

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Zitting: 21 november 2014

Rolnummer: C14/02737

SCHRIFTELIJKE TOELICHTING 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;
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 Sleeuwijk;
- 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:

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!

### **Inleiding**

1. Evenals de Staat noemt Privacy First en de Verordening EG nr. 444/2009 hierna de Paspoortverordening. Deze schrijft voor dat een paspoort van twee vingerafdrukken moet worden voorzien.
2. Voordat Privacy First en de cassatieklachten ingaat volgen enkele opmerkingen over de Paspoortwet voor zover voor de onderhavige zaak van belang
3. Op 11 juni 2009 (Stb. 2009, 252) is onder meer een gewijzigd artikel 4a (onderdeel I D) en een nieuw artikel 4b (onderdeel I E) van de Paspoortwet in het Staatsblad verschenen. Deze - niet in werking getreden - wijzigingen hielden verband met de beoogde permanente opslag van vingerafdrukken in een register waarin, kort en huiselijk gezegd, velen vrijelijk zouden kunnen grasduinen met onder meer opsporing en vervolging als doel.
4. De ‘kop’ die hiermee op de Paspoortverordening was gezet, achtte Privacy First, in gewone taal, buiten alle proporties en volstrekt in strijd met haar doelstelling. Daarom heeft zij de inwerkingtreding daarvan willen tegengaan.
5. Op 17 januari 2014 (Stb. 2014, 10) is een wijziging van voormeld artikel 4a (onderdeel I D) alsmede een wijziging van voormeld artikel 4b (onderdeel I E) in het Staatsblad verschenen. Ook deze wijzigingen zijn niet in werking getreden.<sup>1</sup>
6. Met die jongste wijzigingen is <sup>2</sup> evenwel de grootste angel uit de bezwaren van Privacy First gehaald omdat die wijzigingen, kort gezegd, ertoe leiden dat voormelde opslag er niet komt terwijl de minister heeft aangegeven dat de tijdelijk decentrale opslag bij de gemeenten alleen voor door de gemeente geautoriseerde werknemers toegankelijk is.<sup>3</sup>

### **Weerspreking van de klachten**

#### *Onderdeel 1.1*

7. Onderdeel 1.1 strekt, heel kort en naar de kern, ten betoeg dat het niet aan Privacy First maar aan de individuen is om de verbindendheid van de betreffende wetgeving aan te vechten, en dat zij dit bij de bestuursrechter kunnen doen. Het onderdeel wijst daarbij ook op de taakverdeling tussen de eerstgenoemde rechter en de burgerlijke rechter en het beroept zich in dat verband op het arrest van uw Raad van 9 juli 2010, NJ 2012, 241.
8. Het onderdeel faalt reeds op de grond dat in ieder geval de in Stb. 2009, 252 bekend gemaakte artikelen 4a en 4b – voor Privacy First de dreigende angel - niet verbindend zijn nu deze niet

---

<sup>1</sup> Het in de wettenbank te vinden artikel 4a is de thans geldende bepaling uit de Paspoortwet 2001, zij het dat dit op een zeer klein onderdeel is gewijzigd. Het in de wettenbank te vinden artikel 4b is het artikel zoals dat na de laatste wijziging luidt.

<sup>2</sup> Althans voor nu, want de politiek is (sterk) aan verandering onderhevig.

<sup>3</sup> Zie Kamerstukken II, 33 440, nr. 7, pg. 13.

in werking zijn getreden, en de bestuursrechter een Awb-babel besluit niet aan niet inwerking getreden wetgeving kan toetsen.

