



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Onderscheid naar ras bij Mobiel Toezicht Veiligheid verboden

Rodrigues, P.R.

Citation

Rodrigues, P. R. (2023). Onderscheid naar ras bij Mobiel Toezicht Veiligheid verboden. *Crimmigration & Recht*, 7(1), 50-55.
doi:10.5553/CenR/254292482023007001005

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3674444>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

JURISPRUDENTIE

Annotatie lang

Onderscheid naar ras bij Mobiel Toezicht Veiligheid verboden

Peter Rodrigues

1. Inleiding

Het hof Den Haag heeft 14 februari 2023 uitspraak gedaan in de zaak over etnisch profileren door de Koninklijke Marechaussee (KMar) bij het toepassen van het Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV).¹ Het hof acht het onderscheid naar ras of etniciteit dat daarbij gemaakt wordt onrechtmatig. De Staat wordt verboden selectiebeslissingen bij het MTV te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras. Het is een duidelijke uitspraak die in schril contrast staat met wat de rechtbank daarover eerder oordeelde.² De procedure is aangespannen door Amnesty International, Control Alt Delete, NJCM, Radar Rotterdam en twee individuele eisers tegen de Nederlandse Staat. Inzet van het geding is dat de KMar bij controles na grensoverschrijding een selectie toepast waarbij ras in de zin van etniciteit of ook huidskleur als criterium wordt toegepast. De individuele eisers hebben deze vorm van controle als discriminerend ervaren en stellen samen met de genoemde belangenorganisaties dat het gebruik van dit criterium bij de selectie van wie wordt onderworpen aan MTV-controle rassendiscriminatie oplevert.

2. Voorgeschiedenis

Nog even kort de belangrijkste overwegingen van de rechtbank. Etnische uiterlijke kenmerken hóeven niet, maar kúnnen volgens de rechtbank wel een objectieve aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit. Het gebruik van etniciteit als selectie-indicator gaat volgens de rechtbank niet verder dan redelijkerwijs nodig is, omdat het altijd in samenhang met andere kenmerken wordt toegepast (zoals leeftijd, reisgezelschap, reisroute of vluchtgegevens). Louter steekproefsgewijze controles zouden de effectiviteit van het MTV sterk verminderen, omdat dan niet gericht genoeg kan worden opgetreden. Gegeven de aard en het doel van het MTV

1 Hof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173.

2 Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283. Die uitspraak werd in dit tijdschrift aan een kritisch commentaar onderworpen: P.R. Rodrigues, 'Rechtbank Den Haag oordeelt gebruik etniciteit bij vreemdelingtoezicht toelaatbaar', *Crimmigratie & Recht* 2021, nr. 2, p. 180-184.

is van een redelijk alternatief voor gerichte selectiebeslissingen niet gebleken. Het vonnis heeft tot de nodige kritische reacties geleid.³

MTV is vreemdelingtoezicht ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding, waarbij personen staande kunnen worden gehouden om hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie vast te stellen.⁴ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in 2012 bepaald dat het MTV geen verkapte vorm van permanente grenscontrole mag zijn.⁵ Het doel van het MTV is niet alleen het bestrijden van illegaal verblijf, maar ook het tegengaan van daaraan gerelateerde vormen van grensoverschrijdende criminaliteit.⁶ Te denken valt aan mensensmokkel of -handel. Uit sociaalwetenschappelijk onderzoek is gebleken dat de KMar gebruik maakt van risicoprofielen om personen of voertuigen staande te houden, waarbij etniciteit onderdeel uitmaakt van het toegepaste profiel.⁷ Bij deze vorm van controle spelen twee problemen. Het laat de uitvoeringsambtenaren veel discretionaire ruimte om te beslissen al dan niet tot actie over te gaan en daardoor is het lastig voor burgers van kleur om de ervaren discriminatie daadwerkelijk hard te maken. De combinatie van wetenschappelijk onderzoek en het collectief actierecht voor de rechter blijken deze barrières te slechten.

