

Vergaderjaar 2021–2022

30 950

Rassendiscriminatie

Nr. 281

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 14 december 2021

Discriminatie op grond van ras en nationaliteit door de overheid is onacceptabel en raakt mensen vol in hun persoonlijk en maatschappelijk leven. De mogelijke gevolgen van discriminatie door de overheid zijn duidelijk gebleken uit het leed dat is voortgekomen uit de kinderopvang-toeslagaffaire. In dat kader is de discussie over etnisch profileren in risicoprofielen van extra belang.

De maatschappelijke verontwaardiging over etnisch profileren als vorm van discriminatie op grond van ras en nationaliteit is groot en het voorkomen en bestrijden van discriminatie heeft de volle aandacht van het kabinet. Het schaadt het vertrouwen in de overheid als de overheid mensen niet behandelt als volwaardig burger.¹ In dit standpunt wordt ingegaan op het gebruik van etniciteit en nationaliteit *in (digitale) risicoprofielen*, aan de hand van een mensenrechtelijk toetsingskader dat het College voor de Rechten van de Mens (het College) op 1 december 2021 heeft gepubliceerd.

In het toetsingskader van het College staan de juridische maatstaven om te bepalen wanneer risicoprofielen leiden tot discriminatie op grond van ras (waaronder etniciteit valt)² of nationaliteit. De basis voor dit kader zijn de non-discriminatiebepalingen uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de jurisprudentie hierover. Het gaat om een relevante uiteenzetting over dit belangrijke vraagstuk voor de overheid. Daarvoor wil ik het College dan ook bedanken. Ik stuur het toetsingskader als bijlage³ bij deze brief mee.

¹ De impact van etnisch profileren op personen en het vertrouwen in de overheid wordt o.a. genoemd in «CRM, Discriminatie door risicoprofielen, 2021» en in «Nationale ombudsman, Verkleurde beelden, 2021».

² Het College beschrijft dat de discriminatiegrond «ras» ziet op huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming en daarmee dus ook etniciteit en etnische kenmerken omvat.

³ Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl.

Mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, de Staatssecretarissen van Financiën – Fiscaliteit en Belastingdienst en de Staatssecretaris van Financiën – Toeslagen en Douane reageer ik hieronder op dit kader en op de wijze waarop dit door de overheid wordt toegepast. Zoals aangekondigd in mijn brief van 8 november 2021 (Kamerstuk 30 950, nr. 277) geef ik daarmee tevens invulling aan de gewijzigde motie van het lid Belhaj c.s.⁴ en de toezegging van de Minister van JenV uit het 30-ledendebat over etnisch profileren van 9 september 2021.⁵ Daarnaast zal ik een vertaling van deze brief sturen aan de rapporteur van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa inzake de bestrijding van racisme en intolerantie, waarmee het standpunt van de Nederlandse regering wordt overgebracht.

1. Risicoprofielen en discriminatie

Verschillende overheden gebruiken bij de uitoefening van hun taken zogeheten risicoprofielen. Deze profielen hebben tot doel om doelgericht en efficiënter te handhaven en/of controleren (daarnaast kunnen risicoprofielen ook een dienstverlenend doel hebben, bijvoorbeeld als zij worden ingezet om foutieve aanvragen te voorkomen). Dat is ook nodig: de capaciteit van overheden om te handhaven en/of te controleren is namelijk schaars. Op basis van 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. Overheidsorganisaties die gebruik maken van risicoprofielen moeten zich ervan bewust zijn dat dit onderscheid het risico van discriminatie met zich mee brengt.⁶ En discriminatie is verboden. Het non-discriminatiebeginsel uit het eerste artikel van onze Grondwet is daar heel helder over.