9. Privacy First heeft dit in haar memorie van grieven ook gesteld en de Staat heeft dit bij memorie van antwoord terecht niet weersproken. Sterker: voor zover het de niet in werking getreden wetgeving betreft heeft de Staat daarin alleen betoogd dat voldoende belang ontbreekt.<sup>4</sup>
10. Maar ook indien de betreffende wetgeving wel in werking zou zijn getreden, en dus verbindend zou zijn – waarvan de stellers van het middel kennelijk zijn uitgegaan – zou Privacy First als stichting ontvankelijk zijn. Ter toelichting het volgende.
11. In de eerste plaats geldt dat het individu dat persoonlijk bezwaar heeft tegen het opslaan van zijn vingerafdruk, en dat een bestuursrechtelijke procedure uitlokt, de bestuursrechter onder meer zal moeten vragen om de gemeente te verbieden die afdruk voor opslag af te staan. De Awb echter biedt de bestuursrechter die mogelijkheid niet.
12. Zelfs echter indien een gang naar de bestuursrechter wel soelaas zou kunnen bieden dan zal dat voor vele individuen te bezwaarlijk zijn: zij dienen op hun aanvraag een afwijzing uit te lokken, komen dan zonder paspoort te zitten terwijl, aldus ook Schutgens onder punt 5 van zijn noot onder het arrest in kwestie,<sup>5</sup> dit document voor de meeste burgers praktisch noodzakelijk is. Zie in dit verband ook het arrest Leenders/Ubbergen, HR 11 oktober 1996, NJ 1997, 165 m nt MS.
13. In de tweede plaats zijn de belangen die door de betreffende wetgeving worden geraakt, niet zodanig eenvormig dat slechts sprake van een bundeling van gelijksoortige belangen is. Dit blijkt in het bijzonder uit het feit dat de natuurlijke personen die met Privacy First deze rechtszaak zijn begonnen, zeer uiteenlopende bezwaren tegen de opslag van vingerafdrukken in een register hebben geuit. Deze redenen lopen van het bezwaar tegen het opslaan van vingerafdrukken in een centraal register, het opslaan in een register sec tot en met het bezwaar tegen het afnemen van vingerafdrukken op zich. Deze verschillende belangen laten zich ter wille van een effectieve rechtsbescherming groeperen onder een gemeenschappelijke noemer: het voorkomen van een onrechtmatige inbreuk op de privacy, het belang dat Privacy First zich ingevolge haar statuten aantrekt. Dit zo zijnde kan het niet anders zijn dan dat Privacy First reeds op die grond, ex artikel 3:305a BW, ontvankelijk is. Vgl. in dit verband bijvoorbeeld ook het arrest HR 9 april 2010, NJ 2010, 388 (Staat en SGP/Clara Wichmann).
14. Uit het voorgaande volgt tevens dat de onderhavige zaak niet vergelijkbaar is met die waarover in het arrest HR 9 juli 2010, NJ 2012, 241 is geoordeeld.

#### *Onderdeel 1.2*

15. De Staat keert zich in 1.2 tegen de overweging van het hof dat Privacy First aannemelijk heeft gemaakt dat zij ook een eigen vermogensrechtelijk belang bij haar vordering heeft. Nu de

---

<sup>4</sup> Zie §§ 42 tot en met 44 van de mvg en § 6.3 van de mva.

<sup>5</sup> JB 2014, 76.



Staat zich hiermee richt op een overweging die niet dragend is moet haar klacht stranden wegens gebrek aan belang. Voor zover de klacht relevantie zou hebben omdat het middel onder 1.1. zou slagen geldt het volgende.

16. Het hof heeft met juistheid overwogen dat Privacy First ook voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij een eigen (vermogensrechtelijk) belang bij haar vordering heeft. Indien de belangenorganisatie een eigen belang heeft bij toetsing van de regeling door de burgerlijke rechter, bijvoorbeeld doordat zij haar werkzaamheden door de gewraakte maatregel niet goed kan doen, is zij immers wel ontvankelijk (HR 3 september 2004, AB 2005, 74). Dit is dan op grond van 3:303 BW en niet op grond van 3:305a BW. Het hof heeft terecht in het onderhavige geval overwogen dat, nu Privacy First heeft aangevoerd onevenredig veel tijd en middelen te moeten steken in individuele procedures van burgers bij de bestuursrechter, terwijl deze tijd en middelen niet meer kunnen worden aangewend voor andere werkzaamheden van de stichting, ook dit een reden voor ontvankelijkheid van Privacy First was.

