

# JNVREEMDRECHT 2022(1) 1 Etnisch profileren bij MTV-controles

15-03-2022

Auteur(s): Avontuur, S.; Dorst, P.C. van

## Etnisch profileren bij MTV-controles

*Interview met Merel Hendrickx van het Public Interest Litigation Project (PILP-NJCM)*

*De rechtbank Den Haag oordeelde op 22 september jl. dat de KMar reizigers mag selecteren mede op basis van etniciteit. Volgens de rechtbank is er dan geen sprake van discriminatie. Toch berichtte de KMar in november te stoppen met het controleren van reizigers aan de grens op basis van etniciteit. Wat is nu de betekenis van de rechterlijke uitspraak en het bericht van de KMar? Wij vroegen het aan Merel Hendrickx, advocaat bij PILP-NJCM.*

### Inleiding

Een coalitie bestaande uit Amnesty International, Radar, NJCM en twee burgers dagvaardden de KMar om een eind te maken aan etnisch profileren bij Mobiel Toezicht Veiligheid(MTV)-controles aan de grens. De hele coalitie werd bijgestaan door PILP-NJCM advocaten in samenwerking met advocaten van Houthoff. De rechtbank Den Haag oordeelde op 22 september 2021 dat de KMar reizigers mag selecteren mede op basis van etniciteit.<sup>1</sup> Volgens de rechtbank is er dan geen sprake van discriminatie. De coalitie liet weten tegen de uitspraak in beroep te gaan. De KMar berichtte in november 2021 te stoppen met het controleren van reizigers aan de grens op basis van etniciteit.<sup>2</sup> Wat is nu de betekenis van de rechterlijke uitspraak en het bericht van de KMar? Wij vroegen het aan Merel Hendrickx, advocaat bij PILP-NJCM.<sup>3</sup>

### Kun je vertellen wat het PILP is?

*Merel:* PILP staat voor *Public Interest Litigation Project* van het Nederlands Juridisch Comité voor de Mensenrechten (NJCM). Het NJCM is een vereniging van juristen met meer dan duizend leden, die tien medewerkers in dienst heeft, waarvan er vier bij het PILP-NJCM werken. Op dit moment werkt het PILP-NJCM met twee advocaten, en daar komt volgend jaar een derde bij.

### Wat is het doel van het PILP?

*Merel:* Wij komen op voor mensen- en burgerrechten door middel van strategisch procederen. Dat houdt in het op een strategische manier inzetten van een juridische procedure om sociale, politieke of juridische veranderingen te bewerkstelligen of die te ondersteunen. Dat laatste is van belang omdat het inzetten van een procedure naast andere middelen van verandering het meest strategisch is. Je kunt dan denken aan middelen als demonstreren, lobbyen en campagne voeren. Als je dat samen laat gaan met een juridische procedure kun je het sterkste effect teweegbrengen. Verder is voor ons belangrijk dat een strategische procedure aan individuen en gemeenschappen een stem kan geven en hen toegang tot het recht kan verschaffen.

### Wat is jullie werkwijze?

*Merel:* We moeten een selectie maken in zaken. We krijgen veel verzoeken binnen via onze website. Dat zijn vaak individuele verzoeken die we moeten doorverwijzen naar een regulier advocatenkantoor, maar die dragen wel bij aan de signalering. Het PILP-NJCM werkt verder veel samen met de werkgroepen van het NJCM, die uit vrijwilligers bestaan. Bijvoorbeeld de werkgroep staats- en bestuursrecht. Wij vragen hen wat zij vinden van een bepaald probleem, of het NJCM er al eerder iets over heeft gerapporteerd aan internationale mensenrechtencomités, en dergelijke. Met het teamen aan de hand van waar het NJCM zich over uitspreekt kijken we dan wat de thema's zijn die nu van belang zijn en die we in de gaten moeten houden.

Verder overleggen we in het veld met NGO's, wetenschappers en activisten. Ook spreken we met gemeenschappen, zoals nu bijvoorbeeld met mensen die in de Tweebosbuurt in Rotterdam wonen en met woonwagendwoneers. We vragen hen wat er speelt, waarop dingen vastlopen, of een juridische procedure kan bijdragen aan het oplossen van een bepaalde problematiek. Vervolgens nodigen we experts uit voor een brainstormsessie over het probleem. Als de meerderheid zegt dat een procedure zou kunnen helpen, schrijven we een 'aanvraag zaak' die we ter beoordeling sturen aan onze adviesraad, die bestaat uit experts op het gebied van mensenrechten en procederen. Dan besluiten we welke zaken we gaan oppakken. Via 'Pro Bono Connect', een ander project van het NJCM, krijgen we bij bijna iedere procedure pro bono ondersteuning van één van de grotere advocatenkantoren. Bijvoorbeeld in de zaak over het etnisch profileren werken we samen met Houthoff. Deze werkwijze helpt ons om meerdere procedures te kunnen voeren, maar we moeten nog steeds keuzes maken.

Het komt ook voor dat een probleem wel als belangrijk wordt gezien, maar dat we tot de conclusie komen dat een rechtszaak niet bijdraagt aan de oplossing ervan. We hebben een zaak gehad waar het advocatenkantoor dat ons ondersteunde tot de conclusie kwam dat het geen kwestie was waarin de verandering die we wilden bewerkstelligen bij de rechter konden voorleggen. Het komt ook voor dat we kiezen om niet verder te gaan met een zaak omdat dat zou betekenen dat we voor een strafrechtelijke procedure moeten kiezen, waarmee je het heft uit handen geeft. Het dossier moet dan immers worden overgedragen aan de OvJ, die besluit om al dan niet over te gaan tot vervolging. Dat heeft niet onze strategische voorkeur.

## **Wat was jullie reactie toen het nieuws bekend werd dat de KMar stopt met etnisch profileren?**

*Merel:* Wij waren verrast, omdat de KMar in de rechtszaak flink verweer heeft gevoerd middels de landsadvocaat. De uitspraak van de rechtbank werd erg negatief ontvangen in de maatschappij. Dat zie je terug in het *position paper* van de KMar, waarin ze zeggen dat er geen maatschappelijk draagvlak voor is. Dat mogen we vieren als een overwinning van het werk dat wij als coalitie hebben verricht, en natuurlijk van alle anderen die zich inzetten en ingezet hebben tegen racisme en discriminatie. Dit is mede dankzij de procedure gelukt, ook al hebben we in eerste aanleg verloren. Tegelijkertijd is het voor ons nog niet helemaal duidelijk wat er nu precies gaat veranderen, wat de implicaties in de praktijk zijn en of aan al onze bezwaren tegemoet wordt gekomen. Dus we willen nog wel door met het hoger beroep. Zeker ook omdat er nu een hele nare uitspraak ligt met overwegingen die volgens ons heel schadelijk zijn. Stel dat de maatschappelijke opvattingen weer veranderen, dan ligt er nog steeds een uitspraak van de rechtbank die stelt dat etnisch profileren eigenlijk wel mag.

Een procedure is op tegenspraak, als de KMar ons overal gelijk in zou geven is er geen procedure meer. Maar wij denken dat er nog genoeg is om het over te hebben. De uitspraak ligt er nog en de KMar zegt dat de legaliteit niet ter discussie staat. Maar dat is volgens ons juist wel het geval. Een andere uitspraak van het hof is ook in het belang van de KMar als zij het beleid willen veranderen. Nu blijft er een wankel basis die ze over een paar jaar weer zouden kunnen herroepen. Ook lijkt het me lastig om de gedragsverandering bij medewerkers door te voeren als de boodschap is dat er niet meer etnisch wordt geprofileerd vanwege het maatschappelijk draagvlak, maar dat het van de rechter eigenlijk wel mag. Er is heel veel discretionaire ruimte in het MTV-toezicht. Er zijn weinig tot geen richtlijnen, er zijn weinig waarborgen tegen discriminatie en er is geen controle achteraf. En daarnaast klagen heel weinig mensen. Bij proactieve controles, waarbij er geen sprake is van een verdenking, is het risico op discriminatie veel groter. De organisatie moet de boodschap uitdragen dat er niet op etniciteit mag worden geselecteerd, omdat anders sprake is van discriminatie.

## **Waarom hebben jullie in deze zaak gekozen voor een gang naar de civiele rechter en een verzoek om een verklaring voor recht?**

*Merel:* Een individu kan klagen bij de KMar en vervolgens bij de Ombudsman. Maar heel veel mensen doen dat niet.<sup>4</sup> Het kan ook best lastig zijn om bij het orgaan dat jou heeft gediscrimineerd te klagen. Bovendien lost dat het probleem niet op omdat bekend was dat de KMar etniciteit mag gebruiken als indicator. Als dat vaststaat kun je er eigenlijk nooit over klagen, want het mag. Een klachtenprocedure kon het probleem dus niet oplossen. Daarom hebben we samen met de Ngo's die hierover al heel lang aan het nadenken, lobbyen en campagnevoeren waren, nagedacht over wat we konden doen. Een civiele procedure tegen de staat over onrechtmatig handelen kwam naar voren als een hele logische optie. De overheid leeft in Nederland meestal de uitspraken van civiele rechters na, dat is niet in alle landen zo. Een civiele procedure kan dus heel veel effect hebben. De zaak ging over de vraag of de KMar etniciteit mag gebruiken als indicator in risicoprofielen en bij selectiebeslissingen voor het MTV. Volgens de Staat mag dat, zolang er ook andere indicatoren zijn en etniciteit niet louter of in overwegende mate bijdraagt aan de selectie. Volgens onze cliënten is het gebruik van etniciteit als indicator om onderscheid te maken altijd discriminatoir. Het was zodoende een heldere juridische discussie, zonder al te veel bijzaken.

## **Zijn er de komende tijd andere interessante zaken op het gebied van het vreemdelingenrecht te verwachten?**

*Merel:* Er loopt een staatloosheidsprocedure. Hier waren we al mee bezig toen ik in 2016 bij het PILP-NJCM kwam. Eind 2020 hebben we deze zaak gewonnen bij het VN-mensenrechtencomité.<sup>5</sup> Deze procedure gaat over het registreren van staatlozen als 'nationaliteit onbekend' en niet als 'staatloos', waardoor mensen zich niet kunnen beroepen op de staatlozenverdragen. Het VN-mensenrechtencomité heeft geoordeeld dat Nederland ten aanzien van kinderen de staatlozenverdragen en het recht op nationaliteit geschonden heeft. Nederland heeft een nieuwe wet over de vaststelling van staatloosheid in de maak, maar die vinden wij onvoldoende in lijn met de verplichtingen in de staatlozenverdragen. Daar is in de klacht ook al over gecommuniceerd. Nu communiceert het PILP-NJCM met de VN over het gevolg geven aan deze uitspraak. Als dat niet goed gaat zouden er vervolgsprocedures uit kunnen volgen.

Verder zet het PILP-NJCM zich in tegen het opleggen van isolatie als strafmaatregel in vreemdelingenbewaring. Isolatie wordt regelmatig opgelegd als disciplinaire straf, dit komt met name vaak voor als iemand plaatsing in een tweepersoons-cel weigert. Het komt voor dat dit voor twee weken wordt opgelegd, maar dat als iemand dan weer weigert er weer twee weken worden opgelegd en dat die situatie zo eindeloos verlengd kan worden. De effecten van isolatie zijn zeer schadelijk. Vreemdelingendetentie is bovendien geen strafrechtelijk regime maar een bestuursrechtelijk regime, wat deze situatie volgens ons extra kwalijk maakt. Samen met Amnesty, het Meldpunt Vreemdelingendetentie, advocaten van Stibbe en mr. Frans-Willem Verbaas heeft het PILP-NJCM een modelklacht en een *amicus curiae* brief opgesteld. Het Meldpunt Vreemdelingendetentie staat individuen bij die een klacht willen indienen. Zij kunnen dan de brief van het PILP-NJCM meesturen en hopelijk oordeelt de Commissie van Toezicht of de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) dat er sprake is van strijd met hoger recht, dus mensenrechten, als je isolatie als strafmaatregel oplegt binnen de context van vreemdelingendetentie.

**‘Het selecteren en aanhouden van mensen op basis van hun veronderstelde afkomst ontkent de diversiteit van Nederland. En dat is een groot onrecht’, zei de heer Bamenga na de uitspraak. Grütters en Terlouw becijferden in de A&MR in een artikel naar aanleiding van de uitspraak dat er mogelijk twee miljoen ‘niet witte’ Nederlanders zijn. Wat is jouw visie op het onderdeel van de uitspraak waarin wordt gesteld dat etnische uiterlijke kenmerken een objectieve aanwijzing kunnen zijn voor iemands herkomst of nationaliteit?**

*Merel:* Deze overweging is feitelijk onjuist en miskent de diversiteit van onze Nederlandse samenleving. We leven immers in 2021. Als er inderdaad mogelijk twee miljoen 'niet-witte' Nederlanders zijn, laat dat ook wel zien dat deze stelling niet klopt. Daarnaast wil ik benadrukken dat etniciteit geen objectief criterium kan zijn omdat het een sociaal construct is en dus in die zin ook niet echt is. De vraag wat de etniciteit is van 'de Nederlander' of 'de Nigeriaan' kun je enkel op basis van vooroordelen en stereotypingen beantwoorden. Je kunt iemands nationaliteit of verblijfsrecht niet aflezen aan de uiterlijke kenmerken van een persoon. Daarnaast kun je statistische gegevens over een bepaalde groep niet vertalen naar een individueel niveau en daaruit een bepaald risico voor die persoon afleiden. Ook dat is stereotyperend en discriminatoir. Tot slot is het natuurlijk een erg pijnlijke uitspraak voor niet-witte mensen, omdat zij blijkbaar vanwege hun uiterlijk als mogelijke niet-Nederlanders worden beschouwd en daarom mogen worden gecontroleerd op hun verblijfsstatus. Dit is zeker een punt waar we ons in hoger beroep op gaan richten.

### **Grüters en Terlouw merkten in hun artikel op dat het bij MTV-controles niet gaat om de Nederlandse nationaliteit, maar om verblijfsrecht, dus dat de rechtbank in de uitspraak, door te spreken over nationaliteit, de plank mislaat. Is dit een relevante factor voor het hoger beroep?**

*Merel:* Het is terecht dat zij dit noemen, omdat het bij het MTV niet gaat over nationaliteit maar om verblijfsrecht. Die status kun je niet aan iemands uiterlijk aflezen, maar nationaliteit overigens ook niet. Wij denken dat vermeende nationaliteit eigenlijk een proxy is voor etniciteit. Het gaat over iemands huidskleur en uiterlijk voorkomen. De KMar zoekt bijvoorbeeld naar mensen uit Nigeria, maar selecteert dan eigenlijk op etniciteit. Vermeende nationaliteit is dus in onze ogen een proxy voor etniciteit en daarom is nationaliteit als indicator ook verboden discriminatie. Bij de Belastingdienst is in de toelagenaffaire ook op nationaliteit gefilterd, met verschrikkelijke gevolgen.

### **Impliciet is de redenering andersom dat een witte huidskleur een objectieve aanwijzing is dat iemand de Nederlandse nationaliteit heeft (of een verblijfsrecht in Nederland heeft). In hoeverre snijdt dat enig hout?**

*Merel:* Ook dat is een onjuiste aanname.

**In de uitspraak wordt genoemd dat het MTV-toezicht op basis van twee stappen plaatsvindt: in de eerste plaats is er het risicoprofiel om een bepaalde vlucht of trein te selecteren voor het toezicht. In de tweede plaats is er een selectiebeslissing, die ter plaatse wordt genomen. 'De KMar maakt hiertoe gebruik van de zogenoemde "Behaviour Detection methode Predictive Profiling"' valt te lezen in de uitspraak.**

**Wat is er bekend over de totstandkoming en toetsing van het risicoprofiel en de 'predictive profiling' die is gebruikt bij de selectie van de heer Bamenga? De ACVZ adviseerde eerder dat bij profilering vereisten met betrekking tot rechtmatigheid, zorgvuldigheid, noodzakelijkheid, transparantie, doelbinding en verbod op discriminatie en stigmatisering in acht zouden moeten worden genomen, dat een profiel regelmatig moet worden vergeleken met aselecte steekproeven en dat er een monitoring en evaluatiesysteem zou moeten worden ingesteld.<sup>6</sup> In hoeverre heeft de KMar bij de inzet van het gebruikte profiel deze waarborgen in acht genomen?**

*Merel:* We hebben ons in de procedure gericht op het stoppen van de praktijk van etnisch profileren door de KMar. We richten ons daarom niet op het verleden, dus op de vraag of de heer Bamenga en onze andere individuele eiser ook daadwerkelijk etnisch geprofileerd zijn en of in hun situatie sprake was van onrechtmatig handelen door de KMar. Hun ervaringen dienen meer ter illustratie omtrent de rechtbank de praktijk van etnisch profileren te laten zien. Om die reden zijn we niet ingegaan op de totstandkoming van het profiel dat bij de heer Bamenga is toegepast en de toetsing daarvan. Maar het is wel een interessante vraag. Eigenlijk is ons helemaal niets bekend van de totstandkoming en toetsing van de profielen. In de klachtenprocedure bij de KMar van de heer Bamenga zijn er verschillende marechaussees gehoord. De een vond dat de heer Bamenga eruit zag als een vluchteling en dat zou dan de reden voor zijn selectie zijn, de ander zei dat hem ambtshalve bekend was dat er door Nigerianen uit Italië geld werd gesmokkeld. Daar kwamen de indicatoren 'snel lopend', 'goed gekleed', 'alleen reizend of met gezin' naar boven. Je ziet hier dat de marechaussees werken met profielen op persoonsniveau, die zowel op de vreemdelingenrechtelijke als op de strafrechtelijke taak zien. Het is voor ons onduidelijk wat er nu precies in de profielen staat, maar het was ons wel duidelijk dat etniciteit er onderdeel van mocht zijn. Ik kan de rechtbank ook niet helemaal volgen waar wordt overwogen dat etniciteit geen onderdeel uitmaakt van de risicoprofielen. Want de selectiebeslissing is ook gebaseerd op een profiel op persoonsniveau en daar zit etniciteit wel bij, denk aan 'De Nigeriaanse geldsmokkelaar'.

**Sommige vluchten uit Athene zijn hoogrisicovluchten omdat de kans dat daar Syrische vluchtelingen op zitten vrij groot is. Bij de slurf op Schiphol staat dan de KMar die mensen eruit haalt waarvan zij denken dat de kans groot is dat het Syrische vluchtelingen zijn. Wat zou je hierover zeggen?**

*Merel:* Het recht om niet gediscrimineerd te worden op basis van je uiterlijk is een grondrecht. Er moeten zeer zwaarwegende redenen zijn om daar als Staat inbreuk op te maken. Ik betwist dat dit als voldoende zwaarwegend zou gelden. Er is niet wetenschappelijk bewezen dat *predictive profiling* en *behaviour detection methodes* effectief zijn. En hoe belangrijk is die MTV-controle als je het hebt over het grondrecht om niet gediscrimineerd te worden? Je kunt het MTV anders inrichten en steekproefsgewijs controleren is een eerlijk alternatief. Bovendien, je kunt niet zien of iemand uit Syrië komt.

## **Kunnen al dan niet bewuste vooroordelen in het ontwikkelen van het profiel en de ‘predictive profiling’ die de selectiebeslissing ter plaatse ondersteunt een rol spelen?**

*Merel:* Het is complexe materie. ‘Informatiegestuurd optreden’, ‘predictive profiling’ en ‘behaviour detection’ klinkt allemaal heel objectief. Maar er is een groot risico dat vooroordelen daar een rol in spelen. Predictive profiling-methoden worden vaak aangeprezen als objectief en neutraal. Maar het wordt ontworpen en gemaakt door mensen. Al in het ontwerpproces kan dit de profilering beïnvloeden, zoals bij het maken van de modellen en de algoritmes en de keuze voor een bepaalde dataset. De KMar zegt dat zij in het ontwerp werken met datasets en met ervaringsgegevens. Maar ervaringsgegevens zijn geen neutrale en objectieve feiten. Daar speelt de *confirmation bias* een rol. Als je telkens niet-witte mensen eruit haalt en daar blijken mensen zonder verblijfsrecht tussen te zitten, en je voert dat in in een systeem, dan komt uit het systeem dat je niet-witte mensen moet controleren. Dat versterkt zichzelf. Informatie van andere politiediensten uit andere landen is ook niet objectief en neutraal, want je kunt er niet van uitgaan dat zij niet met vooroordelen en stereotyperingen werken. Al met al kan dat leiden tot discriminerende uitkomsten met hogere risicoscores voor bepaalde bevolkingsgroepen. En als je etniciteit als indicator meeneemt, is het systeem gewoon inherent discriminatoir. Want dan is het altijd de keuze tussen de niet-witte persoon die afwijkend gedrag vertoont versus de witte persoon die hetzelfde afwijkend gedrag vertoont. Dan haal je de niet-witte persoon eruit want etniciteit is immers een indicator.

**Uit de tekst op jullie website en ook uit de pleitnotitie blijkt dat de kenmerken op basis waarvan de heer Bamenga uit de rij is gehaald, naast het ‘niet-Nederlandse uiterlijk’ een ‘net pak en snel lopen’, en ‘alleen of vergezeld van een gezin’ zijn. Deze kenmerken zouden erop kunnen duiden dat het om een Nigeriaanse geldsmokkelaar gaat. Maar dat zou betekenen dat de selectiebeslissing gericht is op het opsporen van strafbare feiten en niet op het vaststellen van illegaal verblijf, waar het MTV voor bedoeld is. Treedt de KMar met dit profiel in het kader van het MTV niet buiten haar bevoegdheden wegens gebrek aan doelbinding?**

*Merel:* Dit is een interessante kwestie. De rechtbank benadrukt in haar oordeel dat MTV vreemdelingrechtelijk is en dat ze daarom alleen vreemdelingrechtelijk naar deze zaak kijkt. Alles wat met betrekking tot de politietaken van de KMar kan opkomen is niet meegenomen in de uitspraak. In de praktijk zien we dat dat helemaal niet zo werkt en dat die taken heel nauw met elkaar vervlochten zijn. Het MTV wordt ook ingezet voor die strafrechtelijke taak van de KMar, in ieder geval voor de mensensmokkel en fraude met reis- en identiteitsdocument, maar ook zelfs voor criminaliteit waar de KMar zich helemaal niet mee mag bezig houden, zoals drugs- of geldsmokkel. Dat is ook gebleken uit eerder onderzoek van Van der Woude.<sup>7</sup> De naamswijziging van Mobiel Toezicht Vreemdelingen naar Mobiel Toezicht Veiligheid, in 2012, laat denk ik ook zien dat het MTV voor meer wordt ingezet dan het vreemdelingtoezicht alleen. Uit de *position paper* die de KMar nu naar buiten heeft gebracht blijkt ook dat zij het MTV inzet voor de strafrechtelijke taak. En naast het feit dat etniciteit geen indicator is voor verblijfsstatus, kan etniciteit in een strafrechtelijk profiel al helemaal geen indicator zijn van een intentie tot crimineel gedrag. Voldoen aan een risicoprofiel als ‘de Nigeriaanse geldsmokkelaar’ voldoet niet als redelijk vermoeden van een strafbaar feit. Een statistisch gegeven over een groep aanmerken als een reden omeen individu te controleren is zeer problematisch.

Drs. S.A.A. (Sonja) Avontuur

Senior adviseur bij de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) en lid van de redactie van het *Journal Vreemdelingenrecht*.

Mr. P.C. (Petra) van Dorst

Onderzoeker bij het bureau van de Nationale ombudsman en lid van de redactie van het *Journal Vreemdelingenrecht*.

## **VOETNOTEN**

- 1) Rb. Den Haag 22 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10283.
- 2) *Kamerstukken II* 2021/22, kenmerk 2021D44592.
- 3) Het interview vond plaats op 23 november 2021.
- 4) Nationale Ombudsman (2021/030), *Verkleurde beelden. Hoe moet de overheid omgaan met klachten over etnisch profileren?*
- 5) CCPR/C/130/D/2918/2016, zie ook Tweede Kamer is aan zet na baanbrekend oordeel VN comité over kinderstaatloosheid in Nederland - PILP (pilpnjcmnl)
- 6) ACVZ (2016), *Profileren en selecteren. Advies over het gebruik van profilering in de uitvoering van het vreemdelingenbeleid*.
- 7) M.A.H. van der Woude, J. Brouwer & T.J.M. Dekkers (2016), *Beslissen in grensgebieden: een onderzoek naar het Mobiel Toezicht Veiligheid zoals uitgevoerd door de Koninklijke Marechaussee*, Den Haag: Boom criminologie.

