

Gespreksnotitie

Etnisch profileren en de KMar uitspraak

*Ten behoeve van het Rondetafelgesprek van De Vaste Commissie voor
Binnenlandse Zaken op 24 november 2021*

17 november 2021

Startpunt: het discriminatieverbod

- (1) Het startpunt van het gesprek over etnisch profileren is het discriminatieverbod zoals neergelegd in artikel 1 Grondwet, in de Algemene wet gelijke behandeling en in mensenrechtenverdragen. Kerngedachte achter dit discriminatieverbod is dat mensen moeten worden aangesproken en afgerekend op hun gedragingen en niet op persoonskenmerken of identificatie als lid van een bepaalde bevolkingsgroep.

Toenemende aandacht voor etnisch profileren

- (2) Er is momenteel in het Nederlandse publieke en politieke debat veel aandacht voor *etnisch profileren*. Aanleiding hiervoor is het gegeven dat uit verschillende onderzoeken naar voren komt dat personen die behoren tot of geassocieerd worden met een etnische minderheidsgroep ervaren dat zij sneller en vaker worden geselecteerd voor een nader onderzoek of staande worden gehouden door de politie.¹ Bekend is bovendien dat ook in de uitvoeringspraktijk van verschillende overheidsdiensten burgers soms worden geselecteerd op basis van etnische kenmerken of afkomst. Dit gegeven stond onlangs centraal in de door Amnesty International c.s. aangespannen rechtszaak tegen de Koninklijke Marechaussee (KMar). Deze rechtszaak bespreekt het College in § 5-9.

Het begrip *etnisch profileren*

- (3) De term *etnisch profileren* is geen juridische term en heeft geen wettelijke of verdragsrechtelijke definitie. Wel is er een omschrijving van etnisch profileren die door veel gezaghebbende internationale mensenrechteninstanties - en ook door het College - wordt gebruikt, namelijk: het gebruik door overheidsinstanties van criteria als huidskleur, taal, religie, nationaliteit of nationale of etnische afkomst bij de uitoefening van toezichts-, handhavings- en opsporingsbevoegdheden, zonder dat daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.
- (4) Het kernelement van deze definitie is het deel achter de laatste komma: wanneer is sprake van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het gebruik van etniciteit als selectie criterium?² Voor een antwoord op die vraag wordt dikwijls verwezen naar het dynamische verkeerscontrole-arrest van de Hoge Raad uit 2016.³ In dat arrest overwoog de HR dat de politie bij een verkeerscontrole voertuigen niet *uitsluitend of hoofdzakelijk* mag selecteren op basis van etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of inzittende. Voor een dergelijke selectie is bij dit soort controles geen redelijke objectieve rechtvaardiging en dus levert zo'n selectie dan discriminatie op. Dit HR-arrest sluit aan bij het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Timishev t. Rusland*.⁴ Daarin bepaalde het EHRM dat een verschil in behandeling dat *enkel of in beslissende mate* is gebaseerd op de etnische afkomst van een persoon kan op geen enkel moment objectief worden gerechtvaardigd.⁵

KMar uitspraak: bevestiging van de lijn

¹ Zie hierover ook College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, Utrecht 2021.

² College voor de Rechten van de Mens, *Debat over etnisch profileren vraagt om meer juridische duidelijkheid*, Utrecht 2021, p. 3.

³ HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2454 (*Dynamische Verkeerscontrole*), NJ 2017/84, m.nt. B.F. Keulen.

⁴ EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*).

⁵ EHRM 13 december 2005, nrs. 55762/00 en 55974/00 (*Timishev t. Rusland*), § 58. Oorspronkelijke tekst: 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 (cursivering toegevoegd).

