

14/02737

Zitting 20 februari 2015 (bij vervroeging)

Conclusie mr. J. Spier

inzake

Staat der Nederlanden  
(hierna: de Staat)

tegen

1. Stichting Privacy First  
(hierna: Privacy First)

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

(hierna gezamenlijk: Chau c.s. en ge-  
zamenlijk: Privacy First c.s.)

## 1. Feiten

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de navolgende feiten.<sup>1</sup>

1.2.1 De Rijkswet van 11 juni 2009 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met het “herinrichten” van de reisdocumentadministratie (Stb. 2009, 252, hierna: de Nieuwe Paspoortwet) is gedeeltelijk in werking getreden op 28 juni 2009. De Paspoortwet van 26 september 1991, zoals deze tot 28 juni 2009 luidde, wordt hierna aangeduid als de Paspoortwet 1991. De Nieuwe Paspoortwet strekt er in de eerste plaats toe uitvoering te geven aan de voorschriften van de Europese verordening betreffende normen voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten (Verordening EG nr. 2252/2004, hierna: de Verordening).

1.2.2 Ingevolge de Verordening dient een paspoort voorzien te zijn van een chip waarop een gezichtsopname en twee vingerafdrukken voorkomen. In de tweede plaats heeft de Nieuwe Paspoortwet tot doel het creëren van een betrouwbaar aanvraag- en uitgifteproces van reisdocumenten met het oog op het voorkomen van identiteitsfraude, hetzij bij het aanvragen van een nieuw reisdocument, hetzij bij het gebruik van het reisdocument. Daarbij wees de rijksregering (hierna: de regering) er op dat een veel voorkomende oorzaak van fraude met reisdocumenten wordt gevormd door personen die zich uitgeven voor een ander dan de houder van het reisdocument (zogenaamde ‘look-alikes’), waarbij de vervalsing niet zit in het document zelf, maar in het op grond van valse of vervalste gegevens aanvragen van een reisdocument, dan wel in het gebruik maken van een reisdocument van een ander. In de derde plaats bestond bij de regering de wens om plaats-onafhankelijke uitgifte van paspoorten mogelijk te maken, dat wil

---

<sup>1</sup> Ontleend aan rov. 1.4 e.v. van het in cassatie bestreden arrest, zoals deze zullen moeten worden begrepen (het Hof zegt niet met zoveel woorden dat het gaat om een vaststelling van de feiten).

zeggen dat een burger in beginsel in elke Nederlandse gemeente een paspoort zou moeten kunnen aanvragen.

1.3.1 Teneinde enerzijds de burger snel te kunnen “bedienen” en anderzijds effectief identiteitsfraude te voorkomen en te bestrijden, voorzag de Nieuwe Paspoortwet in de inrichting van een centraal reisdocumentenregister, waarin onder meer de gezichtsopnames en vier vingerafdrukken van iedere paspoorthouder (de twee opgenomen in de chip in het paspoort en twee ter controle) zouden worden opgeslagen. Dat register zou 24 uur per dag gedurende zeven dagen per week raadpleegbaar zijn voor de bevoegde instanties.

1.3.2 Een centraal register zou, volgens de regering, vanuit een oogpunt van fraudebestrijding effectiever zijn en ook beter kunnen worden beveiligd dan een decentraal register met centrale verwijsindex.

1.4 In het nieuwe art. 4b van de Nieuwe Paspoortwet is geregeld aan wie de gegevens uit het centrale register mogen worden verstrekt, voor welk doel en onder welke voorwaarden. Deels wordt daarbij verwezen naar nader vast te stellen algemene maatregelen van rijksbestuur. Ten aanzien van de verstrekking van vingerafdrukken ten behoeve van (i) het voorkomen en bestrijden van fraude met en misbruik van reisdocumenten en (ii) de opsporing en vervolging van strafbare feiten, is bepaald dat deze slechts geschiedt aan de officier van justitie en alleen (a) ten behoeve van de vaststelling van de identiteit van een verdachte of veroordeelde voor zover in het kader van de toepassing van het strafrecht van hem één of meer vingerafdrukken zijn genomen en er twijfel bestaat over zijn identiteit, of (b) in het belang van het onderzoek in geval van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (art. 4b lid 4). Daarnaast kunnen gegevens uit het centrale register worden verstrekt ten behoeve van de identificatie van slachtoffers van rampen en ongevallen (art. 4b lid 2 onder b) en met het oog op het

verrichten van onderzoek naar handelingen die een bedreiging vormen voor de veiligheid van de Staat en andere gewichtige belangen (art. 4b lid 2 onder d).

1.5 Tijdens de parlementaire behandeling van de Nieuwe Paspoortwet is aan de orde geweest hoe de privacy van burgers in het voorgestelde centrale register is gewaarborgd. De regering heeft te dien aanzien het standpunt ingenomen dat weliswaar het vragen en opslaan van persoonsgegevens ten behoeve van de aanvraag en uitgifte van reisdocumenten een inbreuk op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opleveren, maar dat deze inbreuk proportioneel is en gerechtvaardigd wordt door, samengevat, het meer betrouwbare aanvraag- en uitgifteproces van reisdocumenten, waardoor het beter mogelijk wordt om fraude met en misbruik van reisdocumenten, zoals 'look-alike-fraude', te bestrijden.

1.6 Aangezien de regering geen opdracht wilde geven voor "de bouw" van het centrale register voordat de Nieuwe Paspoortwet zou zijn aangenomen, is na de gedeeltelijke inwerkingtreding van deze wet op 28 juni 2009 al wel begonnen met het afnemen en in het paspoort opnemen van vingerafdrukken, maar zijn deze vooralsnog opgeslagen in de decentrale registers van de gemeenten. Daarom zijn onder meer de onderdelen D en E van art. I (houdende de nieuwe artikelen 4a en 4b) van de Nieuwe Paspoortwet toen (nog) niet in werking getreden.

1.7 Privacy First heeft, samengevat, ten doel het bevorderen en behouden van recht op privacy. Chau c.s. behoren ieder tot één van de volgende categorieën: (a) zij die ervoor kiezen om gezien hun bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet geen reisdocument aan te vragen, (b) zij die wel een reisdocument hebben aangevraagd, maar hebben geweigerd vingerafdrukken af te staan en wier aanvraag daarom niet in behandeling is genomen, (c) zij die een paspoort hebben aangevraagd en gekregen zonder vingerafdrukken af te staan, omdat de aanvraag is gedaan vóór inwerkingtreding van de Nieuwe Paspoortwet en (d) zij die onder protest vingerafdrukken hebben afgestaan.

1.8 Privacy First c.s. zijn van mening dat de Nieuwe Paspoortwet op een aantal onderdelen onrechtmatig is, omdat zij in strijd is met art. 8 EVRM, art. 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de Privacyrichtlijn (Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995). De volgende aspecten zijn volgens Privacy First c.s. met name onrechtmatig:

- a. de creatie van het centrale register;
- b. de al dan niet centrale opslag van gegevens;
- c. het verstrekkingenregime ten aanzien van de opgeslagen gegevens;
- d. het feit dat uitvoering wordt/kan worden gegeven aan de Nieuwe Paspoortwet, terwijl een groot deel van de regels nog in delegatiebepalingen vastgesteld moet worden;
- e. strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit;
- f. de veelheid van doeleinden waarvoor de gegevens kunnen worden opgeslagen en gebruikt.

## **2. Procesverloop**

2.1.1 Privacy First c.s. hebben de Staat bij dagvaarding van 6 mei 2010 in rechte betrokken. Zij hebben in eerste aanleg - uitvoerbaar bij voorraad en na wijziging van eis, waartegen de Staat bezwaar heeft gemaakt - gevorderd:

I. een verklaring voor recht dat de artikelen 3 lid 8 en 65 Paspoortwet en artikelonderdelen D en E van de Nieuwe Paspoortwet, behoudens voor zover daarin verplichtingen zijn opgenomen die voortvloeien uit de Verordening, jegens hen onrechtmatig zijn, in het bijzonder wat betreft de al dan niet centrale opslag van (biometrische) gegevens, de wijze waarop de gegevens worden opgeslagen, waaronder begrepen de mate waarin voorzien is in waarborgen ter zake de veiligheid van de gegevens, alsmede het verstrekkingenregime dat zal gelden ten aanzien van de gegevens;

en voorts dat de Rechtbank 's-Gravenhage:

II. primair: de Paspoortwet en de Nieuwe Paspoortwet met onmiddellijke ingang buiten werking stelt, althans partieel buiten werking stelt voor wat betreft de gewijzigde Paspoortwetgeving althans (al dan niet partieel) jegens de belanghebbende buiten werking stelt, althans de inwerkingtreding daarvan alsmede van de daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur met onmiddellijke ingang voor onbepaalde tijd opschort althans deze algemene maatregelen van bestuur buiten werking stelt;

subsidiar: artikel 65 van de Paspoortwet buiten werking stelt tot het moment dat passende technische en organisatorische maatregelen zijn genomen ter beveiliging van de gegevens die op grond van artikel 65 Paspoortwet worden opgeslagen;

meer subsidiair: een door de Rechtbank in goede justitie te bepalen voorziening treft.<sup>2</sup>

2.1.2 Privacy First c.s. hebben aan deze vordering ten grondslag gelegd dat op grond van de gewijzigde Paspoortwetgeving een nationale databank wordt gecreëerd met onder meer biometrische gegevens van alle Nederlandse burgers van 12 jaar en ouder met een (nieuw) reisdocument en dat de wijze waarop en de voorwaarden waaronder deze privacygevoelige gegevens worden bewaard en de wijze waarop de verstrekking zal plaatsvinden nog niet zijn geregeld, terwijl op dit moment op basis van de gewijzigde Paspoortwetgeving wel al biometrische gegevens bij burgers worden afgenomen en opgeslagen. Voor de wijze waarop dit gebeurt en de gegevens worden opgeslagen bestaat geen deugdelijk beleid waardoor het opslagsysteem uitermate risicovol is en de privacy van de Nederlandse burger in het geding is. De (gewijzigde) Paspoortwet(geving) en de wijze waarop daaraan door de Staat uitvoering wordt gegeven, gaan verder dan waartoe de Verordening verplicht en zijn in strijd met de Verordening, de Privacyrichtlijn, artikel 16 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 8 EVRM (hierna alle tezamen: privacyregelgeving). De (gewijzigde)

---

<sup>2</sup> Zie rov. 3.1 van het vonnis van 2 februari 2011.

