

CM2309

ACHTERGRONDNOTITIE ETNISCHE DATAREGISTRATIE: WAT ZIJN DE EFFECTEN VOOR DISCRIMINATIE?

OKTOBER2023

Binnen het academische en beleidsveld bestaan er verschillende opvattingen over het registreren en verwerken van etnische gegevens. Voorstanders van registratie van etnische gegevens stellen dat het verwerken van zulke gegevens essentieel is om ongelijkheid te meten, achterstanden weg te nemen, en discriminatie effectief te bestrijden. Tegenstanders stellen o.a. dat registratie van etnische gegevens kan leiden tot negatieve gevolgen voor de betrokkenen.

Om de voor- en nadelen van registratie van etnische gegevens voor beleids- en onderzoeksdoeleinden te bespreken, organiseert de Commissie Meijers een conferentie op vrijdag 20 oktober in congrescentrum de Eenhoorn, Amersfoort. Deze achtergrondnotitie is bedoeld om op hoofdlijnen een overzicht te schetsen van de bestaande wetgeving op zowel nationaal als Europees niveau. De opzet is als volgt: allereerst volgt een korte samenvatting van de discussie. Daarna volgt een beschrijving van het huidige Europese en nationale gegevensbeschermingsrecht (AVG en UAVG), waarna een korte opsomming volgt van de huidige Europese wetgeving m.b.t. non-discriminatie op grond van ras en etnische afkomst. Hierna volgt een overzicht van de voor- en tegenargumenten in het academische en beleidsveld t.a.v. etnische registratie. Tot slot worden de gevolgen van de nieuwe bepaling in het EU-voorstel voor een Wet op de Artificiële Intelligentie besproken, dat voorziet in het verwerken van gevoelige gegevens om mogelijke discriminerende uitkomsten van AI te voorkomen of op te sporen. De Commissie Meijers heeft het voornemen om na de conferentie, mede op basis van de discussie, tot een definitieve notitie te komen.

Commissie Meijers

Permanente commissie van deskundigen in
internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht

Achtergrondnotitie Conferentie 'Etnische dataregistratie: wat zijn de effecten voor discriminatie?' – 20 oktober Amersfoort

1. Aanleiding en introductie

Binnen het academische en beleidsveld bestaan er verschillende opvattingen over het registreren en verwerken van etnische gegevens. Voorstanders van registratie van etnische gegevens stellen dat het verwerken van zulke gegevens essentieel is om ongelijkheid te meten, achterstanden weg te nemen, en discriminatie effectief te bestrijden. Tegenstanders stellen o.a. dat registratie van etnische gegevens kan leiden tot negatieve gevolgen voor de betrokkenen. Het gebruik van databestanden met zulke gegevens kan – bedoeld of onbedoeld – discriminatie tot gevolg hebben.¹ De kern van het probleem is het conflict tussen enerzijds de behoefte om etnische gegevens te registreren en verwerken, met het doel om discriminatie tegen te gaan, en anderzijds het belang om het verwerken van etnische gegevens te beperken, met het doel om discriminatie te voorkomen.² In deze discussie spelen het gegevensbeschermingsrecht en gelijkebehandelingsrecht een grote rol.

Met etnische registratie wordt in deze notitie het volgende bedoeld: het registreren van de afkomst van een individu aan de hand van zijn nationaliteit, geboorteplaats (of die van zijn ouders), taal, religie en eventueel zelfs uiterlijk, of door zelfidentificatie, zodanig dat de informatie is te herleiden tot de betrokkene.³ Zulke registratie kan gebeuren door de overheid of een private partij.

De Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: 'AVG') biedt beperkte mogelijkheden voor het verwerken van etnische gegevens en op EU-niveau bestaan hiervoor enkele richtsnoeren onder meer met het oog op registratie van zulke gegevens voor het meten van ongelijkheid.⁴ Het verwerken van etnische gegevens kan in strijd zijn met het recht op privacy en met de AVG. Kort samengevat bepaalt de AVG dat zulke gegevens alleen gebruikt mogen worden als voor die verwerking een wettelijke grondslag bestaat. De EU of een lidstaat zou een specifieke wet kunnen aannemen, die het gebruik van gegevens over etniciteit mogelijk maakt zonder toestemming van de betrokkene. De vraag rijst of een dergelijke wet een goed idee zou zijn.

Om de voor- en nadelen van registratie van etnische gegevens voor beleids- en onderzoeksdoeleinden te bespreken, organiseert de Commissie Meijers een conferentie.

¹ Zie o.a. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Farkas, L., *Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union : data collection in the field of ethnicity*, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/447194>; A. Terlouw, NJCM-Bulletin, 'Etnische registratie van risicojongeren en het verbod van rassendiscriminatie', jrg. 34 (2009), nr. 6; en-guidelines-improving-collection-and-use-of-equality-data.pdf (europa.eu); GuidanceNoteonApproachtoData.pdf (ohchr.org)

² Zie in deze context: M. van Bekkum & F. Zuiderveen Borgesius, 'De spanning tussen het non-discriminatierecht en het gegevensbeschermingsrecht: heeft de AVG een nieuwe uitzondering nodig om discriminatie door kunstmatige intelligentie tegen te gaan?', *Nederlands Juristenblad* afl. 27 (2023), pp. 2271-2280.

