

Selectie aan de grens: over etnische profilering, algoritmes en het recht op non-discriminatie*

Evelien Brouwer

Inleiding

Etnische profilering en de KMar: uitspraak rechtbank Den Haag

In 2021 deed de rechtbank Den Haag een uitspraak inzake het gebruik van etniciteit door de Koninklijke Marechaussee (KMar) in het kader van Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV).¹ In deze zaak hadden verschillende organisaties samen met twee individuele eisers een verbod van het gebruik van etniciteit als selectiecriterium gevraagd omdat dit in strijd zou zijn met het non-discriminatieverbod. Deze eis werd afgewezen. Volgens de rechtbank was geen sprake van schending van het recht op non-discriminatie zoals neergelegd in artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het gebruik van etniciteit als risico-indicator zou een legitiem doel dienen en bovendien vonden de controles niet uitsluitend op basis van etniciteit plaats, maar steeds in samenhang met andere indicatoren. Daarnaast overwoog de rechtbank dat ‘etnische uiterlijke kenmerken’ een objectieve aanwijzing kunnen zijn voor iemands herkomst of nationaliteit. De uitspraak werd kritisch ontvangen. Volgens veel commentatoren had de rechtbank het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM onjuist, want te beperkt uitgelegd (De Vries, 2021; Rodrigues & Van der Woude, 2021; De Vries & Spijkerboer, 2022). Ook de stelling van de rechtbank dat iemands huidskleur een objectieve aanwijzing kan zijn voor het hebben van de niet-Nederlandse nationaliteit kreeg serieuze kritiek (Grütters & Terlouw, 2021). Twee maanden na de uitspraak liet de KMar weten geen gebruik meer te willen maken van etniciteit als ‘indicator binnen profielen of selectiebeslissingen, binnen de toezichtstaken’.²

Risicoselectie aan de grens

Het gebruik van risico-indicatoren bij grenscontroles is nauw verbonden met de toenemende veiligheidsbenadering in het immigratiebeleid, met name sinds de aanslagen van 11 september 2001 (9/11) en ook latere terroristische aanslagen in Europa.³ Migratiebeleid wordt mede daardoor steeds meer gestuurd door een logica van nationale veiligheid en de bestrijding van strafbare feiten (Van der Woude, 2021, 146; Stumpf, 2011, 1705; Van der Woude e.a., 2017). Dit zogenaamde ‘crim-

* Met dank aan Carolus Grütters voor zijn uitgebreid commentaar op een eerder concept en ook aan de externe, anonieme lezer. De auteur blijft uiteraard verantwoordelijk voor eventuele onjuistheden.

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

2 Gespreksnotitie Koninklijke Marechaussee ten behoeve van rondetafelgesprek etnisch profileren met de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer, 24 november 2021.

3 Zie onder meer Kundnani, 2004, en uitgebreid over etnische profilering na 9/11 in verschillende EU-lidstaten Open Society Justice Initiative, 2009.

migratie-effect', waarbij bevoegdheden die in het kader van de opsporing worden gebruikt, ook worden toegepast in het kader van het vreemdelingentoezicht, zien we ook bij de KMar. Het leidt tot een gebruik van profielen of risico-indicatoren waarbij de afkomst of nationaliteit en daarmee ook de huidskleur bepalend kan worden voor de vraag of individuen als mogelijk risico worden gezien voor hetzij veiligheid, hetzij irreguliere immigratie. Door technologische ontwikkelingen en het gebruik van grootschalige databestanden is het gebruik van risico-indicatoren aan de grens steeds prominenter geworden (Leese e.a., 2022; Oliveira Martins & Jumbert, 2022). Op basis van Europese wetgeving en beleid worden lidstaten gestimuleerd om zo vroeg mogelijk een onderscheid aan te brengen tussen 'low risk'-en 'high risk'-reizigers (Trauttmansdorff, 2017, 118-119). Bij deze proactieve grensselectie spelen private actoren een belangrijke rol. Zo zijn luchtvaartmaatschappijen verplicht voor vertrek persoonsgegevens van hun passagiers aan de grensautoriteiten te verstrekken. Deze gegevens, zoals nationaliteit, gebruikte taal en herkomst, worden voor risicoanalyses gebruikt en kunnen indirect tot etnische profilering leiden. Etnische profilering kan zich dus niet alleen voordoen bij MTV-controles in het binnengrensgebied, maar ook bij controles aan de buitengrenzen. Daarnaast heeft de toeslagenaffaire ons geleerd dat etnische profilering ook bij andere overheidsorganisaties voorkomt. In dit kader is het van belang om duidelijk de grenzen van de toepassing van etniciteit als selectiecriteria vast te stellen en ook de rol van technologie hierbij te begrijpen.

Doel en inhoud van deze bijdrage

Hoewel voornoemd besluit van de KMar kan worden toegejuicht, zijn bestaande vragen omtrent etnische profilering in het grens- en migratiebeleid hiermee niet opgelost. Zo is het de vraag of de toepassing van etniciteit als selectiecriteria op grond van het geldend discriminatieverbod niet altijd als discriminatoir moet worden beschouwd. Daarnaast is onduidelijk wat de mededeling van de KMar om met etnische profilering te stoppen in de praktijk betekent, gezien het toenemend gebruik van geautomatiseerde risicoprofielen aan de grens. Deze vragen zal ik in deze bijdrage onderzoeken, waarbij ik ook in wil gaan op specifieke aspecten van het migratiebeleid die de rechtsbescherming van niet-EU-onderdanen bemoeilijken. Hierbij ga ik ook kort in op recente en voor dit onderwerp relevante Europese jurisprudentie: een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) inzake het (algoritmisch) gebruik van passagiersgegevens en twee recente uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) inzake etnische profilering.⁴ Met deze bijdrage hoop ik ook aan niet-juristen die zich met etnische profilering bezighouden, inzicht te bieden in de ingewikkelde materie van het discriminatieverbod en onderscheid naar etniciteit.

Voordat ik inga op de uitspraak van de rechtbank Den Haag zelf, volgt eerst een bespreking van de bevoegdheden van de KMar aan de buitengrenzen en in het

4 Zie HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humains*), EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 34085/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (*Muhammad/ Spanje*) en EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 215/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (*Basu/Duitsland*).

Evelien Brouwer

kader van MTV. Daarna bespreek ik de bescherming van het recht op non-discriminatie in artikel 14 EVRM en de betreffende jurisprudentie van het EHRM. Na de analyse van de uitspraak van de rechtbank Den Haag volgt een beschrijving van de Europese ontwikkelingen op het gebied van grenstechnologie en vervolgens de specifieke risico's daarvan voor (een minder transparante vorm van) etnische profilering. Ten slotte volgen conclusies.

Definitie van etnische profilering

Zoals ook door het Comité ter uitbanning van rassendiscriminatie (CERD) in 2020 is gesteld, bestaat er in het internationale recht geen universele definitie van 'etnische profilering'.⁵ Wel is er overeenstemming over dat het bij etnische profilering of 'racial profiling' altijd om een verboden vorm van discriminatie gaat.⁶ Volgens het genoemde CERD-rapport uit 2020 bestaat etnisch profileren in ieder geval uit de volgende vier elementen:

- Het betreft rechtshandhavers van de autoriteiten.
- Er ontbreekt een objectieve rechtvaardigingsgrond.
- Het gaat om de kenmerken ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische herkomst.
- De profilering wordt in het bijzonder toegepast bij migratiecontrole, criminaliteitsbestrijding en antiterrorismemaatregelen (zie ook Rodrigues & Van der Woude, 2021, 109).

In de onderhavige *KMar*-zaak verwezen de klagers naar de definitie van de Commission against Racism and Intolerance (ECRI), opgericht door de Raad van Europa.⁷ Volgens deze definitie is etnische profilering 'het gebruik door de politie van criteria of overwegingen omtrent "ras", huidskleur, etniciteit, nationaliteit, taal en religie bij opsporing en handhaving terwijl daarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestaat'. Beide definities, zowel die van de ECRI als het CERD, zien alleen op etnische profilering door 'rechtshandhavers' oftewel politie of opsporingsinstanties. Het is echter duidelijk dat etnische profilering ook bij andere organisaties kan plaatsvinden, zoals de toeslagenaffaire heeft aangetoond. Daarnaast is volgens beide definities het gebruik van de genoemde criteria alleen verboden wanneer hier geen objectieve rechtvaardiging voor bestaat. Maar zoals ik hierna bij de bespreking van artikel 14 EVRM laat zien, is de toepassing van etniciteit als selectie criterium in bepaalde situaties altijd verboden, ongeacht de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

5 General Recommendation no. 36, *Preventing and combatting racial profiling by law enforcement officials*, 24 november 2020, zie punt 13, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared_Documents/1_Global/CERD_C_GC_36_9291_E.pdf (hierna: General Recommendation no. 36).

6 Zie General Recommendation no. 36, punt 17 en 20 en ook Open Society Justice Initiative 2009, p. 9.

7 Zie <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-11-key-topics-combating-racism-a/16808b7639> en www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/.

KMar: buitengrenscontroles en Mobiel Toezicht Veiligheid

In Nederland is de KMar belast met de bestrijding van mensensmokkel en fraude met identiteitsdocumenten, op basis van artikel 4 lid 1 sub g van de Politiewet 2012 (Polw 2012), en daarnaast, op basis van artikel 4 lid 1 sub f Polw 2012 en artikel 47 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000), met het toezicht op vreemdelingen. Het zijn deze beide taken die de KMar, behalve aan de buitengrenzen, ook in het kader van MTV uitvoert. Wat betreft de specifieke bevoegdheden van de KMar dient onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de buitengrenscontroles en anderzijds de controles aan de binnengrenzen. Voor beide taken ligt de basis in Unierecht, namelijk de Schengengrenscode (hierna: SGC).⁸

Buitengrenzen

Wat betreft de buitengrenzen zijn lidstaten op grond van artikel 5 SGC verantwoordelijk voor de bewaking van de buitengrenzen en het voorkomen van onrechtmatige grensoverschrijding. De voorwaarden voor grensoverschrijding zijn opgenomen in artikel 6 SGC. Op grond hiervan hebben nationale grensautoriteiten de taak om te controleren of een persoon die het land wil binnenkomen, voldoet aan de voorwaarden voor binnenkomst, zoals een geldig reisdocument en indien nodig of hij of zij in het bezit is van een visum kort verblijf, maar ook of de persoon geen gevaar is voor de openbare orde, binnenlandse veiligheid of volksgezondheid. Deze controles aan de buitengrenzen, dus voor de vraag of iemand wordt toegelaten tot het grondgebied of niet, worden in de eerste plaats gebaseerd op meer feitelijke gegevens, zoals of de betrokkene in het bezit is van de vereiste reisdocumenten of dat hij of zij niet ter weigering van toegang is gesignaleerd in het Schengen Informatie Systeem.⁹ Bij deze besluiten kunnen echter ook meer ‘zachte’ feiten een rol spelen, zoals de vraag of iemand een mogelijke bedreiging is voor de openbare orde of binnenlandse veiligheid, of de verwachting dat iemand wel of niet op tijd, na afloop van de geldige verblijfsduur, het EU-gebied zal verlaten. Zowel de immigratiebesluiten zelf als de beslissingen om iemand aan nadere controle te onderwerpen zijn in belangrijke mate gebaseerd op ervaring en daarop gebaseerde risicoprofielen (ACVZ, 2016, 19, 47 en 81). Daarnaast speelt ook het in het Unierecht vastgelegde onderscheid naar nationaliteit een belangrijke rol bij de selectie aan de grens: zoals bij de visumplicht of het recht op vrij verkeer van EU-onderdanen. Zo geldt, zoals ik hierna nog zal bespreken, de Europese visumplicht met name voor personen uit Afrikaanse en Aziatische staten en staten met een moslimmeerderheid.¹⁰ Het vermoeden dat een persoon bij de grens tot een nationaliteit behoort waarvoor een visumplicht geldt, kan er dan toe leiden dat personen met bepaalde etnische kenmerken vaker worden gecontroleerd (Hutten & Mustafa, 2021, 2046).