Paspoortwet(geving) is daarom onverbindend en dient buiten toepassing te worden verklaard.<sup>3</sup>

2.2 De Staat heeft de vordering omstandig bestreden.

2.3.1 In haar vonnis van 2 februari 2011<sup>4</sup> heeft de Rechtbank Privacy First c.s. niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen. Zij overwoog daartoe, samengevat, het volgende. Tussen partijen staat niet ter discussie dat de natuurlijke personen bij de aanvraag van een reisdocument biometrische gegevens dienen af te staan, dan wel reeds hebben afgestaan indien zij een dergelijk document hebben aangevraagd. De verstrekking dan wel de weigering om het reisdocument te verstrekken is een besluit waartegen voor de aanvrager bezwaar en beroep bij de bestuursrechter openstaan. In die rechtsgang bij de bestuursrechter kan ook de verbindendheid van de paspoortwetgeving aan de orde worden gesteld. Voor de vragen die de natuurlijke personen in dit geding aan de orde stellen, staat aldus een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang open. De aanvraag van een reisdocument is ook geen omslachtige procedure om de onverbindendheid van de paspoortwetgeving aan de orde te stellen, want de natuurlijke personen hebben alleen dan een voldoende belang bij hun vordering indien zij daadwerkelijk een reisdocument aanvragen of hebben aangevraagd.

2.3.2 Privacy First heeft geen eigen belang bij haar vordering. Zij komt uitsluitend op voor een belang dat voortvloeit uit de bundeling van de privacybelangen van alle Nederlanders boven de twaalf jaar die een paspoort of identiteitskaart aanvragen. Al deze personen kunnen zelf bij de bestuursrechter opkomen tegen de verplichting tot het verstrekken van biometrische gegevens. Bovendien betreft het door Privacy First gestelde algemene belang, te weten de bescherming van de privacy van alle Nederlanders, een

---

<sup>3</sup> Zulks in de weergave van rov. 3.2 van het vonnis van 2 februari 2011.

<sup>4</sup> JB 2011/78.



zuiver ideëel belang, dat naar vaste rechtspraak niet kan gelden als een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW. Privacy First is ook niet getroffen in een eigen vermogensrechtelijk (financieel) belang doordat het haar financieel en feitelijk onmogelijk wordt gemaakt haar werk te doen indien alle individuen haar benaderen voor een gang naar de bestuursrechter. Ook dit door Privacy First gestelde belang betreft het bijstaan van aanvragers van Nederlandse reisdocumenten en vloeit derhalve uitsluitend voort uit een bundeling van individuele belangen bij de vaststelling van de onverbindendheid van de privacywetgeving (lees: de paspoortwetgeving).<sup>5</sup>

2.4 Privacy First c.s. hebben hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank van 2 februari 2011.<sup>6</sup> Bij memorie van grieven hebben Privacy First c.s. 20 grieven aangevoerd, die de Staat heeft bestreden. In hoger beroep luidde de vordering, zoals deze blijkt de eerste alinea van rov. 1.10 door het Hof is verstaan, dat het Hof:

I. voor recht verklaart dat de artikelen 3 lid 8 en 65 van de Paspoortwet 1991 alsmede art. I onderdelen D en E van de Nieuwe Paspoortwet, behoudens voor zover daarin verplichtingen zijn opgenomen die voortvloeien uit de Verordening, jegens Privacy First c.s. een onrechtmatige daad opleveren, in het bijzonder wat betreft de al dan niet centrale opslag van (biometrische) gegevens, de wijze waarop de gegevens zijn en worden opgeslagen, waaronder begrepen de mate waarin voorzien is in waarborgen ter zake de veiligheid van de gegevens, alsmede het verstrekkingenregime dat zal gelden ten aanzien van de gegevens;

---

<sup>5</sup> Zie de weergave van het oordeel van de Rechtbank in rov. 1.11 van het bestreden arrest.

<sup>6</sup> Aanvankelijk is ook hoger beroep ingesteld door *Stichting Privacy First* en *Stichting Privacy First Nederland*, eveneens partijen in eerste aanleg. Bij akte van 18 december 2012 hebben *Stichting Privacy First* en *Stichting Privacy First Nederland* zich, zonder dat de Staat daar bezwaar tegen heeft gemaakt, aan de procedure onttrokken. Zie het bestreden arrest onder 'Het geding'.



II. primair: de Paspoortwet 1991 alsmede de Nieuwe Paspoortwet buiten werking stelt, althans partieel buiten werking stelt wat betreft artikelen 3 lid 8 en 65 van de paspoortwet 1991 en artikel I onderdelen D en E van de Nieuwe Paspoortwet, alsmede artikel 28a lid 1 en 3 van de gewijzigde Paspoortuitvoeringsregeling Nederland en artikel 42a lid 1 en 3 van de gewijzigde Paspoortuitvoeringsregeling Buitenland 2001, althans (al dan niet partieel) jegens de belanghebbenden buiten werking stelt, althans de inwerkingtreding daarvan alsmede van de daarop gebaseerde Algemene Maatregelen van (Rijks)bestuur (al dan niet partieel) met onmiddellijke ingang voor onbepaalde tijd opschort, althans de op de Paspoortwet 1991 en de Nieuwe Paspoortwet gebaseerde Algemene Maatregelen van Bestuur - te weten de Paspoortuitvoeringsregelingen - buiten werking stelt;

subsidiair: artikel 65 van de paspoortwet met onmiddellijke ingang buiten werking stelt tot het moment dat passende technische en organisatorische maatregelen zijn genomen ter beveiliging van de gegevens die op grond van artikel 65 worden opgeslagen;

meer subsidiair: een dusdanige voorziening treft als door het Hof in goede justitie te bepalen.<sup>7</sup>

2.5. In zijn arrest van 18 februari 2014<sup>8</sup> heeft het Hof het bestreden vonnis vernietigd, de vorderingen van Privacy First c.s. afgewezen en de Staat in de kosten van het geding in beide instanties veroordeeld. Het Hof overwoog daartoe, voor zover hier van belang, het volgende:

(...)

1.12 Sinds het vonnis in eerste aanleg hebben zich enkele ontwikkelingen rond de Nieuwe Paspoortwet voorgedaan. Deze ontwikkelingen hebben tot de volgende politieke besluitvorming van de regering geleid:

---

<sup>7</sup> Zie de tweede rov. 1.10 van het bestreden arrest.

<sup>8</sup> JB 2014/76, m.nt. Schutgens.

- a. de onderdelen van de Nieuwe Paspoortwet die betrekking hebben op de opslag van vingerafdrukken, die nog niet in werking waren getreden, zullen niet in werking treden, doch zullen uit de wet worden geschrapt;
- b. de vingerafdrukken zullen nog slechts worden bewaard door de uitgevende instanties met het oog op de aanvraag en uitgifte van het document, dat wil zeggen vanaf het moment van aanvraag tot het moment van registratie van de uitgifte van het document: na dit laatste tijdstip kunnen de vingerafdrukken niet meer worden geraadpleegd;
- c. alle reeds in de decentrale registers opgeslagen vingerafdrukken worden daaruit verwijderd;
- d. de verplichting voor de aanvrager van een reisdocument om vier vingerafdrukken af te geven wordt teruggebracht tot twee vingerafdrukken.

1.13 Over de redenen die tot deze koerswijziging hebben geleid merkte minister Donner in zijn brief aan de Tweede Kamer van 26 april 2011 onder meer het volgende op:

“Gelet op al deze factoren is de vraag aan de orde of het opportuun is om de vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie op te slaan voor het doel dat we daarbij voor ogen hadden, te weten verificatie en identificatie. Ik ben in het licht van de tot dusver beperkte voortgang van de technische ontwikkeling tot de conclusie gekomen dat gebruik van de vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling niet mogelijk is zonder een te hoog percentage gevallen waarin een “misser” wordt aangegeven bij een rechtmatige houder van het reisdocument. Om die reden is het beter om voor nu te stoppen met de opslag van de vingerafdrukken in de decentrale reisdocumenten-administratie. Deze keuze betekent wel dat, gedurende de periode dat van opslag in de administratie wordt afgezien, er geen mogelijkheid zal zijn om bij vermoedens van fraude controles uit te voeren met behulp van de vingerafdrukken.” (Tweede Kamer, 2010-2011, 25 764, nr. 46 p. 4)

### **Het belang van Privacy First c.s. bij hun vordering**

2.1 De Staat heeft aangevoerd dat Privacy First c.s. geen belang meer bij hun vorderingen hebben, aangezien thans vast staat dat opslag van vingerafdrukken in een centraal register en het bijbehorende verstrekkingenregime niet zullen worden gerealiseerd. Privacy First c.s. hebben in de memorie van grieven aan het hof verzocht om, wanneer de grieven tegen de niet-ontvankelijkverklaring slagen, hun de mogelijkheid te geven de nieuwe ontwikkelingen en de gevolgen

daarvan voor deze zaak in een nadere akte toe te lichten. Privacy First c.s. miskennen hiermee echter dat het op hun weg had gelegen om reeds in de memorie van grieven, waarin zij deze nieuwe ontwikkelingen zelf aan de orde stellen, aan te geven welk belang zij nog bij hun vorderingen hebben. Het is immers duidelijk dat deze ontwikkelingen, zoals Privacy First c.s. zich kennelijk ook hebben gerealiseerd, de vraag oproepen of dat belang er nog wel is.

2.2 Het hof is van oordeel dat Privacy First c.s. geen belang meer hebben bij toewijzing van hun vorderingen, althans dat zij niet duidelijk hebben gemaakt waarin dat belang nog kan zijn gelegen. Vast staat immers dat het oorspronkelijk in de Nieuwe Paspoortwet voorziene centrale register er niet zal komen, dat de vingerafdrukken die worden afgenomen bij het aanvragen van een paspoort of ander reisdocument niet (voor onbepaalde tijd) in een centraal register zullen worden opgeslagen maar slechts (zeer) tijdelijk in een decentraal register en, tot slot, dat er evenmin sprake zal zijn van de verstrekking van vingerafdrukken vanuit het centrale register. Het hof kan dit niet anders zien dan dat hiermee de in eerste aanleg aangevoerde bezwaren van Privacy First c.s. naar de kern zijn weggenomen.