³ A. Terlouw (2009), nr. 6; p. 611. In deze definitie zit ook de definitie van persoonsgegevens verwerkt: 'alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon' (Artikel 4(1) AVG).

⁴ Er bestaan een aantal richtlijnen, te weten een reeks niet-bindende richtlijnen voor het verzamelen en gebruiken van gegevens over gelijkheid is geïntroduceerd door de EU High Level Group on Non-Discrimination, Equality and Diversity, Equality Data (Subgroup); <https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/en-guidelines-improving-collection-and-use-of-equality-data.pdf>.

Deze conferentie vindt plaats op vrijdag 20 oktober 2023 in congrescentrum de Eenhoorn in Amersfoort.⁵ Tijdens de conferentie laten we voor- en tegenstanders met elkaar in gesprek laten over de diverse uitdagingen en dilemma's rondom het verwerken van etnische gegevens. Hoewel er ook discussie is over de registratie van andere gevoelige gegevens, zoals gezondheid en seksuele gerichtheid, zal onze conferentie zich specifiek richten op registratie en verwerken van etnische gegevens. Naar dit specifieke onderwerp is weinig onderzoek gedaan sinds de invoering van de AVG in 2018.

Deze achtergrondnotitie is bedoeld om op hoofdlijnen een overzicht te schetsen van de bestaande wetgeving op zowel nationaal als Europees niveau. De opzet is als volgt: allereerst volgt een korte samenvatting van de discussie. Daarna volgt een beschrijving van het huidige Europese en nationale gegevensbeschermingsrecht (AVG en UAVG), waarna een korte opsomming volgt van de huidige Europese wetgeving m.b.t. non-discriminatie op grond van ras⁶ en etnische afkomst. Hierna volgt een overzicht van de voor- en tegenargumenten in het academische en beleidsveld t.a.v. etnische registratie. Tot slot worden de gevolgen van de nieuwe bepaling in het EU-voorstel voor een Wet op de Artificiële Intelligentie (hierna: AI-voorstel) besproken, dat voorziet in het verwerken van gevoelige gegevens om mogelijke discriminerende uitkomsten van AI te voorkomen of op te sporen.⁷

2. Voor- en tegenargumenten etnische dataregistratie

Zoals in de inleiding al werd aangestipt, bestaan er binnen het academische en beleidsveld verschillende opvattingen over het registreren van etnische gegevens. Deze discussie wordt zowel op Europees als op Nederlands niveau breed gevoerd. Een aantal verschillende argumenten worden in de onderstaande paragrafen kort uiteengezet. Dit overzicht poogt geen compleet overzicht te geven van het debat, maar benoemt een paar veel aangevoerde argumenten.

2.1. Argumenten voor etnische dataregistratie

Het belangrijkste argument voor het registreren en verwerken van etnische gegevens wordt gegeven door de Europese Commissie (hierna: EC). De EC stelt dat etnische registratie essentieel is om de situatie van etnische minderheden en andere raciale groepen te beoordelen en zo racisme en structurele ongelijkheid effectief aan te pakken. Etnische gegevens maken volgens de EC de aard en omvang van discriminatie en ongelijkheid zichtbaar en bieden de basis voor empirisch onderbouwde beleidsvorming. Wanneer gelijkheidsstatistieken systematisch en regelmatig worden verzameld, kunnen lidstaten volgens de EC de juiste toepassing van anti-discriminatie wetgeving beoordelen, de naleving van mensenrechtenverplichtingen controleren en de voortgang volgen bij het bereiken van

⁵ Het organisatiecomité bestaat naast de secretaris van de Commissie Meijers, Barbara Safradin, uit een aantal leden van de subcommissie non-discriminatie- & privacyrecht, te weten: Nilza Pinto, Arriën Kruyt en Sarah Eskens

⁶ NB zie rechtsoverweging 51 van de AVG m.b.t. de term 'ras': 'Persoonsgegevens die door hun aard bijzonder gevoelig zijn wat betreft de grondrechten en fundamentele vrijheden, verdienen specifieke bescherming aangezien de context van de verwerking ervan significante risico's kan meebrengen voor de grondrechten en de fundamentele vrijheden. Die persoonsgegevens dienen ook persoonsgegevens te omvatten waaruit ras of etnische afkomst blijkt, waarbij het gebruik van de term „ras” in deze verordening niet impliceert dat de Unie theorieën aanvaardt die erop gericht zijn vast te stellen dat er verschillende menselijke rassen bestaan.'

⁷ Zie: Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts 16 May 2023, beschikbaar via <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20230516RES90302/20230516RES90302.pdf>.

doelstellingen op het gebied van gelijkheid.⁸ EU-lidstaten hebben daarnaast de positieve verplichting om discriminatie tegen te gaan, wat voortvloeit uit EU- en internationaal recht, en uit deze verplichting vloeit soms ook een registratieplicht voort.⁹

Vergelijkbare argumenten worden aangevoerd door arbeidsorganisaties. Binnen organisaties bestaat soms de behoefte om etnische gegevens van bijvoorbeeld hun medewerkers te registreren, zodat ze kunnen bijhouden of mensen van verschillende etniciteiten gelijke kansen krijgen om bijvoorbeeld promotie te maken en of hun personeelsbestand voldoende divers is.

