

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Zitting van 21 november 2014

Rolnummer C 14/02737

Schriftelijke toelichting van mrs. J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland

inzake:

Staat / Stichting Privacy First c.s.

* * * * *

1 Inleiding

- 1.1 In de onderhavige procedure ageren de belangenorganisatie Stichting Privacy First en (thans nog) negentien natuurlijke personen tegen onderdelen van Rijkswet van 11 juni 2009 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met het herinrichten van de reisdocumentenadministratie (hierna ook: de Nieuwe Paspoortwet), welke wet gedeeltelijk in werking is getreden op 28 juni 2009. Voor zover in cassatie van belang, richten Privacy First en Chau c.s. (hierna tezamen: Privacy First c.s.) hun pijlen op de regeling in deze wet die voorziet in de opslag van vingerafdrukken van de aanvrager van een reisdocument in een centrale reisdocumentenadministratie (art. I, onderdeel D, houdende een nieuw art. 4a Paspoortwet). In de kern komt het standpunt van Privacy First c.s. erop neer dat deze regeling onverbindend is wegens strijd met art. 8 EVRM. De hiervoor bedoelde regeling met betrekking tot de centrale opslag van vingerafdrukken is nooit in werking getreden en inmiddels, bij een latere wijziging van de Paspoortwet, ingetrokken.
- 1.2 In cassatie is in de eerste plaats de vraag aan de orde of het hof terecht heeft geoordeeld dat de rechtbank Privacy First had moeten ontvangen in haar vordering. De Staat meent van niet, aangezien voor individuele burgers die geraakt (zouden) worden door de Nieuwe Paspoortwet, een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat, waarin zij de verbindendheid van die wet aan de orde kunnen stellen. Dat betekent dat een belangenorganisatie die op de voet van art. 3:305a BW de verbindendheid van deze wetgeving aan de burgerlijke rechter voorlegt, op grond van de in HR 9 juli 2010, NJ 2012/241 (*Vreemdelingenorganisaties*) aanvaarde regel van rechtsmachtverdeling, niet in haar vordering kan worden

ontvangen. Daarbij maakt het geen verschil of de belangenorganisatie louter optreedt ter bescherming van de gebundelde belangen van (een bepaald of bepaalbaar aantal) (individualiseerbare) individuele burgers of (daarnaast) een (gelijksoortig) algemeen belang nastreeft.

- 1.3 In de tweede plaats bestrijdt de Staat het oordeel van het hof dat de opslag van vingerafdrukken in een centraal register *ongeschikt* is voor het daarmee beoogde doel (verificatie en identiteitsvaststelling, en daarmee het voorkomen van identiteitsfraude), zodat (volgens het hof) niet voldaan is aan het in art. 8 EVRM besloten liggende geschiktheidsvereiste. Naar het oordeel van de Staat volgt uit HvJEU 17 oktober 2013, zaak C-291/12, *JB 2013/235 (Schwarz)* dat de onderhavige maatregel wél aan het geschiktheidsvereiste voldoet. In dat arrest oordeelt het HvJEU namelijk dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken, als bedoeld in art. 1 lid 2 van verordening EG, nr. 2252/2004 van 13 december 2004, geschikt zijn om de door die verordening nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken (te weten: (i) het voorkomen van paspoortvervalsing, en (ii) het voorkomen van frauduleus gebruik van paspoorten, met name door anderen dan de wettelijke houder ervan). Het HvJEU neemt daarbij ook in aanmerking dat het middel niet volledig betrouwbaar is, maar acht dit feit niet doorslaggevend.
- 1.4 Het belang van de Staat bij het onderhavige cassatieberoep beperkt zich overigens niet tot de te zijnen laste uitgesproken kostenveroordeling. De Staat heeft er namelijk belang bij dat wordt vastgesteld dat hij geen onrechtmatige wetgeving tot stand heeft gebracht. De Staat heeft geen voornemen om te komen tot centrale opslag van vingerafdrukken. Echter, het is 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.

2 Europese wetgeving: de Paspoortverordening

- 2.1 Op 13 december 2004 heeft de Europese Raad verordening (EG) nr. 2252/2004 betreffende normen voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten aangenomen (Pb. L 385 van 29 december 2004). Deze verordening is gewijzigd bij verordening (EG) nr. 444/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2009 (Pb. L 142). De beide verordeningen worden hierna (in enkelvoud) aangeduid als de Paspoortverordening of, kortweg, de Verordening.
- 2.2 Ingevolge art. 1 lid 2 van de Verordening zijn de lidstaten verplicht om een gezichtsopname en twee vingerafdrukken op te slaan op een opslagmedium¹ in de

¹ Feitelijk gaat het om een chip.

door hen afgegeven paspoorten en (andere) reisdocumenten. Genoemde bepaling luidt als volgt:

"Deze paspoorten en reisdocumenten bevatten een opslagmedium dat aan de hoogste veiligheidseisen voldoet en een gezichtsopname bevat. De lidstaten nemen ook twee platte vingerafdrukken in een interoperabel formaat op. De gegevens worden beveiligd en het opslagmedium heeft voldoende capaciteit en is voldoende geschikt om de integriteit, de authenticiteit en de vertrouwelijkheid van de gegevens te garanderen."

Art. 1 lid 2bis bevat enkele specifiek omschreven gevallen waarin personen zijn vrijgesteld van de verplichte opname van vingerafdrukken.

- 2.3 Het doel van de Verordening – en meer in het bijzonder van genoemde verplichting tot het opnemen van vingerafdrukken in paspoorten – is (i) het voorkomen van paspoortvervalsing en (ii) het voorkomen van frauduleus gebruik van paspoorten, met name door anderen dan de wettelijke houder ervan.²

Verwezen wordt naar de considerans van verordening 2252/2004, sub 2 en 3:

"(2) Bij een resolutie van de vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, van 17 oktober 2000 zijn minimumveiligheidsnormen voor paspoorten vastgesteld. Deze resolutie dient nu door een communautaire maatregel te worden geactualiseerd om te komen tot betere geharmoniseerde veiligheidsnormen voor paspoorten en reisdocumenten ter bescherming tegen vervalsing. Tegelijkertijd moeten er biometrische identificatiemiddelen in het paspoort worden opgenomen, zodat een betrouwbaar verband kan worden gelegd tussen de rechtmatige houder en het document.

(3) Met de harmonisatie van de veiligheidskenmerken en de integratie van biometrische identificatiemiddelen wordt, met het oog op toekomstige ontwikkelingen op Europees niveau, een belangrijke stap gezet naar het gebruik van nieuwe elementen die het reisdocument veiliger maken en een betrouwbaarder verband tot stand brengen tussen de houder en het paspoort of reisdocument, hetgeen in belangrijke mate bijdraagt tot de bescherming ervan tegen frauduleus gebruik. Er moet rekening worden gehouden met de specificaties van de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (ICAO), met name die welke zijn opgenomen in document nr. 9303 betreffende machineleesbare reisdocumenten."

- 2.4 De Paspoortverordening bevat niet als zodanig een grondslag voor de opslag van vingerafdrukken anders dan in een opslagmedium (een chip) in paspoorten en

² Zie ook HvJEU 17 oktober 2013, zaak C-291/12, JB 2013/235 (Schwarz), sub 36.

reisdocumenten, zoals in een centrale of decentrale databank. Het is aan de lidstaten overgelaten om, desgewenst, in een dergelijke grondslag te voorzien.³

Verwezen wordt naar de considerans van verordening 444/2009, sub 5:

"Overeenkomstig Verordening (EG) nr. 2252/2004 moeten biometrische gegevens worden verzameld en opgeslagen in het opslagmedium voor paspoorten en reisdocumenten, met het oog op de afgifte van zulke documenten. Deze regeling laat ander gebruik of andere opslag van deze gegevens overeenkomstig de nationale wetgeving van de lidstaten onverlet. Verordening (EG) nr. 2252/2004 voorziet niet in een rechtsgrondslag voor het opzetten of bijhouden van gegevensbanken voor de opslag van deze gegevens in de lidstaten; dat is een louter nationale aangelegenheid."

3 De Nederlandse paspoortwetgeving

De Nieuwe Paspoortwet - Stb. 2009, 252

- 3.1 Op 11 juni 2009 is de Rijkswet tot wijziging van de Paspoortwet in verband met het herinrichten van de reisdocumentenadministratie aangenomen (Stb. 2009, 252; hierna, in navolging van het hof, ook aangeduid als: de Nieuwe Paspoortwet). Met deze wetswijziging is in de eerste plaats beoogd uitvoering te geven aan de Paspoortverordening. In de tweede plaats behelst de Nieuwe Paspoortwet een wijziging van de Paspoortwet in verband met een door de Koninkrijksregering wenselijk geoordeelde nieuwe opzet van de reisdocumentenadministratie. Deze (centrale) reisdocumentenadministratie dient permanent (direct) online raadpleegbaar te zijn met als voornaamste 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.⁴ In deze reisdocumentenadministratie zouden – ter vergroting van de betrouwbaarheid van het aanvraag- en uitgifteproces – onder andere vingerafdrukken van de aanvrager worden opgenomen. In de derde plaats is de voorgenomen systematiek ingegeven door het streven om, in het kader van de lastenvermindering voor burgers, het aanvragen van een reisdocument plaatsonafhankelijk te maken.⁵

Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat het bestrijden van identiteitsfraude het voornaamste doel is geweest van de wetswijziging. In de parlementaire stukken is uitvoerig ingegaan op de wijze waarop een centrale

³ Zie ook HvJEU 17 oktober 2013, zaak C-291/12, JB 2013/235 (*Schwarz*), sub 61 en 62.