2.3 De stelling van Privacy First c.s. dat het verstrekkingenregime van art. 4b grotendeels ongewijzigd blijft, levert zonder nadere toelichting, die ontbreekt, geen voldoende belang bij de ingestelde vorderingen op. Privacy First c.s. hebben hun bezwaren tegen dat verstrekkingenregime immers steeds toegelicht in verband met de (permanente) opslag van vingerafdrukken in een centraal register, terwijl thans geen sprake van een centraal register zal zijn maar van decentrale registers waarin vingerafdrukken slechts (zeer) tijdelijk zullen worden opgeslagen. Dat ook de opslag van vingerafdrukken in en de verstrekking daarvan uit deze decentrale registers in strijd met het recht op privacy zou zijn hebben Privacy First c.s. nergens voldoende gemotiveerd aangevoerd. Daarbij komt dat art. 1 onderdeel E, waarvan art. 4b deel uitmaakt, nooit in werking is getreden. Indien het al zo zou zijn dat deze bepaling grotendeels in een nieuw wetsontwerp is overgenomen, moet toch gelden dat Privacy First c.s. tegen dat nieuwe wetsontwerp geen vorderingen hebben gericht en dat het ook niet aangaat een dergelijke bepaling geïsoleerd van de wet waarvan zij deel uitmaakt te beoordelen.

2.4 Voor zover de vorderingen van Privacy First c.s. zich richten tegen de artikelen 3 lid 8 en 65 van de Paspoortwet 1991 overweegt het hof nog het volgende. Art. 3 lid 8 bepaalt dat de uitgevende instelling een administratie bijhoudt en art. 65 dat daarin onder meer de vingerafdrukken van de aanvrager van een reisdocument worden bewaard. Deze bepaling hebben derhalve betrekking op decentrale opslag. Tegen die achtergrond is onduidelijk welk belang Privacy First c.s. bij dit onderdeel van hun vordering hebben. Zij hebben zich steeds

verzet tegen centrale opslag en juist op decentrale opslag met centrale verwijzingsindex als alternatief gewezen.

2.5 Privacy First c.s. hebben ook aangevoerd dat nog geenszins vast staat dat het nieuwe wetsvoorstel, waarin de hiervoor vermelde beleidswijzigingen worden opgenomen, zal worden aangenomen. Het hof is evenwel van oordeel dat er, gezien de hiervoor geciteerde brief van de minister van Binnenlandse Zaken, onvoldoende reden is om aan te nemen dat de centrale opslag van vingerafdrukken toch nog zal worden gerealiseerd. Enige dreiging van onrechtmatig handelen, die toewijzing van het gevorderde zou kunnen rechtvaardigen, is derhalve niet aanwezig.

2.6 Het voorgaande betekent dat de vorderingen van Privacy First c.s. reeds vanwege het ontbreken van belang niet kunnen worden toegewezen. Privacy First c.s. houden evenwel belang bij hun hoger beroep vanwege de door de rechtbank te hunnen laste uitgesproken proceskostenveroordeling. Dit betekent dat het hof zal onderzoeken of de rechtbank, uitgaande van de omstandigheden zoals deze zich ten tijde van haar uitspraak voordeden, een juist vonnis heeft gewezen. Daartoe zal het hof eerst nagaan of de rechtbank Privacy First c.s. terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard in hun vorderingen.

### **De ontvankelijkheid van Privacy First cs.**

3.1 Het hof zal eerst de grieven 14, 15, 16 en 17 behandelen, waarin de ontvankelijkheid van Privacy First aan de orde wordt gesteld. De hierin geformuleerde klachten komen er op neer dat Privacy First in deze procedure op grond van art. 3:305a BW opkomt voor een ideëel (algemeen) belang, niet voor de gebundelde belangen van individuele belanghebbenden, dat de rechtbank een dergelijk algemeen of ideëel belang ten onrechte als onvoldoende heeft aangemerkt, dat niet is vereist dat Privacy First bij haar vordering ook nog een voldoende eigen belang heeft en, ten slotte, dat Privacy First een dergelijk eigen belang overigens wel heeft.

3.2 Deze grieven slagen. Ook indien het zo is, hetgeen Privacy First c.s. bestrijden, dat individuele belanghebbenden zoals Chau c.s. hun bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet aan de orde kunnen stellen in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter, is een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van een belangenorganisatie die is gegrond op art. 3:305a BW bij de burgerlijke rechter ontvankelijk. Dit laatste lijdt slechts uitzondering indien de belangenorganisatie kennelijk slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van individuele belanghebbenden. Dat van dit laatste sprake is blijkt niet. Naar het oordeel van het hof is onmiskenbaar dat Privacy First niet slechts de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aan-

tal individuele personen nastreeft, maar veeleer het algemeen belang op bescherming van het recht op privacy van personen met de Nederlandse nationaliteit, die immers als regel op enig moment een reisdocument zullen moeten aanvragen. Deze groep personen is dermate diffuus en onbepaald dat niet kan worden gezegd dat Privacy First slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van deze personen. De rechtbank heeft dit miskend.

3.3 Het hof merkt hierbij nog ten overvloede op dat Privacy First voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij óók een eigen vermogensrechtelijk belang bij haar vordering heeft. Privacy First heeft immers onvoldoende gemotiveerd weersproken aangevoerd dat zij, sinds de Nieuwe Paspoortwet was aangenomen, werd overstelpt met klachten en vragen van burgers, dat Privacy First deze burgers desgevraagd met raad en daad bijstaat, ook in de diverse hierover gevoerde rechtszaken, maar dat dit veel van de (schaarse) tijd en middelen van Privacy First vergt. Indien over de in de diverse rechtszaken aan de orde komende vragen in één procedure zou kunnen worden beslist komen daardoor voor Privacy First tijd en middelen vrij die zij kan aanwenden voor, bijvoorbeeld, de werving van donateurs. De rechtbank heeft dit ten onrechte miskend door te overwegen dat dit niet een eigen financieel belang is omdat deze belangenbehartiging voortvloeit uit een bundeling van individuele belangen. Dit laatste is reeds niet juist, omdat individuele belangenbehartiging door Privacy First niet hetzelfde is als de behartiging van gebundelde belangen, en ook indien dit laatste anders zou zijn betekent dit niet dat Privacy First geen (eigen) vermogensrechtelijk belang bij haar vorderingen heeft.

3.4 De conclusie is dat de rechtbank Privacy First ten onrechte in haar vorderingen niet-ontvankelijk heeft verklaard.

3.5 Het hof kan in het midden laten of Chau c.s. terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard. Indien de rechtbank de vordering van Privacy First had toegewezen, hetgeen zij zoals hierna zal blijken voor het grootste deel had moeten doen, had zij de vorderingen van Chau c.s. niet afzonderlijk behoeven te behandelen. Chau c.s. hebben immers geen andere vorderingen ingesteld dan Privacy First, meer in het bijzonder hebben zij geen op hun individuele situatie toegespitste vorderingen ingesteld. Toewijzing van de in het kader van een algemeen belangactie ingestelde vorderingen van Privacy First zou dan ook evenzeer ten voordele van Chau c.s. hebben gestrekt. Ook voor de proceskostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep maakt het niet uit of Chau c.s. wel of niet ontvankelijk zijn. Privacy First c.s. zijn in deze procedure gezamenlijk, vertegenwoordigd door één advocaat opgetreden en toewijzing van de vorderingen van Privacy First, die inhoudelijk gelijk is aan die van Chau c.s. levert dan ook hoogstens één proceskostenveroordeling ten laste van de Staat op. Tegen deze



achtergrond hebben Chau c.s. onvoldoende belang bij een onderzoek naar de vraag of de rechtbank hen in hun vorderingen had moeten ontvangen.

### **Inhoudelijke beoordeling van de vorderingen van Privacy First**

4.1 Het voorgaande betekent dat het hof toekomt aan de vraag of de rechtbank, onder de ten tijde van haar vonnis vigerende omstandigheden, de vorderingen van Privacy First geheel of gedeeltelijk had moeten toewijzen.

4.2 Niet in geschil is dat de in de Nieuwe Paspoortwet voorziene opslag van vingerafdrukken in een centrale databank een inbreuk maakt op het door onder meer art. 8 EVRM gewaarborgde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (conclusie van antwoord onder 4.11; Tweede Kamer, 2007-2008, 31 324 nr. 3 p. 20). Een dergelijke inbreuk is slechts gerechtvaardigd indien deze een legitiem doel nastreeft, voorzien is bij wet, een dringend maatschappelijk belang dient, proportioneel is alsmede effectief bijdraagt aan de verwezenlijking van het (legitieme) doel, terwijl er geen minder ingrijpende middelen bestaan om dat te bereiken.

4.3 Het hof constateert dat de regering inmiddels zelf tot het inzicht is gekomen dat, in de woorden van de minister in zijn hiervoor onder 1.13 geciteerde brief, het gebruik van de vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling niet mogelijk is zonder een te hoog percentage gevallen waarin een “misser” wordt aangegeven bij een rechtmatige houder van het reisdocument. Op grond van dit inzicht heeft de regering besloten niet over te gaan tot de opslag van vingerafdrukken in een centraal register. Dit kan niet anders betekenen dan dat de opslag van vingerafdrukken in een centraal register niet geschikt is voor het daarmee aanvankelijk beoogde doel, te weten verificatie en identiteitsvaststelling, en daarmee dus evenmin geschikt voor het voorkomen van identiteitsfraude, hetzij bij het aanvragen van een nieuw reisdocument, hetzij bij het gebruik van het reisdocument, een van de voornaamste doeleinden van de wet. Daarbij begrijpt het hof het standpunt van de regering zo dat de centrale opslag van vingerafdrukken ook reeds ten tijde van de gedeeltelijke inwerkingtreding van de Nieuwe Paspoortwet een ongeschikt middel was, maar dat dit pas is gebleken na het vonnis van de rechtbank in deze zaak. Dit betekent dat de rechtbank de vordering van Privacy First op het punt van de centrale opslag van vingerafdrukken had moeten toewijzen, nu Privacy First zich in eerste aanleg op het standpunt had gesteld dat centrale opslag van vingerafdrukken een ongeschikt middel was en zij daarin, naar thans blijkt, ook toen reeds gelijk had. Daarbij maakt het geen verschil of moet worden uitgegaan van de oorspronkelijke vordering van Privacy First c.s. of de gewijzigde vordering (waartegen de Staat kennelijk bezwaar had gemaakt maar waarop de rechtbank niet

heeft beslist), aangezien beide versies van de vordering in wezen op hetzelfde neerkomen.

