

Gerechtshof Den Haag  
Datum zitting: 8 december 2022  
Zaaknummer: 200.304.295

## PLEITNOTITIES

inzake:

1. **Panzu Bamenga**,  
wonende te Eindhoven ("**Bamenga**"),
2. ██████████,  
wonende te Alicante, Spanje ("**██████████**"),
3. **de Stichting RADAR Inc.**  
gevestigd en kantoorhoudende te Rotterdam ("**RADAR**"),

Appellanten,  
Advocaat: mr. A.M. van Aerde

4. **Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten**,  
gevestigd en kantoorhoudende te Leiden ("**NJCM**"),
5. **Amnesty International (Afdeling Nederland)**,  
gevestigd en kantoorhoudende te Amsterdam ("**Amnesty**"),

Appellanten,  
Advocaten: mr. J. Klaas en mr. M. Hendrickx

Gezamenlijk: "**Appellanten**"

tegen:

**de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Defensie en het Ministerie van Justitie en Veiligheid, in het bijzonder de Koninklijke Marechaussee)**,  
gevestigd te Den Haag,

Geïntimeerde,  
advocaten: mr. C.M. Bitter en mr. L. Sieverink

## 1. Inleiding

- 1.1. De rechtsvraag die vandaag centraal staat, is deze: mag de KMar bij de uitvoering van het MTV gebruik maken van etniciteit, ja of nee? Oftewel: mag de KMar bij de uitvoering van het MTV mensen verschillend behandelen, al naar gelang hun ras? Daarbij gebruiken wij het woord 'ras' uitsluitend in de juridische zin van dat woord.<sup>1</sup>
- 1.2. Deze vraag ligt op zichzelf helder voor. Zo staat vast dat in de werkwijze van de KMar "*eticiteit een rol kan spelen bij de selectiebeslissingen*". De rechtbank heeft vastgesteld dat dit niet in geschil is,<sup>2</sup> en de Staat is hiertegen niet opgekomen. Dat etniciteit een rol kan spelen bij de uitvoering van het MTV, wordt erkend in de memorie van antwoord,<sup>3</sup> is ook overheidsbeleid,<sup>4</sup> wordt bevestigd door de casus ██████████ en Bamenga, en blijkt uit de voorbeelden van de Staat.
- 1.3. Wat is dan wel in geschil? In wezen de volgende punten:
  - a. De Staat bestrijdt dat het gebruik van etniciteit (ras) bij de selectie van te controleren personen, verboden discriminatie oplevert.
  - b. De Staat bestrijdt dat ras deel uitmaakt van de risicoprofielen.<sup>5</sup>
  - c. De Staat bestrijdt dat er grond is voor een verbod.
- 1.4. Om met die eerste te beginnen: de Staat meent dat het gebruik van etniciteit (ras) bij de selectie van te controleren personen, geen verboden discriminatie oplevert, want volgens de Staat is er geen sprake van verboden discriminatie wanneer de selectiebeslissing niet "*uitsluitend of in overwegende mate*" gebaseerd is op ras.<sup>6</sup> Selectiebeslissingen worden daarentegen genomen op basis van informatie over (migratie)fenomenen, en etniciteit (ras) is slechts één van de

<sup>1</sup> Zie MvG § 3.3. Van een selectie (mede) gebaseerd op ras is sprake indien aan die selectie een veronderstelling ten grondslag ligt over iemands afkomst of nationaliteit die gebaseerd is op iemands uiterlijke kenmerken; zie MvG § 3.9.

<sup>2</sup> Vonnis, rov. 8.6.

<sup>3</sup> MvA § 4.4.4.

<sup>4</sup> *Aanhangsel Handelingen II*, 2016/17, 1900, p. 2 (Antwoord van staatssecretaris Dijkhoff (Veiligheid en Justitie) en van minister Hennis – Plasschaert (Defensie) d.d 19 mei 2017); *Aanhangsel Handelingen II*, 2017/18, 2340, p. 3 (Antwoord van Minister Bijleveld-Schouten (Defensie) en de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid d.d. 8 juni 2018); *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.

<sup>5</sup> Onder risicoprofielen verstaan Amnesty c.s. een verzameling van één of meer criteria, ook wel indicatoren, op basis waarvan een inschatting wordt gemaakt van een risico op normovertreding, met inbegrip van illegaal verblijf; zie MvG § 3.10.

<sup>6</sup> MvA § 4.4.4, 1<sup>ste</sup> alinea, laatste zin.

factoren op basis waarvan een selectiebeslissing wordt genomen, aldus de Staat. Als de KMar bijvoorbeeld informatie heeft dat Nigeriaanse geldsmokkelaars het land binnen willen komen, dan zijn de selectiecriteria "*niet-Nederlands uiterlijk, snellopend en keurig gekleed*".<sup>7</sup> Of als uit informatie blijkt dat Vietnamezen illegaal willen doorreizen naar het Verenigd Koninkrijk, terwijl bekend is dat zij dat doen door 's nachts in te klimmen in vrachtwagens, dan zijn de criteria kennelijk: nacht, rustlocatie langs een snelweg, en "*Aziatisch uiterlijk*".<sup>8</sup>

- 1.5. Wanneer ten aanzien van een persoon met bepaalde raciale persoonskenmerken, een andere beslissing zou worden genomen dan ten aanzien van een persoon met andere raciale persoonskenmerken – bij overigens gelijke omstandigheden – dan wordt met de selectiebeslissing een *onderscheid in behandeling* gemaakt dat uitsluitend of in overwegende mate gebaseerd is op ras. Dit wordt ook wel de '*but for*'-test genoemd: was het subject gunstiger behandeld, als hij een bepaald persoonskenmerk niet had gehad?<sup>9</sup>
- a. De keurig geklede, snellopende *witte* man ziet er niet uit als een Nigeriaanse smokkelaar, en even zo keurig geklede, snellopende heer Bamenga met een donkere huidskleur kennelijk wél.
  - b. De witte mannen die om 03:00 uur 's nachts over de rustlocatie langs de snelweg wandelen, zien er in de ogen van de marechaussee niet uit als 'Vietnamese inklimmers', maar dezelfde mannen met een 'Aziatisch uiterlijk' wél.
  - c. Of zoals marechaussee █████ het verwoordt: "*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.*"<sup>10</sup> Bij die 'fenomeenbeschrijving' worden personen met een 'Chinees uiterlijk' (wat dat ook moge zijn) niet aan de kant gezet, personen met een 'Nigeriaans uiterlijk' (wat dat ook moge zijn) wel. Het onderscheid in behandeling is in die vergelijkbare gevallen dus uitsluitend of in overwegende mate gebaseerd op ras.
- 1.6. Dat is ook goed verklaarbaar, omdat de fenomenen waarop de KMar handelt, reisbewegingen beschrijven die steeds hun oorsprong hebben in bepaalde landen: Nigeriaanse geldsmokkelaars, Vietnamese inklimmers. De reflex is dan kennelijk dat de marechaussee extra let op mensen die, in hun ogen, naar hun

<sup>7</sup> Inl. dgv. § 95, § 114 t/m 117; Amnesty-productie 52: verklaring 3d van de betrokken marechaussees, p. 1.