8 Verordening 2016/399, *PbEU* 2016, L 77.

9 Dit systeem is beschreven in Brouwer, 2008 en in Vavoula, 2022.

10 Over de rol van ras in het huidige migratiebeleid en de koloniale achtergrond daarvan, zie De Vries & Spijkerboer 2021.

MTV-controles in de binnengrensgebieden

De in de inleiding genoemde uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake etnische profilering betrof de uitvoering van MTV-controles in het binnengrensgebied. Op basis van de SGC zijn binnengrenscontroles in het Schengengebied niet toegestaan behoudens de mogelijkheid om deze grenzen tijdelijk en op uitzonderlijke gronden opnieuw in te voeren.¹¹ MTV-controles aan de binnengrenzen zijn wel toegestaan: op basis van artikel 23 SGC mogen de lidstaten in de grensgebieden 'politiebevoegdheden' uitoefenen, zolang deze maar niet hetzelfde effect hebben als 'grenscontroles'. De rechtsbasis voor deze controles door de KMar is voor Nederland neergelegd in artikel 50 lid 1 Vw 2000, welke bepaling is uitgewerkt in 4.17a van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000). Op grond hiervan kunnen in het kader van het vreemdelingentoezicht personen na grensoverschrijding worden staande gehouden ter vaststelling van 'hun identiteit, nationaliteit, en verblijfsrechtelijke positie'. Gezien het verbod van grenscontroles aan de binnengrenzen in de SGC, beperkt artikel 4.17a Vb 2000 de bevoegdheid van MTV-controles in omvang, intensiteit en frequentie. Op basis hiervan mogen MTV of controles aan de binnengrenzen alleen steekproefsgewijs worden uitgevoerd. Deze controles vinden plaats op vaar- en autowegen, maar ook in treinen en op Nederlandse luchthavens voor zover het vluchten binnen het Schengengebied betreft. Daarnaast heeft de KMar zoals aangegeven sinds 2012 controlebevoegdheden op basis van artikel 4 lid 1 sub g Polw 2012 ter bestrijding van mensensmokkel en fraude met reis- en identiteitsdocumenten. Ook werkt de KMar op basis van artikel 4 lid 1 sub d Polw 2012 samen met de politie bij grensoverschrijdende criminaliteit. Hoewel het primaat bij de politie ligt, betekenen deze bevoegdheden dat de KMar bij MTV ook opsporingsbevoegdheden uitoefent.

Het Schengenrecht verbiedt dus grenscontroles aan de binnengrenzen, maar geeft tegelijkertijd ook een indirecte basis voor het gebruik van risicoanalyses en daarmee profilering. Artikel 23 SCG laat namelijk politiecontroles binnen het grondgebied toe wanneer deze zijn gebaseerd op 'algemene politie-informatie en -ervaring met betrekking tot mogelijke bedreigingen van de openbare orde en met name bedoeld zijn ter bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit'. Deze bepaling is voor wat betreft migratiecontrole uitgewerkt in artikel 4.17a lid 2 Vb 2000, waarin staat dat MTV-controles worden uitgevoerd op basis van informatie of ervaringsgegevens over illegaal verblijf na grensoverschrijding. Deze tekst en de verwijzing in de SGC naar 'algemene politie-informatie of -ervaring' bieden de betreffende autoriteiten een ruime discretionaire bevoegdheid. In een uitspraak van 2012, waarin de vraag speelde of de MTV-controles door de KMar wel in overeenstemming waren met het verbod op grenscontroles aan de binnengrenzen, ging het HvJ EU expliciet in op het gebruik van politie- of ervaringsgegevens zoals genoemd in de SGC.¹² Het HvJ EU stelt vast dat volgens door Nederland overlegde gegevens de controles in de praktijk worden verricht op basis van hetzij profielen, hetzij

11 In het arrest van 13 december 2018, C-412/17 en C-474/17, ECLI:EU:C:2018:1005 (*Touring Tours*) onderstreept het HvJ EU dat dit verbod van grenscontroles in het binnengrensgebied ook voor private actoren zoals busondernemingen geldt.

12 HvJ EU 19 juli 2012, C-278/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:508 (*Adil*), punt 81.

steekproeven. Volgens deze informatie zouden de profielen afhangen ‘van informatie of gegevens die wijzen op verhoogde risico’s op illegaal verblijf en grensoverschrijdende criminaliteit op bepaalde routes, op bepaalde tijdstippen of naargelang het type vervoermiddel en overige kenmerken ervan’. Hoewel het HvJ EU in deze uitspraak niet ingaat op de vraag welke profielen al dan niet legitiem zijn in het kader van het discriminatieverbod, concludeert het dat de toepassing daarvan, ook gezien de Nederlandse voorschriften ter beperking van de uitvoering van MTV-controles, in overeenstemming is met de SGC.

In de praktijk leidt het gebruik van ‘ervaringsgegevens’ in combinatie met de discretionaire ruimte die autoriteiten bij MTV-controles hebben, tot een verhoogd risico van profilering op basis van etniciteit en nationaliteit.¹³ Onderzoek van de Universiteit Leiden liet bijvoorbeeld zien dat individuele marechaussees de discretionaire ruimte die zij ten aanzien van selectiebeslissingen hebben gevoelsmatig invullen op basis van ‘een moeilijk te definiëren onderbuikgevoel waarbinnen etniciteit een belangrijke indicator is’ (Van der Woude e.a., 2016; zie ook Dekkers, 2019; Brouwer, 2020).

Onderscheid naar etniciteit en het discriminatieverbod: artikel 14 EVRM

Het discriminatieverbod is onder meer neergelegd in artikel 14 EVRM: de bepaling die ook in de hierna te bespreken uitspraak van de rechtbank Den Haag centraal stond.¹⁴ Met artikel 1 Protocol 12, dat later aan het EVRM is toegevoegd, is de werking van artikel 14 EVRM uitgebreid.¹⁵ Hierdoor geldt het discriminatieverbod niet langer alleen voor de in het EVRM opgenomen mensenrechten, maar voor alle in de nationale wetgeving beschermde rechten. Artikel 14 EVRM verbiedt ieder onderscheid ‘op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een bepaalde minderheid, vermogen, geboorte of andere status’. Het EHRM heeft op basis van artikel 14 EVRM verschillende criteria aangereikt ter vaststelling van discriminatie op basis van ras of etniciteit. Het EHRM maakt daarbij een verschil tussen enerzijds direct onderscheid, waarbij een verschil in behandeling uitsluitend of in beslissende mate op etniciteit is gebaseerd, en anderzijds indirect onderscheid, waarbij op basis van een ogenschijnlijke neutrale factor bepaalde personen van een etnische minderheid in het bijzonder worden geraakt.

Direct onderscheid op basis van etniciteit: altijd verboden

Al vroeg, in 1985, stelde het EHRM vast dat geen sprake is van ‘raciale discriminatie’ bij een immigratiebeleid op basis waarvan de eigen onderdanen of personen van staten waarmee nauwe banden bestaan, een bevoorrechte positie hebben. In het algemeen biedt het EHRM staten dan ook een ruime discretionaire bevoegd-

13 Zie uitgebreid hierover Stiller, 2021; Van de Woude 2021b.

14 Daarnaast is het discriminatieverbod ook neergelegd in artikel 21 van het EU Handvest voor de Grondrechten en ook in verschillende specifieke bepalingen van het Unierecht, zoals bijvoorbeeld de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).

15 Protocol van 4 november 2000, *Trb.* 2001, 18.

heid om onderscheid te maken naar nationaliteit in het migratiebeleid. Wel dient dit onderscheid te voldoen aan de eisen van legitimiteit, effectiviteit en noodzakelijkheid.¹⁶ In 2005, in de zaak *Timishev/Rusland*, bepaalde het EHRM dat geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat voor een onderscheid dat ‘uitsluitend of in beslissende mate’ (‘exclusively or to a decisive extent’) is gebaseerd op de etnische afkomst van een persoon.¹⁷ In dat geval is volgens het EHRM altijd sprake van schending van artikel 14 EVRM. De zaak betrof een Russische onderdaan van Tsjetsjeense afkomst die bij de grens van een Russische deelrepubliek de toegang werd geweigerd. In deze zaak speelde een belangrijke rol dat de Russische grensofficieren specifiek waren geïnstrueerd om alle personen van Tsjetsjeense afkomst de toegang te weigeren om te voorkomen dat personen met terroristische intenties zich in Rusland zouden vestigen. In 2019, in *Lingurar/Roemenië*, gebruikte het EHRM voor het eerst expliciet begrippen als ‘institutioneel racisme’ en ‘etnisch profileren’, naar aanleiding van een klacht inzake politioptreden jegens personen uit de Roma-gemeenschap.¹⁸ In deze uitspraak stelde het EHRM schending van artikel 14 EVRM vast, in samenhang met het verbod op onmenselijke behandeling in artikel 3 EVRM. Leden van de Roma-gemeenschap werden door de Roemeense politie doelbewust geïsoleerd en blootgesteld aan onmenselijke behandeling, mede op basis van impliciete aannames en stereotiepe percepties over de Roma-gemeenschap. Het EHRM onderstreepte in deze uitspraak dat impliciete aannames en stereotypering geen basis mogen zijn voor criminalisering of het verdenken van strafbare feiten van bepaalde groepen van personen.¹⁹

Indirecte discriminatie: alleen bij ‘objectieve en redelijke rechtvaardiging’ en ‘zeer zwaarwegende gronden’

