

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	14-02-2023
Datum publicatie	14-02-2023
Zaaknummer	200.304.295
Rechtsgebieden	Europees civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Etnisch profileren door Koninklijke Marechaussee?; onderscheid op grond van ras of etniciteit bij controles in het kader van Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV); art. 1 Twaaifde Protocol EVRM en art. 14 EVRM
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Sdu Nieuws Bestuursrecht 2023/56 JA 2023/52 JV 2023/91 met annotatie van mr. dr. K.M. de Vries, mr. V. Djalaparsad NJF 2023/186

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht

Zaaknummer hof : 200.304.295/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/589067/HA ZA 20-235

Publicatienummer vonnis : ECLI:NL:RBDHA:2021:10283

arrest van 14 februari 2023

inzake

1 [appellant 1] ,

wonende te [woonplaats] ,

hierna te noemen: [appellant 1] ,

2 [appellant 2] ,

wonende te [woonplaats] , [land] ,

hierna te noemen: [appellant 2] ,

3 Stichting Radar Inc.,

gevestigd te Rotterdam,

hierna te noemen: Radar,

advocaat mr. A.M. van Aerde in Amsterdam,

4 Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten,

gevestigd te Leiden,

hierna te noemen: NJCM,

5 Amnesty International (afdeling Nederland),

gevestigd te Amsterdam,

hierna te noemen: Amnesty International,

advocaat mr. J. Klaas in Amsterdam,

appellanten,

hierna gezamenlijk ook te noemen: Amnesty c.s.,

appellanten 3, 4 en 5 hierna ook te noemen: de Belangenorganisaties,

tegen

de Staat der Nederlanden (ministerie van Defensie en ministerie van Justitie en Veiligheid) ,

zetelend te Den Haag,

verweerder in hoger beroep,

hierna te noemen: de Staat,

advocaat: mr. C.M. Bitter in Den Haag.

1 De zaak in het kort

1.1 De Koninklijke Marechaussee (verder: KMar) is belast met het Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV). Het MTV heeft ten doel het bestrijden van illegaal verblijf na grensovergang. In dat kader kan de KMar

personen die net de Nederlandse grens zijn gepasseerd staande houden om hen te vragen naar hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie. De KMar selecteert de personen die zij aan zón controle onderwerpt aan de hand van een aantal wisselende indicatoren. In bepaalde gevallen hanteert de KMar als indicator ook persoonlijkheidskenmerken die gebaseerd zijn op ras of etniciteit (zoals huidskleur). Dat doet de KMar steeds in combinatie met andere indicatoren en alleen als het noodzakelijk is. De KMar vindt dat aan ras of etniciteit ontleende uiterlijke kenmerken niet iets hoeven maar wel iets kunnen zeggen over de nationaliteit of herkomst van de gecontroleerde persoon. Voor een effectieve uitvoering van het MTV is het dan ook noodzakelijk dat dergelijke kenmerken kunnen worden gebruikt.

1.2 Amnesty c.s. zijn van mening dat de KMar zich door zo op te treden schuldig maakt aan etnisch profileren en rassendiscriminatie. [appellant 1] en [appellant 2] zijn naar hun mening slachtoffer van etnisch profileren geworden doordat zij op het vliegveld uit de rij zijn gehaald voor een controle. Amnesty c.s. vinden dat de handelwijze van de KMar onrechtmatig is omdat deze in strijd is met diverse mensenrechtenverdragen. Zij vorderen in deze procedure dat de rechter aan de Staat, onder wie de KMar valt, een verbod oplegt om nog langer aan ras ontleende kenmerken te gebruiken bij de selectie van personen in het kader van MTV-controles.

1.3 De rechtbank heeft de vorderingen Amnesty c.s. afgewezen, maar het hof geeft in hoger beroep Amnesty c.s. alsnog gelijk. Het hof is van oordeel dat de KMar onderscheid maakt op grond van ras of etniciteit. Gezien de ernstige gevolgen van onderscheid op grond van ras of etniciteit mag dat onderscheid alleen worden gemaakt als daar bijzonder zwaarwegende redenen voor zijn. Dergelijke zwaarwegende redenen heeft de Staat niet aangetoond. Dit betekent dat de KMar zich schuldig maakt aan discriminatie op grond van ras en dat is verboden. Het hof verbiedt de Staat dan ook om bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras.

2 De procedure

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:

- het tussenvonnissen van de rechtbank van 19 mei 2021;
- het vonnis van de rechtbank Den Haag van 22 september 2021, hierna: het (bestreden) vonnis, met de stukken van de eerste aanleg;
- de dagvaarding van 20 december 2021 waarmee Amnesty c.s. in hoger beroep zijn gekomen van het bestreden vonnis;
- de brieven van partijen aan het hof van 1 maart 2022, waarin zij zich op verzoek van het hof hebben uitgelaten over de toepasselijkheid in hoger beroep van een aantal onderwerpen die geregeld zijn in de artikelen 1018b Rv e.v. en waarin zij ook hebben gereageerd op de (aan hen op voorhand toegezonden) concept-reactie van de wederpartij;
- het tussenarrest van 5 april 2022;
- de memorie van grieven van Amnesty c.s. met producties 88 tot en met 111;
- de memorie van antwoord van de Staat met producties 11 tot en met 13;
- de pleitnotities van mr. A.M. van Aerde, mr. M. Hendrickx en mr. J. Klaas namens Amnesty c.s. en van mr. C.M. Bitter en mr. L. Sieverink namens de Staat, die allen het woord hebben gevoerd tijdens de mondelinge behandeling van 8 december 2022;
- het proces-verbaal van die mondelinge behandeling.

3 Procespartijen

3.1 De KMar is een onderdeel van de Staat en is onder meer belast met het MTV in het kader van de bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding. Met dit doel is de KMar bevoegd om personen die net de Nederlandse grens zijn gepasseerd staande te houden ter vaststelling van identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie. Hierna (nrs. 4.1 en verder) wordt dieper ingegaan op de wettelijke bevoegdheden die de KMar hiervoor heeft.

3.2 [appellant 1] woont in [woonplaats]. Hij passeert de landsgrenzen regelmatig. In april 2018 is [appellant 1] in het kader van een MTV-controle staande gehouden op Eindhoven Airport. Hij heeft hierover een klacht ingediend bij de KMar, omdat volgens hem bij deze controle sprake was van etnisch profileren. Met de beoordeling van deze klacht door (de klachtencommissie van) de KMar is [appellant 1] het niet (volledig) eens.

3.3 [appellant 2] woont in [land] en werkt in Nederland als piloot; hij reist daarom regelmatig tussen beide landen. Tussen maart 2015 en juni 2015 is [appellant 2] vier of vijf keer op Rotterdam The Hague Airport gevlogen en is hij in het kader van het MTV drie keer gecontroleerd. Namens [appellant 2] heeft Radar bij de KMar een klacht over ongelijke behandeling bij deze controles ingediend, omdat volgens [appellant 2] bij deze controles sprake was van etnische profiling. Deze klacht is ongegrond verklaard, waarna Radar zich namens [appellant 2] tot de Nationale Ombudsman heeft gewend. Deze heeft in zijn rapport van 29 maart 2017 de klacht gegrond bevonden en de Staat een aantal aanbevelingen gedaan ten aanzien van de MTV-controles.