*Onderdelen 2.1 en 2.3*

17. De Staat klaagt in 2.1 dat het onbegrijpelijk is dat het hof van oordeel is dat het opslaan van vingerafdrukken in een centraal register, ten tijde van het wijzen van het vonnis van de rechtbank, geen geschikt middel in de zin van artikel 8 EVRM zou zijn om het doel van verificatie en identiteitsvaststelling te verwezenlijken. Dit zou het hof niet hebben kunnen overwegen omdat het HvJEU in het arrest Schwarz van 17 oktober 2013 (zaak C-291/12, JB 2013/235) heeft beslist dat opslag van vingerafdrukken op het reisdocument zelf, ondanks missers, geschikt is om de identiteit te verifiëren.
18. Onderdeel 2.3 hangt nauw met deze klacht samen. Het klaagt dat het oordeel van het hof dat de uitspraak van de minister niets anders kan betekenen dan dat de opslag van vingerafdrukken in een centraal register niet geschikt is voor het aanvankelijk beoogde doel, mede in het licht van het arrest Schwarz, onbegrijpelijk is. Dit omdat het hof miskent dat de minister slechts twijfels heeft en een beleidsmatige keuze maakt en dit niet noodzakelijk meebrengt dat de maatregel niet aan het geschiktheidsvereiste voldoet.
19. Onjuist is dat met het gegeven dat het HvJEU oordeelt dat de vingerafdrukken in een paspoort opnemen een geschikt middel is om het doel van de Paspoortverordening te bereiken ook zou betekenen dat het opnemen van vingerafdrukken in een (de)centraal register een geschikt middel is.
20. Het HvJEU heeft in het arrest Schwarz beslist dat het afnemen van vingerafdrukken en bewaren daarvan op de reisdocumenten, ondanks mogelijke missers, een passende wijze is om de doelstellingen van de Paspoortverordening te bereiken. Die doelstellingen zijn, overweegt het HvJEU in rov. 36, het voorkomen van paspoortvervalsing en het voorkomen van frauduleus gebruik van paspoorten met name door anderen dan de wettelijke houder. Onder rov. 37 overweegt het HvJEU dat de doelstellingen van de verordening dienen te worden gezien in verband met het streven de illegale binnenkomst van personen op het grondgebied van de Unie te voorkomen. In rov. 45 concludeert het HvJEU dat het afnemen en bewaren van

vingerafdrukken op het reisdocument geschikt is om de doelstellingen van de verordening te verwezenlijken. In rov. 42 en 43 overweegt het HvJEU dat de methode weliswaar niet volledig betrouwbaar is, maar dat dit niet doorslaggevend is. In rov. 60 overweegt het HvJEU nog eens expliciet dat de verordening bepaalt dat vingerafdrukken enkel mogen worden bewaard in het paspoort zelf, dat exclusief in het bezit blijft van de houder ervan en in rov. 61 dat de verordening geen basis biedt voor de opslag in een register of voor andere doeleinden dan het voorkomen van illegale binnenkomst in de Unie. In rov. 62 wijst het HvJEU er juist uitdrukkelijk op dat de risico's die verbonden zijn aan een mogelijke centralisatie van verzamelde gegevens in voorkomend geval niet de geldigheid van de verordening betreffen maar aan de orde moeten komen in het kader van een nationale procedure tegen een wettelijke regeling die daarin voorziet.

21. De uitspraak in de zaak Schwarz is dus zeker niet als argument te gebruiken om het oordeel van het hof dat het middel waarin de nieuwe Paspoortwet voorziet geschikt is te achten voor het doel ervan ondanks de missers, te ontcrachten. Doel van de, niet in werking getreden bepalingen in Stb. 2009, 252 waarover bij de rechtbank nog werd geprocedeerd en naar welk moment het hof oordeelt, was verificatie en identificatie door middel van de opslag in een register van vingerafdrukken waardoor het mogelijk wordt burgers na een ramp te identificeren, terrorisme te bestrijden, en in het kader van opsporing en vervolging de gangen van een persoon aan de hand van zijn vingerafdrukken na te gaan.
22. Dit is een heel ander doel dan dat van de Paspoortverordening, het strekt veel verder en behelst een enorme inbreuk op de privacy. Indien hierbij missers optreden kunnen de gevolgen direct zeer ernstig zijn, zeker indien het raadplegen van het register in het kader van opsporing en vervolging geschiedt. Hetgeen het HvJEU heeft overwogen in de zaak Schwartz kan daarom niet, en blijkens rov. 62 wil het HvJEU dat ook niet, worden getransponeerd naar de Nederlandse situatie van een register dat (ten tijde van het wijzen van het vonnis van de rechtbank) voor onder meer de opsporingsautoriteiten toegankelijk is. De uitspraak dwong het Haagse hof zeker niet tot het oordeel dat permanente opslag van vingerafdrukken wel een geschikt middel was voor het door de Paspoortwet beoogde doel.
23. De minister komt zelf tot de conclusie dat het gebruik van vingerafdrukken voor identificatie en verificatie niet mogelijk is zonder een *te hoog* percentage gevallen waarin een misser bij een rechtmatige houder wordt ingegeven. Deze formulering duidt niet op twijfel maar op een zekerheid: er zijn te veel missers. Het oordeel van het hof dat de minister hiermee zegt dat dit middel niet geschikt is voor het doel is daarmee niet onbegrijpelijk. Dat de uitspraak van de minister slechts zou zijn ingegeven door beleidsmatige aspecten blijkt niet uit zijn brief en doet overigens niet af aan zijn constatering.

