

**AAN DE AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VAN DE RAAD VAN STATE
TE 'S-GRAVENHAGE**

HOGER BEROEPSCHRIFT
Grievens bij hoger beroep weigering paspoort
Datum grieven: 22 juni 2012

Geeft eerbiedig te kennen;

M. Roest, wonende te Amsterdam , te dezer zake domicilie kiezende te Leiden aan de Korte Mare 14 (Postbus 304, 2300 AH Leiden) ten kantore van Ad Astra Advocaten, van wie advocaat **mr. J. Hemelaar** in deze als gemachtigde optreedt en bepaaldelijk gevolmachtigd is om het onderhavig hoger beroepschrift in te dienen.

1. Appellante heeft een paspoort aangevraagd op 25 augustus 2010 bij de Burgemeester van Amsterdam. De Burgemeester van Amsterdam heeft op dezelfde datum besloten de aanvraag van appellante buiten behandeling te stellen.
2. Appellante heeft daarop op 25 augustus 2010 bezwaar aangetekend. Ook op het bezwaarschrift is negatief beschikt, en wel op 1 april 2011.
3. Daarop heeft appellante beroep aangetekend tegen deze beschikking op 15 april 2011. Het beroep is ongegrond verklaard door de Rechtbank op 18 april 2012. Appellante kan zich met deze beslissing niet verenigen, weshalve zij bij brief van 30 mei 2012 in hoger beroep is gekomen bij Uw Afdeling. Appellante wenst thans, zonder volledigheid na te streven, de grieven aan te voeren.
4. Appellante wenst de volgende grieven tegen de aangevallen uitspraak aan te voeren.



Grief I: Ten onrechte heeft de Rechtbank nagelaten een aantal relevante wetsartikelen te benoemen in de uiteenzetting van het wettelijk kader onder 2.

Toelichting:

5. In paragraaf 2 van haar uitspraak heeft de Rechtbank het wettelijk kader beschreven waartegen zij de toetsing heeft doen plaatsvinden.
6. Ten onrechte heeft de Rechtbank daarbij niet gewezen op artikel 1, tweede lid, van Verordening 444/2009, welke bepaalt dat het opslagmedium op de paspoorten en reisdocumenten aan de hoogste veiligheidseisen moet voldoen. Evenmin heeft de rechtbank er op gewezen dat hetzelfde lid vereist dat het opslagmedium voldoende geschikt is om de integriteit, de authenticiteit en de vertrouwelijkheid van de gegevens te garanderen. In de procedure heeft appellante haar standpunt dat deze vereisten door de Burgemeester worden geschonden met behulp van uitgebreide onderbouwing aannemelijk gemaakt.
7. Ook in de (onderzoeks)literatuur en in de uitkomsten van diverse tests die nota bene door de overheid zelf zijn opgezet, komt naar voren dat de aspecten van bescherming en betrouwbaarheid van de gegevens onder de maat zijn. Het percentage mismatches is met 20-25 % extreem hoog, en zal de paspoorthouder *du moment* dat het verband tussen hem/haar en zijn/haar paspoort wordt gecontroleerd in problemen brengen. De keuze van de soort chip en de wijze waarop de gegevens worden gedeeld over het Gemnet vormen weer andere bedreigingen waarvoor de burger gevrijwaard was geweest indien voldoende acht was geslagen op en uitvoering was gegeven aan het tweede lid van artikel 1 van de Verordening. Nog zeer recentelijk heeft het parlement daaruit zijn conclusies getrokken. Op 7 juni 2012 kon men vernemen dat er een kamermeerderheid is die gevraagd heeft het verplicht opnemen van vingerafdrukken ter discussie te stellen (**Productie 2**).
8. Daags ervoor erkende Minister Spies dat de gegevens niet beschermd waren tegen ongeautoriseerde kennisname door een andere mogendheid. De Minister gaf aan, dat zij het nodig achtte dit gat in de bescherming te gaan repareren (**Productie 3**). Ook het ontbreken van voldoende maatregelen op dit vlak mag beschouwd worden als een niet-voldoen aan art. 1 lid 2 van de Verordening, terwijl dit tevens een relevant gegeven is met betrekking tot de vraag of voldoende flankerende maatregelen zijn genomen, welke eis door diverse internationale Verdragen wordt gesteld.
9. In de uiteenzetting van het wettelijk kader ontbreekt voorts artikel 1 bis van de Verordening. Naar artikel 1 bis lid 1 van de Verordening dienen de vingerafdrukken afgenomen te worden “door gekwalificeerd en bevoegd personeel van de nationale autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de afgifte van paspoorten en reisdocumenten”. Appellante ziet dat de Burgemeester ook op dit punt in strijd handelt met de Verordening, aangezien het personeel bij Burgerzaken niet is opgeleid om met deze uiterst gevoelige en complexe data om te gaan. Dit probleem is door de Minister van Binnenlandse Zaken zelf aangedragen in een brief van 26 april 2011 aan de Tweede Kamer, waarin hij stelt dat duizenden op dat gebied ongeschoolde medewerkers betrokken zijn bij het aanvraag- en uitgifteproces van de reisdocumenten (kenmerk 2011/U51459, p. 4).



