

Gerechtshof Den Haag

Datum zitting: 17 mei 2022

Rolnummer: 200.304.295/01

MEMORIE VAN GRIEVEN TEVENS EISWIJZIGING

inzake:

[Appellant 1],
wonende te [woonplaats] ("**[appellant 1]**"),

[Appellant 2],
wonende te [woonplaats] ("**[appellant 2]**"),

Stichting RADAR Inc.,
een stichting gevestigd te Rotterdam ("**RADAR**")
advocaat: mr. A.M. van Aerde

en

Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten,
een vereniging gevestigd te Leiden ("**NJCM**"), en

Amnesty International (afdeling Nederland),
een vereniging gevestigd te Amsterdam ("**Amnesty International**")
advocaten mr. J. Klaas en mr. M.B. Hendrickx
appellanten, eisers in eerste aanleg (gezamenlijk "**Amnesty International c.s.**")

tegen:

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Defensie en Ministerie van Justitie en Veiligheid),
een publiekrechtelijke rechtspersoon gevestigd te Den Haag en kantoorhoudend te kantooradres ("**de Staat**"), geïntimeerde, gedaagde in eerste aanleg,
advocaat: mr. C.M. Bitter

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	3
2.	Kern van de zaak.....	4
3.	Terminologie.....	7
4.	Gedingstukken.....	9
5.	Feiten.....	10
6.	Omvang van dit hoger beroep.....	10
7.	Reacties in de media naar aanleiding van het bestreden vonnis.....	10
8.	De KMar kondigt aan van werkwijze te zullen veranderen.....	12
9.	Reactie van de Staat op het vonnis.....	15
10.	Juridisch kader omtrent discriminatie.....	17
11.	Werkwijze KMar bij MTV-controles.....	37
12.	Grievens.....	42
13.	Grief 1: verduidelijking standpunt Amnesty c.s. (Rb. rov. 6.3).....	42
14.	Grief 2: het toetsingskader rondom discriminatie (Rb. rov. 7.5).....	43
15.	Grief 3: ten onrechte onbesproken grondslagen (Rb. rov. 4.2, 7.6).....	45
16.	Grief 4: opzet MTV en werkwijze in de praktijk (Rb. rov. 8.2-8.4).....	47
17.	Grief 5: profielindicatoren niet neutraal en objectiveerbaar (Rb. rov. 8.5).....	49
18.	Grief 6: de evenredigheidstoets (Rb. rov. 8.8).....	51
19.	Grief 7: etnische uiterlijke kenmerken als selectie criterium (Rb. rov. 8.9).....	52
20.	Grief 8: etniciteit als (beslissende) indicator in 'optelsom' (Rb. rov. 8.10).....	58
21.	Grief 9: redelijke alternatieven voor werkwijze (Rb. rov. 8.11-8.12).....	62
22.	Grief 10: over Amnesty's effectiviteitsbetog (Rb. rov. 8.12).....	64
23.	Grief 11: voortbouwende grief (Rb. rov. 8.13-8.14).....	64
24.	Grief 12: algemeen verbod gerechtvaardigd en nodig (Rb. rov. 8.15-8.18).....	65
25.	Grief 13: over de werkwijzeverbetering van de KMar (Rb. rov. 8.17).....	66
26.	Grief 14: wetenschappelijk onderzoek onverkort relevant (Rb. rov. 8.17).....	67
27.	Grief 15: uitlegbaarheid neemt discriminatie niet weg (Rb. rov. 8.18).....	68
28.	Standpunt geïntimeerde.....	69
29.	Bewijsmiddelen en bewijsaanbod.....	69
30.	EIS.....	69

1. Inleiding

- 1.1. Deze zaak gaat over discriminatie door de Koninklijke Marechaussee (verder: "**KMar**"). Deze discriminatie is in strijd met het discriminatieverbod en schendt de mensenrechten, is schadelijk en onrechtmatig.
- 1.2. De mensenrechtenschendingen die appellanten met deze zaak bestrijden, houden verband met het 'uit de rij halen' of 'aan de kant zetten' van personen die Nederland binnen komen vanuit een ander Schengenland. Dit gebeurt tijdens de uitvoering van controles in het kader van het zogeheten Mobiel Toezicht Veiligheid ("**MTV**"). Door middel van deze controles oefent de KMar toezicht uit op illegaal verblijf na grensoverschrijding, krachtens artikel 50 eerste lid Vreemdelingenwet 2000 ("**Vw 2000**") jo. artikel 4.17a Vreemdelingenbesluit 2000 ("**Vb 2000**"), en op grensoverschrijdende criminaliteit. Kort gezegd gaat het daarbij om het staande houden van personen die zojuist de Nederlandse grens hebben gepasseerd teneinde te bezien of deze personen een wettelijke titel hebben om in Nederland te verblijven, dan wel ter bestrijding van vormen van grensgerelateerde criminaliteit. Mensen worden daartoe uit de rij gehaald na het verlaten van het vliegtuig of bijvoorbeeld uit de touringcar na het passeren van de grens, om te controleren wie zij zijn en of zij in Nederland mogen zijn.¹ Daarbij komt voor dat de KMar onderscheid maakt naar ras, hetgeen leidt of kan leiden tot een verschil in behandeling tussen mensen dat (mede) op etnische uiterlijke kenmerken is gebaseerd.² Zo'n verschil in behandeling is rassendiscriminatie.
- 1.3. Discriminatie op grond van ras is een bijzonder onrechtvaardigde vorm van discriminatie die een krachtige reactie vereist van de Staat. De overheid moet er alles aan doen om racisme te bestrijden, ter versterking van de democratische visie waarin diversiteit niet als een bedreiging wordt gezien maar als een verrijking.³ Onderscheid op grond van ras raakt de menselijke waardigheid van de mensen om wie het gaat. Het draagt ook bij aan het verspreiden van xenofobie en staat effectieve bestrijding van discriminatie in de weg.⁴
- 1.4. Appellanten willen met deze zaak bereiken dat er, simpel gezegd, bij de uitvoering van deze handhavingsbevoegdheid door en vanwege de Staat niet meer etnisch geprofileerd en gediscrimineerd wordt. Het gaat appellanten om de

¹ Vonnis rechtbank, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, rov. 2.1.

² Rechtbank, rov. 8.6.

³ EHRM 13 december 2005, no. 55762/00 en 55974/00, ECLI:CE:ECHR:2005:1213JUD005576200 (*Timishev v. Russia*) ("**Timishev/Rusland**"), rov. 56.

⁴ Ontleend aan de uitspraak van het Mensenrechtencomité in *Lecraft*: zie § 10.4.5 hierna.

selectiebeslissing die in een fractie van een seconde wordt gemaakt door een marechaussee om iemand te selecteren voor een MTV-controle en om de risicoprofielen die door de marechaussee ten behoeve van die selectiebeslissing wordt gebruikt. Appellanten willen bereiken dat de KMar geen gebruik meer maakt van ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, waaronder ook vermeende nationaliteit als indicator in risicoprofielen en bij selectiebeslissingen voor het MTV.

2. Kern van de zaak

- 2.1. In deze zaak is aan de orde of, heel kort samengevat, de KMar mensen tijdens MTV-controles verschillend mag behandelen op grond van uiterlijke kenmerken zoals hun ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, waaronder ook vermeende nationaliteit. Amnesty International c.s. zijn ervan overtuigd dat dit verboden is.
- 2.2. De rechtbank heeft vastgesteld dat in de werkwijze van de KMar etniciteit wel een rol kan spelen bij deze selectiebeslissingen, en dat dit bij de uitvoering van MTV-controles leidt of kan leiden tot een verschil in behandeling tussen mensen dat mede op etnische uiterlijke kenmerken is gebaseerd (rov. 8.6).
- 2.3. Volgens de rechtbank is dat evenwel niet per definitie in strijd met artikel 1 van Protocol 12 EHRM. De Staat maakt hier volgens de rechtbank gebruik van de *discretionaire ruimte* die hij heeft bij het bepalen van situaties waarin hij het maken van onderscheid gerechtvaardigd acht. Voor het kunnen maken van een dergelijk onderscheid in de werkwijze van de KMar moet wel een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaan (rov. 8.6).
- 2.4. De rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat voor het (mogelijke) gebruik van etniciteit als een selectie-indicator bij selectiebeslissingen in het kader van het MTV inderdaad in het algemeen een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat (rov. 8.13). Dit baseert de rechtbank op zijn overwegingen in rov. 8.9-8.12, die zich als volgt laten samenvatten:
 - a. Bij de MTV-controles staat centraal het verkrijgen van concrete duidelijkheid over identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie van een individu. Het kunnen vaststellen van de nationaliteit of geografische herkomst van een persoon is voor de doeltreffendheid van het MTV van zwaarwegend belang, omdat die bepalend kunnen zijn voor iemands verblijfsstatus hier te lande. Etnische uiterlijke kenmerken hóeven niet, maar kúnnen wel een objectieve aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit. Daaraan

doet niet af dat dit gebeurt op basis van een aanname over iemands *vermeende* nationaliteit (rov. 8.9).

- b. Het gebruik van etniciteit als selectie-indicator gaat niet verder dan redelijkerwijs nodig is. Wanneer etniciteit als indicator een rol speelt bij de selectiebeslissingen in MTV-controles, gebeurt dat uitsluitend 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. Daarbij 'staat het uitgangspunt van non-discriminatie voorop' en moeten de selectiebeslissingen uitlegbaar zijn. Als iemands etniciteit een rol speelt, is dat als een onderdeel in een optelsom van samenhangende indicatoren voor een concrete selectiebeslissing. Weliswaar kan iemands etniciteit in deze optelsom de doorslag geven, maar dat is, gelet op het doel van het MTV niet per definitie of in het algemeen gesproken onevenredig. Het gebruik van etniciteit in het MTV in het algemeen leidt niet steeds tot een verschil in behandeling dat louter of in overwegende mate is gebaseerd op etniciteit. Dat een bepaalde selectie-indicator op enig moment beslissend is om wel of niet tot een selectie voor controle te besluiten, maakt die indicator niet om die reden de enige relevante of de meest zwaarwegende (rov. 8.10).
 - c. Er bestaat geen redelijk alternatief voor gerichte selectiebeslissingen. Algehele controles zijn verboden omdat zij niet mogen neerkomen op grenscontroles: per vlucht mag slechts een deel van de passagiers worden gecontroleerd, per trein slechts in een deel van de trein en op weg of vaarweg mag slechts een deel van de passerende voertuigen of schepen worden stilgehouden. Steekproefsgewijze controles zouden de effectiviteit van het MTV sterk verminderen omdat dan onvoldoende informatie gestuurd en dus niet gericht genoeg kan worden opgetreden (rov. 8.11-8.12).
 - d. Het effectiviteitsbetoog van Amnesty International c.s. is hoofdzakelijk gebaseerd op wetenschappelijke argumentatie in de context van criminaliteitsbestrijding. Daar ziet het MTV niet op en daarom gaan deze vergelijking en onderbouwing niet op.
- 2.5. Amnesty International c.s. zijn ervan overtuigd dat dit vonnis onjuist is. In de kern zijn hun bezwaren de volgende:
- a. De rechtbank is onvoldoende doordrongen ervan geweest hoe *bijzonder streng* het discriminatieverbod is, hoe strikt de discriminatietoets moet worden toegepast en hoe *bijzonder klein* de ruimte voor een redelijke en

objectieve rechtvaardiging van een verschil in behandeling dat (mede) is gebaseerd op ras. Een redelijke en objectieve rechtvaardiging voor rassendiscriminatie laat zich in wezen niet denken.

- b. In het verlengde van het voorgaande, heeft de rechtbank ook miskend dat de Staat geen 'discretionaire ruimte' heeft bij het bepalen van situaties waarin hij het maken van onderscheid gerechtvaardigd acht.
- c. De overweging dat etnische uiterlijke kenmerken niet een objectieve aanwijzing hóeven maar wel kúnnen wel zijn voor iemands herkomst of nationaliteit, is onjuist en onbegrijpelijk. Aan het uiterlijk van een persoon kan men immers niet zien welke nationaliteit die persoon heeft.
- d. De rechtbank heeft miskend dat het MTV *wel degelijk* ook ziet op criminaliteitsbestrijding, zodat de wetenschappelijke argumentatie in de context van criminaliteitsbestrijding wel opgaat.
- e. De rechtbank heeft miskend dat het niet aan Amnesty International c.s. was om aan te tonen dat het gebruik van ras bewezen ineffectief was, maar dat het in deze procedure aan de Staat is om te bewijzen dat er een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat voor het verschil in behandeling van mensen tijdens MTV-controles. Het is dus de Staat die belast is met het bewijs dat het voor het MTV noodzakelijk is om mensen verschillend te behandelen, al naar gelang hun ras.
- f. De rechtbank heeft zich in haar beoordeling van de objectieve en redelijke rechtvaardiging ten onrechte in het geheel geen rekenschap gegeven van de ernstige *gevolgen* van het verschil in behandeling voor alle niet-witte Nederlanders, Unieburgers en anderen die in Nederland geldig verblijven, en die een hogere kans hebben geselecteerd te worden dan witte personen. De rechtbank heeft zich in haar beoordeling geen rekenschap gegeven van de schade die voortkomt uit rassendiscriminatie voor die niet-witte personen, noch van de schadelijke gevolgen van rassendiscriminatie in de vorm van etnisch profileren voor de maatschappij (inleidende dagvaarding, § 4.7).
- g. Ten slotte is gebleken dat de KMar zich kennelijk in staat acht om uitvoering te geven aan het MTV zonder daarbij gebruik te maken van ras als indicator binnen profielen of selectiebeslissingen. Deze stap laat zien dat het kennelijk niet noodzakelijk is voor een goede uitvoering van het MTV om op grond van kenmerken zoals ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming, waaronder ook vermeende nationaliteit een verschil in behandeling te maken.

3. Terminologie

- 3.1. In deze memorie zullen de termen 'nationaliteit', 'ras', 'etnisch profileren', afkomst, nationale afstamming, etnische afstamming, 'vermeende nationaliteit' en 'risicoprofiel' meermaals voorkomen. Amnesty International c.s. verduidelijken hierna wat zij daarmee bedoelen.
- 3.2. Amnesty International c.s. verstaan onder nationaliteit: de juridische band tussen een persoon en een staat (staatsburgerschap). Deze term verwijst niet naar de etnische afkomst van de persoon.⁵
- 3.3. Waar Amnesty International c.s. het woord ras gebruiken, doen zij dat uitsluitend in juridische zin, om aan te sluiten bij bestaande wet- en regelgeving en om op te komen voor hen die verschillend worden behandeld (mede) vanwege hun vermeende ras – en dus ten onrechte. Amnesty International c.s. verwerpen de gedachte dat er verschillende biologische rassen mensen zouden bestaan. Alle mensen behoren tot hetzelfde ras: het menselijke ras. Onder ras als discriminatiegrond valt ook: huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming.⁶
- 3.4. Amnesty International begrijpt afkomst als verband houdend met nationale of etnische afstamming, bijvoorbeeld een geboorteplaats buiten Nederland of een ander land van herkomst dan Nederland.
- 3.5. Amnesty International c.s. verstaan onder 'nationale afstamming' de binding van een persoon met een nationale staat, bijvoorbeeld omdat die persoon of diens (voor)ouders in die staat zijn geboren en opgegroeid. Nationale afstamming valt onder de discriminatiegrond ras.
- 3.6. Amnesty International c.s. begrijpen 'etnische afstamming' of 'eticiteit' als een verwijzing naar het lidmaatschap van een sociale of maatschappelijke groep, die wordt gekenmerkt door een gemeenschappelijke nationaliteit, stam, geloofsovervatting, taal of culturele en traditionele afkomst of achtergrond.⁷ Etnische afstamming valt onder de discriminatiegrond ras.
- 3.7. De term 'etnisch profileren' is de Nederlandse vertaling van '*racial profiling*'. Daaronder wordt verstaan: het gebruik door de politie of andere wetshandhavers, in welke mate ook, van ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming om een persoon te onderwerpen aan onderzoek dan wel om te

⁵ Zie aldus artikel 2 onder a van het Europees Verdrag inzake nationaliteit (Straatsburg, 6 november 1997), *Trb.* 1998/10, goedgekeurd bij Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2000/619, inwerkingtreding 1 juli 2001 (*Trb.* 2001/40).

⁶ Artikel 1.1 IVUR.

⁷ Ontleend aan *Timishev/Rusland*, punt 55; zie § 10.6.10 hierna.

bepalen of een persoon mogelijk deelneemt aan criminele activiteiten: zie nader § 10.3.6 hierna. Van zulk etnisch profileren of *racial profiling* is bijvoorbeeld sprake wanneer de KMar (al of niet mede) op grond van ras mensen selecteert voor een controle.

- 3.8. Vanwege de term '*racial profiling*' (in het Nederlands 'etnisch profileren') en omwille van de leesbaarheid van deze memorie hebben appellanten ervoor gekozen om steeds enkel ras te vermelden (waaronder in het petitem), in plaats van ook huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming te noemen.⁸ Wanneer in deze memorie en de vorderingen ras gebruikt wordt, moet daar ook huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming onder verstaan worden.
- 3.9. De KMar stelt te selecteren op nationaliteit. Amnesty International c.s. spreken in deze memorie van 'vermeende nationaliteit' om uit te drukken dat de 'nationaliteit' van de te selecteren personen onbekend is. De KMar kan niet aan iemand zien welke nationaliteit diegene heeft, maar kan dat pas vaststellen bij de controle van het legitimatiebewijs of paspoort. De selectie van mensen voor een MTV-controle die volgens de KMar op grond van nationaliteit plaatsvindt, is in de praktijk dan ook een selectie op grond van *vermeende* nationaliteit. De KMar leidt bij selectie de vermeende nationaliteit af uit (onder meer)⁹ uiterlijke

⁸ Het is moeilijk een juiste terminologie te hanteren wanneer het gaat over rassendiscriminatie en etnisch profileren; welke terminologie de juiste is, daar wordt verschillend over gedacht. Op internationaal niveau wordt gesproken van *racial profiling* en van profileren op grond van ras. In Nederland is de gebruikte term etnisch profileren en wordt gesproken van profileren op grond van etniciteit. Om die reden hebben Amnesty International c.s. er in eerste aanleg voor gekozen om te spreken van 'etniciteit' in plaats van 'ras'. Amnesty International c.s. hebben ervoor gekozen om in dit hoger beroep het juridische begrip ras centraal te stellen in haar (verbods)vorderingen om zo nadrukkelijker aan te sluiten bij de discriminatieverboden; hierop ziet ook de wijziging van eis.

⁹ Vermeende nationaliteit wordt door de KMar daarnaast ook wel afgeleid uit het kenteken van een voertuig. Dit blijkt onder meer uit wetenschappelijk onderzoek van Van der Woude c.s. over de wijze van selectie van de KMar aan de wegen: zowel het kentekenen van het voertuig als het uiterlijk van inzittenden worden gebruikt om de vermeende nationaliteit af te leiden: "Door de tijdens het veldwerk bevraagde medewerkers van de KMar werd veel gewicht toegekend aan het kenteken en het uiterlijk van de inzittenden van het voertuig als indicatoren. Deze indicatoren werden gebruikt om de vermeende nationaliteit van de inzittenden af te leiden, hetgeen voorts dikwijls werd gekoppeld aan bepaalde associaties over regel overschrijdend gedrag. Bij deze associaties viel het op dat het gros van de medewerkers van de KMar bij dergelijke associaties refereerde aan strafrechtelijke gedragingen en niet zo zeer aan gedragingen die gekoppeld zijn aan het overschrijden van de Vreemdelingenwet. (...) De onder de marechaussees levende en tevens naar het amigo-borassysteem vertaalde associaties zouden eveneens kunnen leiden tot een structurele negatieve stereotypering van bepaalde nationaliteiten en groepen, hetgeen zich op gespannen voet verhoudt met het verbod op rassendiscriminatie (...). Dit laatste geldt in zijn algemeenheid voor het in belangrijke mate selecteren op de indicatoren kenteken en uiterlijke kenmerken van inzittenden", zie Productie 4 bij de dagvaarding: Van der Woude e.a. (2016), p. 137, 138. Dat de KMar vermeende nationaliteit ook afleidt uit het kenteken van een voertuig, blijkt verder uit uitspraken van geïnterviewde marechaussees: zie nader § 8.8 hierna en productie 93.

kenmerken. Selectie op vermeende nationaliteit – bijvoorbeeld die persoon ziet er Nigeriaans, 'niet-Nederlands' of Roemeens uit – betekent in feite selectie op nationale of etnische afstamming.¹⁰ Het gaat hier dus niet om onderscheid op grond van nationaliteit, maar om onderscheid op grond van ras.

- 3.10. Een risicoprofiel is een verzameling van één of meer criteria, ook wel indicatoren, op basis waarvan een inschatting wordt gemaakt van een risico op een norm-overtreding en op basis waarvan vervolgens een selectiebeslissing wordt genomen.¹¹ Feitelijk gaat het dus om aannames, waarbij gegevens van individuen worden veralgemeniseerd naar groepsniveau en vervolgens als (statistische) gegevens toegepast op individueel niveau en waaruit een bepaald risico wordt afgeleid. Een risicoprofiel gericht op personen moet worden onderscheiden van een verdachte- of dadersignalement. Zo'n signalement is een beschrijving van het uiterlijk voorkomen van een verdachte van een strafbaar feit, terwijl een risicoprofiel gericht op personen niet ziet op een verdachte van een strafbaar feit maar op iemand die voldoet aan bepaalde groepskenmerken. Het gebruik van ras in een verdachte- of dadersignalement kan objectief en redelijk gerechtvaardigd zijn, terwijl het gebruik van ras in een risicoprofiel volgens Amnesty International c.s. een vorm van rassendiscriminatie is.