Maar niet ieder onderscheid is discriminerend. Als het maken van onderscheid een gerechtvaardigd doel heeft, een passende en geschikte maatregel is en voldoet aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit dan is sprake van een gerechtvaardigd onderscheid. Deze eisen zijn cumulatief: aan al deze eisen moet worden voldaan, anders is er wel sprake van discriminatie. Het toetsingskader van het College helpt herkennen in welke gevallen de gekozen selectiecriteria in het risicoprofiel leiden tot (direct of indirect) onderscheid op grond van ras of nationaliteit. Ook biedt het toetsingskader handvatten voor de beoordeling van de rechtmatigheid van dat onderscheid.⁷

In het toetsingskader wordt eveneens ingegaan op de definitie van etnisch profileren. Het College komt tot de volgende definitie: 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. In dit laatste ligt in de praktijk de crux.

Het mensenrechtelijke toetsingskader van het College geeft duidelijk weer dat in drie gevallen nooit sprake kan zijn van een gerechtvaardigd onderscheid.

⁴ Kamerstuk 30 950, nr. 237.

⁵ Handelingen II 2020/21, nr. 104, item 9. In de beantwoording van de Kamervragen gesteld door het lid Azarkan (DENK) is verwezen tevens naar dit standpunt (Aanhangsel Handelingen II 2021/22, nr. 813).

⁶ Zie CRM, Discriminatie door risicoprofielen, 2021, p. 5.

⁷ CRM, Discriminatie door risicoprofielen, 2021, p. 31.

Nooit gerechtvaardigd onderscheid:

1. wanneer het risicoprofiel zich slechts op één bepaalde afkomst of nationaliteit richt of;
2. wanneer ras het enige of doorslaggevende selectiecriteria binnen het risicoprofiel is of;
3. wanneer er sprake is van direct onderscheid op grond van ras in het kader van sociale bescherming (met inbegrip van sociale zekerheid en sociale voordelen)⁸.

Etniciteit mag dus nooit als enige of doorslaggevend criterium gebruikt worden.

2. Zwaarwegende rechtvaardiging

Uit het toetsingskader van het College blijkt dat onderscheid in sommige andere gevallen, dan de drie hierboven genoemd, toch gerechtvaardigd zou kunnen zijn. Deze ruimte is niet de norm. Het is de uitzondering. Ik vind het belangrijk om te benadrukken dat deze ruimte in de definitie slechts in uitzonderlijke situaties gebruikt mag worden, en alleen wanneer voldaan is aan de door het College beschreven strenge toets inzake de «objectieve rechtvaardiging».

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) vereist dat bij onderscheid dat mede gebaseerd is op etniciteit, afkomst of nationaliteit er zeer zwaarwegende redenen ter rechtvaardiging van het onderscheid zijn. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat dergelijk onderscheid zeer moeilijk (vrijwel nooit) te rechtvaardigen is en bijna altijd leidt tot schending van het discriminatieverbod. Onomstotelijk moet worden aangetoond dat het onderscheid niet alleen geschikt is om een legitiem doel te bereiken, maar tevens noodzakelijk is.

De ruimte die een dergelijke zware rechtvaardigingstoets biedt en die volgt uit de jurisprudentie, kan tot ingewikkelde afwegingen leiden. Ik heb dan ook de discussies en zorgen vanuit de maatschappij over een rechterlijke uitspraak van 22 september 2021 gevolgd.⁹ De rechtbank Den Haag heeft geoordeeld dat voor het (mogelijke) gebruik van etniciteit als indicator bij selectiebeslissingen in het kader van het mobiel toezicht veiligheid (MTV) door de Koninklijke Marechaussee in het algemeen een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat. Daarmee lijkt de rechtbank dus invulling te hebben gegeven aan het beginsel van zware rechtvaardiging door de benoeming van de tak van MTV van de Koninklijke Marechaussee. Hierop is kritiek gekomen van de rapporteur van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa inzake de bestrijding van racisme en intolerantie. Deze kritiek en die van andere organisaties en deskundigen is besproken tijdens het rondetafelgesprek etnisch profileren van 24 november 2021. Tegen de uitspraak van de rechtbank is hoger beroep aangekondigd.