3.4 Radar bevordert gelijke behandeling en richt zich op preventie en bestrijding van discriminatie in politie-eenheden. Zij doet dit onder meer door middel van klachtenbehandeling, overleg, voorlichting, beleids- en publieksbeïnvloeding en juridische acties. Sinds 2012 houdt zij zich actief en zichtbaar bezig met het thema etnisch profileren bij de politie.

3.5 NJCM is een vereniging die zich bezighoudt met de bescherming en versterking van de fundamentele rechten en vrijheden van de mens.

3.6 Amnesty International is een vereniging die zich wereldwijd inzet voor de eerbiediging van mensenrechten door overheden.

3.7 De rechtbank heeft in haar tussenvonnissen van 19 mei 2021 beslist dat Amnesty c.s. in hun vorderingen kunnen worden ontvangen en Amnesty International aangewezen als exclusieve belangenbehartiger in de zin van art. 1018e lid 1 Rv.

3.8 In zijn tussenarrest van 5 april 2022 heeft het hof eveneens Amnesty c.s. ontvankelijk verklaard in hun vorderingen en Amnesty International aangewezen als exclusieve belangenbehartiger in de zin van art. 1018e lid 1 Rv.

4 De MTV-controles; juridische achtergrond

- 4.1 Op grond van art. 4 lid 1 van de Politiewet 2012 zijn onder meer de volgende taken aan de KMar opgedragen:
- c. de uitvoering van de politietaken op de luchthaven Schiphol en op de andere door Onze Minister en de Minister van Defensie aangewezen luchtvaartterreinen, alsmede de beveiliging van de burgerluchtvaart;
 - d. de verlening van bijstand alsmede de samenwerking met de politie krachtens deze wet, daaronder begrepen de assistentieverlening aan de politie bij de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit ();
 - f. de uitvoering van de bij of krachtens de Vreemdelingenwet 2000 opgedragen taken, waaronder begrepen de bediening van de daartoe door Onze Minister voor Immigratie en Asiel aangewezen doorlaatposten en het, voor zover in dat verband noodzakelijk, uitvoeren van de politietaken op en nabij deze doorlaatposten, alsmede het verlenen van medewerking bij de aanhouding of voorgeleiding van een verdachte of veroordeelde;
 - g. de bestrijding van mensensmokkel en van fraude met reis- en identiteitsdocumenten.
- 4.2 In art. 50 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

De ambtenaren belast met de grensbewaking (.) zijn bevoegd, hetzij op grond van feiten en omstandigheden die, naar objectieve maatstaven gemeten, een redelijk vermoeden van illegaal verblijf opleveren hetzij ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding, personen staande te houden ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie. (.)

- 4.3 De bevoegdheid die art. 50 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 toekent is nader omlijnd in art. 4.17a Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb). Art. 4.17a Vb luidt als volgt:

- 1. De bevoegdheid, bedoeld in art. 50 lid 1 van de Wet [de Vreemdelingenwet 2000, hof], om ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding personen staande te houden ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie, wordt uitsluitend uitgeoefend in het kader van toezicht op vreemdelingen:
 - a. op luchthavens bij de aankomst van vluchten vanuit het Schengengebied;
 - b. in treinen gedurende ten hoogste dertig minuten na het passeren van de gemeenschappelijke landgrens met België of Duitsland of, als binnen deze periode het tweede station na het passeren van de grens nog niet is bereikt, tot uiterlijk het tweede station na het passeren van de grens;
 - c. op wegen en vaarwegen in een gebied tot twintig kilometer vanaf de gemeenschappelijke landgrens met België of Duitsland.
- 2. Het toezicht, bedoeld in het eerste lid, wordt uitgeoefend op basis van informatie of ervaringsgegevens over illegaal verblijf na grensoverschrijding. Het toezicht kan daarnaast in beperkte mate worden uitgeoefend met het oog op het verkrijgen van informatie over dergelijk illegaal verblijf.
- 3. Het toezicht, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, wordt ten hoogste zeven keer per week uitgeoefend ten aanzien van vluchten op eenzelfde vliegroute, met een maximum van eenderde van het totale aantal geplande vluchten per maand op die vliegroute. In het kader van dit toezicht wordt slechts een deel van de passagiers op een vlucht staande gehouden.
- 4. Het toezicht, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, wordt per dag in ten hoogste drie treinen per traject en ten hoogste twintig treinen in totaal uitgeoefend, met dien verstande dat het toezicht slechts

- mag worden uitgeoefend in een deel van de trein, en per trein in ten hoogste vier treincoups.
5. Het toezicht, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, wordt op eenzelfde weg of vaarweg ten hoogste negentig uur per maand en ten hoogste zes uur per dag uitgeoefend. In het kader van dit toezicht wordt slechts een deel van de passerende vervoermiddelen stilgehouden.
- 4.4 De beperkingen die in art. 4.17a Vb aan grenscontroles zijn gesteld houden verband met het feit dat Nederland deel uitmaakt van het Schengengebied waarbinnen grenscontroles niet zijn toegestaan. Het HvJEU heeft in zijn arrest van 19 juli 2012 beslist dat de controlebevoegdheden zoals omlijnd in art. 4.17a Vb niet neerkomen op (ongeoorloofde) grenscontrole.
- 4.5 In deze zaak gaat het om de bevoegdheid van de KMar om, in het kader van het MTV, ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding personen staande te houden ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie. Deze bevoegdheid kan, zoals ook volgt uit art. 50 lid 1 Vreemdelingenwet 2000, worden uitgeoefend zonder dat sprake hoeft te zijn van feiten en omstandigheden die, naar objectieve maatstaven gemeten, een redelijk vermoeden van illegaal verblijf opleveren. Deze (controle)bevoegdheid moet worden onderscheiden van de bevoegdheid van de KMar om mensensmokkel en fraude met reis- en identiteitsdocumenten te bestrijden (zie art. 4 lid 1 onder g Politiewet).
- #### 5 De MTV-controles; beleid en uitvoering KMar
- 5.1 De KMar hanteert als uitgangspunt dat etnische kenmerken niet worden gebruikt in het kader van het MTV. Dit neemt niet weg dat onder omstandigheden etniciteit bij selectiebeslissingen wel een rol kan spelen, maar alleen in combinatie met andere informatie en alleen als dat noodzakelijk is. Ter toelichting op beleid en uitvoering van het MTV wordt het volgende opgemerkt. Het hof gaat hierbij af op de toelichting die de Staat hiervan in de stukken heeft gegeven en die door Amnesty c.s. niet (voldoende gemotiveerd) is weersproken.
- 5.2 Bij het uitvoeren van haar controletaken in het kader van het MTV werkt de KMar informatiegestuurd. Dit betekent dat aan de hand van uit verschillende bronnen (bijvoorbeeld politie, douane) afkomstige informatie profielen worden opgesteld van een bepaalde ontwikkeling of trend in migratiestromen. Deze profielen worden opgesteld door het Landelijk Tactisch Commando (LTC), afdeling Intelligence, van de KMar. In deze profielen worden objectieve indicatoren gebruikt (zoals de afgelege reisroute of de samenstelling van het reisgezelschap) aan de hand waarvan, mede aan de hand van andere factoren, zoals gedrag, per geval door de controlerende ambtenaar wordt beslist of een persoon aan een controle zal worden onderworpen.
- 5.3 Aan het uitvoeren van een MTV-controle gaat een briefing vooraf, waarin onder meer wordt uitgelegd welk profiel aan de beslissing tot uitvoering van deze specifieke MTV-controle ten grondslag ligt en welk illegaal migratiefenomeen mogelijk aan de orde is.
- 5.4 Bij het selecteren van bepaalde personen voor een MTV-controle maakt de KMar gebruik van de methode Behaviour Detection method Predictive Profiling (PP). Deze methode is gericht op het identificeren van normafwijkend gedrag en het herkennen van een bepaalde (in de briefing meegedeelde) modus operandi van een illegaal (migratie)fenomeen. Selectie op basis van het PP vindt uitsluitend plaats op basis van een combinatie van meerdere indicatoren. Daarmee wordt beoogd te voorkomen dat selectie plaatsvindt op grond van onderbuikgevoelens van de desbetreffende ambtenaar en wordt de uitlegbaarheid van de selectiebeslissing vergroot.
- 5.5 Etnische kenmerken kunnen worden betrokken bij de selectiebeslissing in het kader van het MTV, echter alleen (i) als een dergelijk kenmerk is terug te voeren op objectieve informatie over bepaalde migratiefenomenen en (ii) in combinatie met andere binnen het profiel passende indicatoren. Dit betekent volgens de Staat dat de beslissing om een persoon voor controle te selecteren niet uitsluitend