⁴ Zie Kamerstukken II, 2007–2008, 31 324 (R1844), nr. 3, p. 2 (MvT).

⁵ Zie Kamerstukken II, 2007–2008, 31 324 (R1844), nr. 3, p. 9 (MvT).

reisdocumentenadministratie, waarin onder andere vingerafdrukken zijn opgenomen, daarbij van nut kan zijn.⁶

- 3.2 De Nieuwe Paspoortwet (dus: Stb. 2009, 252) is op 28 juni 2009 – gedeeltelijk – in werking getreden.⁷ Daarbij gaat het onder andere om een wijziging van art. 3 van de Paspoortwet in verband met de door de Verordening voorgeschreven opslag van vingerafdrukken in een opslagmedium in reisdocumenten. Het huidige tweede lid van dat artikel bepaalt dat een reisdocument⁸ is voorzien van de gezichtsopname, twee vingerafdrukken en de handtekening van de houder volgens nader bij regeling van de Minister (van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) te stellen regels.⁹
- 3.3 De bepalingen die voorzien in een centrale reisdocumentenadministratie, waarin onder andere vingerafdrukken zouden worden opgeslagen, zijn daarentegen niet in werking getreden. Hetzelfde geldt voor de bepalingen die voorzien in een regime voor de verstrekking van gegevens uit de centrale reisdocumentenadministratie aan bepaalde derden.¹⁰ Inwerkingtreding van die bepalingen is/was¹¹ voorzien op een nader te bepalen tijdstip waarvan gedurende de onderhavige civiele procedure bij de rechtbank nog niet bij benadering kon worden gezegd wanneer dat zou zijn. Daarvoor was niet alleen noodzakelijk dat het ontwerp van de uitvoeringsregelgeving zou zijn afgerond, maar ook de aanbestedingsprocedure die moest leiden tot de bouw van een centrale administratie.¹²

Zie voor de uitvoeringsregelgeving die ten tijde van de procedure in eerste aanleg nog moest worden ontworpen ook de zgn. matrix met delegatiegrondslagen (Kamerstukken II, 2008-2009, 31 324 (R 1844), nr. 10, bijlage).

- 3.4 Vooruitlopend op het (nog) niet ingevoerde gedeelte van de wet, voorzag het al wél in werking getreden deel in de opslag van vier vingerafdrukken in de reeds bestaande *decentrale reisdocumentenadministraties* (zoals bedoeld art. 3 lid 8 van de Paspoortwet¹³).¹⁴ Deze gegevens zouden ná de invoering van een centrale reisdocumentenadministratie daarnaar worden overgebracht.¹⁵

⁶ Zie Kamerstukken 31 324 (R1844).

⁷ Zie Besluit van 12 juni 2009 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van enkele onderdelen van de rijkswet van 11 juni 2009 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met het herinrichten van de reisdocumentenadministratie (Stb. 2009, 253).

⁸ Zoals gedefinieerd in art. 2 Paspoortwet.

⁹ Aanvankelijk was deze bepaling genummerd als art. 3 *lid 3*. Een latere wijziging van de Paspoortwet heeft evenwel geleid tot vernummering. Zie Rijkswet van 8 maart 2012 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met het vervallen van de mogelijkheid tot bijschrijving van kinderen (Stb. 2012, 107).

¹⁰ Zie m.n. art. I, onderdelen D en E Nieuwe Paspoortwet.

¹¹ Zie hierna onder 3.6 e.v., waar wordt uiteengezet dat een deel van de hier bedoelde wetgeving inmiddels is geschrapt en dus niet meer in werking zal treden.

¹² Zie ook memorie van antwoord, sub 2.7.

¹³ En zoals dat artikel reeds voor inwerkingtreding van de Nieuwe Paspoortwet luidde en thans nog luidt.

¹⁴ Zie art. S van de Nieuwe Paspoortwet, dat voorzag in een aangepast art. 65 van de Paspoortwet. Het eerste van die bepaling luidde (tot na te melden wijziging) als volgt: "De autoriteit die het reisdocument verstrekt,

- 3.5 Nadere regels voor onder meer de aanvraag en de verstrekking van reisdocumenten zijn neergelegd in verschillende Paspoortuitvoeringsregelingen, waaronder de Paspoortuitvoeringsregeling Nederland 2001. In art. 28a van laatstgenoemde regeling is voor bepaalde gevallen voorzien in een vrijstelling van de verplichting tot afname van vingerafdrukken bij het indienen van een aanvraag voor een reisdocument (de vrijstellingen stemmen overeen met de hiervoor onder 2.2 bedoelde vrijstellingen).

Politieke ontwikkelingen na 11 juni 2009 - Stb. 2014, 10

- 3.6 Nadat de Nieuwe Paspoortwet was aangenomen (en hangende de onderhavige procedure), hebben zich politieke ontwikkelingen voorgedaan met betrekking tot de (centrale en decentrale) opslag van vingerafdrukken in het kader van de aanvraag van een reisdocument. Besloten is om de regeling die ziet op de opslag van vingerafdrukken in een (nog te realiseren) *centrale* reisdocumentenadministratie niet in werking te laten treden en uit de Nieuwe Paspoortwet te schrappen. Datzelfde geldt voor de bepaling die moest voorzien in de mogelijkheid van verstrekking van vingerafdrukken aan derden. Tevens is besloten dat de wél in werking getreden bepalingen over de opslag van vingerafdrukken in de *decentrale* reisdocumentenadministraties worden geschrapt. Dit is het gevolg van een beleidskeuze die de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna ook: de minister) in april en mei 2011 met steun van de Tweede Kamer heeft gemaakt. De minister heeft aangegeven dat hij gelet op het complexe vraagstuk van de kwaliteit van de vingerafdrukken heeft besloten voor nu van de opslag van vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie af te zien.

Verwezen wordt naar de Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 26 april 2011:

*"Met de opslag van de vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie wordt een pas op de plaats gemaakt om in kaart te brengen of en zo ja hoe er verbeteringen kunnen worden doorgevoerd ten aanzien van de opname van de vingerafdrukken."*¹⁶

In het Algemeen Overleg met de Tweede Kamer van 27 april 2011 heeft de minister dat besluit nader toegelicht:

bewaart in de administratie, bedoeld in artikel 3, achtste lid, tweede volzin: a. de in artikel 3, derde lid, bedoelde vingerafdrukken; b. twee andere, door Onze Minister aan te wijzen vingerafdrukken van de aanvrager van een reisdocument."

¹⁵ Zie art. S van de Nieuwe Paspoortwet, dat voorzag in een nieuw art. 65 lid 3 van de Paspoortwet (thans genummerd als lid 1).

¹⁶ Zie Kamerstukken II, 2010-2011, 25 764, nr. 46.

"Mijn besluit dat ik de Kamer per brief heb meegedeeld berust primair op de constatering dat deze technische ontwikkeling met betrekking tot identificatie- en verificatiedoeleinden zich niet heeft voltrokken zoals verwacht. Dit is de reden om nu te zeggen dat we niet doorgaan met het verder ontwikkelen en dus ook niet met de opslag van de vingerafdruk, niet centraal en niet decentraal."¹⁷

- 3.7 Vervolgens heeft de minister een wetgevingstraject in gang gezet om de paspoortwetgeving aldus te wijzigen dat de bepalingen over (centrale en decentrale) opslag van vingerafdrukken, alsmede de bepalingen over de verstrekking van vingerafdrukken, komen te vervallen.¹⁸ Dit heeft geleid tot de Rijkswet van 18 december 2013 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met onder meer de status van de Nederlandse identiteitskaart (Stb. 2014, 10).¹⁹ De wet is gedeeltelijk in werking getreden op 18 januari 2014 en gedeeltelijk op 20 januari 2014.²⁰ Als gevolg van deze wet worden bij de aanvraag van een reisdocument opgenomen vingerafdrukken gedurende het aanvraag- en uitgifteproces bewaard en verwijderd nadat de uitreiking van het aangevraagde reisdocument in de administratie is geregistreerd.²¹ In die periode worden deze vingerafdrukken uitsluitend verwerkt ten behoeve van de aanvraag en de uitreiking van het reisdocument.²² De bepalingen die voorzagen in centrale en decentrale opslag en in verstrekking van vingerafdrukken aan derden, zijn geschrapt.²³
- 3.8 Vooruitlopend op deze wetwijziging had de minister reeds in 2011 voorzien in een wijziging van de Paspoortuitvoeringsregelingen. In die regelingen werd neergelegd dat in de reisdocumentenadministratie opgenomen vingerafdrukken nog slechts werden bewaard tot het moment dat de uitreiking van het aangevraagde reisdocument in de administratie was geregistreerd.²⁴ Tevens is toen gestart met een traject om de al

¹⁷ Zie Kamerstukken II, 2010-2011, 25 764, nr. 47, p. 16.