10. Daarnaast ontbreekt in de uiteenzetting van het wettelijk kader artikel 1bis lid 2, volgens hetwelk biometrische kenmerken verzameld dienen te worden overeenkomstig de waarborgen vastgelegd in het EVRM. Ook dienen lidstaten volgens dit artikel passende procedures te verzorgen “ter waarborging van de waardigheid van de betrokkene ingeval van moeilijkheden bij het opnemen van de gegevens”. Appellant meent dat hiermee ook gewetensbezwaarden bedoeld zijn, en is niet van het bestaan van zulke procedures op de hoogte.
11. Aangezien het omschreven wettelijk kader de omvang van de toetsing door de rechtbank heeft bepaald, hebben de bovenstaande bepalingen klaarblijkelijk geen, of althans onvoldoende een rol gespeeld bij de totstandkoming van de aangevallen uitspraak. Dat klemmt, nu met deze vereisten juist essentiële belangen gemoeid zijn – niet alleen met betrekking tot de bezwaren van appellante, maar ook die van een correcte interpretatie van de Verordening en een volledige toetsing daarvan door de rechter.
12. Nu de uiteenzetting van het wettelijk kader kennelijk de achtergrond is tegen welks licht de bestreden beschikking is gehouden, hadden deze bepalingen niet mogen ontbreken.

Grief II: Ten onrechte heeft de Rechtbank gesteld: “Ter zitting heeft de gemachtigde van eiseres desgevraagd toegelicht dat haar beroepsgronden niet zijn gericht tegen de Verordening. De verbindendheid van de Verordening is door eiser nadrukkelijk niet ter discussie gesteld. De Rechtbank gaat daarom uit van de verbindendheid van de Verordening.” (r.o. 3.6)

Toelichting:

13. De gemachtigde is gevraagd of hij de verbindendheid van de Verordening ter discussie wenste te stellen. De gemachtigde heeft daarop ten antwoord gegeven dat de verbindendheid van de Verordening in deze procedure niet ter discussie is gesteld, omdat de beschikking op bezwaar daar geen aanleiding toe bood.
14. De Burgemeester heeft zich immers verlaten op de nationaalrechtelijke wet- en regelgeving en deze ten grondslag gelegd aan zijn beslissing.
15. Om een gegrond beroep te verkrijgen, was het dus niet nodig om iets op te merken over de verbindendheid van de Verordening. Waar over gediscussieerd is in deze procedure, is de vraag of de Burgemeester (die overigens niet wordt geadresseerd in de Verordening: die Verordening richt zich tot de lidstaten) terecht de aanvraag buiten behandeling heeft gesteld op grond van de artikelen 3 lid 3 en 3 lid 8 van de Paspoortwet en artikel 28a en 39 van de PUN. Nu daarover al zeer uitgebreid gronden waren aangevoerd, had gemachtigde van appellante geen aanleiding gezien om zich uit te laten over de Verbindendheid van de Verordening.
16. Ook verweerder had geen expliciet standpunt ingenomen over de verbindendheid van de Verordening, en nu in het bestuursrecht de aanvrager reageert op afwijzingen, en niet vooruit



hoeft te lopen op wat het bestuursorgaan misschien nog wel allemaal meer dént, maar niet zegt, is de discussie niet gevoerd.