of in overwegende mate gebaseerd mag zijn op etnische kenmerken.

5.6 Indien een persoon voor controle in het kader van het MTV is geselecteerd wordt deze staande gehouden ter vaststelling van zijn identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie.

5.7 Nadat de specifieke MTV-controle beëindigd is vindt een debriefing plaats.

5.8 De hiervoor beschreven praktijk heeft vooral betrekking op het controleren van vliegtuigpassagiers. Bij de controle van treinpassagiers worden vier coupés per te controleren trein geselecteerd en vervolgens worden alle passagiers in die coupés gecontroleerd. Indien een autobus voor controle wordt geselecteerd worden eveneens alle passagiers van die bus gecontroleerd. Hetzelfde geldt voor de controle van passagiers van een geselecteerde auto of vaartui; ook in dat geval worden alle passagiers van het geselecteerde voertuig gecontroleerd. Naar het hof begrijpt is van een individuele selectie van te controleren personen in deze gevallen dus geen sprake.

5.9 Omdat grenscontroles bij binnenkomst vanuit andere dan Schengenlanden wel toegestaan zijn, gaat deze zaak in wezen om de selectie voor controle van personen afkomstig uit een ander Schengenland.³

6 Waar gaat het geschil over en wat heeft de rechtbank daarover beslist

6.1 Amnesty c.s. stellen zich, kort gezegd, op het standpunt dat de KMar bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen neemt dat wil zeggen: beslist welke personen aan een controle ter vaststelling van hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie zullen worden onderworpen waarvan ras (in eerste aanleg aangeduid als: etniciteit) deel uitmaakt. Volgens Amnesty c.s. is dit in strijd met het discriminatieverbod. Zij vorderen in deze procedure, wat de Belangenorganisaties betreft op de voet van art. 3:305a BW, verklaringen voor recht in deze zin alsmede een bevel aan de Staat om deze praktijk te beëindigen.

6.2 De Staat bestrijdt de opvatting van Amnesty c.s. De Staat stelt voorop dat de KMar niet etnisch profileert. Uitgangspunt voor de KMar is dat geen gebruik wordt gemaakt van etniciteit in MTV-selectiebeslissingen, tenzij dat noodzakelijk is en dat gebruik terug te voeren is op objectieve informatie over bepaalde migratiefenomenen en uitsluitend in combinatie met andere indicatoren. Selectie vindt nooit plaats louter en alleen op huidskleur en/of ras en iemand wordt ook niet geselecteerd omdat deze bepaalde etnische kenmerken heeft en dus vermoedelijk een andere nationaliteit zou hebben. Omdat een selectiebeslissing altijd gebaseerd moet zijn op meerdere objectieve factoren wordt die beslissing ook niet in overwegende mate gebaseerd op één van die indicatoren, zoals huidskleur of ras. De andere indicatoren wegen even zwaar. Dit is in lijn met internationale (mensenrechten)verdragen en de rechtspraak van verschillende nationale en internationale rechters.

6.3 De rechtbank heeft de vorderingen van Amnesty c.s. afgewezen. Het oordeel van de rechtbank kan als volgt worden samengevat.

(i) Onder etniciteit verstaat de rechtbank onveranderlijke uiterlijke kenmerken die kunnen duiden op een bepaalde her- of afkomst, in het bijzonder huidskleur en/of ras (rov. 6.3).

(ii) Het gaat om de vraag welke personen aan een MTV-controle zullen worden onderworpen. Die selectiebeslissingen worden genomen aan de hand van indicatoren die worden afgeleid uit een bepaald profiel. Niet in geschil is dat bij deze selectiebeslissingen etniciteit een rol kan spelen en dat dit kan leiden tot een verschil in behandeling tussen personen dat mede op etnische uiterlijke kenmerken is gebaseerd. Voor het maken van dit onderscheid moet een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaan (rov. 8.6).

(iii) Niet in geschil is dat het MTV een legitiem doel heeft (rov. 8.7).

(iv) Het maken van onderscheid op basis van etniciteit moet een evenredig middel zijn, hetgeen betekent dat het een geschikt middel moet zijn en dat het niet verder mag gaan dan nodig is om het doel te bereiken (rov. 8.8).

(v) 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. Etnische uiterlijke kenmerken hoeven niet, maar kunnen wel een objectieve aanwijzing zijn voor iemands herkomst of nationaliteit (rov. 8.9).

(vi) Als iemands etniciteit een rol speelt bij een selectiebeslissing is dat als een onderdeel in een optelsom van samenhangende indicatoren. Dat etniciteit in die optelsom de doorslag geeft is denkbaar, maar dat is niet onevenredig. Dat een selectie-indicator, zoals huidskleur of leeftijd, op enig moment beslissend is om wel of niet tot een selectie voor een controle te besluiten maakt die indicator niet de enige of de meest zwaarwegende (rov. 8.10).

(vii) Het controleren van alle passagiers van een bepaalde vlucht is geen alternatief, want dat zou neerkomen op een (niet toegestane) grenscontrole. Steekproefsgewijze controles zouden, naar de Staat onweersproken heeft gesteld, de effectiviteit van de controles sterk verminderen. Dat er een redelijk alternatief is voor mede op etniciteit gebaseerde selectiebeslissingen is niet gebleken (rov. 8.12).