Echter, ook ogenschijnlijk ‘neutrale’ factoren in beleid of wetgeving kunnen volgens het EHRM leiden tot verboden discriminatie in de zin van artikel 14 EVRM. Een dergelijke vorm van ‘indirecte discriminatie’ speelde in het arrest *D.H. e.a./Tsjechië*, inzake het Tsjechische onderwijssysteem, waarbij Roma-kinderen op speciale scholen werden geplaatst.²⁰ Het EHRM stelde vast dat het hierbij geen directe maar indirecte vorm van discriminatie betrof omdat door het ogenschijnlijk neutrale Tsjechische beleid Roma-kinderen in een duidelijke achterstandssituatie terecht kwamen.²¹ Voor een dergelijk onderscheid op basis van ras, kleur of etnische afkomst moet altijd een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond bestaan: een criterium dat volgens het EHRM ook zo strikt mogelijk moet worden

- 16 EHRM 28 mei 1985, nrs. 9214/80, 9473/81 en 9474/81, ECLI:CE:ECHR:1985:0528JUD000921480 (*Abdulaziz, Cabales en Balkandali/Verenigd Koninkrijk*), par. 84.
- 17 EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00, ECLI:CE:ECHR:2005:1213JUD005576200 (*Timishev/Russia*), par. 58-59.
- 18 EHRM 16 april 2019, nr. 48474/14 (*Lingurar/Roemenië*).
- 19 EHRM 16 april 2019, nr. 48474/14 (*Lingurar/Roemenië*), par. 76-77.
- 20 EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500 (*D.H. e.a./Tsjechië*), par. 176.
- 21 EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500 (*D.H. e.a./Tsjechië*), par. 184.

geïnterpreteerd.²² In het arrest *Biao/Denemarken* verduidelijkte het EHRM dat het bij indirecte discriminatie zelfs om 'zeer zwaarwegende gronden' ('very weighty reasons') moet gaan.²³ Deze zaak betrof het wettelijk onderscheid tussen Denen die al meer dan 28 jaar over de Deense nationaliteit beschikken en Denen die deze nationaliteit minder dan 28 jaar hebben. Volgens het EHRM was dit wettelijk onderscheid niet alleen op nationaliteit gebaseerd, maar had het ook een raciale basis, waarmee het een indirect onderscheid op basis van ras of etniciteit betrof. Omdat de Deense staat geen zeer zwaarwegende redenen voor dit onderscheid had aangevoerd, stelde het EHRM schending van artikel 14 EVRM vast. De uitspraak is belangrijk omdat het EHRM hiermee aangeeft dat ook wanneer een onderscheid niet expliciet op basis van iemands ras of etniciteit wordt gemaakt, de betreffende gevolgen wel kunnen leiden tot verboden discriminatie. Hierbij zijn de intenties van handelende personen of instanties voor de vaststelling van rassendiscriminatie irrelevant: ook beleid of maatregelen die disproportionele en bevooroordeelde ('prejudiced') effecten hebben op een bepaalde groep zijn, zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging, verboden.²⁴

Etnische profilering bij identiteitscontroles: recente uitspraken EHRM

Op 18 oktober 2022 publiceerde het EHRM twee arresten inzake een klacht op basis van artikel 14 EVRM met betrekking tot etnische profilering door de politie: *Muhammad/Spanje* en *Basu/Duitsland*.²⁵ In *Muhammad/Spanje* concludeert het EHRM dat geen schending van artikel 14 EVRM in combinatie met het recht op privéleven, zoals beschermd in artikel 8 EVRM, kan worden vastgesteld. Deze zaak betreft een klacht van een in Spanje rechtmatig verblijvende Pakistaan die in 2013 in Barcelona ter identificatie werd staande gehouden. Volgens klager zou de betreffende Spaanse politieambtenaar op zijn vraag naar de reden van de identiteitscontrole hebben bevestigd dat het feit dat hij zwart is de enige reden was en dat hij Duitse burgers niet zou staande houden.²⁶ Volgens de opgeslagen informatie van de politieambtenaren zelf zou hij alleen zijn aangehouden vanwege zijn provocatief gedrag richting de agenten. Tijdens de procedure waren door verschillende organisaties rapporten voorgelegd inzake het illegale karakter, maar ook de vaker voorkomende praktijk van etnisch profileren door de Spaanse politie.²⁷ Het EHRM achtte deze rapporten echter onvoldoende als bewijs dat in het individuele geval

22 EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500 (*D.H. e.a./Tsjechië*), par. 196.

23 EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010 (*Biao/Denemarken*), par. 114. Met annotatie van Kees Groenendijk in *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2016/215.

24 EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010 (*Biao/Denemarken*), par. 91; zie ook Groenendijk in zijn uitleg in punt 8 van zijn annotatie.

25 EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 34085/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (*Muhammad/Spanje*) en EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 215/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (*Basu/Duitsland*).

26 EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 34085/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (*Muhammad/Spanje*), par. 6.

27 Zie EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 34085/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (*Muhammad/Spanje*), par. 13-14 en 88-90 en ook De Vriendt & Heirwegh, 2018.

van klager ook sprake was van een op racisme gebaseerde identiteitscontrole.²⁸ Dit is opmerkelijk, omdat het EHRM in eerdere uitspraken, zoals *D.H. e.a./Tsjechië*, wel statistieken als bewijs heeft gebruikt voor de vaststelling of sprake is van discriminatie.²⁹ In de zaak *Muhammad/Spanje* lijkt mee te hebben gespeeld dat volgens het EHRM de klager in Spanje voldoende kans had gekregen, zowel in een strafrechtelijke als in een bestuursrechtelijke procedure, het vermeende racistisch optreden van de politie aan te kaarten. In *Basu/Duitsland* daarentegen stelt het EHRM wel schending van artikel 14 EVRM in samenhang met artikel 8 EVRM vast. Hierbij ging het om een Duitse onderdaan met Indiase achtergrond die had aangevoerd dat hij en zijn dochter in een trein enkel en alleen op basis van hun huidskleur om hun identificatiebewijs waren gevraagd. Volgens klager leidde deze controle tot een gevoel van stigmatisering en vernedering, waardoor hij ook enkele maanden niet met de trein had gereisd. Zijn klacht inzake het discriminerende karakter van deze politiecontrole was alleen via een interne procedure bij de overkoepelende politieorganisatie onderzocht, waarbij er ook een hiërarchische relatie bestond tussen de onderzoeksinstantie en de betrokken politieambtenaren. Dit gebrek aan een onafhankelijk onderzoek speelt een belangrijke rol bij de (bondige) conclusie van het EHRM dat het recht op non-discriminatie van Basu door Duitsland is geschonden.³⁰ Hierbij wijst het EHRM expliciet naar de verplichtingen van staten om mensen te beschermen tegen stigmatisering en ook om de verspreiding van xenofob gedrag tegen te gaan.³¹

Voorname uitspraken, *Muhammad/Spanje* en *Basu/Duitsland*, betreffen arresten van een kamer van zeven rechters en dus niet van het voltallige EHRM. Hiermee bestaat de mogelijkheid dat deze zaken op aanvraag van één van de betrokken partijen nog zullen worden doorverwezen naar de zogenaamde Grote Kamer van het EHRM. Dit zou betekenen dat vanuit Straatsburg het laatste woord in deze zaken nog niet is gezegd.

Samenvatting

Volgens het EHRM is onderscheid dat uitsluitend of in beslissende mate is gebaseerd op etniciteit altijd verboden op basis van artikel 14 EVRM. Maatregelen die tot indirecte discriminatie op basis van etniciteit leiden, zijn alleen toegestaan op basis van zeer zwaarwegende gronden. In het laatste geval hebben de nationale autoriteiten een beperkte beoordelingsruimte en zullen zij moeten kunnen aantonen dat het gemaakte onderscheid niet alleen een legitiem doel dient, maar ook proportioneel en effectief is ten aanzien van dat doel (zie ook College voor de Rechten van de Mens, 2021b, 26; Gerards, 2017). Hoewel het duidelijk is dat het om uitzonderlijke situaties moet gaan, laat de jurisprudentie van het EHRM nog een

28 EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 34085/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517 (*Muhammad/Spanje*), par. 100.

29 EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500 (*D.H. e.a./Tsjechië*), par. 180.

30 EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 215/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (*Basu/Duitsland*), par. 32-39.

31 EHRM (derde kamer) 18 oktober 2022, nr. 215/19 ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (*Basu/Duitsland*), par. 35.

grijs gebied zien wat betreft de vraag wanneer sprake is van verboden discriminatie (Van der Auwera & Dirk Van Daele, 2019). In de eerste plaats kan de definitie ‘uitsluitend of in beslissende mate’ tot onduidelijkheid leiden. Echter, zeker bij het gebruik van etniciteit als selectiecriterium lijken weinig situaties denkbaar waarbij dit criterium géén doorslaggevende rol speelt bij het maken van onderscheid. In de tweede plaats is een verdere verduidelijking van het criterium ‘zeer zwaarwegende gronden’ voor het migratiebeleid nodig. Hierbij is het van belang dat opsporing of vervolging van strafbare feiten of interne veiligheid niet automatisch als rechtvaardigingsgrond voor het gemaakte onderscheid wordt aanvaard. In de meer recente uitspraken *Muhammad/Spanje* en *Basu/Duitsland* onderstreept het EHRM nog eens de ernstige gevolgen van etnische profilering voor individuen en hun recht op privéleven. Waar de primaire bewijslast bij klagers ligt om aan te tonen dat identiteitscontroles op racistische gronden hebben plaatsgevonden, zijn staten op basis van artikel 14 EVRM volgens het EHRM verplicht dergelijke claims zorgvuldig en in een onafhankelijke procedure te onderzoeken.

Bespreking van de uitspraak van de rechtbank Den Haag

In de uitspraak van 22 september 2021 van de rechtbank Den Haag staat de vraag centraal of de selectie op basis van etniciteit of huidskleur bij MTV-controles altijd is verboden of dat deze praktijk, onder voorwaarden, is toegestaan.³² Door de aanklagers was aangevoerd dat het opstellen en gebruik van risicoprofielen waarvan etniciteit als risico-indicator deel uitmaakt, in strijd is met het discriminatieverbod zoals beschermd in artikel 14 EVRM. In hun dagvaarding verwezen de organisaties naar verschillende voorbeelden waarbij, zoals in het geval van de eerste individuele eiser, een persoon op de luchthaven Schiphol werd aangehouden op basis van een profiel dat werd gebruikt ter opsporing van Nigeriaanse geldsmokkelaars: niet-Nederlands uiterlijk, snellopend en keurig gekleed.³³

De rechtbank stelt op basis van verschillende gronden vast dat geen sprake is van schending van het discriminatieverbod in artikel 14 EVRM en artikel 1 Protocol 12 bij het EVRM.³⁴ Volgens de rechtbank dient het gemaakte onderscheid een legitiem doel: de aan de KMar opgedragen wettelijke taak van vreemdelingentoezicht en bestrijding van illegaal verblijf. Daarnaast zou het gemaakte onderscheid evenredig zijn en ook niet verder gaan dan nodig om het doel te bereiken. Volgens de rechtbank is voor de doeltreffendheid van de controles het kunnen vaststellen van de nationaliteit of geografische herkomst van een persoon van zwaarwegend belang: de etnische uiterlijke kenmerken van iemand ‘hóeven niet, maar kúnnen

32 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283. In deze zaak werd de KMar gedagvaard door, naast twee individuele aanklagers, RADAR, het Nederlands Juristen Comité van de Mensenrechten (NJCM), Amnesty International en Control Alt Delete.