17. In een andere zaak voor de Rechtbank Amsterdam --die van de heer P. Deutekom-- is een dergelijke discussie overigens wél gevoerd. In de parallelle zaak aan die van appellante, de zaak Jongenelen, is daarover tijdens een eerdere zitting (toen de zaken van Jongenelen en appellante nog niet gevoegd werden behandeld) ruim gemotiveerd opgemerkt, dat de gemachtigde van de heer Jongenelen (tevens gemachtigde van appellante in haar later aangevangen procedure) van mening was dat het oordeel van de Rechtbank in de zaak van Deutekom geenszins op juiste gronden was gebaseerd en dat ook de wijze waarop de heer Deutekom (die zijn zaak zonder rechtsbijstand door een gemachtigde voerde) daarmee ter zitting was overvallen, te betreuren was. Maar in de zaak van appellante is die kwestie niet aan de orde geweest.
18. Het antwoord op de vraag van de Rechtbank is op zéér verkorte wijze in het proces-verbaal van de zitting terecht gekomen. De samenvatting van dit standpunt alsof (gemachtigde van) appellante had willen zeggen “De Verordening is bindend” wordt uitdrukkelijk bestreden als juiste samenvatting. “*De Verordening is bindend*” is nimmer door appellante of haar gemachtigde gezegd. Zij hadden geen enkele aanleiding zich daarover uit te laten. En als zij zich al daarover hadden willen uitlaten, dan zou eerder het tegendeel hun uitlating zijn geweest. “*De Verordening is niet door eiseres ter discussie gesteld*” zou wél een correcte samenvatting zijn, mits opgevat in de hierboven bedoelde zin: dus als feitelijke beschrijving van wat er is gebeurd, en niet als normatieve uitspraak.
19. Voorts heeft appellante zich duidelijk op het standpunt gesteld dat zij aanspraken kan ontleen aan artikel 8 EVRM. In een dergelijk geval geldt het adagium ‘*ius curia novit*’ en had de Rechtbank (als zij zelf graag een discussie gevoerd had willen zien over de vraag of de Verordening al dan niet verbindend is) dat beroep tevens moeten begrijpen als een inroepen van bescherming van het mensenrechtenverdrag tegen de toepassing van welke regeling dan ook die leidt tot verlies van privacy, of dat nu gebaseerd was op de PUN, de Paspoortwet of de Verordening.
20. Appellante vindt, dat deze rechtsoverweging, en ook bij enkele andere waartegen zij zich met grieven richt, het vermoeden doet rijzen, dat de Rechtbank naar een doel heeft toe geredeneerd, en dat dat doel er in elk geval niet in bestond appellante te ontvangen in haar beroep. Bij een dergelijke benadering ziet men wel minder sterke motiveringen en/of weerleggingen aan de oppervlakte verschijnen. De aangevallen uitspraak kenmerkt zich door zulke wankel argumentaties.
21. Wat hiervan ook zij, naar de mening van appellante heeft de Rechtbank uit het feit dat iets niet ter discussie werd gesteld door haar gemachtigde (om reden dat het niet als argument was gevoerd door verweerder) niet mogen afleiden dat zij ook maar enigerlei de verbindendheid van de Verordening erkende. Evenmin mocht de Rechtbank “daarom” uitgaan van de verbindendheid van de verordening.



22. Volledigheidshalve merkt appellante op, dat áls zij zich moet uitlaten over de vraag of naar haar mening de Verordening verbindend is, zij die vraag ontkennend zal beantwoorden. Zij kan zich wat dat betreft vinden in de opvattingen van de Duitse klager in de procedure waarnaar verwezen wordt onder grief XV.

Grief III: Ten onrechte heeft de Rechtbank nagelaten te beoordelen of de inbreuk op de mensenrechten, die gevormd wordt door het verlangen dat appellante haar vingerafdrukken afstaat ter verwerking daarvan in een (tijdelijk als zodanig in de administratie aanwezig) databestand en vervolgens in een reisdocument (dat eigendom blijft van de Nederlandse Staat) gerechtvaardigd wordt door een *pressing need necessary in a democratic society*.”