2.2. Argumenten tegen etnische dataregistratie

Tegenstanders van etnische registratie wijzen ten eerste op de risico's. De geregistreerde gegevens kunnen ook voor een ander doel gebruikt worden, in plaats van alleen voor het wegnemen of verminderen van achterstand. De AVG verbiedt dat gegevens zonder toestemming voor een ander doel worden gebruikt, maar in de praktijk komt het toch voor. In de kindertoeslagaffaire werden gegevens met betrekking tot nationaliteit ook op discriminerende wijze misbruikt.

Daarnaast is het de vraag wat etniciteit precies is en wat er precies moet worden geregistreerd om etniciteit vast te leggen. Er zou gekozen kunnen worden om geboorteplaats van de ouder, of de eigen geboorteplaats, of iemands cultuur of huidskleur te registreren. Daarbij is het ook de vraag wie er dan bepaald wat iemands etniciteit is. Het kan problematisch zijn als een bijvoorbeeld een werkgever aannames maakt over iemands etniciteit of afkomst.

Ten slotte wordt gesteld dat er andere manieren zijn om het doel van verminderen of wegnemen van achterstand, of het opsporen van discriminatie, te bereiken. Het is al duidelijk dat er discriminatie plaatsvindt op vrijwel alle terreinen van het maatschappelijk leven en het is niet nodig om daar precieze kwantitatieve gegevens over te hebben. De aandacht moet worden gericht op het bestrijden van discriminatie en het wegnemen van achterstanden. Daarbij is het onder meer van belang om goed te luisteren naar de mensen die hierdoor worden getroffen in plaats van hun gegevens in een database op te nemen.

3. Europees gegevensbeschermingsrecht: AVG

Het recht op privacy en het recht op bescherming van persoonsgegevens vormen beide grondrechten in de EU. Het recht op privacy wordt o.a. beschermd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (1950) in artikel 8, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (1966) in artikel 17¹⁰, en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000) in artikel 7.¹¹ Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw is een nieuw rechtsgebied ontwikkeld: het gegevensbeschermingsrecht. In de EU heeft het recht op

⁸ European Commission, Guidance note on the collection and use of equality data based on ethnic and racial origin (2021), p. 10, beschikbaar via https://commission.europa.eu/system/files/2022-02/guidance_note_on_the_collection_and_use_of_equality_data_based_on_racial_or_ethnic_origin_final.pdf; FRA (2021), *Equality in the EU 20 years on from the initial implementation of the Equality Directives*. Opinion. Luxembourg: Publications Office.

⁹ J. Engels, Waarom is etnische registratie in Nederland een probleem? Beschikbaar via <https://www.trouw.nl/nieuws/waarom-is-etnische-registratie-een-probleem-in-nederland~b55d0d6e/>.

¹⁰ Het Internationaal Verdrag inzake burgerlijk en politiek Rechten, beschikbaar via <https://wetten.overheid.nl/BWBV0001017/1979-03-11>.

¹¹ Handvest van de Grondrechten van de EU, beschikbaar via https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_nl.pdf.

bescherming van persoonsgegevens de status van een grondrecht.¹² Het EU Handvest legt uitdrukkelijk het recht op bescherming van persoonsgegevens vast in artikel 8. Het gegevensbeschermingsrecht in secundaire wetgeving kent daarnaast rechten toe aan personen van wie persoonsgegevens worden verwerkt (betrokkenen), en legt verplichtingen op aan partijen die persoonsgegevens verwerken (verwerkingsverantwoordelijken). Het gegevensbeschermingsrecht beoogt de bescherming van persoonsgegevens en beschermt daarmee verschillende waarden en rechten. Anders dan soms wordt gedacht, heeft gegevensbeschermingswetgeving namelijk niet alleen tot doel de privacy, maar ook het recht op non-discriminatie en andere rechten te waarborgen.¹³

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) heeft geoordeeld dat de enkele opslag van persoonsgegevens een inmenging vormt in het recht op privacy en de bescherming van persoonsgegevens.¹⁴ Het begrip ‘gevoelige gegevens’ is in 2022 verder uitgelegd door het HvJ EU, dat stelt dat gegevens waaruit indirect gevoelige gegevens kunnen worden afgeleid, ook gelden als gevoelige gegevens.¹⁵ Het is nog een open vraag met hoeveel zekerheid gevoelige gegevens moeten kunnen worden afgeleid uit andere gegevens, voordat deze gegevens gelden als gevoelig. Het Hof stelt in het arrest *Jyske Finans* in de context van de Richtlijn tegen rassendiscriminatie dat etnische afkomst altijd slechts kan worden afgeleid uit een combinatie van kenmerken en nooit uit een enkel kenmerk.¹⁶ In de conferentie zullen we dieper ingaan op de vraag in hoeverre het begrip ‘etnische gegevens’ in het EU-gegevensbeschermingsrecht aansluit bij het begrip ‘ras’ zoals dat wordt uitgelegd in het EU-anti-discriminatierecht.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft in haar rechtspraak ook geoordeeld dat de opslag van privacygevoelige persoonsgegevens een inmenging is op het recht op privacy, ongeacht hoe die gegevens worden gebruikt.¹⁷ Dit laat zien dat de twee belangrijkste Europese Hoven van oordeel zijn dat het enkele opslaan van persoonsgegevens al in strijd kan zijn met fundamentele rechten van burgers.¹⁸

