die zich richten op één bepaalde afkomst of nationaliteit hebben een stigmatiserend effect en zijn daarom strijdig met het discriminatieverbod;
4. Risicoprofielen die *uitsluitend* gebaseerd zijn op **nationaliteit** zijn *zeer moeilijk* te rechtvaardigen;
5. Risicoprofielen waarin ras of nationaliteit *mede* een rol speelt, kunnen slechts gerechtvaardigd worden door *zeer zwaarwegende redenen*;
6. Het gebruik van ras of nationaliteit als selectie-criterium binnen een risicoprofiel is nooit toegestaan als er geen objectieve relatie kan worden aangetoond tussen dit selectiecriteria en het legitieme doel van het profiel;
7. In alle gevallen moeten de selectiecriteria binnen een risicoprofiel samen voldoende relevant en objectief (*geschikt*) zijn om op een effectieve wijze bij te dragen aan de verwezenlijking van het nagestreefde legitieme doel;
8. Het gebruik van ras of nationaliteit als selectie-criterium binnen een risicoprofiel moet daarnaast *noodzakelijk* zijn om het gewenste doel te bereiken.
9. Selectiebeslissingen moeten te allen tijde uitlegbaar zijn.

Afsluitende opmerkingen

De inzet van risicoprofielen is in veel gevallen noodzakelijk om toezicht- en handhavingsbevoegdheden op een effectieve manier uit te oefenen. De wet en de rechtspraak bieden daartoe dan ook de ruimte. Hierbij is wel van belang dat overheidsorganisaties bij de inzet van risicoprofielen alert zijn op het gebruik van selectiecriteria die leiden tot (direct of indirect) onderscheid op grond van ras of nationaliteit. Dit toetsingskader biedt handvatten voor de herkenning van dergelijke selectiecriteria en voor de beoordeling van de rechtmatigheid hiervan. Het College benadrukt dat transparantie hierbij van groot belang is: het moet duidelijk zijn op basis van welke criteria mensen geselecteerd worden en waarom juist deze criteria zijn gekozen. Alleen dan kan, door middel van de handvatten in dit toetsingskader, beoordeeld worden of een risicoprofiel binnen de grenzen van het discriminatieverbod blijft.

Bijlagen

Annex I: Discriminatie: wat is het (probleem)?

Wat behelst het verbod op discriminatie?

Het idee dat alle mensen van nature gelijk zijn en recht hebben op een gelijke behandeling (het gelijkheidsbeginsel) is een belangrijk fundament van de democratische rechtsstaat. Het recht op een gelijke behandeling is tevens een mensenrecht dat is neergelegd in internationale en Europese mensenrechtenverdragen. De meeste mensenrechtenverdragen formuleren dit mensenrecht *op een negatieve manier*, dat wil zeggen, als een verbod op discriminatie.⁷⁵

Het verbod op discriminatie verbiedt het maken van onderscheid tussen (groepen) personen op basis van beschermde persoonskenmerken (discriminatiegronden). Voorbeelden van discriminatiegronden zijn ras, geslacht, religie, nationaliteit, seksuele gerichtheid, politieke gezindheid en handicap of chronische ziekte. De kerngedachte achter het discriminatieverbod is dat mensen moeten worden aangesproken en beoordeeld op hun gedragingen en niet op persoonskenmerken of identificatie als lid van een bepaalde bevolkingsgroep.⁷⁶

Het discriminatieverbod omvat zowel directe discriminatie als indirecte discriminatie.

- *Directe discriminatie* doet zich voor wanneer een persoon of groep personen ongelijk wordt behandeld dan andere personen in een vergelijkbare situatie, op grond van een beschermd persoonskenmerk. Bij directe discriminatie is de ongelijke behandeling meestal intentioneel: de bedoeling is expliciet om onderscheid te maken tussen mensen *met* een bepaald beschermd persoonskenmerk en mensen *zonder* dat persoonskenmerk. Een voorbeeld van directe discriminatie op grond van ras is wanneer iemand op basis van diens donkere huidskleur staande wordt gehouden door de politie.
- *Indirecte discriminatie* doet zich voor wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaald beschermd persoonskenmerk in vergelijking met andere personen *in het bijzonder* benadeelt, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Bij indirecte discriminatie hoeft de ongelijke behandeling niet intentioneel te zijn: dit kan een onbedoeld neveneffect zijn. Juridisch gezien maakt het overigens niet uit of het discriminerende effect van een regel wel of niet bedoeld was: van belang is enkel *dat* een discriminerend effect optreedt. Een voorbeeld van indirecte discriminatie is wanneer overheidsinstanties zich bij de inzet van opsporingsbevoegdheden focussen op een bepaalde postcode of woonwijk.

