

Annotatie Lang

Rechtbank Den Haag oordeelt gebruik etniciteit bij vreemdelingentoezicht toelaatbaar

Peter Rodrigues

1. Inleiding

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is van oordeel dat het maken van onderscheid naar etniciteit alleen mag indien daarvoor zeer zwaarwegende redenen aangedragen worden.¹ Bij het uitoefenen van vreemdelingentoezicht is onderscheid dat uitsluitend of in overwegende mate op etniciteit berust volgens het EHRM verboden.² Laat deze rechtspraak nog ruimte voor het toepassen van etniciteit in risicoprofielen die de Koninklijke Marechaussee (KMar) hanteert bij Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV)? Het MTV is het vreemdelingentoezicht ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding, waarbij personen staande kunnen worden gehouden om hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie vast te stellen (art. 50 lid 1 Vw). 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 profiel.³ Rechtswetenschappers hebben betoogd dat een dergelijk onderscheid in strijd is met het discriminatieverbod.⁴ Nadat overleg met de KMar niet tot herziening van het profiel heeft geleid, spannen Amnesty International, NJCM, Stichting Radar, Controle Alt Delete en twee individuele eisers een bodemprocedure aan tegen de Staat. Op 22 september 2021 doet de rechtbank Den Haag uitspraak en oordeelt dat het gebruik van etniciteit in het risicoprofiel niet in strijd is met het discriminatieverbod.⁵

2. MTV-controles

Het MTV is onderdeel van het operationeel vreemdelingentoezicht en wordt uitgevoerd in een beperkt gebied rondom de binnengrenzen. Deze controles kunnen plaatsvinden op de (snel)wegen tussen Nederland en de omliggende landen, maar ook in de (inter)nationale treinen, op zogenoemde Schengenvluchten en op zee.

1 EHRM 24 mei 2006, nr. 57325/00 (*D.H. en anderen t. Tjechië*), EHRC 2006/43, m.nt. K. Henrard.

2 EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*) r.o. 58.

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

4 A.B. Terlouw, 'Gebruik van etniciteit in risicoprofielen Marechaussee is discriminatie', *NJB* 2020, afl. 12, p. 833-837; P.R. Rodrigues & M.A.H. van der Woude, 'Proactieve politiecontrole en onderscheid naar etniciteit of nationaliteit', *NJB* 2016, afl. 32, p. 2294-2302.

5 ECLI:NL:RBDHA:2021:10283.

Het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) heeft in 2012 bepaald dat het MTV geen verkapte vorm van permanente grenscontrole mag zijn.⁶ Het doel van het MTV is het bestrijden van illegaal verblijf na grensoverschrijding en het tegengaan van daaraan gerelateerde vormen van grensoverschrijdende criminaliteit.⁷ Om te waarborgen dat MTV-controles niet hetzelfde effect hebben als grenscontroles (aan de binnengrenzen) zijn deze controles gemaximeerd in aantal, frequentie en omvang. Zij vinden uitsluitend plaats op luchthavens bij aankomst van vluchten uit het Schengengebied en in treinen, binnen dertig minuten na het passeren van de grens met Duitsland of België of op wegen en vaarwegen, binnen twintig kilometer vanaf de grens met Duitsland of België. Het MTV is de nationaalrechtelijke invulling van artikel 23 van de Schengengrenscodex.⁸ De grondslag voor het MTV is gelegen in artikel 50 Vw jo. 4.17a en 4.17b Vreemdelingenbesluit (Vb). In artikel 4.17a lid 2 staat dat het MTV '(...) wordt uitgevoerd op basis van informatie of ervaringsgegevens over illegaal verblijf na grensoverschrijding'. Een nadere invulling van de aard van deze informatie of ervaringsregels ontbreekt en biedt de KMar de nodige discretionaire ruimte bij de uitoefening van deze bevoegdheid.

3. Het vonnis

De rechtbank maakt een onderscheid tussen de (risico)profielen die het resultaat zijn van een centrale analyse van beschikbare informatie en de profielen die gehanteerd worden in de selectiebeslissingen door de controlerende marechaussees. In de centrale profielen heeft de Staat volgens de rechtbank aangetoond dat er geen etniciteit als kenmerk wordt gebruikt. Ten aanzien van de selectiebeslissingen zijn partijen het erover eens dat hierbij etniciteit een van de indicatoren is. De vraag of er sprake is van discriminatie beantwoordt de rechtbank aan de hand van artikel 1 van Protocol nr. 12 bij het EVRM; dat ziet kort gezegd op een zelfstandige toepassing van het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM. Een verschil (onderscheid) in behandeling levert discriminatie op wanneer daarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardiging aanwezig is. Die rechtvaardiging is er niet wanneer dat onderscheid geen legitiem doel dient, of als het middel niet evenredig is aan dat doel. Het legitieme doel staat buiten twijfel van partijen en de vraag is vervolgens of het maken van dit onderscheid een met dit doel evenredig middel is. Dat wil zeggen dat het een geschikt en proportioneel middel moet zijn om het doel te bereiken. Het kunnen vaststellen van de nationaliteit of geografische herkomst van een persoon is voor de doeltreffendheid van het MTV volgens de rechtbank van zwaarwegend belang, omdat die bepalend kan zijn voor iemands verblijfsstatus. Etnische uiterlijke kenmerken hoeven niet, maar kunnen 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

6 HvJEU 19 juli 2012, C-278/12PPU (*Adil*), *JV* 2012/335.

7 *Kamerstukken II* 2011/12, 19 637, nr. 1393; *Kamerstukken II* 2011/12, 19 637, nr. 1485; *Kamerstukken II* 2010/11, 32 317, nr. 68.