Beleidsmakers realiseren zich dat non-discriminatiebeleid waarbij gebruik wordt gemaakt van etnische registratie (of registratie van kenmerken die betrekking hebben op andere discriminatiegronden) in strijd kan zijn met de wetgeving inzake gegevensbescherming. Sommige (lid)staten hebben daarom uitzonderingen op het recht op gegevensbescherming geïntroduceerd. Het Verenigd Koninkrijk heeft bijvoorbeeld een uitzondering op het verbod op het gebruik van gevoelige gegevens aangenomen, met als doel om discriminatie te

¹² M.P. Granger, & K. Irion, (2018). The right to protection of personal data: the new posterchild of European Union citizenship? In S. De Vries in *Civil Rights and EU citizenship* (Edward Elgar 2018).

¹³ M. Van Bekkum, en F. Borgesius Zuiderveen, ‘Using sensitive data to prevent discrimination by artificial intelligence: Does the GDPR need a new exception?’, *Computer Law & Security Review*, 48 (2022), p. 5.

¹⁴ HvJ EU, C-291/12, *Schwartz v. Stadt Bochum*, 17 oktober 2013, par. 25; zie ook het arrest over de richtlijn gegevensbewaring: HvJ EU, C-293/12 en C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, 8 april 2014, par. 29.

¹⁵ HvJ EU, C-184/20, *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, 1 augustus 2022.

¹⁶ HvJ EU, C-668/15, *Jyske Finans*, 6 april 2017.

¹⁷ EHRM (*Grand Chamber*), *Big Brother Watch en anderen v. de Verenigd Koninkrijk*, nr. 58170/13, 62322/14 en 24960/15, 25 mei 2021, par. 330. Zie ook: *Leander tegen Zweden*, 26 maart 1987, par. 48, EHRM, *Copland v. Verenigd Koninkrijk*, nr. 62617/00, 3 april 2007, par. 43-44; EHRM, *Amann tegen Zwitserland*, nr. 27798/95,

16 februari 2000, par. 69; EHRM, *S. en Marper tegen Verenigd Koninkrijk*, nr. 30562/04 en 30566/04. 4 december 2008, par. 67, par 121.

¹⁸ *Supranoot* 13, p. 10.

bestrijden.¹⁹ Ook de Nederlandse overheid overweegt een uitzondering te creëren voor het verwerken van gevoelige gegevens, in aanvulling op de bestaande uitzonderingsgronden in de AVG en UAVG.²⁰ De Europese Commissie heeft daarnaast onlangs het AI-voorstel gepresenteerd, met mogelijk een nieuwe uitzondering voor het verwerken van etnische gegevens (zie paragraaf 4).²¹ De vraag die hierbij rijst is of een dergelijke uitzondering gewenst is. Deze vraag, en de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, registratie van etnische gegevens kan bijdragen aan het effectief bestrijden van discriminatie, zullen in de conferentie nader worden besproken.

3.1. Uitzonderingsgronden etnische dataregistratie in Europese wetgeving

Voor het verwerken van gevoelige gegevens gelden in de AVG striktere regels dan voor 'gewone' persoonsgegevens. Het uitgangspunt is dat gevoelige gegevens niet mogen worden verwerkt (artikel 9 lid 1 AVG), *tenzij* een specifieke uitzondering van toepassing is. Artikel 9 lid 2 AVG bevat tien uitzonderingen genoemd op de verwerking van gevoelige gegevens zoals gegevens die betrekking hebben op ras of etniciteit:

- a) Iemand heeft uitdrukkelijk toestemming gegeven voor de verwerking van zijn/haar persoonsgegevens.
- b) De verwerking is noodzakelijk om verplichtingen uit te voeren of specifieke rechten uit te oefenen van de betrokken persoon. Dit geldt op het gebied van het arbeidsrecht, socialezekerheidsrecht en sociale beschermingsrecht.
- c) De verwerking is noodzakelijk om de vitale belangen van de betrokken persoon of van een andere natuurlijke persoon te beschermen. Dit geldt alleen als diegene fysiek of juridisch niet zijn/haar toestemming kan geven.
- d) De verwerking wordt verricht door een stichting, een vereniging of een andere instantie zonder winstoogmerk die op politiek, levensbeschouwelijk, godsdienstig of vakbondsgebied werkzaam is, in het kader van haar gerechtvaardigde activiteiten en met passende waarborgen.
- e) De verwerking heeft betrekking op persoonsgegevens die kennelijk door de betrokkene openbaar zijn gemaakt.
- f) De verwerking is noodzakelijk voor de instelling, uitoefening of onderbouwing van een rechtsvordering of wanneer gerechten handelen in het kader van hun rechtsbevoegdheid.
- g) De verwerking is noodzakelijk voor een zwaarwegend algemeen belang.
- h) De verwerking is noodzakelijk voor doeleinden van preventieve of (arbeids)geneeskundige aard, zoals het beoordelen van arbeidsgeschiktheid en/of het verstrekken van gezondheidszorg.