¹⁸ Zie Wetsontwerp 33 440 (R 1990).

¹⁹ Voluit: de Rijkswet van 18 december 2013 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met een andere status van de Nederlandse identiteitskaart, het verlengen van de geldigheidsduur van reisdocumenten en Nederlandse identiteitskaarten, een andere grondslag voor de heffing van rechten door burgemeesters en gezaghebbers en het niet langer opslaan van vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie.

²⁰ Zie Besluit van 9 januari 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van enkele onderdelen van de wijziging van de Paspoortwet in verband met onder meer de status van de Nederlandse identiteitskaart (Stb. 2014, 11).

²¹ Dan wel nadat de reden voor het niet uitreiken daarvan in de reisdocumentenadministratie is geregistreerd.

²² Zie art. 3 lid 9 van de Paspoortwet zoals het thans luidt (krachtens art. I, onderdeel C van de wijzigingswet).

²³ Zie art. I, onderdeel O (waarmee art. 65 van de Paspoortwet is gewijzigd) en art. II, onderdelen C en D (waarmee art. I, onderdelen D en E van de Nieuwe Paspoortwet zijn gewijzigd).

²⁴ Dan wel de reden voor het niet uitreiken daarvan was geregistreerd. Zie de Regeling van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 14 juni 2011, nr. CZW/WBI 2011-2000223491, houdende wijziging van de Paspoortuitvoeringsregeling Nederland 2001 en de Paspoortuitvoeringsregeling Buitenland 2001 in verband met het wijzigen van de bewaartermijn van vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie (Stcrt. 2011, 11123).

eerder in de reisdocumentenadministraties opgeslagen vingerafdrukken daaruit te verwijderen.²⁵

4 Bestuursrechtelijke procedures over de (Europese en Nederlandse) paspoortwetgeving

HvJEU: de zaak Schwarz

- 4.1 Naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Duitse rechter heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ook: het HvJEU of het Hof van Justitie) zich in de zaak *Schwarz* uitgelaten over de verbindendheid van de Paspoortverordening.²⁶ Meer in het bijzonder gaat het in die zaak om (onder andere) de vraag of de verplichting tot het opnemen van twee vingerafdrukken in het paspoort (zoals neergelegd in art. 1 lid 2), verenigbaar is met art. 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest), inzake de rechten op eerbiediging van het privéleven en bescherming van persoonsgegevens (vgl. art. 8 EVRM).
- 4.2 Om te beginnen stelt het HvJEU (onder verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM) vast dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken zoals bedoeld door art. 1 lid 2 van de Verordening een aantasting vormen van genoemde rechten (sub 30). Vervolgens onderzoekt het Hof van Justitie aan de hand van art. 52 van het Handvest of voor die aantasting een rechtvaardiging bestaat. Daarin is bepaald dat aan de uitoefening van de in het Handvest neergelegde rechten beperkingen kunnen worden gesteld, voor zover bij wet in deze beperkingen is voorzien, de beperkingen de wezenlijke inhoud van die rechten eerbiedigen, en, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten van anderen. Het HvJEU concludeert aan de hand van dit kader dat de uit de Verordening voortvloeiende aantasting wordt gerechtvaardigd door de doelstelling van bescherming van paspoorten tegen frauduleus gebruik ervan (sub 64).
- 4.3 Het Hof van Justitie gaat in het kader van de evenredigheid van de maatregel uitvoerig in op de passendheid (geschiktheid) ervan voor het verwezenlijken van de nagestreefde doelstellingen. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de betrouwbaarheid van de gehanteerde methode (het verifiëren van de identiteit door middel van vingerafdrukken).

²⁵ Zie daarover de brief van de minister aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 19 mei 2011 (Kamerstukken II, 2010-2011, 25 764, nr. 48), en verder de brief van 5 juli 2011 (Kamerstukken II, 2010-2011, 25 764, nr. 50) en de brief van 22 september 2011 (Kamerstukken II, 2011-2012, 25 764, nr. 52).

²⁶ Zie HvJEU 17 oktober 2013, zaak C-291/12, *JB* 2013/235 (*Schwarz*).

Zie sub 41 tot en met 45 van het arrest:

"41. Wat de vraag betreft of artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 passend is om de doelstelling van voorkoming van paspoortvervalsing te verwezenlijken, staat vast dat voor de in deze bepaling voorziene bewaring van vingerafdrukken op een opslagmedium dat aan de hoogste veiligheidsnormen voldoet een zeer geavanceerde techniek vereist is, zodat deze bewaring het risico van vervalsing van paspoorten kan verminderen en de taak van de autoriteiten die aan de grenzen de authenticiteit van die documenten moeten onderzoeken, kan vergemakkelijken.

42. Volgens Schwarz is de methode om de identiteit te verifiëren door middel van vingerafdrukken niet passend om de doelstelling van voorkoming van het frauduleus gebruik van paspoorten te verwezenlijken, aangezien de praktische toepassing ervan met veel fouten gepaard gaat. Omdat twee numerieke kopieën van vingerafdrukken namelijk nooit identiek zijn, zijn de systemen die deze methode gebruiken onvoldoende nauwkeurig, zodat zij in een niet onaanzienlijk aantal gevallen leiden tot onterechte acceptaties van niet-geautoriseerde personen en onterechte afwijzingen van geautoriseerde personen.

43. In dit verband dient evenwel te worden vastgesteld dat het feit dat bovengenoemde methode niet volledig betrouwbaar is, niet doorslaggevend is. Enerzijds volstaat het immers dat deze methode, hoewel zij de acceptatie van niet-geautoriseerde personen niet volledig uitsluit, leidt tot een aanzienlijke vermindering van het risico van dergelijke acceptaties dat zou bestaan indien deze methode niet zou worden gebruikt.

44. Anderzijds kan de toepassing van de methode van identiteitscontrole door middel van vingerafdrukken er weliswaar in uitzonderlijke gevallen toe leiden dat geautoriseerde personen ten onrechte worden geweigerd, doch dit neemt niet weg dat het gebrek aan overeenstemming tussen de vingerafdrukken van de paspoorthouder enerzijds, en de in dit document aangebrachte gegevens anderzijds, niet betekent, zoals ook volgt uit artikel 4, lid 3, tweede alinea, van verordening nr. 2252/2004, dat de betrokkene de binnenkomst op het grondgebied van de Unie automatisch wordt geweigerd. Een dergelijk ontbreken van overeenstemming heeft enkel tot gevolg dat de bevoegde autoriteiten hun aandacht zullen vestigen op de betrokkene en deze aan een grondig onderzoek zullen onderwerpen teneinde definitief zijn identiteit te kunnen vaststellen.

45. Gelet op het voorgaande moet worden vastgesteld dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken, als bedoeld in artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 geschikt zijn om de door die verordening nagestreefde doelstellingen en dus ook die van voorkoming van illegale binnenkomst van personen op het grondgebied van de Unie, te verwezenlijken."
(onderstrepingen adv.)

- 4.4 Het HvJEU komt dus tot de conclusie dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken (in paspoorten) geschikt zijn voor de doelstellingen van de Verordening, te weten (i) het voorkomen van paspoortvervalsing en (ii) het voorkomen van frauduleus gebruik van paspoorten, met name door anderen dan de

wettelijke houder ervan (sub 36). Daarbij neemt het Hof van Justitie uitdrukkelijk in aanmerking dat de gebruikte methode niet volledig betrouwbaar is, maar acht dat gegeven niet doorslaggevend.

- 4.5 Nu de betreffende maatregel ook anderszins de toets van art. 52 van het Handvest kan doorstaan, komt het HvJEU, in antwoord op de gestelde prejudiciële vragen, tot de volgende verklaring voor recht:

"Bij het onderzoek van de prejudiciële vraag is niet gebleken van feiten of omstandigheden die de geldigheid van artikel 1, lid 2, van verordening (EG) nr. 2252/2004 van de Raad van 13 december 2004 betreffende normen voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 444/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009, kunnen aantasten."