<sup>8</sup> MvA § 6.2.3.

<sup>9</sup> Zie MvG, § 10.6.8, en Amnesty-productie 96: J.H. Gerards, Sdu Commentaar EHRM, artikel 14, § 2.2.

<sup>10</sup> Amnesty-productie 93: NRC-artikel d.d. 24 november 2021.

uiterlijk lijken op mensen uit die landen. Dat bevestigt direct het risico op etnisch profileren.

- 1.7. Daarnaast is de stelling dat van verboden discriminatie bij het MTV alleen maar sprake kan zijn wanneer het onderscheid in behandeling "*uitsluitend of in overwegende mate*" gebaseerd is op ras juridisch onjuist. Een onderscheid in behandeling dat uitsluitend of in overwegende mate op ras is gebaseerd, kan *hoe dan ook* niet gerechtvaardigd worden en is dus *sowieso* verboden. Daaruit kan echter niet *a contrario* worden geconcludeerd dat elk onderscheid in behandeling dat niet uitsluitend of in overwegende mate op ras is gebaseerd, *sowieso* toelaatbaar is.
- 1.8. Hoe zit het dan wel? Volgens de toets van het EHRM moet worden beoordeeld:
  - a. Is er sprake van ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen?
  - b. Bestaat er een *objectieve en redelijke rechtvaardiging* voor die ongelijke behandeling, dat wil zeggen vormt het onderscheid een *geschikt, noodzakelijk en proportioneel* middel?
- 1.9. Het onderscheid in behandeling staat vast. Blijft over de vraag naar de objectieve en redelijke rechtvaardiging, en die rechtvaardiging is er niet. Immers, de Staat heeft niet aangetoond dat het voor de uitoefening van het MTV *noodzakelijk* is om onderscheid naar ras te maken. De Staat heeft niet laten zien dat de KMar het MTV niet kan uitvoeren zonder onderscheid naar ras te maken. Integendeel zelfs: uit het feit dat de KMar het standpunt heeft ingenomen dat zij "*geen gebruik wil maken van etniciteit als indicator binnen profielen of selectiebeslissingen*",<sup>11</sup> volgt temeer dat het kennelijk *niet* 'noodzakelijk' is om bij de uitoefening van het MTV onderscheid naar ras te maken.
- 1.10. Onderscheid maken naar ras is ook geen *geschikt* middel om het MTV beter uit te voeren. Ook met alle 'praktijkervaring' van de wereld kan men aan iemands uiterlijk eenvoudigweg niet zien of die persoon zich schuldig maakt aan illegaal verblijf na grensoverschrijding of aan grensoverschrijdende criminaliteit. Dat blijkt wel uit de casus Bamenga en ██████████: aan hun uiterlijk heeft de marechaussee immers ook niet gezien dat zij Nederlanders zijn en hier legaal verblijven. Ook het voorbeeld van marechaussee ██████████ die geen Chinezen aan de kant wil zetten als het op die route gaat om Nigerianen, laat zien dat onderscheid maken naar ras ook in dit opzicht problematisch is. ██████████ zal immers Nigerianen zonder verblijfstitel met een volgens hem 'Chinees uiterlijk' ten onrechte niet

---

<sup>11</sup> Amnesty-productie 92: Gespreksnotitie KMar.

controleren, terwijl hij Nederlanders, of Nigerianen die rechtmatig in Nederland mogen verblijven, ten onrechte wél aan de kant zet als zij er volgens ██████ 'Nigeriaans' uitzien. Ras, of vermeende nationaliteit, is daarom zowel een over- als een onderinclusief criterium. Selecteer zo maar lang genoeg en op grote schaal, en het trekt de statistieken scheef. De personen op die route met een lichte huidskleur of een 'Chinees uiterlijk' zonder verblijfstitel zal men niet in de statistieken terugzien, omdat Erwin meent dat zulke personen geen Nigerianen zullen zijn. Dit is geen hypothetisch voorbeeld: de schatting is dat de gemeenschap van mensen van Chinese afkomst in Nigeria zo'n 40.000 tot 50.000 mensen telt.<sup>12</sup> Tegelijkertijd worden dan als vanzelf personen met een donkere huidskleur die geen Nigeriaan zijn, zoals Nederlanders, disproportioneel vaak onderworpen aan controles.

- 1.11. Onderscheid maken naar ras is ten slotte ook geen *proportioneel* middel om het MTV beter uit te voeren. Alle evenredigheid is zoek. *Enerzijds* levert het persoonlijke en maatschappelijke schade op: niet voor niets noemt het EHRM discriminatie op grond van ras een bijzonder onrechtvaardige vorm van discriminatie die raakt aan de menselijke waardigheid.<sup>13</sup> De boodschap is dan immers: wie eruit ziet als Nigeriaan of als Vietnamees, is mogelijk geen echte Nederlander, die hoort er mogelijk niet bij. Dat is temeer vernederend omdat die boodschap in de publieke ruimte wordt gebracht. Het EHRM drukt dat zo uit: "*the public nature of the search may, in certain cases, compound the seriousness of the interference because of an element of humiliation and embarrassment*".<sup>14</sup> En op grotere schaal is het risico dat hele groepen Nederlanders zo worden gedegradeerd tot tweederangsburgers. Terwijl Nederland sinds 2013 juist een 'participatiesamenleving' wil zijn, is het risico dat die groepen Nederlanders afhaken – risico's die de Staat overigens onderkent.<sup>15</sup> In de woorden van het EHRM: "*racial profiling, in particular, results in the stigmatisation and alienation of the persons concerned*

<sup>12</sup> Zie de Wikipedia-pagina "Chinese people in Nigeria", [https://en.wikipedia.org/wiki/Chinese\\_people\\_in\\_Nigeria](https://en.wikipedia.org/wiki/Chinese_people_in_Nigeria): "*There is a large population of Chinese people in Nigeria which can include Chinese expatriates and descendants born in Nigeria with Hakka ancestry.*" Bron: een schatting van de Chinese ambassadeur in Nigeria, Zhou Pingjian, van 12 februari 2017, *The Sun* 20 februari 2017:

**"What is the current Chinese population in Nigeria?"**

*We don't have the registration system. According to our assessment, I think there are 40,000; some say there are 50,000 Chinese compatriots here.*"

Zie: <https://www.sunnewsonline.com/china-nigerias-trade-volume-declining-very-fast-chinese-ambassador/>

<sup>13</sup> EHRM 13 december 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1213JUD005576200 (*Timishev v. Russia*), rov. 56.

<sup>14</sup> EHRM 12 januari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0112JUD000415805 (*Gillan and Quinton v. the United Kingdom*), rov. 63; EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (*Basu/Duitsland*), rov. 22.

<sup>15</sup> MvA § 3.3.1.