- (5) Bovengenoemd uitgangspunt is onlangs bevestigd in de KMar rechtszaak.⁶ Het draaide in deze rechtszaak om de vraag of de KMar bij Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV) controles gebruik mag (blijven) maken van etniciteit als selectiecriteria. Volgens Amnesty International c.s. leidt deze vorm van selectie tot etnisch profileren. Zij vorderden daarom een algemeen en ongeclausuleerd verbod op het gebruik van etniciteit bij MTV controles.
- (6) Deze vordering werd door de rechtbank afgewezen. Hiertoe overwoog de rechtbank - kortgezegd - dat etniciteit *in de regel* niet het enige of doorslaggevende criterium is en dat voor het gebruik hiervan een objectieve rechtvaardiging bestaat. Daarbij nam de rechtbank o.a. mee dat niet gebleken is van redelijke alternatieven. Om die reden leidt het gebruik van etniciteit bij MTV controles niet in algemene zin tot etnisch profileren en/of discriminatie.
- (7) Het voorgaande neemt niet weg - zo erkent de rechtbank - dat het gebruik van etniciteit bij MTV controles in individuele gevallen wél tot discriminatie kan leiden. Dit is het geval wanneer etniciteit in een concreet geval toch het enige of doorslaggevende criterium is en/of de KMar de selectiebeslissing achteraf niet kan uitleggen.⁷

KMar uitspraak: consequenties

- (8) Het College benadrukt dat de uitspraak in de KMar zaak **geen** vrijbrief is voor etnisch profileren. De uitspraak is zeer contextgebonden. Juridisch gezien is deze uitsluitend van toepassing op vreemdelingtoezicht/controle op illegaal verblijf, en dus niet op andere situaties (zoals politiecontroles). Belangrijke overweging is dat er volgens de rechtbank in dit geval een feitelijk verband is tussen etniciteit en nationaliteit, en daarmee de kans op het niet beschikken over een geldige verblijfstitel - ook al is dat verband niet absoluut maar relatief. Deze overweging is beslist niet toepasbaar buiten het vreemdelingtoezicht.
- (9) De uitspraak bevestigt in die zin dat er *altijd* zeer zwaarwegende redenen moeten bestaan voor het gebruik van etniciteit als selectiecriteria. Ook de enkele aanwezigheid van andere selectiecriteria maakt dus nog niet dat het gebruik van etniciteit geen probleem is. Het College vraagt zich wel af of de noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets niet strenger hadden moeten worden toegepast, waarover hieronder meer.

Wat doet het College?

- (10) Eerder dit jaar bracht het College een *position paper* uit waarin het aangeeft dat er meer juridische duidelijkheid moet komen over de rol die etnische kenmerken mogen spelen binnen risicoprofielen. Die duidelijkheid is er met deze uitspraak nog niet. Zo is nog altijd onduidelijk wanneer etniciteit nou precies een doorslaggevend criterium is, en hoe dat vastgesteld moet worden.
- (11) Ook uit de KMar-uitspraak wordt wat het College betreft niet duidelijk hoe de rechtbank de in het geding zijnde belangen tegen elkaar afweegt. Omdat het over etniciteit gaat, moet de zwaarst denkbare rechtvaardigingstoets worden toegepast. Dit gaat dus verder dan de vraag of er naast etniciteit andere criteria deel uitmaken van het risicoprofiel. Het bewijs dat gebruik van etniciteit praktisch noodzakelijk en effectief is moet vrijwel onomstotelijk zijn. Vervolgens zou de rechtbank beter moeten onderbouwen of, en zo ja waarom de nuttige effecten die de KMar ziet echt *opwegen* tegen de zeer negatieve effecten van deze werkwijze voor betrokkenen.
- (12) Begin 2021 is het College gestart met het project Institutioneel Racisme. Het doel van dit project is om binnen de overheid de aandacht te vergroten voor het

⁶ Rechtbank Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 7.5.

⁷ Rechtbank Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283, r.o. 8.18.

tegengaan van werkwijzen, gedrag en handelen die (kunnen) leiden tot discriminatie op grond van ras en etniciteit. Eind dit jaar publiceert het College een juridisch toetsingskader over het gebruik van etniciteit, afkomst en nationaliteit binnen risicoprofielen. Dit toetsingskader helpt ambtenaren om te beoordelen of een risicoprofiel binnen de grenzen van het discriminatieverbod blijft.