Bestuursrechtelijke procedures in Nederland

- 4.6 Sinds de inwerkingtreding van een gedeelte van de Nieuwe Paspoortwet, is meermaals bij de bestuursrechter geprocedeerd over de rechtmatigheid van de bepalingen in de Paspoortverordening en de Nieuwe Paspoortwet over de afgifte en opslag van vingerafdrukken. In deze procedures hebben individuele burgers zowel de afgifte van vingerafdrukken ten behoeve van de opslag op het reisdocument (waartoe de Verordening verplicht) aangevochten, als de opslag van vingerafdrukken in de reisdocumentenadministraties (waartoe (alleen) de Nieuwe Paspoortwet verplichtte).
- 4.7 Deze burgers konden (en kunnen) langs verschillende wegen met hun bezwaren bij de bestuursrechter terecht. In de eerste plaats kan hij weigeren de voor uitgifte van een reisdocument vereiste vingerafdrukken af te staan. De burgemeester zal de aanvraag van het reisdocument om die reden buiten behandeling laten. Tegen die beslissing kan de burger (bezwaar en) beroep instellen.²⁷ In de tweede plaats kan de burger aanvankelijk meewerken aan de afname van zijn vingerafdrukken, waarna een reisdocument kan worden uitgegeven. Vervolgens kan hij een verzoek doen tot het verwijderen van zijn vingerafdrukken uit de reisdocumentenadministratie. Tegen de weigering daaraan gevolg te geven, kan de burger eveneens (bezwaar en) beroep instellen.²⁸
- 4.8 In een aantal bestuursrechtelijke zaken waarin burgers zich tegen de verplichte afname en opslag van vingerafdrukken hebben gekeerd, heeft de Raad van State

²⁷ Deze route is bijvoorbeeld gevolgd in de zaak die heeft geleid tot ABRvS 28 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8644.

²⁸ Deze route heeft voor de burger als voordeel dat hij wél de beschikking krijgt over een reisdocument (en dus niet zonder komt te zitten).

prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU. In een uitspraak van 28 september 2012 (die dus dateert van vóór het arrest *Schwarz*) heeft de Afdeling overwogen dat zij er, onder meer gelet op het "foutenpercentage", aan twijfelt of deze in de Paspoortverordening neergelegde verplichting passend is ten opzichte van het daarmee te beschermen belang.²⁹ Daarbij verwijst de Afdeling ook naar de brief van de minister waarop het hof in de onderhavige zaak zijn oordelen in r.o. 4.3 en 4.4 heeft gebaseerd (en waaruit in r.o. 1.13 wordt geciteerd).

Zie m.n. r.o. 12.1 en 12.3 van de uitspraak:

*"12.1. Met betrekking tot de vraag of de in artikel 1, tweede lid, van de Verordening neergelegde verplichting passend is en niet verder gaat dan noodzakelijk overweegt de Afdeling als volgt. Gebleken is dat verificatie en identificatie op basis van biometrische kenmerken bij een rechtmatige houder van een paspoort of reisdocument in een relevant aantal gevallen niet slaagt. Blijkens de onder 3. genoemde brieven heeft de minister immers een zijns inziens te groot foutpercentage gesignaleerd bij het gebruik van vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identificatie. De minister wijt het percentage fouten aan een te beperkte voortgang van de technische ontwikkeling en acht het beter te stoppen met opslag in een decentrale reisdocumentenadministratie. Ook het Verwaltungsgericht Gelsenkirchen wijst in zijn verzoek, onder verwijzing naar Duitse rechtsliteratuur, op een foutenpercentage dat zich in de praktijk bij grenscontroles voordoet.
(...)*

12.3. De Afdeling concludeert dat niet geslaagde verificatiepogingen bij een rechtmatige houder van een paspoort of reisdocument leiden tot twijfel over het verband tussen het document en de rechtmatige houder daarvan, zodat in dat geval het tegendeel wordt bereikt van hetgeen de Verordening blijkens overweging 3 van de preambule beoogt. De Afdeling acht het onzeker of gegeven de huidige technische stand van zaken, verificatie op basis van biometrische kenmerken dienstig is aan het met de Verordening beoogde doel. Zij heeft niet kunnen vaststellen in welke mate de risico's op misbruik en manipulatie van biometrische gegevens door het 'kraken' van het opslagmedium zich daadwerkelijk voordoen. Het is echter een feit van algemene bekendheid dat digitale gegevensdragers zoals chips kunnen worden gekraakt, zelfs als deze beveiligd zijn. Naar het oordeel van de Afdeling dient elk risico op misbruik en manipulatie van biometrische gegevens te worden betrokken bij de vraag of de maatregel passend is ten opzichte van het te beschermen belang.

Gelet op het foutenpercentage en een mogelijk risico op misbruik en manipulatie twijfelt de Afdeling eraan of de in artikel 1, tweede lid, van de Verordening neergelegde verplichting passend is ten opzichte van het daarmee te beschermen belang."

²⁹ Zie ABRvS 28 september 2012, zaaknummer: 201205423/1/A3, ECLI:NL:RVS:2012:BX8644.

- 4.9 Tevens heeft de Afdeling twijfels geuit over de *noodzaak* van de betreffende maatregel (r.o. 12.4). Tegen die achtergrond heeft de Afdeling een vergelijkbare prejudiciële vraag gesteld als de daarna in de zaak *Schwarz* beantwoorde vraag over de verenigbaarheid van art. 1 lid 2 van de Paspoortverordening met art. 7 en 8 van het Handvest. Met het arrest *Schwarz* zijn genoemde twijfels over de geschiktheid (en de noodzaak) van de afname en opslag van vingerafdrukken in reisdocumenten weggenomen. Het HvJEU concludeert daarin immers dat die maatregel geschikt is voor het verwezenlijken van het daarmee nagestreefde doel en ook overigens een gerechtvaardigde aantasting van de door art. 7 en 8 van het Handvest beschermde rechten behelst. De Afdeling heeft deze vraag dan ook *ingetrokken*. Het HvJEU heeft ter zitting, die heeft plaatsgevonden op 6 november 2014, bevestigd dat deze vraag niet langer aan de orde is.
- 4.10 In dezelfde uitspraak heeft de Afdeling voorts de prejudiciële vraag gesteld of art. 4 lid 3 van de Verordening – in het licht van art. 7 en 8 van het Handvest, art. 8 EVRM en art. 7 jo. 6 van de Privacyrichtlijn – zo moet worden uitgelegd dat door de lidstaten wettelijk dient te worden gewaarborgd dat de op grond van deze Verordening verzamelde en opgeslagen biometrische gegevens niet voor andere doeleinden mogen worden verzameld, verwerkt en gebruikt dan voor de afgifte van het document. Met deze vraag heeft de Afdeling klaarblijkelijk tevens aan de orde gesteld of de *centrale of decentrale opslag* van vingerafdrukken verenigbaar is met de Verordening en met, kort gezegd, het recht op privacy.

Zie een latere uitspraak van de voorzitter van de Afdeling naar aanleiding van het verzoek tot het treffen van een voorziening voor de duur van de procedure:³⁰

"Uit de verwijzingsuitspraak in zaak nr. 201110934/1/A3 en die van 28 september 2012 in zaak nr. 201205423/1/A3, waarin de motivering voor het verzoek aan het Hof is vevat, volgt dat de reden van het verzoek erin is gelegen dat het de Afdeling op voorhand niet duidelijk is of de beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer door de verwerking van biometrische kenmerken, zoals vingerafdrukken, in het opslagmedium op het paspoort en in een centraal en decentraal systeem evenredig is in verhouding tot het te beschermen belang dat is gelegen in het voorkomen van misbruik van paspoorten en reisdocumenten."
(onderstreping adv.)

- 4.11 In een drietal andere, eveneens op 28 september 2012 gedane uitspraken³¹ zijn vergelijkbare vragen gesteld.³²

³⁰ Zie ABRvS 3 december 2012, zaaknummer: 201110934/2/A3, ECLI:NL:RVS:2012:BY5838.

³¹ Met zaaknummers: 201105172/1/A3, 201110242/1/A3 en 201110934/1/A3.

³² In een van die uitspraken heeft de Afdeling daarnaast de vraag gesteld, kort gezegd, of de Verordening gelet op art. 1 lid 3 ook van toepassing is op door de lidstaten aan onderdanen afgegeven identiteitskaarten, zoals

Zoals gezegd heeft de zitting bij het HvJEU in deze zaken plaatsgevonden op 6 november 2014 (zie www.curia.europa.eu, zaaknummer C-446/12). Het Hof van Justitie heeft al laten weten dat er geen conclusie zal worden genomen.

- 4.12 In afwachting van de uitkomst van de prejudiciële procedure is de verdere behandeling van de procedures bij de Afdeling geschorst. De voorzitter van de Afdeling heeft beslist dat geen grond bestaat bij wege van een voorlopige voorziening op de uitkomst van de prejudiciële procedure vooruit te lopen. Volgens de voorzitter is de twijfel die bij de Afdeling bestaat over de geldigheid van art. 1 lid 2 van de Verordening niet dermate ernstig is dat bij de voorzitter het oordeel bestaat dat het Hof van Justitie zal vaststellen dat die bepaling ongeldig is.³³ In een latere uitspraak heeft de voorzitter van de Afdeling daaraan toegevoegd dat hier nog bij komt dat het HvJEU in de zaak *Schwarz*, "waarin het een vergelijkbare vraag over de geldigheid van artikel 1, tweede lid, van de Verordening heeft beantwoord, niet heeft geoordeeld dat die bepaling ongeldig is".³⁴
- 4.13 Vorenstaande maakt ook duidelijk dat voor de burger een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat, waarin hij zijn bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet (en de Verordening) aan de orde kan stellen.

