

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Zitting: 5 december 2014

Rolnummer: C14/02737

SCHRIFTELIJKE DUPLIEK VAN MR. B.J. VAN DORP

Inzake:

1. De stichting STICHTING PRIVACY FIRST, statutair gevestigd te Amsterdam;
2. , wonende te 's-Gravenhage;
3. , wonende te Point Blanche (Sint Maarten);
4. , wonende te Stadskanaal;¹
5. , wonende te Deventer;
6. , wonende te Vlissingen;
7. , wonende te Vlissingen;
8. , wonende te Tiel;
9. , wonende te Eindhoven;
10. , wonende te Wuustwezel, België;
11. , wonende te Wuustwezel, België;
12. , wonende te Breda;
13. , wonende te Groningen;
14. , wonende te Sleenwijk;
15. , wonende te Wenum-Wiesel (gemeente Apeldoorn);
16. , wonende te Wenum-Wiesel (gemeente Apeldoorn);
17. , wonende te Landsmeer;
18. , wonende te Utrecht;
19. , wonende te Deventer;
20. , wonende te Krimpen a/d IJssel;

verweerders in cassatie,
advocaat: mr. B.J. van Dorp

Tegen:

¹ Inmiddels verhuisd naar Driebergen-Rijssenburg.

De STAAT DER NEDERLANDEN (MINISTERIE VAN
BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES), zetelend
te 's-Gravenhage,

eiser in cassatie,

Advocaten: mrs. J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland

Edelhoogachtbaar college!

1. Na een inleiding en een uiteenzetting van achtereenvolgens de Paspoortverordening en de Nederlandse paspoortwetgeving gaat de Staat in §§ 4.1 tot en met 4.5 van zijn s.t. in op het arrest Schwarz. De slotsom is dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken (in paspoorten), kort gezegd, geschikte maatregelen zijn (§ 4.4) en dat de betreffende maatregel ook anderszins de toets van artikel 52 van het Handvest kan doorstaan (§ 4.5).
2. De Staat gaat hier eraan voorbij dat de inzet van de huidige procedure niet het bewaren van vingerafdrukken in paspoorten betrof maar de permanente opslag in een register, zijnde de 'kop'² op de Paspoortverordening. De Staat gaat hier ook eraan voorbij dat het HvJEU in achtereenvolgens de rov. 60 tot en met 62 – die de Staat niet citeert – als volgt heeft overwogen:
 60. Er zij evenwel aan herinnerd dat artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 bepaalt dat vingerafdrukken enkel mogen worden bewaard in het paspoort zelf, dat exclusief in het bezit blijft van de houder ervan.
 61. Aangezien voornoemde verordening niet voorziet in een andere vorm, noch in een ander middel van bewaring van deze afdrukken, kan deze, zo wordt onderstreept in punt 5 van de considerans van verordening nr. 444/2009, niet aldus worden uitgelegd dat zij, als zodanig, een rechtsgrondslag biedt voor een eventuele centralisatie van verzamelde gegevens, of voor het gebruik van deze gegevens voor andere doeleinden dan dat van voorkoming van de illegale binnenkomst van personen op het grondgebied van de Unie.
 62. In deze omstandigheden kunnen de door de verwijzende rechter aangehaalde argumenten inzake de risico's die zijn verbonden aan een mogelijke centralisatie in ieder geval de geldigheid van de verordening niet aantasten. Deze argumenten kunnen in voorkomend geval aan de orde komen in het kader van bij de bevoegde rechterlijke instantie ingesteld beroep tegen een wettelijke regeling die voorziet in een gecentraliseerde database van vingerafdrukken.
3. Uit deze rechtsoverwegingen volgt dat de – niet volledige - uiteenzetting door de Staat van dit arrest, en wel door die onvolledigheid, voor de onderhavige zaak relevantie mist. Het gaat in casu immers niet om de Paspoortverordening zelf maar om de 'kop' daarop.

² Deze betreft de in feitelijke aanleg bestreden regelgeving waartoe de Paspoortverordening het Rijk niet verplichtte.