⁸ Het College noemt als voorbeelden die hieronder vallen de uitoefening van controles ter bestrijding van sociale zekerheidsfraude of onterechte toekenning van toeslagen. Het College gaat er hiervan uit dat zowel wanneer afkomst *uitsluitend* als wanneer afkomst *mede* een rol heeft gespeeld er sprake is van direct onderscheid op grond van ras. Dit 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. Het College hanteert hiermee een strengere norm dan de CRvB (niet toetst aan de AWGB, maar aan het EVRM), waar het vaste lijn is dat afkomst *wél* een rol mag spelen binnen risicoprofielen die worden ingezet bij fraudebestrijding, zolang dit niet het enige selectiecriteria is én hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. CRM, Discriminatie door risicoprofielen, 2021, p. 19–20.

⁹ Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283.

Vaak wordt naar aanleiding van de kritiek en kanttekeningen geconcludeerd dat in alle gevallen het gebruik van afkomstgerelateerde criteria in risicoprofielen ongerechtvaardigd is. Ik concludeer dat uit het toetsingskader van het College geen geheel verbod voortvloeit.¹⁰ Er kunnen immers zwaarwegende belangen zijn om toch afkomstgerelateerde selectiecriteria te gebruiken mits deze voldoen aan de juridische kaders en omkleed zijn met de noodzakelijk waarborgen. Dit is het zogenaamde juridische minimumkader, maar zoals hierboven al gesteld: deze ruimte is bedoeld voor uitzonderlijke gevallen en is niet de norm. Dat betekent dat per geval beoordeeld moet worden of voldaan wordt aan de zware eisen. Het legt de plicht op aan (overheids)organisaties om herhaaldelijk de zware rechtvaardigingstoets uit te voeren en zichzelf de vraag te blijven stellen of het gebruik van alle criteria niet toch leidt tot een ongerechtvaardigd onderscheid. De beantwoording van deze vraag kan door de tijd heen tot een nieuwe conclusie leiden, bijvoorbeeld omdat er inmiddels wel redelijke alternatieven zijn of dat het risicoprofiel het daarmee nagestreefde legitieme doel niet meer dient¹¹.

3. Toepassing van het juridisch kader

Het mensenrechtelijke toetsingskader dat het College heeft neergelegd mag geen papieren werkelijkheid zijn. Het is immers een vertaling van het bindende kader dat het EHRM heeft vastgesteld. Daar waar risicoprofielen in de praktijk noodzakelijk worden geacht, zal moeten zijn voldaan aan dit kader. De mogelijke gevolgen voor burgers van risicoprofilering zijn groot en daarom kunnen afkomstgerelateerde criteria niet of alleen in uitzonderlijke gevallen en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid worden toegepast. Waarborgen moeten gericht zijn op het voorkomen en bestrijden van onrechtmatige risicoprofielen binnen de overheid. Daarbij is het niet alleen relevant om de inrichting van risicoprofielen te vrijwaren van onrechtmatige criteria maar ook te kijken naar de toepassing hiervan door mensen in de praktijk. De ontwikkeling van een handelingskader en de training «Objectief selecteren en Benaderingstechnieken» bij de Douane zijn hier voorbeelden van. Daarnaast blijft het relevant voortdurend alert te zijn op signalen van etnisch profileren uit de maatschappij. Hieronder zet ik uiteen hoe het kabinet de toepassing van het juridisch kader zal stimuleren en waarborgen.

a) Inventariseren bestaand gebruik etniciteit en nationaliteit in risicoprofielen

Risicoprofielen mogen nooit discriminatoir zijn. Daarom is het inventariseren van het huidige gebruik van afkomstgerelateerde indicatoren van belang om te kunnen toetsen of dat gebruik voldoet aan het toetsingskader. In zijn voortgangsrapportage van 21 oktober 2021 aan uw Kamer¹², beschrijft de Staatssecretaris van BZK op hoofdlijnen de departementale aanpak van de uitvoering van de moties van de leden Marijnissen c.s. en Klaver c.s.¹³ die zien op het inventariseren, beoordelen en opruimen van onrechtmatige of oneigenlijke verwerkingen van afkomstgerelateerde indicatoren in risicoprofielen. Ook het gebruik van nationaliteit en etniciteit in risicoprofielen wordt meegenomen in de uitvoering van deze

¹⁰ Mede in reactie op de gewijzigde motie van het lid Belhaj c.s. (Kamerstuk 30 950, nr. 237).