33 Dat een dergelijk profiel bij MTV-controles niet ongebruikelijk was, blijkt uit een eerder onderzoek van de Nationale ombudsman op basis van een klacht inzake het gebruik van etnische profilering op de luchthaven Rotterdam: Nationale ombudsman, 2017.

34 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.6-8.8.

wel' hierbij een objectieve aanwijzing zijn.³⁵ Voor de vaststelling dat het gebruik van etniciteit als selectie-indicator niet verder gaat dan redelijkerwijs nodig is, leunt de rechtbank sterk op de uitleg van de Staat. Volgens de Staat zou etniciteit bij MTV-controles uitsluitend gebeuren 'in combinatie met andere selectie-indicatoren bij de concrete bepaling of personen voldoen aan het voor de betreffende controleactie relevante profiel, die samen kunnen wijzen op illegale migratie'. Voorbeelden die daarbij worden genoemd, zijn: de leeftijd van de reiziger, het reisgezelschap, de reisroute of vluchtgegevens. Volgens de rechtbank is, als iemands etniciteit een rol speelt, dat altijd 'als onderdeel in een optelsom van samenhangende indicatoren'. Dat dan vervolgens etniciteit in die optelsom uiteindelijk de doorslag 'kan geven', is gelet op het doel van MTV volgens de rechtbank niet onevenredig.³⁶ Met deze overweging lijkt de rechtbank zich tegen te spreken: als etniciteit 'de doorslag kan geven', aanvaardt de rechtbank immers dat identiteitscontroles 'louter of in overwegende mate' worden gebaseerd op etniciteit of uiterlijke kenmerken. Daarmee is deze praktijk dus in strijd met het discriminatieverbod, zoals door de aanklagers was betoegd.

Bij de onderbouwing van zijn conclusies accepteert de rechtbank zonder meer het door de KMar ingebrachte argument dat louter steekproefsgewijze controles de effectiviteit van MTV sterk zouden verminderen omdat dan 'onvoldoende informatie gestuurd en dus niet gericht genoeg kan worden opgetreden'.³⁷ Ook volgt de rechtbank het betoog van de KMar dat het door de aanklagers ingebrachte onderzoek inzake de ineffectiviteit van het gebruik van etniciteit als selectiecriteria criminaliteitsbestrijding betrof en niet het doel van MTV zelf, namelijk vreemdelingtoezicht. De rechtbank toetst hierbij niet of de effectiviteit van het gebruik van etniciteit bij immigratiecontrole dan wél is aangetoond. Bovendien ziet de rechtbank over het hoofd dat de KMar, zoals hiervoor aangegeven, wel degelijk opsporingsbevoegdheden heeft en ondersteunende taken bij de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit, zoals mensensmokkel en illegale handel in verdovende middelen (zie ook ACVZ, 2016, 79-81).

Volgens de rechtbank rechtvaardigt de mogelijkheid van 'concrete gevallen van discriminatoir handelen' geen algemeen verbod.³⁸ Daarbij verwijst de rechtbank naar alle inspanningen van de KMar die er inmiddels op zouden zijn gericht om etnisch profileren en discriminatoir handelen te voorkomen. Wel moet volgens de rechtbank de KMar in een concreet geval steeds kunnen uitleggen dat een selectiebeslissing of een MTV-controle 'niet alleen of overwegend op etniciteit' is gebaseerd, maar ook 'passend is binnen het profiel, de kaders en indicatoren van de MTV-controle'.³⁹

35 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.9.

36 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.10.

37 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.12.

38 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.13-8.19.

39 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.18.

Commentaar op de uitspraak

Zoals eerder aangegeven, is deze uitspraak kritisch ontvangen. Volgens Çankaya biedt de rechtbank met de conclusie dat selectie op basis van etniciteit is toegestaan, zolang etniciteit maar in combinatie met andere criteria wordt gebruikt, 'een vrijbrief voor de al troebele en onoverzichtelijke praktijk van grenscontroles' (Çankaya, 2021). In de praktijk is het immers moeilijk vast te stellen wanneer personen nu 'louter' op basis van etniciteit worden gecontroleerd of wanneer dit gebeurt op basis van etniciteit in combinatie met andere indicatoren. De Vries wijst in haar reactie erop dat de rechtbank door te aanvaarden dat selectie op basis van uiterlijkheden past in de opgestelde risicoprofielen voor vreemdelingentoezicht in feite toestaat dat een burger met een Syrisch of Eritrees uiterlijk, ook wanneer hij of zij een Nederlands paspoort heeft, steeds opnieuw 'uit de rij wordt gepikt en eraan wordt herinnerd dat iemand met zijn huidskleur geen vanzelfsprekende Nederlander is' (De Vries, 2021). Al voor de uitspraak concludeerde Terlouw dat de toepassing van etniciteit als risicoprofiel door de KMar niet voldoet aan het vereiste van noodzakelijkheid (Terlouw, 2020). Zij stelt, anders dan de Staat en de rechtbank, dat de KMar wel steekproefsgewijs had kunnen controleren. In hun gezamenlijke bijdrage concluderen Grütters en Terlouw dat het gebruik van etniciteit als selectie criterium altijd discriminatie is in de zin van artikel 14 EVRM (Grütters & Terlouw, 2021). Zij stellen onder meer dat de effectiviteit van controles op basis van uiterlijk onvoldoende is bewezen, en ook dat etniciteit geen indicatie is voor nationaliteit of verblijfsrecht.⁴⁰

De uitspraak van de rechtbank is mijns inziens op ten minste drie gronden aanvechtbaar. Ten eerste gaat de rechtbank er ten onrechte van uit dat in de praktijk onderscheid kan worden gemaakt tussen controles die 'alleen of overwegend' op etniciteit zijn gebaseerd en controles waarbij etniciteit slechts als 'indicator' wordt gebruikt. Met andere woorden, waar voor een onderscheid in behandeling bij controles aan de binnengrenzen etniciteit als indicator wordt gebruikt, zal in feite altijd sprake zijn van directe discriminatie op basis van etniciteit. Een 'beetje' letten op iemands huidskleur of uiterlijk is immers ook discriminatie. Bij directe discriminatie op basis van een gevoelig kenmerk zoals etniciteit of huidskleur dient altijd schending van artikel 14 EVRM te worden vastgesteld, ongeacht het bestaan van 'zeer zwaarwegende gronden'. Ten tweede, zelfs indien in dit geval zou worden uitgegaan van indirecte discriminatie, omdat het onderscheid naar etniciteit plaatsvindt op basis van andere, neutrale indicatoren (maar welke zijn dat dan?), dan is het bestaan van 'zeer zwaarwegende redenen' hiervoor onvoldoende aangetoond. Het algemene doel van de MTV-controles, zoals voorzien in de SGC en de hierop gebaseerde bepaling in het Vb 2000, biedt een onvoldoende concrete rechtvaardiging van het systematisch gebruik van etniciteit als selectie-indicator. Ten derde heeft de rechtbank ten onrechte geheel geen aandacht besteed aan de stigmatiserende en voor een individu ingrijpende gevolgen van dergelijke controles en de

40 Zo wijzen zij erop dat slechts 2 procent van alle Nederlanders voorouders heeft die alleen in Nederland hebben gewoond en dat van de vijf grootste migrantengroepen die in Nederland wonen (uit Indonesië, Suriname, Nederlandse Antillen, Turkije en Marokko) 80 tot 100 procent de Nederlandse nationaliteit heeft.

negatieve impact voor een persoon om telkens ‘uit de rij te worden gehaald’. Zoals we hiervoor zagen, speelt dit stigmatiserende effect, en de gevolgen voor het recht van privéleven zoals beschermd in artikel 8 EVRM, volgens het EHRM wel een belangrijke rol bij de vaststelling of er sprake is van verboden discriminatie.

Reactie van het College voor de Rechten van de Mens

Naar aanleiding van de voornoemde uitspraak publiceerde het College voor de Rechten van de Mens een toetsingskader ter voorkoming van discriminatie bij risicoprofielen (College voor de Rechten van de Mens, 2021a; 2021b). Hierin erkent het College dat overheden een ruimere beoordelingsmarge hebben in sectoren waarin ‘complexe politieke, sociale of economische afwegingen’ moeten worden gemaakt, zoals in de sociale zekerheid of het migratiebeleid (College voor de Rechten van de Mens, 2021b). Bij dergelijke beslissingen kunnen afkomstgebaseerde risicoprofielen in sommige gevallen de ‘very weighty reasons’-test van artikel 14 EVRM doorstaan, aldus het College. Echter, met betrekking tot de etnische profilering van de KMar stelt het College, gelet op ‘de ernst van het gemaakte onderscheid’, vragen bij de vaststelling van de rechtbank dat de positieve effecten van selecteren op etniciteit bij MTV-controles zouden opwegen tegen de zeer negatieve effecten van deze werkwijze voor betrokkenen. Ook het College stelt hierbij vast dat risicoprofielen die uitsluitend of in doorslaggevende mate gebaseerd zijn op ras (waaronder etniciteit en afkomst) zonder meer in strijd zijn met het discriminatieverbod.⁴¹

Digitalisering aan de grens: databestanden en risicoprofielen

Een duidelijke uitleg inzake het verbod van etnische profilering is steeds belangrijker geworden gezien de technologische ontwikkelingen aan de grens. Met name sinds de aanslagen van 11 september 2001 in de Verenigde Staten wordt het Europese grens- en migratiebeleid voor een groot deel vanuit een veiligheidsmotief bepaald. Dit beleid is erop gericht om zo snel mogelijk en liefst voor aankomst in de EU mogelijke ‘risicovolle’ reizigers te selecteren en de toegang te weigeren (zie onder meer Van der Ploeg & Pridmore, 2015; Koenig, 2016). De op basis van dit beleid aangenomen surveillance- en antiterrorismemaatregelen hebben het risico op etnische profilering vergroot.⁴² Daarnaast is sinds de komst van grote aantallen asielzoekers in de periode 2015-2016 in het migratiebeleid nog meer de nadruk komen te liggen op grenscontroles. De focus op zowel veiligheid als beperking van ongewenste migratie heeft ook de toepassing van informatietechnologie en het gebruik van datasystemen in de EU beïnvloed (Molnar, 2020). Zo wordt ook in het in 2020 ingediende Migratiepact tot herziening van het Europese asiel- en migra-

41 Zie richtlijnen nr. 2 en 9 in: College voor de Rechten van de Mens, 2021b, 30.

42 Zie ook het rapport van de toenmalige speciale rapporteur van de Verenigde Naties inzake hedendaagse vormen van racisme, raciale discriminatie, xenofobie en gerelateerde intolerantie, Mutuma Ruteere, 20 april 2015, A/HRC/29/46, par. 20.

tiebeleid een bijzondere nadruk gelegd op het gebruik van risicoanalyses.⁴³ Deze ontwikkelingen worden hierna kort beschreven.