4. Gedingstukken

- 4.1. Te zijner tijd zullen de processtukken in eerste aanleg worden gefourneerd:
- de inleidende dagvaarding d.d. 24 februari 2020 ("**inl. dgv.**") met producties 1-83,
 - de conclusie van antwoord d.d. 19 augustus 2020 ("**CvA**") met producties 1-10,
 - het tussenvonnis d.d. 28 april 2021,
 - het tussenvonnis d.d. 19 mei 2021,
 - de akte overlegging producties zijdens Amnesty International c.s. d.d. 15 juni 2021 met producties 84-86,
 - de akte overlegging productie zijdens Amnesty International c.s. d.d. 15 juni 2021 met productie 87,
 - de pleitaantekeningen zijdens Amnesty International c.s. d.d. 15 juni 2021 ("**PIta-Amnesty**"),
 - de pleitaantekeningen zijdens de Staat d.d. 15 juni 2021 ("**PIta-Staat**"),

¹⁰ Vgl. College voor de Rechten van de Mens 25 april 2013, oordeel 2013-52, § 3.3; Rb. Haarlem 8 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA5410, rov. 2.5.

¹¹ Toetsingskader College voor de Rechten van de Mens (zie nader § 9.2 hierna), p. 7.

- het proces-verbaal van de zitting d.d. 15 juni 2021,
- de brief zijdens Amnesty International c.s. d.d. 26 juli 2021 houdende reactie op het proces-verbaal,
- het eindvonnis d.d. 22 september 2021.

5. Feiten

- 5.1. Amnesty International c.s. kunnen zich verenigen met de weergave van de feiten in rov. 3.1-3.18 van het vonnis waarvan beroep.

6. Omvang van dit hoger beroep

- 6.1. De rechtbank Den Haag heeft in deze zaak op 19 mei 2021 een tussenvonnis en op 22 september 2021 een eindvonnis gewezen. De grieven van Amnesty International c.s. richten zich uitsluitend tegen het eindvonnis.¹²
- 6.2. Amnesty International c.s. handhaven al wat zij in eerste aanleg hebben aangevoerd, voor zover zij daarvan in dit hoger beroep niet uitdrukkelijk afwijken.
- 6.3. Amnesty International c.s. beogen met de hierna te formuleren grieven het geschil in volle omvang aan het gerechtshof voor te leggen.

7. Reacties in de media naar aanleiding van het bestreden vonnis

- 7.1. Het door de rechtbank gewezen vonnis heeft veel beroering veroorzaakt. Er volgden veel openbare reacties. De tenor van deze reacties is steeds dezelfde: teleurstelling en verontwaardiging. Hieronder volgt een selectie van deze reacties op het vonnis, om het hof een beeld te geven van de maatschappelijke kritiek op het vonnis en te illustreren hoe groot de maatschappelijke schade is van ongelijke behandeling op grond van ras.
- 7.2. Cultureel antropoloog en universitair docent aan de VU dr. Sinan Çankaya, gepromoveerd op de in- en uitsluiting van etnische minderheden binnen de politieorganisatie,¹³ schreef een veel gedeeld artikel met de titel 'Rechter koppelt ten onrechte Nederlanderschap aan witheid' (**productie 88**):¹⁴

"Met deze uitspraak giet de rechtbank Nederlanderschap en witheid in beton. Dat wisten een heleboel Nederlanders-op-het-randje natuurlijk al langer, maar nu is er een gerechtelijke uitspraak. De Nederlander is wit, en

¹² Vonnis rechtbank Den Haag, 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283.

¹³ S. Çankaya, *Buiten veiliger dan binnen: in- en uitsluiting van etnische minderheden binnen de politieorganisatie*, Delft:Eburon 2011.

¹⁴ S. Çankaya, 'Rechter koppelt ten onrechte Nederlanderschap aan witheid', *NRC* 24 september 2021.

de vreemdeling is dat niet; niemand kan er nog om heen. De uitspraak is de juridisch onderbouwde, hoogdravende stand-in van het plattere: 'Ja, maar zij zijn toch ook gewoon zwart, en wij zijn toch gewoon wit!.'"

- 7.3. Professor dr. Ashley Terlouw, hoogleraar rechtssociologie aan de Radboud Universiteit en dr. Carolus Grütter, onderzoeker rechtssociologie en migratierecht aan dezelfde universiteit, schreven een artikel in *Asiel- & Migratierecht (productie 89)*:¹⁵

"De uitspraak van de rechtbank wekt de indruk dat wie niet melkwit is, niet in Nederland thuishoort. Maar dat is nu juist wat het discriminatieverbod beoogd [sic] tegen te gaan. De rechtbank laat mensen met een niet-witte huidskleur volledig in de steek, en ontkent hun gelijkwaardigheid. De uitspraak wakkert daarmee gevoelens van angst aan: angst van witte Nederlanders voor hun minder witte medeburgers, omdat de overheid het kenmerk nodig vindt om die medeburgers extra te controleren, en angst van alle nietwitte in Nederland verblijvenden voor discriminatie en uitsluiting."

- 7.4. Advocaat Eva González Pérez, advocaat bij Advocatencollectief Trias en dr. Hans Siebers, universitair hoofddocent aan de Universiteit Tilburg, schreven een kritische bijdrage in *Trouw (productie 90)*:¹⁶

"(...) de rechtbank vindt dat de criteria van de marechaussee doelmatig moeten zijn. Dat kan alleen als etniciteit een eenduidig feit zou zijn dat eenduidig verwijst naar illegaal verblijf. Etniciteit is echter verre van eenduidig en kan dus niet naar illegaliteit verwijzen. (...)

Alsof huidskleur in Nederland aan nationaliteit zou zijn gekoppeld. (...)

(...) omdat noch etniciteit noch de betekenis van de kenmerken die ernaar zouden moeten verwijzen objectief en op het eerste gezicht vast te stellen zijn, moet het hanteren ervan als selectie criterium wel leiden tot willekeur. Het zet de marechaussee aan om af te gaan op stereotypingen en vooroordelen. Waar anders op? De rechtbank opent de deur voor discriminatie."

- 7.5. Ook internationaal is er aandacht geweest voor de uitspraak. De *General Rapporteur on Combating Racism and Intolerance* van de Raad van Europa schreef

¹⁵ Prof. Mr. A.B. Terlouw en mr. Dr. C.A.F.M. Grütters, 'Hoe wit is een Nederlander?', *Asiel&Migrantenrecht* 2021, nr. 9 ("Terlouw & Grütters 2021").

¹⁶ M.E. González Pérez en H. Siebers, 'Etnisch profileren aan de grens leidt tot willekeur en discriminatie', *Trouw*, 7 oktober 2021.

de Staat op 5 oktober 2021 aan en gaf aan door de uitspraak van de rechtbank ernstig bezorgd te zijn over etnisch profileren in Nederland (**productie 91**):

"Not only does the judgment highlight that ethnic profiling, which is inherently discriminatory and therefore illegal, is still practiced in the Netherlands. It also shows that the judiciary supports and justifies it, thus normalising a clear manifestation of discrimination on grounds of ethnic origin."

7.6. Amnesty International c.s. weten zich in elk geval breed gesteund door deze reacties en de KMar heeft inmiddels, mogelijk gelet op die reacties, aanleiding gezien het eigen standpunt opnieuw te formuleren.

8. De KMar kondigt aan van werkwijze te zullen veranderen

8.1. De KMar heeft op 19 november 2021 naar buiten gebracht dat zij al enige tijd werkt aan een andere invulling van die activiteiten waarbij mogelijk sprake is of kan zijn van het gebruik van etnische kenmerken. Bij deze andere invulling wordt rekening wordt gehouden met de legaliteit en de legitimiteit. Het leidende uitgangspunt is dat de KMar geen gebruik wil maken van etniciteit als indicator binnen profielen of selectiebeslissingen, binnen de toezichtstaken. De KMar heeft hiertoe besloten omwille van haar legitimiteit en het maatschappelijk vertrouwen (**productie 92**, "**Gespreksnotitie KMar**").¹⁷ Tijdens het rondetafelgesprek etnisch profileren met de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer op 24 november 2021 heeft de KMar dit standpunt bevestigd.

8.2. Het nieuwe standpunt van de KMar lijkt te passen in hetgeen demissionair Minister Grapperhaus voorafgaand aan het vonnis op 7 september 2021 al had geschreven over etnisch profileren bij de politie:¹⁸

"Het voorkomen van etnisch profileren – al dan niet onbedoeld en onbewust – is van cruciaal belang voor de legitimiteit van het optreden van de politie, het maatschappelijk vertrouwen in de politie en effectief politieoptreden. Dit onderwerp is en blijft dan ook hoog op de agenda staan. Het goede gesprek, bewustwording en een gezamenlijke aanpak zijn nodig om dit thema aan te pakken."

8.3. Het voorgaande neemt niet weg dat de KMar van opvatting blijft dat het gebruik van etniciteit (ras) als indicator in profielen en selectiebeslissingen voor het MTV

¹⁷ Gespreksnotitie Koninklijke Marechaussee ten behoeve van het rondetafelgesprek etnisch profileren met de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken (TK) op 24 november 2021 ("**Gespreksnotitie KMar**").

¹⁸ *Kamerstukken II*, 2020/21, 29 628, nr. 1035, Brief Min. J&V d.d. 7 september 2021, p. 6.

wettelijk gezien *mág* (*legaliteit*). Volgens de KMar is dergelijk optreden gebaseerd op een "*solide wettelijke grondslag*", waarbij de KMar zich gesterkt voelt door de uitspraak van de rechtbank.¹⁹

- 8.4. De Commandant Koninklijke Marechaussee liet tijdens het bovengenoemde rondetafelgesprek weten 'nationaliteit' (waarmee volgens Amnesty International c.s. bedoeld wordt op de *vermeende* nationaliteit die wordt afgeleid uit uiterlijke kenmerken, zie § 3.9) nog steeds als indicator te willen gebruiken in risicoprofielen en om mensen te selecteren voor een MTV-controle:²⁰

"Als het intra-Schengen is, moeten wij dus selecteren welke mensen onderwerpen wij aan een controle, selectie is bedoeld om te kijken wie een controle zou moeten krijgen. Dat doen we omdat we de nationaliteit moeten vaststellen, identiteit moeten vaststellen en de verblijfsstaat moeten vaststellen, dat is het doel van die controle. Dus wij moeten ook te weten kunnen komen wat iemands nationaliteit is, en wij moeten ook kunnen profileren op nationaliteiten. Dat zeg ik er bewust bij omdat in sommige definities van etnisch profileren ook nationaliteit onderdeel uitmaakt van bepaalde etniciteit en bij ons is dat niet zo en dat kan ook niet anders, want het is juist onze taak die nationaliteit te controleren en die vast te stellen en vervolgens te kijken of iemand op basis van die nationaliteit en zijn of haar status in Nederland mag verblijven of doorreizen."

[*onderstreping toegevoegd, adv.*]

- 8.5. Het 'nieuwe' standpunt van de KMar berust dus op het handhaven van het oude standpunt dat het in deze procedure gewraakte gebruik van ras, waaronder ook vermeende nationaliteit, als indicator in risicoprofielen en voor selectiebeslissingen voor MTV-controles op een solide wettelijke grondslag berust. Ook in dit hoger beroep verzoeken Amnesty International c.s. de rechter de onjuistheid van dit standpunt en de onrechtmatigheid van het betreffende handelen vast te stellen.
- 8.6. Het bestaan van een onrechtmatige regel kan, ook indien hieraan geen uitvoering worden gegeven als een inbreuk op een recht worden beschouwd.²¹

¹⁹ Idem.

²⁰ Commandant KMar tijdens het rondetafelgesprek etnisch profileren d.d. 24 november 2021. De geciteerde opmerkingen zijn gedaan vanaf minuut 11:33 van deze opname van het gesprek: <https://debatdirect.tweedekamer.nl/2021-11-24/binnenlandse-zaken/groen-van-prinstererzaal/etnisch-profileren-13-00/onderwerp>

²¹ EHRM 6 september 1978, no. 5029/71, ECLI:CE:ECHR:1978:0906JUD000502971 (*Klass e.a./Duitsland*), rov. 33.

"a law may by itself violate the rights of an individual if the individual is directly affected by the law in the absence of any specific measure of implementation"

Zo heeft het EHRM bijvoorbeeld als volgt geoordeeld ten aanzien van wetgeving die seksuele verhoudingen tussen mannen verbodt:²²

"In the personal circumstances of the applicant, the very existence of this legislation continuously and directly affects his private life"

- 8.7. Dat de KMar nu zegt te willen stoppen met het gebruik van etniciteit (ras) bij profielen en selectiebeslissingen, maar vooropstelt dat het wél geoorloofd is en dat hiervoor een solide wettelijke grondslag bestaat, maakt dat sprake blijft van inbreuk op het discriminatieverbod. Bovendien heeft de KMar nog niets laten weten over de wijze waarop en de termijn waarbinnen beleid en praktijk aangepast zouden worden.
- 8.8. Uit een NRC-artikel van 24 november 2021 volgt dat de werkwijze van de KMar echter niet wezenlijk veranderd is en dat etnisch profileren nog vaste praktijk is (**productie 93**):

"Blijft de vraag: wanneer spelen huidskleur en andere etnische kenmerken nu precies een rol bij de selectie? "Het gaat altijd om een combinatie van factoren", zegt Erwin. "Uit inlichtingen kan blijken dat er vanuit Roemenië regelmatig Eritreeërs met busjes naar Nederland worden gesmokkeld. Dan zijn het kenteken en type voertuig dus belangrijk. Dan kan je ook naar de huidskleur van de inzittenden kijken. Als die zichtbaar is".

Huidskleur mag dan volgens de marechaussee slechts een van de factoren zijn; daar helemaal niet meer op letten maakt het werk minder effectief en extra belastend voor groepen die nu niet van mensensmokkel worden verdacht. Meent Erwin. "Als we weten dat Nigerianen via een bepaalde route naar Nederland komen, dan is het slecht uit te leggen als je een Chinees aan de kant zet." Minder gericht controleren betekent volgens Erwin dat illegale vreemdelingen en mensensmokkel minder vaak worden opgespoord."

en:

"Langs de A12 bij Zevenaar geeft motor-marechaussee Mart diverse voorbeelden van selecties op etniciteit die hij toepast. "Tsjechische auto's met

²² EHRM 22 oktober 1981, no. 7525/76, ECLI:CE:ECHR:1981:1022JUD000752576 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*), rov. 40-41.

Aziatische mensen erin kunnen voor ons erg interessant zijn. Daarbij zagen we in het verleden veel mensensmokkel. Het kan ook gaan om busjes uit Berlijn met Arabische mensen. Vaak smokkel van Syriërs." Het lijkt welhaast onmogelijk voor Mart om de factor etniciteit niet mee te laten wegen als hij naast een busje uit Berlijn rijdt en daarin mensen met een Arabisch uiterlijk ziet zitten. Kleine kans dat hij dat busje laat gaan."

8.9. Dit artikel laat zien dat de werkwijze niet anders is dan zoals beschreven in wetenschappelijke publicaties van Van der Woude:²³ het onderzoek naar aanleiding waarvan de KMar naar eigen zeggen (CvA § 7.5.1) maatregelen zou hebben genomen om discriminatie te voorkomen.

8.10. Het is om al die redenen dat appellanten ook in dit hoger beroep onverkort vasthouden aan de vorderingen die zij in eerste aanleg hebben ingediend.

9. Reactie van de Staat op het vonnis

9.1. Naar aanleiding van de brief vanuit de Raad van Europa zijn Kamervragen gesteld, die op 24 november 2021 zijn beantwoord door de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.²⁴ In de beantwoording wordt bevestigd dat etniciteit wordt gebruikt als indicator bij de uitvoering van MTV-controles – hoewel wordt benadrukt dat etniciteit niet afzonderlijk wordt gebruikt als enkele indicator. De staatssecretaris schrijft dat het doel van het MTV alleen kan worden bereikt op een wijze die géén discriminatoir effect heeft en dat daar nadrukkelijk aandacht voor is. Het MTV heeft volgens de staatssecretaris als doel illegaal verblijf, migratiecriminaliteit en grensoverschrijdende criminaliteit in een zo vroeg mogelijk stadium tegen te gaan. Over de risicoprofielen en selectiebeslissingen bij het MTV vermeldt de staatssecretaris dat etniciteit hier onderdeel van kan zijn:

"De profielen die de KMar op dit moment gebruikt, zijn samengesteld op basis van cijfers, informatie, inlichtingen en indicatoren. Onder indicatoren wordt bijvoorbeeld verstaan de afgelegde reisroute en de samenstelling van het reisgezelschap maar ook etniciteit kan een selectie-indicator zijn. Op basis van de indicatoren wordt onder andere bepaald wie wordt gecontroleerd. De selectiebeslissing voor de MTV-controle is daarmee gebaseerd op objectiveerbare criteria zoals cijfers en trends, modus operandi,

²³ Zie inl. dgv. § 87, 88, en productie 4: M.A.H. van der Woude, J. Brouwers & T.J.M. Dekkers, *Beslissen in grensgebieden*, Den Haag 2016: Boom Criminologie.

²⁴ *Kamerstukken II 2021/22, Aanhangsel, 813, Beantwoording Kamervragen over het nieuwsartikel Raad van Europa: Nederlandse rechter normaliseert discriminatie door marechaussee*, d.d. 24 november 2021.

ervaringsgegevens en informatie van (inter)nationale partners. Ook wordt gekeken naar afwijkingen van het normaal beeld, risico-indicatoren en specifieke signaleringen van personen. Etniciteit kan hier onderdeel van uitmaken, maar altijd in combinatie met andere objectiveerbare indicatoren of informatie ten behoeve van de selectiebeslissingen zoals hierboven genoemd. [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 9.2. Op 14 december 2021 heeft de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties namens het kabinet een (nieuw) standpunt genomen met betrekking tot etnisch profileren.²⁵ Dit standpunt is mede gebaseerd op het toetsingskader voor het gebruik van ras en nationaliteit in (digitale) risicoprofielen dat het College voor de Rechten van de Mens ("CRM") heeft gepubliceerd op 1 december 2021 ("**Toetsingskader CRM**").²⁶
- 9.3. De minister schrijft dat risicoprofielen onderscheid maken tussen groepen burgers, omdat de ene persoon wel (extra) wordt gecontroleerd en de andere niet. Zij benadrukt dat overheidsorganisaties zich ervan bewust zijn dat dit onderscheid het risico van discriminatie meebrengt. Volgens de minister is echter geen sprake van discriminatie als is voldaan aan de cumulatieve eisen dat het maken van onderscheid een gerechtvaardigd doel heeft, een passende en geschikte maatregel is en voldoet aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.²⁷
- 9.4. De minister identificeert uit het Toetsingskader CRM drie gevallen van risicoprofielen waarin er in ieder geval nooit sprake kan zijn van gerechtvaardigd onderscheid, waarvan twee gevallen relevant zijn voor deze procedure. Er kan nooit sprake zijn van een gerechtvaardigd onderscheid wanneer het risicoprofiel zich slechts op één bepaalde afkomst of nationaliteit richt; of wanneer ras het enige of doorslaggevende selectiecriterium binnen het risicoprofiel is. Ten aanzien van gevallen waar mogelijk wel een gerechtvaardigd onderscheid kan zijn overweegt de minister:

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

²⁵ Kamerstukken II 2021/22, 30 950, nr. 281 (Kamerbrief 14 december 2021).

²⁶ College voor de Rechten van de Mens, *Discriminatie door risicoprofielen: een mensenrechtelijk toetsingskader*, Deventer (november 2021), bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 30 950, nr. 281.

²⁷ Kamerstukken II 2021/22, 30 950, nr. 281 (Kamerbrief 14 december 2021), p. 2.

voldaan is aan de door het College beschreven strenge toets inzake de 'objectieve rechtvaardiging'.

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

- 9.5. Ten aanzien van onderhavige procedure overweegt de minister dat de rechtbank kennelijk invulling heeft gegeven aan het beginsel van de zware rechtvaardiging. Ten aanzien van de kritiek die op de uitspraak volgde overweegt de minister:

"Vaak wordt naar aanleiding van de kritiek en kanttekeningen geconcludeerd dat in alle gevallen het gebruik van afkomstgerelateerde criteria in risicoprofielen ongerechtvaardigd is. Ik concludeer dat uit het toetsingskader van het College geen geheel verbod voortvloeit. Er kunnen immers zwaarwegende belangen zijn om toch afkomstgerelateerde selectiecriteria te gebruiken mits deze voldoen aan de juridische kaders en omkleed zijn met de noodzakelijk waarborgen. Dit is het zogenaamde juridische minimumkader, maar zoals hierboven al gesteld: deze ruimte is bedoeld voor uitzonderlijke gevallen en is niet de norm."

- 9.6. Kennelijk is de minister dus niet bereid de discriminerende praktijken van de KMar te stoppen en heeft deze geen maatregelen voorgesteld voor effectief anti-racismebeleid in MTV-controles.

10. Juridisch kader omtrent discriminatie

10.1. Inleiding

- 10.1.1. Amnesty International c.s. zetten hierna het juridisch kader uiteen binnen welke haar vorderingen moeten worden beoordeeld. Zij zullen zich daarbij de meeste aandacht besteden aan het EVRM en de rechtspraak van het EHRM, nu de rechtbank (alleen) dit normenkader heeft toegepast. Amnesty International c.s. zullen niet alle vorderingsgrondslagen uit de eerste aanleg expliciet opnieuw behandelen, maar zij verzoeken deze vorderingsgrondslagen als herhaald en ingelast te beschouwen.

10.2. De Grondwet

10.2.1. Artikel 1 van de Nederlands Grondwet bepaalt:

"Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan."

10.3. Het IVUR

10.3.1. Het Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassen-discriminatie ("IVUR") is een mensenrechtenverdrag van de Verenigde Naties dat op 21 december 1965 werd aangenomen en op 4 januari 1969 in werking trad.

10.3.2. Artikel 1 lid 1 IVUR geeft een definitie van rassendiscriminatie:

"In dit Verdrag wordt onder „rassendiscriminatie" verstaan 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 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."