(viii) Het gebruik van etniciteit bij het nemen van selectiebeslissingen in het kader van het MTV in het algemeen is dan ook niet in strijd met het in art. 1 van Protocol 12 bij het EVRM neergelegde discriminatieverbod (rov. 8.14).

(ix) Het kan in de praktijk voorkomen dat huidskleur of andere etnische kenmerken in een concreet geval de enige of overwegende redenen zijn voor een selectiebeslissing. De enkele mogelijkheid van een dergelijk discriminator en daarmee onrechtmatig optreden in individuele gevallen rechtvaardigt niet het gevorderde algemene verbod. Daarvoor is nodig dat onrechtmatig gebruik bij MTV-controles min of meer structureel voorkomt (rov. 8.15).

(x) Ook als ervan zou worden uitgegaan dat de controles van [appellant 1] in 2018 en van [appellant 2] in 2015 discriminator en dus onrechtmatig waren toont dit niet een bestaande onrechtmatige uitvoeringspraktijk van de KMar aan, mede in aanmerking genomen de verbeteringen die inmiddels, deels op aanbeveling van de Ombudsman, door de KMar zijn doorgevoerd (rov. 8.17).

6.4 In hoger beroep hebben Amnesty c.s. hun vordering gewijzigd, in die zin dat zij de term etniciteit hebben vervangen door ras. Amnesty c.s. vorderen thans dat het 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;

3. de Staat beveelt om ervoor te zorgen dat bij de uitvoering van MTV-controles geen (directe of indirecte) discriminatie plaatsvindt;

met veroordeling van de Staat in de proceskosten.

7 Beoordeling in hoger beroep; inleidende overwegingen

7.1 werkwijze KMar

7.1.1 In de memorie van grieven hebben Amnesty c.s. aangevoerd dat de KMar na het vonnis van de rechtbank haar werkwijze zou hebben veranderd. Uit het standpunt van de Staat in hoger beroep blijkt dat van een wijziging in werkwijze niet of slechts in beperkte mate sprake is. Hoe dit ook zij, het hof gaat uit van de werkwijze van de KMar zoals de Staat deze in hoger beroep heeft beschreven en zoals deze hiervoor beknoot is weergegeven. Ook Amnesty c.s. gaan er overigens vanuit dat het nieuwe standpunt van de KMar berust op het handhaven van het oude standpunt.⁴

7.1.2 Amnesty c.s. hebben nog betoogd (grief 4) dat de rechtbank heeft miskend dat MTV-controles in de praktijk ook worden ingezet voor de bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit. Volgens Amnesty c.s. is deze vervlechting van vreemdelingenrechtelijke en strafrechtelijke taken

problematisch omdat de KMar daarmee de drempel van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit omzeilt. Het hof ziet niet in wat deze stelling te maken heeft met de vordering van Amnesty c.s., die er niet op is gericht een mogelijke vervlechting van vreemdelingenrechtelijke en strafrechtelijke taken tegen te gaan, maar op het uitbannen van selectiebeslissingen die gebaseerd zijn op ras. Het hof laat dit betoog van Amnesty c.s. dan ook verder voor wat het is. Overigens hebben Amnesty c.s. ook geen belang bij dit betoog, omdat hun vordering ook zonder dat toewijsbaar is.

7.2 Eiswijziging

7.2 In hoger beroep hebben Amnesty c.s. hun eis gewijzigd door in het petitum de term etniciteit te vervangen door ras. Amnesty c.s. motiveren deze wijziging door te wijzen op de term *racial profiling* (waarvan etnisch profileren volgens hen de Nederlandse vertaling is) en de leesbaarheid van de memorie van grieven. Onder ras verstaan Amnesty c.s. mede huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming.⁵ Onder afkomst begrijpen Amnesty c.s. kenmerken verband houdend met nationale of etnische afstamming, bijvoorbeeld een geboorteplaats buiten Nederland of een ander land van herkomst dan Nederland. Onder nationale afstamming verstaan Amnesty c.s. de binding van een persoon met een nationale staat, bijvoorbeeld omdat die persoon of diens (voor)ouders daar zijn opgevoerd. Etnische afstamming of etniciteit gebruiken Amnesty c.s. 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.

7.3 Het hof sluit zich voor wat betreft de te gebruiken terminologie aan bij het EHRM, dat heeft overwogen⁶:

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.

Waar het hof hierna de termen ras en etniciteit gebruikt doet het dat in deze (overlappende) betekenissen. Daaronder vallen in ieder geval persoonlijke kenmerken als huidskleur en gezichtskenmerken (*facial characteristics*). Het hof begrijpt dat Amnesty c.s. met ras niet op iets wezenlijk anders doelen.

8 Beoordeling in hoger beroep; bespreking van de grieven

8.1 Amnesty c.s. hebben tegen het rechtbankvonnis vijftien grieven aangevoerd. In de kern komen deze grieven er op neer dat de rechtbank op een aantal onderdelen heeft miskend welke toets in het kader van het EVRM moet worden toegepast en zo tot een onjuist oordeel is gekomen over de vraag of de KMar in strijd handelt met art. 1 Twaalfde Protocol EVRM. Amnesty c.s. voeren verder aan dat de rechtbank ten onrechte andere door hen aangevoerde grondslagen onbesproken heeft gelaten.

8.2 Het hof zal eerst ingaan op het betoog van Amnesty c.s. met betrekking tot art. 1 Twaalfde Protocol EVRM, aangezien ten aanzien van het EVRM de meest uitgebreide jurisprudentie van het EHRM beschikbaar is. Art. 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM bepaalt dat niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op met name een van de volgende gronden: geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

8.3 Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 1 Twaaalfde Protocol blijkt dat het de bedoeling was dat het begrip discriminatie in die bepaling dezelfde betekenis zou hebben als in art. 14 EVRM. 7 Het hof zal dan ook aansluiting zoeken bij de jurisprudentie van het EHRM over art. 14 EVRM, omdat over art. 14 EVRM een meer uitgebreide jurisprudentie voorhanden is dan over art. 1 Twaaalfde Protocol EVRM. Het enige verschil tussen art. 14 EVRM en art. 1 Twaaalfde Protocol EVRM (het beperktere toepassingsbereik van art. 14) speelt in deze zaak geen rol.