75 Zie bijvoorbeeld artikel 14 EVRM, artikel 1 EVRM-P12 en artikel 21 EU Handvest.

76 Zie College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, 9 juni 2021, p. 2.

Postcode of woonwijk kunnen namelijk wijzen op sociaal economische positie en het al dan niet hebben van een migratieachtergrond, nu bevolkingsgroepen in Nederland niet evenredig gespreid wonen maar in bepaalde wijken over- of ondervertegenwoordigd zijn.⁷⁷

Hoe verhouden risicoprofielen zich tot het verbod op discriminatie?

Het verbod op discriminatie brengt niet met zich mee dat de overheid nooit onderscheid mag maken tussen (groepen) personen. Sterker nog: de overheid zal in veel gevallen onderscheid *moeten* maken tussen (groepen) mensen om haar taken goed te kunnen uitvoeren. Denk bijvoorbeeld aan het uitkeren van inkomensafhankelijke toeslagen, of het rondsturen van uitnodigingen voor bevolkingsonderzoek naar borstkanker.

Ook bij het uitoefenen van toezicht- en handhavingsbevoegdheden wordt onvermijdelijk onderscheid gemaakt tussen burgers.⁷⁸ Er is nu eenmaal geen capaciteit om iedereen aan een even intensieve controle te onderwerpen. De overheid zal daarom burgers moeten selecteren voor controles. Soms vindt die selectie steekproefsgewijs plaats, soms door een ambtenaar aan de hand van bepaalde selectiecriteria (risicoprofiel). En soms is die selectie geautomatiseerd en zijn de selectiecriteria in een computeralgoritme verwerkt of zelfs door dit algoritme gegenereerd (bij zogenoemde 'slimme' of 'zelflerende' algoritmes).

Belangrijke vragen zijn dan welke (persoonlijke) kenmerken een rol spelen binnen zo'n risicoprofiel, en welke rol die kenmerken juridisch gezien *mogen* spelen.⁷⁹ Hier komt het verbod op discriminatie om de hoek kijken. Risicoprofielen kunnen namelijk in strijd komen met het discriminatieverbod wanneer beschermde persoonskenmerken, zoals ras of nationaliteit, binnen een risicoprofiel als selectie-criterium gebruikt worden, óf wanneer ogenschijnlijk neutrale selectiecriteria gebruikt worden die tot gevolg hebben dat personen met een bepaald beschermd persoonskenmerk, zoals een bepaald ras of een bepaalde nationaliteit, alsnog in het bijzonder geselecteerd worden.

Wat zijn de onwenselijke gevolgen van discriminerende risicoprofielen?

Het voorkomen van discriminerende risicoprofielen is om verschillende redenen van groot belang. Ten eerste tasten discriminerende risicoprofielen het vertrouwen van burgers in de overheid aan. Van de overheid mag immers verwacht worden dat zij zich aan haar eigen regels houdt en de rechten van burgers beschermt in plaats van ondermijnt. Ten tweede dragen discriminerende risicoprofielen bij aan de stigmatisering van bepaalde bevolkingsgroepen. Het geeft een signaal af dat bepaalde groepen mensen niet te vertrouwen zijn en draagt bij aan een intolerante houding tegenover hen. Dit is met name het geval bij zichtbare vormen van profilering (bijvoorbeeld wanneer mensen ter controle uit de rij worden gehaald, of op straat staande worden gehouden). Ten derde werkt het bovenmatig controleren van bepaalde bevolkingsgroepen een zichzelf vervullende voorspelling ('*self-fulfilling prophecy*') in de hand. Immers: wanneer een bepaalde bevolkingsgroep vaker gecontroleerd worden, zullen mensen uit deze groep ook vaker aan het licht komen als daders of overtreders, wat deze groep weer verder stigmatiseert. Mede om deze reden moet uiterst voorzichtig worden omgegaan met ervaringsgegevens en misdaadstatistiek: de totstandkoming hiervan is niet altijd zo objectief als het lijkt.