3. Het hof

3.1 *Het toetsingskader*

Het hof heeft in een helder en zorgvuldig opgebouwd arrest de vordering van eisers tot een verbod van etnisch profileren toegewezen. Daartoe toetst het hof aan het discriminatieverbod van artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Deze bepaling sluit aan bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 14 EVRM.⁸ Op basis van deze jurisprudentie komt het hof tot het volgende toetsingskader. Nadat ongelijke behandeling op grond van ras is vastgesteld, bestaat die toets uit de vragen of het doel van het onderscheid gerechtvaardigd is en, zo ja, of de middelen om dat doel te bereiken geschikt en noodzakelijk zijn.⁹ Indien ras in de zin van etniciteit of ook huidskleur bij het onderscheid een rol heeft gespeeld, dan kan het onderscheid alleen objectief gerechtvaardigd worden indien er zeer zwaarwegende redenen worden aangevoerd (*very weighty reasons*). Maar als ras alleen de

3 Zie bijvoorbeeld Ashley Terlouw, 'Controle op grond van huidskleur', *Ars Aequi* mei 2022, p. 380-383 en Evelien Brouwer, 'Selectie aan de grens: over etnische profilering en het recht op non-discriminatie', *Tijdschrift voor Criminologie* 2022 (64) 3, p. 280-304.

4 Art. 50 lid 1 Vw.

5 HvJ EU 19 juli 2012, C-278/12 PPU (Adil), ECLI:EU:C:2012:508, JV 2012/335.

6 *Kamerstukken II* 2011/12, 19637, nr. 1393; *Kamerstukken II* 2011/12, 19637, nr. 1485; *Kamerstukken II* 2010/11, 32317, nr. 68.

7 M.A.H. van der Woude, J. Brouwer & T.J.M. Dekkers, *Beslissen in grensgebieden*, Den Haag: Boom criminologie 2016.

8 Dit discriminatieverbod is gebonden aan de rechten genoemd in het EVRM, terwijl op grond van art. 1 Twaalfde Protocol direct aan het verbod kan worden getoetst.

9 R.o. 8.4.

Peter Rodrigues

reden voor het onderscheid is of een doorslaggevende factor is geweest, dan is er geen objectieve rechtvaardiging mogelijk (*exclusively or to a decisive extent*). Op deze wijze past het hof de jurisprudentie van het EHRM toe op de procedure tegen de KMar.¹⁰ Aangezien de Staat betoogt dat de selectie op (mede) ras alleen gebeurt als dat noodzakelijk is, impliceert dit dat het criterium dus kennelijk beslissend is. Dan kan dit onderscheid dus niet gerechtvaardigd worden. Ook niet als er tevens andere criteria zijn gehanteerd.¹¹

3.2 *Het EHRM*

Als de ene passagier op de luchthaven wel en de andere niet gecontroleerd wordt, kunnen daar allerlei redenen voor zijn. Indien daarbij onderscheid naar huidskleur wordt gemaakt, is dat alleen toegestaan als wordt voldaan aan de uiterste strenge toets naar de vraag of er zeer zwaarwegende redenen aangevoerd zijn. Maar in de zaak tegen de KMar heeft de Staat aangegeven dat het onderscheid naar ras wordt gemaakt en ook aangegeven dat dit onderscheid noodzakelijk is om het doel – kort gezegd migratiecontrole – te verwezenlijken. Meestal wordt niet met zoveel woorden erkend dat een profiel wordt gebruikt waarin ras een (mogelijk) selectiecriterium is. In de praktijk is het dan heel lastig om aan te tonen dat ras een rol heeft gespeeld. Dat blijkt bijvoorbeeld in de zaak *Muhammad tegen Spanje* van het EHRM.¹² Daarin wordt geoordeeld dat het door de politie ervaren provocatief gedrag de straatcontrole zou hebben gerechtvaardigd. Interessant, omdat op dezelfde dag een andere zaak over etnisch profileren door het EHRM is gewezen waarin wel wordt aangenomen dat er sprake was van rassendiscriminatie door de Duitse politie bij een treincontrole.¹³ Hieruit blijkt maar weer dat uit de feiten het recht volgt en hoe belangrijk het is om alle feiten zorgvuldig vast te stellen in een discriminatiezaak. Indien ras het enige selectiecriterium is geweest of in beslissende mate, dan is er echter geen rechtvaardiging meer mogelijk. Het hof beroep zich hierbij onder meer op het baanbrekende arrest *Timishev tegen Rusland* van het EHRM.¹⁴ In deze uitspraak stelde het EHRM dat:

‘The Government did not offer any justification for the difference in treatment between persons of Chechen and non-Chechen ethnic origin in the enjoyment of their right to liberty of movement. In any event, the Court considers that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures.’

10 R.o. 8.5-8.7.

11 R.o. 8.20.

12 EHRM 18 oktober 2022, nr. 34085/17.

13 EHRM 18 oktober 2022, nr. 215/19 (*Basu t. Duitsland*).

14 EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, par. 58.

Deze uitspraak dateert van 2005 en betrof controle ter voorkoming van terrorisme. Het EHRM heeft deze overweging daarna enkele malen herhaald en het wordt nog steeds als vaste rechtspraak over rassendiscriminatie beschouwd.¹⁵

3.3 *Beslissend of niet*

Wanneer is het gebruik van het criterium huidskleur of etniciteit beslissend? De Staat betoogt dat meerdere criteria worden gebruikt en dus niet per se ras doorslaggevend hoeft te zijn. Uit de voorbeelden die de Staat heeft gegeven, blijkt echter dat ras juist wel beslissend is om tot actie over te gaan. Het hof leest die voorbeelden zo, dat zonder de etnische kenmerken niet tot controle zou zijn overgegaan. Daarmee komt aan de Staat geen objectieve rechtvaardigingsgrond toe.¹⁶ Het hof onderzoekt in een overweging ten overvloede, indien het onderscheid niet beslissend was geweest, of de Staat dan wel een objectieve rechtvaardiging zou kunnen aanvoeren. Dat is volgens het hof niet het geval en het overweegt daarbij:¹⁷

‘De Staat heeft echter niet aangetoond of aannemelijk gemaakt dát ras of etniciteit iets zeggen of kunnen zeggen over nationaliteit of herkomst. Amnesty c.s. voeren in dit verband terecht aan dat nationaliteit een juridische categorie is die in beginsel niet kan worden afgeleid uit aan ras of etniciteit ontleende uiterlijke kenmerken. ‘Herkomst’ is een te vaag en door de Staat niet gedefinieerd begrip. De Staat heeft evenmin uitgelegd, laat staan aan de hand van al dan niet wetenschappelijk bewijsmateriaal onderbouwd, waarom de enkele mogelijkheid dat ras of etniciteit iets over herkomst of nationaliteit zeggen, maakt dat een dergelijk selectiecriterium een voldoende geschikt en proportioneel middel is om illegaal verblijf tegen te gaan.’

Er was terecht veel kritiek op het vonnis van de rechtbank die wel aannam dat ras of etniciteit iets kan zeggen over nationaliteit of herkomst. Wat precies met herkomst wordt bedoeld, is ook mij onduidelijk. Is het herkomstland of nationale herkomst als element van de definitie van ras in artikel 1 van het Internationaal Verdrag ter Uitbanning van alle Vormen van Rassendiscriminatie (IVUR)? Het blijft gissen. Uit het feit dat onderscheid op grond van ras of etniciteit niet geschikt is als indicator van nationaliteit of herkomst, blijkt volgens het hof dat dit onderscheid ook niet noodzakelijk kán zijn voor een effectief toezicht op illegaal verblijf na grensovergang.