10.3.3. Artikel 2 lid 1 onder a, b en c IVUR verbiedt de Verdragstaten onder meer rassendiscriminatie toe te passen, of te verdedigen en gebiedt wetten en voorschriften die tot rassendiscriminatie kunnen leiden of deze kunnen doen voortbestaan af te schaffen:

1. De Staten die partij zijn bij dit Verdrag veroordelen rassendiscriminatie en nemen de verplichting op zich onverwijld en met alle daarvoor in aanmerking komende middelen een beleid te zullen voeren dat erop is gericht alle vormen van rassendiscriminatie uit te bannen en een goede verstandhouding tussen alle rassen te bevorderen en, met het oog daarop:

(a) neemt elke Staat die partij is bij dit Verdrag de verplichting op zich, noch incidenteel, noch in het algemeen rassendiscriminatie toe te passen met betrekking tot personen, groepen personen of instellingen en erop toe te zien dat alle overheidsorganen en openbare instellingen, op nationaal en plaatselijk niveau, in overeenstemming met deze verplichting handelen;

- (b) *neemt elke Staat die partij is bij dit Verdrag de verplichting op zich rassendiscriminatie, ongeacht de personen of organisaties die deze toepassen, niet te zullen aanmoedigen, verdedigen of steunen;*
 - (c) *neemt elke Staat die partij is bij dit Verdrag doeltreffende maatregelen om het door de overheid zowel op nationaal als plaatselijk niveau gevoerde beleid aan een onderzoek te onderwerpen en de wetten en voorschriften die tot rassendiscriminatie kunnen leiden of deze kunnen doen voortbestaan, te wijzigen, af te schaffen of nietig te verklaren;*
- 10.3.4. Artikel 5 aanhef en onder a IVUR verplicht de Verdragstaten rassendiscriminatie uit te bannen en het recht op gelijke behandeling te verzekeren:
 - 5. Overeenkomstig de fundamentele verplichtingen vervat in artikel 2 van dit Verdrag nemen de Staten die partij zijn bij dit Verdrag de verplichting op zich rassendiscriminatie in al haar vormen te verbieden en uit te bannen en het recht van een ieder, zonder onderscheid naar ras, huidskleur of nationale of etnische afstamming, op gelijkheid voor de wet te verzekeren, in het bijzonder wat het genot van de navolgende rechten betreft:*
 - (a) *het recht op gelijke behandeling door de rechterlijke instanties en alle andere organen die zijn belast met de rechtsbedeling;*
- 10.3.5. Ingevolge artikel 8 lid 1 IVUR is een Commissie voor de uitbanning van rassendiscriminatie ("**CERD**") ingesteld. Het CERD kan voorstellen en algemene aanbevelingen doen, gebaseerd op de bestudering van de verslagen en inlichtingen die het CERD ontvangt de staten die partij zijn bij het IVUR. Deze voorstellen en algemene aanbevelingen worden, tezamen met eventueel commentaar daarop van de Staten die partij zijn bij dit Verdrag, voorgelegd aan de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (artikel 9 lid 2 IVUR). Het CERD heeft op 17 december 2020 algemene aanbeveling nr. 36 aangenomen, die betrekking heeft op het voorkomen en bestrijden van zgn. 'etnisch profileren' door wetshandhavers: *General recommendation No. 36 (2020) on preventing and combating racial profiling by law enforcement officials ("**CERD Aanbeveling 36**")*.
- 10.3.6. Wanneer onderscheid wordt gemaakt op grond van grond ras om mensen te selecteren voor een controle door wetshandhavers zoals de KMar, wordt dit ook wel etnisch profileren of *racial profiling* genoemd. Dit is een vorm van

'rassendiscriminatie' en een schending van internationale mensenrechtenverdragen.²⁸ CERD Aanbeveling 36 zegt daarover:

"18. For the purposes of the present general recommendation, racial profiling is understood as it is described in paragraph 72 of the Durban Programme of Action, that is, the practice of police and other law enforcement relying, to any degree, on race, colour, descent or national or ethnic origin as the basis for subjecting persons to investigatory activities or for determining whether an individual is engaged in criminal activity. In this context, racial discrimination often intersects with other grounds, such as religion, sex and gender, sexual orientation and gender identity, disability, age, migration status, and work or other status.

19. Racial profiling by law enforcement officials may also include raids, border and custom checks, home searches, targeting for surveillance, operations to maintain or re-establish law and order or immigration decisions. These actions may variously take place in the context of street policing and antiterrorism operations."

10.4. Het IVBPR

10.4.1. Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten ("**IVBPR**" of "**BUPO**") is een verdrag dat op 16 december 1966 tot stand kwam op initiatief van de Verenigde Naties. Het IVBPR geldt in Nederland sinds 11 maart 1979.

10.4.2. Artikel 26 IVBPR voorziet in een antidiscriminatiebepaling:

"Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status."

10.4.3. Ingevolge artikel 28 IVBPR is een Comité voor de rechten van de mens ingesteld (het "**Mensenrechtencomité**"). Op grond van het Facultatief Protocol behorend bij het IVBPR heeft het Mensenrechtencomité de bevoegdheid om kennisgevingen te ontvangen van individuele personen die beweren het slachtoffer te zijn van schending van enig IVBPR-recht. Het Mensenrechtencomité behandelt deze kennisgevingen en maakt vervolgens zijn inzichten bekend aan de Staat

²⁸ VN Mensenrechtencomité 27 juli 2009, CCPR/C/96/D/1493/2006, no. 1493/2006 (*Williams Lecraft/Spanje*) ("*Williams Lecraft/Spanje*"): zie § 10.4.4 hierna.

waarover wordt geklaagd en aan de betrokken persoon (artikel 5 lid 3 en 4 Facultatief Protocol).

- 10.4.4. Het Mensenrechtencomité heeft op 27 juli 2009 zijn inzichten gegeven in de kwestie *Rosalind Williams Lecraft/Spanje* (**productie 94**).²⁹ Op 6 december 1992 was mw. Williams Lecraft met haar man en zoon per trein van Madrid naar Valladolid gereisd. Eenmaal uitgestapt, werd zij op het perron als enige benaderd door een agent van de nationale politie die om haar identiteitsbewijs vroeg. Desgevraagd verklaarde de agent dat hij verplicht was om de identiteit van mensen 'zoals zij' te controleren, omdat 'velen van hen' illegale immigranten zouden zijn. Het was het Spaanse Constitutionele Hof niet gebleken dat de handelwijze van de politieagent was ingegeven door racisme: "(...) *the police took the criterion of race merely as indicating a greater probability that the person concerned was not Spanish.*" De Staat Spanje hield een soortgelijk betoog bij het Mensenrechtencomité:

"4.2 (...) Controlling illegal immigration is perfectly lawful and there is nothing in the Covenant to prevent police officers from carrying out identity checks for that purpose. (...) The Public Security (Organization) Act and the Decree on the National Identity Document also empower the authorities to carry out identity checks and require everyone, including Spanish citizens, to show identity documents.

4.3 There are relatively few blacks in the Spanish population at present, and they were even fewer in number in 1992. On the other hand, one of the major sources of illegal immigration into Spain is sub-Saharan Africa. The difficult conditions in which these people often arrive in Spain – they are frequently the victims of criminal organizations – constantly attract media attention. If one accepts the legitimacy of the control of illegal immigration by the State, then one must surely also accept that police checks carried out for that purpose, with due respect and a necessary sense of proportion, may take into consideration certain physical or ethnic characteristics as being a reasonable indication of a person's non-Spanish origin."

- 10.4.5. Het Mensenrechtencomité overweegt anders. Weliswaar dienen identiteitscontroles ter beheersing van illegale immigratie op zichzelf een legitiem doel, maar fysieke of etnische kenmerken van een persoon mogen op zichzelf géén aanwijzing opleveren van diens mogelijke illegale verblijf in een land:

²⁹ *Williams Lecraft/Spanje.*

"7.2 (...) *The Committee considers that identity checks carried out for public security or crime prevention purposes in general, or to control illegal immigration, serve a legitimate purpose. However, when the authorities carry out such checks, the physical or ethnic characteristics of the persons subjected thereto should not by themselves be deemed indicative of their possible illegal presence in the country. Nor should they be carried out in such a way as to target only persons with specific physical or ethnic characteristics. To act otherwise would not only negatively affect the dignity of the persons concerned, but would also contribute to the spread of xenophobic attitudes in the public at large and would run counter to an effective policy aimed at combating racial discrimination.*"

10.4.6. Nu mw. Williams Lecraft alleen op basis van haar uiterlijk geselecteerd was voor een controle, oordeelt het Mensenrechtencomité dat de staat Spanje artikel 26 IVBPR heeft geschonden (rov. 7.4).

10.5. **De Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie: aanbevelingen**

10.5.1. De Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie ("**ECRI**"), een onafhankelijk toezichtsorgaan voor de mensenrechten, ingesteld in 1993 door de Raad van Europa, heeft *General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism And Racial Discrimination* aangenomen ("**ECRI Aanbeveling 7**"). Daarin worden de regeringen van de Raad van Europa-lidstaten aanbevolen om a) wetgeving tegen racisme en rassendiscriminatie in te voeren, indien zulke wetgeving niet al bestaat of onvolledig is, en b) ervoor te zorgen dat de in de aanbeveling genoemde hoofdelementen in deze wetgeving worden opgenomen. ECRI Aanbeveling 7 gaat uit van de volgende definities van rassendiscriminatie:

I. Definitions

1. For the purposes of this Recommendation, the following definitions shall apply:

a) (...)

b) "direct racial discrimination" shall mean any differential treatment based on a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, which has no objective and reasonable justification. Differential treatment has no objective and reasonable justification if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

c) "indirect racial discrimination" shall mean cases where an apparently neutral factor such as a provision, criterion or practice cannot be as easily complied with by, or disadvantages, persons belonging to a group designated by a ground such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin, unless this factor has an objective and reasonable justification. This latter would be the case if it pursues a legitimate aim and if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

10.5.2. Tot de aanbevelingen in de Aanbeveling behoren onder meer de volgende:

III. Civil and administrative law

(...)

4. The law should clearly define and prohibit direct and indirect racial discrimination.

(...)

8. The law should place public authorities under a duty to promote equality and to prevent discrimination in carrying out their functions.

(...)

11. The law should provide that, if persons who consider themselves wronged because of a discriminatory act establish before a court or any other competent authority facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no discrimination.

10.5.3. Het ECRI heeft *General Policy Recommendation N°11 on combating racism and racial discrimination in policing* aangenomen op 29 juni 2007. Daarin worden de regeringen van de Raad van Europa-lidstaten aanbevolen om bij wet *racial profiling* duidelijk te omschrijven en te verbieden:

"1. (...) For the purposes of this Recommendation, racial profiling shall mean:

"The use by the police, with no objective and reasonable justification, of grounds such as race, colour, language, religion, nationality or national or ethnic origin in control, surveillance or investigation activities";"

10.5.4. In het *Explanatory Memorandum* licht het ECRI de aanbeveling toe. Daaruit blijkt dat het legitieme doel van criminaliteitsbestrijding slechts in beperkte gevallen

onderscheid op ras kan rechtvaardigen. Het gebruik van kenmerken zoals ras is nauwelijks te rechtvaardigen buiten het geval dat de politie handelt op basis van een signalement of aanknopingspunt (verdacht gedrag of verzamelde inlichtingen) met betrekking tot de identificerende kenmerken van een bestaande, verdachte persoon:

"29. ECRI stresses that even when, in abstract terms, a legitimate aim exists (for instance the prevention of disorder or crime), the use of these grounds in control, surveillance or investigation activities can hardly be justified outside the case where the police act on the basis of a specific suspect description within the relevant time-limits, i.e. when it pursues a specific lead concerning the identifying characteristics of a person involved in a specific criminal activity. In order for the police to avoid racial profiling, control, surveillance or investigation activities should be strictly based on individual behaviour and/or accumulated intelligence.

(...)

35. The definition of racial profiling used by ECRI contains a list of grounds, which is a non-exhaustive list. In addition to the grounds explicitly mentioned, other grounds on which racial profiling can intervene include, for instance, a person's country of origin. An illustration of this are certain checks carried out on passengers on board flights originating from specific countries. (...) The term "grounds" used in the definition of racial profiling must include grounds which are actual or presumed. For instance, if a person is questioned on the presumption that he or she is a Muslim, when in reality this is not the case, this would still constitute racial profiling on grounds of religion."

10.6. Het EVRM

10.6.1. Het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ("EVRM") is een verdrag dat werd opgesteld binnen de Raad van Europa en op 4 november 1950 werd ondertekend in Rome.

10.6.2. Artikel 14 EVRM bepaalt:

"Artikel 14. Verbod van discriminatie

Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of

maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status."

10.6.3. Protocol nr. 12 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ("**Protocol 12 EVRM**") is overeengekomen door lidstaten van de Raad van Europa op 4 november 2000.

10.6.4. Artikel 1 Protocol 12 EVRM bepaalt:

Artikel 1. Algemeen verbod van discriminatie

1 Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

2 Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op met name een van de in het eerste lid vermelde gronden.

10.6.5. Waar artikel 14 EVRM als accessoir recht wordt gezien, dat alleen in verbinding met een andere mensenrecht kan worden ingeroepen, geldt dit niet voor artikel 1 Protocol 12 EVRM. Nederland heeft Protocol 12 EVRM goedgekeurd, waardoor het rechtstreekse werking heeft in de Nederlandse rechtsorde.³⁰

Toenmalige Europese Commissie voor de Mensenrechten

10.6.6. Discriminatie op grond van 'ras' kan zelfs zo ernstig zijn dat het volgens de toenmalige Europese Commissie voor de Mensenrechten ook een inbreuk kan vormen op het verbod op onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen ex artikel 3 EVRM:³¹

"207. (...) [A]s generally recognized, a special importance should be attached to discrimination based on race; that publicly to single out a group of persons for differential treatment on the basis of race might, in certain circumstances, constitute a special form of affront to human dignity; and that differential treatment of a group of persons on the basis of race might therefore be capable of constituting degrading treatment when differential treatment on some other ground would raise no such question."

³⁰ Goedgekeurd bij Rijkswet van 13 mei 2004 (Stb. 2004, 302); geratificeerd op 28 juli 2004 (Trb. 2004/229); inwerkingtreding 1 april 2005 (Trb. 2005/184).

³¹ European Commission of Human Rights, 14 december 1973, nos. 4403/70 and others (*East African Asians case*), § 207.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: rechtspraak

- 10.6.7. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ("EHRM") toets bij de beoordeling of er sprake is van discriminatie achtereenvolgens:
- a. of sprake is van een verschil in behandeling;
 - b. of een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor die ongelijke behandeling, daarvoor dient sprake te zijn van:
 - (i) een legitiem doel;
 - (ii) een redelijke verhouding tussen het doel en het middel, in die zin dat het onderscheid een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel vormt om het gestelde doel te verwezenlijken.

Zie nader over deze beoordelingswijze **productie 95**.³²

- 10.6.8. Het EHRM hanteert verschillende methodes om vast te stellen of er sprake is van een verschil in behandeling. Indien is gesteld dat sprake is van onderscheid op een verdachte grond, zoals ras, dan past het EHRM de 'but for'-toets toe. Het EHRM onderzoekt of de behandeling gunstiger zou zijn geweest, als het niet zo was ('but for') dat er sprake was van een bepaald persoonskenmerk. Op die wijze onderzoekt het EHRM of er sprake is van een doorslaggevend kenmerk. Was bijvoorbeeld (bij het risicoprofiel 'Nigeriaans, snellopend en goedgekleed') [appellant 1] minder nadelig behandeld, in de zin dat hij niet was gestopt voor een controle, als hij wit was geweest? Als het antwoord hierop bevestigend luidt dan oordeelt het EHRM vervolgens of er sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor dat onderscheid (**productie 96**).³³
- 10.6.9. In zaken waarin staten slechts een smalle *margin of appreciation* hebben, worden strenge eisen gesteld aan de bovenbedoelde redelijke verhouding tussen doel en middel. Niet alleen moet worden vastgesteld dat het middel geschikt is om het gestelde doel te bereiken, maar ook dat het noodzakelijk is om, teneinde dat doel te bereiken, verschillend te behandelen. Zie het EHRM in *Karner/Oostenrijk*.³⁴

"41. (...) In cases in which the margin of appreciation afforded to States is narrow, as is the position where there is a difference in treatment based on

³² J.H. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'?', *NJCM-Bulletin*, jrg. 29 (2004), nr. 2 ("Gerards 2004").

³³ J.H. Gerards, *Sdu Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, artikel 14, aant. 2.2.2 en 2.2.3.

³⁴ EHRM 24 juli 2003, no. 40016/98, ECLI:CE:ECHR:2003:0724JUD004001698 (*Karner v. Austria*) ("*Karner/Oostenrijk*").

sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people – in this instance persons living in a homosexual relationship – from the scope of application of section 14 of the Rent Act. The Court cannot see that the Government have advanced any arguments that would allow such a conclusion."

42. Accordingly, the Court finds that the Government have not offered convincing and weighty reasons justifying the narrow interpretation of section 14(3) of the Rent Act that prevented a surviving partner of a couple of the same sex from relying on that provision.'" (nadruk door advocaat)

- 10.6.10. Het EHRM heeft in *Timishev/Rusland* de bovenvermelde artikel 1 lid 1 IVUR en artikel 1 sub b en c ECRI Aanbeveling 7 geciteerd als 'relevant international instruments'.³⁵ Over de begrippen etniciteit en ras heeft het EHRM dit overwogen:

"55. Ethnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin colour or facial characteristics, ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds.

- 10.6.11. Het EHRM heeft vervolgens geoordeeld dat discriminatie op grond van iemands daadwerkelijke of gepercipieerde etniciteit, een vorm van rassendiscriminatie is. Rassendiscriminatie, zo vervolgt het EHRM, is een bij uitstek verwerpelijke vorm van discriminatie die, gezien haar gevaarlijke gevolgen, bijzondere waakzaamheid van de autoriteiten en een krachtige reactie vergt:

56. A differential treatment of persons in relevantly similar situations, without an objective and reasonable justification, constitutes discrimination (see (...)). Discrimination on account of one's actual or perceived ethnicity is a form of racial discrimination (see the definitions adopted by the United Nations and the European Commission against Racism and Intolerance – paragraphs 33 and 34 above). Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is

³⁵ *Timishev/Rusland*, rov. 33, 34.

for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment (see (...)).
[onderstreping toegevoegd, adv.]

- 10.6.12. Zodra een verschil in behandeling wordt aangetoond, verschuift de bewijslast en is het aan de overheid om aan te tonen dat dit verschil in behandeling gerechtvaardigd zou kunnen worden. In het geval van Timishev was Rusland niet geslaagd in het aantonen dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd was. Volgens het EHRM is zo een rechtvaardiging *zelfs niet denkbaar* in een geval waarin het verschil in rechtvaardiging uitsluitend of in beslissende mate is gebaseerd op iemands etnische afstamming:

"57. Once the applicant has shown that there has been a difference in treatment, it is then for the respondent Government to show that the difference in treatment could be justified (see (...)). (...) The Court has already established that the Government's allegation that the applicant had attempted to obtain priority treatment was not sustainable on the facts of the case (see paragraphs 42-43 above). Accordingly, the applicant was in the same situation as other persons wishing to cross the administrative border into Kabardino-Balkaria.

58. 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."

- 10.6.13. Het EHRM heeft in zijn arrest *D.H. e.a./Tsjechië* herhaald dat rassendiscriminatie een bij uitstek aanstootgevende vorm van discriminatie is die, gezien haar gevaarlijke gevolgen, bijzondere waakzaamheid van de autoriteiten en een krachtige reactie vergt, evenals dat voor een verschil in behandeling sowieso geen rechtvaardiging kan bestaan wanneer dit uitsluitend of in beslissende mate is gebaseerd op iemands etnische afstamming.³⁶ Daaraan heeft het EHRM toegevoegd dat de notie van een rechtvaardiging voor een verschil in behandeling dat

³⁶ EHRM 13 november 2007, no. 57325/00, ECLI:CE:ECHR:2007:1113JUD005732500 (*D.H. and others v. the Czech Republic*) ("*D.H. e.a./Tsjechië*"), rov. 176.

is gebaseerd op iemands ras, huidskleur of etnische afstamming, zo streng als mogelijk moet worden opgevat:³⁷

"196. The Court reiterates that a difference in treatment is discriminatory if "it has no objective and reasonable justification", that is, if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality" between the means employed and the aim sought to be realized (see (...)). Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible."

- 10.6.14. Het EHRM heeft in *Biao/Denemarken*, een zaak over discriminatie van mensen die op latere leeftijd de Deense nationaliteit hadden verworven (en dus een andere etnische achtergrond dan de Deense hadden), het zo uitgedrukt dat regelgeving die onderscheid op grond van ras tot gevolg heeft alleen kan worden gerechtvaardigd door "*compelling or very weighty reasons*" die los staan van etnische afstamming:³⁸

"it falls to the Government to put forward compelling or very weighty reasons unrelated to ethnic origin if such indirect discrimination is to be compatible with Article 14 [jo.] Article 8 of the Convention."

- 10.6.15. Eén van de redenen van het EHRM voor de "*very weighty reasons*"-benadering is gelegen in de bescherming van kwetsbare groepen – minderheden – die in het verleden ernstig gediscrimineerd zijn en ook nu nog een groter risico lopen op discriminatie en sociale uitsluiting. Daarom moeten maatregelen die zulke groepen treffen, extra kritisch worden beoordeeld:³⁹

"(...) [I]f a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society, who have suffered considerable discrimination in the past (...), then the State's margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question (cf. also the example of those suffering different treatment on the ground of their (...) race (...)) The reason for this approach, which questions certain classifications per se, is that such groups were historically subject to

³⁷ *D.H. e.a./Tsjechië*, rov. 196. Vgl. ook met betrekking tot discriminatie op andere gronden zoals nationaliteit of seksuele geaardheid: EHRM 16 september 1996, no. 17371/90, ECLI:CE:ECHR:1996:0916JUD001737190 (*Gaygusuz v. Austria*), rov. 42; *Karner/Oostenrijk*, rov. 40-42; EHRM 2 maart 2010, no. 13102/02, ECLI:CE:ECHR:2010:0302JUD001310202 (*Kozak/Poland*), rov. 92.

³⁸ EHRM 24 mei 2016, no. 38590/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0524JUD003859010 (*Biao v. Denmark*) ("*Biao/Denemarken*"), rov. 114, 130.

³⁹ EHRM 20 mei 2010, no. 38832/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0520JUD003883206 (*Alajos Kiss v. Hungary*), rov. 42.

prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. Such prejudice may entail legislative stereotyping which prohibits the individualised evaluation of their capacities and needs (...)."