77 Zie hierover CRM, *Advies aan Dazure B.V. over premie-differentiatie op basis van postcode bij de Finvita overlijdensrisicoverzekering*, januari 2014.

78 Zie hierover ook: College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, 8 juni 2021.

79 Zie College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, 8 juni 2021, p. 1-2.

Tot slot is het van groot belang om te benadrukken dat discriminatie een enorme impact heeft op het leven van mensen die ermee te maken krijgen. Risicoprofielen die ertoe leiden dat mensen met een bepaald persoonskenmerk vaker gecontroleerd worden, kunnen ervoor zorgen dat deze mensen hun gedrag gaan aanpassen. Dit heeft een negatieve invloed op het genot van verschillende mensenrechten. Zo worden mensen aangetast in hun menselijke waardigheid wanneer zij zich voortdurend vernederd en onveilig voelen. Ook kan hun bewegingsvrijheid in het geding komen wanneer zij zich als het gevolg van extra politiecontroles niet meer vrij voelen om te gaan en staan waar en wanneer zij dat willen. Deze controles kunnen bovendien ook de privacy van mensen aantasten en, in het geval van preventief fouilleren, hun lichamelijke integriteit. Risicoprofilering kan daarnaast een negatieve invloed hebben op sociale en economische mensenrechten, zoals het recht op sociale zekerheid, het recht op huisvesting of het recht op werk. Tot slot kan het recht op effectieve rechtsbescherming in het geding komen, omdat mensen vaak niet weten en/of niet kunnen aantonen op basis van welke criteria zij geselecteerd zijn.

Annex II: Juridische grondslagen

Het verbod op discriminatie is vastgelegd in internationale mensenrechtenverdragen, Europese wet- en regelgeving en nationale wet- en regelgeving. Al deze instrumenten, en de uitleg die

daaraan wordt gegeven door rechters, zijn van invloed op de toepassing van het discriminatieverbod in de praktijk.

	Toezichthouder	Van toepassing op eenzijdig overheidshandelen? Inclusief inzet van risicoprofielen door de overheid	Relevante artikelen	Systeem van rechtvaardigingen voor onderscheid
Internationaal				
IVBPR	VN-Mensenrechtencomité	Ja, van toepassing op alle vormen van overheidshandelen	art. 2 lid 1 art. 26	Open
EVRM	EHRM	Ja, van toepassing op alle vormen van overheidshandelen	art. 14 (EVRM) art. 1 (EVRM-P12)	Open
IVUR	VN-comité tegen rassendiscriminatie	Ja, van toepassing op alle vormen van overheidshandelen	art. 1, art. 2, art. 5	Open
Europees				
EU Handvest voor de Grondrechten	HvJ-EU	Nee, uitsluitend voor zover de overheid het EU recht ten uitvoer brengt	art. 20 art. 21	Open
EU Richtlijn rassen-gelijkheid	HvJ-EU	Nee, behalve bij onderscheid op grond van ras in het kader van sociale bescherming	art. 2, art. 3 lid 1, onder e en f, art. 4, art. 5	Gesloten (direct onderscheid) Open (indirect onderscheid)
Nationaal				
Grondwet	Nationale rechter	Ja, van toepassing op alle vormen van overheidshandelen	art. 1	Open
AWGB	CRM, nationale rechters	Nee, behalve bij onderscheid op grond van ras in het kader van sociale bescherming	art. 1, art. 2 lid 4, art. 7a	Gesloten (direct onderscheid) Open (indirect onderscheid)

Internationaal recht

Het verbod op discriminatie is neergelegd in verschillende internationale mensenrechtenverdragen waarbij Nederland partij is, waaronder het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (IVUR). Het IVBPR en het EVRM verbieden discriminatie op basis van welke grond dan ook, inclusief ras en nationaliteit; het IVUR is in zijn geheel gewijd aan het uitbannen van rassendiscriminatie. Op de naleving van deze verdragen wordt toegezien door onafhankelijke, internationale toezichhouders: Het VN-Mensenrechtencomité ziet toe op de naleving van het IVBPR, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ziet toe op de naleving van het EVRM en het VN-comité voor de uitbanning van rassendiscriminatie (VN-comité tegen rassendiscriminatie) ziet toe op naleving van het IVUR.