Grootschalige EU-datasystemen en risicoanalyses

In het kader van grens- en migratiecontrole voorziet EU-wetgeving inmiddels in zes grootschalige datasystemen: Eurodac, Schengen Informatie Systeem (SIS), Visum Informatie Systeem (VIS), Entry/Exit System (EES), European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) en European Criminal Records Information System- Third Country Nationals (ECRIS-TCN).⁴⁴ Met uitzondering van het SIS en het ECRIS-TCN bevatten al deze systemen uitsluitend persoonsgegevens over derdelanders of niet-EU-onderdanen, met inbegrip van minderjarigen.⁴⁵ Al deze systemen kunnen voor opsporingsdoeleinden worden gebruikt.⁴⁶ De op te nemen gegevens zijn gaandeweg steeds verder uitgebreid en betreffen ook biometrische gegevens zoals vingerafdrukken en gelaatsherkenning. Doordat in deze systemen alleen gegevens over niet-EU-onderdanen zijn opgenomen, lopen deze personen (of zij die als niet-EU-burgers worden aangemerkt) vanzelfsprekend meer kans om aan nadere controles te worden onderworpen. Bovendien treedt op basis van het gebruik van deze systemen een zelfversterkend effect op waarbij niet-Unieburgers sneller als verdachten worden beschouwd dan Unieburgers. Dit stigmatiserende effect van het gebruik van databestanden is expliciet benoemd door het EHRM in de bekende uitspraak *S. and Marper/Verenigd Koninkrijk*.⁴⁷ Deze zaak betrof de grootschalige en langdurige opslag van persoonsgegevens die tijdens een strafrechtelijk onderzoek door de Engelse politie waren verzameld. Hierbij werden ook gegevens van minderjarigen en verdachten die later in het strafproces waren vrijgesproken in een centraal bestand opgeslagen. Het EHRM oordeelde dat deze praktijk, waarbij ook DNA en vingerafdrukken werden verwerkt, onder meer vanwege het stigmatiserende effect, een onevenredige inbreuk van het recht op eerbiediging van het privéleven in artikel 8 EVRM van de geregistreerde personen betrof.

Meer recent is de bevoegdheid voor het vaststellen van risicoanalyses en het gebruik van algoritmes in het kader van grenscontroles expliciet opgenomen in de ETIAS-verordening.⁴⁸ Deze regeling verplicht niet-visumplichtige derdelanders om voor vertrek een reisautorisatie voor de EU aan te vragen. Artikel 33 van deze verordening voorziet in het gebruik van een algoritme waarmee de gegevens in een

43 Mededeling van de Commissie over een nieuw migratie- en asielpact, COM(2020)609 def., 23 september 2020. Zie hierover Battjes e.a., 2020.

44 Deze systemen worden uitvoerig beschreven in Vavoula, 2022.

45 In het geval van ECRIS-TCN worden ook EU-burgers met een dubbele nationaliteit opgenomen, namelijk zij die ook de nationaliteit van een niet-EU-lidstaat hebben. Zie voor een kritisch commentaar Commissie-Meijers, 2021.

46 Dit geldt ook voor de gegevens over asielzoekers in Eurodac, welk systeem bij de totstandkoming uitdrukkelijk alleen voor de uitvoering van het Europese Dublinsysteem was bedoeld ter vaststelling van welke lidstaat verantwoordelijk is voor een asielaanvraag. Zie Tsianos e.a. (2016) en Brouwer (2002).

47 EHRM 4 december 2008, nrs. 30562/04 en 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204 (*S. en Marper/Verenigd Koninkrijk*).

48 Verordening 2018/1240 van 12 september 2018, *PbEU* 2018, L 236.

aanvraagdossier van het centrale ETIAS-systeem kunnen worden vergeleken met specifieke risico-indicatoren die wijzen op 'irreguliere migratie-, veiligheids- of volksgezondheidsrisico's'. Bovendien kan op basis van de ETIAS-verordening persoonlijke informatie van de aanvrager van de reisautorisatie worden vergeleken met de zogenaamde 'ETIAS watchlist'. Deze lijst zal bestaan uit gegevens met betrekking tot personen van wie wordt vermoed dat zij een terroristisch misdrijf of ander ernstig strafbaar feit hebben gepleegd of eraan hebben deelgenomen. Daarnaast kunnen volgens artikel 34 ETIAS-verordening ook personen op de lijst worden geplaatst van wie 'op basis van een algemene beoordeling van de persoon' feitelijke aanwijzingen of redelijke vermoedens bestaan dat zij terroristische misdrijven of andere ernstige strafbare feiten zullen plegen. Hoewel de criteria of de inhoud van de zogenaamde ETIAS watchlist nog niet bekend zijn, biedt het begrip 'algehele beoordeling van de persoon' een ruime beoordelingsbevoegdheid voor de betrokken autoriteiten.

Passagiersgegevens en verbod risicoanalyses op basis van etniciteit

Private actoren hebben, zoals eerder aangegeven, een belangrijke rol in het Europese migratie- en grensbeleid (zie ook Scholten, 2015). In het kader van luchtverkeer heeft de Uniewetgever sinds de aanslagen in 2001 in de Verenigde Staten twee richtlijnen aangenomen op basis waarvan luchtvaartmaatschappijen verplicht zijn persoonsgegevens van hun passagiers te delen met Europese grensbewakingsautoriteiten. De eerste richtlijn is de zogenaamde API-richtlijn 2004/82 inzake de uitwisseling van 'advanced passenger information'. De tweede richtlijn betreft de PNR-richtlijn 2016/681 inzake het gebruik van passagiersgegevens ter voorkoming, bestrijding en vervolging van terrorisme en ernstige criminaliteit.⁴⁹ Op basis van deze richtlijn zijn luchtvaartmaatschappijen vliegend naar en binnen de EU verplicht voor vertrek de PNR-gegevens van hun passagiers aan de grensautoriteiten van het EU-land van bestemming te verstrekken. Door de nationale Passagiers Informatie Eenheid (PIE, die voor Nederland is ondergebracht bij de KMar) worden deze data verwerkt en ook risicoanalyses gemaakt, die vervolgens weer worden gebruikt ter bepaling of individuele passagiers voor vertrek of bij aankomst aan een nader onderzoek moeten worden onderworpen. Op grond van artikel 6 van de PNR-richtlijn moeten deze 'volgens vooraf bepaalde criteria' verrichte controles op niet-discriminerende wijze worden verricht. Hoewel deze criteria op grond van artikel 6 lid 4 van de PNR-richtlijn onder geen beding mogen worden gebaseerd 'op ras, etnische afstamming, religieuze, levensbeschouwelijke of politieke overtuiging, vakbondslidmaatschap, gezondheid, seksleven of seksuele geaardheid van de betrokkene', kunnen gegevens over nationaliteit of land van herkomst wel aanleiding zijn voor nader onderzoek. Bovendien kunnen uit de algemene te verstrekken gegevens door de passagiers zelf ook gevoelige gegevens worden herleid, zoals afkomst, politieke voorkeur of godsdienst.⁵⁰ Ten slotte biedt de richtlijn ruimte voor

49 *PbEU* 2016, L 119. Zie voor een bespreking Vavoula, 2016.

50 Zie ook de Raad van Europa, Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to the Automatic Processing of Personal Data. Opinion on the data protection implications of the processing of Passenger Name Records, T-PD (2016)18rev, 19 augustus 2016.

nationale autoriteiten om verdere persoonlijke informatie onder het kopje ‘algemene opmerkingen’ te verzamelen. Dit begrip wordt verder niet in de richtlijn gedefinieerd, maar kan ook taal, dieet of kleding betreffen.

Uit zorg over de mogelijk disproportionele gevolgen van deze PNR-richtlijn voor het recht op privéleven en gegevensbescherming hebben verschillende nationale rechters vragen gesteld aan het HvJ EU.⁵¹ Meerdere zaken zijn op het moment van schrijven nog aanhangig, maar in één van deze zaken heeft het HvJ EU in juni 2022 uitspraak gedaan.⁵² Deze uitspraak, die de implementatie van de PNR-richtlijn in België betreft, is om meerdere redenen interessant.⁵³ In het kader van deze bijdrage beperk ik me tot de overwegingen van het HvJ EU inzake het gebruik van risicoanalyses. Het HvJ EU gaat hierbij in op de betekenis van het discriminatieverbod, zoals ook neergelegd in het eerdergenoemde artikel 6 lid 4 van de PNR-richtlijn. Met dit verbod wordt volgens het HvJ EU zowel directe als indirecte discriminatie bedoeld. Dit betekent dat ‘vooraf bepaalde criteria’ op basis waarvan de controles plaatsvinden, zo moeten worden gekozen dat zij, zelfs indien zij neutraal zijn geformuleerd, in de praktijk niet in het bijzonder nadelig mogen zijn voor personen met de beschermde kenmerken, aldus het HvJ EU.⁵⁴ Bij het ‘uitfilteren’ van personen voor nadere controles of toegangsweigerings mogen de op basis van de richtlijn bevoegde autoriteiten zich dus ‘in principe niet op deze [beschermde; EB] kenmerken baseren’. Volgens het HvJ EU mogen de autoriteiten wel ‘rekening houden met bijzonderheden in de manier waarop personen zich feitelijk gedragen bij het voorbereiden en maken van vliegtuigreizen, omdat uit de vaststellingen en de ervaring van bevoegde autoriteiten zou kunnen blijken dat personen die zich op een bepaalde manier gedragen betrokken kunnen zijn bij terroristische misdrijven of ernstige criminaliteit’.⁵⁵ Met dit criterium houden opsporing- en grensautoriteiten een ruime discretionaire bevoegdheid bij risicoselectie. Niettemin maakt het HvJ EU duidelijk dat direct gebruik van gevoelige criteria zoals ras, etniciteit en geloof bij het opstellen van risicoanalyses niet is toegestaan. Daarnaast is volgens deze uitspraak ook indirecte discriminatie, dus het gebruik van neutrale criteria die leiden tot een nadelige behandeling van personen met deze kenmerken, verboden.