¹⁹ Zie in deze context: UK Data Protection Act 2018, Schema 1 Deel 2 https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/schedule/1/part/2/crossheading/gelijkheid_van_kansen_of_behandeling. Zie ICO website, ICO (n 60). Zie ook Open Data Instituut, 'Monitoring Gelijkheid in digitale overheidsdiensten' (2020) 17 < https://theodi.org/wp-content/uploads/2020/01/OPEN-ODI-2020-01_Monitoring-Equality-in-Digital-Public-Services-report.pdf>. Zie ook supranoot 12.

²⁰ Zie antwoord op vraag 12 van <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-26643-727.html> en par. 2.2 van <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-26643-726.html>. Zie pag. 3, laatste alinea van <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/12/04/tk-reactie-opmededelingen-europese-commissie-over-de-avg>.

²¹ Voorstel van de Europese Commissie voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad vaststelling van geharmoniseerde regels inzake kunstmatige intelligentie (Wet op de Artificiële Intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie. COM/2021/206 definitief. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>.

- i) De verwerking is noodzakelijk voor de volksgezondheid.
- j) De verwerking is noodzakelijk voor archivering in het algemeen belang, wetenschappelijk/historisch onderzoek of statistische doeleinden.

Uit het voorgaande blijkt dat uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene één van de uitzonderingen is die het verbod op verwerking van gevoelige gegevens kunnen doorbreken. Voor toestemming is vereist dat de betrokkene helder wordt geïnformeerd waarvoor (voor welke doeleinden) hij toestemming verleent en vrij is in het al dan niet verlenen van toestemming en dat de toestemming ondubbelzinnig is (verleend door middel van een actieve handeling, dat wil zeggen geen stilzwijgende instemming, vooraf aangevinkte vakjes of *opt-outs*).²² Daarnaast moet de betrokkene de mogelijkheid worden geboden om zijn toestemming op elk gewenst moment in te trekken, hetgeen net zo makkelijk moet zijn als het verlenen van toestemming.²³ Bovendien moet de verantwoordelijke (achteraf) kunnen aantonen dat rechtsgeldige toestemming is verkregen.²⁴ In aanvulling op deze regels rondom 'gewone' toestemming, is voor uitdrukkelijke toestemming nodig dat de betrokkene een uitdrukkelijke verklaring van toestemming geeft, bijvoorbeeld door middel van een schriftelijke verklaring of het invullen van een elektronisch formulier.²⁵ De vereisten voor het verkrijgen van uitdrukkelijke toestemming voor het verwerken van gevoelige gegevens zijn dus zwaar.

3.2. Gegevensbescherming in Nederland en uitzonderingen in Nederlandse wetgeving

Het Europese recht inzake gegevensbescherming wordt voor Nederland – de lidstaat waarop deze conferentie zich richt– op nationaal niveau verder ingevuld. Dit nationale kader wordt hieronder besproken.

In Nederland gelden de algemene regels van de AVG die in de voorgaande paragraaf zijn besproken. Ter uitvoering van de AVG is in Nederland de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: UAVG) opgesteld.²⁶ De uitzondering in artikel 9 lid 2 (g) van de AVG die het verwerken van etnische persoonsgegevens om redenen van zwaarwegend algemeen belang mogelijk maakt, is in Nederland nader uitgewerkt in artikel 25 UAVG.

Artikel 25 (b) UAVG staat specifiek toe dat etnische gegevens worden verwerkt in het kader van voorkeursbeleid ten aanzien van bepaalde minderheidsgroepen. Op grond van deze uitzondering is het toegestaan etnische gegevens te verwerken met als doel personen van een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep een bevoorrechte positie toe te kennen, om feitelijke nadelen die verband houden met ras of etnische afkomst, op te heffen of te verminderen.²⁷ Hieronder valt bijvoorbeeld de verwerking door scholen van gegevens met het oog op het verkrijgen van extra financiële middelen om onderwijsachterstanden van onder andere bi-culturele leerlingen weg te nemen.²⁸

²² Artikel 4(11) en overweging 32 AVG.

²³ Artikel 7(3) AVG.

²⁴ Artikel 7(1) AVG.

²⁵ EDPB, Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679.

²⁶ Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming, beschikbaar via <https://wetten.overheid.nl/BWBR0040940/2018-05-25>.

²⁷ De wet formuleert nog een paar extra voorwaarden die we hier niet bespreken.

²⁸ Supranoot 26.

3.3. Voorbeelden van registratie van etnische gegevens op lokaal en nationaal niveau

Etniciteit 'risicjongeren'

Er is eerder, in de context van de aanpak van risicjongeren, gediscussieerd over de vraag wanneer etnische registratie gerechtvaardigd is. Zo werd in Nederland de deelgemeente Charlois in Rotterdam in 2012 door de rechtbank op de vingers getikt voor het registreren van de afkomst van 'risicjongeren' in een databank. Sinds 2002 categoriseerde de deelgemeente risicjongeren (tot 24 jaar) op basis van hun afkomst. Het doel hiervan was het verminderen van de achterstand van de betreffende jongeren. Na een procedure bij de gegevensbeschermingstoezichthouder, oordeelde de rechter dat registratie van de afkomst van de betrokken jongeren niet noodzakelijk was voor de verwezenlijking van het voorkeursbeleid en dat de gemeente wellicht met minder (voor de privacy van de jongeren) bezwarende maatregelen hetzelfde doel had kunnen bereiken.²⁹ Hoewel deze uitspraak is gedaan op basis van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp), de voorganger van de AVG, laat zij zien dat de uitzonderingen voor het verwerken van etnische gegevens strikt moeten worden geïnterpreteerd.