5 De onderhavige civiele procedure over (onderdelen van) de Nieuwe Paspoortwet

- 5.1 Bij inleidende dagvaarding van zes mei 2010 hebben Privacy First en 22 natuurlijke personen (hierna gezamenlijk ook: *Privacy First c.s.*) de onderhavige civiele procedure over de verbindendheid van onderdelen van de Nieuwe Paspoortwet aanhangig gemaakt. In de kern richten zij zich tegen wijzigingen die voorzien in (i) de (wijze van) opslag van vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie(s), en (ii) het verstrekken van vingerafdrukken aan derden. Wat dat laatste betreft hebben zij specifiek bezwaar tegen de mogelijkheid van verstrekking van vingerafdrukken uit de reisdocumentenadministratie voor andere doeleinden dan uitvoering van de Paspoortwet, waarbij zij vooral het oog hebben op opsporing en vervolging. Hoewel de vorderingen van Privacy First c.s. niet erg precies zijn geformuleerd, kan uit hun processtukken worden opgemaakt dat het hun te doen is om de opslag en verstrekking van *vingerafdrukken*, en dus niet van andere (biometrische) gegevens, zoals een foto

de Nederlandse Identiteitskaart (ABRvS 28 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8946). Dat onderwerp is voor de onderhavige procedure niet van belang.

³³ Zie ABRvS 3 december 2012, zaaknummer: 201110934/2/A3, ECLI:NL:RVS:2012:BY5838.

³⁴ Zie ABRvS 5 december 2013, zaaknummer: 201110242/2/A3, ECLI:NL:RVS:2013:2311.

en een handtekening.³⁵ Een en ander is volgens hen in strijd met (o.a.) art. 8 EVRM en art. 7 en 8 van het Handvest. Privacy First c.s. richten zich – in deze procedure – uitdrukkelijk niet tegen hetgeen waartoe de Paspoortverordening verplicht.

- 5.2 Bij vonnis van 2 februari 2011 heeft de rechtbank 's-Gravenhage Privacy First c.s. niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen. Kort samengevat heeft de rechtbank daartoe geoordeeld (i) dat voor individuele burgers, dus ook voor de natuurlijke personen die in deze zaak als eisers optreden, een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat, die de weg naar de burgerlijke rechter afsluit. Met betrekking tot Privacy First oordeelde de rechtbank (ii) dat zij uitsluitend opkomt voor een belang dat voortvloeit uit de bundeling van de privacybelangen van alle Nederlanders boven de twaalf jaar die een paspoort of identiteitskaart aanvragen, zodat ook voor haar (bij gebreke van een eigen belang) de weg naar de burgerlijke rechter is afgesneden.
- 5.3 Privacy First en negentien natuurlijke personen (hierna: Chau c.s.) hebben vervolgens hoger beroep ingesteld. In hun memorie van grieven van 18 december 2012 maken zij weliswaar gewag van de hiervoor onder 3.6 e.v. bedoelde politieke ontwikkelingen (waaronder het toen reeds ingezette traject tot wijziging van de (Nieuwe) Paspoortwet), maar gaan zij niet in op de consequenties daarvan voor (het belang van) hun vorderingen. Zij hebben enkel aangewezen daarop nog te willen ingaan bij afzonderlijke akte. Het hof heeft zulks terecht niet toegestaan (r.o. 2.1).
- 5.4 Op 18 februari 2014 heeft het gerechtshof Den Haag het thans bestreden arrest gegeven. Het hof komt in r.o. 2.1 tot en met 2.6 tot de conclusie dat Privacy First en Chau c.s. (hierna gezamenlijk eveneens: Privacy First c.s.) – wegens evenbedoelde politieke ontwikkelingen – geen belang (meer) hebben bij hun vorderingen, zodat deze reeds op die grond niet kunnen worden toegewezen. Niettemin beoordeelt het hof, in verband met het proceskostenbelang van Privacy First (c.s.), of de rechtbank, uitgaande van de omstandigheden ten tijde van de uitspraak, een juist vonnis heeft gegeven.
- 5.5 Ten eerste gaat het hof na of de rechtbank Privacy First terecht niet ontvankelijk heeft verklaard. In r.o. 3.4 concludeert het hof dat dit niet het geval is. Aan deze conclusie legt het hof in r.o. 3.2 en 3.3 de volgende oordelen ten grondslag:
- (1a) Ook indien het zo is 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

³⁵ Ook het hof heeft de stellingen van Privacy First c.s. klaarblijkelijk aldus uitgelegd. Zie m.n. r.o. 2.1 tot en met 2.3 van het bestreden arrest.

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.

- (1b) 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 aantal 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.
- (2) Privacy First heeft voldoende aannemelijk 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.

- 5.6 Het hof laat in het midden of Chau c.s. terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard (r.o. 3.5). Volgens het hof maakt dat namelijk (ook) niet uit voor de proceskostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep.
- 5.7 Nu het hof heeft geconcludeerd dat Privacy First ontvankelijk had moeten worden verklaard in haar vorderingen, beoordeelt het deze vorderingen inhoudelijk in r.o. 4.1 tot en met 4.4. Daartoe overweegt het in r.o. 4.2 dat 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. Tevens overweegt het hof dat een dergelijke inbreuk slechts gerechtvaardigd is 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.

5.8 In r.o. 4.4 concludeert het hof dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die gevormd wordt door de centrale opslag van vingerafdrukken, niet gerechtvaardigd is, en dat de rechtbank de vordering van Privacy First in zoverre had moeten toewijzen.

In r.o. 4.3 legt het hof hieraan de volgende oordelen ten grondslag:

- (a) Het hof constateert dat de regering inmiddels zelf tot het inzicht is gekomen dat, in de woorden van de minister in zijn in r.o. 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.
- (b) 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.
- (c) 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.
- (d) 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.

5.9 Bij dagvaarding van 19 mei 2014 heeft de Staat cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Onderdeel 1 van het middel richt zich tegen de hiervoor onder 5.5 bedoelde oordelen inzake de ontvankelijkheid van Privacy First. De klachten worden nader toegelicht in § 6 hierna. In onderdeel 2 wordt geklaagd over de hiervoor onder 5.8 weergegeven oordelen over de geschiktheid van de onderhavige maatregel – de opslag van vingerafdrukken in een centraal register – voor het daarmee beoogde doel. De klachten komen nader aan bod in § 7. De klachten van onderdeel 3 keren zich

tegen de door het hof uitgesproken kostenveroordeling. Deze klachten behoeven geen nadere toelichting.

6 Onderdeel 1 – ontvankelijkheid belangenorganisatie Privacy First

- 6.1 's Hofs oordeel dat de rechtbank Privacy First ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard, berust op twee pijlers. Ten eerste is het hof van oordeel dat Privacy First ontvankelijk had moeten worden verklaard in haar vordering ex art. 3:305a BW, aangezien zij niet slechts de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen nastreeft, maar veeleer het algemeen belang van bescherming van het recht op privacy. Ten tweede oordeelt het hof dat Privacy First ook een *eigen* vermogensrechtelijk belang bij haar vordering heeft.

Collectieve actie en rechtsmachtverdeling (onderdeel 1.1)

- 6.2 De eerste pijler onder 's hofs ontvankelijkheidsoordeel – die van art. 3:305a BW (zie hiervoor onder 5.5, achter (1a) en (1b)) – wordt bestreden met onderdeel 1.1 van het cassatiemiddel. In essentie klaagt het onderdeel erover dat het hof de in het *Vreemdelingenorganisaties-arrest*³⁶ van Uw Raad geformuleerde regel van rechtsmachtverdeling niet althans onjuist heeft toegepast. Ter toelichting diene het volgende.
- 6.3 Art. 3:305a lid 1 BW – inzake collectieve acties – bepaalt dat een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering [bij de civiele rechter] kan instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. In de literatuur worden collectieve acties wel onderverdeeld in enerzijds groepsacties en anderzijds algemeenbelangacties. Onder groepsacties vallen collectieve acties waarbij de personen om wier belangen het gaat, zijn te individualiseren. Bij algemeenbelangacties daarentegen bestaat die mogelijkheid tot individualiseren niet, omdat het belangen betreft van een dusdanig algemeen karakter dat zij een facet vormen van ieders bestaan.³⁷ De grens tussen beide soorten acties is echter vaag en vloeiend.³⁸ De wet maakt dan ook geen onderscheid tussen beide, maar spreekt in algemene termen over "belangen van andere personen". Zowel bij een groepsactie als een algemeenbelangactie is daarom sprake van een bundeling van belangen van andere personen.³⁹ Het genoemde onderscheid lijkt dus vooral van didactische aard.

³⁶ HR 9 juli 2010, NJ 2012/241.

³⁷ Zie bijv. GS Vermogensrecht (Jongbloed), art. 3:305a BW, aant. 8.

³⁸ Zie bijv. N. Frenk, *Kollectieve akties in het privaatrecht*, diss. 1994 (Utrecht), p. 6-7.

³⁹ Vgl. Kamerstukken II, 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 21-22 (MvT).