Algoritmische besluitvorming en verhoogd risico op discriminatie

In het algemeen betekent uitsluiting of differentiatie op basis van nationaliteit of andere kenmerken in het migratiebeleid niet dat automatisch sprake is van (verbo-

51 Grondwettelijk Hof van België 17 oktober 2019, arrest 135/2019, www.const-court.be/public/n/2019/2019-135n.pdf; Amtsgericht Köln, besluit van 20 januari 2020, www.justiz.nrw.de/nrwe/ag_koeln/j2020/142_C_328_19_Beschluss_20200120.html en Verwaltungsgericht Wiesbaden, besluit van 13 en 15 mei 2020, <https://oj.is/2262093> en <https://oj.is/2262092>.

52 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humaines*).

53 Zie voor een bespreking Thönnies, 2022; Brouwer & Zandstra, 2022; en het commentaar van EDRI, <https://edri.org/our-work/mass-surveillance-of-external-travellers-may-go-on-says-eus-highest-court/>.

54 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humaines*), punt 197.

55 HvJ EU 21 juni 2022, C-817/19, ECLI:EU:C:2022:491 (*Ligue des droits humaines*), punt 199.

den) discriminatie.⁵⁶ Of zoals Hutten en Mustafa stellen: hoewel het migratierecht niet wordt gekenmerkt door gelijkheid maar juist door fundamentele ongelijkheden, is dit niet per se discriminerend of racistisch (Hutten & Mustafa, 2021, 2045). Ook de toepassing van algoritmes en risico-indicatoren om reizigers te onderscheiden en te selecteren voor nadere controle leidt niet zonder meer tot discriminatie (Derave, 2022; zie ook Hutten & Mustafa, 2021, 2045). Discriminatie ontstaat wel wanneer deze toepassing uitmondt in een vorm van sociale sortering, waarbij personen op basis van hun afkomst of ras ongunstiger worden behandeld of als groep institutioneel worden gewantrouwd (Lyon, 2003, 3). Dit institutioneel wantrouwen kan door het gebruik van informatietechnologie worden versterkt. In 2019 bracht European Network Against Racism (ENAR) een rapport uit inzake etnische profilering en 'over-policing' door Europese politie en opsporingsinstanties (Williams & Kind, 2019, 6). Volgens de organisatie leiden stereotypering en het gebruik van nieuwe datatechnologie ertoe dat etnische minderheden disproportioneel vaak op straat worden aangehouden en/of worden vervolgd. Een ander probleem waar ENAR op wijst, is dat politieambtenaren niet altijd het vertrouwen of de kennis hebben om een 'algoritmische aanbeveling' te bevragen dan wel te overrulen.⁵⁷ Dekkers en Van der Woude (2016) hebben eerder in hun onderzoek naar grenscontroles door de KMar gewezen op de relatie tussen het gebruik van informatietechnologie en etnische profilering. Ook een onderzoek van de Universiteit Maastricht toonde het discriminerende effect van het gebruik van algoritmes in de reclasering aan (Van Dijck, 2020). In de in 2020 aangenomen Aanbeveling nr. 36 sprak het CERD zijn zorg uit over de toepassing van arbitraire aanhoudingen en identiteitscontroles door opsporingsambtenaren in het kader van grens- en migratiecontrole.⁵⁸ Hierbij verwees het CERD expliciet naar het gebruik van nieuwe technologieën, zoals artificiële intelligentie, in het kader van veiligheid, grenscontroles en sociale zekerheid, waardoor de kans op racisme, xenofobie en andere vormen van uitsluiting kan toenemen.⁵⁹ Ook de speciale rapporteur van de Verenigde Naties inzake vormen van racisme, discriminatie en xenofobie schreef in 2020 een kritisch rapport over het toenemend gebruik van technologie bij grens- en migratiecontroles in Europa en het risico van etnische profilering.⁶⁰ Door dezelfde VN-rapporteur was overigens al in 2019 kritiek geuit over de toepassing van etnische profilering door de KMar.⁶¹

56 Zie Dijkstra & Broeders, 2015, 22, waar ze verwijzen naar Joppke, 2005, 46.

57 ENAR, p. 24, met verwijzing naar onderzoek van Veale, 2019, 20.

58 General Recommendation no. 36, par. 10-11.

59 General Recommendation no. 36, par. 12.

60 UN Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, E. Tendayi Achiume, on emerging digital technologies in border and immigration enforcement context, Report A/75/590, november 2020, www.ohchr.org/EN/newyork/Documents/A-75-590-AUV.docx.

61 Rapport van 7 oktober 2019, zie Aanbeveling nr. 26, www.ohchr.org/en/statements/2019/10/end-mission-statement-special-rapporteur-contemporary-forms-racism-racial?LangID=E&NewsID=25100.

De 'feedback loop'

In hun bijdrage over het gebruik van de eerdergenoemde EU-datasystemen zoals ETIAS wijzen Derave en collega's (2022) erop dat zelfs wanneer algoritmes of data-analyses in het kader van grenscontroles geen gebruik maken van 'verdachte' of 'gevoelige' kenmerken zoals ras of etniciteit, dit niet betekent dat er nooit sprake kan zijn van discriminatie. Zo kan het risicoprofiel ten behoeve van de bestrijding van irreguliere immigratie gebaseerd zijn op structurele vormen van bias, maar ook onjuiste interpretatie of het zelfbevestigende effect van de ingevoerde gegevens zelf. Ter onderbouwing noemen deze auteurs het voorbeeld van de groeiende groep van Venezolanen die in Europa asiel aanvragen en dus legaal verblijven, maar als 'overstayers' worden geregistreerd omdat de periode van het toegestane verblijf (op basis waarvan zij zijn binnengekomen) is verlopen (Derave e.a., 2022, 28). Deze registratie kan tot een overrepresentatie van deze groep als irreguliere immigranten in verschillende EU-systemen leiden. Op basis van deze informatie lopen vervolgens nieuwe visumaanvragen van Venezolanen meer kans te worden afgewezen vanwege het aangenomen risico op irreguliere immigratie. De registratie van deze afwijzingen in het VIS leidt op haar beurt weer tot een verdere versterking van de 'voorspelling' dat Venezolanen een extra risico op irreguliere immigratie vormen. Dit effect wordt ook wel de 'feedback loop' genoemd (Prins, 2021). Doordat de ingevoerde data mede de basis vormen voor de ontwikkeling van risicoanalyses, zullen personen die in deze systemen zijn geregistreerd vanzelf vaker object van controles zijn. Discriminerende praktijken kunnen zo worden voortgezet onder een dekmantel van 'onpartijdig' statistisch bewijs (Prins, 2021, 471).

Gebruik van 'neutrale' risico-indicatoren en indirecte discriminatie

Zoals we hiervoor bij de besproken rechtszaak inzake KMar zagen, wordt het gebruik van risicoprofilering bij controles of handhaving verdedigd omdat het zou plaatsvinden op basis van of ogenschijnlijk 'neutrale' gegevens, zoals postcode, kenteken of gedragskenmerken, of een combinatie van verschillende factoren, waarvan nationaliteit of herkomst slechts één, maar nooit de enige doorslaggevende factor is. Echter, ras en etniciteit kunnen ook worden afgeleid uit minder verdachte gegevens zoals nationaliteit, verblijfplaats of zelfs opleiding (Derave e.a., 2022, 32). Dit werd duidelijk in het kader van de toeslagenaffaire en het gebruik van onder meer door algoritmes gevoede risicoprofielen (Amnesty International, 2021). Meer dan 20.000 ouders werden jarenlang ten onrechte als fraudeurs aangemerkt door onder meer de toepassing van afkomst en nationaliteit bij de betreffende selectie en verdachtmaking. In haar in 2020 verschenen eindadvies benoemde de Adviescommissie uitvoering toeslagen verschillende oorzaken voor de schrijnende en disproportionele effecten bij de uitvoering van de kinderopvangtoeslagen (KOT)-regelgeving (Adviescommissie uitvoering toeslagen, 2020). Hierbij ging het onder meer om het gebruik van geautomatiseerde besluitvorming en het zogenaamde 'risico-classificatiemodel' bij controles op vermoedens van misbruik, beslissingen tot bijstelling van de uitkering en uiteindelijk ook de terugvordering van toeslagen. Op basis van dit model werden ouders en gastouders middels verschillende indicatoren geselecteerd voor nadere controle. Eén van deze indicatoren betrof het hebben van een dubbele nationaliteit. Volgens de Adviescommissie uit-

voering toeslagen is het essentieel om ‘bij het “bewaken” van een doorsnee geautomatiseerd systeem, zoals dat nu voor besluitvorming wordt gebruikt door overheden, (...) te voorkomen dat afwijkingen te snel worden afgewezen en te bezien of de omstandigheden niet toch een positieve beslissing rechtvaardigen’ (Adviescommissie uitvoering toeslagen, 2020, 62).

Wat betreft de risico’s van etnische profilering zijn verder nog lessen te trekken uit het zogenaamde ‘Sensing-project’ van de politie in Roermond. Dit project werd in 2020 stilgelegd wegens schending van onder meer het recht op privacy en non-discriminatie. In dit project verzamelde de politie in en rond Roermond gegevens, ook met behulp van ANPR-camera’s (Automatic Number Plate Recognition), om rondtrekkende criminelen of ‘mobiel banditisme’ te bestrijden (zie Prins, 2021). Het risicomodel, dat bij de identificatie van mogelijke criminelen werd gebruikt, bevatte onder meer gegevens over het soort auto waarin de personen zouden rijden, maar ook over het land van herkomst. Hierbij werden met name auto’s uit Oost-Europese landen zoals Bulgarije, Polen en Roemenië geïdentificeerd. Het Sensing-project was juist ingezet om de rol van ‘onderbuikgevoelens’ bij preventieve controles uit te bannen en ook het effect van de discretionaire bevoegdheid bij de uitvoering van politiecontroles te beperken. In de praktijk bleek dit echter niet zo te werken. Doordat de gebruikte risicomodellen werden gevoed door ogenschijnlijk neutrale maar (indirect) discriminerende factoren, bleef het vooroordeel jegens Roma in stand. Door deze profielen werden personen nog steeds op basis van hun Roma-achtergrond, en dus etniciteit, in verband gebracht met criminaliteit en daarmee ook onevenredig vaak aangehouden voor controles. Dergelijke controles bij ordehandhaving en grensbeheer kunnen het vertrouwen van de betrokkenen ondermijnen en daarmee tot een slechtere relatie tussen politie of grenswachten en leden van minderheden en andere groepen die zich gediscrimineerd voelen, leiden.⁶² Hoewel hierbij niet altijd sprake hoeft te zijn van een onderliggend racistisch motief bij de uitvoerende ambtenaren, kan dit beleid wel leiden tot schending van het discriminatieverbod.