*by it*".<sup>16</sup> Dus, enerzijds is er het risico van grote persoonlijke en maatschappelijke schade, en *anderzijds* staat daar geen 'effectiviteitswinst' tegenover. De Staat heeft op geen enkele manier aangetoond dat de KMar haar taken beter zou kunnen vervullen door onderscheid naar ras te maken.<sup>17</sup> Elke onderbouwing daarvan ontbreekt. Bij die stand van zaken is onmogelijk dat het maken van onderscheid naar ras kan worden aangemerkt als *proportioneel* middel om het MTV beter uit te voeren.

1.12. Het is om deze redenen dat het gebruik van etniciteit bij de uitvoering van het MTV verboden discriminatie oplevert. Tot die conclusie komen ook mensenrechtgeleerden zoals professoren Terlouw en Rodrigues.<sup>18</sup> De vorderingen zijn gericht op *erkenning* daarvan en op een *verbod* daarvan. De Staat suggereert dan dat appellanten 'overvragen': zij willen immers "*een algeheel verbod*". Maar het enige dat appellanten willen, is dat de Staat naleeft wat er in (onder meer) zijn eigen Grondwet staat, en dus niet discrimineert. Dat is niet overvragen, maar eigenlijk juist een heel bescheiden vordering.

1.13. Hiermee heb ik een overzicht gegeven van de belangrijkste punten in de zaak. Waar nodig, zullen wij deze en andere punten hierna verder uitdiepen, en wel als volgt. Achtereenvolgens staan wij nog stil bij:

- de aard en opzet van het MTV (§ 2),
- de risicoprofielen het gebruik van nationaliteit als indicator (§ 3),
- het gebruik van ras als één van meer selectiecriteria of indicatoren (§ 4),
- geen rechtvaardiging van het gebruik van ras als indicator (§ 5),
- ras is geen objectieve aanwijzing van herkomst of nationaliteit (§ 6),
- de proportionaliteitsafweging (7),
- de andere grondslagen (§ 8),
- bewijsaspecten in deze zaak (§ 9),
- de vorderingen (§ 10).

---

<sup>16</sup> EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (*Basu/Duitsland*), rov. 34; ECRI-Aanbeveling 11, Explanatory Memorandum, par. 34 sub iii.

<sup>17</sup> Aldus ook professor Terlouw, Amnesty-productie 98.

<sup>18</sup> Amnesty-productie 98: Gespreksnotitie Terlouw, p. 2.

## 2. De aard van het MTV: ook opsporing en vervolging strafbare feiten

- 2.1. De KMar zet MTV-controles, een vorm van vreemdelingtoezicht, in ter bestrijding van illegaal verblijf na grensoverschrijding.<sup>19</sup> Het doel van het MTV is ook om vormen van grensoverschrijdende criminaliteit te bestrijden.<sup>20</sup>
- 2.2. Tijdens zo'n MTV controleactie vinden selecties voor een MTV-controle plaats aan de hand van risico-indicatoren. MTV-controles en MTV-selectie zijn proactief. Er hoeft geen sprake te zijn van op de persoon gerichte aanwijzingen voor illegaal verblijf, noch van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit.<sup>21</sup> Bij de selectiebeslissing kan en mag ras volgens de Staat en de KMar een rol spelen. Dat is ook daarom problematisch omdat het MTV niet alleen wordt ingezet tegen illegaal verblijf, maar ook tegen grensoverschrijdende criminaliteit.
- 2.3. De Staat bestrijdt dat het MTV de opsporing en vervolging van strafbare feiten ten doel heeft<sup>22</sup> en dat dit onrechtmatig is.<sup>23</sup> Volgens de Staat mag de KMar mensensmokkel en identiteitsfraude zelfstandig afhandelen als zij tijdens het MTV daarop stuit.<sup>24</sup> De KMar mag zijn opsporingsbevoegdheden volgens de Staat alleen inzetten voor andere grensoverschrijdende criminaliteit (zoals witwassen, mensenhandel en drugscriminaliteit) als bij de MTV-controle aanwijzingen voor een strafbaar feit worden gevonden.<sup>25</sup> De voorbeelden die appellanten in de memorie van grieven hebben genoemd, zouden volgens de Staat dan ook alleen zien op MTV-controles waarbij op een strafbaar feit wordt gestuit en niet op het geval dat iemand om die reden voor een controle wordt geselecteerd.<sup>26</sup>
- 2.4. Appellanten hebben echter steeds voorbeelden genoemd, en de Staat zelf trouwens ook, waarbij mensen werden geselecteerd voor een MTV-controle *naar aanleiding van* indicatoren die samenhangen met of duiden op grensoverschrijdende criminaliteit, waaronder mensensmokkel en identiteitsfraude. Voorbeelden daarvan zijn de associaties van de KMar tussen strafrechtelijke overtredingen en nationaliteit in het onderzoek van Van der Woude,<sup>27</sup> de heer Bamenga die werd geselecteerd vanwege politie-informatie over Nigeriaanse

<sup>19</sup> Vonnis rov. 3.5, 3.6. Dit is geregeld in artikel 50 Vw 2000 jo. artikel 4.17a Vb 2000.

<sup>20</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 19637, 1393; *Kamerstukken II* 2011/12, 19637, 1485; *Kamerstukken II* 2010/11, 32317, 68; Amnesty-productie 92: Gespreksnotitie KMar; MvG § 11.3-11.4.

<sup>21</sup> Vonnis, rov. 3.6; MvG nr. 11.6-11.7

<sup>22</sup> MvA, § 6.5.6.

<sup>23</sup> MvA, § 6.5.4.

<sup>24</sup> MvA, § 3.2.4.

<sup>25</sup> MvA, § 3.2.4.

<sup>26</sup> MvA, § 3.2.4.

<sup>27</sup> MvG, § 11.10.

geldsmokkelaars,<sup>28</sup> het NRC-artikel van een jaar geleden waar voertuigen door KMar medewerkers werden geselecteerd vanwege informatie over mensensmokkel,<sup>29</sup> en twee voorbeelden van de Staat waarbij MTV-controles worden ingezet vanwege identiteitsfraude en mensensmokkel.<sup>30</sup>

- 2.5. Het kan dus niet kloppen wat de Staat beweert, dat de KMar enkel op mensensmokkel en identiteitsfraude (of andere vormen van grensoverschrijdende criminaliteit) stuit en daar niet op profileert en selecteert voor MTV-controles. Dat doet de KMar wel en daarbij kan ras als indicator een rol spelen. In het geval van de heer Bamenga speelde ras immers een rol in een risicoprofiel dat betrekking had op Nigeriaanse geldsmokkelaars en dus ook op strafbare feiten.