IVBPR

Het IVBPR verbiedt discriminatie op basis van welke grond dan ook, waaronder ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom en geboorte.⁸⁰ Dit verbod op discriminatie is in het IVBPR neergelegd in twee verschillende non-discriminatiebepalingen: artikel 2 lid 1 en artikel 26. Artikel 2 lid 1 IVBPR verbiedt discriminatie in relatie tot de in het verdrag erkende mensenrechten; artikel 26 IVBPR garandeert iedereen een gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie in het algemeen. Het IVBPR bevat geen definitie van discriminatie, maar het VN-Mensenrechtencomité heeft verduidelijkt dat de term 'discriminatie' in het IVBPR verwijst naar 'ieder onderscheid, belemmering of voorkeur op welke grond dan ook [...] dat het effect of doel heeft om het genieten van mensenrechten en fundamentele vrijheden in het politieke, economische, sociale, culturele of elk ander gebied binnen het publieke leven, op gelijke voet, teniet te doen of in te korten'.⁸¹ Deze definitie omvat zowel

directe als indirecte discriminatie. Overigens is de vaste lijn van het VN-Mensenrechtencomité dat niet ieder verschil in behandeling tussen personen daadwerkelijk discriminatie oplevert: van discriminatie is geen sprake wanneer het verschil in behandeling is gebaseerd op redelijke en objectieve maatstaven en hiermee een legitiem doel wordt nagestreefd.⁸²

EVRM

Het EVRM verbiedt discriminatie op basis van welke grond dan ook, waaronder geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen en geboorte.⁸³ Dit verbod op discriminatie is neergelegd in artikel 14 EVRM en artikel 1 van Protocol 12 van het EVRM (EVRM-P12). Artikel 14 EVRM verbiedt discriminatie in relatie tot de in het verdrag erkende mensenrechten; artikel 1 EVRM-P12 verbiedt discriminatie in het algemeen. Het EVRM en EVRM-P12 bevatten geen definitie van de term 'discriminatie', maar uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat onder discriminatie wordt verstaan het anders behandelen van personen in relevant vergelijkbare situaties, zonder dat hiervoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.⁸⁴ Van een objectieve en redelijke rechtvaardiging is sprake wanneer (1) het verschil in behandeling *een redelijk doel* nastreeft en (2) er een *redelijke relatie van evenredigheid* bestaat tussen de ingezette middelen en het nagestreefde doel.

IVUR

Het IVUR is in zijn geheel gewijd aan het uitbannen van rassendiscriminatie. Artikel 1 lid 1 van het IVUR definieert 'rassendiscriminatie' als:

'ieder onderscheid, uitsluitel, belemmering of voorkeur gebaseerd op kleur, afkomst, nationale of etnische oorsprong, dat het effect of doel heeft om het genieten van mensenrechten en fundamentele vrijheden in het politieke, economische, sociale, culturele of elk ander gebied binnen het

80 Artikel 2 lid 1 en artikel 26 IVBPR.

81 VN-Mensenrechtencomité, General Comment no. 18 (Non-discrimination) 1989, § 7.

82 VN-Mensenrechtencomité, General Comment no. 18 (Non-discrimination) 1989, § 13.

83 Artikel 14 EVRM en artikel 1 EVRM-P12.

84 EHRM 13 November 2007, nr. 57325/00 (*D.H. and Others t. Tsjechië*), § 175.

publieke leven, op gelijke voet, teniet te doen of in te korten'.⁸⁵

Op grond van het IVUR zijn staten verplicht om een totaalpakket aan maatregelen te nemen om iedere vorm van rassendiscriminatie uit te bannen. Zo moet de Nederlandse overheid zich onder meer op alle niveaus onthouden van rassendiscriminatie en doeltreffende maatregelen treffen 'om het door de overheid zowel op nationaal als plaatselijk niveau gevoerde beleid [te onderzoeken] en de wetten en voorschriften die tot rassendiscriminatie kunnen leiden of deze kunnen doen voortbestaan, te wijzigen, af te schaffen of nietig te verklaren'.⁸⁶

Het IVUR is uitdrukkelijk *niet* van toepassing op onderscheid op grond van nationaliteit.⁸⁷ Artikel 1 lid 3 IVUR bepaalt echter dat dit niet mag leiden tot discriminatie op grond van één bepaalde nationaliteit.