EU-visumbeleid en indirecte discriminatie

De eerdergenoemde vaststelling van het EHRM dat intentie geen rol speelt bij de vraag of een beleid discriminerend is, is ook relevant in het kader van het huidige EU-visumbeleid. Op grond van dit beleid hebben alleen de onderdanen van staten die in de zogenaamde visumlijst zijn opgenomen een visum nodig om het Schengengebied voor een kort verblijf te mogen inreizen.⁶³ De lijst van visumplichtige landen kan niet los worden gezien van de etniciteit van de in deze landen woonachtige meerderheid: zo zijn de onderdanen van alle Afrikaanse staten visumplichtig en ook die van de Aziatische staten, op enkele uitzonderingen na, zoals Japan, Maleisië of Zuid-Korea. Ook staan de meeste landen met een moslimmeerderheid op deze visumlijst, met uitzondering van bijvoorbeeld Brunei of de Verenigde Arabische Emiraten. Zoals ook door Den Heijer is betoogd, kan uit de wetsgeschiede-

62 Bureau van de Europese Unie voor de Grondrechten (FRA), 2021, conclusie nr. 4, p. 14.

63 Zie de Visumcode of Verordening 539/2001, *PbEU* 2001, L 81/1, met in annex 1 en 2 de lijsten van visumplichtige en niet-visumplichtige landen. Deze lijsten worden regelmatig aangepast.

nis van dit visumbeleid zelf geen direct racistische of godsdienstige voorkeursbehandeling ('racial or religious preferentialism') worden gedistilleerd (Den Heijer, 2018, 485). De motieven om een land wel of niet op de visumlijst te zetten, zijn verschillend en worden bepaald door cultureel-historische, economische of politieke overwegingen. Waar, zoals we hiervoor zagen, onderscheid op basis van nationaliteit door het EHRM niet snel als schending van artikel 14 EVRM wordt aangemerkt, kan men betogen dat het EU-visumbeleid op indirecte wijze wel leidt tot onderscheid naar etniciteit (en bij moslimstaten, ook geloof). Voor dit onderscheid is, zoals we zagen, op grond van artikel 14 EVRM een specifieke onderbouwing vereist dat dit noodzakelijk is voor zeer zwaarwegende gronden (Den Heijer, 2018, 487-488). Het feit dat het huidige visumbeleid deze onderbouwing ontbeert, maakt de legitimiteit daarvan problematisch in het licht van artikel 14 EVRM.

Black box: gebrek aan transparantie bij algoritmische besluiten

Ten slotte wijs ik nog op het probleem van rechtsbescherming bij geautomatiseerde of algoritmegestuurde besluitvorming. Anders dan bij 'gewone' besluiten kan het bij geautomatiseerde besluiten voor burgers nog lastiger zijn om discriminatie op basis van etniciteit aan te tonen, vanwege het black-boxeffect. Het gebrek aan transparantie over welke indicatoren tot een bepaald besluit of handeling hebben geleid, gekoppeld aan de discretionaire bevoegdheid van de uitvoeringsorganisaties, vereist een sterkere rol voor de rechter. Dit geldt ook voor beslissingen aan de grens: bij iedere beslissing waarbij een persoon voor controle wordt aangehouden of toegang of een visum wordt geweigerd op basis van een vooraf opgesteld profiel of risicoanalyse, dient er een moment te zijn waarbij de rechtmatigheid en evenredigheid van dat individuele besluit moeten kunnen worden afgewogen. Betrokkenen dienen daarbij ook geïnformeerd te worden over zowel de gronden van een besluit als de gemaakte individuele afweging.

Conclusies

Etnische profilering, of iedere maatregel waarbij personen uitsluitend of in beslissende mate worden geselecteerd op basis van ras of etnische afkomst, is in strijd met het recht op non-discriminatie. Zoals ook door het EHRM op basis van artikel 14 EVRM is vastgesteld, is het gebruik van etniciteit als enige of doorslaggevende risico-indicator bij controle, aanhouding of besluitvorming altijd verboden. Daarnaast is volgens de jurisprudentie van het EHRM een maatregel die ondanks het gebruik van neutrale gronden tot indirecte discriminatie op basis van etniciteit leidt, alleen toegestaan wanneer hiervoor zeer zwaarwegende gronden zijn aangetoond. Recente uitspraken van het EHRM in oktober 2022 onderstrepen de verplichting van staten om etnische profilering en stigmatiserende identiteitscontroles te voorkomen en bij klachten over discriminerend optreden zorg te dragen voor een onafhankelijk onderzoek. Met de conclusie dat bij het gebruik van etniciteit als selectiecriteria door de KMar geen sprake is van verboden discriminatie, heeft de rechtbank Den Haag artikel 14 EVRM onjuist toegepast. De rechtbank heeft niet alleen de doorslaggevende rol van etniciteit of uiterlijk bij deze vorm van controles

miskend, maar ook onvoldoende de noodzaak en het stigmatiserende effect van het gebruik van deze kenmerken onderzocht.

Het verbod van directe en indirecte discriminatie geldt ook voor algoritmegestuurde besluiten. Zoals met name de toeslagenaffaire ons heeft geleerd, beperkt het gebruik van etnische profilering zich niet tot het migratiebeleid. Het is dan ook terecht dat in 2022 door het kabinet een speciale Staatscommissie tegen Discriminatie en Racisme is ingesteld om onderzoek te doen naar discriminatie en racisme in ‘alle sectoren van de Nederlandse samenleving’, waarbij specifiek zal worden gekeken naar etnische profilering bij de overheid.⁶⁴ Het valt te hopen dat in dit onderzoek, maar ook elders, voldoende aandacht wordt besteed aan de specifieke risico’s in het migratie- en grensbeleid, zoals ik hiervoor heb benoemd. Zo leidt de taakstelling in het migratie- en grensbeleid zelf tot een bijzondere focus op derdelanders of personen die als niet-EU-onderdaan worden aangemerkt. Deze focus is ook te zien bij de grootschalige datasystemen in de EU waarin alleen persoonsgegevens over derdelanders zijn opgenomen. Terwijl deze systemen met name voor grens- en migratiecontrole zijn opgezet, kunnen alle daarin opgenomen persoonsgegevens nu inmiddels ook voor opsporingsdoeleinden worden gebruikt. De tweeledige doelstelling van deze systemen versterkt het effect dat bij raadpleging van deze systemen aan de grens, maar ook bij controles in de binnengrensgebieden, de indicatie of iemand afkomstig is uit een niet-EU-land een belangrijke rol gaat spelen bij de beslissing of iemand wordt gecontroleerd of niet. Dit effect wordt wat betreft de uitvoering door de KMar nog eens versterkt door het feit dat deze organisatie is belast met twee taken, namelijk vreemdelingentoezicht en de opsporing en preventie van grensoverschrijdende criminaliteit. Daarnaast hebben autoriteiten bij een groot deel van de beslissingen in het migratiebeleid, en zeker op het gebied van grenscontrole, een ruime discretionaire bevoegdheid, wat het risico op het gebruik van etnische profilering vergroot. Ook het gebruik van neutrale kenmerken of eerder opgeslagen data kan leiden tot discriminatie vanwege het hiervoor besproken effect van de feedback loop. De hiervoor besproken PNR-uitspraak van het HvJ EU uit juni 2022 biedt wat dat betreft een belangrijke inkadering voor de naleving van het discriminatieverbod bij de aan de grens gebruikte risicoanalyses en het risico op etnische profilering. Het is met name van belang dat het HvJ EU hierbij het verbod van zowel directe als indirecte discriminatie benoemt.

Tot slot blijft het belangrijk te onderkennen dat het in de praktijk voor een persoon moeilijk is om te achterhalen waarom hij of zij is staande gehouden, of om een negatieve beslissing aan te vechten. Nog ingewikkelder daarbij is het om schending van het discriminatieverbod aan te tonen. Ook dit heeft te maken met specifieke kenmerken van het migratiebeleid. Ten eerste is het voor een derdelander op basis van het Unierecht al lastig om een label van ‘ongewenst’ of een inreisverbod aan te vechten, omdat de achterliggende gronden vaak niet inzichtelijk zijn (zie Brouwer, 2008). Het gebruik van risicoanalyses en algoritmes zal dit gebrek aan transparantie vergroten (Brouwer, 2021). Ten tweede wordt het migratierecht, als bijzonder onderdeel van het bestuursrecht, gekenmerkt door een terughoudende rol van de

64 Besluit van 3 mei 2022, *Stcrt.* 2022, 11349. Zie ook de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer, 22 april 2022.

rechter. Gezien deze rol is de rechter over het algemeen minder geneigd de beoordelingsvrijheid in grens- en migratiebeslissingen in te perken. De hier besproken uitspraak van de rechtbank lijkt daar een voorbeeld van. In dit kader stellen Gerards en Borgesius Zuiderveen (2022) terecht voor om bij alle vormen van onderscheid op basis van algoritmes de bewijslast bij de organisatie te leggen die de algoritmes gebruikt, om aan te tonen dat hiertoe een redelijke en eerlijke legitimatie bestaat. Hierbij dienen rechters de mogelijkheid te hebben de gronden van het gemaakte onderscheid, of het nu algoritmebestuurd is of niet, te controleren en vervolgens ook te toetsen aan het discriminatieverbod.

In het kader van etnische profilering spreken Rodrigues en Van der Woude (2021) van de ‘paradox der discretionaire ruimte’. Daarmee wijzen zij op het feit dat terwijl in landen als Nederland het discriminatieverbod wettelijk is vastgelegd, hieraan door de ook als noodzakelijk beschouwde discretionaire ruimte van ambtenaren in de praktijk weinig uitvoering aan wordt gegeven. Zij wijzen dan ook terecht op het belang ‘om de interactie tussen verschillende actoren binnen een rechtsstelsel of een rechtssysteem – of het nu gaat over het strafrecht, het ondernemingsrecht, het bestuursrecht of welk rechtsgebied dan ook – te onderkennen’.⁶⁵ Wat betreft het gebruik van etnische profielen bij de KMar is nu het woord aan de rechter in hoger beroep. Hopelijk wordt hiermee de hier besproken uitspraak vernietigd en duidelijk gemaakt dat het gebruik van etniciteit of ras als uitsluitend of doorslaggevend selectie criterium altijd in strijd is met het discriminatieverbod. Het maakt daarbij niet uit of de selectie wordt gemaakt in het hoofd van een KMar-ambtenaar of op basis van een algoritmebestuurd risicoprofiel.