4.4 Het voorgaande kan tot geen andere conclusie leiden dan dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die gevormd wordt door de centrale opslag van vingerafdrukken, niet gerechtvaardigd is. De rechtbank had de vordering van Privacy First in zoverre moeten toewijzen.

4.5 Het hof hoeft niet na te gaan of de vordering van Privacy First ook op andere onderdelen toewijsbaar was geweest. Het gaat in dit stadium immers nog slechts om de proceskosten in eerste aanleg en toewijzing van dit wezenlijke onderdeel van de vordering had reeds veroordeling van de Staat in die kosten als de in overwegende mate in het ongelijk gestelde partij gerechtvaardigd.

4.6 Bij deze stand van zaken hoeft het hof niet in te gaan op de overige grieven van Privacy First c.s.”

2.6 De Staat heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. Privacy First c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Vervolgens is gere- en gedupliceerd.

### **3. Uitgangspunten in cassatie**

3.1 Het Hof heeft – in cassatie niet bestreden – geoordeeld dat Privacy First c.s. geen belang meer hebben bij toewijzing van hun vordering omdat hun in prima aangevoerde bezwaren naar de kern genomen zijn weggenomen (rov. 2.2). Dat oordeel wordt door Privacy First c.s. in essentie onderschreven (s.t. onder 6); niet wordt vermeld dat, laat staan waarom, zij nog een ander belang zou hebben dan (hooguit) de proceskostenveroordeling.<sup>9</sup>

3.2 Het Hof heeft er voorts op gewezen dat het litigieuze deel van de door Privacy First c.s. gelaakte wetgeving nooit in werking is getreden. Voor zover de gewraakte bepaling al zou zijn opgenomen in een nieuw wetsontwerp is daartegen geen vordering

---

<sup>9</sup> Met hooguit bedoel ik dat het voeren van verweer in cassatie allicht duurder is dan het betalen van de geliquideerde kosten in eerste en tweede aanleg.



gericht. Bovendien zou zo'n bepaling niet geïsoleerd mogen worden beoordeeld (rov. 2.3).

3.3 Ten slotte heeft het Hof geoordeeld dat er geen dreiging is van onrechtmatig handelen (rov. 2.5).

3.4 Al deze oordelen worden in cassatie niet bestreden. Daarmee staat als een paal boven water dat de vorderingen inhoudelijk tot niets nuttigs zouden kunnen leiden. Ook het Hof is, blijkens rov. 2.6, tot deze conclusie gekomen.

3.5 Bij deze stand van zaken rijst aanstonds de vraag of het, bezien vanuit een oogpunt van het zuinig omgaan met overheidsmiddelen, zinvol was om cassatieberoep in te stellen. Het is niet aan mij om die vraag te beantwoorden.

3.6 Volgens de Staat reikt het belang bij het cassatieberoep verder dan louter de proceskostenveroordeling. Hij meent er tevens belang bij te hebben dat wordt vastgesteld dat hij geen onrechtmatige wetgeving tot stand heeft gebracht.<sup>10</sup> Hoewel de Staat geen voornemen zegt te hebben om te komen tot centrale opslag van vingerafdrukken, acht hij het onwenselijk dat het bestreden arrest eraan in de weg zou staan dat in de toekomst, om welke reden dan ook, zou kunnen worden besloten om de vingerafdrukken centraal op te slaan (s.t. van de Staat onder 1.4).

3.7 Op zich kan er begrip voor worden opgebracht dat de Staat ongelukkig is met 's Hof's afwijzende oordeel over de destijds beoogde regelgeving. Maar zijn betoog dat het thans nog rechtens om meer dan een proceskostenbelang gaat, berust op een misvatting.

---

<sup>10</sup> Bedoeld zal wel zijn dat de gewraakte onderdelen van de wetgeving, indien ingevoerd, niet onrechtmatig zouden zijn geweest.

3.8 Het Hof heeft weliswaar een oordeel geveld over de inhoudelijke kwestie die partijen verdeeld hield (of houdt), maar het dictum van het bestreden arrest behelst op dat punt geen enkele beslissing, anders dan de *afwijzing* van de vorderingen van Privacy First c.s. Sterker nog, het Hof geeft expliciet aan dat het bij toekomstige regelgeving aankomt op meer dan geïsoleerde beoordeling van één bepaling (rov. 2.3 in fine). Bovendien heeft het Hof zijn oordeel geheel gegrond op de omstandigheid dat, in zijn opvatting, inmiddels bij de Staat zelf het inzicht was gerijpt dat – kort gezegd – de op stapel staande, maar in zoverre nooit tot wet verheven, regeling er niet mee door kon. Het Hof heeft zich dus, anders dan de Staat lijkt te denken, onthouden van het geven van een eigen oordeel.<sup>11</sup>

3.9 Voor zover het *pièce de résistance* van het middel, met name onderdeel 2.3, berust op de gedachte dat het Hof een eigen oordeel heeft geveld, ontbeert het feitelijke grondslag. Voor zover de Staat al klachten probeert te ventileren tegen de interpretatie die het Hof heeft gegeven aan een brief van Minister Donner is niet duidelijk waarom 's Hof's daaromtrent gegeven oordeel de Staat in het kader van mogelijk latere regelgeving voor de voeten zou kunnen lopen. Onderdeel 2.3 draagt zelf munitie voor deze laatste stelling aan.

3.10 Kort en goed: het *inhoudelijke* belang van de Staat bij dit cassatieberoep (te weten: bestrijding van een door het Hof beweerdelijk gevelde oordeel) is niet groot, zo al aanwezig. Toch is het een interessante zaak omdat in het middel, en vooral in *onderdeel 2.4*, een klacht besloten ligt die aanhaakt bij waar het werkelijk om gaat: de verhouding rechter/wetgever in de specifieke context van zaken als de onderhavige. Dat

---

<sup>11</sup> Privacy First c.s. hebben in cassatie betoogd dat duidelijk is dat de destijds beoogde regelgeving op zéér gespannen voet staat met direct werkende verdragen (s.t. onder 17 e.v. en dupliek onder 8 en 9). Ik behoef daarop niet in te gaan en wil dat ook niet om de onder 4 te bespreken gronden.

is, zeker in de huidige tijd, een belangrijk en ook gevoelig thema. Vooral daarop zal ik me hierna richten.

#### 4. De trias politica

4.1 Zoals al aangegeven onder 3.10, stelt deze zaak een netelige kwestie aan de orde: de verhouding tussen rechter en wetgever. Sinds De Montesquieu is daarover veel te doen geweest.<sup>12</sup> De opvattingen daarover lopen, ook in zich zelf beschaafd achtende landen, nogal uiteen.<sup>13</sup>

4.2 De discussie heeft een extra dimensie gekregen door het toenemend aantal internationale verdragen dat de speelruimte van nationale wetgevers enigszins aan banden heeft gelegd. Voor ons land moge ik verwijzen naar art. 93 Gw. Ook in dit opzicht lopen de opvattingen, bezien vanuit een internationale context, uiteen.<sup>14</sup>

4.3 In een aantal gevallen – bijvoorbeeld bij EU-recht en ook bij rechten die voortvloeien uit het EVRM en de daarbij behorende door Nederland aanvaarde Protocollen zal de rechter zich moeten richten naar de inzichten van het HvJ EU en het EHRM. De

---

<sup>12</sup> Zie uitvoerig nader Van der Pot (Elzinga, De Lange en Hoogers), Handboek van het Nederlandse staatsrecht (16<sup>e</sup> dr.) p. 29 e.v.

<sup>13</sup> Zie uitvoerig de dissertatie van J.J.J. Sillen, Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving.

<sup>14</sup> Zie nader Duncan B. Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, p. 367 e.v. Dinah Shelton heeft het, in het kader van milieu-kwesties, treffend als volgt verwoord: “(..) human rights are maximum claims on society, elevating concern for the environment above a mere policy choice that may be modified or declared at will. Rights are inherent attributes of human beings that *must be respected in any well-ordered society*” (cursivering toegevoegd) in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* p. 265. Zie ook Michal Gondek, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*. Alleen al daarom is hetgeen de oud President van Uw Raad Corstens in *De rechtsorde moet je leren* op p. 24 schrijft m.i. veel te stellig.

rechtspraak van dat laatste college heeft in sommige landen – niet alleen in Engeland<sup>15</sup> – voor het nodige gemor gezorgd omdat, menen sommigen, de rechtspraak van het EHRM zich in een aantal gevallen heeft losgezongen van hetgeen het EVRM beoogt en/of omdat het EHRM nationale rechters en overheden te weinig manoeuvreerruimte zou laten. Deze zorgen hebben zich recentelijk vertaald in bepaalde “tegenmaatregelen”, waarbij overigens de vraag is of deze daadwerkelijk (relevante) betekenis hebben.<sup>16</sup>

4.4 De mogelijke spanning tussen internationale regelgeving en (zeker niet alleen) het Nederlandse recht komt (ook) tot uiting in de betekenis die wordt toegekend aan allerhande sociaal economische rechten en het ESH.<sup>17</sup> Zonder dat verder uit te werken, zijn er ten minste aanwijzingen dat de Nederlandse rechter in voorkomende gevallen nogal terughoudend is om aan te nemen dat sprake is van rechtstreeks werkende internationale verdragen. Het illustreert dat de (Nederlandse) rechter voorzichtig én terughoudend is om de wetgever (met name de Regering en de Staten-Generaal) voor de voeten te lopen. Daarop heeft ook de oud President van Uw Raad Corstens gewezen: de “visie [van de Nederlandse rechter] op de verhouding tussen rechter en wetgever” brengt mee dat de rechter zich terughoudend opstelt.<sup>18</sup> Een treffende illustratie daarvan is het Waterpakt-arrest waarin de Hoge Raad de mogelijkheid dat de rechter de wetgever zou

---

<sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld The Rt Hon. Lord Judge, *Constitutional Change: Unfinished Business*, University College London, 4 December 2013; zie ook Marina den Houdijker, Alexandra Timmer en Jerfi Uzman, *NJCM Bulletin* 2014 p. 633.