Verwijs Index Antillianen

Met de Verwijs Index Antillianen (hierna: VIA) wilde de Nederlandse regering een landelijk bestand van persoonsgegevens opzetten, met het oog op een meer gerichte aanpak van Antilliaans-Nederlandse risicjongeren. De Raad van State achtte dit doel legitiem omdat naar zijn oordeel aannemelijk was gemaakt dat de problemen van Antilliaanse risicjongeren ernstiger waren dan die van andere risicogroepen.³⁰ Brouwer en Houtzager hebben op deze uitspraak kritiek geleverd.³¹ Met een verwijzing naar de jurisprudentie van het EHRM en het discriminatieverbod in artikel 14 EVRM, betogen Brouwer en Houtzager dat registratie naar etniciteit altijd verboden is en daarvoor dus geen rechtvaardiging mogelijk is indien etniciteit, zoals bij de VIA het geval was, het doorslaggevend criterium is voor deze registratie. Ook uit artikel 1(4) IVUR volgt dat registratie die niet is gericht op het wegnemen of verminderen van een achterstand, maar op het terugdringen van overlast, niet is toegestaan.³² De Nederlandse regering heeft de plannen voor een VIA eind december 2008 ingetrokken.³³

4. Verbod van discriminatie op basis van ras en etnische afkomst

Volgens artikel 1(1) van het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van Rassendiscriminatie (hierna: IVUR)³⁴ betekent onderscheid op grond van ras het volgende: 'elke vorm van onderscheid, uitsluiting, beperking of voorkeur op grond van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming die ten doel heeft de erkenning, het genot of de uitoefening, op voet van gelijkheid, van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

²⁹ Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BW5513. Zie ook Wet gemeentelijke antidiscriminatie voorzieningen, 25 juni 2009, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0026168/2020-01-01>.

³⁰ ABRS 3 september 2008 (VIA), m.nt Groenendijk, in: T.E. van Dijk e.a. (red.), *Uitsprakenbundel Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag: Sdu 2009, p. 407-415.

³¹ Brouwer, E. R., & Houtzager, D. (2009). De Verwijsindex Antillianen. Registratie naar etniciteit en een (te) beperkte uitleg van het discriminatieverbod door de Afdeling bestuursrechtspraak. *Nederlands juristenblad*, 5 (2009), 202-208; zie ook supranoot 3, p. 611.

³² Supranoot 32.

³³ Toenmalig minister Vogelaar maakte op 10 november 2008 bekend dat ze de VIA zou stopzetten, zie *Handelingen II 2008/09*, 26 283, nr. 46 en 47. Meteen daarna volgde haar ontslag. Vlak voor het kerstreces besloot het kabinet dat er toch geen VIA zou komen, 19 december 2008, *Kamerstukken II 2008/09*, 26 283, nr. 49, p. 3.

³⁴ Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie New York, 7 maart 1966 (*Trb.* 1966, 237; Nederlandse vertaling: *Tb.* 1967, 48).

op politiek, economisch, sociaal of cultureel gebied, of op andere terreinen van het openbare leven, teniet te doen of aan te tasten, dan wel de tenietdoening of aantasting daarvan ten gevolge heeft.' Etniciteit valt derhalve onder het ruime begrip 'ras' uit het IVUR en het maken van onderscheid op grond van etniciteit moet worden getoetst aan het verbod van rassendiscriminatie.

Het recht op non-discriminatie op grond van ras en etnische afkomst is een mensenrecht en wordt beschermd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in artikel 14, het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie in artikelen 1-7³⁵, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten in artikelen 2 en 26³⁶, en het EU Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in artikel 21.³⁷ In Nederland wordt het recht op non-discriminatie op basis van ras en etnische afkomst beschermd in artikel 1 van de Grondwet. Daarnaast biedt de Algemene wet gelijke behandeling (AWBG) bescherming aan mensen die gediscrimineerd worden op o.a. ras en afkomst.

EU-wetgeving verbiedt directe en indirecte discriminatie op grond van etniciteit en ras. De EU Richtlijn tegen rassendiscriminatie (Richtlijn 2000/43) stelt in artikel 2 dat 'het beginsel van gelijke behandeling inhoudt dat er geen directe of indirecte discriminatie op grond van ras of etnische afkomst kan zijn.'³⁸ De Richtlijn rassengelijkheid omschrijft directe discriminatie als volgt: 'Van directe discriminatie is sprake wanneer een persoon ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld op grond van ras of etnische afstamming'.³⁹ Er zijn uitzonderingen op dit verbod. De Richtlijn rassengelijkheid staat een verschil in behandeling op basis van etnische kenmerken bijvoorbeeld toe als die kenmerken overeenkomen met 'wezenlijk een bepalend beroepsvereiste'.⁴⁰ Een voorbeeld dat wordt aangehaald door Ellis en Watson is de keuze voor een zwarte acteur om de rol van Othello te spelen.⁴¹

Indirecte discriminatie vindt volgens artikel 2 (2) (b) van de Richtlijn rassengelijkheid plaats: "Wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald ras of een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn."⁴²

Indirecte discriminatie op basis van etnische afkomst is uitsluitend toegestaan als er een objectieve rechtvaardiging voor bestaat. De mogelijkheid tot rechtvaardiging maakt deel uit van de definitie van indirecte discriminatie: "tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze

³⁵ Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie in artikelen 1-7 (1965, beschikbaar via <https://wetten.overheid.nl/BWBV0002911/1972-01-09>).