- 6.4 Uw Raad heeft de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve actie – vanuit een oogpunt van rechtsmachtverdeling – in bepaalde gevallen beperkt. In het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest is de regel neergelegd dat een belangenorganisatie (zonder eigen belang) niet met een collectieve actie bij de burgerlijke rechter terecht kan, wanneer voor de individuen wier belangen zij behartigt, een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter openstaat. Uw Raad overwoog dienaangaande als volgt:⁴⁰

"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 vreemdeling 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."

- 6.5 In de onderhavige zaak heeft de Staat onder verwijzing naar dit arrest betoogd dat Privacy First niet kan worden ontvangen in haar vorderingen. De Staat heeft er daartoe op gewezen dat voor de individuele burgers die door (de litigieuze onderdelen van) de Nieuwe Paspoort worden geraakt, een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang openstaat, waarin zij de verbindendheid van die wet aan de orde kunnen stellen. Nu Privacy First louter optreedt ter bescherming van de belangen van deze burgers – en niet ter bescherming van een *eigen* belang – kan zij op grond van de in voormeld arrest aanvaarde regel van rechtsmachtverdeling niet bij de burgerlijke rechter terecht met haar bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet.
- 6.6 Bij zijn toetsing van het onderhavige geval aan genoemde regel van rechtsmachtverdeling, heeft het hof in het midden gelaten of individuele belanghebbenden (zoals Chau c.s.) hun bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet aan

⁴⁰ Zie HR 9 juli 2010, NJ 2012/241.

de orde kunnen stellen in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.⁴¹ Dat betekent dat er in cassatie (veronderstellenderwijs) van moet worden uitgegaan dat zulks het geval is.

- 6.7 De Staat benadrukt niettemin dat burgers die bezwaren hebben (c.q. hadden) tegen de litigieuze onderdelen van de Nieuwe Paspoortwet, ook daadwerkelijk bij de bestuursrechter terecht kunnen (c.q. konden). Dat volgt niet alleen uit de hiervoor onder 4.7 bedoelde bestuursrechtelijke regels inzake bezwaar en beroep, maar blijkt ook uit de reeds bij de bestuursrechter gevoerde procedures (waaronder de hiervoor in § 4 besproken procedures bij de Afdeling). In die procedures is ook de rechtmatigheid aan de orde gekomen van de opslag van vingerafdrukken, zowel in het reisdocument als in een decentrale én centrale reisdocumentenadministratie (zie met name onder 4.10 hiervoor).
- 6.8 Niettemin komt het hof tot de conclusie dat de regel van rechtsmachtverdeling uit het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest in een geval als het onderhavige niet aan ontvankelijkheid van de belangenorganisatie in de weg staat. Naar de kern genomen is het hof van oordeel dat die regel niet geldt voor gevallen waarin een belangenorganisatie niet slechts de gebundelde belangen van bepaalde of bepaalbare (dus: individualiseerbare) burgers nastreeft, maar tevens ("veeleer") het algemeen belang (in casu: dat van bescherming van het recht op privacy van personen met de Nederlandse nationaliteit). Dit oordeel berust klaarblijkelijk op het onderscheid tussen enerzijds groepsacties en anderzijds algemeenbelangacties. Het hof lijkt van opvatting dat genoemde regel van rechtsmachtverdeling alleen van toepassing is op (zuivere) groepsacties.
- 6.9 In onderdeel 1.1 wordt geklaagd dat het hof hiermee blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof miskent dat het bij de toepassing van de regel uit het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest geen verschil maakt of de belangenorganisatie louter optreedt ter bescherming van de gebundelde belangen van individualiseerbare burgers (in welk geval sprake is van een zuivere groepsactie), of (daarnaast) een gelijksoortig algemeen belang nastreeft (in welk geval (tevens) sprake is van een algemeenbelangactie). Wanneer individuele burgers die door wetgeving in hun belangen worden geraakt, de desbetreffende wetgeving kunnen aanvechten bij de bestuursrechter, kan een belangenorganisatie die gelijksoortige belangen behartigt, niet over diezelfde wetgeving procederen bij de burgerlijke rechter, ook niet als die belangen een dusdanig algemeen karakter hebben dat zij een facet vormen van ieders

⁴¹ Zie r.o. 3.2: "Ook indien het zo is (...) 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, (...)". Zie tevens r.o. 3.5.

bestaan. Ook dan is immers sprake van “de enkele bundeling”⁴² van belangen van “andere personen” (als bedoeld in art. 3:305a BW).

- 6.10 Een andere opvatting zou de door Uw Raad in het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest geformuleerde regel van rechtsmachtverdeling in betekenende mate ondergraven. De benadering van het hof zou namelijk tot gevolg hebben dat in gevallen als het onderhavige – waarin bepaalde individuele belangen ook zijn te formuleren als een gelijksoortig algemeen belang – zowel bij de bestuursrechter als de burgerlijke rechter geprocedeerd kan worden over de verbindendheid van de wetgeving die burgers raakt in de betreffende belangen. Dat betekent tevens dat het gevaar bestaat van tegenstrijdige uitspraken. De rechtsmachtverdelingsregel van genoemd arrest beoogt zulks nu juist te voorkomen. Hierbij valt te bedenken dat vele belangen van individualiseerbare burgers tevens vrij eenvoudig kunnen worden geformuleerd als algemene belangen. Uitgaande van de door het hof aan die regel gegeven uitleg, zou zij dus een tamelijk beperkt bereik hebben.
- 6.11 Een hiermee samenhangende kwestie is dat het onderscheid tussen groepsacties en algemeenbelangacties niet scherp te trekken valt, zodat dat onderscheid ook daarom geen geschikte toetssteen lijkt om te beoordelen of de rechtsmachtverdelingsregel van het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest van toepassing is. Aangezien ook de wet dit onderscheid niet kent, ligt het in de rede om voor alle collectieve acties dezelfde regel van rechtsmachtverdeling te hanteren. Ook Schutgens, die het bestreden arrest heeft geannoteerd, verwerpt het door het hof gehanteerde criterium:

*“In de praktijk zijn beide typen acties niet gemakkelijk af te grenzen: milieubelangen bijvoorbeeld lijken vaak ideëel, maar het kan altijd blijken dat een groep individuen door een overtreding van milieunormen persoonlijk wordt getroffen. De wet maakt dan ook geen onderscheid tussen beide typen ‘305a-acties’. Het hof gaat er in casu echter van uit dat de beperking van de mogelijkheid om op basis van art. 3:305a BW een civiel wetgevingsgeding aan te spannen, uitsluitend zou gelden voor collectieve acties, maar niet voor algemeenbelangacties. Daarom had Privacy First volgens het hof wel in haar vordering ontvangen moeten worden. Dit lijkt mij een moeizaam criterium. Het zadelt de rechter op met de beoordeling of een bepaald belang voldoende ideëel is, om van collectief belang te ‘promoveren’ tot algemeen belang. Wanneer is dat het geval? Moet het dan gaan om grondrechten? Milieubelangen? Erfgoed? Het lijkt verstandiger om, zodra een organisatie op basis van art. 3:305a BW een wetgevingsgeding aanspant, te beoordelen of er individuen zijn met een gelijksoortig belang, die op laagdrempelige wijze toegang hebben tot de bestuursrechter. Zo ja, dan is toepassing van de regel uit Leges Turkse immigranten [het *Vreemdelingsorganisaties*-arrest; adv.] in beginsel aangewezen.”*⁴³

⁴² Zie r.o. 4.4 van het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest, in fine, en hiervoor onder 6.3.

⁴³ Zie *JB* 2014/76, sub 4.

- 6.12 Het hof is mogelijk op het verkeerde been gezet door de passage in het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest, waarin Uw Raad overweegt dat (het hof ervan is uitgegaan dat) de betreffende organisaties "slechts optreden ter behartiging van de gebundelde belangen van individuele vreemdelingen" (onderstrepingen adv.). Het hof heeft deze passage wellicht aldus gelezen dat daarmee een tegenstelling is beoogd met algemene belangen c.q. algemeenbelangacties.⁴⁴ Uit de context van deze passage blijkt evenwel dat daarmee een tegenstelling is beoogd met eventuele *eigen* belangen van de betreffende organisaties.⁴⁵
- 6.13 Verder zou het hof zich hebben kunnen laten leiden door de *NJ*-noot van H.J. Snijders onder het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest. Daarin merkt hij op dat de in dat arrest geformuleerde regel alleen betrekking heeft op groepsacties en dat het stellen van een algemeen belang eerder tot ontvankelijkheid leidt. Hij verwijst daarbij naar het SGP-arrest van Uw Raad,⁴⁶ waarin belangenorganisaties ontvankelijk werden geacht in hun vorderingen tegen de Staat die ertoe strekten dat laatstgenoemde zou optreden tegen het "vrouwenstandpunt" van de SGP. Daarmee ziet hij er echter aan voorbij dat in die zaak – waarin Uw Raad overigens niet heeft geoordeeld over de (on)verbindendheid van regelgeving – geen mogelijkheid bestond voor individuele burgers om het (niet-) handelen van de Staat voor te leggen aan de bestuursrechter. In de onderhavige zaak bestaat die mogelijkheid juist wel, en *daarop* berust de – door het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest geïndiceerde – conclusie dat Privacy First niet ontvankelijk is.

