

Risicoprofilering

Gespreksnotitie van het College voor de Rechten van de Mens ten behoeve van het rondetafelgesprek van 23 mei 2024 met de Vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer

(1) Inleiding

Risicoselectie en risicoprofilering brengen serieuze risico's op discriminatie mee. Het is daarom goed om risicoselectie door overheden kritisch onder de loep te nemen.

In de uitnodiging vraagt uw commissie of het College voor de Rechten van de Mens (het College) vanuit zijn expertise in wil gaan op (1) bestaande wetgeving met in het bijzonder aandacht voor waarborgen en eventuele 'hiaten', 2) de betekenis van recente rechterlijke uitspraken over risicoprofilering voor beleid en uitvoeringspraktijk, en 3) eventuele knelpunten hierbij.

Deze notitie bespreekt de risico's van risicoprofilering vanuit een mensenrechtenrechtelijk kader en sluit af met enkele aanbevelingen. Als focus is in deze notitie gekozen voor het verbod op directe discriminatie op grond van 'ras'.¹ Het College werkt daarnaast op dit moment aan een nieuwe versie toetsingskader risicoprofilering waarvan in 2021 een eerste versie verscheen.² Onderwerpen waarvoor in deze notitie geen ruimte is, zoals indirecte discriminatie en algoritmische discriminatie, komen in het nieuwe toetsingskader wel uitgebreid(er) aan bod.

(2) Risicoprofilering

Onder risicoprofilering verstaat het College het toepassen van één of meer criteria op basis waarvan een handhavende instantie een bepaald risico op normovertreding inschat. Deze risico-inschatting wordt vervolgens gebruikt om personen te selecteren op wie (nadere) controle wordt toegepast. Risicocriteria kunnen kenmerken zijn van een persoon zelf, van het gedrag van een persoon of van omstandigheden waarin iemand zich bevindt. Beoogd doel van de inzet van risicoprofilering is doorgaans een effectieve(re) normhandhaving. De veronderstelling van de instantie die profileert is dat de gekozen criteria samenhangen met een hogere kans op detectie van normovertreding dan bij controle volgens een willekeurige steekproef. Risicoprofilering kan in veel hoedanigheden voorkomen. Bij profilering 'in levende lijve' richt (bijvoorbeeld) een agent zich op bepaalde kernmerken van personen en/of gedrag, observeert deze en selecteert hierop de persoon voor controle. Risicoprofilering kan ook op dossierniveau plaatsvinden. Hierbij kan gedacht worden aan opsporing van sociale zekerheidsfraude, waarbij aan de hand van risicocriteria een voorselectie van dossiers van aanvragers wordt gemaakt. Dossierselectie kan handmatig of algoritmisch plaatsvinden.

(3) Risicoprofilering en het juridische discriminatieverbod

Risicoprofilering brengt risico's op discriminatie mee. Discriminatie is onderscheid op grond van bepaalde persoonskenmerken waarvoor geen objectieve rechtvaardiging is. Criteria die worden gebruikt in een risicoprofiel maken per definitie onderscheid tussen personen: daar zijn ze voor ontworpen. Onderscheid is niet altijd verboden. Bij het discriminatieverbod is de hamvraag steeds of er een objectieve rechtvaardiging is voor een selectie criterium of risicofactor. De juridische objectieve rechtvaardigingstoets kent drie hoofdelementen:

- i) wordt een *legitiem doel* nagestreefd? (is het doel op zichzelf toelaatbaar en heeft de gebruiker een daadwerkelijk belang);
- ii) is het risicocriterium *geschikt* om het doel te bereiken? (is het criterium effectief, draagt het bij aan het behalen van het nagestreefde, legitieme doel), en
- iii) is het risicocriterium *noodzakelijk* om het gestelde doel te bereiken? Het noodzakelijkheids criterium valt uiteen in twee toetsen: is er een andere, minder inbreuk-makende manier om het doel te bereiken (*subsidiariteit*) en staan de nadelen van het gebruik van de risicofactor in redelijke verhouding tot het belang van het beoogde doel (*proportionaliteit*)?

¹ 'Ras' is een juridische verzamelterm voor afkomstgerelateerde kenmerken zoals huidskleur, afkomst, en nationale of etnische afstamming.