<sup>16</sup> Zie nader Janneke Gerards, *NJCM Bulletin* 2013 p. 609 e.v.

<sup>17</sup> Het gaat, in een wat bredere context, om een algemenere kwestie; zie bijvoorbeeld J. Krommendijk, *NJCM Bulletin* 2013 p. 212 e.v. en Martha Jackman, *Charter remedies for Socio-economic Rights Violations: Sleeping Under a Box*, <http://ssrn.com/abstract=2006574>. Iets optimistischer Ben Saul, David Kunley en Jacqueline Mowbray, *Introduction in ‘The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases and Materials’*, <http://ssrn.com/abstract=2386416>.

<sup>18</sup> A.w. p. 91.

kunnen bevelen om wetgeving tot stand te brengen van de hand heeft gewezen, zelfs wanneer sprake is van strijd met hogere wetgeving.<sup>19</sup>

4.5 Dit alles heeft in de onderhavige zaak geen *rechtstreekse* betekenis. Maar het is m.i. wel van belang omdat het de spanning tussen de ruimte die de rechter de nationale wetgever wil of moet laten tegen – kort gezegd – van buiten komende invloeden illustreert.<sup>20</sup>

4.6 Ik keer terug naar de trias politica. Op papier (of misschien kan ik beter zeggen: in theorie) is dat een helder concept. Het bakent de taken en de verantwoordelijkheden van de drie staatsmachten af. Zoals zo vaak zijn de hoofdlijnen van dit uiterst belangrijke concept duidelijk. De problemen ontstaan in de rafelranden. De onderhavige zaak bevindt zich m.i. in zo'n schemergebied.

4.7.1 Privacy First c.s. hebben er terecht op gewezen dat “de rechter *wetgeving* terughoudend toetst aan een ieder verbindende verdragsbepalingen” (cursivering toegevoegd).<sup>21</sup>

4.7.2 Ik ga thans niet uitvoerig in op de algemene problematiek van toetsing van wetgeving en met name wetgeving in formele zin.<sup>22</sup> Immers kenmerkt deze zaak zich door enkele bijzondere aspecten.

---

<sup>19</sup> HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 T. Koopmans.

<sup>20</sup> Zie, ook in een rechtsvergelijkend perspectief, Van der Pot, a.w. p. 694 e.v.

<sup>21</sup> S.t. onder 28. Mr. Van Dorp verwijst in dat verband naar HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217 TK. Hoewel dat arrest niet ziet op wetgeving, is het inderdaad een treffende illustratie van de rechterlijke terughoudendheid.

<sup>22</sup> Zie daarover onder veel meer Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht (2014), p. 725-734 en met name p. 729/730; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\* 2011/381-384, met name nr. 382; M.R. Mok, Rechterlijke toetsing van wetgeving, in: Recht op scherp (1984), p. 55-74; GS Burg. Rv. (Tjong Tjin Tai), artikel 254, aant. 17.8; en meer specifiek ten aanzien van ontwerp-wetgeving de conclusie

4.8 Maar de onder 4.7 verwoorde opvatting betekent niet dat de rechter een vrijbrief heeft of zou moeten hebben om de wetgever *onnodig* voor de voeten te lopen. Alleen als dat werkelijk onvermijdelijk is, is er m.i. een taak voor de rechter weggelegd om het terrein van wetgeving (in formele zin) te betreden. Die noodzaak ontbreekt wanneer (inmiddels is komen vast te staan dat) het voor de procedure relevante deel van een wetsontwerp dat de inzet was van een procedure niet tot wet zal worden verheven en/of dat de eisende partij anderszins geen materieel belang (meer) heeft bij haar vordering, zoals het Hof in cassatie niet bestreden heeft geoordeeld; zie hiervoor onder 3.3.

4.9 De reden waarom de rechter zich in een situatie als bedoeld onder 4.8 m.i. moet onthouden van oordelen over een *wetsontwerp* is gelegen in art. 81 van de Grondwet. In het al genoemde Waterpakt-arrest<sup>23</sup> heeft Uw Raad het in rov. 3.5 zo verwoord dat:

“[w]etten in formele zin ingevolge art. 81 Gr. [worden] vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm de wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming.”

---

van mijn ambtgenoot Langemeijer (onder 2.10-2.31) voor HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 TK, zij het goeddeels met betrekking tot wetgeving in materiële zin. Anders dan hierna door mij bepleit, meent A-G Lange-meijer (sprekend voor zich zelf) dat voor de hand ligt dat de in de jurisprudentie ingezette lijn met betrekking tot wetgeving in materiële zin wordt doorgetrokken naar wetgeving in formele zin in die zin dat ook het uitvaardigen daarvan onrechtmatig kan zijn (onder 2.18); R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving* (diss. 1988), p. 216-221; P.J.J. van Buuren en J.E.M. Polak, *De rechter en onrechtmatige wetgeving*, preadviezen NJV 1987 (i.h.b. p. 80-82 en p. 167-170) alsmede de beraadslaging over het onderwerp (Handelingen, deel 2, p. 30-31, C. Flinterman en p. 53 en 60-61, reactie Van Buuren en Polak). Zie voorts J.E.M. Polak, *Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving?*, O&A 2004/90.

<sup>23</sup> HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 T. Koopmans; zie daarover uitvoerig Schutgens, a.w. p. 240 e.v.



4.10 In de zo-even geciteerde overweging, die ik van harte onderschrijf,<sup>24</sup> ligt besloten dat de rechter niet onnodig in actie moet komen. Dat wordt onderstreept door art. 93 en art. 94 Grondwet. Vooral deze laatste bepaling biedt een handvat voor toetsing van *wetten*. Zo ver is het thans met betrekking tot de door Privacy First c.s. gelaakte bepalingen evenwel niet gekomen; de gewraakte bepalingen hebben het niet tot wet gebracht. Op het belang daarvan wordt, in ander verband, ook gewezen in het Waterpakt-arrest.<sup>25</sup>

4.11 Natuurlijk zie ik in dat het in voorkomende gevallen nodig kan zijn om een procedure te *beginnen* in de loop van het wetgevende proces. Maar de inzet daarvan mag geen andere zijn dan in het uiterste geval te verhinderen dat een bepaalde wettelijke regeling *van kracht wordt* en niet om parlementaire deliberaties daarover in de kiem te smoren of zelfs maar te beïnvloeden.

4.12.1 Met name zal de rechter m.i. uiterste terughoudendheid moeten betrachten bij het vellen van oordelen over wetgeving, waarvan vast staat dat deze *niet* tot stand zal komen, op de enkele grond dat in de toekomst wellicht totstandkoming van nieuwe en vergelijkbare wetgeving zal worden beproefd. Die terughoudendheid wortelt in het algemeen reeds hierin dat het eindresultaat van deze nieuwe pogingen geenszins op voorhand vaststaat, terwijl uit staatsrechtelijk oogpunt onverstandig, zoal niet bedenkelijk, is dat de rechter parlementaire discussies op voorhand onmogelijk maakt.

---

<sup>24</sup> Het arrest heeft intussen gemengde reactie wakker geroepen; zie nader J.E.M. Polak, O&A 2004, 90 sub 1 in fine. De auteur gaat, mede aan de hand van deze reacties, uitvoerig in op het aspect van de trias politica.

<sup>25</sup> Rov. 3.5 derde alinea. Zie ook Schutgens, a.w. p. 39 en Van der Does en De Wijkerslooth, Onrechtmatige overheidsdaad, Mon. NBW (B48), 1985, p. 83 en J.E.M. Polak, preadvies NJV 1987 p. 168-170 en in het debat daarover C. Flinterman, Handelingen 1987, deel 2 p. 30, de preadviseur Van Buuren p. 53 en Polak p. 60/61.



4.12.2 Dat geldt in casu eens te meer nu het Hof, in cassatie terecht niet bestreden, heeft geoordeeld dat het te zijner tijd zal aankomen op beoordeling van het totale plaatje en niet op de beoordeling van één afzonderlijke bepaling; zie rov. 2.3 in fine.

4.13.1 Om de onder 4.11 genoemde reden kan het onvermijdelijk zijn om in een betrekkelijk vroeg stadium van het wetgevend proces een procedure te entameren (waarbij dan m.i. vooral valt te denken aan een kort geding). Naar gangbare inzichten kan en mag dat. Maar daarmee is niet gezegd dat de overheid de rekening gepresenteerd kan krijgen wanneer, om welke reden dan ook, de op stapel staande wetgeving niet tot wet wordt verheven en/of niet in werking treedt. Het ligt m.i. voor de hand dat degene die, gezien vanuit zijn optiek onvermijdelijk, reeds in de loop van het parlementaire debat bij de rechter aanklopt, dit voor eigen risico doet.<sup>26</sup> Wanneer het door hem beoogde resultaat wordt bereikt omdat, bijvoorbeeld, de wetgever afziet van het tot stand brengen van de gewraakte regelgeving, mag dat niet betekenen dat de Staat kan worden veroordeeld in de proceskosten alleen omdat de regeling, indien tot wet verheven, naar het inzicht van de rechter onrechtmatig zou zijn geweest.

4.13.2 In zo'n geval doet niet ter zake en ligt het trouwens niet op de weg van de rechter om te beoordelen of er een causaal verband bestaat tussen de procedure en de ge-

---

<sup>26</sup> Vgl. – het ging om iemand die, vooruitlopend op een gemeentelijke ontwerpverordening – investeringen verrichtte: HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4041, NJ 2005/325 rov. 3.6.4. De Hoge Raad wijst met name op het aspect van een goede besluitvorming die niet moet worden doorkruist door eventuele aansprakelijkheden. Ik moge voorts verwijzen naar de belangrijke beschouwingen van mijn ambtgenoot Langemeijer in zijn aan dit arrest voorafgaande conclusie (onder 2.15 – 2.25). In de door mij bepleite zin ook Schutgens p. 41/42 en 45. Wanneer dit het geldt voor “lagere wetgeving”, geldt het a fortiori voor voorbereiding van wetten in formele zin. Laten we wel wezen: het financiële risico dat degene die een procedure entameert, is niet groot; het blijft beperkt tot een kostenveroordeling. Wanneer het om een serieus probleem gaat, kan dat risico opwegen tegen een – naar later blijkt – premature procedure en wanneer het niet om zulk een probleem gaat, is het een passende incentive om niet te gaan procederen.

wijzigde inzichten van de wetgever. Zou men daarover anders oordelen dan zou, in elk geval in theorie, een basis kunnen worden gecreëerd voor een kostenvergoeding van belangengroeperingen die door (zeker niet steeds erg evenwichtig of maatschappelijk heilzaam) lobbywerk voorgenomen wetgeving met succes hebben vrijdeld. Inde lacrimae.