Toelichting:

23. Alle rechters die zich tot nu toe over deze vraag hebben uitgelaten, hebben vastgesteld, dat de eis om vingerafdrukken af te staan een inbreuk is op de mensenrechten. De mensenrechten zijn in diverse verdragen vastgelegd (onder meer het EVRM en het IVBPR) en ook de Grondwet gaat ervan uit, dat de Nederlandse Staat de mensenrechten respecteert. De inbreuk op zo'n recht kan alleen onder bepaalde stringente voorwaarden beschouwd worden als gerechtvaardigd. Ook de andere partijen die betrokken zijn bij procedures over het afstaan van vingerafdrukken voor een reisdocument, zowel de diverse aanvragers als de Burgemeesters, zijn deze mening toegedaan.
24. Appellante heeft duidelijk aangegeven dat zij meent dat de inbreuk in dit geval niet gerechtvaardigd is.
25. De Rechtbank heeft de taak om in zo'n geval vol te toetsen.
26. De Rechtbank heeft zich echter op geen enkele manier uitgelaten over de vraag of de inbreuk gerechtvaardigd is. Zonder rechtsoverweging op dit punt is het evenwel niet mogelijk de (on)rechtmatigheid van het bestreden besluit te beoordelen.
27. De Rechtbank heeft derhalve met een juiste toepassing van de rechtsregels niet kunnen komen tot haar oordeel, dat het beroep ongegrond zou zijn. De aangevallen uitspraak gaat ten minste mank aan een ernstig motiveringsgebrek, maar eerder moet het ervoor worden gehouden, dat de uitspraak het gevolg is van een *inhoudelijk* gebrekkige beoordeling en daardoor op onjuiste gronden is gedaan, en de uitkomst van de overwegingen onjuist en aantastbaar is.
28. Ten aanzien van deze grief wordt voorts verwezen naar zowel de voorgaande grief als naar grieven XII en XIII.

Grief IV: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “De in de Verordening neergelegde verplichting om vingerafdrukken in het reisdocument op te nemen impliceert naar het oordeel



van de Rechtbank, dat de aanvrager van het reisdocument vingerafdrukken ook feitelijk dient af te staan.”

Toelichting:

29. De verordening legt een verplichting op aan de lidstaten. Met betrekking tot de vraag hoe de lidstaten aan de vingerafdrukken komen (eenmaal allemaal tegelijk inleveren; ieder voor zich bij de volgende aanvraag inleveren; telkens bij een aanvraag inleveren of éénmaal in een landelijke opslag laten opnemen, waaruit daarna geput kan worden), dat zijn vragen die de Verordening overlaat aan de nationale wetgever. In de procedures die gingen over de centrale opslag is dat ook steeds door de diverse Burgemeesters (inclusief die van Amsterdam!) naar voor gebracht: het gaat bij dit punt niet om een Europese beslissing, maar om een nationaalrechtelijke beslissing.
30. Onze nationale wetgever heeft eerst gedacht aan een landelijke opslag, welke had kunnen dienen als bron voor de in paspoorten op te nemen vingerafdrukken. Van dat pad is de wetgever teruggekomen.
31. De wetgever heeft echter nergens geregeld dat burgers verplicht zijn hun vingerafdrukken te geven. Een dergelijke bepaling is buiten strafvorderlijke bevoegdheden tot gedwongen afname (en de straf die staat op het weigeren van een ambtelijk bevel) nergens geregeld. In een dergelijke regeling zouden de waarborgen die burgers toekomen opgenomen hebben kunnen worden: onder welke omstandigheden moeten vingerafdrukken worden afgegeven; wat moeten burgers zich wel en niet laten gevallen tijdens het proces van afname; welke belangen worden wel en niet meegewogen; hoe kunnen burgers een rechtsmiddel aanwenden; hoe zal met de verstrekte gegevens worden omgegaan, en welke rechten op verwijdering of wijziging hebben de burgers?, de aansprakelijkheid van de overheid als er schade uit de afname zou ontstaan (b.v. wegens verlies van gegevens, diefstal door onbevoegden uit de gemeentelijke bestanden; of het plaatsnemen van een mismatchende vingerafdruk in een chip, zodat iemand bij controle ten onrechte verdacht zou kunnen worden van identiteitsfraude) en meer van dergelijke zaken.
32. De wetgever heeft echter onvoldoende aandacht gehad voor zulke aspecten om dienaangaande een regeling te treffen. Vandaar dat het ook niet gekomen is tot een wettelijk neergelegde verplichting om vingerafdrukken af te staan. Die in steek was misschien verklaarbaar bij de snelheid waarmee het project werd uitgerold richting een multi-inzetbare centrale databank.. Echter, nu van die weg is teruggekomen, treedt ook dit gebrek aan het licht.
33. Niemand zal ontkennen dat de Europese wetgever verwachtte dat de uitgevende instanties van paspoorten en andere reisdocumenten er wel op zouden toezien dat zij aan hun vingerafdrukken kwamen, maar die aanname kan niet tot een implicatie leiden dat de burgers de vingerafdrukken dan ook feitelijk *dienen* af te staan op gezag van de EU-wetgever (cursivering JH om het verplichtingenkarakter dat de Rechtbank aanneemt aan te geven). De Europese wetgever heeft dit expliciet aan de lidstaten overgelaten. Er mag dus geen impliciete verplichting worden ingelezen in de Verordening. De EU-wetgever heeft die juist expliciet eruit geschreven.