### 3. De risicoprofielen; en nationaliteit als indicator

- 3.1. 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 normovertreding en op basis waarvan vervolgens een selectiebeslissing wordt genomen.<sup>31</sup> Deze voorspellende criteria samen vormen een risicoprofiel. Het gaat in deze procedure om al dan niet (semi-)geautomatiseerde risicoprofielen die door de KMar proactief worden ingezet, dus zonder een concrete, geïndividualiseerde verdenking van het overtreden van de wet.<sup>32</sup> Aan de hand van het risicoprofiel worden juist mensen geselecteerd voor een MTV-controle waarbij volgens dat profiel een groter risico bestaat op een normovertreding, zoals het inklimmen in vrachtwagens, illegaal verblijven in Nederland, of het smokkelen van geld.
- 3.2. Wanneer in risicoprofielen ras of nationaliteit een indicator is, worden verschillende waarden toegekend aan verschillende groepen mensen op basis van hun (vermeende) afkomst. Iemands vermeende nationaliteit en afkomst, oftewel hun ras, draagt dan bij aan de inschatting hoe waarschijnlijk het is dat diegene de norm zal overtreden en of diegene gecontroleerd (oftewel anders behandeld) zou moeten worden. Dit is in strijd met het discriminatieverbod omdat hierdoor onderscheid in behandeling wordt gemaakt waarvoor geen objectieve en redelijke rechtvaardiging denkbaar is. De Staat erkent dat eigenlijk ook, als hij zegt dat

<sup>28</sup> MvG, § 11.11; Amnesty-productie 52: Verklaring 3d van de betrokken marechaussees, p. 1.

<sup>29</sup> MvG, § 11.14.

<sup>30</sup> CvA, § 5.4.3; MvA, § 4.3.1, § 6.11.1.

<sup>31</sup> MvG, § 3.10.

<sup>32</sup> Dadersignalementen vallen hier dus niet onder, omdat hierbij sprake is van een concrete verdenking en een zoektocht naar een concrete verdachte. Het gebruik van ras of nationaliteit in dadersignalementen is toegestaan, mits in lijn met regelgeving. De vorderingen van appellanten zien dan ook niet op dadersignalementen.



'ras geen objectieve indicator voor schuld aan enig strafbaar feit is en dit ook niet mag zijn'.<sup>33</sup>

- 3.3. De Staat stelt dat ras geen onderdeel is van de risicoprofielen die worden gebruikt om een specifieke MTV-controle in te plannen en dat de indicatoren in die risicoprofielen steeds neutraal en objectiveerbaar zijn.<sup>34</sup> Ook stelt de Staat, kortgezegd, dat etniciteit wel als indicator onderdeel kan zijn van de selectiebeslissing, maar daarmee nog geen onderdeel is van een risicoprofiel.<sup>35</sup> Deze verweeren van de Staat kloppen niet en zijn bovendien niet onderbouwd met bewijs.
- 3.4. Volgens de Staat bestaan de profielen die de KMar opstelt om een specifieke MTV-controle te plannen, uit indicatoren die samen kunnen duiden op een migratiefenomeen en daaraan gerelateerde trends en ontwikkelingen.<sup>36</sup> Ik kan dit verduidelijken aan de hand van een voorbeeld van de Staat over 'Vietnamese inklimmers'. De Staat kan bijvoorbeeld beschikken over informatie dat sprake is van een grote instroom van Vietnamezen die illegaal willen doorreizen naar het Verenigd Koninkrijk. Bekend is dat mensen die de illegale oversteek naar het VK willen maken, in de nacht inklimmen in vrachtwagens bij 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 twee personen ziet lopen met een 'Aziatisch uiterlijk', kan zij deze personen op hun identiteit, nationaliteit en verblijfsrecht controleren, aldus de Staat.<sup>37</sup> In dit voorbeeld van de Staat van de 'Vietnamese inklimmers' is nationaliteit duidelijk onderdeel van het migratiefenomeen. Het is dan moeilijk voorstelbaar dat nationaliteit geen indicator zou zijn in het risicoprofiel om een specifieke MTV-controleactie te plannen.
- 3.5. Voorafgaand aan de MTV-controle vindt vervolgens een *briefing* plaats waarin de teamleider de aanleiding voor de controle toelicht en vertelt welk migratiefenomeen aan de orde is en wat de werkwijze is.<sup>38</sup> In het voorbeeld van de 'Vietnamese inklimmers' zal de teamleider dus vertellen: we zien een grote instroom Vietnamezen die willen doorreizen naar het Verenigd Koninkrijk, en dat gebeurt veelal door 's nachts in te klimmen in vrachtwagens.
- 3.6. De marechaussees die na deze *briefing* op pad gaan, moeten de vertaalslag naar de praktijk maken. Zij kunnen aan iemands uiterlijk echter niet zien of

---

<sup>33</sup> MvA, § 6.5.5.

<sup>34</sup> MvA, § 4.3.4 - 4.3.6.

<sup>35</sup> MvA, § 4.3, 5.5.5 en 6.6.

<sup>36</sup> MvA, § 4.3.2 - 4.3.4, 4.37.

<sup>37</sup> MvA § 6.2.3.

<sup>38</sup> MvA § 4.4.1.

iemand uit Vietnam komt of de Vietnamese nationaliteit heeft. Zij kunnen wél uiterlijke persoonskenmerken waarnemen, en op basis daarvan selectiebeslissingen nemen. Personen met een 'Aziatisch uiterlijk' die 's nachts op een rustlocatie langs de snelweg lopen, voldoen dan aan het risicoprofiel of migratiefenomeen; een persoon met een 'niet-Aziatisch uiterlijk' voldoet daar kennelijk niet aan. Zo vertaalt *controle op nationaliteit* zich in de praktijk dus in *selectie (mede) op ras*. De Staat ontkent ook niet dat etniciteit een rol kan spelen bij de selectiebeslissing:<sup>39</sup>

*“[Het] [g]ebruik van [etnische] kenmerken is evenwel alleen mogelijk indien dat gebruik terug te voeren is op objectieve informatie over bepaalde migratiefenomenen en uitsluitend in combinatie met andere binnen het profiel passende indicatoren die duiden op afwijkingen van de norm en (...) op illegale migratie en/of daarmee samenhangende criminaliteit.”*

- 3.7. Aan de selectiebeslissing door de KMar medewerker ligt kennelijk wel degelijk een risicoprofiel ten grondslag. Nationaliteit en ras kunnen indicatoren zijn in zo'n profiel. Appellanten hebben in eerste aanleg en in dit hoger beroep meerdere voorbeelden aangedragen waar dit uit blijkt,<sup>40</sup> en ook het voorbeeld van de 'Vietnamese inklimmers' illustreert dit punt.
- 3.8. Onjuist is daarom het verweer van de Staat dat de informatiegestuurde opzet en inrichting van het MTV door de KMar geen ruimte zou laten een persoon te selecteren voor een MTV-controle omdat hij er (bijvoorbeeld) 'Roemeens' uitziet of vanwege een bepaalde huidskleur.<sup>41</sup> Uit alle voorbeelden die de Staat aandraagt blijkt dat dit precies is wat er gebeurt. Het feit dat dit gebeurt op basis van informatie, of dat er daarnaast nog andere indicatoren relevant zijn, maakt niet anders dat de selectie (mede) gebaseerd is op ras. Het oordeel van de rechtbank dat

<sup>39</sup> O.a. MvA § 6.7.2 en § 4.4.4. Zie verder het Handelingskader Professioneel Controleren van de KMar (Staatproductie 12), waar staat dat risicoprofielen een grondslag vormen voor een controle door de KMar.