² <https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/61a734e65d726f72c45f9dce>.

Indicatoren in risicoprofielen kunnen direct of indirect onderscheid maken. Als iemands huidskleur of etnische afkomst een deel van het risicoprofiel is, dan wordt er direct onderscheid op grond van 'ras' of etniciteit gemaakt. Wanneer een risicofactor 'hoogte inkomen' leidt tot strengere of frequentere controles dan kan dat indirect onderscheid op grond van 'ras' opleveren - als statistisch duidelijk is dat personen met migratieachtergrond momenteel een lager dan gemiddeld inkomen genieten. Sterk vereenvoudigd gezegd bestaat voor direct onderscheid juridisch gezien het minste ruimte en is de toets het strengst.³ De risico's van indirecte discriminatie door risicoprofilering moeten zeer serieus worden genomen; ze zijn dikwijls ingewikkelder om te herkennen. Deze krijgen dan ook een uitgebreide bespreking in het nieuwe toetsingskader van het College. Het navolgende van deze notitie concentreert zich op *direct onderscheid* bij risicoprofilering.

(4) Juridische normen voor discriminatie door risicoprofielen bij afkomstgerelateerde kenmerken

Gebruik van de grond 'ras'

Van de erkende discriminatiegronden is de grond 'ras' het sterkst beschermd. Onderscheid maken op grond van 'ras' is in de praktijk zelden of nooit gerechtvaardigd.⁴ Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) volgen de volgende normen:

1. De toetsingselementen 'legitimiteit van het doel', de 'geschiktheid' en de 'noodzakelijkheid' van een risicofactor moeten bij de grond 'ras' *zo strikt mogelijk* worden getoetst.⁵
2. Een onderscheid-makende behandeling mag *nooit uitsluitend of in beslissende mate* gebaseerd zijn op 'ras'.⁶
3. Eventueel gebruik van 'ras' of afkomstgerelateerde risicofactoren mag *nooit zijn ingegeven zijn door stigmatiserende aannames of vooroordelen* over specifieke bevolkingsgroepen.⁷
4. Overheden hebben een positieve *verplichting* om discriminatie (= verboden onderscheid) op grond van ras in hun handelen *te voorkomen*.

Gebruik van de grond 'nationaliteit'

Nationaliteit ziet op de juridische status van een persoon als staatsburger. Voor onderscheid op grond van nationaliteit is in de Europese jurisprudentie iets meer ruimte dan op de grond 'ras',⁸ op voorwaarde dat de staatkundige status van personen relevant is (denk aan een selectie voor controle bij een Nederlandse fiscale of sociale regeling die slechts geldt voor personen die (ook) een andere nationaliteit bezitten). Ontbreekt die relevantie dan is in feite sprake van onderscheid op grond van 'ras' en moet er als zodanig worden getoetst.⁹

(5) Recente relevante jurisprudentie

Gevraagd naar recente relevante jurisprudentie noemt het College graag de volgende uitspraken:

Hof van Justitie van de EU: het Schufa-arrest¹⁰

Recent heeft demissionair staatssecretaris van financiën Van Rij de Tweede Kamer een brief

³ Het maakt voor de wijze van toetsing verschil of een criterium onder EU-richtlijnen valt of onder het EVRM. Op dit verschil wordt nader ingegaan in het (oude en komende) Toetsingskader van het College. Grofweg kan gezegd worden dat discriminatie wegens ras bij sociale zekerheidskwesties onder EU-recht valt, terwijl overige handhaving, waaronder politieoptreden, aan de hand van EHRM-jurisprudentie moet worden beoordeeld.

⁴ Vgl. Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2023, ECLI:GHDHA: 2023:173, par. 8.6

⁵ EHRM 17 november 2007, D.H. e.a. t. Tsjechie, application no. 57325/00, par. 196

⁶ EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (Timishev t. Rusland), par. 58.

⁷ EHRM 16 April 2019, (Applno. 48474/14) Lingurar t. Roemenië.

⁸ EHRM 9 juni 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0609 (Savickis e.a. t. Letland).

⁹ Vgl. Rechtbank Den Haag, 16 april 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:5396.