8.4 Om na te gaan of art. 14 EVRM wordt geschonden moet de volgende toets worden aangelegd:

1. is er sprake van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen;
 - zo ja,
2. bestaat voor de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging, dat wil zeggen:
 - heeft het onderscheid een gerechtvaardigd doel;
- en
 - is er sprake van een redelijke mate van evenredigheid (proportionaliteit) tussen het gehanteerde middel (de ongelijke behandeling) en het nagestreefde doel. 8

In het vereiste van proportionaliteit ligt besloten dat de maatregel geschikt en in ieder geval als het gaat om een onderscheid dat als verdacht wordt beschouwd noodzakelijk moet zijn om het nagestreefde (legitieme) doel te bereiken. 9 Onderscheid op grond van ras wordt in ieder geval als verdacht aangemerkt. 10

8.5 Bij de vraag of sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen past het EHRM in gevallen waarin gesteld wordt dat onderscheid wordt gemaakt op basis van een verdachte grond, de *but for* test toe. Dit wil zeggen dat het EHRM nagaat of de betrokkene ook zo zou zijn behandeld indien hij niet een bepaald (in art. 14 EVRM bedoeld) persoonskenmerk (zoals huidskleur) had gehad. Indien het antwoord ontkennend luidt is sprake van ongelijke behandeling op grond van een van de in art. 14 verboden gronden. Indien meerdere factoren bij de besluitvorming een rol hebben gespeeld gaat het EHRM na of het discriminerende element doorslaggevende betekenis heeft gehad. 11

8.6 Indien eenmaal vaststaat dat er een verschil in behandeling is, is het aan de desbetreffende autoriteiten om aan te tonen dat daarvoor een rechtvaardiging bestaat. 12 Het EHRM neemt in constante jurisprudentie aan dat onderscheid op basis van verdachte gronden zoals ras of etniciteit, alleen gerechtvaardigd is indien daarvoor *very weighty reasons* zijn. Het EHRM drukt het ook zo uit dat in zón geval het begrip objectieve en redelijke rechtvaardiging *as strictly as possible* moet worden uitgelegd. 13 De *very weighty reasons* test betekent dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de gerechtvaardigheid van de nagestreefde doelstelling, alsmede aan de geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit van de ongelijke behandeling. 14 In de praktijk wordt daaraan bijna nooit voldaan. 15

8.7 Het EHRM is verder van oordeel dat indien het onderscheid *exclusively or to a decisive extent* is gebaseerd op etniciteit, voor dat onderscheid geen objectieve rechtvaardiging kan bestaan. 16 Anders dan de Staat aanvoert, is het niet zo dat een onderscheid op basis van ras of etniciteit alleen verboden is indien dat onderscheid *exclusively or to a decisive extent* is terug te voeren op ras of etniciteit. Indien het onderscheid *exclusively or to a decisive extent* is gebaseerd op ras of etniciteit komt een rechtvaardiging volgens het EHRM niet eens aan de orde. Indien een onderscheid wordt gemaakt dat niet *exclusively or to a decisive extent* is terug te voeren op ras of etniciteit, maar wel voldoet aan de *but for* test, dient de Staat nog aan te tonen dat voor dat onderscheid *very weighty reasons* bestaan. 17

8.8

Amnesty c.s. hebben nog aangevoerd dat de margin of appreciation die het EHRM aan de verdragsstaten laat alleen geldt in de relatie tussen het EHRM en de verdragsstaten, maar niet in de relatie tussen rechter en overheid binnen dezelfde staat. Dat is op zichzelf juist, maar dat betekent niet dat de burgerlijke rechter de Staat in het geheel geen beoordelingsruimte zou moeten laten, zij het dat die beoordelingsmarge in nationale verhoudingen een andere kan zijn dan die het EHRM aan de verdragsstaten laat. In het onderhavige geval ziet het hof echter geen reden om in de verhouding tussen partijen een andere beoordelingsruimte te hanteren dan die tot uitdrukking is gekomen in vaste jurisprudentie van het EHRM en zoals deze hiervoor is samengevat.

8.9 Het hof zal nu, tegen de hiervoor beschreven achtergrond, nagaan of de KMar, wanneer zij uitvoering geeft aan het MTV, in strijd handelt met art. 1 Twaaalfde Protocol EVRM. Daarbij is van belang dat Amnesty c.s. een op de toekomst gericht verbod vorderen. Voor de toewijsbaarheid van een dergelijk verbod is noodzakelijk maar ook voldoende dat er een reële dreiging is dat de Staat een rechtsplecht zal schenden. 18 Dat maakt de benadering die in dit geding moet worden gekozen iets anders dan die van het EHRM.

8.10 De jurisprudentie van het EHRM is gevormd naar aanleiding van en als reactie op klachten van individuele personen. Het is om die reden dat het EHRM, als een klacht wordt ingediend over discriminatie op grond van ras of etniciteit, allereerst onderzoekt of klager inderdaad ongelijk is behandeld op grond van zijn of haar ras of etniciteit. Een recent voorbeeld is de zaak *Muhammad t. Spanje* 19, waarin het EHRM concludeerde dat niet was komen vast te staan dat aan de beslissing om Muhammad te onderwerpen aan een identiteitscontrole racistische motieven ten grondslag hadden gelegen. De onderhavige zaak is in zoverre anders dat het niet gaat om de beoordeling van een volksoord individuueel voorval, maar om een op de toekomst gericht verbod. De onderhavige zaak verschilt bovendien van vele andere door het EHRM berechte zaken doordat de Staat erkent dat de KMar (in voorkomend geval) ras of etniciteit gebruikt bij selectiebeslissingen in het kader van het MTV. Dit is onderdeel van het beleid van de KMar. Tegen die achtergrond is het voor een aan de Staat gericht bevel strikt genomen niet nodig dat eerst aan de hand van de *but for* test wordt vastgesteld of sprake is van ongelijke behandeling op grond van ras of etniciteit. Het staat immers vast dat de KMar in voorkomend geval ras en etniciteit (naast andere factoren) zal gebruiken bij selectiebeslissingen in het kader van het MTV. De rechter kan en moet toetsen of voor dit gebruik van ras of etniciteit een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.

8.11 Dit neemt niet weg dat, voor zover het hof toch aan de hand van de *but for* test moet nagaan of (er een reële dreiging bestaat dat) de KMar gelijke gevallen ongelijk zal behandelen op grond van ras of etniciteit, ook aan dat vereiste is voldaan. Aan de hand van wat de Staat over het gebruik van ras of etniciteit in het MTV naar voren heeft gebracht, kan het hof immers vaststellen dat sprake is en zal zijn van ongelijke behandeling van gelijke gevallen.

8.12 De Staat heeft uiteengezet dat de KMar bij haar beslissingen om een persoon aan een controle te onderwerpen in het kader van het MTV ras of etniciteit als indicator gebruikt als daarvoor een op objectieve informatie terug te voeren reden is, altijd in combinatie met andere indicatoren en alleen als dat noodzakelijk is. Zoals hiervoor is overwogen gaat het erom vast te stellen of in dergelijke gevallen selectie ook zou hebben plaatsgevonden indien het desbetreffende raciale of etnische kenmerk afwezig was geweest (de *but for* test).

8.13 Het hof is van oordeel dat het enkele feit dat ook andere gronden aan de selectiebeslissing bijdragen er niet aan in de weg staat dat ras of etniciteit in zoverre doorslaggevend zijn, dat selectie zonder het desbetreffende (op ras of etniciteit terug te voeren) persoonlijke kenmerk niet zou hebben plaatsgevonden. Ook de mogelijkheid dat een of meer van de andere gronden in dezelfde zin doorslaggevend zijn, verhindert niet dat ras of etniciteit óók doorslaggevend kunnen zijn in de zin dat, indien alle andere omstandigheden gelijk zouden zijn maar het raciale of etnische kenmerk ontbreekt, selectie niet zou hebben plaatsgevonden. Dit is vergelijkbaar met het *condicio sine qua non*-verband bij het vaststellen van causaal verband: er kunnen (en zullen in de praktijk vrijwel steeds) meerdere oorzaken zijn ten aanzien waarvan *sine qua non*-verband aanwezig is.