#### *Onderdeel 2.2*

24. De Staat klaagt in onderdeel 2.2 dat het hof buiten de rechtsstrijd is getreden dan wel de feitelijke grondslag van de vordering in de zin van 24 Rv heeft aangevuld dan wel een verrassingsbeslissing heeft gegeven door niet door partijen aangehaalde passages uit de brief van de minister te citeren waaruit blijkt dat het opslaan van vingerafdrukken voor de doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling niet geschikt is.



25. Zoals de Staat zelf ook aangeeft heeft Privacy First aangevoerd dat de nieuwe Paspoortwet niet geschikt is de genoemde doeleinden te bereiken. Hieruit volgt al dat het hof niet, in strijd met art. 24 Rv, buiten de rechtsstrijd treedt door over die geschiktheid een oordeel te geven. Hoogstens is sprake van het bijbrengen van een feitelijk gegeven. Ook dit is echter niet het geval. Binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil mag de rechter rekening houden met ervaringregels en feiten van algemene bekendheid, al hebben partijen zich daarop niet uitdrukkelijk beroepen (149 lid 2 Rv). De brief van de minister is een feit van algemene bekendheid, immers, zij is kenbaar uit een voor een ieder toegankelijke bron, zodat het hof de brief mag gebruiken, ook al zou zij niet zijn overgelegd.
26. De klacht dat het hof de Staat nog gelegenheid had moeten bieden kennis te nemen van de mogelijke interpretatie van de inhoud door het hof ontbeert belang. Nu het een brief betreft waarin het standpunt van de Staat door een van haar organen wordt uitgedragen mag de Staat niet alleen bekend worden verondersteld met de inhoud er van, maar mocht het hof er ook van uit gaan dat de inhoud van de brief het standpunt van de Staat behelst. Nu de brief niet voor tweeërlei uitleg vatbaar is, heeft het hof mogen oordelen dat hetgeen in de brief is vermeld betekent dat de opslag van vingerafdrukken in een centraal register niet geschikt is, in de zin van art. 8 EVRM, voor het daarmee aanvankelijk beoogde doel.

#### *Onderdeel 2.4*

27. Onderdeel 2.4 klaagt er over dat het hof onvoldoende gewicht heeft toegekend aan het feit dat de rechtbank haar beslissing had moeten aanhouden dan wel de vordering had moeten afwijzen nu zij terughoudend zou hebben moeten toetsen omdat het toekomstige wetgeving betrof, dat het best kon zijn dat de technische mogelijkheden bij invoering van de wetgeving zodanig waren dat een centraal register met vingerafdrukken wel geschikt was in de zin van art. 8 EVRM en dat de uiteindelijke invoering onderhevig zou zijn aan goedkeuring van de Tweede Kamer.
28. Voorop gesteld zij dat de rechter wetgeving terughoudend toetst aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Daarnaast heeft te gelden, maar dit heeft niet zo zeer te maken met de terughoudendheid van de toetsing, dat in geval van in de toekomst te verrichten handelingen die middels een verklaring voor recht verboden moeten worden omdat die onrechtmatig zouden zijn, er voldoende belang moet bestaan bij de vordering, in die zin dat er een reële dreiging bestaat (HR 21 december 2001, NJ 2002, 217 m nt TK).
29. Ten tijde van de eerste aanleg van het onderhavige geding was de dreiging reëel dat permanente opslag in een register plaats zou gaan vinden nu dit uit de bewuste in 2009 bekend gemaakte bepalingen volgde en de regering deze eenvoudig bij K.B. in werking kon laten treden.
30. Anders dan de Staat lijkt te menen waren de omstreden bepalingen ten tijde van het door de rechtbank te wijzen vonnis dus al wel van hun democratische legitimatie voorzien en hoefde de regering deze alleen nog maar bij K.B. in werking te laten treden. Dat de minister van BZK

zegt de Tweede Kamer opnieuw te zullen consulteren bij het vormen van een register maakt dit niet anders.