4.14 Een van de onder 4.13 bepleite opvatting afwijkend oordeel van de rechter zou het wankele evenwicht tussen twee van de drie staatsmachten in mijn ogen verstoren. Het zou een bres schieten in de vrijheid die Regering en Staten-Generaal hebben en moeten hebben om vrijelijk te kunnen debatteren over allerlei kwesties, ook in het kader van beoogde wetgeving.

4.15.1 Men zou mij kunnen tegenwerpen, zoals onder meer niemand minder dan J.E.M. Polak<sup>27</sup> en mijn ambtgenoot Langemeijer<sup>28</sup> hebben betoogd, dat er geen vrijheid voor de Nederlandse wetgever meer is als hij deze door – kort gezegd – hogere regelgeving uit handen heeft gegeven.<sup>29</sup> Dat argument moge overtuigen – maar heeft Uw Raad in het Waterpakt-arrest niet overtuigd – in een context waarin *vast staat* dat onrechtmatig is gehandeld of dat zodanig handelen dreigt, maar zeker niet in de setting van de onderhavige zaak. Immers heeft het Hof, in cassatie niet bestreden, geoordeeld dat van een dreiging van onrechtmatig handelen *geen* sprake is (rov. 2.5). Dan is er

---

<sup>27</sup> O&A, t.a.p. onder 2, mede onder verwijzing naar een eerdere publicatie van zijn hand.

<sup>28</sup> In zijn conclusie vóór het Waterpakt-arrest sub 2.26.

<sup>29</sup> In zijn NJ-annotatie acht Koopmans, groot kenner van zowel het Nederlandse als het Europese recht, het door Uw Raad naar voren geschoven trias-argument “op zichzelf wel overtuigend”, al valt hem op dat het “zo algemeen en genadeloos is geformuleerd” (onder 3). Hij gaat in op situaties waarin een minder genadeloze benadering opgeld zou kunnen (of moeten?) doen. Hij noemt met name de situatie dat het wetgevingsproces, in mijn parafraze, niet functioneert. Daaromtrent heeft het Hof in casu evenwel niets vastgesteld en uit het verloop der dingen bleek duidelijk dat het proces prima functioneerde.

geen noodzaak om oordelen te gaan vellen die in de nimmer geheel voorspelbare toekomst, waarin de bijzonderheden van de concrete situatie tot heel andere uitkomsten of afwegingen zouden kunnen leiden, onnodige problemen voor de wetgever zouden kunnen gaan opleveren. De rechter moet niet voor zijn beurt willen oordelen en evenmin een oordeel (willen) vellen over politieke discussies in wetgevingsland die zijn afgesloten zonder dat degene die daartegen te hoop is gelopen daardoor is geschaad.

4.15.2 Ter uitwerking van hetgeen onder 4.15.1 werd opgemerkt, dient nog het volgende te worden bedacht. Privacy en de noodzaak of wenselijkheid om daarop in het kader van hogere belangen, zoals die op een bepaald tijdstip worden ervaren, inbreuk te maken, zijn allerminst onveranderlijke grootheden. Al dan niet vermeende dreigingen op het stuk van veiligheid, veranderende politieke constellaties in een bepaald land of binnen de EU, gewijzigde inzichten bij hogere rechterlijke colleges zoals het HvJ EU en het EHRM, al dan niet op grond van nieuwe afwegingen of inzichten dan wel om tegemoet te komen aan onder vuur genomen pretense bemoeizucht,<sup>30</sup> kunnen er zeer wel toe leiden dat te zijner tijd (wanneer dat ook precies moge zijn) rechtens toelaatbaar is wat dat thans wellicht (nog) niet is. (Nationale) rechters doen er, zeker in dit soort gevoelige politieke kwesties, verstandig aan om geen wissels op de toekomst te trekken.<sup>31</sup>

4.16 Hoewel op de grens van de retoriek (maar m.i. nog wel aan de goede kant daarvan) ware nog te bedenken dat de door mij verdedigde opvatting ook lijkt te stroken met art. 71 van de Grondwet. De door het Hof kennelijk aanvaarde opvatting lijkt er in een setting als de onderhavige op neer te komen dat de rechter een parlementair debat zou kunnen verbieden, al heeft het Hof dat niet gezegd en is ook zéér de vraag of het

---

<sup>30</sup> Dat laatste is niet mijn mening, maar door sommigen wordt daarover wel zo gedacht en dat lijkt ook enige impact te hebben.

<sup>31</sup> In dit verband verdient opmerking dat ook J.E.M. Polak meent dat er voor de rechter geen taak is weggelegd als onrechtmatig handelen niet dreigt; O&A, t.a.p. onder 4.

Hof die consequentie zou hebben willen trekken. Er zijn wellicht scenario's denkbaar waarin zulks mogelijk en wenselijk zou kunnen zijn, n'en déplaise art. 71 Grondwet. Maar het gaat dan om settingen die naar redelijke verwachting slechts in het rijk der hersenschimmen spelen. Dergelijke situaties spelen in casu in elk geval niet.

4.17 Ik kom tot een afronding. In zijn NJ-noot onder het tweede kruisrakettenarrest<sup>32</sup> heeft mijn voormalige ambtgenoot Koopmans in de hem kenmerkende prangende en trefzekere bewoordingen het volgende opgetekend:

“De actie uit onrechtmatige daad wordt langzamerhand geschikt geacht om elk onopgelost maatschappelijk vraagstuk, ongeacht de aard daarvan, aan het oordeel van de civiele rechter te onderwerpen. Er is altijd wel een ideële organisatie te vinden die als eisende partij zal optreden (...) Bij zeer betwiste politieke beslissingen (...) lopen de Verfassungsbeschwerden bij dozijnen binnen bij het [Duitse] constitutionele hof. Dat brengt hem, [Blankenburg] tot de fraaie beeldspraak dat het constitutionele hof bezig is zich, via de Verfassungsbeschwerde, te ontwikkelen tot ‘Nebenbühne der Politik und Klagemauer der Bürger’. De HR staat, denk ik, een soortgelijk lot te wachten wanneer de huidige ontwikkeling van het onrechtmatige-daadsrecht zich voortzet.”<sup>33</sup>

4.18 Ik deel de zorg van Koopmans. Dat betekent niet dat ik steeds erg enthousiast ben over bepaalde politieke ontwikkelingen. Maar daarbij gaat het om mijn opvattingen als burger. Als A-G meen ik mij daarover niet zonder héél goede en klemmende grond te moeten uitlaten en dat zal ik dan ook niet doen.

4.19 Op grond van al het vorenstaande acht ik de klacht die in onderdeel 2.4 besloten ligt gegrond. Daarmee ligt 's Hofs arrest voor vernietiging gereed. Uw Raad kan dan vervolgens doen wat het Hof had behoren te doen: Privacy First c.s. in de kosten van beide feitelijke instanties veroordelen. Daarmee missen de overige klachten belang.

4.20 Volledigheidshalve en in mijn ogen ten overvloede ga ik nog op twee klachten in.

---

<sup>32</sup> HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217.

<sup>33</sup> Sub 2 i.f.

4.21.1 *Onderdeel 1* komt op tegen 's Hofs oordeel omtrent de ontvankelijkheid van Privacy First. Het onderdeel bestrijdt niet dat, zoals het Hof klaarblijkelijk heeft aanvaard, er voor Privacy First een eigen financieel belang bestond om bij de rechter aan te kloppen. Geheel overtuigend acht ik haar betoog, zoals weergegeven in rov. 3.3, (evenwel) niet. Ik zou denken dat zij, in het licht van haar eigen betoog zoals weergegeven door het Hof, hetzelfde had kunnen bereiken door het voeren van één proefprocedure bij de bestuursrechter. Hoe dat zij: dát Privacy First een eigen financieel belang had, wordt door de Staat niet bestreden en dient daarmee als uitgangspunt in cassatie.

4.21.2 De Staat bestrijdt evenmin (op begrijpelijke wijze) dat het financiële belang is ontstaan doordat talloze burgers Privacy First overstelpten met klachten en verzoeken om bijstand. Het moge wellicht zo zijn dat, zoals de Staat betoogt, Privacy First uit goedertierenheid of anderszins onverplicht op deze verzoeken is ingegaan,<sup>34</sup> feit blijft dat ze in de eerste plaats door externe omstandigheden (in de eerste plaats een wetgevingsvoornemen van de Staat en vervolgens talrijke burgers die zich tot haar wendden) kosten heeft moeten maken. Als allicht beleefde organisatie ligt voor de hand dat voor Privacy First zelfs een financieel belang zou zijn gemoeid met het uitleggen aan al degenen die zich tot haar wendden dat zij niets voor hen kon of wilde doen, dan wel reeds doende was met een procedure. Het betoog van de Staat wast in elk geval dat laatste niet weg.

4.21.3 De Staat bekommert zich ten slotte niet om de vraag wat, naast art. 3:303 BW, de juridische basis is of zou kunnen zijn van de eigen vordering van Privacy First en of deze er wel is. Ik laat dat daarom rusten.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Zie onderdeel 1.2 in fine.

<sup>35</sup> De Staat blijft steken in de opmerking dat Privacy First niet rechtstreeks in haar belang is geschaad.