¹⁰ HvJEU 7 december 2023, ECLI:EU:C:2023:957 (SCHUFA Scoring).

gestuurd over de betekenis van het advies van de Landsadvocaat naar aanleiding van het *Schufa*-arrest van het Hof van Justitie van de EU.¹¹ Kortgezegd staat in het advies van de Landsadvocaat de legitimiteit van risicoprofilering in het algemeen ter discussie als voor geautomatiseerde gegevensverwerking geen expliciete wettelijke grondslag is verleend. Dit zou volgen uit de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en de Uitvoeringswet AVG (UAVG). De staatssecretaris spreekt van 'in potentie vergaande impact' voor de Belastingdienst, en heeft de Autoriteit Persoonsgegevens om een nader advies gevraagd. Het College volgt deze ontwikkelingen op de voet.

Gerechtshof Den Haag inzake MTV-toezicht door de KMar

In deze baanbrekende zaak heeft het gerechtshof Den Haag het gebruik van 'ras' als criterium door de Koninklijke Marechaussee (KMar) bij vreemdelingtoezicht verboden. In het bijzonder geeft het hof een nieuwe uitleg aan het criterium dat onderscheid nooit *uitsluitend of in beslissende mate* op 'ras' mag zijn gebaseerd (hierna: het Timishev-criterium). De interpretatie van het hof komt erop neer dat *elk* gebruik van etnische kenmerken in een selectieprofiel, ook als het niet de enige of geen doorslaggevende risicofactor in een profiel is, 'beslissend' zou kunnen zijn, en dus verboden is. Het gerechtshof voegt er aan toe dat een objectieve rechtvaardiging van gebruik van etnische kenmerken niet uitgesloten is als men "hulp wil verlenen aan personen die slachtoffer dreigen te worden van misstanden zoals mensenhandel".¹² De precieze betekenis van deze kennelijke uitzonderingssituatie zijn op dit moment niet geheel helder.

De uitspraak van het hof is inmiddels definitief. De toekomst moet leren of de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep de uitleg van dit gerechtshof volgen.¹³ Het EHRM heeft zelf geen nadere uitleg van het Timishev-criterium gegeven. Het College wijst er ter relativering op dat ook los van de precieze invulling van het Timishev-criterium legitiem gebruik van 'ras' als selectiecriterium in de praktijk vrijwel uitgesloten is, waarover in volgende alinea meer.

EHRM Wa Baile t. Zwitserland

Vaak staat bij (risico)profilering bij controles 'op straat' de ontoelaatbaarheid van gebruik van etnische kenmerken niet ter discussie, maar ligt het probleem in de bewijs sfeer. Dit was ook het geval in de recente zaak Wa Baile tegen Zwitserland.¹⁴ Verzoeker Wa Baile stelde aan een identiteitscontrole te zijn onderworpen door de Zwitserse politie vanwege zijn huidskleur. De betrokken politieambtenaren ontkenden dit en stelden dat de man is gecontroleerd omdat hij zich verdacht gedroeg. Het EHRM oordeelde dat sprake was van (verboden) discriminatie. Daarbij nam het in aanmerking dat de Zwitserse politie geen adequate trainingen en procedures hanteerde om etnisch profileren te voorkomen, terwijl uit diverse rapporten bleek dat etnisch profileren door de Zwitserse politie een structureel probleem was. Hiermee verschoof de bewijslast naar de Zwitserse staat om aan te tonen dat huidskleur geen rol had gespeeld bij de selectie. Zwitserland slaagde daar niet in. Uit de zaak kan worden afgeleid dat staten een positieve verplichting hebben om etnisch profileren te voorkomen via het adequaat opleiden en trainen van agenten. Daarbij moet bedacht worden dat bij de beoordeling van gedrag als 'verdacht' onbewuste vooroordelen over etnische groepen een rol kunnen spelen.

(6) Hiaten en knelpunten

¹¹ Staatssecretaris van Rij van Financiën, brief van 13 maart 2024, Kamerstukken II, 2023/24, 32 761, nr. 294.

¹² Gerechtshof Den Haag, 14 februari 2023, ECLI:GHDHA: 2023:173, par. 8.23.