8.14 Anders dan de Staat kennelijk meent maakt het enkele feit dat meerdere, even zwaarwegende, gronden (waaronder ras of etniciteit) tot de selectiebeslissing hebben geleid, niet dat het *but for* verband ontbreekt of dat het reeds om die reden geoorloofd is dat ras of etniciteit worden gebruikt. De rechtspraak van het EHRM geeft er ook geen blijk van dat de aanwezigheid van andere oorzaken naast ras of etniciteit reeds betekent dat het gebruik van een raciaal of etnisch kenmerk voor de selectie of andere bejegening van personen is toegestaan. Dit spreekt ook vanzelf, aangezien het in de praktijk moeilijk denkbaar is dat uitsluitend het raciale of etnische kenmerk tot het optreden van de overheid heeft geleid. In de praktijk zullen vrijwel altijd ook andere omstandigheden een rol spelen, zoals de leeftijd van de geselecteerde persoon, en het tijdstip en de plaats van de controle.

8.15 De vraag is nu of indien de KMar in een bepaald geval gebruik maakt van een op ras of etniciteit terug te voeren kenmerk, thans reeds gezegd kan worden dat voldaan is aan de *but for* test, of althans dat daarvoor een reële dreiging bestaat. De Staat stelt dat ras of etniciteit alleen bij de selectiebeslissingen worden gebruikt als dat noodzakelijk is, hetgeen het hof zo begrijpt dat anders de desbetreffende MTV-controle niet goed kan worden uitgevoerd, bijvoorbeeld omdat bepaalde migratiefenomenen dan niet goed kunnen worden gecontroleerd. Dit standpunt impliceert noodzakelijkerwijs dat in die gevallen waarin ras of etniciteit worden gebruikt, de gecontroleerde persoon niet zou zijn geselecteerd als het raciale of etnische kenmerk afwezig was geweest. Het gebruik van een dergelijk kenmerk kan immers niet tegelijkertijd noodzakelijk zijn en geen gevolgen hebben voor de selectiebeslissing. Anders gezegd: als ras of etniciteit voor de selectiebeslissing toch geen verschil maken, is het gebruik daarvan dus ook niet noodzakelijk. De conclusie is dan ook dat telkens wanneer de KMar ras of etniciteit bij het nemen van een selectiebeslissing gebruikt, voldaan is aan de *but for* test.

8.16 Dit blijkt ook uit de voorbeelden die de Staat heeft gegeven van selectiebeslissingen waarbij ras of etniciteit een rol spelen. Het eerste voorbeeld betreft informatie die de KMar heeft over het wederrechtelijk Nederland in smokkelen of reizen van jonge Nigeriaanse vrouwen via het luchttraject Rome-Rotterdam.²⁰ Volgens de Staat hóeven etnische kenmerken niet maar kunnen deze wel iets zeggen over nationaliteit en is het niet het enige, maar een van meer objectieve elementen, *waaraan eveneens moet zijn voldaan* [cursivering hof]. Uit deze laatste zinsnede blijkt dat ook naar de mening van de Staat in een dergelijk geval geen selectie plaatsvindt indien aan dat etnische kenmerk niet is voldaan.

8.17 Het tweede voorbeeld betreft informatie die de KMar heeft over een migratiefenomeen waarbij Vietnamezen illegaal willen doorreizen naar het Verenigd Koninkrijk.²¹ Bekend is dat personen die de illegale oversteek naar het Verenigd Koninkrijk willen maken in de nacht inklimmen in vrachtwagens op rustlocaties langs een bepaalde snelweg in het grensgebied. Als de KMar dan in het grensgebied op een rustlocatie langs deze snelweg rond 3.00 uur 's nachts tussen de geparkeerde vrachtwagens twee personen ziet lopen met een Aziatisch uiterlijk, kan zij deze personen controleren. Het Aziatisch uiterlijk kan in een dergelijk geval volgens de Staat iets zeggen over de herkomst van de beide personen en in dit geval mede in combinatie met andere factoren *waaraan evenzeer moet worden voldaan* [cursivering hof] de basis vormen voor de selectiebeslissing. Ook in dit geval blijkt uit de stelling van de Staat dat selectie voor het MTV niet zou hebben plaatsgevonden indien de beide personen niet een Aziatisch uiterlijk zouden hebben gehad.

8.18 Bij pleidooi heeft de Staat naar aanleiding van dit laatste voorbeeld nog aangevoerd dat dit niet betekent dat (in de beschreven situatie over inklimmers) iedereen met een Aziatisch uiterlijk wordt gecontroleerd en dat ook personen die voldoen aan de andere indicatoren maar geen Aziatisch uiterlijk hebben kunnen worden gecontroleerd. Het hof kan niet oordelen over specifieke hypothetische en/of toekomstige gevallen. Dat in een bepaalde controlesituatie ras of etniciteit geen beslissende rol spelen is zeker denkbaar. Waar het echter om gaat is dat de Staat zelf aanvoert dat de KMar, als dat volgens haar nodig is, ras of etniciteit als selectie criterium gebruikt. Daarmee staat voldoende vast dat er een reële dreiging bestaat dat dergelijke kenmerken van beslissende invloed zijn op selectiebeslissingen die de KMar maakt in het kader van het MTV en dat de KMar in zoverre gelijke gevallen ongelijk

behandelt.

8.19 Het hof zal nu nagaan of voor het door de KMar gemaakte onderscheid op basis van ras of etniciteit een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Uitgangspunt daarbij is dat de bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding²² een legitiem doel is. Dat is niet in geschil.

8.20 De eerste vraag die het hof dan onder ogen moet zien is of, indien ras of etniciteit als een van de gronden worden gebruikt, de beslissing om iemand te controleren *exclusively or to a decisive extent* op ras of etniciteit is gebaseerd. Is dat het geval, dan is het uitgesloten dat voor het gemaakte onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.²³ Hiervoor is overwogen dat in die gevallen waarin de KMar een selectiebeslissing op ras of etniciteit baseert, (er een reële dreiging bestaat dat) het aan ras of etniciteit ontleende kenmerk in zoverre beslissend is dat de desbetreffende persoon niet voor controle zou zijn geselecteerd indien, bij gelijkblijvende overige omstandigheden, dat kenmerk er niet was geweest. Dat brengt onvermijdelijk mee dat de selectiebeslissing *to a decisive degree* (in beslissende mate) op dat raciale of etnische kenmerk is gebaseerd. Dat andere factoren mogelijk óók beslissend zijn maakt dat niet anders. Daarmee staat volgens vaste jurisprudentie van het EHRM vast dat voor het gemaakte onderscheid geen objectieve en redelijke rechtvaardiging kan bestaan. Het gebruik van aan ras of etniciteit ontleende persoonlijke kenmerken bij selectiebeslissingen in het kader van het MTV is dus ongeoorloofd.