Literatuur

- Adviescommissie uitvoering toeslagen. (2020, 12 maart). *Omzien in verwondering 2*. *Eindadvies*. Den Haag. Geraadpleegd op www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/03/12/omzien-in-verwondering-eindadvies-adviescommissie-uitvoering-toeslagen.
- ACVZ (Adviescommissie Vreemdelingenzaken). (2016). *Profileren en selecteren. Advies over het gebruik van profielen in de uitvoering van het vreemdelingenbeleid*. Den Haag.
- Amnesty International. (2021). *Xenophobic Machines. Discrimination through Unregulated Use of Algorithms in the Dutch Child Benefits Scandal*. London.
- Battjes, H., Brouwer, E. & Heijer, M. den (2020). Het nieuwe migratie- en asielpact: flexibele solidariteit, verplichte grensprocedures en nog meer dataverzameling. *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, (7/8), 181-188.
- Brouwer, E.R. (2002). Eurodac: Its Limitations and Temptations, *European Journal of Migration and Law*, 4, 231-247.
- Brouwer, E.R. (2008). *Digital Borders and Real Rights. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

65 Zie Rodrigues & Van der Woude, 2021, 124; zij citeren Reitz, die in deze context spreekt over een ‘hydraulic displacement of discretion between actors’.

Evelien Brouwer

- Brouwer, E. (2021). Schengen and the Administration of Exclusion: Legal Remedies Caught in between Entry Bans, Risk Assessment and Artificial Intelligence, *European Journal of Migration and Law*, 23(4), 485-507.
- Brouwer, E.R. & Zandstra, T. (2022, 24 June). Fundamental rights at the digital border: ETIAS, the right to data protection, and the CJEU's PNR judgment. *Verfassungsblog*.
- Brouwer, J. (2020). *Detection, Detention, Deportation, Criminal Justice and Migration Control through the Lens of Crimmigration* (dissertatie Universiteit Leiden). Den Haag: Eleven.
- Çankaya, S. (2021, 24 september). Rechter koppelt ten onrechte Nederlanderschap aan withheld. *Opinie. NRC*.
- College voor de Rechten van de Mens (2021a). *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*. Utrecht.
- College voor de Rechten van de Mens (2021b). *Discriminatie door risicoprofielen. Een mensenrechtelijk toetsingskader*. Utrecht.
- Commissie-Meijers. (2021, 10 April). *Creating Second Class Union-Citizenship? Unequal Treatment of Union Citizens with Dual Nationality in ECRIS-TCN and the Prohibition of Discrimination* (CM2104). Retrieved from www.commissie-meijers.nl/comment/cm2104-creating-second-class-union-citizenship-unequal-treatment-of-union-citizens-with-dual-nationality-in-ecris-tcn-and-the-prohibition-of-discrimination/.
- Dekkers, T.J.M. (2019). *Mobility, Control and Technology in Border Areas: Discretion and Decision-Making in the Information Age* (dissertatie Universiteit Leiden).
- Dekkers, T.J.M. & Woude, M.A.H. van der (2016). Acceptance denied: intelligence-led immigration checks in Dutch border areas. *European Journal of Policing Studies*, 4(2), 242-265.
- Derave, C., Genicot, N. & Hetmanska, N. (2022). The risks of trustworthy artificial intelligence: the case of the European Travel Information and Authorisation System. *European Journal of Risk Regulation*, 13(3), 1-37.
- Dijck, G. van (2020). Algoritmische risicotaxatie van recidive. Over de Oxford Risk of Recidivism tool (OXREC), ongelijke behandeling en discriminatie in strafzaken. *Nederlands Juristenblad*, (28), 1785-1790.
- Dijstelbloem, H. & Broeders, D. (2015). Border surveillance, mobility management and the shaping of non-publics in Europe. *European Journal of Social Theory*, 18(1), 21-38.
- Gerards, J. (2017). The margin of appreciation doctrine, the very weighty reasons test and grounds of discrimination. In: M. Balboni (ed.). *European Convention on Human Rights and the Principle of Non-Discrimination*. Napels: Editoriale scientifica, 27-61.
- Gerards, J. & Borgesius Zuiderveen, F. (2022). Protected grounds and the system of non-discrimination law in the context of algorithmic decision-making and artificial intelligence. *Colorado Technology Law Journal*, 20(1), 1-55.
- Grütters, C. & Terlouw, A. (2021). Hoe wit is een Nederlander? *Asiel & Migratierecht*, (9), 473-478.
- Heijer, M. den (2018). Visas and non-discrimination. *European Journal of Migration Law*, 20(4), 470-489.
- Hutten, W. & Mustafa, N. (2021). Onderken ook de rol van institutioneel racisme in het migratierecht. *Nederlands Juristenblad*, (25), 2046.
- Joppke, C. (2005). Exclusion in the liberal state: the case of immigration and citizenship policies. *European Journal of Social Theory*, 8(1), 43-61.
- Koenig, M. (2016). 'The borders, they are a-changin'! The emergence of socio-digital borders in the EU. *Internet Policy Review*, 5(1), 1-11.
- Kundnani, A. (2004, 7 July). *The War on Terror Leads to Racial Profiling* (IRR News). London: Institute for Race Relations.

- Leese, M., Noori, S. & Scheel, S. (2022). Data matters: the politics and practices of digital border and migration management. *Geopolitics*, 27(1), 5-25.
- Lyon, D. (ed.). (2003). *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk and Digital Discrimination*. London: Routledge.
- Molnar, P. (2020). *Technological Testing Grounds: Migration Management Experiments and Reflections from the Ground Up*. EDRI and the Refugee Law Lab.
- Nationale ombudsman (2017). *Uit de rij gehaald. Onderzoek naar de wijze waarop de Koninklijke Marechaussee het Mobiele Toezicht Veiligheid heeft verricht op de Rotterdam The Hague Airport* (rapportnr. 2017/044).
- Oliveira Martins, B. & Jumbert, M.G. (2022). EU border technologies and the co-production of security 'problems' and 'solutions'. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 48(6), 1430-1447.
- Open Society Justice Initiative. (2009). *Ethnic Profiling in the European Union: Pervasive, Ineffective, and Discriminatory*. New York.
- Ploeg, I. van der & Pridmore, J. (eds.). *Digitizing Identities. Doing Identity in a Networked World*. New York: Routledge.
- Prins, V. (2021). De risico's van risicoprofilering: het recht op non-discriminatie in predictive policing. *NJCM-Bulletin. Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, 46(4), 466-482.
- Rodrigues, P. & Woude, M.A.H. van der (2021). Etnische profilering en de zoektocht naar adequate remedies. *Crimmigration en Recht*, 5(2), 108-125.
- Scholten, S. (2015). *The Privatisation of Immigration Control through Carrier Sanctions: The Role of Private Transport Companies in Dutch and British Immigration Control*. Leiden: Brill/Nijhoff.
- Stiller, M. (2021). Strengthening Schengen against German and other unilateral policies. *Asiel & Migrantenrecht*, (6-7), 348-351.
- Stumpf, J. (2011). Doing time: crimmigration law and the perils of haste. *UCLA Law Review*, 58, 1705-1748.
- Terlouw, A. (2020). Gebruik van etniciteit in risicoprofielen Marechaussee is discriminatie. *Nederlands Juristenblad*, (12), 832-836.
- Thönnies, C. (2022, 23 June). A directive altered beyond recognition: on the Court of Justice of the European Union's PNR decision (C-817/19). *Verfassungsblog*.
- Trauttmansdorff, P. (2017). The politics of digital borders. In: C. Günay & N. Witjes (eds.). *Border Politics Defining Spaces of Governance and Forms of Transgressions*. London: Springer, 118-119.
- Tsianos, V.S. & Brigitta Kuster, B. (2016). Eurodac in Times of Bigness: The Power of Big Data within the Emerging European IT Agency, *Journal of Borderlands Studies*, 31(2), 235-249.
- Van der Auwera, J. & Van Daele, D. (2019). Risicoprofilering op de luchthaven: een juridische verkenning van de legitimiteit van etnische risicoprofielen. *Tijdschrift voor Mensenrechten*, 17(4), 9-14.
- Vavoula, N. (2016). *'I Travel, Therefore I Am a Suspect': An Overview of the EU PNR Directive*. Retrieved from <https://free-group.eu/2016/10/27/i-travel-therefore-i-am-a-suspect-an-overview-of-the-eu-pnr-directive/>.
- Vavoula, N. (2022). *Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The Case of Information Systems*. Leiden: Brill/Nijhoff.
- Veale, M. (2019). *Algorithms in the Criminal Justice System*. The Law Society of England and Wales.

Evelien Brouwer

- Vriendt, S. de & Heirwegh, T. (2018). *Human Rights Centre Submits Third Party Intervention in a Case Concerning Ethnic Profiling by Law Enforcement Officers*. Human Rights Centre, Gent University. Retrieved from <https://strasbourgobservers.com/2018/05/02/human-rights-centre-submits-third-party-intervention-in-a-case-concerning-ethnic-profiling-by-law-enforcement-officers/>.
- Vries, K. de (2021, 11 oktober). *Witte Nederlanders en zwarte vreemdelingen – etnisch profileren aan de grens*. Geraadpleegd op www.nederlandrechtsstaat.nl/witte-nederlanders-en-zwarte-vreemdelingen-etnisch-profileren-aan-de-grens/.
- Vries, K. de & Spijkerboer, T. (2021). Race and the regulation of international migration. The ongoing impact of colonialism in the case law of the European Court of Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 39(4), 291-307.
- Vries, K. de & Spijkerboer, T. (2022). Ik zie ik zie wat ik niet zie. Etnisch profileren en structurele rassendiscriminatie in het migratierecht. *Nederlands Juristenblad*, (8), 549-555.
- Williams, P. & Kind, E. (2019). *Data-Driven Policing: The Hardwiring of Discriminatory Policing Practices across Europe*. Brussels: ENAR. Retrieved from www.enar-eu.org/IMG/pdf/data-driven-profiling-web-final.pdf.
- Woude, M.A.H. van der (2021a). Ethnicity based immigration checks. Crimmigration and the how of immigration and border control. In: G.L. Gatta, V. Mitsilegas & S. Zirulia (eds.). *Controlling Immigration through Criminal Law*. London: Hart Publishing, 141-164.
- Woude, M.A.H. van der (2021b). Toezicht aan de Nederlandse en andere Europese binnengrenzen. *Asiel & Migrantenrecht*, (6-7), 352-354.
- Woude, M.A.H. van der, Barker, V. & Leun, J.P. van der (2017). Crimmigration in Europe. *European Journal of Criminology*, 14(1), 3-6.
- Woude, M.A.H. van der, Brouwers, J. & Dekkers, T.J.M. (2016). *Beslissen in grensgebieden*. Den Haag: Boom criminologie.