¹¹ Uit operationeel oogpunt kunnen bepaalde nationaliteiten plaats- en tijdgebonden extra gecontroleerd worden, binnen geldende juridische kaders en omkleed met de noodzakelijke waarborgen.

¹² Kamerstukken 26 643 en 32 761, nr. 790.

¹³ Motie van het lid Marijnissen c.s. (Kamerstuk 35 510, nr. 21) en de motie van het lid Klaver c.s. (Kamerstuk 35 510, nr. 16).

moties. Het toetsingskader van het College zal worden betrokken bij de nog lopende inventarisatie en toetsing bij uitvoeringsorganisaties.

b) Voorkomen etnisch profileren door risicoprofielen

Het voorkomen van discriminatie is prioriteit voor het kabinet. Er zijn belangrijke stappen gezet sinds het verschijnen van het rapport Ongekend onrecht over de fraudeaanpak toeslagen. Er is nadrukkelijker een brede discriminatietoets aan de voorkant gekomen voor wetgeving en beleid, onder meer in de constitutionele toets, de invoeringstoets, het Integraal Afwegingskader (IAK) en de *data protection impact assessment (DPIA)*. Deze instrumenten gelden ook als een risicoprofiel wordt opgesteld.

Soms worden algoritmen ingezet voor de uitvoering van risicomodellen. Daarom staat het kabinet ook bij de inzet van algoritmen voor een mensgerichte benadering, waarbij de mensenrechten, waaronder het discriminatieverbod, gelden als uitgangspunt voor het doel, het ontwerp en het gebruik van algoritmen en AI. Daarom zijn verschillende instrumenten ontwikkeld om te waarborgen dat een algoritme op een verantwoorde manier ontworpen en ingezet, waarbij ook het risico op discriminatie wordt geadresseerd. Uw Kamer is door de Minister van BZK, de Minister voor Rechtsbescherming en de Staatssecretarissen van BZK en EZK geïnformeerd over de *Handreiking non-discriminatie by design*.¹⁴ Deze handreiking legt uit welke vragen en principes leidend zijn bij het ontwikkelen en implementeren van een AI-systeem (incl. algoritmen) met het oog op het discriminatieverbod. Daarnaast is ook een *Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmen* ontwikkeld.¹⁵ Dit instrument is ook bedoeld om te zorgen dat alle relevante aandachtspunten rondom de inzet van algoritmen in een vroeg stadium en op een gestructureerde manier aan de orde komen. Het instrument richt zich niet alleen op het verbod op discriminatie, maar op alle mensenrechten. Ter uitvoering de motie van het lid Van Baarle c.s.¹⁶ zal onderzocht worden in hoeverre de *Handreiking non-discriminatie by design* bekend is bij relevante overheidsdiensten en lokale overheden en in hoeverre de aanbevelingen worden geïmplementeerd.

c) Zicht houden op het burgerperspectief

Bestaande en toekomstige risicoprofielen mogen nooit leiden tot ongerechtvaardigd onderscheid en daarbij moet nadrukkelijk zicht worden gehouden op de uitwerking van risicoprofielen in de praktijk. De ervaringen van burgers met overheidshandelen moeten duidelijk in beeld zijn en serieus worden genomen. Deze ervaringen kunnen gemeld worden bij lokale antidiscriminatievoorzieningen (ADV's). Deze worden verder versterkt vanwege hun belangrijke rol bij het bijstaan van slachtoffers en het inzichtelijk maken van de omvang van discriminatie, ook door de overheid. Daarbij wordt met name ingezet op het vergroten van de meldingsbereidheid, onder andere door het verbeteren van de positie van de ADV's. Het behandelen van meldingen en klachten van burgers speelt daarbij ook een belangrijke rol.

De Nationale ombudsman heeft onderzocht hoe de overheid moet omgaan met klachten over etnisch profileren. Hij heeft daarvoor een kader opgesteld, waarin hij handvatten biedt voor klachtbehandeling bij etnisch profileren, op basis van direct contact tussen burger en ambtenaar. Ik zal

¹⁴ Kamerstuk 26 643, nr. 765.

