

**HOGE RAAD DER NEDERLANDEN**

Zitting van 5 december 2014

Rolnummer C 14/02737

Nota van repliek van mrs. J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland

inzake:

**Staat / Stichting Privacy First c.s.**

\* \* \* \* \*

De schriftelijke toelichting zijdens Privacy First c.s. (hierna: de ST-Privacy First) geeft de Staat aanleiding tot de volgende opmerkingen. De schriftelijke toelichting zijdens de Staat wordt hierna aangeduid als ST-Staat.

*Doelen Nieuwe Paspoortwet*

- 1 In § 3 van de ST-Privacy First wordt gesteld dat de in dit geding bestreden wijzigingen van de Nieuwe Paspoortwet verband hielden met "de beoogde permanente opslag van vingerafdrukken in een register, waarin (...) velen vrijelijk zouden kunnen grasduinen met onder meer opsporing en vervolging als doel". Deze voorstelling van zaken is in meerdere opzichten onjuist.
- 2 In de eerste plaats is nooit sprake geweest van een voornemen tot permanente opslag. Op basis van het beoogde art. 4a van de Paspoortwet zouden de paspoortuitvoeringsregelingen voorzien in een maximumbewaartermijn voor de opslag van gegevens in de centrale reisdocumentenadministratie.<sup>1</sup>
- 3 In de tweede plaats moest het beoogde art. 4b voorzien in een beperkt regime voor de verstrekking van vingerafdrukken aan derden. Verstrekking zou alleen mogelijk zijn voor de limitatief in de wet opgesomde doeleinden, aan een beperkte groep belanghebbenden. Zo zouden in het kader van strafvervolging uitsluitend vingerafdrukken aan de officier van justitie kunnen worden verstrekt, en bovendien

<sup>1</sup> Voor de tijdelijke opslag van vingerafdrukken in een decentrale reisdocumentenadministratie gold tot de inwerkingtreding van de Rijkswet van 18 december 2013 (Stb. 2014, 10) een bewaartermijn van elf jaren. Zie bijv. art. 72 van de toen geldende Paspoortuitvoeringsregeling Nederland 2001.

louter ter verificatie van de identiteit van een verdachte of veroordeelde van wie al vingerafdrukken zouden zijn afgenomen.<sup>2</sup>

- 4 In de derde plaats verliezen Privacy First c.s. uit het oog dat het primaire doel van de beoogde centrale opslag van vingerafdrukken gelegen was in het creëren van een betrouwbaar aanvraag- en uitgifteproces van reisdocumenten, met het oog op het voorkomen van identiteitsfraude (zie nader § 3.1 ST-Staat).

#### *Geschiktheid maatregel*

- 5 In het verlengde hiervan miskennen Privacy First c.s. in § 21 van hun ST dat de uitspraak *Schwarz* wel degelijk relevant is bij de boordeling van de geschiktheid van de onderhavige maatregel (centrale opslag van vingerafdrukken) voor het daarmee beoogde doel. Zoals het hof oordeelt, is dat doel verificatie en identiteitsvaststelling en daarmee het voorkomen van identiteitsfraude, hetgeen in cassatie niet door Privacy First c.s. is bestreden. In het arrest *Schwarz* beoordeelt het HvJEU of de maatregel waar het in die zaak om gaat (opslag van vingerafdrukken in een opslagmedium in het paspoort), geschikt is voor het bereiken van exact hetzelfde doel. De maatregel is weliswaar niet precies dezelfde (opslag in het paspoort versus opslag in een centraal register), maar het tegen geschiktheid ingebrachte argument is hetzelfde: de onbetrouwbaarheid van het middel. Het HvJEU verwerpt dit argument: volgens hem is de methode om de identiteit te verifiëren door middel van vingerafdrukken (opgeslagen in het paspoort) wél geschikt voor het bereiken van het genoemde doel, hoewel die methode niet volledig betrouwbaar is. Het hof is daarentegen van oordeel dat die methode (bij centrale opslag) – vanwege het foutenpercentage – *niet* geschikt voor het bereiken van dat doel. De beslissing van het hof druist dus in tegen die van het HvJEU.

#### *Ontvankelijkheid burgers*

- 6 Bij hun bespreking van onderdeel 1.1 miskennen Privacy First c.s. de bestuursrechtelijke mogelijkheden die individuele burgers hadden om de rechtmatigheid van de opslag van vingerafdrukken aan de orde te stellen. Zoals de Staat in § 4.7 van zijn ST naar voren heeft gebracht, kon een burger bijvoorbeeld aanvankelijk vingerafdrukken afstaan (zodat hij een reisdocument kon krijgen) en daarna verwijdering van de vingerafdrukken vragen (uit de decentrale reisdocumentenadministratie). Tegen de weigering daaraan gevolg te geven, kon de burger vervolgens (bezwaar en) beroep instellen. De burger kon op die manier de rechtmatigheid van de opslag aan de orde stellen bij de bestuursrechter, zonder zich bloot te stellen aan de in § 12 ST-Privacy First bedoelde bezwaren.

<sup>2</sup> Zie het beoogde art. 4b lid 4.

- 7 Weliswaar konden de niet in werking getreden bepalingen over de *centrale* opslag van vingerafdrukken nog niet rechtstreeks aan de bestuursrechter worden voorgelegd, maar de Afdeling heeft de aanvankelijk beoogde centrale opslag klaarblijkelijk wel bij haar oordeelsvorming betrokken. Zie met name de in § 4.10 ST-Staat aangehaalde passage uit een uitspraak van 3 december 2012, waarin de Afdeling expliciet ingaat op de opslag in een "centraal systeem".

Bovendien zou de burger (wanneer *decentrale* opslag door de bestuursrechter rechtmatig zou zijn bevonden), ná inwerkingtreding van de wetgeving die moest voorzien in *centrale* opslag, op vergelijkbare wijze specifiek de rechtmatigheid daarvan bij de bestuursrechter aan de orde kunnen hebben gesteld.

*Feiten van algemene bekendheid*

- 8 In § 25 ST-Privacy First wordt betoogd dat de in r.o. 1.13 van het bestreden arrest aangehaalde brief van de minister een feit van algemene bekendheid zou zijn, aangezien de brief kenbaar is uit een voor ieder toegankelijke bron. Om die reden is het hof niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door zijn oordeel op genoemde brief te baseren, aldus Privacy First c.s. Dit betoog berust op een onjuiste – te ruime – uitleg van het begrip "feiten van algemene bekendheid" in art. 149 lid 2 Rv. Zou een dergelijke brief als feit van algemene bekendheid moeten worden aangemerkt, enkel omdat hij kenbaar is uit een voor ieder toegankelijk bron, dan zou alles wat te vinden is op het internet of in een bibliotheek van algemene bekendheid zijn.
- 9 Hoe dan ook betreft 's hofs op de brief van de minister gebaseerde oordeel een verrassingsbeslissing, waartoe het – gelet op het beginsel van hoor en wederhoor – niet had mogen komen zonder partijen in de gelegenheid te stellen zich erover uit te laten.

---

behandeld door	J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland
correspondentie	Postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	(070) 515 37 27
fax	(070) 515 30 96
e-mail	<a href="mailto:jwh.vanwijk@pelsrijcken.nl">jwh.vanwijk@pelsrijcken.nl</a>
zaaknr	10042369