34. Als de EU-wetgever de verplichting aan de burgers om hun vingerafdrukken feitelijk te geven had willen regelen, dan had de EU-wetgever daarbij ook alle waarborgen, regels en aansprakelijkheden moeten regelen. Daarmee zou zij de grenzen van haar bevoegdheden die haar verdragsrechtelijk toekomen als regelende instantie, te buiten zijn getreden.
35. Het gat is niet opgevuld door de nationale wetgever. Het is juist één van de bezwaren van appellante, dat de nationale wetgever de zaken op dit punt niet voldoende geregeld heeft. De denktrant van de Rechtbank (het één veronderstelt logischerwijze het ander) legt juist de vinger op de wonde. Hier is de zwakke stee in het wetgevingsproces. Inderhaast bij het nastreven van ander (inmiddels verlaten) doel is volkomen voorbij gegaan aan het in deugdelijke wetgeving neerleggen van rechten en verplichtingen van de burger.
36. De Rechtbank merkt terecht op dat er hier iets ontbreekt. Dat gebrek kan echter niet zomaar veronderstellenderwijs “impliciet”(en dan nog impliciet bij de verkeerde instantie) gerepareerd worden. De constatering van de Rechtbank, dat het een niet zonder het ander kan, moet ertoe leiden dat als het één niet is geregeld, het ander óók op losse schroeven staat.

Grief V: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “Nu eiseres heeft geweigerd om haar vingerafdrukken af te staan en deze verplichting tot afgifte voortvloeit uit de Verordening, heeft verweerder naar het oordeel van de Rechtbank gelet op artikel 39, eerste lid, van de PUN, terecht besloten om de aanvraag van eiseres niet (verder) in behandeling te nemen.” (r.o. 3.7)

Toelichting:

37. Hiervoor is reeds opgemerkt, dat de gestelde verplichting niet terug te vinden is in de Verordening. De betreffende verordening richt zich voorts ook niet tot de burgers van de Unie, maar tot de lidstaten. Nu de EU-wetgever geen verplichting voor de aanvragers van paspoorten tot afgifte van hun vingerafdrukken in het leven heeft geroepen, is er ook geen sprake van een rechtens relevant weigeren.
38. Het enige wat gezegd kan worden, is dat de Burgemeester in de situatie zoals die ten tijde van de aanvraag bestond, niet in staat was te handelen in overeenstemming met de Verordening – het beroep op de uitzonderingsclausules even terzijde gelaten. Daarom kwam de Burgemeester een beroep op overmacht toe, en zou hem toegestaan kunnen worden om dan maar in strijd met de Verordening te handelen.
39. In dit geval is inderdaad sprake aan de zijde van de Burgemeester van een conflict van plichten. De Verordening schrijft voor dat hij iets opneemt in het paspoort waarover hij niet beschikt. Intussen moet hij een besluit nemen op de aanvraag, en dient hij ook het welzijn van de ingezetenen van zijn stad te bevorderen en hun belangen te beschermen. Bovendien mag van hem verwacht worden dat hij zich verzet tegen schendingen van mensenrechten in zijn gemeente. In een dergelijk geval dienen de belangen van de aanvragende burger te prevaleren, vooral nu de wet hem niet de mogelijkheid biedt de aanvraag buiten behandeling te laten (zie elders in dit hoger beroepschrift) en



mede oog te hebben voor de verstreckende gevolgen van het niet-uitreiken van een paspoort, waaronder sociale uitsluiting en mogelijke inbreuken op de openbare orde (met name onder de WU-ID).