- 10.6.16. Algemeen heersende negatieve opvattingen over bepaalde groepen, zoals bijvoorbeeld dat iemand met een donkere huidskleur waarschijnlijk niet rechtmatig in Nederland zal verblijven, kunnen nooit in aanmerking komen als rechtvaardiging voor een ongelijke behandeling.⁴⁰ Het EHRM heeft in *Lingurar/Roemenië*, over discriminatie door etnisch profileren, geoordeeld dat er nooit een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan bestaan voor raciale stereotypering, of het verbinden van bepaalde (criminele) gedragingen aan een etnische groep:⁴¹

"76. (...) the Court considers that the manner in which the authorities justified and executed the police raid shows that the police had exercised their powers in a discriminatory manner, expecting the applicants to be criminals because of their ethnic origin. The applicants' own behaviour was extrapolated from a stereotypical perception that the authorities had of the Roma community as a whole. The Court considers that the applicants were targeted because they were Roma and because the authorities perceived the Roma community as anti-social and criminal. This conclusion (...) goes beyond a simple expression of concern about ethnic discrimination in Romania (...). It shows concretely that the decisions to organise the police raid and to use force against the applicants were made on considerations based on the applicants' ethnic origin. The authorities automatically connected ethnicity to criminal behaviour, thus their ethnic profiling of the applicants was discriminatory." [onderstreping toegevoegd, adv.]

- 10.6.17. Zoals de rechtbank in aanmerking heeft genomen, kan bij een MTV-controle in beginsel iedereen staande kan worden gehouden (rov. 8.3): een redelijk vermoeden van illegaal verblijf of van schuld is daarvoor niet nodig. In dit opzicht is de bevoegdheid om personen staande te houden dus ruim. Over gelijksoortige ruime discretionaire politiebevoegdheden heeft het EHRM in *Gillan en Quinton/Verenigd Koninkrijk* geoordeeld dat deze al snel het risico van discriminerend handelen in zich dragen:⁴²

⁴⁰ EHRM 20 juni 2017, nos. 67667/09, ECLI:CE:ECHR:2017:0620JUD006766709 (*Bayev and others v. Russia*), rov. 68.

⁴¹ EHRM 16 april 2019, no. 48474/14, ECLI:CE:ECHR:2019:0416JUD004847414 (*Lingurar v. Romania*) ("*Lingurar/Roemenië*"), rov. 76.

⁴² EHRM 12 januari 2010, no. 415/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0112JUD000415805 (*Gillan and Quinton v. the United Kingdom*) ("*Gillan en Quinton/Verenigd Koninkrijk*"), rov. 85.

"In the Court's view, there is a clear risk of arbitrariness in the grant of such a broad discretion to the police officer. While the present cases do not concern black applicants or those of Asian origin, the risks of the discriminatory use of the powers against such persons is a very real consideration (...)."

- 10.6.18. Dit risico op discriminatie is volgens het EHRM temeer problematisch nu het voor personen die onderworpen zijn aan een 'stop and search', moeilijk of zelfs onmogelijk zal zijn om (eventueel in rechte) aan te tonen dat de politiebevoegdheid onjuist is uitgeoefend – zeker wanneer de politieagent geen redelijke verdenking hoeft aan te tonen.⁴³

"The Government argue that safeguards against abuse are provided by the right of an individual to challenge a stop and search by way of judicial review or an action in damages. But the limitations of both actions are clearly demonstrated by the present case. In particular, in the absence of any obligation on the part of the officer to show a reasonable suspicion, it is likely to be difficult if not impossible to prove that the power was improperly exercised".

- 10.6.19. De conclusie van het EHRM is dat de ruime, discretionaire 'stop and search' bevoegdheden uit de Britse Terrorism Act 2000 niet voldoende zijn begrensd, noch zijn onderworpen aan adequate waarborgen tegen misbruik ("*neither sufficiently circumscribed nor subject to adequate legal safeguards against abuse*"). Daarom oordeelt dat het EHRM dat die bevoegdheden niet "*in accordance with the law*" zijn (en artikel 8 EVRM is geschonden).⁴⁴

Literatuur

- 10.6.20. Professor Gerards (UU) laat zien, op basis van een zeer uitgebreide en grondige analyse van EHRM-rechtspraak, wat de toepassing van de 'very weighty reasons test' door het EHRM betekent voor de praktijk (**productie 97**).⁴⁵

⁴³ *Gillan en Quinton/Verenigd Koninkrijk*, rov. 86.

⁴⁴ *Gillan en Quinton/Verenigd Koninkrijk*, rov. 85-87.

⁴⁵ J.H. Gerards, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination', in: M. Balboni (ed.), *The principle of discrimination and the European Convention on Human Rights*, Editoriale Scientifica, 2017 ("**Gerards 2017**"), p. 9-10. Voetnoten 64, 65 en 66 verwijzen naar:

⁶⁴ Cf. O.M. ARNARDÓTTIR, *The Differences that Make a Difference*, *supra*, 655.

⁶⁵ See more elaborately on this J.H. GERARDS, *Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights*, SSRN-paper version, *supra*.

⁶⁶ On this, see further J.H. GERARDS, *Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases*, *supra*. For the quotation, see G. GUNTHER, *Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, in *Harvard Law Review*, vol. 86, 1972, 1."

"Application of this test in practice implies a very narrow margin of appreciation for the States⁶⁴, and application of the very weighty reasons test almost automatically results in a finding of a violation⁶⁵. Although there are exceptions, the test is, just like its American counterpart – the US Supreme Court's strict scrutiny test –, mostly "strict in theory, but fatal in fact"⁶⁶."

10.6.21. Professor Gerards ontleent aan de arresten *Timishev/Rusland* en *Biao/Denemarken* dat een verschil in behandeling dat uitsluitend of in beslissende mate is gebaseerd op iemands etnische afstamming, nooit gerechtvaardigd kan zijn. Zij gaat daarna in op het geval waarin ook andere argumenten worden aangevoerd ter rechtvaardiging van het verschil in behandeling. Zulke argumenten mogen geen verband houden met etnische afstamming, en de conclusie is dat de 'very weighty reasons' maatstaf "strict in theory, but fatal in fact" is (productie 97):⁴⁶

"If there are other grounds and arguments which have been presented as justification, the Court may undertake to review such arguments, yet it sets very high demands and it usually will find a violation of the prohibition of discrimination.⁷⁷ Importantly, moreover, also when the case concerns indirect discrimination, it falls to the government to put forward 'compelling or very weighty reasons unrelated to ethnic origin'.⁷⁸

Thus, it is clear from the Court's case law that the very weighty reasons test in racial discrimination cases really is "strict in theory, but fatal in fact". Clearly, the rationale for the "suspectness" of this ground is found in the very nature of racial discrimination, which is inherently and morally reprehensible, as well as in the dangerous societal consequences of this type of discrimination."

10.6.22. Professor Terlouw (RU) maakt hetzelfde punt in haar gespreksnotitie ten behoeve van het rondetafelgesprek Etnisch profileren d.d. 24 november 2021 van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken (**productie 98, "Gespreksnotitie Terlouw"**):⁴⁷

"Overigens is controle op basis van etniciteit zowel bij de MTV controles als bij het uitoefenen van de algemene politietaak in strijd met het verbod

⁴⁶ Gerards 2017 (productie 97), p. 10. Voetnoten 77 en 78 verwijzen naar:

⁷⁷ See e.g. ECtHR, 22 December 2009, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, nos. 27996/06 and 34836/06.

⁷⁸ ECtHR, GC, *Biao v. Denmark*, *supra*, par. 114."

⁴⁷ Prof. mr. A.B. Terlouw, gespreksnotitie t.b.v. het rondetafelgesprek d.d. 24 november 2021 ("**Gespreksnotitie Terlouw**"), p. 2.

van discriminatie tenzij daarvoor zeer zwaarwegende redenen zouden bestaan. Quod non. (...)

Het EHRM stelt extra zeer zware eisen aan de rechtvaardiging bij discriminatie op grond van ras/ethniciteit. Daarvan mag alleen sprake zijn bij very weighty reasons. In feite is de weegschaal dus zo afgestemd dat het belang van de discriminerende handeling zeer zwaar moet wegen wil er hoe dan ook sprake kunnen zijn van een rechtvaardiging."

10.7. Unierecht

- 10.7.1. Het Unierecht verbiedt discriminatie op gelijke gronden als het EVRM en expliciteert het verbod op discriminatie binnen de werkingssfeer van de Unierechtelijke Verdragen in artikel 21 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ("**Handvest**") en artikel 18 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("**VWEU**"). Artikel 21 Handvest bepaalt:

"Non-discriminatie

1. Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuiging, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid, is verboden.

2. Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen ervan, is iedere discriminatie op grond van nationaliteit verboden."

- 10.7.2. Artikel 18 VWEU bepaalt:

"Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden. (...)"

- 10.7.3. Artikel 52 lid 3 van het Handvest bepaalt bovendien dat de inhoud en reikwijdte van de Handvest-rechten ten minste gelijk zijn aan die van de corresponderende EVRM-rechten. Mogelijk is echter dat het Unierecht een ruimere bescherming biedt dan het EVRM, aldus artikel 52 lid 3 Handvest.

- 10.7.4. De discriminatieverboden van artikelen 21 Handvest en 18 VWEU zijn van toepassing op MTV-controles, omdat daarmee inbreuk wordt gemaakt op het recht

om vrij te reizen en te verblijven van artikel 20 lid 2 sub a en artikel 21 VWEU en omdat MTV-controles vallen onder artikel 23 Schengengrenscodes.⁴⁸

- 10.7.5. Op grond van de Unierechtelijke discriminatieverboden moeten Unieburgers voor wat betreft het Unierecht gelijkgesteld worden met onderdanen van de lidstaat. Een lidstaat mag Unieburgers uit een andere lidstaat die op zijn grondgebied verblijven, niet anders behandelen dan onderdanen van die lidstaat, ook niet uit oogpunt van criminaliteitsbestrijding.⁴⁹
- 10.7.6. De Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming ("**Richtlijn rassengelijkheid**") vormt een concrete uitwerking van het in artikel 21 Handvest neergelegde beginsel van non-discriminatie op grond van ras en etnische afkomst.⁵⁰ Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("**HvJEU**") blijkt het maken van onderscheid op basis van stereotypen en vooroordelen over bepaalde groepen kan leiden tot directe, dan wel indirecte discriminatie op grond van ras, ook al worden er daarnaast andere redenen voor het onderscheid gegeven:⁵¹

"Hetzelfde geldt voor de omstandigheid, die de KZD in haar bij het Hof ingediende opmerkingen aanvoert, dat CHEZ RB in verschillende bij de KZD aanhangige zaken heeft verklaard dat volgens haar vooral deze onderdanen van Roma-afkomst verantwoordelijk waren voor de beschadigingen en de illegale stroomaftap. Dergelijke verklaringen zouden immers erop kunnen wijzen dat de litigieuze handelwijze berust op etnische stereotypen en vooroordelen, waarbij raciale beweegredenen dus gepaard gaan met andere beweegredenen. (...)

⁴⁸ 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 (Schengengrenscodes), zoals nadien gewijzigd.

⁴⁹ HvJEU 16 december 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724 (*Heinz Huber/Duitsland*), punten 69-81, i.h.bijz. 77-79.

⁵⁰ HvJ EU 16 juli 2015, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*) ("**CHEZ Razpredelenie Bulgaria**"), rov. 58; zie ook: HvJ EU 12 mei 2011, C-391/09, EU:C:2011:291 (*Runevič-Vardyn en Wardyn*), rov. 43; HvJ EU 21 januari 2015, C-529/13, EU:C:2015:20, (*Felber*), rov. 15 en 16; zie ook HvJEU 3 september 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 (*Deckmyn en Vrijheidsfonds*), rov. 30: "dan moet worden herinnerd aan het belang van het verbod van discriminatie op grond van ras, huidskleur en etnische afstamming, zoals dit beginsel concrete vorm heeft gekregen in richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (PB L 180, blz. 22) en is bevestigd in met name artikel 21, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie."

⁵¹ *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, punten 82, 85, 91, 109, 128.

Alsdan staat het aan CHEZ RB als verweerster het bestaan van een dergelijke schending van het beginsel van gelijke behandeling te weerleggen door aan te tonen dat de invoering van de litigieuze handelwijze en de handhaving ervan tot op heden geenszins zijn gebaseerd op de omstandigheid dat de betreffende wijken hoofdzakelijk door Bulgaarse onderdanen van Roma-afkomst worden bewoond, maar uitsluitend op objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van ras of etnische afstamming. (...)

[D]at artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2000/43 aldus moet worden uitgelegd dat een maatregel als de litigieuze handelwijze directe discriminatie in de zin van die bepaling vormt wanneer blijkt dat die maatregel is ingevoerd en/of wordt gehandhaafd om redenen die verband houden met de etnische afstamming die de meeste bewoners van de betreffende wijk gemeen hebben. (...)

[Moet worden uitgelegd dat] een handelwijze als die in het hoofdgeding, gesteld dat zij geen directe discriminatie in de zin van artikel 2, lid 2, onder a), van die richtlijn oplevert, dan in beginsel een ogenschijnlijk neutrale handelwijze kan vormen die personen met een bepaalde etnische afstamming in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt in de zin van punt b), van dat artikel 2, lid 2.(...)

[D]at slechts objectief kan worden gerechtvaardigd door de wens de veiligheid van het elektriciteitsnet en een correcte registratie van de verbruikte elektriciteit te verzekeren mits die handelwijze niet verder gaat dan passend en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van die legitieme doelstellingen en bovendien de veroorzaakte nadelen niet onevenredig zijn aan de aldus beoogde doelstellingen. Dat is niet het geval indien wordt vastgesteld, wat de verwijzende rechter dient na te gaan, dat er andere passende en minder ingrijpende middelen bestaan waarmee die doelstellingen kunnen worden bereikt, dan wel, wanneer dergelijke andere middelen ontbreken, dat die handelwijze onevenredig inbreuk maakt op het legitieme belang van de eindafnemers van elektriciteit die wonen in de betreffende wijk, met voornamelijk bewoners van Roma-afkomst, om toegang te hebben tot de levering van elektriciteit in omstandigheden die niet beledigend of stigmatiserend zijn en hun de mogelijkheid bieden regelmatig hun elektriciteitsverbruik te controleren."

10.7.7. Uit bovengenoemd citaat volgt dat het bestaan van andere redenen voor het gemaakte onderscheid naast raciale redenen (etnische stereotyperingen en vooroordelen), het gemaakte onderscheid niet kan rechtvaardigen. Het is aan diegene die het onderscheid maakt om aan te tonen dat het onderscheid geenszins gegrond is of ook maar iets van doen heeft met redenen die verband houden met ras. Slaagt die verweerder daar niet in, dan is sprake van direct onderscheid, waar volgens de richtlijn Rassengelijkheid geen rechtvaardiging voor kan bestaan, dus discriminatie. Is er geen sprake van directe discriminatie, dan kan er volgens het HvJEU wel sprake zijn van indirecte discriminatie, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.

10.8. **College voor de Rechten van de Mens**

10.8.1. Over de toets van de zeer zwaarwegende redenen die in onderhavige procedure door de rechtbank in eerste aanleg is toegepast, heeft het CRM zich uitgesproken:

"Ook in de KMar-rechtszaak toetste de rechter de door de Staat gemaakte belangenafweging minder grondig dan in andere contexten, waardoor het gebruik van etniciteit als selectie criterium bij MTV controles toch objectief gerechtvaardigd kon worden. Hierbij verdient opmerking dat het College in reactie op deze uitspraak heeft gepleit voor toepassing van een meer indringende proportionaliteitstoets bij het gebruik van etniciteit als selectie criterium bij MTV controles." In het bijzonder heeft het College gesteld dat, gelet op de ernst van het gemaakte onderscheid, meer diepgaand moet worden ingegaan op de vraag of, en zo ja waarom de positieve effecten van het selecteren op etniciteit bij MTV controles daadwerkelijk opwegen tegen de zeer negatieve effecten die deze werkwijze heeft voor betrokkenen. Immers: de specifieke context waarin onderscheid wordt gemaakt kan de 'very weighty reasons'-test weliswaar inkleuren, maar niet volledig ondergraven."

10.8.2. Hoewel op de analyse van het CRM uiteraard wat kan worden aangemerkt (zo menen Amnesty International c.s. dat het CRM wezenlijk kritiekpunten onbenoemd heeft gelaten), laat het citaat in ieder geval zien dat het CRM, en terecht, zeer kritisch is over het vonnis en het gebruik van ras als selectie criterium bij MTV-controles.

10.9. **Parliamentary Assembly Raad van Europa**

10.9.1. De *Parliamentary Assembly* van de Raad van Europa ("**PACE**") heeft op 28 januari 2021 een resolutie aangenomen over etnisch profileren in Europa

(**productie 99**).⁵² Volgens de resolutie is etnisch profileren, hoewel "*discriminatory by nature and [...] therefore illegal*", nog steeds een wijdverspreid fenomeen in heel Europa.⁵³ De resolutie roept lidstaten op om actie te ondernemen om etnisch profileren te stoppen.⁵⁴

11. Werkwijze KMar bij MTV-controles

11.1. De KMar heeft verschillende taken. Ten aanzien van die taken heeft de rechtbank overwogen (rov. 3.1):

"De KMar is onderdeel van de krijgsmacht. Zij is onder meer belast met de grensbewaking en de handhaving van de Schengengrenscodex (SGC), de uitvoering van het vreemdelingentoezicht, de bestrijding van mensensmokkel en van fraude met reis- en identiteitsdocumenten. Daarnaast verleent zij ook assistentie aan en werkt zij samen met de politie in het kader van de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit en voert zij de politietaken uit op de luchthavens Schiphol, Rotterdam, Eindhoven, Maastricht, Twente en Eelde."

11.2. De KMar zet MTV-controles in ter uitvoering van één vorm van het vreemdelingentoezicht, namelijk ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding.⁵⁵ Dit is geregeld in artikel 50 Vw 2000 jo. artikel 4.17a Vb 2000.

11.3. Er bestaat geen wettelijke grondslag voor het inzetten van het MTV voor een ander doel dan het vreemdelingentoezicht. De KMar zet het MTV – voorheen Mobiel Toezicht Vreemdelingen, nu Mobiel Toezicht Veiligheid – echter ook in ter bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit, waaronder mensensmokkel en fraude met reis- en identiteitsdocumenten.⁵⁶ Dit blijkt onder meer uit de doelomschrijving van het MTV in officiële (beleids)documenten:⁵⁷

"Het doel van deze controles is het tegengaan van illegaal verblijf en het bestrijden van vormen van grensoverschrijdende criminaliteit."

⁵² PACE, Ethnic profiling in Europe: a matter of great concern, Resolution 2364 (2021) ("**PACE Resolutie**").

⁵³ PACE Resolutie, § 3.

⁵⁴ PACE Resolutie, § 7.

⁵⁵ Vonnis rechtbank, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, rov. 3.5, 3.6.

⁵⁶ Artikel 4 lid 1 sub g Politiewet; en productie 4: Van der Woude e.a. (2016), p. 64, 65 en 253.

⁵⁷ *Kamerstukken II 2011/12, 19637, 1393; Kamerstukken II 2011/12, 19637, 1485; Kamerstukken II 2010/11, 32317, 68.*

De Commandant van de KMar beschreef dit op een zelfde wijze in de gespreksnotitie ten behoeve het rondetafelgesprek etnisch profileren met de vaste commissie Binnenlandse zaken (TK) op 24 november 2021 (productie 92):

"(...) De KMar controleert het grensverkeer van personen en bestrijdt vormen van grensgerelateerde criminaliteit, zoals op de Europese buitengrens, op vliegvelden, in zeehavens en langs de kust. Maar ook bij de binnengrenzen van het Schengengebied door middel van het zogeheten Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV)."

- 11.4. Wetenschappers concluderen dat er in het MTV sprake is van een vervlechting van vreemdelingrechtelijk toezicht en enkele vormen van strafrechtelijke handhaving en dat deze vervlechting een fundamenteel kenmerk van het MTV is (**producties 100 en 101**).⁵⁸ Professor Terlouw stelt in dit verband (Gespreksnotitie Terlouw, productie 98):

"In het kader van die MTV controles mag de KMar niet controleren op grond van de algemene politietaak gericht op het voorkomen of opsporen van bepaalde vormen van criminaliteit. Die andere politionele taak komt pas aan bod nadat en indien er concrete aanwijzingen zijn die zich tijdens een MTV controle kunnen voordoen: niet daarvoor. Er vindt onterecht vermenging van de twee taken (in het jargon wordt gesproken van de vermenging van sferen) plaats waardoor controle op verblijfsstatus in de criminele sfeer wordt getrokken. Overigens is controle op basis van etniciteit zowel bij de MTV controles als bij het uitoefenen van de algemene politietaak in strijd met het verbod van discriminatie tenzij daarvoor zeer zwaarwegende redenen zouden bestaan. Quod non." [onderstreping toegevoegd, adv.]

(...)

"De MTV-controles zijn in beginsel legitiem tenzij de KMar in feite de politietaak uitoefent. In dat geval is er sprake van detournement de pouvoir."

- 11.5. De rechtbank heeft overwogen ten aanzien van MTV-controles, dat deze – om te waarborgen dat geen sprake is van verkapte grenscontroles aan de binnengrenzen - zijn gemaximeerd in aantal, frequentie en omvang.⁵⁹ Door gebruik te

⁵⁸ Productie 100: Van der Woude, Dekkers en Brouwer, "Over crimmigratie en discretionair beslissen binnen het Mobiel Toezicht Veiligheid ... of Vreemdelingen ... of Veiligheid?", Tijdschrift voor Veiligheid 2015 (14) 2 ("Van der Woude, Dekkers en Brouwer 2015"), p. 31; Productie 101: Brouwer, Van Der Woude, Van Der Leun, 'Op de grens van het vreemdelingtoezicht: discretionaire beslissingen binnen het Mobiel Toezicht Veiligheid', Tijdschrift voor Veiligheid 2017 (16) 2/3.