3.4 *Hoge Raad*

Interessant is het arrest ook vanwege een uitspraak van de Hoge Raad uit 2016 over de zogenoemde dynamische verkeerscontrole.¹⁸ De dynamiek is dat de Wegenverkeerswet mede mag worden gebruikt voor verdere controles. Aanleiding voor het stoppen van de auto was mede de etniciteit van bestuurder en bijrijder – ‘Hin-

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

16 R.o. 8.18.

17 R.o. 8.21.

18 HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454.

Peter Rodrigues

doestaans/Surinaamse man en Oost-Europees type' – in een dure auto. De Hoge Raad lijkt van mening dat niet uitsluitend of in overwegende mate op ras of etniciteit is geselecteerd vanwege de omstandigheden dat het autoverhuurbedrijf vaak aan criminelen verhuurt en dat het een dure auto betrof voor de wijk waar hij reed.¹⁹ Maar een beetje onderscheid naar ras is ook discriminatie. Het is daarom goed te zien dat het Haagse hof de jurisprudentie van het EHRM strikt uitlegt. Het hof concludeert dat als het criterium ras bijdraagt aan de selectie die leidt tot de uitgevoerde controle, er sprake is van rassendiscriminatie.

3.5 Impact

Het hof concludeert dat het maken van onderscheid op basis van ras of etniciteit zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging een bijzonder ernstige vorm van discriminatie is.²⁰ In lijn met de overwegingen van het EHRM zegt het Hof daarover het volgende:

'Een dergelijke vorm van [rassen]discriminatie²¹ leidt tot stigmatisering en gevoelens van pijn en frustratie bij de op die grond geselecteerde personen, zoals uit de verklaringen van [appellant 1] en [appellant 2] ter zitting ook voldoende (en onweersproken) is gebleken. Bovendien heeft het beleid en optreden van de KMar een negatieve uitstraling op de maatschappij als geheel. Nederlanders met een andere dan een blanke huidskleur kunnen zich hierdoor niet geaccepteerd en tweederangs burger voelen.'

Hiermee heeft het hof recht gedaan aan de persoonlijke getuigenissen over de ervaren discriminatie. Bovendien dient de Staat wat (rassen)discriminatie betreft het goede voorbeeld te geven. Het hof verbiedt de Staat bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras.²² Maar reikt de uitspraak nog verder? In dat verband was de reactie van de korpsleiding van de Nationale politie op het arrest teleurstellend. Zij menen dat de uitspraak geen betrekking heeft op het proactief toezicht uitgevoerd door de politie en dat de eigen Handreiking uit 2017 voldoende beschermt tegen etnisch profileren.²³ Dat komt niet overeen met de praktijk van alledag²⁴ en het was beter geweest de uitspraak als een dwingende aanwijzing voor de eigen organisatie te beschouwen. Staatssecretaris Eric van der Burg (Justitie en Veiligheid) zei in de Tweede Kamer de KMar opdracht te hebben gegeven de discriminerende werkwijze te staken.²⁵ Deze uitspraak geldt natuurlijk niet alleen voor de marechaussee, maar ook voor andere onderdelen binnen de overheid als daar sprake zou zijn van etnisch

19 R.o. 3.12.3 en 3.7.

20 R.o. 8.24

21 Toevoeging Rodrigues.

22 R.o. 10.1.

23 'Korpsleiding voelt zich niet aangesproken door uitspraak Gerechtshof over etnisch profileren' NRC 15 februari 2023.

24 *Verkleurde beelden, Hoe moet de overheid omgaan met klachten over etnisch profileren*, Nationale ombudsman 30 maart 2021, rapportnummer 2021/030.

25 *Kamerstukken II 2022/23*, 30950 en 19637, nr. 328.

profilieren.²⁶ Wat dat betreft is het goed om nogmaals het belang van een integere overheid te benadrukken.²⁷

De staatssecretaris van Justitie en Veiligheid en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties hebben laten weten dat de Staat niet in cassatie gaat tegen de uitspraak van het hof (*Kamerstukken II*, 2022/23, 30950, nr. 349).

26 Zie ook Ashley Terlouw & Carolus Grütter, 'We staan er gekleurd op', *Nederlands Juristenblad* 24 maart 2023, afl. 11, p. 851-853.

27 P.R. Rodrigues, 'Criminaliteit en integriteit', redactioneel, *Crimmigrație & Recht* 2022, nr. 2, p. 95-96.