Europees recht

Binnen de Europese Unie (EU) is het recht op een gelijke behandeling en het bijbehorend verbod op discriminatie gecodificeerd in meerdere instrumenten. Ten eerste in artikel 20 en 21 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (EU Handvest). Artikel 20 EU Handvest stelt dat eenieder gelijk is voor de wet; artikel 21 EU Handvest verbiedt elke vorm van discriminatie, onder meer op grond van ras, kleur en etnische of sociale kenmerken. Artikel 21 EU Handvest verbiedt tevens elke vorm van discriminatie op grond van nationaliteit binnen de werkingssfeer van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (VEG) en het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). In de praktijk betekent dit dat onderscheid op basis van nationaliteit verboden tussen EU-burgers in de context van het vrije verkeer van personen.

Naast het algemene discriminatieverbod in artikel 21 EU Handvest heeft de EU verschillende specifieke non-discriminatie richtlijnen aangenomen, waaronder de *Racial Equality Directive* (EU Richtlijn

rassengelijkheid).⁸⁸ De EU Richtlijn rassengelijkheid verbiedt discriminatie op grond van ras en etniciteit in verschillende contexten, waaronder de arbeidsmarkt, onderwijs, sociale bescherming met inbegrip van sociale zekerheid en gezondheidszorg, sociale voordelen en de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.⁸⁹ Onder discriminatie verstaat de EU Richtlijn zowel directe als indirecte discriminatie, alsook intimidatie en opdrachten tot discriminatie.⁹⁰ De EU Richtlijn rassengelijkheid ziet uitdrukkelijk *niet* op verschillen in behandeling op grond van nationaliteit.⁹¹

Voor *direct onderscheid* op grond van ras kent de EU Richtlijn rassengelijkheid een zogeheten *gesloten systeem van rechtvaardigingen*: de EU Richtlijn bepaalt zelf limitatief in welke gevallen direct onderscheid op grond van ras gerechtvaardigd is. In dit verband voorziet de EU Richtlijn voorziet in twee rechtvaardigingsgronden: (1) wanneer sprake is van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste en (2) wanneer sprake is van positieve actie om nadelen die verband houden met ras te voorkomen of te verminderen.⁹² Voor *indirect onderscheid* op grond van ras kent de EU Richtlijn een *open systeem van rechtvaardigingen*: zulk onderscheid is toegestaan is voor zover hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) ziet er op toe dat EU lidstaten het EU recht naleven en op een uniforme wijze interpreteren en toepassen.⁹³

85 Artikel 1 lid 1 IVUR.

86 Artikel 2 lid 1 onderdeel a en c IVUR.

87 Artikel 1 lid 2 en 3 IVUR.

88 EU Richtlijn 2000/43/EG van de Europese Raad (2000).

89 Artikel 3 EU Richtlijn 2000/43/EG van de Europese Raad (2000).

90 Artikel 2 EU Richtlijn 2000/43/EG van de Europese Raad (2000).

91 Zie artikel 3 lid 2 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, L 180 van 19/07/2000, p. 22-26.

92 Artikel 4 en 5 EU Richtlijn 2000/43/EG van de Europese Raad (2000).

93 Artikel 19 EU-Verdrag.

Nationaal recht

Het recht op gelijke behandeling en het bijbehorend verbod op discriminatie is in Nederland verankerd in artikel 1 van de Grondwet (Gw). Artikel 1 Gw bepaalt dat iedereen die zich in Nederland bevindt, in gelijke gevallen gelijk moet worden behandeld en op geen enkele grond gediscrimineerd mag worden. Deze opdracht is gericht aan de overheid: zij wordt in haar handelen begrensd door de Gw.

Het verbod op discriminatie is nader uitgewerkt in de gelijkebehandelingswetgeving, waaronder de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB). De AWGB verbiedt direct en indirect onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, seksuele gerichtheid of burgerlijke staat.⁹⁴ De AWGB geldt in het maatschappelijke verkeer, tussen private partijen onderling. De AWGB geldt echter niet op alle terreinen van het maatschappelijk leven. De AWGB verbiedt discriminatie op de arbeidsmarkt, bij de uitoefening van het vrije beroep, bij lidmaatschap van een vakbond of vereniging van beroepsgenoten en bij het aanbieden van of de toegang tot goederen en diensten. Dit betekent dat eenzijdig overheids-handelen, zoals het innen van belastingen door de Belastingdienst of het uitoefenen van controlebevoegdheden door de politie, buiten het bereik van de AWGB valt. Hierop bestaat één belangrijke uitzondering: artikel 7a AWGB bepaalt expliciet dat onderscheid op grond van *ras* verboden is bij sociale bescherming, waaronder ook sociale zekerheid en sociale voordelen begrepen wordt. Dit betekent dat de AWGB wél van toepassing is bij de uitoefening van controles die overheidsdiensten uitvoeren ter bestrijding van sociale zekerheidsfraude of onterechte toekenning van toeslagen.