³⁶ Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, beschikbaar via <https://wetten.overheid.nl/BWBV0001017/1979-03-11>

³⁷ Supranoot 11.

³⁸ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad tot uitvoering van het Beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht raciale of etnische afkomst, 2000 PB L 180/22.

³⁹ Artikel 2 (2) (a) Richtlijn 2000/43/EG. s

⁴⁰ Artikel 4 Richtlijn 2000/43/EG.

⁴¹ E. Ellis and P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford University Press 2012), p. 382. Zie ook in deze context supranoot 12, p. 4.

⁴² Artikel 2(2) (b) Richtlijn 2000/43/EG.

objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn”.⁴³

Hoe past etnische registratie in het anti-discriminatierecht?

Etnische registratie kan nodig zijn om het ongelijke effect van bepaalde maatregelen of beleid op etnische of geracialiseerde minderheidsgroepen zichtbaar te maken en daarmee een bewijsvermoeden van indirect onderscheid te leveren. Om erachter te komen of een maatregel indirect onderscheid maakt op grond van ras of etniciteit is het van belang om gegevens te verzamelen over de samenstelling van de groep die erdoor wordt geraakt, inclusief welke kenmerken de mensen in die groep hebben. Een goed voorbeeld is het vorig jaar uitgekomen vooronderzoek van het College voor de Rechten van de Mens, waaruit blijkt dat mensen met een migratieachtergrond vaker dan anderen van fraude werden verdacht door de Belastingdienst/Toeslagen.⁴⁴ Het College voor de Rechten van de Mens maakt in dit onderzoek gebruik van nationaliteitsgegevens uit de BRP om de afkomst van de betrokkenen te bepalen. Zonder die gegevens was het niet mogelijk geweest om de ongelijke effecten van de fraudeaanpak met cijfers aan te tonen.

5. Gebruik van AI-systemen t.b.v. etnische dataregistratie

In het verlengde van het huidige gegevensbeschermingsrecht en anti-discriminatierecht, roept het EU-voorstel voor een Wet op de Artificiële Intelligentie vragen op over etnische registratie. Het AI-voorstel moet ervoor zorgen dat AI-systemen die in de EU worden verkocht en gebruikt, veilig zijn en mensenrechten respecteren. AI-systemen kunnen discriminerende effecten hebben wanneer ze worden gebruikt voor besluitvorming over mensen. Stel dat een organisatie bijvoorbeeld kandidaten voor een vacature selecteert met behulp van AI, dan zou het AI-systeem sollicitaties van mensen met een bepaalde afkomst kunnen afwijzen, terwijl de organisatie niet bewust voor dergelijk onderscheid heeft gekozen. Om te beoordelen of het AI-systeem mensen met een bepaalde afkomst discrimineert, moet de organisatie de etniciteit van haar sollicitanten kennen. Zoals uit sectie 3 is gebleken, verbiedt de AVG het verwerken van etnische gegevens. Dat betekent in de praktijk dat de organisatie de etniciteit van de sollicitanten niet mag registreren of afleiden uit andere gegevens.⁴⁵ Uitdrukkelijke toestemming kan het verbod op de verwerking van etnische gegevens in dit geval niet doorbreken, omdat de toestemming waarschijnlijk niet vrijelijk wordt gegeven en daarmee ongeldig zou zijn. Sollicitanten zouden zich gedwongen kunnen voelen om toestemming te geven aan de organisatie waar ze solliciteren, omdat ze kans willen maken op de baan.

Aangezien de huidige wetgeving weinig ruimte laat voor het controleren of AI-systemen discrimineren, bevat het AI-voorstel een bepaling die organisaties in staat stelt om gevoelige gegevens te gebruiken voor de audit van hun AI-systemen. De voorgestelde uitzondering is als volgt geformuleerd in artikel 10(5) van het AI-voorstel:⁴⁶

⁴³ Artikel 2(2) (b) Richtlijn 2000/43/EG.

⁴⁴ College voor de Rechten van de Mens, 'Vooronderzoek naar de vermeende discriminerende effecten van de werkwijzen van de Belastingdienst/Toeslagen' (2022), beschikbaar via <https://publicaties.mensenrechten.nl/publicatie/a356efac-8752-4843-a86c-665bb0a98667>.

⁴⁵ Supranoot 13, p. 2.

⁴⁶ Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), beschikbaar via https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html.