4.22 *Onderdeel 1.2* behelst de volgende klacht. 's Hofs oordeel dat Privacy First voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij óók een eigen (vermogensrechtelijk) belang bij haar vordering heeft, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting of is ontoereikend gemotiveerd. Volgens de Staat heeft het Hof miskend dat voor het bestaan van een eigen belang bij vorderingen als de onderhavige vereist is dat de belangenorganisatie door de litigieuze wetgeving rechtstreeks in haar belangen wordt geschaad en dat niet voldoende is dat zij een belang heeft dat is afgeleid van het belang van individuele burgers die door die wetgeving worden geraakt. Althans heeft het Hof miskend dat geen van de in het arrest genoemde omstandigheden<sup>36</sup> meebrengt dat Privacy First door de litigieuze wetgeving rechtstreeks wordt geschaad in een eigen (vermogensrechtelijk) belang. Zoals de Staat heeft aangevoerd, hebben de desbetreffende omstandigheden alle betrekking op belangen die zijn afgeleid van het belang van de individuele burgers die door de wetgeving worden geraakt. Het Hof heeft miskend dat de (gestelde) gevolgen van een wet als de Nieuwe Paspoortwet voor een belangenorganisatie als Privacy First berusten op haar eigen - geheel onverplichte - keuze om de belangen te behartigen van anderen dan zichzelf. Indien het Hof het voorgaande niet heeft miskend, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, nu in dat geval niet - althans onvoldoende - duidelijk wordt gemaakt waaruit het eigen, rechtstreekse belang van Privacy First bestaat, aldus nog steeds de Staat.

4.23.1 Het moge zijn dat het belang van Privacy First "afgeleid" is, maar betekent nog niet dat zij geen financieel eigen belang heeft. De omstandigheid dat zij, in de visie van de Staat, onverplicht handelt, lijkt me evenmin van veel belang; ik elk geval zie ik niet in waarom het doorslaggevend zou zijn. Daarbij valt te bedenken dat de meeste

---

<sup>36</sup> Privacy First werd sinds de Nieuwe Paspoortwet was aangenomen, overstelp met klachten en vragen van burgers; zij staat deze burgers desgevraagd met raad en daad bij, ook in diverse hierover gevoerde rechtszaken; dit vergt veel van de (schaarse) tijd en middelen van Privacy First, die zij ook kan aanwenden voor bijvoorbeeld de werving van donateurs, indien over de in de diverse rechtszaken aan de orde komende vragen in één procedure zou kunnen worden beslist.

personen en ondernemingen er zelf voor kiezen om bepaalde activiteiten te ontplooiën. Een bakker had ook tuinman kunnen worden en een Stichting die zich de belangen van een bepaalde groep aantrekt had een andere activiteit kunnen kiezen. Zouden zij die andere keuze hebben gemaakt, dan zouden bepaalde problemen allicht zijn uitgebleven, al zouden zij dan vermoedelijk weer met andere worden geconfronteerd. Het “uit vrije wil”-argument is dus weinig klemmend en al evenmin specifiek voor Privacy First.

4.23.2 Bovendien valt er, zoals zojuist al aangestipt, een en ander af te dingen op het “vrijwilligheidsargument”. Het is de vraag of erg voor de hand ligt dat zo’n verweer wordt gevoerd (en rechtens met succes zou kunnen worden gevoerd) door een partij die er debet aan is dat een ander (in casu Privacy First) met veel extra werk wordt opgezadeld. Worden oorzaak en gevolg aldus door de Staat niet enigszins verward?

4.24.1 Daarmee belanden we bij de rechtsklacht. Het Hof heeft klaarblijkelijk aansluiting gezocht bij het arrest Staat/Inspraakorgaan Turken c.s.<sup>37</sup> In dat arrest werd het volgende overwogen (ik citeer iets uitvoeriger dan voor de beantwoording van de hier behandelde vraag strikt nodig is):

“4.4. (...) Het hof is met het oog op de beantwoording van de vraag of voor de vreemdelingenorganisaties een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat of heeft opengestaan, kennelijk ervan uitgegaan dat die organisaties niet een eigen belang behartigen, maar dat zij slechts optreden ter behartiging van de gebundelde belangen van individuele vreemdelingen ter zake van besluiten tot legesheffing, welke besluiten die vreemdelingen in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang ook op het punt van de verbindendheid van de legesregeling bij de bestuursrechter kunnen aanvechten. In een dergelijk geval moet, met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, worden aangenomen dat de verbindendheid van de legesregeling alleen door de betrokken vreemdeling zelf kan worden aangevochten in de voor hem openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang. De vreemdelingenorganisaties kunnen daarbij de betrokken vreem-

---

<sup>37</sup> HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, NJ 2012/241 H.J. Snijders.



deling voorzien van alle argumenten die daartoe dienstig zijn. Daarnaast bestaat, afgezien van gevallen waarin een voorziening bij voorraad niet door de bestuursrechter kan worden getroffen, geen taak voor de burgerlijke rechter. In gevallen waarin de rechtsbescherming van individuele vreemdelingen is opgedragen aan de bestuursrechter, kan de enkele bundeling van hun belangen door een rechtspersoon niet ertoe leiden dat voor die rechtspersoon de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan.

4.5. Het voorgaande laat onverlet dat indien de vreemdelingenorganisaties een eigen belang naast dat van de betrokken individuele vreemdelingen zouden hebben gesteld ter zake waarvan de organisaties niet bij de bestuursrechter zouden kunnen opkomen, de toegang tot de burgerlijke rechter zou openstaan (zoals het geval was in de zaak die heeft geleid tot HR 3 september 2004, nr. C03/018 (Staat/VAJN en NJCM), LJN AO7808, NJ 2006, 28). Een dergelijk belang is evenwel in deze zaak niet aan de orde. De Staat heeft (blijkens de hiervoor aangehaalde rov. 5) bestreden dat een dergelijk belang bestaat, en de vreemdelingenorganisaties hebben dienaangaande niets concreets gesteld, maar volstaan met het betoog dat zij in de onderhavige procedure geen eigen belang bij de vorderingen behoeven te stellen.

4.6. Het hof heeft bij zijn oordeel (ten overvloede, en kennelijk aansluiting zoekend bij HR 11 oktober 1996, nr. 16104 (Leenders/Ubbergen), LJN ZC2169, NJ 1997, 165) betrokken dat het uit een oogpunt van een doeltreffende dienstverlening aan degenen voor wie de organisaties opkomen ook ongewenst is dat de vreemdelingenorganisaties zich ertoe genoopt zouden zien een individuele vreemdeling, die belang heeft bij een spoedige afdoening van zijn aanvraag, niettemin de bestuursrechtelijke rechtsgang in te sturen met als enige doel de achterliggende legesregeling aan de orde te stellen. Daartegenover staat evenwel dat (anders dan bij het genoemde arrest) de vreemdelingen hoe dan ook de tot de legesheffing aanleiding gevende handelingen moeten verrichten, en dat een behoorlijke taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter het in het algemeen ongewenst doet zijn dat tegelijkertijd voor beide rechters procedures over de verbindendheid van voorschriften als de onderhavige worden gevoerd, met het risico van een verschillende uitkomst.”

4.24.2 Volledigheidshalve stip ik aan dat het in genoemde rov. 4.5 geciteerde bedoelde arrest van de daar besproken kwestie geen melding maakt.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Zie uitvoeriger de NJ-noot van Snijders onder 3, mede onder verwijzing naar de conclusie van mijn ambtgenoot Keus.

4.25 In de doctrine wordt verschillend gedacht over de mogelijkheid om op basis van een eigen financieel belang van een belangenbehartiger bij de burgerlijke rechter te kunnen aankloppen wanneer (zoals in cassatie veronderstellenderwijs zal moeten worden aangenomen) degenen wier belangen worden behartigd zich tot de bestuursrechter zouden (hebben) kunnen wenden.

4.26 In zijn JB-noot onder het sub 4.24.1 geciteerde arrest neemt Schutgens – zonder veel motivering – aan dat de “escape” beperkt is. Zelf vindt hij de constructie gezocht.<sup>39</sup> In zijn AB-noot meent Van der Veen, als ik het goed zie, juist dat door het door de Hoge Raad geopende oog van de naald, in de woorden van Veegens, een stoet kamelen kan trekken;<sup>40</sup> datzelfde geldt voor H.J. Snijders in zijn NJ-noot.<sup>41</sup>

4.27 Na het zo-even besproken arrest in Schutgens in een annotatie van het arrest a quo nader op deze problematiek ingegaan.<sup>42</sup> Gezien zijn principiële stellingname – die van mijn opvatting afwijkt – meen ik er goed aan te doen hem vrij uitvoerig te citeren:

“De Hoge Raad laat in Leges Turkse immigranten wel een opening: als een belangenorganisatie naast het behartigde collectieve belang een eigen belang stelt, waarvoor zij niet bij de bestuursrechter kan opkomen, dan staat de civiele procedure wél open (r.o. 4.5). Te denken valt aan een financieel belang van de organisatie als zodanig; eigen vermogensschade moet bij de civiele rechter voorkomen of verhaald kunnen worden. Als voorbeeld verwijst de Hoge Raad naar de zaak Staat/NJCM (HR 3 september 2004, AB 2005, 74). NJCM verzette zich bij de burgerlijke rechter tegen de regelgeving ter versnelde afdoening van kansloos geoordeelde asielverzoeken. NJCM kwam in de eerste plaats op voor asielzoekers – die echter ook in het individuele geval bestuursrechtelijke middelen tegen de toepassing van de versnelde procedure konden aanwenden. Toch werd NJCM in zijn vordering ontvangen. NJCM verleent rechtsbijstand aan vreemdelingen; de versnelde procedure verhinderde zijn hulpverleners om goede dienstverlening te bieden. Daarmee was er sprake van een eigen – in ieder

---

<sup>39</sup> JB 2010/174 onder 4d.

<sup>40</sup> AB 2011/11.

<sup>41</sup> Snijders geeft wel aan welke nadelen aan die opvatting kleven (te weten de “discongruentie van rechterlijke uitspraken op het hoogste nationale niveau”).

<sup>42</sup> JB 2014/76.

geval voor de betrokken adviseurs ook financieel – belang van de organisatie bij toetsing van de regeling.

#### 4. Toepassing op het onderhavige geval (...)

Ten tweede beschikt Privacy First volgens het hof over een eigen, vermogensrechtelijk belang (r.o. 3.3). Vanaf de invoering van de nieuwe Paspoortwet werd Privacy First overstelpt met vragen van verontruste burgers. Het bijstaan van deze mensen bracht aanzienlijke kosten mee, en daarin zou het eigen belang van Privacy First zijn gelegen. Deze redenering lijkt mij de door de Hoge Raad in Leges Turkse immigranten geboden opening zover op te rekken dat zij de hoofdregel van dat arrest kan uithollen. Een belangenorganisatie verricht haar taken in beginsel onverplicht. Zij trekt die activiteiten zelf aan zich, omdat zij een bepaald belang wenst te behartigen. Als de onverplichte kosten die met die activiteiten samenhangen, vervolgens worden gezien als vermogensschade, valt er natuurlijk al heel snel een eigen belang te construeren. Sterker nog, als deze redenering juist zou zijn, zou art. 3:305a BW goeddeels overbodig zijn.