8 Verordening (EU) 2016/399 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende een Uniecode voor de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscodex) 2016/399.

Peter Rodrigues

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 is van een redelijk alternatief voor gerichte selectiebeslissingen niet gebleken. Het gebrek aan effectiviteit van het gebruik van etniciteit baseren eisers op wetenschappelijke argumentatie in de context van criminaliteitsbestrijding en daar ziet het MTV volgens de rechtbank niet op. Hun vordering tot een algemeen verbod van het gebruik van etniciteit bij MTV wordt afgewezen.

4. Discriminatie

De toetsing of er in juridische zin sprake is van rassendiscriminatie vindt plaats aan de hand van artikel 1 Protocol 12 EVRM. Uit de gepubliceerde dagvaarding van eisers⁹ blijkt dat zij etnisch profileren niet louter beperken tot ongerechtvaardigd onderscheid naar ras in de zin van artikel 1 Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (IVUR),¹⁰ maar ook taal, religie en nationaliteit daaronder begrijpen.¹¹ De rechtbank meent de vordering op basis van de proceshouding van eisers te moeten beperken tot etniciteit. Zonder in deze discussie te treden, beperkt in mijn ogen de rechtbank ten onrechte het mogelijk verboden onderscheid tot direct onderscheid naar ras. Zo kan onderscheid naar nationaliteit indirect onderscheid naar ras opleveren. De Hoge Raad heeft beslist dat onderscheid naar het land van het kenteken van de staande gehouden auto zelfs indirect onderscheid naar nationaliteit of ras kan zijn.¹² Waarom dan niet ook getoetst aan onderscheid naar nationaliteit als die grond zo essentieel is voor het MTV? Bovendien stelt het EVRM dat voor een dergelijk onderscheid eveneens zwaarwegende redenen moeten worden aangedragen.¹³

Een andere kwestie is de uitleg van de regel dat onderscheid uitsluitend of in overwegende mate op de grond ras verboden is. Betekent dit dat als er maar voldoende andere factoren worden meegenomen, ras niet meer de enige of overwegende factor is? Ik meen dat dit een onjuiste uitleg van het arrest *Timishev* is.¹⁴ Voor de rechtvaardiging van onderscheid naar ras gelden zeer zwaarwegende redenen (very weighty reasons). Het gebruik van ras in een profiel leidt altijd tot verboden onderscheid, tenzij aangetoond kan worden dat deze factor een noodzakelijke rol speelt om de wettelijke taak naar behoren uit te kunnen voeren en dat niet met uitsluitend neutrale criteria kan worden volstaan. Hierbij denk ik bijvoorbeeld aan

9 www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/dagvaarding-collectieve-voordering-de%20Staat%20der%20Nederlanden%20%28Ministerie%20van%20Defensie%20en%20het%20Ministerie%20van%20Justitie%29.pdf.

10 Art. 1 lid 1 IVUR bepaalt dat onder ras mede begrepen dient te worden huidskleur, afkomst, nationale en etnische afstamming.

11 Eisers volgen hierin de definitie de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie.

12 HR 9 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1872 (*Moelander*).

13 EHRM 16 september 1996, nr. 17371/90 (*Gaygusuz t. Oostenrijk*) NJCM-Bulletin 1997, nr. 4, p. 461-474 m.nt. Groenendijk.

14 Zie voetnoot 2.

kentekenplaat, type auto en weggedrag. Van der Woude en ik hebben al eerder bevestigd dat indien het gebruik van ras in een profiel aan bovengenoemde criteria voldoet, het tevens tijdelijk dient te zijn, kenbaar en gebleken effectief.¹⁵ Ook die effectiviteit is bepaald niet evident. Uit het onderzoek *Beslissen in grensgevallen* blijkt dat vooral veel gekleurde Nederlanders werden staande gehouden op de terugweg naar hun vaderland.¹⁶ Een ander risico dat op de loer ligt, is dat bepaalde vooroordelen aan een etnisch profiel ten grondslag liggen. Het EHRM heeft in een zaak van een Roma geoordeeld dat daarmee verboden onderscheid wordt gemaakt.¹⁷