<sup>40</sup> Onder andere Plta-Amnesty § 4.5 en verder; MvG, § 17.4; Amnesty-productie 52: Verklaring 3d van de betrokken marechaussees, p. 1:

*“Dhr. Bamenga kwam vroeg aan bij de aankomsthal en liep in een vlot tempo. Hij voldeed op dat moment aan het selectieprofiel voor een MTV controle. (...)*

*Selectiecriteria op deze vlucht uit Italië waren voor mij: snel lopend, goed gekleed, persoon van niet Nederlandse afkomst, alleenreizend of met gezin? (...)*

*Dhr. Bamenga voldeed toen aan de criteria, want hij liep vlot, was goed gekleed, reisde alleen en had daarnaast het uiterlijk van een niet Nederlander zijnde een mogelijke vreemdeling. Ambtshalve is ons bekend dat er vanuit Italië. Nigerianen reizen met veel contact geld op zak wat interessant is voor controle.”*

<sup>41</sup> MvA, § 4.4.4.

etniciteit geen risico-indicator is in de profielen die de KMar gebruikt bij het MTV, is dus onjuist.<sup>42</sup>

#### 4. Ras als één van de indicatoren

- 4.1. Het kwam al aan de orde: volgens de Staat kan geen sprake zijn van discriminatie op grond van ras, als het gebruik noodzakelijk is en als er ook andere indicatoren aan de selectiebeslissing ten grondslag liggen. Die andere indicatoren moeten dan passen binnen het profiel, duiden op afwijking van de norm en in het verlengde daarvan op illegale immigratie. Volgens de Staat kan een selectiebeslissing, als sprake moet zijn van meerdere indicatoren, per definitie niet "*louter of in overwegende mate*" op één van die indicatoren zijn gebaseerd.<sup>43</sup>
- 4.2. Het discriminatieverbod laat echter geen ruimte voor een verschil in behandeling dat 'in enige mate' gebaseerd is op ras. Het standpunt van de Staat is een *contrario*-redenering die niet uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid.<sup>44</sup>
- 4.3. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt juist dat moet worden gekeken of iemand anders of ongunstiger is behandeld dan iemand anders mede vanwege een bepaald persoonskenmerk ("*but for*"). Dat kenmerk is dan doorslaggevend.
- 4.4. Het maakt dus niet uit dat 'snel lopen', 'goed gekleed zijn' of 'midden in de nacht op een parkeerplaats zijn' ook indicatoren zijn waaraan moet worden voldaan voor het profiel en/of de selectiebeslissing. Om te bepalen of sprake is van discriminatie, moet niet gekeken worden naar het gewicht van de indicator 'ras' in het profiel of in relatie tot andere indicatoren, maar moet gekeken worden naar het *verschil in behandeling van twee verder vergelijkbare gevallen* dat voortvloeit uit het gebruik van ras als indicator.
- 4.5. In het voorbeeld van de 'Vietnamese inklimmers': als een persoon met een 'Aziatisch uiterlijk' die 's nachts op een parkeerplaats langs de snelweg loopt, wordt gecontroleerd, maar een persoon met een 'niet-Aziatisch uiterlijk' in dezelfde omstandigheden niet, dan is sprake van een verschil in behandeling op grond van ras. Of in het voorbeeld van Bamenga: als Bamenga als goedgeklede, snellopende man met een 'niet-Nederlands uiterlijk' wordt gecontroleerd, maar een witte goedgeklede, snellopende man niet, dan is sprake van een verschil in behandeling op grond van ras. In deze gevallen zal de Staat aanvoeren dat *de*

---

<sup>42</sup> Vonnis, rov. 8.5.

<sup>43</sup> MvA, § 6.9.3.

<sup>44</sup> MvG, § 20.4.2.

*selectiebeslissing zelf* niet 'louter of in overwegende mate' is gebaseerd op ras, omdat locatie en tijdstip of kleding en tred ook factoren zijn voor de selectie. Maar dat laat onverlet dat het *verschil in behandeling* ten opzichte van personen met andere uiterlijke persoonskenmerken in overigens dezelfde omstandigheden wel degelijk 'louter of in overwegende mate' is gebaseerd op ras.

4.6. Over de rechtvaardiging van het verschil in behandeling nu meer.

## 5. Geen rechtvaardiging van het verschil in behandeling

5.1. Indien een verschil in behandeling op grond van ras is vastgesteld, moet worden beoordeeld of daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Deze toets is zeer strikt en er bestaat bijzonder weinig ruimte om een verschil in behandeling op grond van ras te rechtvaardigen. De Staat heeft daartoe de bewijslast en moet hiervoor zeer zwaarwegende redenen aanvoeren, die los staan van ras. Een dergelijke objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het maken van onderscheid op grond van ras heeft de Staat echter tot op heden niet aangedragen.

5.2. Dat zo'n objectieve rechtvaardiging in sommige gevallen denkbaar kan zijn, blijkt bijvoorbeeld bij het opsporen sikkelcelanemie. Dit is een bloedziekte die alleen mensen met een donkere huidskleur kunnen krijgen. Ras is hier dus een objectieve indicator voor het kunnen hebben van sikkelcelanemie. Het maken van onderscheid onder patiënten op grond van ras kan in dat kader objectief te rechtvaardigen zijn. Overigens moet het daarnaast nog wel een legitiem doel dienen, noodzakelijk, geschikt en proportioneel zijn.

5.3. Ras is echter niet een objectieve indicator voor illegaal verblijf na grensoverschrijding, of voor grensoverschrijdende criminaliteit. Alleen al daarom kan het gebruik van ras voor MTV-controles niet objectief en redelijk gerechtvaardigd zijn.<sup>45</sup>

5.4. Daarnaast is een *verschil in behandeling* ten opzichte van personen met andere raciale persoonskenmerken in overigens dezelfde omstandigheden, wel degelijk 'louter of in overwegende mate' gebaseerd op ras, en dat kan op grond van de arresten *Timishev* en *Dynamische verkeerscontroles* sowieso nooit worden

---

<sup>45</sup> Vgl. ook de VN Special Rapporteur (Amnesty-productie 73, § 43-44): "*terrorist-profiling practices that involve distinctions according to a person's presumed "race" cannot be supported by objective and reasonable grounds, because they are based on the wrongful assumption that there are different human races and, therefore, inevitably involve unfounded stereotyping through a crude categorization of assumed races, such as "white", "black" and "Asian".*"

gerechtvaardigd. Het verweer dat de Kmar niet zulk onderscheid zou maken, omdat ook andere indicatoren relevant zijn voor de selectiebeslissing, is niet houdbaar.

**6. Ras is geen objectieve aanwijzing voor illegaal verblijf of grensoverschrijdende criminaliteit**

- 6.1. Appellanten hebben grote bezwaren tegen het oordeel van de rechtbank dat etnische uiterlijke kenmerken geen objectieve aanwijzing hóeven, maar wel kunnen zijn voor iemands herkomst of nationaliteit. Volgens appellanten gaat deze overweging uit van een sterk verouderd beeld dat de Nederlander wit is en dat niet-witte mensen mogelijk geen verblijfsrecht hebben in Nederland.
- 6.2. Eerder is toegelicht dat Nederland sinds zijn ontstaan een geschiedenis heeft gehad van migratie, dat er al honderden jaren niet-witte Nederlanders zijn, dat Nederland een koloniaal rijk is geweest met niet-witte onderdanen en dat in 2021 een kwart van de Nederlanders een migratieachtergrond had. Iemand die er 'Nigeriaans' uitziet, kan evengoed Nederlands of Brits zijn. Dit laat zien dat ras geen objectieve en hier geen gerechtvaardigde indicator is of kan zijn voor nationaliteit of verblijfsstatus.
- 6.3. Want hoe ziet een 'Nigeriaan' eruit? Hoe ziet een 'Pakistaan' eruit? Of een 'Nederlander'? Een Nigeriaan, Pakistaan of Nederlander is iemand die een staatsburger is van dat land: niets meer en niets minder. Problemen ontstaan echter wanneer daaraan een stereotypering verbonden wordt. Veel Pakistanen zullen een bruine huidskleur hebben en moslim zijn. Indien een MTV-controle zou worden uitgevoerd op basis van een profiel over Pakistanen, ligt voor de hand dat de aandacht zal uitgaan naar alle mensen met een bruine huidskleur en kenmerken die zouden kunnen duiden op het uitdragen van het islamitisch geloof. Bij een dergelijke invulling van nationaliteit spelen er ontegenzeggelijk en altijd vooroordelen mee. Ook laat dit goed zien dat nationaliteit een overinclusief selectie-criterium kan zijn. Als het immers zo is dat de meeste Pakistanen bruin en moslim zijn, dan zullen ook veel mensen uit India of Bangladesh, of alle Nederlanders van Pakistaanse of Hindoestaanse afkomst er zo uitzien. Door hen mede uit de rij te halen omdat ze eruitzien als een Pakistaan (in dit geval bruin zijn en eruitzien als een praktiserend moslim) wordt elke keer dat dit gebeurt opnieuw bevestigd dat deze mensen er niet uitzien als Nederlanders, en er misschien niet bij horen.
- 6.4. Het is inmiddels 2022, maar als etniciteit een rol mag spelen bij de MTV-controles, kunnen Bamenga en ██████ nog steeds elke keer weer uit de rij

gehaald worden, ter controle of zij niet illegaal in Nederland verblijven of zich schuldig maken aan grensoverschrijdende criminaliteit omdat hun uiterlijk voorkomen volgens de rechtbank niet hóeft, maar wel kán wijzen op een niet-Nederlandse nationaliteit.

- 6.5. De Staat onderschrijft de overweging van de rechtbank dat etniciteit een aanwijzing kan zijn voor nationaliteit,<sup>46</sup> maar hij ontkent dat de KMar huidskleur koppelt aan rechtmatig verblijf of bepaalde strafbare gedragingen zou verbinden aan een etnische groep.<sup>47</sup> De Staat onderbouwt dat eigenlijk alleen maar door te stellen dat de KMar informatiegestuurd werkt, objectieve indicatoren gebruikt en profileert.
- 6.6. Kennelijk bedoelt de Staat hier dat de KMar niet selecteert vanwege stereotype (institutionele) vooroordelen. Maar feitelijk is dat precies wat er wél gebeurt als men algemene informatie over een etnische groep gebruikt om vervolgens personen die die daarop lijken te selecteren voor een controle.<sup>48</sup> Het voorbeeld van de 'Vietnamese inklimmers' bevestigt dit: er is algemene informatie dat Vietnamezen proberen in te klimmen in vrachtwagens op een bepaalde locatie. Het gevolg is dat de KMar mensen met een 'Aziatisch uiterlijk' op die locatie gaat selecteren voor een controle. En dat is discriminatie op grond van ras, ook al ligt daar volgens de Staat algemene informatie en data aan ten grondslag.
- 6.7. Ras is, kortom, geen objectieve aanwijzing voor nationaliteit, en in het verlengde daarvan ook niet voor illegaal verblijf na grensoverschrijding of voor grensoverschrijdende criminaliteit. En zelfs als het wel zo zou zijn, dat 'ras een aanwijzing kan, maar niet hoeft te zijn voor nationaliteit' dan is de enkele mogelijkheid daarvan onvoldoende om te constateren dat er sprake is van zeer zwaarwegende redenen om onderscheid op grond van ras te rechtvaardigen.

## **7. Proportionaliteit, noodzakelijkheid en effectiviteit**

- 7.1. Omdat onderscheid op grond van ras een bijzonder onrechtvaardige vorm van discriminatie is, moet de Staat zeer zwaarwegende redenen geven (die niet gerelateerd zijn aan ras) voor het maken van zulk onderscheid.<sup>49</sup> De evenredigheidstoets is dan ook zeer strikt en hiervoor is van belang of het noodzakelijk – in de zin van onmisbaar - is om onderscheid te maken op grond van ras.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> MvA, § 6.8.8.

<sup>47</sup> MvA, § 6.8.5.

<sup>48</sup> Amnesty-productie 84: General Recommendation no. 36, § 20.

<sup>49</sup> MvG, § 20.3.3.

<sup>50</sup> MvG, § 20.3.3.

- 7.2. De Staat moet aantonen dát het onderscheid proportioneel en noodzakelijk is om de wettelijke taak naar behoren uit te voeren én dat niet kan worden volstaan met het gebruik van uitsluitend neutrale criteria. In eerste aanleg heeft de Staat dit niet gedaan. In dit hoger beroep noemt de Staat wel dat ras alleen een rol kan spelen bij de selectiebeslissing als dat noodzakelijk is.<sup>51</sup> Maar de Staat onderbouwt echter nergens waarom en hoe dit gebruik noodzakelijk zou zijn. De conclusie moet dan ook zijn dat de Staat niet aannemelijk heeft gemaakt dat het gebruik van etniciteit noodzakelijk is voor MTV-controles.
- 7.3. Het risico op discriminatie zou door middel van aselecte steekproeven kunnen worden uitgebannen. De Staat werpt dan tegen dat in dat geval veel mensen ten onrechte zouden worden geselecteerd voor een MTV-controle, maar hij onderbouwt dat niet met bewijs. Bovendien: nu worden ook al veel mensen ten onrechte geselecteerd voor controle, net als bij Bamenga en ██████ het geval was. Met aselecte steekproeven zou ten minste het risico op discriminatie worden voorkomen. Daarbij komt dat steekproefsgewijze controles juist lastiger zijn om te ontwijken dan selecties op basis van profilering, omdat men het eigen gedrag daarop niet kan afstemmen.
- 7.4. De Staat werpt ook tegen dat uit het *Adil*-arrest van het HvJEU volgt dat ‘iedereen’ controleren in strijd zou zijn met de Schengengrenscodex.<sup>52</sup> Het HvJEU heeft in die uitspraak echter overwogen dat controles ex artikel 23 Schengengrenscodex:
- “(...) op selectieve wijze plaatsvinden, zodat zij het voor grenscontroles kenmerkende bestanddeel van systematische controles ontberen, en dat het politieële maatregelen betreft die steekproefsgewijs ter plaatse worden toegepast, zoals vereist bij artikel 21, sub a-iv, van verordening nr. 562/2006 [thans artikel 23 Schengengrenscodex].”<sup>53</sup>[onderstreeping adv.]*
- 7.5. Het HvJEU heeft steekproefsgewijze controles onder de Schengengrenscodex dus toelaatbaar geacht en ook de Nationale ombudsman heeft deze aanbevolen.<sup>54</sup> Daarnaast controleert de KMar wél iedereen in een geselecteerd voertuig of vaartuig en iedereen in de maximaal 4 geselecteerde treincoupés.<sup>55</sup> Appellanten kunnen dan ook niet volgen dat het controleren van iedereen in één vliegtuig

<sup>51</sup> MvG, § 5.7.3, § 6.7.3.

<sup>52</sup> HvJEU 19 juli 2012, C-278/12 PPU.

<sup>53</sup> HvJEU 19 juli 2012, C-278/12 PPU, rov. 86.

<sup>54</sup> Amnesty-productie 39: Onderzoek nationale ombudsman, p. 9.

<sup>55</sup> MvA, § 3.5.2.

een verkapte grenscontrole zou zijn. Waarom zou dit bij een vliegtuig wel zo zijn maar bij een tourbus niet? Het HVJEU heeft in Adil in elk geval niet geoordeeld dat het controleren van het hele vliegtuig (maar dus niet elk vliegtuig) wel als een verkapte grenscontrole kan worden aangemerkt.

- 7.6. Het is overigens niet aan appellanten om met goede alternatieven te komen. Het is aan de Staat om aan te tonen dat het maken van onderscheid op grond van ras noodzakelijk en effectief is in het tegengaan van illegaal verblijf na grensoverschrijding en dat daarvoor geen redelijke alternatieven bestaan. Dat heeft de Staat niet gedaan.
- 7.7. De Staat heeft enkel gesteld dat steekproefsgewijs controleren serieus afbreuk doet aan het MTV omdat het ongericht en daardoor minder effectief wordt.<sup>56</sup> Maar uit het onderzoek ‘Beslissen in grensgevallen’ bleek dat vooral Nederlanders van kleur werden staande gehouden op weg naar hun thuis terwijl het aantal ‘hits’ (terechte staandhoudingen) beperkt bleek.<sup>57</sup> Dat is niet verrassend. Ras is, als gezegd, geen objectieve indicator voor illegaal verblijf na grensoverschrijding of voor grensoverschrijdende criminaliteit. Ras is dus ook niet effectief om te selecteren voor MTV-controles. En dan kan het gebruik van ras om onderscheid te maken in die selectie ook niet proportioneel zijn.<sup>58</sup> De Staat heeft die zogenaamde effectiviteit ook op geen enkele wijze aangetoond.<sup>59</sup> En al zou het gebruik van ras effectief zijn, dan is dat op zichzelf onvoldoende om onderscheid op grond hiervan te rechtvaardigen.
- 7.8. Kortom, selecteren voor een proactieve controle op grond van ras is niet effectief, niet noodzakelijk en er bestaan redelijke alternatieve selectiemethodes. Daarmee is het gebruik van ras niet proportioneel.<sup>60</sup> Tot die conclusie had de rechtbank ook moeten komen, als de rechtbank de proportionaliteitstoets goed had uitgevoerd en de ‘winst’ en de schade van het MTV had gewaardeerd.<sup>61</sup> Die schade is reëel en de Staat erkent de impact van MTV-controles op het individu en de maatschappij.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> MvA, § 6.7.3, 6.10.2.

<sup>57</sup> Amnesty-productie 4: Van der Woude e.a., p. 107, 127.

<sup>58</sup> MvG, § 19.4.16.

<sup>59</sup> MvG, § 20.

<sup>60</sup> MvG, § 19.4.16.

<sup>61</sup> MvG, § 20.3.4.

<sup>62</sup> MvG, § 20.3.5; MvA, § 3.3.1; Zie voor een uiteenzetting van de schade ook Amnesty-productie 84: General Recommendation no. 36, § 30, en EHRM 18 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 (*Basu/Duitsland*), rov. 34.



## 8. Andere grondslagen dan het EHRM

- 8.1. Volgens de rechtbank zou een toets aan de andere door appellanten aangevoerde verdragen, het Unierecht, uitspraken en aanbevelingen niet leiden tot een andere uitkomst dan een toets aan artikel 1 van Protocol nr. 12.<sup>63</sup> Grief 3 bestrijdt dat. Ik sta kort stil bij de verschillende grondslagen.
- 8.2. Artikelen 2 en 5 IVUR hebben rechtstreekse werking.<sup>64</sup> De Staat werpt dat nationaliteit buiten het IVUR-begrip ras valt en dat onderscheid tussen staatsburgers en vreemdelingen in beginsel is geoorloofd. Het onderscheid dat *in de praktijk* wordt gemaakt, is echter een onderscheid naar ras.<sup>65</sup>
- 8.3. De CERD-*recommendations* hebben geen rechtstreekse werking maar zijn wel een gezaghebbende interpretatiebron. De aanbevelingen worden aangenomen bij consensus door het CERD: een comité van onafhankelijke deskundigen, dat toezicht houdt op de naleving van het IVUR.<sup>66</sup> De CERD-aanbevelingen geven in ieder geval invulling aan artikelen 2 en 5 IVUR,<sup>67</sup> die wel rechtstreeks werken.
- 8.4. CERD Aanbeveling 36 zou volgens de Staat enkel zien op *artificial intelligence* en algoritmes in profielen.<sup>68</sup> AI en algoritmes zijn een deelonderwerp van de aanbeveling, maar de aanbeveling is daartoe niet beperkt.<sup>69</sup> En anders dan de Staat beweert,<sup>70</sup> wordt etniciteit wel gebruikt bij het MTV en in beslissende mate.<sup>71</sup>
- 8.5. Voor ECRI-aanbevelingen 7 en 11 geldt<sup>72</sup> ook dat zij geen rechtstreekse werking hebben maar wel een gezaghebbende interpretatiebron zijn: zo dienen de aanbevelingen het EHRM tot inspiratie.<sup>73</sup> Opmerkelijk is dat ECRI-Aanbeveling 11 als voorbeeld van etnisch profileren noemt: het controleren van passagiers op een vlucht uit specifieke landen.<sup>74</sup>

<sup>63</sup> Vonnis, rov. 7.6.

<sup>64</sup> Inl. dgv. § 165-167.

<sup>65</sup> Zie § 3 van deze pleitnota.

<sup>66</sup> A.B. Terlouw, 'Discriminatie op grond van nationaliteit. Algemene Aanbeveling 30 van het Committee on the Elimination of Racial Discrimination en haar betekenis voor Nederland', *NJCM-Bulletin* 2005, nr. 1, p. 119.

<sup>67</sup> Zie Amnesty-productie 84 (CERD-Aanbeveling 36), hoofdstuk V, § 23.

<sup>68</sup> MvA, § 5.2.2.

<sup>69</sup> Zie Amnesty-productie 84 (CERD-Aanbeveling 36), § 3, 10-13, 18-20. De inleidende hoofdstukken I-IV betreffen *racial profiling* in het algemeen; hoofdstuk VII betreft *algorithmic profiling* in het bijzonder. Van het 'operatieve' hoofdstuk VIII, Recommendations, hebben aanbevelingen A t/m F betrekking op *racial profiling* in het algemeen en aanbeveling G op *Artificial intelligence* in het bijzonder.

<sup>70</sup> MvA § 5.2.3.

<sup>71</sup> Zie § 3 en 4 van deze pleitnota.

<sup>72</sup> Zie MvG § 10.5.

<sup>73</sup> Zie MvG § 10.6.10 en voetnoot 35, MvG § 15.6.

<sup>74</sup> MvG, § 10.5.4.

8.6. Over het Unierecht nog twee opmerkingen. De Staat zegt dat appellanten niet betwisten dat Richtlijn 2000/43/EG ziet op het sociaal domein. Partijen zijn het echter oneens over hoe breed 'sociaal domein' geïnterpreteerd moet worden.<sup>75</sup> Verder stelt de Staat dat het HvJEU in *Adil* het MTV niet in strijd met het Unierecht heeft geoordeeld, "*als het in de regeling aanwijzingen voor discriminatie had gezien, had het dat zeker in zijn overwegingen meegenomen*", aldus de Staat. Maar de zaak *Adil* ging niet over discriminatie, en er is ook geen reden om te aan te nemen dat het HvJEU ermee bekend was dat binnen het MTV ras gebruikt wordt om mensen verschillend te behandelen. Had het HvJEU dat geweten, dan had het dat inderdaad zeker in zijn overwegingen meegenomen.

## 9. Bewijslast: wie moet wat aantonen

9.1. Appellanten hebben gesteld: zodra een verschil in behandeling wordt aangetoond, verschuift de bewijslast en is het aan de Staat om dit verschil in behandeling te rechtvaardigen.<sup>76</sup> Volgens de Staat is dit "*veel te stellig*".<sup>77</sup> Dat is onjuist: het is namelijk precies wat het EHRM in *Timishev*, § 57, oordeelt: "*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*".<sup>78</sup> Dat personen voor het MTV verschillend worden behandeld al naar gelang hun ras, hebben appellaten laten zien. De bewijslast verschuift dus.<sup>79</sup>

9.2. De Staat verdedigt daarna<sup>80</sup> dat een verschil in behandeling uitsluitend of in overwegende mate op grond van etnische kenmerken gerechtvaardigd zou kunnen worden als daarvoor 'very weighty reasons' worden aangedragen. Dit is geheel onjuist. Een onderscheid in behandeling dat uitsluitend of in overwegende mate gebaseerd is op ras, kan hoe dan ook *nooit* gerechtvaardigd worden.<sup>81</sup> De 'very weighty reasons'-maatstaf *-strict in theory, fatal in fact-* geldt voor andere gevallen waarin onderscheid in behandeling op grond van ras wordt gemaakt.<sup>82</sup>

9.3. Voor zover het hof al zou oordelen dat het verschil in behandeling in het kader van het MTV überhaupt gerechtvaardigd kan worden, wat niet zo is, moet de

<sup>75</sup> Inl.dgv. § 210-218; pleitnota eerste aanleg, § 5.16.

<sup>76</sup> MvG § 10.6.12.

<sup>77</sup> MvA § 5.5.3.

<sup>78</sup> MvG § 10.6.12.

<sup>79</sup> In het Unierecht is het niet anders. Verwezen wordt naar het arrest *CHEZ*: MvG, § 10.7.6, p. 35, eerste alinea, en voetnoot 51 met verwijzing naar *CHEZ*.

<sup>80</sup> MvA § 5.5.4.

<sup>81</sup> MvG § 10.6.12-10.6.13, met verwijzing naar *Timishev*, § 58; *D.H. e.a./Tsjechië*, § 176.

<sup>82</sup> MvG § 10.6.14-10.6.15, 10.6.20-10.6.22

Staat bewijzen dat het gebruiken van ras bij de MTV-controles noodzakelijk, geschikt, en evenredig is. Aan dat bewijs moeten de hoogst mogelijk eisen worden gesteld, en de Staat kan dat bewijs niet leveren.

## 10. Vorderingen appellanten

- 10.1. De vorderingen zijn gericht op een bevestiging van het hof dat het gebruik van ras ten behoeve van het MTV-ontoelaatbaar is: zowel in de vorm van een verklaring voor recht, als een verbod, als een bevel.
- 10.2. Bij vorderingen 2.a en 2.b gaat het dan inderdaad om een "*algemeen verbod*". Het gaat hier niet om incidenten. Als het onrechtmatig is mensen te selecteren voor een MTV-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. Dit rechtvaardigt een algemeen verbod op het gebruik van ras in risicoprofielen en voor selectiebeslissingen voor MTV-controles.

## 11. Conclusie

- 11.1. De vraag in deze zaak is: mag de KMar bij de uitvoering van het MTV mensen verschillend behandelen, al naar gelang hun ras? Die vraag valt uiteen in twee deelvragen: gebeurt het, en mag het?
- 11.2. Dat het gebeurt, is vanmorgen gebleken uit diverse voorbeelden: Bamenga, ██████████, de 'Vietnamese inklimmers' en marechaussee ██████████. Steeds gaat het om gevallen waarin iemand anders zou zijn behandeld, als hij andere raciale persoonskenmerken zou hebben gehad. De Staat ontkent dat ook eigenlijk niet.
- 11.3. Dan de andere vraag: mag het? Het antwoord op die vraag is: natuurlijk niet. Het gaat hier om controles waarbij geen individuele verdenking bestaat tegen de te controleren persoon. De MTV-controles pakken zo uit dat Nederlanders en anderen die hier gewoon mogen zijn, disproportioneel vaak worden *getarget* door de MTV-controles omdat zij er, in de ogen van de marachaussee, uitzien als 'niet-Nederlands', 'Nigeriaanse geldsmokkelaar', of 'Vietnamese inklimmer'. Voor zover dit onderscheid op grond van ras überhaupt al gerechtvaardigd kan worden, heeft de Staat daarvoor geen zeer zwaarwegende redenen aangedragen. Mensen bij de uitvoering van het MTV verschillend behandelen, al naar gelang hun ras, is daarmee in strijd met het discriminatieverbod. De conclusie is daarom tot vernietiging van het vonnis en toewijzing van de vorderingen.

\* \* \*