40. De redenering die de Rechtbank volgt, vermag in het licht van het voorgaande verbazen.
41. Bovendien is de redenering niet consistent met de tekst van de PUN.
42. Immers, artikel 39 van de PUN, dat de bevoegdheid in sommige gevallen geeft om een aanvraag buiten behandeling te stellen, rept helemaal niet van verplichtingen die niet worden nagekomen, welke zijn neergelegd in andere wetgevingsproducten. Het artikel verwijst alleen maar naar voorschriften uit de PUN zelf. Alleen als er in de PUN een verplichting is opgenomen, die niet wordt nageleefd, kan buiten behandelingstelling van een aanvraag volgen. Dat er ook buiten behandelingstelling van de aanvraag kan volgen als er verplichtingen niet worden nagekomen die elders moeten worden gezocht, is in de PUN niet terug te lezen.
43. Nadrukkelijk wijst appellante erop dat het eerste lid van artikel 39 van de PUN *niet* luidt: Een aanvraag waarbij niet is voldaan aan het bepaalde in de artikelen 9 tot en met 38 *of waarbij niet is voldaan aan enige uit een Verdrag of uit een EU-verordening voortvloeiende verplichting*, wordt niet in behandeling genomen.
44. De Rechtbank combineert derhalve een verplichting die niet is opgenomen in de Verordening met een bepaling uit de PUN voor welks toepassing *niet eens relevant* is of die verplichting al dan niet uit de Verordening voortvloeit. Een dergelijke redenering ontbeert iedere draagkracht. Zij stort in zodra zij belast wordt.
45. Appellante meent, dat de rechtsoverweging van de Rechtbank niet dragend is, en niet had behoren te leiden tot het oordeel dat daarin is gegeven.

Grief VI: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “De door eiseres aangevoerde grond dat in de PUN, in afwijking van de Verordening, de verplichting is opgenomen om vier in plaats van twee vingerafdrukken af te staan, leidt niet tot een ander oordeel. Eiseres heeft immers helemaal geen vingerafdrukken willen afgeven, ook niet de twee door de Verordening vereiste vingerafdrukken.” (r.o. 3.7)

Toelichting:

46. Appellante meent dat de ene inbreuk verder gaat dan de andere. De Burgemeester verlangt van haar, dat zij vier vingerafdrukken geeft, terwijl de Burgemeester weet, dat met twee daarvan niets wordt gedaan¹.

¹ Afgezien van het feit dat ze tenminste gedurende een week worden bewaard in de administratie, en wellicht ook nog raadpleegbaar zijn voor de geadresseerden die participeren in het Gemnet, alsmede voor het OM en de inlichtingendiensten die in de week nadat zij geconstateerd hebben dat een aanvrager naar het Stadhuis is geweest zich op grond van hun (opsporings-)bevoegdheden tot de Burgemeester c.q. tot de Afdeling Burgerlijke Stand wenden.