8.21 Ten overvloede zal het hof nagaan wat de situatie is indien ras of etniciteit wel een rol spelen bij selectiebeslissingen maar deze beslissingen niet *exclusively or to a decisive extent* berusten op ras of etniciteit. In dat geval moet, zoals hiervoor is overwogen, worden onderzocht of voor dat onderscheid *very weighty reasons* bestaan, waarbij het aan de Staat is om dat aan te tonen. Dat heeft de Staat echter niet aangevoerd. De Staat heeft slechts aangevoerd dat etnische kenmerken niet iets hóeven te zeggen over nationaliteit of herkomst, maar dat zij dat wel kunnen.²⁴ De Staat heeft echter niet aangevoerd of aannemelijk gemaakt dat ras of etniciteit iets zeggen of kunnen zeggen over nationaliteit of herkomst. Amnesty c.s. voeren in dit verband terecht aan dat nationaliteit een juridische categorie is die in beginsel niet kan worden afgeleid uit aan ras of etniciteit ontleende uiterlijke kenmerken. Herkomst is een te vaag en door de Staat niet gedefinieerd begrip. De Staat heeft evenmin uitgelegd, laat staan aan de hand van al dan niet wetenschappelijk bewijsmateriaal onderbouwd, waarom de enkele *mogelijkheid* dat ras of etniciteit iets over herkomst of nationaliteit zeggen, maakt dat een dergelijk selectie criterium een voldoende geschikt en proportioneel middel is om illegaal verblijf tegen te gaan. De Staat heeft ook geen inzicht gegeven in de vraag hoe de gevallen waarin volgens de Staat raciale of etnische kenmerken wel iets zeggen over nationaliteit of herkomst zich numeriek verhouden tot de gevallen waarin dat niet het geval is.

8.22 De Staat heeft ook niet aangevoerd of aannemelijk gemaakt dat het gebruik van ras of etniciteit bij het nemen van selectiebeslissingen in het kader van het MTV noodzakelijk is om het toezicht op illegaal verblijf na grensoverschrijding naar behoren uit te voeren. De Staat heeft aan de hand van een, overigens eerst bij pleidooi in hoger beroep aangehaalde pilot (waarvan de resultaten niet in het geding zijn gebracht), aangevoerd dat indien informatiegestuurd optreden wordt losgelaten, de effectiviteit van het MTV tot nihil slijkt. Het gaat er echter niet om of informatiegestuurd optreden noodzakelijk is, maar (slechts) of de daarvan onderdeel uitmakende mogelijkheid om ras of etniciteit als selectiegrond te gebruiken noodzakelijk is. Dat heeft de Staat met zijn beroep op de pilot niet aangevoerd, zoals de Staat ook niet heeft aangevoerd dat alleen informatiegestuurd kan worden opgetreden als ras of etniciteit daarin worden gebruikt. Overigens blijkt reeds uit het feit dat onderscheid op grond van ras of etniciteit niet geschikt is als indicator van nationaliteit of herkomst, dat dit onderscheid ook niet noodzakelijk kan zijn voor een effectief toezicht op illegaal verblijf na grensoverschrijding.

8.23 De Staat heeft nog aangevoerd dat het gebruik van ras of etniciteit misstanden zoals mensenhandel kan helpen voorkomen. Het EHRM heeft overwogen dat art. 14 EVRM niet verbiedt dat de autoriteiten groepen personen verschillend behandelen om *factual inequalities* te corrigeren, dus in gevallen van

9 Toewijsbaarheid van de vorderingen

9.1 Amnesty c.s. vorderen onder meer dat het hof de Staat verbiedt bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras. Zoals eerder overwogen is voor een dergelijk bevel vereist dat een reële dreiging bestaat dat de Staat onrechtmatig zal handelen. Aan dat vereiste is blijkens het voorafgaande voldaan. Anders dan de rechtbank overweegt is voor een dergelijk verbod niet vereist dat vaststaat dat onrechtmatig gebruik van etniciteit min of meer structureel voorkomt.²⁸ Het gebruik van ras en etniciteit bij selectiebeslissingen berust op vast beleid van de KMar en is niet het gevolg van ambtenaren die in een concreet geval afwijken van de binnen de KMar geldende normen. De Staat heeft ook niet aangevoerd dat het gebruik van ras of etniciteit zo weinig voorkomt dat er geen sprake meer is van een reëel risico en dat is, gegeven het belang dat de KMar kennelijk aan dit instrument hecht, ook niet aannemelijk. De vordering dat het hof de Staat verbiedt bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras is dus toewijsbaar. Bij de vordering dat het hof ook nog een dienovereenkomstige verklaring voor recht uitspreekt hebben Amnesty c.s. geen afzonderlijk belang.

9.2 Amnesty c.s. vorderen ook dat het hof de Staat verbiedt ten behoeve van MTV-controles risicoprofielen op te stellen en te gebruiken waarvan ras (mede) deel uitmaakt. Volgens Amnesty c.s. wordt in de risicoprofielen ook gebruik gemaakt van raciale of etnische kenmerken. De Staat bestrijdt dit. Het hof kan dit in het midden laten omdat Amnesty c.s. geen belang hebben bij deze vordering. Nu het hof verbiedt dat dergelijke kenmerken bij de selectiebeslissingen worden gebruikt valt niet in te zien, en Amnesty c.s. hebben dat ook niet gemotiveerd, welk belang zij daarnaast nog hebben bij de inhoud van de (overigens niet openbare) profielen. Deze vordering zal dan ook worden afgewezen, evenals de gevorderde verklaring voor recht met dezelfde strekking.

9.3 Amnesty c.s. vorderen tot slot dat het hof de Staat beveelt om ervoor te zorgen dat bij de uitvoering van MTV-controles geen (directe of indirecte) discriminatie plaatsvindt. Niet duidelijk is wat deze vordering toevoegt aan het bevel dat het hof zal uitspreken waarbij het de Staat verbiedt bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras. De KMar is immers onderdeel van de Staat en dient zich reeds als zodanig aan dat bevel te houden. Ook deze vordering is dus niet toewijsbaar wegens gebrek aan belang.

9.4 Amnesty c.s. hebben er bij deze stand van zaken geen belang bij dat het hof ook nog de overige grondslagen van hun vorderingen behandelt.

10 Conclusie; proceskosten

10.1 De grieven slagen in zoverre. Het rechtbankvonnis kan niet in stand blijven. Het hof zal de Staat verbieden bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras. Het hof zal het arrest uitvoerbaar bij voorraad verklaren zoals Amnesty c.s. hebben gevorderd in de appeldagvaarding.

10.2 De Staat zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties, de kosten van het incident dat heeft geleid tot het arrest van 5 april 2022 daaronder begrepen.