⁵⁹ Vonnis rechtbank, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, rov. 3.5.

maken van risicoprofielen bepaalt het Landelijk Tactisch Commando (LTC) op welke concrete vlucht, trein of (vaar)weg een MTV controleactie zal plaatsvinden.⁶⁰ De rechtbank overweegt:⁶¹

"Deze (risico)profielen zijn het resultaat van een centrale analyse van beschikbare informatie en beschrijven een bepaald migratiefenomeen en daaraan gerelateerde risico's aan de hand van een set samenhangende kenmerken (hierna profielindicatoren). De selectie van een concrete vlucht, trein of (vaar)weg vindt plaats door een (risico)profiel op geautomatiseerde wijze te vergelijken met de over die vlucht, trein of (vaar)weg beschikbare informatie. Als op een bepaalde locatie op bepaalde tijdstippen sprake is van relatief veel 'matches' met de indicatoren van een bepaald (risico)profiel, kan dat aanleiding zijn voor een MTV-controleactie."

- 11.6. Tijdens een MTV-controleactie vinden de selecties voor de MTV-controle plaats. De rechtbank overweegt dat (rov. 3.6):

"MTV-controles kunnen worden uitgeoefend op een ieder, dus niet alleen op (vermoedelijke) grensgangers. Ook is het niet nodig om te beschikken over informatie met betrekking tot een bepaalde persoon. Een persoon kan in het kader van MTV worden staande gehouden zonder dat sprake is van op die persoon gerichte aanwijzingen voor illegaal verblijf."

- 11.7. Kenmerkend van het MTV-toezicht is aldus het proactieve karakter. Het is niet vereist dat er op een persoon gerichte aanwijzingen voor illegaal verblijf bestaan, voordat die persoon mag worden geselecteerd voor een MTV-controle. De beslissingsruimte voor individuele marechaussees om iemand te selecteren voor een MTV-controle is erg groot en daarmee ook het risico op discriminatie (zie EHRM in *Gillan en Quinton/Verenigd Koninkrijk*: § 10.6.17-10.6.19 hierboven).⁶² Die beslissingsruimte wordt bovendien vergroot door de vervlechting van het vreemdelingtoezicht en strafrechtelijke handhaving.
- 11.8. Het staat bovendien vast dat de KMar gebruik maakt van ras bij de selectiebeslissingen.⁶³ Voor die selectiebeslissing wordt een risicoprofiel gebruikt (het selectieprofiel, al noemt de rechtbank dit niet zo specifiek), waarbij de zogenoemde

⁶⁰ Vonnis rechtbank, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, rov. 3.8, 3.9.

⁶¹ Vonnis rechtbank, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, rov. 3.9.

⁶² Zie ook inl. dgv. § 4.1.3 en 4.5.

⁶³ Vonnis rechtbank, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, rov. 8.6.

Behaviour Detection methode Predictive Profiling wordt ingezet.⁶⁴ Dat risicoprofiel is een combinatie van het profiel en de profielindicatoren waarmee een MTV-controleactie wordt bepaald én de selectie-indicatoren, namelijk de "*voor de concrete selectiebeslissing relevante (binnen het profiel passende) feitelijke, veelal persoonsgebonden gegevens of kenmerken*".⁶⁵

11.9. De wettelijke grondslag van het MTV brengt met zich mee, dat de selectie in de eerste plaats moet zijn ingekleurd door de vreemdelingenrechtelijke grondslag van het MTV (productie 100).⁶⁶ Enkel *nadat* iemand is staande gehouden om gecontroleerd te worden op de verblijfsrechtelijke positie, kan een concrete strafrechtelijke verdenking opkomen. Dat is echter niet hoe het MTV in de praktijk is ingericht. De aanleiding voor de selectie voor een controle kan ook in de strafrechtelijke hoek liggen. En ook daarbij kan ras een rol spelen. Dit blijkt onder meer uit de voorbeelden in § 11.10-11.14:

11.10. De bevindingen uit het in de dagvaarding in eerste aanleg aangehaalde onderzoek van Van der Woude e.a.:⁶⁷

"veel marechaussees [associëren] bepaalde nationaliteiten of etnische groepen met specifieke strafrechtelijke en immigratierechtelijke gedragingen. Zo werden vooral Bulgaren en Roemenen veelvuldig gelinkt aan mensenhandel, fraude en diefstal, en Marokkanen aan drugsdelicten. Daarentegen werden bijvoorbeeld Nigerianen herhaaldelijk genoemd in verband met illegaal verblijf. Zulke kennis werd onderling veel gedeeld, met name informeel tussen collega's, maar ook via de door de informatieafdeling van de desbetreffende brigade opgestelde briefings voorafgaand aan de MTV-controles."

11.11. De gebruikte indicatoren bij de selectie in het kader van MTV-toezicht van de heer [appellant 1] zijn zowel vreemdelingrechtelijk als strafrechtelijk van aard. Volgens een van de marechaussees die toen werkzaam waren, werd de heer [appellant 1] geselecteerd, omdat:⁶⁸

⁶⁴ Vonnis rechtbank, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, rov. 3.10. Volgens het CRM is een risicoprofiel een verzameling van één of meer selectiecriteria op basis waarvan een bepaald risico op normovertreding wordt ingeschat en een selectiebeslissing wordt gemaakt (automatisch of door een overheidsfunctionaris): Toetsingskader CRM, p. 12.

⁶⁵ Vonnis rechtbank, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, rov. 3.9, 3.10.

⁶⁶ Van der Woude, Dekkers en Brouwer 2015 (productie 100), p. 31.

⁶⁷ Inl. dgv. § 87-88; productie 4: Van der Woude e.a. (2016), p. 135.

⁶⁸ Inl. dgv. § 95, 114 t/m 117; productie 52: verklaring 3d van de betrokken marechaussees, p. 1.

"die selectiecriteria waren: niet-Nederlands uiterlijk, snellopend en keurig gekleed. [...] die selectiecriteria waren opgesteld op basis van de politie-informatie met betrekking tot de Nigeriaanse geldsmokkelaars".

- 11.12. Zie ook de stellingen van de Staat in eerste aanleg (CvA § 5.4.3, Plta-Staat § 3.13):

"Ook etniciteit, nationaliteit (al dan niet van het voertuig), cultureel bepaalde normen en gedragingen of andere uiterlijke kenmerken kunnen worden betrokken bij de selectiebeslissing. Dat ligt ook voor de hand, gelet op doel en strekking van het MTV - een vorm van vreemdelingentoezicht. Gebruik van dergelijke kenmerken is evenwel alleen mogelijk indien dat objectief kan worden gerechtvaardigd en uitsluitend in combinatie met andere objectieve indicatoren die duiden op afwijkingen van de norm en – in het verlengde daarvan – op illegale migratie en/of daarmee samenhangende criminaliteit". (onderstreping toegevoegd, adv.)

- 11.13. Ter zitting heeft een vertegenwoordiger van de KMar als volgt verklaard:

"U vraagt of, als er nu meer informatie gestuurd en meer aan de hand van het gedrag van personen wordt geselecteerd, het nog noodzakelijk is om etnische kenmerken in het profiel mee te nemen. De huidskleur is nooit het enige onderdeel van een profiel, maar in sommige situaties zijn etnische kenmerken toch nodig voor een MTV-profiel. Als je de etnische kenmerken uit een profiel zou weglaten doet dat af aan het systeem van Informatie Gestuurd Optreden (IGO). De controles worden minder effectief."
[onderstreping toegevoegd, adv.]

- 11.14. Zie verder het artikel uit het NRC van 24 november 2021:

"Blijft de vraag: wanneer spelen huidskleur en andere etnische kenmerken nu precies een rol bij de selectie? „Het gaat altijd om een combinatie van factoren", zegt Erwin. „Uit inlichtingen kan blijken dat er vanuit Roemenië regelmatig Eritreeërs met busjes naar Nederland worden gesmokkeld. Dan zijn het kenteken en type voertuig dus belangrijk. Dan kan je ook naar de huidskleur van de inzittenden kijken. Als die zichtbaar is"."

Huidskleur mag dan volgens de marechaussee slechts een van de factoren zijn; daar helemaal niet meer op letten maakt het werk minder effectief en extra belastend voor groepen die nu niet van mensensmokkel worden verdacht. Meent Erwin. „Als we weten dat Nigerianen via een bepaalde route naar Nederland komen, dan is het slecht uit te leggen als je een Chinees

aan de kant zet." Minder gericht controleren betekent volgens Erwin dat illegale vreemdelingen en mensensmokkel minder vaak worden opgespoord." (...)

"Langs de A12 bij Zevenaar geeft motor-marechaussee Mart diverse voorbeelden van selecties op etniciteit die hij toepast. „Tsjechische auto's met Aziatische mensen erin kunnen voor ons erg interessant zijn. Daarbij zagen we in het verleden veel mensensmokkel. Het kan ook gaan om busjes uit Berlijn met Arabische mensen. Vaak smokkel van Syriërs."

Het lijkt welhaast onmogelijk voor Mart om de factor etniciteit niet mee te laten wegen als hij naast een busje uit Berlijn rijdt en daarin mensen met een Arabisch uiterlijk ziet zitten. Kleine kans dat hij dat busje laat gaan."

- 11.15. Kortom, de KMar zet MTV-controles in ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding en van grensoverschrijdende criminaliteit. Bij de uitvoering van MTV-controles maakt de KMar gebruik van risicoprofielen om mensen te selecteren voor een controle. Soms is ras onderdeel van de risicoprofielen. Hoe dan ook staat vast dat ras mogelijk een rol speelt bij de selectiebeslissing. Daarnaast hebben individuele marechaussees zo'n grote beslissingsruimte, dat – ook al zou ras niet meer formeel als profielindicator en voor selectiebeslissingen mogen worden gebruikt – het risico bestaat op het nemen van meer intuïtieve en subjectieve beslissingen, waarbij stereotypen en vooroordelen bewust of onbewust een rol spelen en waarbij sprake is van discriminatie.

12. Grieven

- 12.1. [Appellant 1] en [appellant 2] kunnen zich niet verenigen met het vonnis waarvan beroep en voeren daartegen de volgende grieven aan:

13. Grief 1: verduidelijking standpunt Amnesty c.s. (Rb. rov. 6.3)

- 13.1. **Grief 1: Ten onrechte overweegt de rechtbank in rov. 6.3 dat het Amnesty International c.s. zou gaan "[...] om de uitbanning van het gebruik van onveranderlijke uiterlijke kenmerken *die kunnen duiden op een bepaalde herof afkomst*, in het bijzonder huidskleur en/of ras" [cursivering toegevoegd], althans het is ten onrechte dat de rechtbank aan die overweging betekenis heeft toegekend.**
- 13.2. Voor zover in de bestreden overweging besloten ligt dat Amnesty International c.s. het standpunt zouden innemen dat onveranderlijke uiterlijke kenmerken, in het bijzonder huidskleur en/of ras, zouden kunnen duiden op een bepaalde her-

of afkomst, is dat onjuist. Dit is niet het standpunt van Amnesty International c.s. Het standpunt van Amnesty International c.s. is daarentegen dat ook onveranderlijke uiterlijke kenmerken niet duiden op een bepaalde her- of afkomst. Zij kunnen nergens op duiden, behalve op het bestaan van die uiterlijke kenmerken. Amnesty International c.s. verzetten zich juist tegen het hanteren van ras voor risicoprofielen en voor de selectiebeslissing.

- 14. Grief 2: het toetsingskader rondom discriminatie (Rb. rov. 7.5)**
- 14.1. **Grief 2: Ten onrechte geeft de rechtbank in rov. 7.5 een onjuiste weergave c.q. interpretatie van het discriminatie-toetsingskader dat het EHRM in de loop der jaren heeft ontwikkeld. Uitgaande van deze onjuiste rechtsopvatting, oordeelt de rechtbank vervolgens zoals zij heeft gedaan in rov.-en 8.6 tot en met 8.19, hetgeen de rechtbank daarna brengt tot afwijzing van het gevorderde.**
- 14.2. De weergave van het geldende recht ter zake van het discriminatieverbod in rov. 7.5, geeft er geen blijk van dat de rechtbank onderkent hoe klein de ruimte is voor het rechtvaardigen van een verschil in behandeling op grond van ras. De rechtbank overweegt dat "*de Staat discretionaire ruimte ('a margin of appreciation') [heeft] bij het bepalen van situaties waarin hij het maken van onderscheid gerechtvaardigd acht*". Ook in rov. 8.6 oordeelt de rechtbank dat de Staat hier "*gebruik [maakt] van de discretionaire ruimte die hij heeft bij het bepalen van situaties waarin hij het maken van onderscheid gerechtvaardigd acht*".
- 14.3. Dit is om twee redenen onjuist. Allereerst heeft de term 'margin of appreciation' betrekking op de indringendheid van de toetsing van het EHRM en niet op enige 'beleidsruimte' die de Staat zou hebben.
- 14.4. De *margin of appreciation*-doctrine is ontwikkeld door het EHRM om de vraag te kunnen beantwoorden hoe omvangrijk en indringend het EHRM dient te toetsen of de door een verdragsstaat opgelegde beperking noodzakelijk is in het belang van een van de in de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM opgesomde doelen en hoeveel beoordelingsruimte er moet worden gelaten aan de nationale autoriteiten (**productie 102**).⁶⁹ Indien het EHRM de verdragsstaat een zekere beoordelingsvrijheid of -marge laat, toetst het EHRM terughoudend. De *margin of appreciation*-doctrine ziet dus op de verhouding tussen het EHRM en de

⁶⁹ N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse Rechter en de Margin of Appreciation: De rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur', *NJCM-Bulletin*, jrg. 32 (2007), nr. 2. P. 125.

verdragsstaten en niet op enige 'beleidsruimte' die de Staat zou hebben om te bepalen in welke situaties hij het maken van onderscheid op ras gerechtvaardigd acht.

- 14.5. De *margin of appreciation*-doctrine kan dan ook niet zonder meer getransponeerd worden naar nationaal niveau, in de zin dat de Nederlandse rechter, in geval van een ruime beoordelingsruimte bij het EHRM, ook de wetgever en het bestuur een ruime beoordelingsruimte moet laten en terughoudend moet toetsen. De toetsingsintensiteit door de nationale rechter en de verhouding tot bestuur en wetgever is een kwestie van nationaal recht.
- 14.6. Ten tweede heeft de Staat niet zulke 'discretionaire ruimte' waar het gaat om het discriminatieverbod: het gaat hier immers om een in niet mis te verstane bewoordingen tot de overheid gericht absoluut verbod. Dit blijkt bijvoorbeeld uit artikel 1 lid 1 en 2 Protocol 12 EHRM: zie § 10.6.4 hierboven. Het discriminatieverbod is uiterst zwaarwegend en de verdragsbepaling geeft de overheid geen 'discretionaire' bevoegdheid hiervan af te wijken. Weliswaar wordt in de EHRM-rechtspraak de theoretische mogelijkheid aanvaard dat een verschil in behandeling gerechtvaardigd zou kunnen worden – namelijk indien dit een "*objective and reasonable justification*" heeft, te weten dat dit een "*legitimate aim*" nastreeft en dat er een "*reasonable relationship of proportionality*" bestaat tussen de discriminerende maatregel en het nagestreefde doel – maar over de notie van een rechtvaardiging van een verschil in behandeling op grond van ras, huidskleur of etnische afstamming, overweegt het EHRM steevast (zie § 10.6.8-10.6.14 hierboven):⁷⁰

"Where the difference in treatment is based on race, colour or ethnic origin, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible."

- 14.7. De Staat moet dus zeer⁷¹ zwaarwegende redenen hebben, *very weighty reasons*, voor het verschillend behandelen van personen op grond van hun ras. Professor Gerards stelt dat toepassing van de "*very weighty reasons test*" vrijwel automatisch de vaststelling van een schending tot gevolg heeft. De test "*strict in theory, but fatal in fact*": zie § 10.6.20 hierboven. Hoewel een staat kan proberen een verschil in behandeling op grond van ras te rechtvaardigen, stelt het EHRM aan

⁷⁰ Zie de verwijzingen in voetnoot 37.

⁷¹ De rechtbank spreekt in rov. 8.9 van "*zwaarwegende redenen* ('*very weighty reasons*')". Een juiste vertaling van '*very weighty reasons*' is echter niet '*zwaarwegende redenen*' maar *zeer zwaarwegende redenen*. Voor zover de rechtbank hiermee van een te soepele maatstaf is uitgegaan, getuigt dat van een onjuiste rechtsopvatting.

zo'n rechtvaardiging heel hoge eisen en oordeelt het gebruikelijk dat het discriminatieverbod is geschonden: zie § 10.6.21 hierboven.

- 14.8. Professor Terlouw noemt de eisen die worden gesteld aan een rechtvaardiging van een verschil in behandeling op grond van ras, huidskleur of etnische afstamming "extra zeer zwaar" (zie § 10.6.22 hierboven).⁷²
- 14.9. Deze drempel is zo hoog dat deze in de praktijk nooit gehaald wordt. Het EHRM heeft, voor zover bekend bij Amnesty International c.s., (afgezien van positieve actie)⁷³ nog nooit aanvaard dat er een redelijke, objectieve rechtvaardiging bestaat voor een verschil in behandeling op grond van ras. Dat is volstrekt logisch omdat zo een redelijke, objectieve rechtvaardiging voor een verschil in behandeling op grond van ras zich haast ook niet laat indenken.⁷⁴ Afgezien van uitzonderingen die zich in deze zaak niet voordoen,⁷⁵ is het immers nooit ergens voor nodig om mensen anders te behandelen vanwege hun op grond van ras en niets goeds kan daarvan komen (vgl. *Timishev/Rusland*, rov. 56, § 10.6.11 hierboven en Gerards, § 10.6.21 hierboven).
- 15. Grief 3: ten onrechte onbesproken grondslagen (Rb. rov. 4.2, 7.6)**
- 15.1. **Grief 3: Ten onrechte heeft de rechtbank in rov. 4.2 niet alle door Amnesty International c.s. aangedragen gronden besproken en beoordeeld en heeft de rechtbank in rov. 7.6 overwogen dat het niet nodig is om alle door Amnesty International c.s. ingeroepen verdragsrechtelijke bepalingen te behandelen - daargelaten of al die bepalingen wel rechtstreekse werking hebben - omdat een dergelijke behandeling toch niet tot een verschillende uitkomst zou leiden, op basis van welke overwegingen de rechtbank vervolgens heeft beslist dat zij de vorderingen enkel zal toetsen aan artikel 1 van Protocol nr. 12 EVRM en de andere door eisers ingeroepen gronden buiten bespreking zal laten.**

⁷² Gespreksnotitie Terlouw (productie 98).

⁷³ EHRM (GK) 22 december 2009, nos. 27996/06 en 34836/06, ECLI:CE:ECHR:2009:1222JUD002799606 (*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*) ("**Sejdić & Finci/Bosnië-Herzegovina**"), rov. 44.

⁷⁴ Terlouw overweegt in haar Gespreksnotitie ((productie 98) dat discriminatie op grond van etniciteit "*alleen in zeer uitzonderlijke gevallen gerechtvaardigd [kan] zijn, bijvoorbeeld als er sprake is van een specifiek ziektebeeld dat inherent is aan het hebben van een donkere huidskleur.*" Verschil in behandeling op grond van ras zou ook toelaatbaar zijn indien ras indien ras een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste vormt (vgl. artikel 4 Richtlijn rassengelijkheid bij een verdachte- of dadersignalement of mogelijk in geval van positieve actie). Uitzonderingen zoals deze zijn in deze zaak echter niet aan de orde.

⁷⁵ Zie de vorige voetnoot.

- 15.2. De rechtbank is met rov. 4.2 en in rov. 7.6 voorbijgegaan aan de andere door Amnesty International c.s. aangevoerde gronden. Amnesty International c.s. hadden zich onder meer beroepen op artikelen 2 en 5 IVUR (zie § 10.3 hierboven), artikel 2 jo. 26 IVBPR (zie § 10.4 hierboven), artikelen 2, 3 en 6 Verdrag betreffende de Europese Unie (verder: "**VEU**"),⁷⁶ artikel 18 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (verder: "**VWEU**"),⁷⁷ artikel 2 van de Richtlijn Rassengelijkheid (Richtlijn 2000/43/EG), artikel 2 Protocol 4 EVRM en artikel 10 Richtlijn Gegevensbescherming (Richtlijn 2016/680/EU). De rechtbank heeft deze vorderingsgrondslagen ten onrechte niet behandeld.
- 15.3. De rechtbank had deze andere vorderingsgrondslagen wel in haar oordeel moeten betrekken omdat, anders dan de rechtbank in rov. 7.6 heeft geoordeeld, toetsing aan deze bepalingen wel tot een andere uitkomst leidt. Dat wordt hierna toegelicht.
- 15.4. Artikelen 2 lid 1 sub a en 5 sub a IVUR houden nóg strengere normen in dan hun tegenhangers uit het EHRM. Dit kan worden afgeleid uit de definitie die het CERD hanteert voor *racial profiling*, namelijk: "*the practice of police and other law enforcement relying, to any degree, on race, colour, descent or national or ethnic origin as the basis for subjecting persons to investigatory activities or for determining whether an individual is engaged in criminal activity*" (zie § 10.3.5-10.3.6 hierboven). Bovendien volgen uit IVUR concrete en meer vergaande verplichtingen voor Staten om alles in het werk te stellen om rassendiscriminatie te voorkomen (zie § 10.3.3 en 10.3.6 hierboven)
- 15.5. Artikel 26 IVBPR houdt ook een nog strengere norm in dan zijn tegenhangers uit het EHRM. Die norm wordt door het Mensenrechtencomité immers zo ingevuld dat fysieke of etnische kenmerken van een persoon op zichzelf géén aanwijzing mogen opleveren van diens mogelijke illegale verblijf in een land (zie § 10.4.4-10.4.5 hierboven).
- 15.6. Bovendien bevestigen de bovenvermelde rechtsbronnen de internationale consensus over 'rassendiscriminatie' en etnisch profileren en geven zij als zodanig mede invulling aan het discriminatieverbod van artikel 1 Protocol 12 EVRM. Ook daarom had de rechtbank deze bepalingen en rechtspraak moeten betrekken bij haar oordeel over de vorderingen.

⁷⁶ *Trb.* 1992, 74.

⁷⁷ *Trb.* 1957, 91.