¹³ De Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep hanteerden in eerdere uitspraken een andere, iets ruimere, uitleg van het Timishev-criterium, waarin het wél mogelijk werd geacht dat een behandeling gebaseerd is op grond van etniciteit, maar niet als enige criterium of in beslissende mate wordt gebruikt. HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2454 (Dynamische Verkeerscontrole); CRvB 5 juni 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1543.

¹⁴ EHRM Wa Baile t. Zwitserland. 20 februari 2024 (appl. nos. 43868/18 en 25883/21).

In de genoemde KMar-uitspraak heeft het gerechtshof Den Haag een scherpe norm neergezet over het gebruik van etnische kenmerken bij risicoselectie. Als in de toekomst blijkt dat het EHRM, de Hoge Raad of de CRvB de uitleg van het gerechtshof niet volgen, dan is er nog niet direct een 'hiaat' in de rechtsbescherming. Zoals hiervoor gezegd constateert het College namelijk dat ook afgezien van de precieze betekenis van het Timishev-criterium ieder gebruik van 'ras' volgens het EHRM 'zo strikt mogelijk' moet worden getoetst op het belang en legitimiteit van het nagestreefde doel van profilering, de daadwerkelijke effectiviteit van het gewraakte criterium én de vraag of het belang opweegt tegen de (enorme) nadelen van gebruik van afkomst. Bovendien mogen risicocriteria nooit ingegeven zijn door vooroordelen en onbewezen aannames. Dat betekent in de praktijk dat er vrijwel nooit een rechtvaardiging zal zijn voor gebruik van de risicofactor 'ras' in risicoprofielen.

Bestrijding van discriminatie door risicoprofielen heeft een juridische kant en een gedragskant. Het College ziet hier wel een mogelijk hiaat of knelpunt. Opsporingswerk is mensenwerk; mensen kunnen bewuste en onbewuste voordelen hebben. Uit recent onderzoek van het WODC blijkt dat er momenteel slechts enkele aantoonbaar effectieve methoden en werkwijzen bestaan om etnisch profileren door politiecontroles in Nederland tegen te gaan.¹⁵ Selecteren op grond van etnische kenmerken in de handhavingspraktijk mag niet. Investeren in training en praktische werkwijzen is daarom essentieel. Dit vloeit voort uit de positieve verplichting die Nederland heeft om etnisch profileren te voorkomen.¹⁶

(7) Aanbevelingen

1. Normstelling

Garandeer dat handhavende instanties als norm hanteren dat risicoprofilering op grond van afkomstgerelateerde kenmerken verboden is. Verwerk dit uitgangspunt duidelijk en expliciet in interne regels en handelingskaders, en draag dit uit in de training en opleidingen van agenten en andere ambtenaren die belast zijn met handhaving.

2. Bindende externe toetsing

Stel een mensenrechtelijke toets door een externe instantie verplicht bij sprake van 'grijze gebieden' of twijfels over de toelaatbaarheid van een risicoprofiel.

Toelichting: dit voorkomt dat handhavende instanties die zich in een urgente uitzonderingssituatie menen te bevinden, op eigen gezag een afkomstgerelateerde risicofactor gebruiken. In die gevallen zou zonder een dergelijke externe bindende mensenrechtelijke toets vooraf (volgens de strengste normen) een risicoprofiel niet gebruikt mogen worden.

3. Training en meer en onderzoek naar succesvolle interventies

Investeer in training en onderzoek naar succesvolle methoden om etnisch profileren in de praktijk te voorkomen.

Toelichting: Etnisch profileren is een ernstige schending van mensenrechten met ernstige gevolgen. Nederland heeft een actieve voorzorgplicht om dit te voorkomen. Op basis van eerder genoemd WODC-onderzoek zijn (forse) investeringen nodig in empirisch gedragswetenschappelijk en bestuurskundig onderzoek naar effectieve trainingen en werkwijzen tegen etnisch profileren. Dit geldt zowel voor de politie als voor andere handhavingsambtenaren die praktijkcontroles uitvoeren.

¹⁵ <https://www.wodc.nl/actueel/nieuws/2024/03/14/effectieve-aanpak-etnisch-profileren-door-politie-vereist-meer-kennis>

¹⁶ Op Nederland rust ook een positieve (voorzorgs)verplichting op grond van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR).