

ANNOTATIE

Wa Baile t. Zwitserland (EHRM, 43868/18 en 25883/21) – het EHRM biedt meer bescherming tegen etnisch profileren

K.M. de Vries

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 20-02-2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0220JUD004386818 (EHRC-2024-0082)

1. Op 18 oktober 2022 wees het EHRM de arresten *Basu t. Duitsland* en *Muhammad t. Spanje*.^[1] Het Hof boog zich in die arresten voor het eerst rechtstreeks over de vraag of etnisch profileren – het gebruik van etnische kenmerken in het kader van rechtshandhaving – is toegestaan onder het EVRM, en welke verplichten de verdragsstaten in dat verband hebben. De uitspraken in *Basu* en *Muhammad* waren voorzichtig te noemen: het Hof erkende dat etnisch profileren binnen de reikwijdte van de artikelen 14 jo. 8 EVRM kan vallen, maar formuleerde slechts een beperkte procedurele positieve verplichting (in *Basu*) en achtte in geen van beide zaken een schending van een materiële verplichting aanwezig.

De casus in het onderhavige arrest, *Wa Baile t. Zwitserland*, lijkt inhoudelijk sterk op die in *Basu* en *Muhammad*. Het EHRM zet in dit arrest echter een stapje verder: het acht nu wel een schending van zowel de procedurele als de materiële aspecten van artikel 14 jo. 8 aanwezig en toont zich – meer dan anderhalf jaar geleden – bewust van het feit dat etnisch profileren een vorm van structurele discriminatie is.

Hieronder wordt eerst kort uiteengezet waaróm etnisch profileren problematisch is (punt 2). Daarna volgt een analyse van het arrest waarbij vooral benoemd wordt wat deze uitspraak toevoegt aan de arresten *Basu* en *Muhammad*. Aan de orde komen de toepasselijkheid van artikel 14 jo. 8 EVRM (punt 3), de procedurele verplichting om racistische motieven bij

handhavingscontroles te onderzoeken (punt 4) en de bewijslast en bewijselementen die het Hof betreft bij de vraag of het materiële discriminatieverbod is geschonden (punt 5). Ik sluit af met een korte opmerking over de recente beslissing van de Nederlandse politie om te stoppen met etnisch profileren (punt 6).

2. Bij etnisch profileren gaat het, zoals al gezegd, om het gebruik van etnische kenmerken bij handhavingsacties zoals de opsporing van strafbare feiten of controles op onrechtmatig verblijf. Onder etnische kenmerken valt huidskleur, maar bijvoorbeeld ook iemands nationaliteit, (achter)naam of geboorteplaats wanneer dat kenmerken zijn op grond waarvan iemand tot een bepaalde etnische groep wordt gerekend. Zo kan iemand die in Ankara is geboren op grond daarvan door anderen, onder wie handhavingsambtenaren, als ‘Turks’ worden beschouwd. Bij etnisch profileren wordt dit soort kenmerken bovendien in verband gebracht met een verhoogde kans dat iemand de wet heeft of nog zal overtreden. Het EU-Grondrechtenagentschap (*Fundamental Rights Agency*, hierna FRA) onderscheidt in dit verband tussen *reactive* en *predictive profiling*: in het eerste geval wordt een profiel opgesteld om de verdachte te identificeren van een feit dat al heeft plaatsgevonden (‘lichte huidskleur, rode capuchon, tenger postuur’) terwijl in het tweede geval kenmerken worden gebruikt als risico-indicatoren, om controles gericht te kunnen inzetten bij personen van wie de kans het grootst is dat zij zich onrechtmatig zullen gedragen.[2] Daarbij geldt dat het gebruik van etnische kenmerken bij reactief profileren niet per se problematisch is, mits die kenmerken onderdeel zijn van een gedetailleerd en op deugdelijk onderzoek gebaseerd daderprofiel. Summiere of niet goed onderbouwde reactieve profielen kunnen er daarentegen toe leiden dat mensen met bijvoorbeeld dezelfde huidskleur als de dader ten onrechte als verdachte worden beschouwd (zie daarover de aangrijpende Netflixserie *When they see us*). Bij voorspellend profileren is het probleem dat etnische kenmerken op basis van getalsmatige correlaties in verband worden gebracht met bepaalde vormen van onrechtmatig gedrag. Zelfs wanneer die correlaties statistisch correct zijn en gebaseerd zijn op data zonder ‘bias’ (wat in de praktijk vaak al lastig te bereiken is), geven dergelijke statistische gegevens slechts informatie over groepen mensen en niet over individuen binnen die groepen. Bij voorspellend profileren gaat het daarom steeds om controles waarbij mensen op grond van hun huidskleur, nationaliteit of achternaam worden aangemerkt als iemand die waarschijnlijk de wet heeft overtreden. Dergelijke aannames zijn stigmatiserend en kunnen negatieve stereotypering en discriminatie jegens etnische groepen in de hand werken.

3. De feiten in *Wa Baile* lijken, zoals al gezegd, op die in *Basu* en *Muhammad*. Wa Baile werd, onderweg naar zijn werk, op station Zürich door de politie aan een identiteitscontrole onderworpen. Volgens het politierapport werd hij gecontroleerd omdat hij zijn blik had afgewend toen hij de politie zag, wat de betrokken agenten deed vermoeden dat hij mogelijk

een onrechtmatig verblijvende vreemdeling was. Hoewel er –voor zover dat uit de casus blijkt- geen gebruik werd gemaakt van een vooraf vastgesteld risicoprofiel, kan een dergelijke selectie toch worden aangemerkt als een vorm van preventief profileren, waarbij –althans volgens de politie- het gedrag van de klager als indicator gold van een mogelijke wetsovertreding. Het politierapport vermeldt echter ook dat dit gedrag werd waargenomen bij ‘een individu met een donkere huidskleur en van het mannelijke geslacht’. Volgens Wa Baile zelf was zijn huidskleur de reden geweest voor de controle en had hij zijn blik pas afgewend nadat de agenten hem hadden benaderd. Hij weigerde mee te werken aan de identiteitscontrole, waarop hij ter plekke werd gefouilleerd. Daarbij vond de politie zijn identiteitsbewijs, waaruit zijn Zwitserse staatsburgerschap bleek.

In *Basu en Muhammad* erkende het EHRM al dat discriminerende identiteitscontroles onder de reikwijdte van artikel 14 jo. 8 EVRM kunnen vallen, ook wanneer daar geen verdere actie uit volgt, zoals een arrestatie of het opleggen van een sanctie. Het enkele feit dat iemand ‘eruit gepikt wordt’ vanwege bepaalde fysieke of etnische kenmerken kan een schending van het EVRM opleveren.[3] Het Hof benadrukt wel dat in *Wa Baile*, anders dan in *Basu en Muhammad*, aan de klager een boete was opgelegd vanwege zijn weigering om mee te werken aan de controle. De vraag die in dit arrest centraal staat is daarom of de Zwitserse overheid in strijd met het discriminatieverbod heeft gehandeld door strafrechtelijk op te treden tegen de klager, terwijl het in *Basu en Muhammad* de klagers waren die in eerste instantie procedures hadden aangespannen tegen de overheid omdat zij meenden op etnische gronden te zijn gecontroleerd (par. 93). Waarom dit een relevant verschil is blijkt niet helder uit het arrest, terwijl het wel wat kunstmatig aandoet. De vraag of het strafrechtelijk optreden tegen Wa Baile gerechtvaardigd was, hangt immers rechtstreeks samen met de vraag of de controle waaraan hij weigerde mee te werken het gevolg was van etnisch profileren.

Het EHRM kent in *Wa Baile* verder gewicht toe aan de plek waar de controle heeft plaatsgevonden, namelijk op een druk treinstation (par. 102). In *Basu en Muhammad* was al bepaald dat het openbare karakter van een identiteitscontrole effect kan hebben op iemands reputatie en gevoel van zelfrespect, en daarmee van belang kan zijn voor de vraag of de inmenging voldoende ernstig is om onder de reikwijdte van artikel 14 jo. 8 te vallen. Dit bevestigt het Hof in *Wa Baile*. De stelling van de klager dat hij, op een openbare en drukke plaats, is gecontroleerd vanwege zijn huidskleur levert aldus een ‘arguable claim’ op van een schending van het EVRM en roept daarbij bovendien een procedurele positieve verplichting in het leven voor de Zwitserse overheid om te onderzoeken of racistische motieven een rol hebben gespeeld bij de beslissing om de klager te controleren. Het is wel opmerkelijk dat het EHRM het bestaan van die ‘arguable claim’, anders dan in *Basu en Muhammad*, niet vaststelt als onderdeel van de ontvankelijkheidstoets, maar pas nádat het heeft onderzocht of

Zwitserland aan zijn procedurele positieve verplichting heeft voldaan. Het Hof kondigt in zijn beoordeling wel aan dat het de ‘arguable claim’-vraag samen met de hoofdvraag zal beantwoorden (par. 72), maar waarom het dat doet wordt niet duidelijk.

4. Net als in *Basu* stelt het EHRM in *Wa Baile* vast dat er op grond van artikel 14 jo. 8 EVRM een (procedurele) positieve verplichting bestaat om klachten over gesteld etnisch profileren effectief te onderzoeken, en dat die verplichting is geschonden. Hoewel de klacht van Wa Baile door verschillende rechters was behandeld, in zowel een strafrechtelijke als een bestuursrechtelijke procedure, hadden alle instanties nagelaten om te onderzoeken of hij was gecontroleerd vanwege zijn huidskleur. Het Hof hekelt daarbij in het bijzonder de Zwitserse doctrine inzake de geldigheid van politiebevelen, die inhoudt dat ongeldigheid alleen het gevolg kan zijn van (ernstige) vormfouten. Voor de vraag of Wa Baile terecht had geweigerd om de aan hem gerichte bevelen op te volgen, was de mogelijke aanwezigheid van racistische motieven daarom niet relevant en hoefde die niet te worden onderzocht. In de bestuursrechtelijke procedure was weliswaar vast komen te staan dat de beslissing om Wa Baile te controleren niet op objectieve gronden was gebaseerd, maar hadden de rechters eveneens nagelaten om vast te stellen of zijn huidskleur een rol had gespeeld en dus of er sprake was geweest van discriminatie in strijd met artikel 14 jo. 8 EVRM. Het EHRM maakt duidelijk dat die vraag expliciet moet worden beantwoord.

5. Een belangrijk verschil met de arresten *Basu* en *Muhammad* is ten slotte dat het EHRM in *Wa Baile* wél een materiële schending van het discriminatieverbod vaststelt. In discriminatiezaken is het, volgens vaste rechtspraak van het Hof, aan de klager om bewijs te leveren van een vermoeden van discriminatie. Als dat lukt verschuift de bewijslast naar de aangesproken Staat, die moet aantonen dat er geen verboden discriminatie heeft plaatsgevonden (hetzij door het geleverde bewijs te ontkrachten, hetzij door aan te tonen dat voor het verschil in behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond).[4] In *Basu* en *Muhammad* werd een dergelijk bewijsvermoeden niet aangenomen. In *Basu* ontbrak relevant bewijsmateriaal omdat de Duitse autoriteiten hadden nagelaten om de toedracht van de identiteitscontrole nader te onderzoeken. In *Muhammad* had de klager meerdere bewijsstukken ingebracht, waaronder statistische gegevens, nieuwsberichten, en rapporten van NGO's en mensenrechtenorganisaties, waaruit bleek dat etnisch profileren door de politie in Spanje een veelvoorkomend fenomeen is. Het Hof achtte die informatie echter niet relevant, omdat daaruit niet bleek dat ook in het individuele geval van de klager sprake was geweest van racistische motieven.[5] Met name die laatste redenering kwam het Hof op de kritiek te staan dat het onvoldoende oog had voor het structurele karakter van etnisch profileren, dat immers niet het gevolg is van een paar ‘rotte appels’ binnen de politie, maar van wijdverbreide vooroordelen en een gebrek aan procedures en waarborgen om te voorkomen

dat die vooroordelen tot uiting komen in het politiewerk.[6] In *Wa Baile* lijkt het Hof zich die kritiek te hebben aangetrokken en kent het wel gewicht toe aan bewijs van structurele discriminatie. De vaststelling van een vermoeden van discriminatie berust op drie elementen: 1) het gegeven dat Zwitserland, zoals vastgesteld door internationale mensenrechtenorganisaties waaronder het Comité voor de uitbanning van rassendiscriminatie (CERD Committee) en de Europese Commissie tegen Racisme en Intolerantie (ECRI), heeft nagelaten om in wetgeving en beleid effectieve waarborgen neer te leggen tegen etnisch profileren, waaronder waarborgen voor adequate opleiding van de politie; 2) de vaststelling door de Zwitserse bestuursrechter dat de beslissing om de klager te controleren niet op objectieve gronden was gebaseerd, en 3) rapporten van internationale mensenrechtenorganisaties en Amnesty International (dat als *third party intervener* optrad) waaruit bleek dat etnisch profileren in Zwitserland voorkomt. Het Hof merkt bovendien op dat de bewijslast bij de overheid zal moeten liggen in situaties waarin zij als enige kennis heeft van de toedracht van de gebeurtenissen waarover geklaagd wordt (par. 133). Het lijkt daarmee een (veel) minder zware bewijslast op de klager te leggen, die in ieder geval niet meer hoeft aan te tonen dat etnische kenmerken in het concrete geval de reden zijn geweest voor de controle. Het Hof gaat echter niet zo ver dat het daadwerkelijk positieve verplichtingen formuleert voor Zwitserland om waarborgen te treffen tegen etnisch profileren. Het bewijsvermoeden lijkt bovendien toch vooral te steunen op de vaststelling door de nationale rechter dat er voor de controle van de klager geen objectieve reden bestond. Enkel bewijs van structurele discriminatie blijft daarmee – vooralsnog – onvoldoende om een vermoeden van etnisch profileren te vestigen.

6. Intussen staat ook in Nederland de discussie over etnisch profileren niet stil. Niet lang na de EHRM-uitspraken in *Basu en Muhammad* oordeelde het Gerechtshof Den Haag dat de Koninklijke Marechaussee (KMar) het discriminatieverbod van artikel 1 Twaaifde Protocol EVRM had geschonden door etnische kenmerken, waaronder huidskleur, onderdeel te laten zijn van risicoprofielen voor de controle van passagiers in het kader van het Mobiel Toezicht Vreemdelingen (MTV).[7] De regering heeft daarna laten weten dat bij deze controles, voor zover die betrekking hebben op luchtvaartpassagiers, voortaan geen gebruik meer zal worden gemaakt van etnische kenmerken.[8] De uitspraak van het Gerechtshof wordt door de regering echter beperkt uitgelegd, in die zin dat zij slechts van toepassing wordt geacht op controles op luchthavens en niet op controles op het spoor, op de weg of op het water. De regering benadrukte in eerste instantie bovendien dat de uitspraak geen betrekking had op taken van de KMar anders dan het MTV en ook niet op handelingen van andere overheidsdiensten.[9] Deze beperkte lezing kwam de regering op kritiek te staan van de organisaties die de zaak bij het Gerechtshof hadden aangespannen, in het bijzonder Amnesty International, Stichting Radar en Control Alt Delete.[10] Hoewel de regering vasthoudt aan de

stelling dat de uitspraak van Gerechtshof ‘niet direct’ betrekking heeft op andere overheidsdiensten, is er inmiddels toch voor gekozen om het Handelingskader Professioneel Controleren van de politie te actualiseren met inachtneming van die uitspraak. In dat handelingskader is voortaan expliciet opgenomen dat controles alleen op basis van objectiveerbare gronden mogen plaatsvinden, waarvan ras, etniciteit, afkomst of uiterlijke kenmerken nooit deel mogen uitmaken (tenzij er sprake is van een signalement in het kader van reactief profileren).[11] Daarmee is een belangrijke stap gezet, die zeker in lijn is met het arrest *Wa Baile*.

K.M. (Karin) de Vries

universitair hoofddocent staatsrecht aan de Universiteit Utrecht en onderzoeker bij het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging

[1] *Basu t. Duitsland*, EHRM 18 oktober 2022, nr. 215/19, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD000021519 en *Muhammad t. Spanje*, EHRM 18 oktober 2022, nr. 34085/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1018JUD003408517, *EHRC Updates* 2022/258 m.nt. K.M. de Vries.

[2] European Union Agency for Fundamental Rights, *Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide*, Luxemburg: Publications Office of the European Union 2018, p. 18.

[3] *Basu*, par. 25 en *Muhammad*, par. 50.

[4] Bijv. *Fábián t. Hongarije*, EHRM (GK) 5 september 2017, nr. 78117/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD007811713, par. 116.

[5] *Muhammad*, par. 100.

[6] Bijv. M. Möschel, ‘Basu v. Germany and Muhammad v. Spain: room for improvement in the Court’s first judgments on racial profiling’, *Strasbourg Observers* 8 november 2022. Zie, over etnisch profileren als een vorm van structurele discriminatie bijv. het rapport van het International Independent Expert Mechanism to Advance Racial Justice and Equality in Law Enforcement aan de VN-Mensenrechtenraad van 21 augustus 2023, A/HRC/54/69 en, specifiek voor Nederland, M. van Meeteren e.a., *Etnisch profileren door de politie; een systematische literatuurstudie toegespitst op de Nederlandse context* (onderzoek in opdracht van het WODC), Radboud Universiteit/Universiteit Leiden 2023, beschikbaar op <https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/3347>.

[7] Gerechtshof Den Haag 14 februari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:173, *JV* 2023/91 m.nt. V.

Djwalapersad en K.M. de Vries.

[8] *Kamerstukken II 2022-2023*, 30 950, nr. 328.

[9] *Kamerstukken II 2022-2023*, 30 950, nr. 349.

[10] Amnesty International e.a., brief van 12 februari 2024 aan het kabinet, kenmerk 20240212/2403/DO, beschikbaar op <https://controlealtdelete.nl/articles/kabinet-etnisch-profileren-onder-voorwaarden-nog-steeds-toegestaan>.

[11] *Kamerstukken II 2023-2024*, 30 950, nr. 361.