5. Unierecht

Een andere kanttekening is waarom alleen aan het EVRM is getoetst. Het MTV is net als vrijwel het gehele migratierecht onderdeel van het Unierecht. Dat geldt zeker voor de implementatie van de Schengengrenscodes. Had het dan niet voor de hand gelegen het onderscheid eveneens aan een Unierechtelijke toets te onderwerpen, zoals eisers ook hebben verzocht in de dagvaarding? Het Unierecht kent een verbod van discriminatie op grond van ras en nationaliteit in artikel 21 EU Handvest en daarnaast is in artikel 18 EU-Werkingsverdrag het volgende bepaald: 'Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.' Deze bepaling ziet ook op de bescherming van derdelanders¹⁸ bij MTV omdat zij via de bepaling in het EU-Werkingsverdrag over grenscontrole (art. 77) binnen de reikwijdte van het Werkingsverdrag vallen. Ten aanzien van MTV heeft het HvJEU in het *Adil*-arrest gesteld dat controles ex artikel 23 Schengengrenscodes '(...) op selectieve wijze plaatsvinden, zodat zij het voor grenscontroles kenmerkende bestanddeel van systematische controles ontberen, en dat het politieke maatregelen betreft die steekproefsgewijs ter plaatse worden toegepast, zoals vereist bij artikel 21, sub a-iv, van verordening nr. 562/2006.'¹⁹ Het is juist die steekproefsgewijze controle die de eisers hebben verzocht, maar die volgens de Staat niet het gewenste effect zou hebben. In weerwil van het *Adil*-arrest honoreert de rechtbank dat verweer. Daarnaast onderkent het dat de verkozen manier van selecteren discriminatie tot gevolg kan hebben. Maar dat neemt niet weg dat er geen plaats is voor een algemeen verbod van het gebruik van etniciteit als criterium voor controles. Volgens de rechtbank ziet MTV niet tevens op criminaliteitsbestrijding en daarom worden de onderbouwde argumenten van eisers over het gebrek aan effectiviteit terzijde gelegd. Dit terwijl het doel toch echt ook het tegengaan van aan illegaal verblijf gerelateerde grensoverschrijdende criminaliteit is (zoals mensensmokkel). Ook dat is terug te lezen in het *Adil*-arrest.²⁰

15 P.R. Rodrigues & M.A.H. van der Woude, 'Proactieve politiecontrole en onderscheid naar etniciteit of nationaliteit', *NJB* 2016, p. 2297.

16 Zie noot 3, p. 127.

17 EHRM 16 april 2019, nr. 48474/14 (*Lingurar t. Roemenië*).

18 Vreemdelingen niet zijnde EU-onderdanen.

19 Thans art. 23 sub a-iv Schengengrenscodes. Zie r.o. 86 van het *Adil*-arrest.

20 R.o. 54.

Peter Rodrigues

6. Tot slot

Door etniciteit te gebruiken in selectieprofielen wordt onderscheid gemaakt naar ras. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan dat geoorloofd zijn. De door de rechtbank gebruikte overweging dat etnische uiterlijke kenmerken een objectieve aanwijzing kunnen zijn voor iemands herkomst of nationaliteit, lijkt mij beslist geen objectieve rechtvaardiging voor het toestaan van etnisch profileren. Uit het onderzoek *Beslissen in grensgevallen* bleek het aantal 'hits' (terechte staandehoudingen) beperkt.²¹ Het is aan de KMar om de effectiviteit van zo'n zwaar middel te rechtvaardigen. Dat is het vereiste dat het middel geschikt moet zijn voor het doel dat wordt nagestreefd.

Het valt niet uit te sluiten dat de KMar zelf last van dit vonnis gaat krijgen. Welke gekleurde kandidaat meldt zich nu nog aan om bij deze organisatie te komen werken? En juist de diversiteit van een arbeidsorganisatie is een belangrijk wapen tegen vooroordelen en discriminatie. Volgens de rechtbank zal de KMar steeds, in ieder concreet geval, moeten kunnen uitleggen dat een selectiebeslissing in een MTV-controle niet alleen of overwegend op etniciteit is gebaseerd maar passend is binnen het profiel, de kaders en indicatoren van de MTV-controle. Betekent dit dat de burger die gecontroleerd wordt informatie krijgt voor de redenen van het staande houden?

Een van de individuele eisers in de procedure heeft ondervonden hoe het is om als gekleurde Nederlander (keer op keer) uit de rij te worden gehaald. Dat zou te denken moeten geven over de maatschappelijke schade die het gebruik van etnische profielen teweegbrengt. Er wordt door de Staat een scheidslijn aangebracht op basis van huidskleur. De overheid zou het goede voorbeeld moeten geven, anders meent straks een particuliere werkgever dat hij dit onderscheid ook mag maken. Het lijkt mij in alle opzichten verstandiger als de KMar tot inkeer komt. De eisers hebben inmiddels laten weten dat zij in hoger beroep gaan en de Raad van Europa heeft in een brief zijn zorgen over de uitspraak aan het kabinet overgebracht.

21 Zie noot 3, p. 107.