¹⁵ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/02/25/impact-assessment-mensenrechten-en-algoritmes>.

¹⁶ Kamerstuk 35 925 VII, nr. 39.

samen met de Minister van Justitie en Veiligheid en in overleg met de Nationale ombudsman verder uitvoering geven aan aanbevelingen uit dit onderzoek en u hierover voor het voorjaar van 2022 berichten.

*d) **Verdere waarborgen tegen het ongerechtvaardigd gebruik van afkomstgerelateerde criteria***

Het mensenrechtelijke toetsingskader dat het College heeft opgesteld biedt een noodzakelijke waarborg tegen het onrechtmatig gebruik van etniciteit, in het bijzonder in risicoprofielen. Het is van groot belang om waakzaam te blijven bij de inrichting en toepassing van zulke profielen en de menselijke uitvoering daarvan. Daarom zal ik het toetsingskader en de bijbehorende beslisboom verspreiden binnen de rijksdienst en de uitvoeringsorganisaties, zodat dit, zoals hierboven genoemd, kan worden betrokken bij de inventarisatie en toetsing van risicoprofielen, zoals momenteel wordt uitgevoerd.¹⁷ Daartoe zal op korte termijn samen met het College en vertegenwoordigers van de uitvoeringsorganisaties worden bekeken of het toetsingskader voldoende houvast biedt voor de praktijk en of verdere concretisering nodig is, ook voor gebruik in de toekomst.

Voor het voorkomen van etnisch profileren is het van belang niet te stoppen bij het kijken naar de profielen, wetten en beleidskaders. Ook de uitvoering, het mensenwerk, vraagt om waarborgen. Tijdens het rondetafelgesprek etnisch profileren van 24 november 2021 is door verschillende deelnemers het belang benadrukt dat rijksambtenaren hun verantwoordelijkheid nemen voor naleving van de norm. Het kabinet onderschrijft dit belang en heeft met het College afspraken gemaakt over het geven van trainingen aan medewerkers van uitvoeringsorganisaties, om te waarborgen dat discriminatie voorkomen wordt. Ook de Staatssecretaris van BZK is bezig met het ontwikkelen van instrumenten voor Rijksambtenaren om discriminatie tegen te gaan.

De Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme wordt ingesteld met onder meer de taak de rijksoverheid door te lichten op discriminatie en etnisch profileren.¹⁸ Het ligt op de weg van de Staatscommissie om hierbij de uitvoeringspraktijk in kaart te brengen en op basis daarvan nader te adviseren over de waarborgen tegen etnisch profileren door de overheid.

Conclusie

Er is terecht een belangrijke maatschappelijke en politieke discussie aan de gang over het gebruik van ras en nationaliteit in risicoprofielen. Er is de afgelopen tijd vanuit uw Kamer aangedrongen op een algeheel verbod. Zoals geschetst is het gebruik van dergelijke criteria alleen in uiterste gevallen toegestaan als voldaan is aan een zware toets van rechtvaardigheid. Het is van belang een beeld te krijgen of en in welke uitzonderlijke situaties het gebruik van criteria, zoals etniciteit, zo belangrijk is dat het deze zware juridische toets doorstaat. Het College voor de Rechten van de Mens heeft ons een belangrijk instrument gegeven. Ik zal mij inzetten voor de verdere verspreiding en toepassing van het toetsingskader en andere waarborgen tegen etnisch profileren door de overheid. Ik zal daarbij met de uitvoeringsorganisaties samenwerken om het toetsingskader te vertalen naar concrete en bruikbare handvatten voor de

¹⁷ Kamerstukken 26 643 en 32 761, nr. 790.

¹⁸ Ter uitvoering van de motie van het lid Azarkan c.s. van 19 januari 2021. Kamerstuk 35 510, nr. 33.

uitvoering. Discriminatie op grond van ras of nationaliteit raakt mensen, schaadt het vertrouwen in de overheid en moet voorkomen en bestreden worden.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
K.H. Ollongren