31. Voorts betrof, zoals de Staat met juistheid stelt, het stopzetten van de centrale opslag in eerste instantie slechts een beleidsvoornemen van de minister ingegeven door de technische onhaalbaarheid van de opslag, maar was de gedachte dat centrale opslag wenselijk was niet van de baan. Dat de technische onhaalbaarheid door het aantal missers ongeschiktheid van het middel voor het te bereiken doel van verificatie en identiteitsvaststelling betekent is, zoals hiervoor is uiteengezet, niet onbegrijpelijk. Al met al was, zoals het hof kennelijk en met juistheid oordeelt, de dreiging van onrechtmatige, want in strijd met Europese regelgeving, wetgeving voldoende concreet en reëel om een verklaring voor recht af te geven dat deze wetgeving onrechtmatig is.

*(Sub)onderdelen 3*

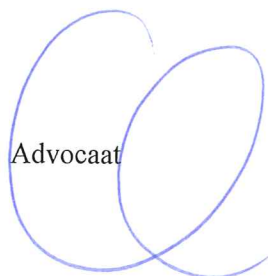
32. De Staat klaagt in middelonderdeel 3 dat het hof niet in het midden had mogen laten of Chau cs ontvankelijk waren of niet terwijl het hof vervolgens toch de staat veroordeelt in de proceskosten van Privacy First en Chau cs. Het hof had moeten oordelen over de ontvankelijkheid van Chau cs, want indien zij in eerste instantie en in appel niet ontvankelijk zouden zijn, zou een proceskostenveroordeling ten gunste van de Staat in de rede liggen op grond van artikel 237 Rv.
33. Ook bij deze klacht heeft de Staat geen belang. Het hof had in ieder geval sommigen in de gelederen van Chau cs ontvankelijk moeten verklaren en vervolgens op dezelfde gronden als ten aanzien van Privacy First moeten oordelen dat de inhoudelijke klacht hout snijdt. Een proceskostenveroordeling van de Staat is daarmee op zijn plaats. Ontvankelijkheid van (sommigen van) Chau cs volgt uit het volgende.
34. Als reeds gezegd is het niet mogelijk toekomstige wetgeving in een procedure bij de bestuursrechter te laten toetsen. Dit kan alleen bij de burgerlijke rechter zodat degenen onder de gelederen van Chau c.s. die zich keren tegen de mogelijkheden die de in Stb. 2009, 252 bekend gemaakte artikelen 4a en 4b bieden, ontvankelijk zijn op de grond dat er geen met voldoende waarborgen omgeven bestuursrechtelijke rechtsgang bestaat.
35. Degenen onder Chau cs die bezwaar hebben tegen het opslaan van vingerafdrukken in een (tijdelijk) register en de groep die bezwaar heeft tegen het afstaan van vingerafdrukken sec, beide maatregelen op grond van de geldende wet, zouden ook ontvankelijk moeten worden verklaard. Zij hadden immers geen redelijk alternatief voor de procedure bij de burgerlijke rechter.
36. Voor het overige zij verwezen naar het gestelde in de §§ 11 en 12.
37. Zelfs indien het hof Chau cs niet ontvankelijk had moeten verklaren heeft te gelden dat het oordeel van het hof dat de Staat in de kosten van Chau cs moet worden veroordeeld begrijpelijk is. Uit de memorie van toelichting bij de herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, is te lezen:

“Indien de burger ten onrechte de burgerlijke rechter heeft benaderd als gevolg van verwijtbaar handelen van het bestuursorgaan, kan de rechter op grond van artikel 2.11.9, eerste lid, derde volzin, de nodeloos gemaakte kosten laten komen voor rekening van de partij die deze heeft veroorzaakt. Het gaat hier om nodeloos gemaakte kosten, aangewend of veroorzaakt door het bestuursorgaan van de staat.”<sup>6</sup>

38. Het eerste lid derde volzin van bedoeld artikel (nu: 237 Rv) luidt dat kosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt voor rekening blijven van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte. Kennelijk heeft het hof geoordeeld dat er verwijtbaar handelen is van een bestuursorgaan/de Staat, nu met Privacy First ook Chau cs inhoudelijk in het gelijk zijn gesteld in deze procedure en het de Staat is geweest die zich steeds op het verkeerde standpunt heeft gesteld. Zodoende heeft het hof kunnen oordelen dat er aanleiding bestaat op grond van de genoemde bepaling, ook zonder een oordeel te geven over de ontvankelijkheid, af te wijken van artikel 237 Rv op de wijze zoals het heeft gedaan in lijn met de parlementaire geschiedenis van dit artikel.

**Met conclusie:** tot verwerping; kosten rechtens.

Advocaat



---

<sup>6</sup> Kamerstukken II, 26 855, nr. 3, p. 81.