Artikel 1 Grondwet

‘Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.’

Voor direct onderscheid kent de AWGB, evenals de EU Richtlijn rassengelijkheid, een gesloten systeem van rechtvaardigingen. Voor direct onderscheid op grond van ras voorziet de AWGB in drie rechtvaardigingsgronden: (1) wanneer sprake is van specifieke maatregelen om nadelen die verband houden met ras op te heffen of te verminderen (2) wanneer uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn en (3) wanneer sprake is van een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste.⁹⁵ Bij al deze rechtvaardigingsgronden geldt dat er sprake moet zijn van een legitiem doel en het gekozen middel evenredig moet zijn aan dat doel. Voor indirect onderscheid kent de AWGB een open systeem van rechtvaardigingen: het verbod van onderscheid geldt niet geldt ten aanzien van indirect onderscheid wanneer dit onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.⁹⁶

94 Artikel 1 AWGB.

95 Artikel 2 lid 3 en lid 4, onder a en b AWGB.

96 Artikel 2 lid 1 AWGB.

Annex III: De discriminatiegronden

‘ras’ en ‘nationaliteit’

Ras en nationaliteit zijn twee aparte discriminatiegronden die in de meeste non-discriminatiebepalingen genoemd worden. Hieronder wordt nader ingegaan op de betekenis en reikwijdte van deze discriminatiegronden.

De discriminatiegrond ‘ras’

Uit artikel 1 lid 1 IVUR volgt dat het begrip ‘ras’ een juridische verzamelterm is voor: huidskleur, afkomst, etnische en nationale afstamming. Bij deze uitleg van het juridische begrip ‘ras’ wordt in de nationale rechtspraak aansluiting gezocht.⁹⁷ Zo is het vaste rechtspraak van de Hoge Raad (HR) dat huidskleur, afkomst en nationale en etnische afstemming binnen de reikwijdte van het begrip ‘ras’ vallen.⁹⁸ Dit is ook bevestigd in de strafzaak tegen Geert Wilders (‘zaak Wilders’).⁹⁹ Ook het College hanteert, in de context van de AWGB, een ruime definitie van het begrip ‘ras’ door hier, conform artikel 1 IVUR, ook de kenmerken huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming onder te verstaan.¹⁰⁰ Zo vallen woonwageneigenaren die zich ‘van generatie op generatie als zodanig manifesteren en die zich beschouwen als een bevolkingsgroep met een van andere bevolkingsgroepen te onderscheiden cultuur’ ook onder het begrip ‘ras’.¹⁰¹ Dit laat zien dat de juridische definitie van het begrip ‘ras’ ruimer is dan de

betekenis die dit begrip in het Nederlandse spraakgebruik en wetenschap heeft.¹⁰²

Het juridische begrip ‘ras’ omvat *etniciteit* (etnische afstamming). Uit de rechtspraak van het EHRM en het HvJ-EU volgt dat de term ‘etnische afstamming’ verwijst naar sociale of maatschappelijke groepen die gekenmerkt worden door met name een gemeenschappelijke nationaliteit, stam, religie, taal, culturele en traditionele afkomst en achtergrond, en gemeenschappelijke levensomstandigheden.¹⁰³ In de nationale rechtspraak wordt doorgaans aangesloten bij deze uitleg. Zo overwoog de rechtbank in de zaak Wilders dat nationale of etnische afstamming moet worden begrepen als binding met een nationale staat of grondgebied, vanwege de oorsprong in eenzelfde land of streek en het bezitten van een gemeenschappelijke geschiedenis, gemeenschappelijke tradities, een gemeenschappelijke cultuur en/of gemeenschappelijke taal.¹⁰⁴ Nu van nagenoeg al deze aspecten sprake is bij de Marokkaanse bevolkingsgroep in Nederland, oordeelde de rechtbank dat de term ‘Marokkanen’ verwijst naar afkomst, nationale afstamming en etnische afstamming (en zodoende onder de reikwijdte van het begrip ‘ras’ valt).¹⁰⁵

97 Gerechtshof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606; Rechtbank Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014.