Geen eigen belang (onderdeel 1.2)

- 6.14 De tweede pijler onder 's hofs ontvankelijkheidsoordeel – die is geformuleerd als een overweging ten overvloede – betreft het oordeel dat Privacy First ook een eigen vermogensrechtelijk belang bij haar vordering heeft (zie hiervoor onder 5.5, achter (2)). Tegen dit oordeel richten zich de rechts- en motiveringsklachten van onderdeel 1.2 van het middel.
- 6.15 Ter onderbouwing van zijn oordeel dat Privacy First een toereikend eigen belang heeft, somt het hof op dat Privacy First heeft aangevoerd (i) dat zij sinds de Nieuwe Paspoortwet was aangenomen, werd overstelpt met klachten en vragen van burgers, (ii) dat zij deze burgers desgevraagd met raad en daad bijstaat, ook in diverse

⁴⁴ Het hof overweegt immers "*dat Privacy First niet slechts de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen nastreeft, maar veeleer het algemeen belang (...)*" (onderstrepingen adv.).

⁴⁵ Uw Raad overweegt immers dat het hof er kennelijk van uit is gegaan "*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*".

⁴⁶ HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388.

hierover gevoerde rechtszaken, (iii) dat dit veel van de (schaarse) tijd en middelen van Privacy First vergt, 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. Deze omstandigheden brengen evenwel niet mee dat Privacy First door de litigieuze wetgeving *rechtstreeks*⁴⁷ wordt geschaad in een eigen (vermogensrechtelijk) belang (in de zin van art. 3:303 BW), en evenmin dat zij heeft te gelden als een "onmiddellijk bij een rechtsverhouding⁴⁸ betrokken persoon", zoals vereist voor een verklaring van recht (art. 3:302 BW). De desbetreffende omstandigheden hebben immers alle betrekking op belangen die zijn *afgeleid* van het belang van de individuele burgers die door de wetgeving worden geraakt (en die wel kunnen worden aangemerkt als "onmiddellijk betrokkenen" in de zin van art. 3:302 BW). De (gestelde) gevolgen van de Nieuwe Paspoortwet voor Privacy First berusten op haar eigen – geheel onverplichte – *keuze* om de belangen te behartigen van *anderen* dan zichzelf (namelijk de individuele burgers die rechtstreeks door die wet worden geraakt). Bovendien had Privacy First er ook voor kunnen kiezen haar bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet naar voren te brengen in één bestuursrechtelijke proefprocedure, waarin zij de betreffende belanghebbende met raad en daad had kunnen bijstaan.

- 6.16 Deze zaak verschilt dan ook van HR 3 september 2004, *NJ 2006/28 (Staat/VNJA)*, waarin (o.a.) de Vereniging van Asieladvocaten en -Juristen Nederland de verbindendheid aan de orde stelde van de regels waarop de zogenoemde 48-uursprocedure voor vreemdelingen berustte. Hoewel individuele vreemdelingen de rechtmatigheid van deze procedure bij de bestuursrechter aan de orde konden stellen, was de VAJN toch ontvankelijk in haar vordering. Niet als art. 3:305a-organisatie, maar omdat zij in een *eigen* belang was geschaad, doordat het steeds moeilijker, zo niet onmogelijk werd in de aanmeldcentra adequate rechtshulp te verlenen.⁴⁹
- 6.17 Verder valt te bedenken dat indien de omstandigheden die het hof noemt reeds een eigen belang (in de zin van art. 3:303 BW) constitueren, het belangvereiste wel heel fors aan betekenis inboet. Het is dan immers zeer eenvoudig om een dergelijk belang te construeren. Schutgens heeft dit in zijn noot onder het bestreden arrest treffend verwoord:

"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

⁴⁷ Zie voor deze term Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/155.

⁴⁸ In casu, beweerdelijk: uit onrechtmatige daad.

⁴⁹ Vgl. over dit arrest ook r.o. 4.5 van het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest.

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.⁵⁰

7 Onderdeel 2 – geschiktheid van de maatregel

- 7.1 Zoals hiervoor in § 5 reeds uiteengezet, beoordeelt het hof de vorderingen van Privacy First in r.o. 4.1 tot en met 4.4 inhoudelijk. Het hof doet de zaak af op het in art. 8 EVRM besloten liggende vereiste dat een maatregel die een inmenging als bedoeld in dat artikel oplevert, *geschikt* is voor het verwezenlijken van de daarmee beoogde doelen (hierna ook: het geschiktheidsvereiste).⁵¹ Het hof overweegt in r.o. 4.2 immers dat (niet in geschil is dat) de centrale opslag van vingerafdrukken in een centrale databank een dergelijke inmenging oplevert, waarna het in r.o. 4.4 oordeelt dat die maatregel niet geschikt is voor het daarmee beoogde doel (verificatie en identiteitsvaststelling, en daarmee het voorkomen van identiteitsfraude). Het hof onderbouwt dit oordeel met een verwijzing naar de in r.o. 1.13 aangehaalde brief van de minister, waarin de minister aangeeft dat het, gelet op de tot dusver beperkte voortgang van de technische ontwikkeling, beter is om voor nu te stoppen met de opslag van vingerafdrukken in de decentrale reisdocumentenadministratie.
- 7.2 's Hof's oordeel inzake de geschiktheid van de onderhavige maatregel kan om meerdere redenen niet in stand blijven. In de eerste plaats is het strijdig met de beslissing van het HvJEU in het arrest *Schwarz*. In de tweede plaats is het hof met zijn verwijzing naar genoemde brief (in deze context) buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. In de derde plaats heeft het hof onjuiste althans onbegrijpelijke conclusies aan die brief verbonden. Ten slotte strookt 's hofs oordeel niet met het feit dat het in casu gaat om wetgeving die nog niet in werking was getreden en nog uitgewerkt diende te worden in uitvoeringsregelgeving (waarbij ook het parlement betrokken zou worden). Deze onderwerpen komen achtereenvolgens aan de orde in de onderdelen 2.1 tot en met 2.4 van het middel en worden hierna afzonderlijk toegelicht.

⁵⁰ Zie *JB* 2014/76, sub 4.

⁵¹ Overigens krijgt dit vereiste (van geschiktheid of passendheid) over het algemeen beperkte aandacht in de jurisprudentie van het EHRM. Zie daarover bijv. J. Gerards, *EVRM - Algemene beginselen*, 2011, p. 156 en 141-142. In de jurisprudentie van het HvJEU vervult dit vereiste over het algemeen een prominere (meer zichtbare) rol.

HvJEU: maatregel is geschikt (onderdeel 2.1)

- 7.3 Zoals hiervoor onder 4.1 e.v. uiteengezet, beoordeelt het HvJEU in het arrest *Schwarz* of de aantasting van art. 7 en 8 van het Handvest⁵² die de maatregel van art. 1 lid 2 van de Paspoortverordening behelst, gerechtvaardigd is. In dat kader gaat het Hof van Justitie uitvoerig in op de passendheid van die maatregel voor het verwezenlijken van de daarmee nagestreefde doelstellingen. Het hof concludeert dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken (in paspoorten) geschikt zijn voor de doelstellingen van de Verordening, te weten (i) het voorkomen van paspoortvervalsing en (ii) het voorkomen van frauduleus gebruik van paspoorten, met name door anderen dan de wettelijke houder ervan.
- 7.4 Deze beslissing in aanmerking genomen, is onjuist en/of onbegrijpelijk dat het hof in de onderhavige zaak oordeelt dat de litigieuze maatregel (opslag van vingerafdrukken in een centrale reisdocumentenadministratie) ongeschikt is voor het daarmee beoogde doel (verificatie en identiteitsvaststelling, en daarmee het voorkomen van identiteitsfraude). Met de maatregel van de Paspoortverordening en de (nadere) maatregel van de Nieuwe Paspoortwet wordt eenzelfde doel nagestreefd: het voorkomen van identiteitsfraude. Het enige verschil tussen de beide maatregelen is de *vorm* van de opslag: in een chip in het paspoort resp. in een centrale reisdocumentenadministratie. Niet valt in te zien waarom de vorm van opslag op het punt van de geschiktheid van de maatregel tot een andere uitkomst zou leiden. Dat klemmt temeer daar het oordeel van het HvJEU inzake de geschiktheid niet gebaseerd is op de *vorm van de opslag*, maar op het *gebruik* van vingerafdrukken voor verificatie en identificatie op zich.⁵³
- 7.5 Overigens lijkt ook het hof zijn oordeel omtrent de geschiktheid van de litigieuze maatregel niet zo zeer te baseren op de *vorm* van de opslag van de vingerafdrukken, maar op het *gebruik* van vingerafdrukken voor verificatie en identiteitsvaststelling op zich. 's Hof's oordeel impliceert derhalve het oordeel dat het gebruik van vingerafdrukken geen geschikt middel vormt voor deze doelen. Dat oordeel staat haaks op, althans laat zich (zonder nadere motivering, die ontbreekt) niet rijmen met, de beslissing van het Hof van Justitie in *Schwarz*.
- 7.6 Hier komt nog bij dat het HvJEU bij zijn beslissing inzake de geschiktheid ook heeft betrokken dat het gehanteerde middel/methode (het verifiëren van de identiteit door middel van vingerafdrukken) niet volledig betrouwbaar is. Het Hof van Justitie is evenwel van oordeel dat die bezwaren niet in de weg staan aan de geschiktheid van de

⁵² Welke bepalingen materieel eenzelfde bescherming bieden als art. 8 EVRM.