- 15.7. Verder is ook het Unierechtelijke kader, zoals dat in § 10.7 hierboven en de dagvaarding uitvoerig is aangevoerd,⁷⁸ van VWEU tot de Schengengrenscodes, niet zomaar gelijk te stellen aan de anti-discriminatie toets van artikel 1 Protocol 12 EVRM.
- 15.8. Kortom, de rechtbank had bovengenoemde vorderingsgrondslagen wel in haar oordeel moeten betrekken omdat, anders dan de rechtbank in rov. 7.6 heeft geoordeeld, toetsing aan deze bepalingen wel tot een andere uitkomst leidt, namelijk tot de bevinding dat sprake is van een schending van de verplichtingen die voortvloeien uit artikelen 2 en 5 IVUR, artikel 26 IVBPR, artikel 21 Handvest EU, artikel 18 VWEU én van artikel 1 Protocol 12 EVRM.
- 16. Grief 4: opzet MTV en werkwijze in de praktijk (Rb. rov. 8.2-8.4)**
- 16.1. **Grief 4: De overwegingen van de rechtbank in rov. 8.2 tot en met 8.4 schetsen een onjuist beeld van de opzet van het MTV en de werkwijze van de KMar in de praktijk**
- 16.2. De rechtbank heeft geoordeeld dat de rechtmatigheid van de opzet van het MTV zelf tussen partijen niet in geschil is (rov. 8.2). De rechtbank heeft in aanmerking genomen dat bij een MTV-controle in beginsel iedereen staande kan worden gehouden (rov. 8.3). De rechtbank heeft geoordeeld dat het MTV niet gericht is op de opsporing van strafbare feiten, maar dat bij de uitvoering van het MTV in concrete gevallen een verdenking zou kunnen opkomen van strafbare feiten die samenhangen met illegale migratie, zoals mensensmokkel en fraude met reis- of identiteitsdocumenten (rov. 8.4).
- 16.3. Op zichzelf is juist dat, volgens de wet (artikel 50 Vw 2000 jo. artikel 4.17a Vb 2000) het MTV uitsluitend wordt uitgeoefend in het kader van toezicht op vreemdelingen en op basis van informatie of ervaringsgegevens over illegaal verblijf na grensoverschrijding of in beperkte mate met het oog op verkrijgen van informatie over illegaal verblijf (artikel 4.17a lid 2 Vb 2000).
- 16.4. De rechtbank heeft met de bestreden overwegingen echter miskend dat de MTV-controles en daarbij gebruikte risicoprofielen en selectiebeslissingen in de praktijk niet alleen gericht zijn op het tegengaan van illegaal verblijf na grensoverschrijding, maar ook op de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit, en in de praktijk ook daarvoor worden ingezet. Dit blijkt uit de beschrijving van de werkwijze van de KMar in § 11 hierboven.

⁷⁸ Inl. dgv. § 196-233.

- 16.5. De KMar gebruikt een bestuursrechtelijke toezichthoudende controlebevoegdheid om proactieve controles uit te voeren, die ook zijn gericht op de bestrijding van (grensoverschrijdende) criminaliteit. Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, 1) heeft het MTV in de praktijk wel degelijk gericht op de bestrijding van criminaliteit: zie § 11.3-11.4 hierboven en 2) wordt het MTV daarvoor ook gebruikt in de praktijk: zie § 11.10-11.15 hierboven. De oordelen van de rechtbank in rov. 8.2 en rov. 8.4 dat de opzet van het MTV zelf niet tussen partijen in geschil is, en dat het MTV niet de opsporing en vervolging van strafbare feiten tot doel heeft, zijn dus onjuist.
- 16.6. Hoewel de wettelijke grondslag van het MTV met zich brengt dat de selectie van mensen voor een controle in de eerste plaats moet zijn ingekleurd door de vreemdelingenrechtelijke grondslag van het MTV, is de vervlechting met strafrechtelijke handhaving een fundamenteel kenmerk van het MTV (zie § 11.4).⁷⁹ Kenmerkend is daarbij dat door middel van het MTV proactieve controles worden uitgevoerd, die ook zijn gericht op de bestrijding van (grensoverschrijdende) criminaliteit en waarbij dus geen sprake is van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit.
- 16.7. In elk geval werkt de KMar bij MTV-controles ook met risicoprofielen over grensoverschrijdende criminaliteit, waarin ras een indicator is, en neemt de KMar op grond van ras selectiebeslissingen in het kader van grensoverschrijdende criminaliteit bij de uitvoering van MTV-controles: zie § 11.9-11.15.
- 16.8. Uit het voorgaande volgt dat de inzet van het MTV ook gericht is op criminaliteitsbestrijding (§ 11.3-11.4), en dat de KMar dit ook in de praktijk brengt (§ 11.10-11.15). Daarmee is bij het MTV sprake van een vervlechting van vreemdelingrechtelijke en strafrechtelijke taken.
- 16.9. Deze vervlechting van vreemdelingrechtelijke en strafrechtelijke taken is daarom ook zo problematisch omdat de KMar de drempel van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit omzeilt, wanneer zij tijdens de MTV-controles in feite de politietaak uitoefent. Tijdens MTV-controles "[kan] in beginsel iedereen worden staande gehouden" (rechtbank, rov. 8.3) zonder dat een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit is vereist, ook indien het risicoprofiel ziet op grensoverschrijdende criminaliteit. Hoewel in beginsel iedereen kan worden staande gehouden, worden enkel die mensen geselecteerd die voldoen aan het

⁷⁹ Van der Woude, Dekkers en Brouwe 2015, p. 31 (productie 100).

risicoprofiel op persoonsniveau waarin ras (soms) een indicator is. Ras is geen objectieve indicator voor schuld aan enig strafbaar feit en mag dit ook niet zijn.⁸⁰

17. Grief 5: profielindicatoren niet neutraal en objectiveerbaar (Rb. rov. 8.5)

17.1. **Grief 5: In rov. 8.5 overweegt de rechtbank ten onrechte, dat de profielindicatoren (ten aanzien van de risicoprofielen aan de hand waarvan de MTV-controleacties worden gepland) steeds neutraal en objectiveerbaar zijn en dat etniciteit geen profielindicator is in de profielen die de KMar gebruikt bij het MTV.**

17.2. Met de bestreden overweging heeft de rechtbank miskend dat de KMar ras wel degelijk gebruikt als profielindicator. Overigens heeft de rechtbank ook miskend dat de profielindicatoren niet steeds neutraal en objectiveerbaar zijn.

17.3. Allereerst hebben Amnesty International c.s. in eerste aanleg meerdere voorbeelden aangedragen waaruit blijkt dat de KMar risicoprofielen gebruikt waarin ras een indicator is.⁸¹ De Staat heeft dit betwist maar daar geen bewijs voor aangedragen. De rechtbank had, zeker gezien het onderwerp van de deze procedure – het recht niet gediscrimineerd te worden op grond van ras – niet met de blote betwisting door de Staat genoeg mogen nemen, maar had hogere eisen moeten stellen aan de motivering van de betwisting door de Staat. Dit geldt temeer gezien:

- a. ECRI Aanbeveling 7, punt 11 (zie § 10.5.1 hierboven),
- b. de vaste EHRM-rechtspraak (zie § 10.6.12 hierboven),
- c. omdat de Staat ook leeftijd en geslacht onterecht presenteert als neutrale criteria terwijl dit juridisch beschermde gronden zijn op grond waarvan geen onderscheid mag worden gemaakt, en
- d. omdat het hier gaat om bewijs in het domein van de Staat, dat de Staat aan appellanten niet wil verstrekken. Amnesty International c.s. hebben de Staat verzocht om verstrekking van (onder meer) de risicoprofielen die het afgelopen jaar gebruikt zijn. De Staat heeft deze verstrekking geweigerd (**productie 103**). NJCM heeft vervolgens een Wob-verzoek gedaan (**productie 104**). De Staat heeft bij de ontvangstbevestiging al aangekondigd dat hij geen risicoprofielen zal verstrekken ("*Huidige indicatoren en risicoprofielen zullen op grond van de Wob ook niet openbaar gemaakt worden*", **productie**

⁸⁰ Inl. dgv. § 147.

⁸¹ Onder andere Plta-Amnesty § 4.5 en verder.

105). De Staat heeft op de datum van deze memorie van grieven nog niet beslist op het Wob-verzoek, waarop NJCM de Staat in gebreke heeft gesteld (**producties 106 en 107**). Het rechtsgevolg hiervan moet zijn dat de rechter de stelling van Amnesty International c.s. dat de KMar ras gebruikt als profielindicator in de risicoprofielen, als vaststaand aanneemt, of deze stellingen voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de Staat.⁸²

- 17.4. In elk geval staat vast dat ras onderdeel is van de risicoprofielen die door de KMar worden gebruikt bij selectiebeslissingen van personen voor een MTV-controle. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit een verklaring van een vertegenwoordiger van de Kmar ter zitting:⁸³

"U vraagt of, als er nu meer informatie gestuurd en meer aan de hand van het gedrag van personen wordt geselecteerd, het nog noodzakelijk is om etnische kenmerken in het profiel mee te nemen. De huidskleur is nooit het enige onderdeel van een profiel, maar in sommige situaties zijn etnische kenmerken toch nodig voor een MTV-profiel. Als je de etnische kenmerken uit een profiel zou weglaten doet dat af aan het systeem van Informatie Gestuurd Optreden (IGO). De controles worden minder effectief."

- 17.5. Op grond van het voorgaande oordeelt de rechtbank dan ook ten onrechte dat ras geen onderdeel is van de risicoprofielen die tijdens de MTV-controle worden gebruikt.
- 17.6. Ten tweede miskent de rechtbank met de bestreden overweging dat ook het gebruik van ogenschijnlijk neutrale indicatoren, zoals 'hoofddekseel', zeer wel indirecte discriminatie kunnen opleveren, omdat het gebruik van die indicatoren personen van een bepaald ras in vergelijking met anderen met een ander ras bijzonder benadeelt.⁸⁴ Het is (mede) daarom dat Amnesty International c.s. hebben gevorderd de Staat te bevelen om ervoor te zorgen dat bij de uitvoering van MTV-controles geen directe of indirecte discriminatie plaatsvindt.

⁸² HR 15 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083 (*NoordNederlands Effectenkantoor/Mourik*), rov. 3.4: "Het is in beginsel aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt, overgelaten welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht indien een partij op wie een verzwaarde stelplicht rust, daaraan niet voldoet. Wel zal het in de regel meer voor de hand liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij, als onvoldoende betwist, op de voet van art. 149 lid 1 Rv. als vaststaand aanneemt, hetzij deze stellingen voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust."

⁸³ P-V zitting eerste aanleg, § 15; zie ook Leijten, rondetafelgesprek, geciteerd in § 8.4 hierboven.

⁸⁴ Zie *Biao/Denemarken* (voetnoot 38 hierboven) en ook inl. dgv. § 186, 226, 227, 228 en 249.

18. Grief 6: de evenredigheidstoets (Rb. rov. 8.8)

- 18.1. **Grief 6: De rechtbank overweegt ten onrechte in rov. 8.8 dat de evenredigheidstoets bij artikel 1 Protocol nr. 12 EVRM enkel bestaat uit de beoordeling van de geschiktheid van het middel, de proportionaliteit en de subsidiariteit en niet ook omvat of het gebruik van etniciteit bij selectiebeslissingen ook noodzakelijk is.**
- 18.2. Amnesty International c.s. begrijpen deze overweging zo dat de rechtbank hiermee vooropstelt *hoe* zij zal onderzoeken of een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat voor het (mogelijke) gebruik van ras als selectie-indicator bij selectiebeslissingen in het kader van het MTV:
- is het middel geschikt om het nagestreefde doel te bereiken, dat wil zeggen kan het gebruik van ras bij selectiebeslissingen bijdragen aan de effectiviteit van het MTV?
 - gaat het gebruik van ras bij selectiebeslissingen niet verder dan daarvoor nodig is (proportionaliteit)?
 - zijn er geen redelijke alternatieven voor het gebruik van gebruik van ras bij selectiebeslissingen (subsidiariteit)?
- 18.3. Het bovenvermelde onderzoek voert de rechtbank vervolgens uit in rov. 8.9 (geschikt middel), rov. 8.10 (proportionaliteit) en 8.11-8.12 (subsidiariteit).
- 18.4. De rechtbank heeft met haar vooropstellingen in rov. 8.8 echter miskend dat moet worden getoetst of er zeer zwaarwegende reden bestaan voor het maken van onderscheid op grond van ras, waarbij wordt beoordeeld of een redelijke verhouding bestaat tussen het doel en het middel, in de zin dat het onderscheid een geschikt, noodzakelijk en proportioneel middel vormt om het gestelde doel te verwezenlijken. De rechtbank laat ten onrechte de noodzakelijkheidstoets achterwege (zie § 10.6.9 hierboven) en onderzoekt alleen of het onderscheid op grond van ras geschikt en proportioneel is.
- 18.5. Volgens het EHRM is voor de rechtvaardigingstoets, nu sprake is van onderscheid op een verdachte grond, van belang of het gemaakte onderscheid op grond van ras voor de verwezenlijking van het doel *onmisbaar* is.⁸⁵ Daarbij moet de vraag worden gesteld: is het doel feitelijk onbereikbaar zonder het gemaakte onderscheid?
- 18.6. Het middel, onderscheid maken op grond van ras, is *niet* onmisbaar voor risico-profielen op persoonsniveau en selectiebeslissingen voor controles die zien op

⁸⁵ Gerards 2004 (productie 95), p.195. Zie ook *Karner/Oostenrijk*, § 40-42.

het tegengaan van illegaal verblijf na grensoverschrijding. Het is immers niet bewezen effectief als indicator voor illegaal verblijf na grensoverschrijding, omdat etniciteit niets zegt over verblijfsrecht, hetgeen Amnesty International c.s. in Grief 7 uiteenzetten.

- 18.7. Onderscheid op grond van ras is een middel dat in elk geval niet noodzakelijk is in een democratische samenleving. Sterker nog, het is noodzakelijk in een democratische samenleving om dit niet te doen, omdat het de fundamentele beginselen van onze samenleving ondermijnt.
- 18.8. Bovendien heeft de KMar laten weten te willen stoppen met het gebruik van ras als indicator in risicoprofielen en selectiebeslissingen (zie hierboven § 8.1). Het MTV kán dus kennelijk wel worden uitgevoerd zonder mensen op grond van hun ras verschillend te behandelen. Dat levert een belangrijke aanwijzing op dat het gebruik van ras ook niet *noodzakelijk* is voor het vreemdelingtoezicht. Als het gebruik van ras daarvoor niet noodzakelijk is, kan het ook geen evenredig middel zijn.
- 18.9. Hoe dan ook is het aan de Staat om aan te tonen dat het maken van onderscheid op grond van ras noodzakelijk is. Zie ECRI Aanbeveling 7, punt 11 (zie § 10.5.1 hierboven) en de vaste EHRM-rechtspraak dat, wanneer eenmaal een verschil in behandeling is aangetoond, het aan de Staat is, dat te rechtvaardigen ("*Once the applicant has shown that there has been a difference in treatment, it is then for the respondent Government to show that the difference in treatment could be justified*", zie § 10.6.12 hierboven). De rechtbank had dit in de bestreden overweging moeten betrekken.
- 18.10. Concluderend: de rechtbank had derhalve (ook) moeten beoordelen of het verschil in behandeling op grond van ras noodzakelijk (in de zin van: onmisbaar) is. Die beoordeling had de rechtbank moeten brengen tot het oordeel dat van dergelijke noodzakelijkheid geen sprake is. Bijgevolg kan evenmin sprake zijn van een objectieve en redelijke rechtvaardiging – in de zin van *very weighty reasons*; zie § 10.6.13-10.6.15 en 10.6.20-10.6.22 hierboven – voor het gebruik van in het kader van het MTV ras als indicator in risicoprofielen en selectiebeslissingen.
19. **Grief 7: etnische uiterlijke kenmerken als selectie criterium (Rb. rov. 8.9)**
- 19.1. **Grief 7: In rov. 8.9 oordeelt de rechtbank dat het MTV gericht is op bestrijding van illegaal verblijf in Nederland, zodat het verkrijgen van concrete duidelijkheid over identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie van**

een individu bij de controles centraal staat. Vervolgens oordeelt de rechtbank ten onrechte:

(i) **"Het kunnen vaststellen van de nationaliteit of geografische herkomst van een persoon is voor de doeltreffendheid van het MTV van zwaarwegend belang, omdat die bepalend kunnen zijn voor iemands verblijfsstatus hier te lande."**

en vervolgens:

(ii) **"Etnische uiterlijke kenmerken hóeven niet, maar kúnnen wel een objectieve aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit."**

en dan:

(iii) **"Dat dit dan gebeurt op basis van een aannname over de vermeende nationaliteit, doet daar niet aan af. De controle vindt immers mede plaats juist omdat de nationaliteit niet al bekend is."**

19.2. Amnesty International c.s. begrijpen rov. 8.9 zo dat de rechtbank hier beoordeelt of het middel (het gebruik van ras bij selectiebeslissingen) geschikt is om het nagestreefde doel (een effectief MTV) te bereiken. Amnesty International c.s. richten hierna grieven tegen alle drie hierboven weergegeven oordelen.

19.3. **Ad (i): het kunnen vaststellen van iemands geografische herkomst**

19.3.1. Zoals de rechtbank overweegt, is het MTV gericht is op bestrijding van illegaal verblijf in Nederland. In dat kader mag de KMar personen staande houden, ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie.⁸⁶ Het MTV is dus *niet* gericht op de vaststelling van iemands geografische herkomst, zodat 'het kunnen vaststellen' daarvan evenmin van belang is voor de doeltreffendheid van het MTV (laat staan: van zwaarwegend belang).

19.3.2. Uit het vonnis wordt ook niet duidelijk wat de rechtbank precies bedoelt met de 'geografische herkomst' van een persoon. Als de rechtbank hiermee doelt op iemands geboorteplaats, zegt dat niets over rechtmatig verblijf. Ook over de nationaliteit van een persoon zegt het weinig: een Nederlander kan in Gouda geboren zijn of in Kiev of Kabul.

⁸⁶ Zie artikel 50 lid 1 Vw 2000 en artikel 4.17a lid 1 Vb 2000.

- 19.3.3. Kortom: geografische herkomst is niet bepalend voor iemands verblijfsstatus hier te lande (productie 89)⁸⁷ en dus evenmin van (zwaarwegend) belang, zoals de rechtbank overweegt.
- 19.4. **Ad (ii): etnische uiterlijke kenmerken als objectieve aanwijzing voor herkomst of nationaliteit**
- 19.4.1. De rechtbank oordeelt vervolgens: "*etnische uiterlijke kenmerken hóeven niet, maar kúnnen wel een objectieve aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit*". De rechtbank oordeelt hier kennelijk dat het gebruik van ras bij selectiebeslissingen geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken. Mede op basis van dit oordeel komt de rechtbank in rov. 8.13 tot de conclusie dat voor het (mogelijke) gebruik van ras als een selectie-indicator bij selectiebeslissingen in het kader van het MTV in het algemeen een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat. Amnesty International c.s. hebben grote en ernstige bezwaren tegen dit oordeel.
- 19.4.2. Aan die bezwaren laten Amnesty International c.s. voorafgaan dat het aan de Staat is om te bewijzen dat een 'objectieve en redelijke rechtvaardiging' bestaat voor het verschil in behandeling van mensen tijdens MTV-controles. Het is dus de Staat die belast is met het bewijs dat het voor de effectiviteit van het MTV noodzakelijk, geschikt en evenredig is om mensen verschillend te behandelen, al naar gelang hun ras (10.6.12). Daarvan is uitsluitend sprake indien de Staat "*very weighty reasons*" heeft voor het verschil in behandeling: dat wordt zo strikt als mogelijk beoordeeld (§ 10.6.13-10.6.15, 10.6.20-10.6.22 en 14.6-14.9 hierboven).
- 19.4.3. Volgens de rechtbank hóeven etnische uiterlijke kenmerken niet, maar kúnnen zij wel, een objectieve aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit. Amnesty International c.s. bestrijden dát etnische uiterlijke kenmerken een aanwijzing zijn voor iemands herkomst, nationaliteit of verblijfsstatus. Het oordeel dat ras, anno 2021 en 2022, een objectieve aanwijzing kan zijn voor iemands herkomst of nationaliteit, is voor Amnesty International c.s. (en vele anderen) onacceptabel. Dit standpunt is volstrekt onjuist en gaat uit van een verouderd, problematisch en onjuist beeld van burgerschap dat erop neerkomt dat er een typische Nederlander bestaat en dat die Nederlander wit is. Dit beeld is om verschillende redenen verkeerd.

⁸⁷ Terlouw & Grütters 2021.

- 19.4.4. Zo kent Nederland ten eerste al ruim vierhonderd jaar inwoners en burgers met een niet-witte huidskleur (**productie 108**).⁸⁸
- 19.4.5. Ten tweede had Nederland eeuwenlang een koloniaal rijk met veel niet-witte onderdanen. Velen van hen hebben zich in de afgelopen eeuwen in Europees Nederland gevestigd en een deel van het niet Europese rijk behoort ook nu nog tot het Nederlands Koninkrijk.
- 19.4.6. Ten derde is Nederland al sinds het ontstaan een migratieland geweest. Van de Portugese Joden en de Franse en Vlaamse protestanten, tot de Italiaanse, Turkse en Marokkaanse gastarbeiders en vluchtelingen uit alle delen van de wereld: 'de Nederlander' als onderdeel van een homogene etnische groep bestaat niet en heeft nooit bestaan.
- 19.4.7. Die migratie heeft tot gevolg dat in 2021, volgens het CBS, een kwart van de Nederlanders een migratieachtergrond heeft. In Den Haag, Rotterdam en Amsterdam, de steden met de grootste luchthavens van Nederland, heeft meer dan de helft van de inwoners een migratieachtergrond (**productie 109**).⁸⁹ Alles bij elkaar opgeteld heeft, volgens schattingen, slechts 2% van de Nederlanders géén buitenlandse voorouders.⁹⁰
- 19.4.8. In 2020 had 91% van de inwoners van Nederland de *Nederlandse nationaliteit*. Onder hen zijn dus veel niet-witte mensen. Maar ook onder de 9% van de inwoners *zonder* de Nederlandse nationaliteit zijn zowel witte als niet-witte mensen. De meerderheid van de mensen *zonder* de Nederlandse nationaliteit in Nederland, 62%, bestaat uit arbeidsmigranten en expats uit Europa (**productie 110**).⁹¹ Hieronder vallen dus ook bijvoorbeeld de witte uitwisselingsstudent uit Duitsland en de zwarte zakenman uit Groot-Brittannië.
- 19.4.9. Kortom: veel mensen *zonder* de Nederlandse nationaliteit kunnen er in de ogen van een KMar medewerker wel 'Nederlands' (lees: wit) uitzien, terwijl veel mensen *mét* de Nederlandse nationaliteit er (volgens de KMar) 'niet-Nederlands' (lees: niet-wit) zullen uitzien. Ras is dan ook geen objectieve indicator voor nationaliteit.