98 Rechtbank Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014, r.o. 5.4.2. Zie ook: HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036, r.o. 3.5 en HR 29 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:511, r.o. 3.4.

99 Gerechtshof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606; Rechtbank Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014.

100 College voor de Rechten van de Mens 9 augustus 2019, oordeel 2019-79, § 6.2.

101 College voor de Rechten van de Mens 19 maart 2020, oordeel 2020-24, § 6.2.

102 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.

103 vJ-EU 16 juli 2015, zaak C-83/14 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, § 46; HvJ-EU 6 april 2017, zaak C-668/15 (*Jyske Finans*), § 17; EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*), § 55.

104 Rechtbank Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014, r.o. 5.4.2.

105 Rechtbank Den Haag 9 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15014, r.o. 5.4.2. Zie ook HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036, r.o. 3.8.2 en Gerechtshof Den Haag 4 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1606, r.o. 8.3.

Het College onderschrijft deze definitie grotendeels, met de kanttekening dat er in de praktijk een verschil lijkt te bestaan tussen etnische afstamming en nationale afstamming. Waar etnische afstamming verwijst naar bovengenoemd lidmaatschap van sociale of maatschappelijke groepen met bepaalde gemeenschappelijke kenmerken, verwijst 'nationale afstamming' naar het hebben van een binding met een nationale staat, bijvoorbeeld omdat de persoon in kwestie daar is geboren of opgegroeid, of omdat diens (voor)ouders in die nationale staat zijn geboren en opgegroeid.¹⁰⁶ Nationale afstamming ziet uitdrukkelijk *niet* op nationaliteit in staatkundige zin. Dit blijkt ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVUR, waarin ligt besloten dat de term 'nationale afstamming' niet duidt op (huidige) nationaliteit, maar op land van herkomst.¹⁰⁷ In het kader van het discriminatieverbod is het daarom belangrijk om onderscheid te maken tussen nationale afstamming enerzijds en nationaliteit anderzijds. Nationaliteit valt namelijk buiten de discriminatiegrond 'ras' zoals gedefinieerd in artikel 1 lid 1 IVUR. Ook de EU Richtlijn rassengelijkheid ziet niet op verschillen in behandeling op grond van nationaliteit, en de AWGB is op eenzijdig overheidshandelen niet van toepassing wanneer het gaat om onderscheid op grond van nationaliteit.¹⁰⁸

De discriminatiegrond 'nationaliteit'

Het begrip 'nationaliteit' ziet op het hebben van staatsburgerschap van een land; het beschrijft de juridische band tussen een persoon en een staat.¹⁰⁹ Er is dus sprake van een staatsrechtelijke component en veelal zal iemand in het bezit zijn van een paspoort van de staat in kwestie.¹¹⁰ Het College heeft op dit punt bevestigd dat nationaliteit moet worden opgevat in staatkundige zin, onafhankelijk van de feitelijke woon- en verblijfplaats.¹¹¹ Nationaliteit lijkt dichtbij de term 'nationale afstamming' te komen, wat onder de discriminatiegrond 'ras' valt (zie hierboven) Maar, zoals reeds benoemd: de term 'nationale afstamming' ziet nadrukkelijk *niet* op nationaliteit in staatsrechtelijke zin, maar op het hebben van een *binding* met een nationale staat, bijvoorbeeld omdat de persoon in kwestie daar is geboren of opgegroeid of omdat diens (voor)ouders in die nationale staat zijn geboren en opgegroeid.¹¹²