⁵³ Terecht merkt Overkleef-Verburg, annotator van het arrest *Schwarz*, dan ook op dat dit arrest van grote betekenis is voor de rechtmatigheid van vingerafdrukken als persoonsgegevens, zowel in paspoorten als in onderliggende centraal of decentraal gevoerde personenregisters. Zie *JB* 2013/235, sub 1.

betreffende maatregel. Het HvJEU wijst er daarbij onder meer op dat die methode, hoewel zij de acceptatie van niet-geautoriseerde personen niet volledig uitsluit, leidt tot een aanzienlijke vermindering van het risico van dergelijke acceptaties dat zou bestaan indien deze methode niet zou worden gebruikt. Tegen die achtergrond valt te minder in te zien dat het hof in de onderhavige zaak op grond van (in essentie) dezelfde bezwaren, die blijkens de in r.o. 1.13 genoemde brief inderdaad ook bij de minister bekend waren, tot een tegengesteld oordeel komt.

Grenzen van de rechtsstrijd (onderdeel 2.2)

- 7.7 Zoals gezegd baseert het hof zijn oordeel dat de litigieuze maatregel niet aan het geschiktheidsvereiste voldoet, op een brief van de minister aan de Tweede Kamer van 26 april 2011. Privacy First heeft ter onderbouwing van haar stelling dat “de regels in de Nieuwe Paspoortwet niet geschikt zijn om de in de Memorie van Toelichting aangegeven doeleinden te bereiken”, geen beroep gedaan op de in r.o. 1.13 bedoelde brief van de minister van 26 april 2011 en evenmin op de daarin verwoorde opvatting van de minister met betrekking tot het gebruik van de vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling (vgl. ook hiervoor onder 5.3). De Staat is dan ook niet ingegaan – en hoefde niet in te gaan – op de betekenis van die brief voor de vraag of de centrale opslag van vingerafdrukken geschikt is voor het daarmee beoogde doel.
- 7.8 Door zijn oordeel dat de maatregel (de opslag van vingerafdrukken in een centrale reisdocumentenadministratie) ongeschikt is niettemin (mede) op genoemde brief te gronden, is het hof buiten de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd getreden, en/of heeft het hof in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag van de vordering van Privacy First aangevuld, en/of heeft het hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven. Ook daarom kan dat oordeel niet in stand blijven.

Betekenis inhoud brief minister (onderdeel 2.3)

- 7.9 De klachten van onderdeel 2.3 spreken goeddeels voor zich. Zij komen erop neer dat het hof aan de inhoud van de brief van de minister niet de conclusie mocht verbinden dat de onderhavige maatregel ongeschikt is in de zin van art. 8 EVRM. In dat verband is van belang dat de minister alleen heeft aangegeven (i) dat hij – in het licht van de tot dusver beperkte voortgang van de technische ontwikkeling – twijfels heeft over de betrouwbaarheid van het gebruik van vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling,⁵⁴ en (ii) dat de regering daarom heeft besloten – op dit moment (“voor nu”) – niet over te gaan tot de opslag van vingerafdrukken in een centraal register. Uit de brief blijkt dus niet dat de minister van oordeel is dat de

⁵⁴ Waarover ook het HvJEU zich in het arrest *Schwarz* heeft uitgelaten.

maatregel *inherent* ongeschikt is. In essentie zegt hij niet veel meer dan dat de maatregel, in afwachting van de technologische ontwikkeling, *voorlopig* in de ijskast wordt gezet. De minister ziet op zichzelf echter nog steeds heil in het gebruik van vingerafdrukken als verificatiemiddel. Een en ander kan ook worden afgeleid uit het verslag van het Algemeen Overleg van 19 mei 2011. In dat overleg heeft de minister (mede naar aanleiding van genoemde brief) onder meer het volgende opgemerkt:⁵⁵

"In 2008 ging men er nog vanuit dat daar ook de vingerafdrukken bij zouden zitten. Dat geef ik zonder meer toe. Ook toen werd aangegeven dat voor deze toepassing eerst gekeken moest worden in hoeverre de techniek voor vingerafdrukken zich verder zou ontwikkelen. Er had op dat moment met betrekking tot de vingerafdruk ook besloten kunnen worden «nee, tenzij» in plaats van het «ja, mits», wat nu het uitgangspunt was. De wenselijkheid van biometrische gegevens stond destijds niet werkelijk ter discussie, behalve de centrale opslag ervan. Er werd verwacht dat de bruikbaarheid van de vingerafdrukgegevens voor identificatie en verificatie door de verdere ontwikkeling van de techniek zodanig zou verbeteren dat ten tijde van toepassing van de wet daaraan voldaan zou kunnen worden. Mijn besluit dat ik de Kamer per brief heb meegedeeld berust primair op de constatering dat deze technische ontwikkeling met betrekking tot identificatie- en verificatiedoelinden zich niet heeft voltrokken zoals verwacht. Dit is de reden om nu te zeggen dat we niet doorgaan met het verder ontwikkelen en dus ook niet met de opslag van de vingerafdruk, niet centraal en niet decentraal."

"Ik sluit niet uit dat voor biometrische opslag geheel nieuwe technologie ontstaat. Gelet op de voortgang van de techniek die nu is gebleken, acht ik het minder waarschijnlijk dat dit in deze kabinetsperiode nogmaals aan de orde komt. De Kamer wordt uiteraard ingelicht over de voortgang. Bij besluitvorming over doorgaan is de stand van de techniek bepalend. We hebben al biometrische gegevens op de reisdocumenten in de vorm van een foto. Er zijn methoden ontwikkeld waardoor deze gegevens kunnen worden gebruikt voor verificatie. Vingerafdrukken bieden op dat punt een extra waarborg als de verificatie goed onder controle is. Ik laat in het midden of je ze voor identificatie kunt gebruiken."

"Wil je identiteitsfraude voorkomen, dan is de vingerafdruk een beter instrument dan de foto."

De Staat benadrukt dat hij het voorgaande in appel niet naar voren heeft gebracht – en niet hoeven brengen – omdat Privacy First c.s. de brief van 26 april 2011 niet in de context van het geschiktheidsvereiste hebben aangehaald (vgl. onderdeel 2.2).

⁵⁵ Zie Kamerstukken II, 2010-2011, 25 764, nr. 47, p. 16-17, 20 resp. 28.

Wetgeving niet in werking getreden en noodzaak uitvoeringsregelgeving (onderdeel 2.4)

- 7.10 Een complicerende factor in deze zaak is dat de wetgeving die de rechtbank volgens het hof onrechtmatig had moeten bevinden, ten tijde van het vonnis niet in werking was getreden, terwijl ook nog niet duidelijk was wanneer zij wél in werking zou treden en bovendien nog uitvoeringsregelgeving nodig was. Tevens is van belang dat die uitvoeringsregelgeving mede bepalend zou zijn voor het opslagregime en dat de beslissing van de regering over de vormgeving van de centrale reisdocumentenadministratie eerst nog aan de Tweede Kamer diende te worden voorgelegd, zodat geen onomkeerbare stappen zouden worden gezet zonder dat de Tweede Kamer zich daarover opnieuw zou hebben kunnen uitlaten.
- 7.11 Onderdeel 2.4 voert aan dat die omstandigheden meebrengen dat de rechtbank niet reeds ten tijde van het vonnis had mogen oordelen dat de onderhavige maatregel niet aan het geschiktheidsvereiste voldeed, op de enkele grond dat het gebruik van vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling *op dat moment in het licht van de tot dusver beperkte voortgang van de technische ontwikkeling* niet mogelijk was, zonder een te hoog percentage gevallen waarin een “misser” wordt aangegeven bij een rechtmatige houder van het reisdocument. Reeds gezien de onzekerheid over de technologische geschiktheid van de maatregel ten tijde van inwerkingtreding van de wetgeving, had de rechtbank de vordering van Privacy First moeten afwijzen, althans de zaak moeten aanhouden. Dit klemt temeer nu een toewijzing van de vordering op dat moment een doorkruising zou hebben opgeleverd van het politieke besluitvormingsproces over de voor inwerkingtreding noodzakelijke uitvoeringsregelgeving.⁵⁶

8 Conclusie

Zoals in de cassatiedagvaarding.

⁵⁶ Vgl. HR 21 maart 2003, NJ 2003/691 (*Waterpakt/Staat*)

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	jwh.vanwijk@pelsrijcken.nl
zaaknr	10042369