4. In §§ 4.6 tot en met 4.12 gaat de Staat vervolgens in op de bestuursrechtelijk procedures in Nederland en komt hij uiteindelijk in § 4.13 tot de slotsom dat de burger met zijn bezwaren bij de bestuursrechter terecht kan, dé reden is waarom Privacy First niet ontvankelijk zou zijn.
5. Ook dit betoog mist voor de onderhavige zaak relevantie: zoals Privacy First cs in haar s.t. naar aanleiding van middelonderdeel 1 reeds heeft aangegeven kan de bestuursrechter een besluit niet aan toekomstige wetgeving toetsen, laat staan dat hij een oordeel kan geven over de rechtmatigheid daarvan en, bij onrechtmatigheid, de inwerkingtreding daarvan kan verbieden. Het is dan ook louter ten overvloede dat Privacy First cs over het gestelde in die paragrafen hierna toch nog een enkele opmerking maakt.
6. Aan het slot van het eerste woordblok van § 4.10 stelt de Staat dat de Afdeling met een van zijn prejudiciële vragen die in zijn uitspraak van 28 september 2012 onder nummer ECLI:NL:RVS:2012:BX8644³ aan het HvJEU zijn gesteld, klaarblijkelijk tevens aan de orde heeft gesteld of de centrale of decentrale opslag van vingerafdrukken verenigbaar is met de Verordening en met, kort gezegd, het recht op privacy. De Staat wil hiermee kennelijk suggereren dat langs die bestuursrechtelijke weg de ‘kop’ op de Paspoortverordening kan worden getoetst en hij komt dan, na in § 4.11 nog andere jurisprudentie te hebben gememoreerd,⁴ tot de in § 4.13 vervatte slotsom.
7. Ten eerste gaat de Staat hier eraan voorbij dat voor het uitlokken van de betreffende prejudiciële vragen, een besluit tot weigering van de afgifte van een paspoort noodzakelijk was en de betrokkene jarenlang geen paspoort had (!). Ten tweede gaat de Staat hier eraan voorbij dat de Paspoortverordening ‘hierover niet gaat’: zie punt (5) van de preambule van de Verordening zoals deze in 2009 is gewijzigd, en zie ook de hiervoor geciteerde rov. 61 van het arrest Schwarz. Ten derde gaat de Staat eraan voorbij dat de bestuursrechter de inwerkingtreding van toekomstige wetgeving niet kan verbieden. De slotsom in § 4.13 kan dan ook te enenmale niet door het daaraan voorafgaande worden gedragen. Datzelfde geldt uiteraard voor het gestelde in § 6.7. Ook hier geldt weer dat de Staat met zijn algemene betoog de kern van de zaak niet raakt, maar daar juist volledig langs heen gaat.
8. Privacy First cs attendeert overigens nog op de uitspraak van het EHRM van 18 april 2013 (M.K. v. Frankrijk)⁵ waarnaar Klingenberg in § 11 van haar annotatie bij voormelde uitspraak van de Afdeling van 28 september 2012 verwijst, en uit welke uitspraak van het EHRM is af te leiden dat het opslaan van vingerafdrukken van de gehele Franse bevolking met als doel het tegengaan van identiteitsdiefstal, bovenmatig is en niet-adequaat is.⁶ Hieruit volgt dat ook de ‘kop’ op de Paspoortverordening niet rechtmatig was.

³ AB 2013/183, m.nt. A.M. Klingenberg, (opgenomen in voetnoot 29 van de s.t. van de Staat). De Afdeling stelde allereerst de vraag of, kort gezegd, artikel 1 lid 2 van de Paspoortverordening de toets van het EVRM en het Handvest kon doorstaan. Bij een bevestigend antwoord daarop stelde de Afdeling vervolgens de in § 4.10 gememoreerde vraag.

⁴ Het gaat hier om drie uitspraken van eveneens 28 september 2012 (opgenomen in voetnoot 31 van de s.t. van de Staat).

⁵ Nr. 19522/09.

⁶ Zie het slot van rov. 40 van de Franse tekst (rov. 37 van de Engelse tekst).

9. In het verlengde daarvan wijst Privacy First verder nog op het arrest van 8 april 2014 van de (Grote kamer) van het HvJEU⁷ waarin dit hof voor recht heeft verklaard dat Richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 wegens strijd met de artikelen 7 en 8 van het Handvest, ongeldig is. De betreffende Richtlijn strekte, heel kort gezegd, tot harmonisatie van de verplichtingen om gegevens van elektronische communicatiediensten gedurende een bepaalde periode te bewaren. Doel daarvan was de opsporing en bestrijding van terrorisme en zware criminaliteit.
10. Wat ten slotte de middelonderdelen betreft: deze heeft Privacy First c.s. in haar s.t. reeds uitvoerig weersproken. Zij volstaat daarom met één opmerking. Deze is dat de Staat met het gestelde in § 7.4 van zijn s.t. zich kennelijk niet realiseert hoe groot de risico's bij biometrische fouten zijn.

Met conclusie: tot persistit!

Advocaat



⁷ C-293/12 en C-594/12.