“To the extent that it is strictly necessary for the purposes of ensuring negative bias detection and correction in relation to the high-risk AI systems, the providers of such systems may exceptionally process special categories of personal data referred to in Article 9(1) of Regulation (EU) 2016/679, Article 10 of Directive (EU) 2016/680 and Article 10(1) of Regulation (EU) 2018/1725, subject to appropriate safeguards for the fundamental rights and freedoms of natural persons, including technical limitations on the re-use and use of state-of-the-art security and privacy-preserving. In particular, all the following conditions shall apply in order for this processing to occur:

- a) the bias detection and correction cannot be effectively fulfilled by processing synthetic or anonymised data;*
- b) the data are pseudonymised;*
- c) the provider takes appropriate technical and organisational measures to ensure that the data processed for the purpose of this paragraph are secured, protected, subject to suitable safeguards and only authorised persons have access to those data with appropriate confidentiality obligations;*
- d) the data processed for the purpose of this paragraph are not to be transmitted, transferred or otherwise accessed by other parties;*
- e) the data processed for the purpose of this paragraph are protected by means of appropriate technical and organisational measures and deleted once the bias has been corrected or the personal data has reached the end of its retention period;*
- f) effective and appropriate measures are in place to ensure availability, security and resilience of processing systems and services against technical or physical incidents;*
- g) effective and appropriate measures are in place to ensure physical security of locations where the data are stored and processed, internal IT and IT security governance and management, certification of processes and products;*

Providers having recourse to this provision shall draw up documentation explaining why the processing of special categories of personal data was necessary to detect and correct biases.”⁴⁷

De bovenstaande bepaling maakt duidelijk dat het verwerken van gevoelige gegevens is beperkt tot specifieke, uitzonderlijke gevallen. Op die manier is geprobeerd te voorkomen dat organisaties de bepaling kunnen misbruiken om gevoelige gegevens te verwerken in onnodige situaties. De volgende elementen in de bepaling zorgen ervoor dat de regel nauw is geformuleerd:

- 1) Het verwerken van gevoelige gegevens moet "strikt noodzakelijk" zijn.
- 2) Gevoelige gegevens mogen alleen worden verwerkt om "negatieve vertekeningen" op te sporen in "AI-systemen met een hoog risico". Het AI-voorstel classificeert in artikel 6 twee soorten AI-systemen als hoog risico: AI-systemen in producten die al onder bepaalde EU-wetgeving inzake gezondheids- en veiligheidsharmonisatie vallen (zoals speelgoed, machines, liften of medische hulpmiddelen) en AI-systemen gespecificeerd in een bijlage van het AI-voorstel. Gevoelige gegevens kunnen dus bijvoorbeeld niet worden verwerkt om discriminatie op te sporen in AI-systemen die werkgevers gebruiken om kandidaten voor een vacature te selecteren.

Daarnaast stelt de bepaling in artikel 10(5) van het AI-voorstel ook nog dat gevoelige gegevens alleen mogen worden verwerkt "mits passende waarborgen worden geboden voor de

⁴⁷ Supranoot 46.

grondrechten en fundamentele vrijheden van natuurlijke personen" en indien aan een lange lijst voorwaarden is voldaan.

Sommige elementen in de uitzondering in het AI-voorstel zijn controversieel, met name ook ten aanzien van de verzameling en verwerking van etnische gegevens, stellen van Bekkum en Zuiderveen Borgesius.⁴⁸ Zo laat de voorgestelde uitzondering onduidelijk wie bepaalt welke "passende waarborgen" geboden moeten worden. Met de huidige tekst lijkt die verantwoordelijkheid bij de aanbieder van het AI-systeem zelf te liggen.⁴⁹

6. Conclusie

In deze notitie is de wetgeving met betrekking tot etnische registratie in de EU en in de Nederlandse rechtsorde beknopt uiteengezet. Het recht op non-discriminatie op basis van ras en etnische afkomst, het recht op privacy en het recht op bescherming van persoonsgegevens zijn grondrechten in de EU. Etnische persoonsgegevens zijn te kwalificeren als gevoelige gegevens onder de AVG. Ter uitvoering van de AVG is in Nederland de UAVG opgesteld. In Nederland is het verwerken van etnische persoonsgegevens in beginsel verboden. Deze achtergrondnotitie heeft geïllustreerd dat voor het verwerken van gevoelige gegevens striktere regels gelden dan voor 'gewone' persoonsgegevens. Het uitgangspunt is dat gevoelige gegevens niet mogen worden verwerkt, tenzij een specifieke uitzondering van toepassing is die is neergelegd in de AVG (artikel 9 lid 2 a t/m j). Tot nu toe zijn er echter nog weinig richtlijnen beschikbaar voor het verwerken van etnische gegevens in overeenstemming met de EU-regels voor gegevensbescherming. Daarnaast bestaan er in zowel het academische- en beleidsveld verschillende opvattingen over de wenselijkheid van zulke registratie.

Dit alles vormt de aanleiding voor onze conferentie '*Etnische dataregistratie: wat zijn de effecten voor discriminatie?*', die op vrijdag 20 oktober 2023 zal plaatsvinden in Amersfoort, congrescentrum de Eenhoorn. Aan de hand van de bevindingen van deze conferentie zal een definitieve notitie in het Engels worden opgesteld die de basis zal vormen voor een nog te plannen conferentie in Brussel, het hart van de EU.

⁴⁸ Supranoot 13, p. 12. Zie ook de recente notitie van de Commissie Meijers met betrekking tot het AI-voorstel; Commissie Meijers, Reaction of the Meijers Committee on the amended proposal for an AI regulation (2023), beschikbaar via <https://www.commissie-meijers.nl/comment/reaction-of-the-meijers-committee-on-the-amended-proposal-for-an-ai-regulation/>.

⁴⁹ Supranoot 13, p. 12.