106 College voor de Rechten van de Mens 25 april 2013, oordeel 2013-52, § 3.3.

107 Zie bijvoorbeeld Internationaal Gerechtshof 4 februari 2021 (*Qatar t. Verenigde Arabische Emiraten*), § 94.

108 Zie artikel 3 lid 2 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, L 180 van 19/07/2000, p. 22-26.

109 Artikel 2 (a) van het verdrag inzake nationaliteit van de Raad van Europa (1996).

110 CRvB 13 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2481, § 5.

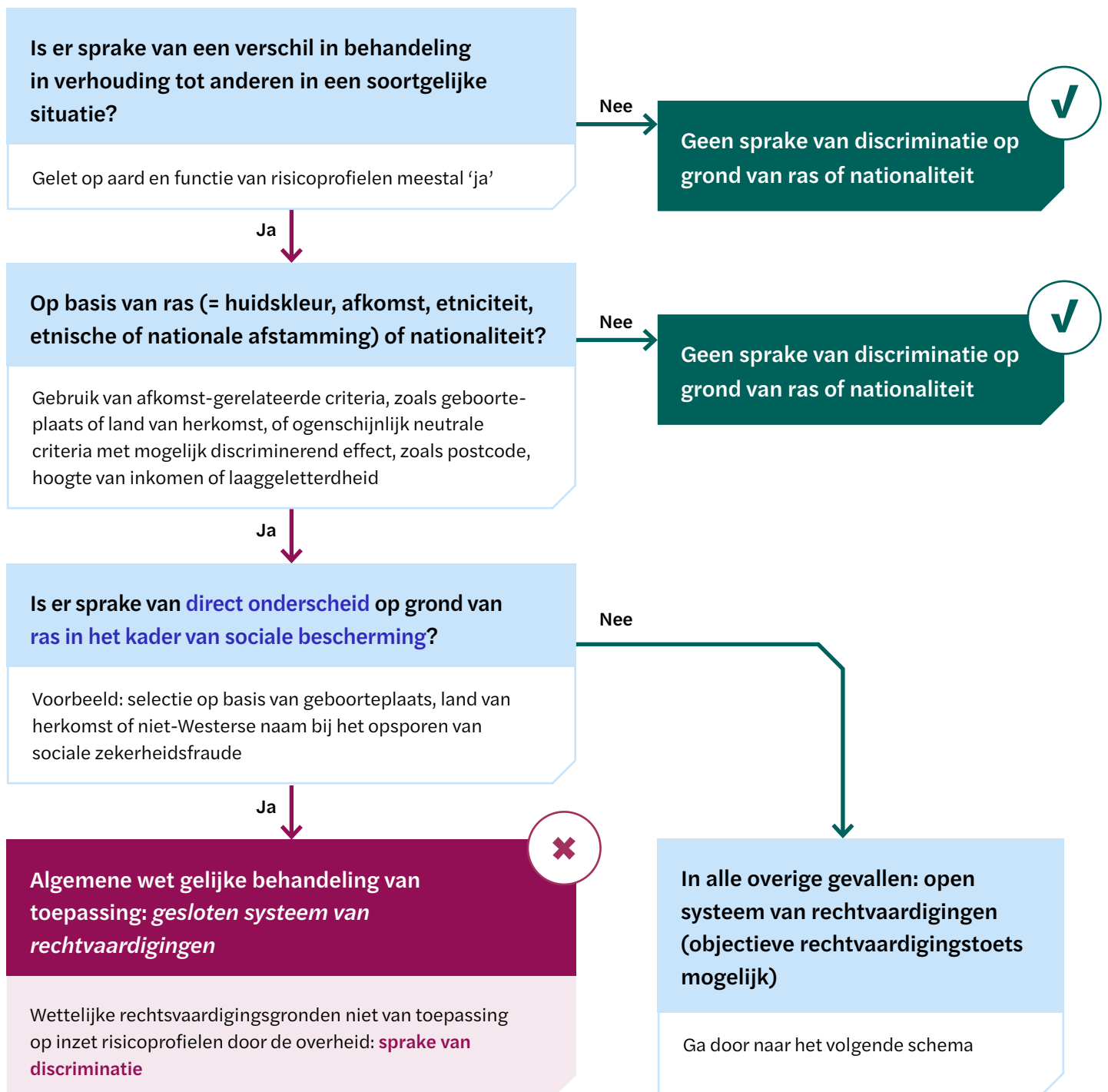
111 College voor de Rechten van de Mens 1 november 2016, oordeel 2016-117, § 4.3.

112 College voor de Rechten van de Mens Oordeel 25 april 2013, oordeel 2013-52, § 3.3.

Annex IV: Leidt een risicoprofiel tot discriminatie op grond van ras of nationaliteit?

Doorloop onderstaande hoofd- en deelvragen in de beslisbomen om antwoord te krijgen.

1. Maakt een risicoprofiel onderscheid op grond van ras of nationaliteit?



2. Bestaat er een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid?