Beslissing

Het hof:

positieve discriminatie.²⁵ Het valt dan ook niet op voorhand uit te sluiten dat, indien in een specifiek geval de KMar niet bezig is met het uitvoeren van een MTV-controle maar hulp wil verlenen aan personen die slachtoffer dreigen te worden van misstanden zoals mensenhandel, dit een objectieve en redelijke rechtvaardiging zou kunnen opleveren. De onderhavige procedure gaat echter over de controles die in het kader van het MTV plaatsvinden en die tot doel hebben het bestrijden van illegaal verblijf na grensoverschrijding. Het enkele feit dat de mogelijkheid bestaat dat een MTV-controle als bijvangst oplevert dat een specifieke misstand wordt bestreden, is onvoldoende om te kunnen oordelen dat voor selectie op basis van ras of etniciteit een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Daarvoor heeft de Staat te weinig concreets aangevoerd.

8.24 De conclusie is dat voor het door de KMar gemaakte onderscheid op grond van ras of etniciteit bij selectiebeslissingen in het kader van het MTV geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Het maken van onderscheid op basis van ras of etniciteit zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging is een bijzonder ernstige vorm van discriminatie. Het EHRM heeft hierover het volgende overwogen²⁶:

56. A differential treatment of persons in relevantly similar situations, without an objective and reasonable justification, constitutes discrimination (see *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, § 48, ECHR 2002-IV). 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 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 *Nachova and Others*, cited above, § 145).

De KMar maakt in bepaalde gevallen onderscheid op basis van ras of etniciteit en wil dit onderscheid kunnen blijven maken. De KMar onderwerpt in voorkomend geval personen aan een controle vanwege, bijvoorbeeld, hun huidskleur, waar andere personen, die niet dezelfde huidskleur hebben maar wel aan de overige indicatoren voldoen, niet gecontroleerd worden. Dit is discriminatie op grond van ras.²⁷ Een dergelijke vorm van discriminatie leidt tot stigmatisering en gevoelens van pijn en frustratie bij de op die grond geselecteerde personen, zoals uit de verklaringen van [appellant 1] en [appellant 2] ter zitting ook voldoende (en onweersproken) is gebleken. Bovendien heeft het beleid en optreden van de KMar een negatieve uitstraling op de maatschappij als geheel. Nederlanders met een andere dan een blanke huidskleur kunnen zich hierdoor niet geaccepteerd en tweederangs burger voelen. De negatieve gevolgen van discriminatie op grond van ras of etniciteit rechtvaardigen de toepassing van de strenge toets die het EHRM en in navolging van het EHRM dit hof aanlegt.

- vernietigt het vonnis van de rechtbank, en opnieuw rechtdoende;

- verbiedt de Staat om bij de uitvoering van MTV-controles selectiebeslissingen te nemen die (mede) gebaseerd zijn op ras;

- wijst af het meer of anders gevorderde;

- veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in beide instanties, tot op heden begroot in eerste aanleg op 656 aan griffierecht en 1689 aan salaris van de advocaat, en in hoger beroep op 1.566,-- aan griffierechten en 4.140,50 aan salaris van de advocaat, en op 173,-- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met 90,-- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van 90,-- na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen tot aan de dag van voldoening;

- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A. Boele, E.M. Dousma-Valk en J.J. van der Helm, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 14 februari 2023, in aanwezigheid van de griffier.

¹ ECLI:NL:RBDHA:2021:10080.

² HvJEU 19 juli 2012, C-278/12, *Adil/Nederland*.

³ Aldus ook Amnesty c.s. memorie van grieven nr. 1.2.

⁴ Memorie van grieven nr. 8.5.

⁵ Memorie van grieven 3.3 en 3.8 (verwijzend naar art. 1.1 IVUR).

⁶ EHRM 13 december 2005, *Timishev t. Rusland*, nr. 55762/00 en 55974/00, par. 55; EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06, *Sejdić en Finci t. Bosnië Herzegovina*, par. 43.

⁷ J.H. Gerards, Sdu Commentaar EVRM, art. 1 Twaalfde Protocol (Gerards), par. 2; EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06, *Sejdić en Finci t. Bosnië Herzegovina*, par. 55.

⁸ J.H. Gerards, Sdu Commentaar EVRM, art. 14 EVRM, par. 2.1.

⁹ J.H. Gerards, Sdu Commentaar EVRM, art. 14 EVRM, par. 2.3.5; EHRM 19 februari 2013, nr. 19010/07 *Kärner/Oostenrijk*.

¹⁰ Zie hierna nr. 8.6.

¹¹ J.H. Gerards, Sdu Commentaar EVRM, art. 14 EVRM, par. 2.2.2; EHRM 11 oktober 2011, nr. 53124/09, *Genovese t. Malta*, par. 39.

¹² EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, *Timishev t. Rusland*, par. 57; EHRM 18 oktober 2022, nr. 34085/17, *Muhammad t. Spanje*, par. 94.

¹³ Bijvoorbeeld EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06, *Sejdić en Finci t. Bosnië Herzegovina*, par. 44.

¹⁴ J.H. Gerards, Sdu Commentaar EVRM, art. 14 EVRM par. 3.1.

¹⁵ J.H. Gerards, The margin of appreciation doctrine, the very weighty reasons test and grounds of discrimination p. 9 (prod. 97 bij memorie van grieven); EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10, *Biao t. Denemarken*, par. 93; EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, *D.H. e.a. t. Tsjechië*, par. 196: 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. In gelijke zin EHRM 10 november 2022, nrs. 49636/14 en 65678/14, *Bakirdzi en E.C. t. Hongarije*, par. 50.

¹⁶ EHRM 13 december 2005, nr. 55762/00 en 55974/00, *Timishev t. Rusland*, par. 58; EHRM 13 november 2007, nr. 57325/00, *D.H. e.a. t. Tsjechië*, par. 176; EHRM 24 mei 2016, nr. 38590/10, *Biao t. Denemarken*, par. 94.

¹⁷ Dat het om twee verschillende toetsen gaat blijkt ook uit de (door de griffie van het EHRM opgestelde) Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, updated 31 August 2022, par. 107.

¹⁸ HR 21 december 2001, NJ 2002, 217.

¹⁹ EHRM 18 oktober 2022, nr. 34085/17, par. 102, *Muhammad t. Spanje*.

²⁰ Plka in hoger beroep p. 6.

²¹ Memorie van antwoord 6.2.3; plka in hoger beroep p. 6/7.

²² Vgl. art. 50 lid 1 Vreemdelingenwet.

²³ Zie nr. 8.7 hiervoor.

²⁴ Vgl. de hiervoor in nrs. 8.16 en 8.17 weergegeven stellingen van de Staat over de door hem gegeven voorbeelden.

²⁵ EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06, *Sejdić en Finci t. Bosnië Herzegovina*, par. 44.

²⁶ EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00, *Timishev t. Rusland*.

²⁷ *Discrimination* als bedoeld in art. 14 EVRM en art. 1 Twaalfde Protocol EVRM is ongelijke behandeling van gelijke gevallen zonder objectieve en redelijke rechtvaardiging, zie EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06, *Sejdić en Finci t. Bosnië Herzegovina*, par. 55. *Racial discrimination* is ongelijke behandeling op grond van ras of etniciteit, zie EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00, *Timishev t. Rusland* par. 56; EHRM 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06, *Sejdić en Finci t. Bosnië Herzegovina*, par. 43.

²⁸ Rechtbankvonnis 8.15.