Kort gezegd: als het in deze zaak zo zou zijn, dat individuele aanvragers van een paspoort de verbindendheid van de gewraakte bepalingen uit de Paspoortwet gemakkelijk aan de bestuursrechter hadden kunnen voorleggen, had Privacy First op grond van Leges Turkse immigranten niet-ontvankelijk verklaard moeten worden, zoals de rechtbank ook deed.”

4.28 Juist is dat een extensieve interpretatie van de hier besproken uitzondering op de hoofdregel deze laatste de facto naar de prullenmand zou kunnen verwijzen. Ik zeg met enige nadruk “zou kunnen verwijzen” omdat de Staat in deze en eerdere procedures in mijn ogen voor de hand liggende juridische verweren heeft laten liggen. Ik ga daar, als gezegd, niet nader op in.

4.29 Ik heb mij de vraag gesteld of:

- a) de onder 4.27 genoemde, inderdaad niet aantrekkelijke, consequentie voldoende grond oplevert om de door Uw Raad gecreëerde uitzondering op de hoofdregel heel beperkt uit te leggen;
- b) zou moeten worden gepleit voor heroverweging van het onder 4.24.1 geciteerde arrest (en dan met name rov. 4.5 daarvan);

c) of het mogelijk zou zijn om voldoende te omlijnen én juridisch te onderbouwen (sub) categorieën te formuleren ter bereiking van het onder a genoemde doel.

4.30 Om met dat laatste te beginnen: mijn fantasie (zo men wil: creativiteit) schiet hier tekort. Natuurlijk zou mogelijk zijn om, zoals de Staat kennelijk wil, de uitzondering niet te laten gelden voor gevallen waarin louter sprake is van een “afgeleid belang” of handelen uit goedertierenheid. Nog daargelaten de juridische rechtvaardiging van die uitzondering op de uitzondering, gaat het in beide gevallen m.i. om te diffuse onderverdeling.

4.31 De onder 4.29 sub a genoemde consequentie kan mij inderdaad niet erg bekoren. Maar zij is nu eenmaal de vrucht van het nog steeds verbrokkelde stelsel van rechterlijke bevoegdheden.<sup>43</sup> Hier ligt m.i. een taak voor de wetgever wanneer hij ongelukkig zou zijn met de door Uw Raad ingeslagen weg.

4.32 Hoewel er, naar uit het voorafgaande moge volgen, zeker argumenten zijn om het arrest *Inspraakorgaan Turken c.s./Staat gedeeltelijk te heroverwegen*, pleit ik daarvoor niet nu het gaat om a) een recent arrest en b) een duidelijke en daarmee onmiskenbaar bewuste keuze van de Hoge Raad.

4.33 Dit alles leidt ertoe dat onderdeel 1.2 faalt. Het daardoor bestreden oordeel kan de door het Hof in dit opzicht bereikte uitkomst zelfstandig dragen. Daarmee mist *onderdeel 1.1* belang.

4.34 Volledigheidshalve stip ik nog het volgende aan. 's Hof's oordeel over het eigen belang van *Privacy First c.s.* is van feitelijke aard. Onbegrijpelijk is het zeker niet. In

---

<sup>43</sup> In die zin ook *Schutgens*, JB 2010/174 sub 5 onder het sub 4.24.1 geciteerde arrest.

het licht van het recente arrest Hansen/Noorwegen van het EHRM<sup>44</sup> lijkt mij aangewezen om uitermate terughoudend te zijn bij het ingrijpen in door de feitenrechter gevelde feitelijke oordelen.

4.35 Bij deze stand van zaken meen ik er goed aan te doen ook *onderdeel 3* nog te behandelen. Het loopt te hoop tegen 's Hofs oordeel in rov. 3.5 dat in het midden kan blijven of Chau c.s. terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard en dat het voor de proceskostenveroordeling niet uitmaakt of zij wel of niet ontvankelijk zijn. In 's Hofs visie maakt de proceskostenveroordeling, voor zover deze mede is uitgesproken ten gunste van Chau c.s., niet uit nu "hoogstens [sprake is van] één proceskostenveroordeling ten laste van de Staat".

4.36 *Onderdeel 3.1* klaagt dat het Hof heeft miskend dat indien meerdere eisers dezelfde vordering instellen en een deel van hen (in casu: Chau c.s.) in het ongelijk wordt gesteld, laatst bedoelden op grond van art. 237 Rv ten gunste van de gedaagde in de kosten moeten worden veroordeeld, ongeacht de beslissing ter zake van de vordering van de andere eiser(s). Dit geldt in ieder geval indien de gedaagde specifiek op de in het ongelijk gestelde eisers betrekking hebbende verweren heeft moeten voeren. Voor de proceskostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep maakt het dus wél uit of mede-eisers wel of niet ontvankelijk zijn, zodat het Hof zulks niet in het midden mocht laten. Indien het Hof het voorgaande niet heeft miskend, is - zonder nadere motivering, die ontbreekt - onbegrijpelijk dat het Hof oordeelt dat het voor de proceskostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep niet uitmaakt of Chau c.s. wel of niet-ontvankelijk zijn en dat (dus) in het midden kan blijven of Chau c.s. terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard, temeer omdat de Staat in het onderhavige geval specifiek op Chau c.s. betrekking hebbende verweren heeft gevoerd.

---

<sup>44</sup> Verkort weergegeven in NJB 2015/208 p. 259.

4.37 *Onderdeel 3.2* voert aan dat het Hof heeft miskend dat een proceskostenveroordeling in beginsel niet mag worden uitgesproken ten gunste van een niet in het gelijk gestelde partij. Indien het Hof dit niet heeft miskend, is - zonder nadere motivering, die ontbreekt - onbegrijpelijk dat de onderhavige proceskostenveroordeling mede is uitgesproken ten gunste van Chau c.s., terwijl het Hof in het midden heeft gelaten of zij terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard.

4.38 Het gaat in deze procedure om een procesdossier van aanzienlijke omvang. Het is juist dat de Staat op de in voetnoot 20 van de cassatiedagvaarding genoemde plaatsen in de gedingstukken afzonderlijk is ingegaan op de vordering van Chau c.s. Is dat, de omvang van het dossier in aanmerking genomen, werkelijk voldoende voor een kostenveroordeling? Men kan die vraag m.i. zowel bevestigend als ontkennend beantwoorden. Zou Uw Raad aan deze vraag toekomen, dan zou bij bevestigende beantwoording verwijzing nodig zijn. Immers zou dan, als Uw Raad aan deze klacht zou toekomen, eerst een inhoudelijk oordeel moeten worden geveld over de vordering van Chau c.s. wat het Hof niet heeft gedaan.

4.39 *Onderdeel 3.2* is in elk geval gegrond. Het niet erg duidelijke dictum van 's Hof's arrest moet kennelijk zo worden begrepen dat de kostenveroordeling mede strekt *ten gunste* van Chau c.s. Nu het Hof in het midden heeft gelaten of zij – kort gezegd – een toewijsbare vordering tegen de Staat hebben ingesteld, is voor die veroordeling geen grond.

4.40 Voor het geval Uw Raad onverhoopt aan deze klachten toe zou komen, zal in het licht van *onderdeel 3.2* hoe dan ook verwijzing moeten plaatsvinden, wat om de hierna te noemen reden m.i. zonde van alle tijd en geld zou zijn. Als toch zou moeten worden uitgezocht of Chau c.s. in het (on)gelijk hadden moeten worden gesteld, is doelmatig om dat ook te doen in het kader van de klacht van *onderdeel 3.1*. De kans dat dit de Staat een proceskostenveroordeling van enige betekenis zal opleveren, lijkt me louter



theoretisch omdat in dat kader *uitsluitend* nog de in genoemde voetnoot 20 genoemde verweren in de beschouwingen zullen mogen worden betrokken. Maar dat schrikt de Staat kennelijk niet af.

4.41 Uit het voorafgaande volgt dat ook *onderdeel 4*, dat een voortbouwende klacht postuleert, vrucht draagt.

4.42 Ten slotte: een argeloze lezer heeft zich wellicht nog de vraag gesteld hoe de met betrekking tot *onderdeel 2.4* verdedigde opvatting zich verhoudt tot de vaste rechtspraak met betrekking tot – kort gezegd – het proceskostenbelang.<sup>45</sup> Het antwoord is eenvoudig. Als juist zou zijn dat de rechter zich (in beginsel) van een oordeel over de rechtmatigheid van wetgeving tijdens het wetgevingsproces dient te onthouden en dat procedures daarover voor risico van de aanlegger worden geëntameerd wanneer dit wetgevingsproces niet uitmondt in de regeling die hij beoogt te verijdelen, komen we aan deze leer niet toe. In casu heeft het “risico” zich verwezenlijkt zodat de aanleggers (Privacy First c.s.) in de kosten moeten worden veroordeeld.

4.43 Dat gezegd hebbend, illustreert deze zaak de schaduwzijden van deze niet alom bejubelde leer. Bij vernietiging op andere grond dan door mij voorgestaan, is de meest voor de hand liggende uitkomst dat de zaak moet worden verwezen naar een ander Hof. De verwijzingsrechter wordt dan met heel veel, in feite volstrekt onnodig, werk opgezadeld alleen met het oog op een luttel bedragje aan proceskosten. Voor beide partijen – zeker ook voor de Staat – zijn de kosten verbonden aan deze Prinzipienreitei allicht een veelvoud van het proceskostenbelang. Met zo’n (voortgezette) strijd is geen redelijk doel gediend.

---

<sup>45</sup> Zie nader Asser/Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4/2012 nr 250.



4.44 Het Hof heeft het vonnis van de Rechtbank vernietigd en heeft de vorderingen van Privacy First c.s. afgewezen. Bij deze stand van zaken kan het bestreden arrest in stand blijven met na te noemen uitzondering.

### **Conclusie**

Deze conclusie strekt tot

- vernietiging van het bestreden arrest, doch uitsluitend voor zover het de proceskostenveroordeling betreft;
- veroordeling van Privacy First c.s. in de kosten van alle instanties.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden,



Advocaat-Generaal