⁸⁸ Harmen van Dijk, 'De eerste zwarte Amsterdammers waren geen slaven maar trotse zeevaarders', *Trouw* 7 maart 2020 ("Ze kwamen begin zeventiende eeuw mee met Portugese Joden, die voor de inquisitie vluchtten").

⁸⁹ <https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-asiel-migratie-en-integratie/hoeveel-mensen-met-een-migratieachtergrond-wonen-in-nederland>

⁹⁰ <https://vijfeeuwenmigratie.nl/>

⁹¹ <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/03743/table>

- 19.4.10. Noch ras, noch de kleur van iemands huid, de vorm van het haar, de kaaklijn, of de stand van de ogen zegt dan ook maar iets over de vraag of diegene een burger is van Nederland of van India of Nigeria.
- 19.4.11. Het oordeel van de rechtbank dat het wél iets over iemands herkomst of nationaliteit kán zeggen is onjuist. Áls men al zou kunnen bepalen hoe 'de Nigeriaan' er (gemiddeld) uitziet, dan kunnen veel mensen die aan dat stereotype voldoen net zo goed Nederlander of Brit zijn. En velen die niet aan het stereotype voldoen zullen wél Nigeriaan zijn; er leven in Nigeria alleen al 250 verschillende bevolkingsgroepen, van de Hausa en de Yoruba tot de nazaten van de Britse koloniatoren.
- 19.4.12. Het stellen dat hoe men eruitziet een indicatie kan zijn van iemands (vermeende) nationaliteit is dan ook niet alleen onjuist, ondoelmatig en niet effectief (en niet relevant, want het gaat om verblijfspositie); het is ook bijzonder pijnlijk en schadelijk voor alle Nederlanders die niet-wit zijn.
- 19.4.13. De werkwijze van de KMar, waarbij ras gebruikt wordt in risicoprofielen (zie § 17 hierboven) en selectiebeslissingen suggereert dat niet-witte mensen vaker een niet-rechtmatig verblijf hebben en daarom uit de rij mogen worden gehaald. Met als gevolg dat niet-witte mensen (waaronder Nederlandse burgers) door deze werkwijze eerder en vaker dan witte mensen uit de rij worden gepikt.
- 19.4.14. Op basis van de overweging van de rechtbank zal het ras van de appellanten [appellant 2] en [appellant 1] altijd mee kunnen blijven spelen in de beslissing om ze uit de rij te halen. Ze zijn immers zwart, dus het hóeft niet, maar het kán wel dat ze geen geldige verblijfsvergunning hebben. Dit bevestigt precies het pijnpunt waarom zij (en alle appellanten) deze rechtszaak gestart zijn. Het is voor hen, en voor alle inwoners in Nederland, van belang dat deze overweging van de rechtbank niet in stand blijft.
- 19.4.15. De reden voor de KMar om onderscheid te maken naar ras is kennelijk dat de KMar de kans groter acht dat mensen met een bepaald ras of (vermeende) nationaliteit illegaal in Nederland verblijven en/of zich schuldig maken aan grensgerelateerde criminaliteit (zie grief 4, § 16) dan mensen zonder dat ras.⁹² Daar spelen (on)bewuste aannames een rol bij. Deze werkwijze geeft blijk van raciale stereotypen over bepaalde bevolkingsgroepen vanwege hun ras. Algemene, negatieve opvattingen over bepaalde groepen – zoals de opvatting dat personen

⁹² Ook al mag de selectiebeslissing vanuit de MTV natuurlijk niet gebaseerd zijn op vermeend crimineel gedrag, het gebeurt wel: de heer [appellant 1] werd wel uit de rij gehaald als potentieel geldsmokkelaar.

met een bepaalde nationaliteit of ras zich vaak schuldig maken aan bepaalde criminele activiteiten – zijn dan ook discriminerend en kunnen immers geen rechtvaardiging bieden voor een ongelijke behandeling (zie § 10.6.16 hierboven).

- 19.4.16. Amnesty International c.s. zien hun stelling dat ras niets zegt over iemands burgerschap of verblijfsstatus, bovendien bevestigd door de *Williams Lecraft/Spanje*-uitspraak (§ 10.4.5),⁹³ de diverse commentaren in de media (§ 7 hierboven) en professor Terlouw, die opmerkt:⁹⁴
- "De effectiviteit van het controleren op etniciteit is nooit aangetoond. De verplichting tot het aantonen van de effectiviteit ligt bij de KMar die de discriminerende controles uitvoert. Het is ook onwaarschijnlijk dat de controles effectief zijn omdat etniciteit niets zegt over verblijfsstatus.
 - Als een maatregel niet effectief is kan die per definitie nooit proportioneel zijn."
- 19.4.17. Kortom: het oordeel van de rechtbank dat etnische uiterlijke kenmerken niet een objectieve aanwijzing hóeven maar wel kúnnen zijn voor iemands herkomst of nationaliteit, is onjuist.
- 19.4.18. Ten slotte: zelfs als het juist zou zijn (wat het niet is) dat etnische uiterlijke kenmerken een objectieve aanwijzing kúnnen maar niet hóeven zijn voor iemands herkomst of nationaliteit, zoals de rechtbank oordeelt, dan lijkt het geen twijfel dat de enkele *mogelijkheid* dat etnische uiterlijke kenmerken een aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit, veruit te mager is om over de "very weighty reasons" drempel te komen. Het valt niet in te zien hoe de KMar zeer zwaarwegende redenen heeft om onderscheid te maken naar ras, als dat niet eens (enige mate van) zekerheid oplevert over iemands herkomst, nationaliteit of verblijfsrecht (wat het niet doet). Als ras geen bewezen effectieve indicator is voor verblijfsrecht, kan het ook geen 'geschikt middel' zijn – laat staan *onmisbaar*: zie grief 6 in § 18 hierboven – in de zin van het EVRM.
- 19.5. **Ad iii. Selectie op basis van vermeende nationaliteit**
- 19.5.1. De rechtbank heeft in rov. 8.9 ten slotte overwogen: "*Etnische uiterlijke kenmerken hóeven niet, maar kúnnen wel een objectieve aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit. Dat dit dan gebeurt op basis van een aanname over de*

⁹³ *Williams Lecraft/Spanje*, rov. 7.2: "the physical or ethnic characteristics of the persons subjected thereto should not by themselves be deemed indicative of their possible illegal presence in the country".

⁹⁴ Gespreksnotitie Terlouw, p. 2.

vermeende nationaliteit, doet daar niet aan af. De controle vindt immers mede plaats juist omdat de nationaliteit niet al bekend is".

- 19.5.2. Wanneer de KMar echter op basis van een *aanname* over iemands vermeende nationaliteit iemand selecteert voor controle, betekent dat in de praktijk dat de KMar juist niet selecteert op nationaliteit, maar op ras. Voorafgaand aan de selectiebeslissing kan de KMar immers niet aan iemand zien welke nationaliteit diegene heeft: dat kan zij pas vaststellen bij de controle van het legitimatiebewijs of paspoort. Onderscheid naar nationaliteit of nationaliteiten houdt in de praktijk van het MTV dus onderscheid naar ras in, hetgeen het EHRM als vorm van rasdiscriminatie aanduidt ("*Discrimination on account of one's actual or perceived ethnicity is a form of racial discrimination*": zie § 10.6.11 hierboven).

20. Grief 8: etniciteit als (beslissende) indicator in 'optelsom' (Rb. rov. 8.10)

- 20.1. **Grief 8: In rov. 8.10 oordeelt de rechtbank ten onrechte dat het gebruik van etniciteit als selectie-indicator niet verder gaat dan redelijkerwijs nodig is. In dat verband oordeelt de rechtbank ten onrechte als volgt:**

- a. ***"Als iemands etniciteit een rol speelt, is dat als een onderdeel in een optelsom van samenhangende indicatoren voor een concrete selectiebeslissing. Dat dit in de optelsom uiteindelijk de doorslag geeft, is inderdaad denkbaar, maar dat is, gelet op het doel van het MTV niet per definitie of in het algemeen gesproken onevenredig."***
- b. ***"Het betekent evenmin dat het gebruik van etniciteit in het MTV in het algemeen steeds leidt tot een verschil in behandeling dat louter of in overwegende mate is gebaseerd op etniciteit."***
- c. ***"Dat een bepaalde selectie-indicator (of dat nu huidskleur is, leeftijd, geslacht, gedrag of iets anders) op enig moment beslissend is om wel of niet tot een selectie voor controle te besluiten, maakt die indicator niet om die reden de enige relevante of de meest zwaarwegende."***

- 20.2. Amnesty International c.s. bestrijden dat het gebruik van ras als selectie-indicator niet verder zou gaan dan redelijkerwijs nodig is – dus: evenredig of proportioneel is – en formuleren hierna grieven tegen de bovenstaande oordelen.

20.3. Ad. a. Etniciteit (ras) als doorslaggevend element in de optelsom van samenhangende indicatoren voor een concrete selectiebeslissing

- 20.3.1. De rechtbank oordeelt in rov. 8.10 ten onrechte dat het niet "*niet per definitie of in het algemeen gesproken onevenredig*" is wanneer iemands etniciteit, in de

optelsom van samenhangende indicatoren voor een concrete selectiebeslissingen, "uiteindelijk de doorslag geeft".

- 20.3.2. Dit oordeel is allereerst onjuist gelet op de lijn in de EHRM-jurisprudentie. Wanneer ras 'uiteindelijk de doorslag geeft' voor een selectiebeslissing ("*but for*", zie § 10.6.8 hierboven), gaat het daarmee per definitie om een verschil in behandeling dat "*to a decisive extent*" (in beslissende mate; de doorslag gevend) is gebaseerd op ras. Daaraan doet niet af dat er ook andere indicatoren in de optelsom betrokken worden. Een verschil in behandeling dat "*exclusively or to a decisive extent*" op ras is gebaseerd, kan nooit objectief gerechtvaardigd zijn, ook niet bij vreemdelingentoezicht (zie § 10.6.12 hierboven)
- 20.3.3. Ten tweede blijkt uit niets in rov. 8.10 dat de rechtbank de toepasselijke, zeer strenge "*very weighty reasons*"-toets nog voor ogen heeft gehad. Dat die toets zo streng is blijkt ook wel daaruit dat het EHRM, bij klachten over onderscheid op een verdachte grond (ras, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming), een beoordeling van de verhouding tussen middel en doel veelal zelfs achterwege laat.⁹⁵ Uit het enkele feit dat sprake is van onderscheid op een verdachte grond leidt het EHRM al impliciet af dat dit onderscheid niet toelaatbaar is.⁹⁶ Die verdenking kan alleen vervallen indien de Staat zeer zwaarwegende redenen (die niet zijn gerelateerd aan etniciteit)⁹⁷ aandraagt die de ongelijke behandeling billijken.
- 20.3.4. De rechter die moet beoordelen of het gekozen middel in redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel, moet daarbij per definitie ook het gekozen middel en het nagestreefde doel waarderen. Oftewel: heiligt het doel de middelen? Een dergelijke beoordeling resp. waardering ontbreekt echter in het vonnis. Zo heeft de rechtbank ten onrechte niet gewaardeerd welke 'winst' voor het MTV het gebruik van ras ter selectie van de te controleren personen oplevert. Evenmin heeft de rechtbank in het kader van de proportionaliteitsbeoordeling gewaardeerd welke schade dergelijke gebruik van ras voor het maken van selectiebeslissing toebrengt. Dat impliceert dat de rechtbank ook geen goede proportionaliteitsbeoordeling heeft kunnen maken.

⁹⁵ Gerards 2004 (productie 95), p. 195; EHRM 8 juli 2003, (GC) no. 31871/96, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003187196 (*Sommerfeld v. Germany*), rov. 93; vgl. *Timishev/Rusland*, par. 58.

⁹⁶ Zie *Sejdić & Finci/Bosnië-Herzegovina*; Gerards 2017 (productie 97), p. 10; Gerards 2004 (productie 95), p. 195.

⁹⁷ EHRM inzake *Biao* (voetnoot 38 hiervoor), rov. 114; EHRM 13 november 2007, no. 57325/00 (*D.H. and others v. the Czech Republic*).

- 20.3.5. Amnesty International c.s. betwijfelen ten zeerste óf, en zo ja in hoeverre, het MTV überhaupt effectiever wordt door ras te gebruiken ter selectie van te controleren personen. Hoe dan ook is het aan de Staat om dat aan te tonen, en daarin is de Staat niet geslaagd (zie ook § 19.4.2 e.v. hierboven). Voor Amnesty International c.s. staat echter wel als een paal boven water dat de schade die dientengevolge wordt geleden, groot is.⁹⁸ Vele Nederlanders voelen zich daardoor buitengesloten; waarbij de beroering na het vonnis (§ 7 hierboven) een goede indicatie geeft van de omvang van het probleem. Dat deze maatschappelijke schade reëel is, blijkt ook daaruit dat de KMar omwille van haar "*legitimiteit en het maatschappelijk vertrouwen*" heeft aangekondigd haar werkwijze te willen veranderen.
- 20.3.6. Het voorgaande wordt niet anders doordat ras 'slechts één factor' in de optelsom is. Integendeel: dit roept juist de vraag op waarom de KMar in haar optelsom van factoren niet zou kunnen volstaan met deze andere factoren.
- 20.4. **Ad b. Het gebruik van etniciteit (ras) in het MTV zou niet in het algemeen steeds leiden tot een verschil in behandeling dat louter of in overwegende mate gebaseerd is op etniciteit (ras)**
- 20.4.1. Amnesty International c.s. hebben tegen het bestreden oordeel (rov. 8.10, voorlaatste volzin) in de kern twee bezwaren.
- 20.4.2. Ten eerste is niet doorslaggevend of het verschil in behandeling in het MTV niet "*louter of in overwegende mate*" op ras is gebaseerd: dat is hoe dan ook nooit toegestaan.⁹⁹ Het oordeel dat een verschil in behandeling dat niet louter of in overwegende mate op ras is gebaseerd, geen discriminatie zou opleveren, betreft een ongeldige *a contrario*-redenering. Immers: indien het verschil in behandeling in het MTV niet louter of in overwegende mate op ras zou zijn gebaseerd, is het reeds daarmee nog niet gerechtvaardigd of rechtmatig, zoals de Staat heeft verdedigd.¹⁰⁰ In dat geval moet de Staat namelijk aantonen dat hij "*very weighty reasons*" heeft voor het maken van het desbetreffende onderscheid (hetgeen het EHRM (vrijwel) nooit accepteert).¹⁰¹ Uit rov. 8.10 blijkt niet dat de rechtbank die maatstaf voor ogen heeft gehad. De rechtbank heeft immers niet kenbaar onderzocht of de redenen die de Staat heeft aangevoerd voor het

⁹⁸ Zie inl. dgv. § 4.7.

⁹⁹ *Timishev/Rusland*, rov. 58; HR 1 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2454 (*dynamische verkeerscontrole*), rov. 3.7.

¹⁰⁰ CvA § 8.2.

¹⁰¹ Zie *Sejdić & Finci/Bosnië-Herzegovina*; Gerards 2017 (productie 97), p. 10.

verschillend behandelen van personen op grond van hun ras, zeer zwaarwegend zijn.

- 20.4.3. Dat de *a contrario* redenering van de rechtbank onjuist is, volgt ook uit CERD Aanbeveling 36, zoals geciteerd in § 10.3.6 hierboven. Uit deze aanbeveling laat zich afleiden, dat wanneer ras *to any degree* ('in welke mate ook') wordt gebruikt door de KMar als indicator in risicoprofielen en om mensen te selecteren voor MTV-controles, dit discriminatie is. In dezelfde zin oordeelt ook het Mensenrechtencomité in *Williams Lecraft/Spanje* (§ 10.4.5). Wanneer ras wordt gebruikt als indicator voor de selectiebeslissingen door de KMar voor MTV-controles, dan vindt die selectie plaats op grond van generalisaties gebaseerd op ras, in plaats van op individueel gedrag of objectief bewijs. De KMar baseert zich dan *to any degree* op ras voor de bepaling welk individu te selecteren voor een MTV-controle. Dit is discriminatie op grond van ras.
- 20.4.4. Ten tweede heeft de rechtbank miskend dat ras, indien dit gebruikt mag worden als indicator voor selectiebeslissingen bij het MTV, wel degelijk altijd een beslissende of doorslaggevende selectie-indicator zal zijn.¹⁰² Daarom staat in deze procedure ook niet ter discussie dat er sprake is van een verschil in behandeling. Ondenikbaar is namelijk dat ras, in een optelsom van indicatoren, niet in *enige mate* of zelfs in *overwegende mate* zal bijdragen aan selectiebeslissingen voor MTV-controles. Zo is ras in ieder geval een beslissende indicator ten opzichte van andere mensen die aan het gebruikte profiel voldoen, op het etnische element na. Bijvoorbeeld: de witte, snellopende goedgeklede man op de luchthaven of de jonge, alleenreizende vrouw op een vlucht uit Italië die er volgens de KMar 'Nederlands' uitziet. Zij voldoen aan het op dat moment gebruikte risicoprofiel, op hun ras na. De beslissende reden hen *niet* uit de rij te halen (en [appellant 1] en de jonge zwarte vrouw wel) is dan gebaseerd op hun ras ("*but for*"). Datzelfde geldt voor het door de Staat aangehaalde Ford Escort voorbeeld. In pleidooi werd namens Amnesty International c.s. daarover aangegeven:

"De Staat zegt: stel dat uit politie informatie blijkt dat we speciale aandacht moeten hebben voor auto's met een blauwe kleur van het merk Ford, type Escort, bouwjaar 2005-2015.

Dan worden alleen die auto's uit de rij gehaald. Alle auto's die geen Ford zijn, of geen Escort, of een ander bouwjaar hebben, mogen doorrijden. Dus: blauw is, volgens de Staat, niet het doorslaggevende element.

¹⁰² O.a. Plta-Amnesty § 4.1 t/m 5.

Deze selectiecriteria hebben als gevolg dat alle gele, witte en rode Ford Escorts uit 2005-2015 wél mogen doorrijden. Alleen de blauwe worden uit de rij gehaald. Ten opzichte van alle andere kleuren Ford Escorts uit die jaren, zijn de blauwe altijd de klos.

De kleur is bij hen, ten opzichte van alle andere Ford Escorts uit deze periode, hét doorslaggevende element. Ook hier geldt dan weer dat selectie in overwegende mate plaatsvindt op kleur. Net als het vermeende niet-Nederlandschap van de heer [appellant 1], of de vermeende Nigeriaanse nationaliteit bij de jonge vrouwen."

- 20.4.5. Bovenstaande laat zien dat ras, indien dit onderdeel is van een optelsom van indicatoren, in vergelijkbare gevallen altijd in overwegende mate zal bijdragen aan de selectiebeslissing. Het gebruik, in welke mate dan ook, van ras als indicator in risicoprofielen of bij selectiebeslissingen voor MTV-controles, is in strijd met het verbod op discriminatie zoals vastgelegd in artikel 1 Protocol 12 EVRM en de andere door Amnesty International c.s. aangehaalde antidiscriminatiegronden.
- 20.5. **Ad c. De selectie-indicator die op enig moment beslissend is, zou niet om die reden de enige of meest zwaarwegende indicator zijn**
- 20.5.1. De rechtbank aanvaardt in rov. 8.10, laatste volzin, dat ras wel degelijk beslissend kan zijn om iemand te selecteren. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat dit deze indicator dan toch niet de enige of meest zwaarwegende zou maken. Deze redenering is niet te volgen. Als een indicator beslissend is, is deze direct ook zwaarwegend (omdat de indicator beslissend was).
- 20.5.2. Het feit dat de betreffende indicator beslissend is, betekent dat deze indicator in enige of zelfs in overwegende mate een rol speelt bij de selectiebeslissing en dat daarmee sprake is van discriminatie.
21. **Grief 9: redelijke alternatieven voor werkwijze (Rb. rov. 8.11-8.12)**
- 21.1. **Grief 9: De rechtbank oordeelt in rov. 8.11 en 8.12 ten onrechte dat er geen redelijke alternatieven zijn voor gerichte selectiebeslissingen (waarin etniciteit mede relevant kan zijn).**
- 21.2. Met de bestreden overweging heeft de rechtbank miskend dat er redelijke alternatieven zijn voor gerichte selectiebeslissingen (waarin ras mede relevant kan zijn).

- 21.3. Om te bepalen of het gemaakte onderscheid proportioneel is ten opzichte van het doel, toetst het EHRM of er geen andere middelen zijn om het doel te bereiken, die geen inbreuk maken op het recht op gelijke behandeling (subsidiariteit). Anders gezegd, of het geleden nadeel uit het laagst mogelijke niveau van schade bestaat dat noodzakelijk is om het doel te bereiken. Is er sprake van onderscheid op een verdachte grond, zoals ras, dan komt het EHRM over het algemeen tot de conclusie dat dit onderscheid niet proportioneel is en dat hier geen objectieve en redelijke rechtvaardiging voor bestaat.¹⁰³
- 21.4. De KMar heeft op 24 november 2021 ten behoeve van het rondetafelgesprek etnisch profileren met de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken¹⁰⁴ verklaard ras niet meer als indicator te willen gebruiken in risicoprofielen en selectiebeslissingen voor MTV-controles. Dit bevestigt dat de KMar zich in staat acht het MTV effectief uit te voeren zonder daarbij onderscheid naar ras te maken. Dit betekent dat er – kennelijk – redelijke alternatieven zijn voor het gebruik van ras voor het maken van selectiebeslissingen. Reeds hieruit blijkt dat het onderscheid op grond van ras niet proportioneel en subsidiair is.
- 21.5. Een redelijk alternatief voor het maken van onderscheid naar ras bij het MTV, is eenvoudigweg het MTV uit te voeren zonder onderscheid naar ras te maken. Bijvoorbeeld steekproeven dienen zich dan aan, aldus ook professor Terlouw:¹⁰⁵
- *"Tot slot, het alternatief, een steekproef waarbij de KMar - bijvoorbeeld - na het passeren van elke 25 passagiers de twee volgende passagiers controleert, is niet alleen eenvoudig om uit te voeren maar ook per definitie niet discriminerend."*
- 21.6. De rechtbank heeft hieromtrent geoordeeld dat 'louter steekproefsgewijze controles de effectiviteit van het MTV sterk zouden verminderen, omdat dan onvoldoende informatiegestuurd en dus niet gericht genoeg kan worden opgetreden'. Als gezegd: de veronderstelling dat het maken van onderscheid naar ras bijdraagt aan de effectiviteit van het MTV, wordt door Amnesty International c.s. nadrukkelijk betwist (zie inl. dgv. § 4.6 en Grief 7 hierboven), is door de Staat niet aangetoond – en ook de KMar meent dat zij zonder kan. Daarnaast: als het 'de effectiviteit van het MTV sterk zou verminderen' om niet langer onderscheid naar ras te maken, dan betekent dat dus ras wel degelijk een zwaarwegende,

¹⁰³ Zie *Sejdić & Finci/Bosnië-Herzegovina*; Gerards 2017 (productie 97), p.10; Gerards 2004 (productie 95), p. 195.

¹⁰⁴ Gespreksnotitie KMar (productie 92).

¹⁰⁵ Gespreksnotitie Terlouw (productie 98), p. 2.

beslissende rol zou spelen bij het MTV. In dat geval is het andersluidende oordeel van de rechtbank in rov. 8.10 om die reden onjuist.

22. Grief 10: over Amnesty's effectiviteitsbetoog (Rb. rov. 8.12)

22.1. **Grief 10: De rechtbank oordeelt ten onrechte in rov. 8.12 dat, nu het MTV niet op criminaliteitsbestrijding ziet, de vergelijking met en wetenschappelijke onderbouwing van het effectiviteitsbetoog (namelijk dat etnisch profileren níet effectief is) van Amnesty International c.s. niet opgaat, althans het is ten onrechte dat de rechtbank daaraan betekenis heeft toegekend.**

22.2. De rechtbank miskent hiermee opnieuw (zie grief 4) dat het MTV in de praktijk wel degelijk 1) de opsporing en vervolging van strafbare feiten ten doel heeft: zie § 11.3-11.4 hierboven en 2) daarvoor in de praktijk ook wordt gebruikt: zie § 11.10 -11.15 hierboven. Dat betekent ook dat de door Amnesty International c.s. aangedragen wetenschappelijke onderzoeken ter onderbouwing van het betoog dat etnisch profileren *niet* effectief is, wel degelijk relevant zijn voor het MTV.

22.3. De rechtbank gaat met de bestreden overweging ook voorbij aan het feit dat de Staat geen enkel wetenschappelijk bewijs heeft aangedragen dat aantoonde dat het maken van onderscheid op grond van ras effectief is in het tegengaan van illegaal verblijf na grensoverschrijding, of in het maken van inschattingen ten aanzien van personen over illegaal verblijf na grensoverschrijding. Dit kan de Staat ook niet aantonen, omdat ras geen objectieve indicator is voor verblijfsrecht, zoals uiteengezet in grief 7 (§ 19 hierboven).

22.4. De rechtbank had, gezien het feit dat de Staat geen enkel bewijs aandroeg over de effectiviteit van het gebruik van ras als indicator in risicoprofielen en voor selectiebeslissingen voor het MTV, niet aan de wetenschappelijke onderbouwing van Amnesty International c.s. dat etnisch profileren níet effectief is, voorbij mogen gaan, ook voor wat betreft het MTV dat wordt ingezet voor de vreemdelingenrechtelijke toezichtstaak van de KMar.

23. Grief 11: voortbouwende grief (Rb. rov. 8.13-8.14)

23.1. **Grief 11: voortbouwende grief tegen rov. 8.13-8.14**

23.2. De rechtbank trekt in rov. 8.13-8.14 conclusies die zijn gebaseerd op haar eerdere oordelen. Indien één van de grieven tegen die eerdere oordelen slaagt, kunnen ook de conclusies van de rechtbank in rov. 8.13-8.14 niet in stand blijven.

24. **Grief 12: algemeen verbod gerechtvaardigd en nodig (Rb. rov. 8.15-8.18)**
- 24.1. **Grief 12: De rechtbank oordeelt ten onrechte in rov. 8.15 dat het feit dat discriminatoir en daarmee onrechtmatig optreden in individuele gevallen kan voorkomen, geen algemeen verbod rechtvaardigt en dat "[d]aarvoor tenminste nodig [zou] zijn dat concrete aanknopingspunten bestaan voor de conclusie dat onrechtmatig gebruik van etniciteit bij MTV-controles min of meer structureel voorkomt", in rov. 8.17 dat de conclusie dat sprake is van een bestaande onrechtmatige uitvoeringspraktijk "niet [kan] worden gebaseerd op enkele voorvallen" en in rov. 8.18 dat het bestaan van het risico dat het gebruik van etniciteit bij MTV-controles in een concreet geval uitmondt in discriminatoir handelen, noch de reële verwachting dat het in de praktijk ook daadwerkelijk wel eens mis zal gaan, de conclusie rechtvaardigen dat in de uitvoeringspraktijk van het MTV min of meer structureel sprake is van strijd met artikel 1 Protocol 12 EVRM.**
- 24.2. De desbetreffende oordelen van de rechtbank zijn onjuist. Het is het standpunt van de Staat dat het de KMar is toegestaan mensen te selecteren voor controle mede op basis van hun etniciteit, terwijl louter steekproefsgewijze controles de effectiviteit van het MTV sterk zou verminderen. De Staat meent derhalve dat het in deze zaak gewraakte handelen van de KMar steeds mogelijk moet zijn, een en ander ter beoordeling van de KMar. Alleen al deze opstelling van de Staat in deze procedure betekent dat appellanten belang hebben bij een verbod op het gewraakte handelen van de Staat. Als het onrechtmatig is mensen te selecteren voor controle (mede) op basis van hun ras, dan is dat dus elke keer dat dit aan de orde is onrechtmatig; en dan is het gevraagde verbod dus ook voor elke keer dat die handeling zich mogelijkerwijs voordoet toewijsbaar.
- 24.3. Toewijzing van het gevorderde verbod is ook na de recente koerswijziging van de Staat nuttig en nodig. De Staat ziet in het bestreden vonnis immers een bevestiging dat het toelaatbaar zou zijn mensen te selecteren voor controle (mede) op basis van hun ras.¹⁰⁶ Daarom dient deze uitspraak vernietigd te worden en dienen de aanvankelijke vorderingen te worden toegewezen.
- 24.4. Het bestreden oordeel van de rechtbank is verder onjuist omdat op de Staat een positieve verplichting om niet te discrimineren rust, die voortvloeit uit onder meer artikel 1 Protocol 12 EVRM. Die verplichting heeft een brede, algemene strekking en ziet dus op alle gevallen van discriminatie – óók 'incidenteel' – en niet slechts op "*min of meer structurele*" discriminatie (rov. 8.15). De Staat schendt deze

¹⁰⁶ Gespreksnotitie KMar (productie 92).

(verdrags)verplichting door 'incidentele discriminatie' – "*de reële verwachting dat het in de praktijk in concrete gevallen wel eens mis zal gaan*" (rov. 8.15) – toe te laten.

- 24.5. Daarnaast ziet de rechtbank met het bestreden oordeel eraan voorbij dat (het risico op) discriminatie besloten ligt in de werkwijze waarbij immers van overheidswegen is toegestaan dat de KMar onderscheid naar ras maakt voor het selecteren van mensen voor controle. Nu het maken van onderscheid op grond van ras onderdeel is van de werkwijze, is de conclusie wel degelijk dat "*min of meer structureel sprake is van strijd met artikel 1 van Protocol nr. 12*" (rov. 8.18).
- 24.6. De bestreden doordelen zijn dus onjuist. Overigens onderbouwt geen van de in rov. 8.17 genoemde wijzigingen in de werkwijze van de KMar dat daardoor géén sprake is van een bestaande onrechtmatige uitvoeringspraktijk van het MTV waar min of meer structureel sprake is van strijd met artikel 1 Protocol 12 EVRM.
- 25. Grief 13: over de werkwijzeverbetering van de KMar (Rb. rov. 8.17)**
- 25.1. **Grief 13: De rechtbank oordeelt ten onrechte in rov. 8.17 dat de werkwijze van de KMar de afgelopen jaren is verbeterd om het risico op discriminatie te beperken.**
- 25.2. De rechtbank heeft in rov.8.17 stilgestaan bij verbeteringen die de KMar heeft doorgevoerd om het risico op discriminatie te beperken. De rechtbank miskent echter (i) dat op de Staat aanmerkelijk verdergaande verplichtingen rusten om discriminatie uit te bannen dan in rov. 8.17 wordt beschreven en (ii) dat de Staat op geen enkele wijze heeft aangetoond dat de aangepaste werkwijze het risico op discriminatie zou beperken en (iii) dat de Staat wellicht verbeteringen heeft doorgevoerd om het risico op discriminatie te beperken, maar niet de oorzaak van het probleem heeft aangepakt om het risico op discriminatie weg te nemen. Immers, ook de doorgevoerde verbeteringen laten onverlet dat de Staat nog altijd het standpunt betreft dat hij onderscheid naar ras mag maken bij de uitvoering van het MTV.¹⁰⁷ Dit betekent dat vooroordelen en onderbuikgevoelens daarmee een rol (kunnen) blijven spelen bij de uitvoering van het MTV. De verbeteringen die de KMar de afgelopen jaren heeft doorgevoerd, gaan etnisch profileren niet tegen.
- 25.3. Verder heeft de rechtbank ten onrechte voorbij gezien aan de stellingen van Amnesty International c.s. in hoofdstuk 4.5 van de dagvaarding ter zake van de

¹⁰⁷ Gespreksnotitie KMar (productie 92).

maatregelen die de KMar zou hebben genomen om non-discriminatoir handelen te waarborgen, dan wel om discriminatie of etnisch profileren bij het MTV-toezicht te voorkomen. Dit betrof ook het gebruik van de *behaviour detection* methode van *Predictive Profiling*.

- 25.4. Het nieuwe voornemen van de KMar om te stoppen met het gebruik van ras kan een belangrijke ontwikkeling in de strijd tegen discriminatie zijn. De KMar wil echter wel nationaliteit, wat wordt afgeleid uit uiterlijke kenmerken en daarmee valt onder ras, als indicator in risicoprofielen en selectiebeslissingen voor het MTV blijven gebruiken. Daarnaast hebben Amnesty International c.s. in hoofdstuk II uitgewerkt dat nog te veel onzeker over hoe dit voornemen van de KMar in de praktijk gaat uitpakken en of de KMar, en zo ja welke, waarborgen zal inzetten om (in)directe discriminatie bij het MTV te voorkomen. Ook hebben zij met een artikel uit het NRC laten zien dat de werkwijze, op 24 november 2021 nog niet veranderd was, maar dat etnisch profileren bij de KMar nog vaste praktijk bleek (productie 93).
- 25.5. Ook uit bovenstaande blijkt dat de werkwijze van de KMar niet zodanig verbeterd is dat er geen (of minder) sprake is van etnisch profileren en een verminderd risico op discriminatie.
- 26. Grief 14: wetenschappelijk onderzoek onverkort relevant (Rb. rov. 8.17)**
- 26.1. **Grief 14: De rechtbank oordeelt ten onrechte in rov. 8.17 dat de wetenschappelijke onderzoeken waarop Amnesty International c.s. zich beroepen niet meer de actuele situatie beschrijven.**
- 26.2. Met de bestreden overweging heeft de rechtbank miskend dat de Staat geen enkele (wetenschappelijke) onderzoeken heeft aangedragen ter onderbouwing van de stelling dat de werkwijze bij de KMar zodanig verbeterd is dat het onderzoek van Van der Woude e.a., nu de data is verzameld in de periode 2013-2015, niet meer actueel zou zijn.
- 26.3. De effectiviteit van de maatregelen die de KMar zou hebben doorgevoerd om discriminatie tegen te gaan wordt door Amnesty International c.s. betwist en bovendien door de Staat nergens (wetenschappelijk) onderbouwd. Sinds het verschijnen van het onderzoek van Van der Woude e.a. is er geen ander wetenschappelijk onderzoek gepubliceerd waaruit zou blijken dat deze data en conclusies sterk (sterk) verouderd en achterhaald zouden zijn.

- 26.4. Bovendien wordt ras, net als in de onderzochte periode, door de KMar als indicator gebruikt in (combinatie met) risicoprofielen en in selectiebeslissingen. Wat dat betreft is er niets veranderd.
- 26.5. Amnesty International c.s. hebben onderbouwd - middels onder andere de in de dagvaarding aangedragen wetenschappelijke onderzoeken, de getuigenissen van de burgers in deze zaak en tal van media artikelen - aangevoerd dat het gebruik van ras als indicator in risicoprofielen en selectiebeslissingen nog steeds een vast onderdeel is van de werkwijze van de KMar bij MTV-controles. Dat blijkt ook nog eens uit het recente *NRC*-artikel van 24 november 2021, waarin marechaussees aangeven op ras te selecteren (productie 93) en uit de laatste CERD rapportage over Nederland van 21 augustus 2021 (**productie 111**), waarin het CERD aangeeft bezorgd te zijn over de:¹⁰⁸
- "reports that individuals continue to experience profiling by the police on the basis of their ethnicity, descent and skin colour, during traffic controls, identity checks, preventive searches and border stops."*
- 26.6. Het zonder verdere onderbouwing diskwalificeren van de door Amnesty International c.s. aangedragen onderzoeken als achterhaald is dan ook onjuist.
- 26.7. Daarnaast gaat de rechtbank met de bestreden overweging voorbij aan de verdeling van de regels van de bewijslast, die gelden rond discriminatie.¹⁰⁹ De Staat zal gemotiveerd en onderbouwd moeten bewijzen dat deze onderzoeken niet meer opgaan. Nu hij dat niet gedaan heeft, heeft de rechtbank niet op deze wijze aan de onderzoeken voorbij mogen gaan.
- 27. Grief 15: uitlegbaarheid neemt discriminatie niet weg (Rb. rov. 8.18)**
- 27.1. **Grief 15: De rechtbank oordeelt ten onrechte in rov. 8.18 (alsmede in rov. 8.10 en 8.15) dat de uitlegbaarheid van een selectiebeslissing kennelijk relevant is in de beoordeling of sprake is van discriminatie.**
- 27.2. De Staat heeft over de uitlegbaarheid van selectiebeslissingen in eerste aanleg aangevoerd dat een van de uitgangspunten van *Predictive Profiling* de uitlegbaarheid van de selectiebeslissing is. Deze uitlegbaarheid zou worden vergroot doordat de selectie enkel mag plaatsvinden op basis van een samenstel van indicatoren.¹¹⁰ De rechtbank heeft dit betoog kennelijk gevolgd. Aldus heeft de

¹⁰⁸ CERD, Concluding observations on the combined twenty-second to twenty-fourth reports of the Kingdom of the Netherlands, § 15.

¹⁰⁹ Inl. dgv. § 184, 220, 224, 227 en 263.

¹¹⁰ CvA § 5.4.2.

rechtbank met de bestreden overweging miskend dat de uitlegbaarheid van een selectiebeslissing irrelevant is voor de vraag of sprake is van discriminatie.

- 27.3. Het goed kunnen uitleggen van een selectiebeslissing, die mede gebaseerd is op de indicator ras, kan niet afdoen aan de schade van etnisch profileren en aan de kwalificatie als discriminatie.¹¹¹ Immers, de uitlegbaarheid speelt geen enkele rol bij de vraag of er sprake is van een objectieve en redelijke rechtvaardiging van het maken van onderscheid op grond van ras.

28. Standpunt geïntimeerde

- 28.1. Het standpunt van de Staat is voldoende kenbaar uit de conclusie van antwoord in eerste aanleg en het vonnis.

29. Bewijsmiddelen en bewijsaanbod

- 29.1. Amnesty International c.s. beschikken over de bewijsmiddelen die zij in eerste aanleg hebben geproduceerd en over de bewijsmiddelen die zij bij deze memorie van grieven hebben gevoegd.
- 29.2. Voor zover het gerechtshof oordeelt dat Amnesty International c.s. enige bewijslast dragen, bieden zij aan hun stellingen door het doen horen van getuigen te bewijzen.

30. EIS

Amnesty International c.s. vorderen dat uw hof:

- 1.a. voor recht verklaart dat het opstellen en gebruiken van risicoprofielen ten behoeve van MTV-controles waarvan ras deel uitmaakt, in strijd is met het discriminatieverbod;
- 1.b. voor recht verklaart dat het nemen van selectiebeslissingen bij de uitvoering van MTV-controles die gebaseerd zijn op ras, in strijd is met het discriminatieverbod;
- 2.a. de Staat verbiedt ten behoeve van MTV-controles risicoprofielen op te stellen en te gebruiken waarvan ras (mede) deel uitmaakt;
- 2.b. de Staat verbiedt bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras;

¹¹¹ Zie ook inl. dgv. § 128, 131 en 132.

3. de Staat beveelt om ervoor te zorgen dat bij de uitvoering van MTV-controles geen (directe of indirecte) discriminatie plaatsvindt;
4. tot betaling van de kosten van dit geding, te vermeerderen met de nakosten ten belope van EUR 157,- zonder betekening, dan wel EUR 239,- in het geval van betekening, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis, en - voor het geval voldoening van de (na-)kosten niet binnen die termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na-)kosten te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van het vonnis.

L.O.,


Advocaat

Overzicht van producties bij deze memorie van grieven

- Productie 88:** S. Çankaya, 'Rechter koppelt ten onrechte Nederlandschap aan witheid', *NRC* 24 september 2021.
- Productie 89:** Prof. mr. A.B. Terlouw en mr. Dr. C.A.F.M. Grütters, 'Hoe wit is een Nederlander?', *Asiel&Migrantenrecht* 2021, nr. 9.
- Productie 90:** M.E. González Pérez en H. Siebers, 'Etnisch profileren aan de grens leidt tot willekeur en discriminatie', *Trouw*, 7 oktober 2021.
- Productie 91:** Brief van Momodou Malcolm Jallow (General Rapporteur on combating racism and intolerance of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe) aan mw. Kasja Ollogren (Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) d.d. 5 oktober 2021.
- Productie 92:** Gespreksnotitie KMar ten behoeve van het rondetafelgesprek etnisch profileren met de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken (TK) op 24 november 2021.
- Productie 93:** W. Heck, "*We kunnen ook elke rode auto controleren. Kijken wat dat oplevert*", *NRC* 24 november 2021.
- Productie 94:** Mensenrechtencomité 27 juli 2009, CCPR/C/96/D/1493/2006, no. 1493/2006 (*Williams Lecraft v. Spain*).
- Productie 95:** J.H. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'?', *NJCM-Bulletin*, jrg. 29 (2004), nr. 2.
- Productie 96:** J.H. Gerards, *Sdu Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, artikel 14, aantekeningen 2.2.2 en 2.2.3.
- Productie 97:** J.H. Gerards, 'The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination', in: M. Balboni (ed.), *The principle of discrimination and the European Convention on Human Rights*, Editoriale Scientifica, 2017.
- Productie 98:** Gespreksnotitie prof. mr. A.B. Terlouw ten behoeve van het rondetafelgesprek d.d. 24 november 2021.
- Productie 99:** *Parliamentary Assembly* van de Raad van Europa 14 december 2020, *Ethnic profiling in Europe: a matter of great concern*, Resolution 2364 (2021).
- Productie 100:** Van der Woude, Dekkers en Brouwer, "*Over crimmigratie en discretionair beslissen binnen het Mobiel Toezicht Veiligheid ... of Vreemdelingen ... of Veiligheid?*", *Tijdschrift voor Veiligheid* 2015 (14) 2, p. 31.

-
- Productie 101:** Brouwer, Van Der Woude, Van Der Leun, '*Op de grens van het vreemdelingentoezicht: discretionaire beslissingen binnen het Mobiel Toezicht Veiligheid*', Tijdschrift voor Veiligheid 2017 (16) 2/3.
- Productie 102:** N. Jak & J. Vermont, '*De Nederlandse Rechter en de Margin of Appreciation: De rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur*', NJCM-Bulletin, jrg. 32 (2007), nr. 2, p. 125.
- Productie 103:** E-mailcorrespondentie mr. J. Klaas (Amnesty International) en mr. C.M. Bitter (de Staat) d.d. 9 en 30 december 2021 en 10 januari 2022.
- Productie 104:** Wob-verzoek d.d. 24 februari 2022 namens Amnesty International c.s..
- Productie 105:** E-mail Wob-functionaris DCO mw. Van der Pennen aan mr. Hendrickx d.d. 17 maart 2022 houdende ontvangstbevestiging en aankondiging van afwijzing.
- Productie 106:** E-mail Wob-functionaris DCO mw. Van der Pennen aan mr. Hendrickx d.d. 28 maart 2022, houdende verdaging van het Wob-verzoek.
- Productie 107:** Brief mr. Hendrickx aan Wob-functionaris DCO mw. Van der Pennen aan 29 april 2022 houdende ingebrekestelling.
- Productie 108:** Harmen van Dijk, '*De eerste zwarte Amsterdammers waren geen slaven maar trotse zeevaarders*', *Trouw* 7 maart 2020.
- Productie 109:** CBS, '*Hoeveel mensen met een migratieachtergrond wonen in Nederland?*', (online, geraadpleegd op 11 mei 2022).
- Productie 110:** CBS Statline, '*Bevolking; geslacht, leeftijd en nationaliteit op 1 januari*' (online, gewijzigd op 23 maart 2022).
- Productie 111:** CERD, Concluding observations on the combined twenty-second to twenty-fourth reports of the Kingdom of the Netherlands (advance unedited version), CERD/C/NLD/CO/R.22-24, d.d. 16 november 2021.