47. Als er gekozen moet worden tussen meerdere inbreuken op een grondrecht, dan dient op basis van het proportionaliteitsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel gekozen te worden voor de minst bezwarende maatregel. Met het eisen van twee vingerafdrukken zou de Burgemeester volledig voldaan hebben naar wat hij meent dat nodig en wenselijk is, of beter: maatschappelijk noodzakelijk. Het nut en de noodzaak van de twee extra, die het viertal vol maken, is niet aangetoond, noch gesteld.
48. Dat betekent dat de bestreden beschikking sowieso, volgens de normen van alle betrokken partijen, niet rechtmatig is. Zij berust op een verkeerde motivering. De Rechtbank had dit dienen te onderkennen. De Rechtbank miskent bij de rechtsoverweging waartegen deze grief is gericht, dat wanneer een beroep wordt ongegrond verklaard, daarmee is gegeven, dat de rechter geen onrechtmatigheid aan het bestreden besluit ziet kleven. Dat is op zijn minst opmerkelijk te noemen, omdat alle andere partijen het probleem wél zien.
49. Een andere vraag is vervolgens of een gegrondverklaring van het beroep dient te leiden tot het in behandeling nemen van de aanvraag en eventueel afgifte van het aangevraagde paspoort. Het processuele kader laat toe, dat een beroep wordt gegrond verklaard, omdat er onrechtmatigheden aan het bestreden besluit kleven, terwijl de belanghebbende toch niet krijgt wat hij/zij oorspronkelijk wenste (bijvoorbeeld door het in stand laten van de rechtsgevolgen door de rechter, of door een nieuwe --thans wél rechtmatige-- afwijzing in bezwaar op andere gronden). Maar de Rechtbank heeft dat kader niet gehanteerd. De Rechtbank heeft op zich heel valide gronden afgekeurd tegen een besluit dat op niet te verdedigen gronden was genomen. Dat is naar de mening van appellante een onjuiste beslissing. Ter discussie stond een besluit waarbij de Burgemeester een aanvraag buiten behandeling heeft gesteld, omdat de aanvraagster niet wenste te voldoen aan een door de Burgemeester gestelde eis om VIER vingerafdrukken af te geven. Er bestaat geen besluit waarbij de Burgemeester een aanvraag heeft geweigerd in behandeling te nemen waarbij hij 'slechts' om TWEE vingerafdrukken vraagt. De Burgemeester heeft het bestreden besluit ook niet met toepassing van artikel 6:18 en 6:19 Awb in die zin aangepast.
50. De Rechtbank mocht dus niet het beroep dat samenhang met de weigering VIER vingerafdrukken af te staan ongegrond verklaren op grond van het feit, dat appellante ook geen TWEE vingerafdrukken wilde afstaan. Verweerder heeft haar immers nooit in de positie gebracht om een dergelijke weigering te doen, en haar kennelijk ook niet alsnog in die positie willen brengen. De hypothetische mogelijkheid dat er een andere afwijzingsgrond zou kunnen bestaan, *als verweerder een ander beleid zou gaan voeren*, blijft dus behoren tot het rijk der theorie, en daarop kunnen beroepsgronden in een concrete zaak niet afstuiten.

Grief VII: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “De Rechtbank stelt vast dat in de Verordening twee groepen zijn vrijgesteld van de verplichte afname van vingerafdrukken, te weten kinderen jonger dan twaalf jaar en personen bij wie het nemen van vingerafdrukken fysiek onmogelijk is. Verder is een regeling opgenomen voor de situatie dat het nemen van een afdruk tijdelijk onmogelijk is. De Verordening maakt dus geen uitzondering voor personen met



gewetensbezwaren.” (r.o. 3.9)

Toelichting:

51. Naar de mening van appellante gaat de Rechtbank met deze rechtsoverweging te kort door de bocht.
52. Ten eerste moet gewezen worden op de omissie in de overweging --die relevant is!-- dat de Verordening niet aangeeft dat de uitzonderingen limitatief zijn. Er wordt niets gezegd over de bevoegdheid van de nationale wetgever verder te gaan dan deze twee uitzonderingsgroepen en de algemene uitzonderingsmogelijkheid wanneer de afname tijdelijk onmogelijk is. Er wordt in de flankerende stukken wel iets opgemerkt over de *wenselijkheid* vanuit Europees perspectief van het al dan niet opnemen in nationale wetten van meer uitzonderingen, maar juist het feit dat die opmerking wordt gemaakt geeft aan, dat de Europese wetgever zich terdege bewust was van het bestaan van de bevoegdheid verder te gaan. De Verordening sluit dus niet een beroep op gewetensbezwaren uit.
53. Deze laatste zin is een complement van de laatste zin van het citaat uit de uitspraak. Wel het ene citeren en niet het andere, geeft een scheef beeld, en dat is wat er nu gebeurd is.
54. Onmogelijk is het bovendien niet om gewetensbezwaren te zien als een tijdelijke belemmering die het onmogelijk maakt om de vingerafdrukken af te geven/nemen. Dat geldt bijvoorbeeld in gevallen waarin de gewetensbezwaren zodanig diep geworteld zijn, dat een mens deze zelf niet kan overwinnen en niet in staat moet worden geacht zijn/haar medewerking aan de afname te verlenen. Ook kan het zich voordoen dat een geëist handelen dat strijdig is met die gewetensbezwaren leidt tot ernstige lichamelijke klachten en de gezondheid of stabiliteit van de gewetensbezwaarde in gevaar brengt.
55. In beide gevallen is sprake van een onmogelijkheid. Afhankelijk van de inhoud van de bezwaren zal de tijdelijkheid daarvan meestal eveneens aantoonbaar zijn. Een groot deel² van alle gewetensbezwaren zijn immers verbonden aan een sociale context. Indien die context zich wijzigt, kunnen de bezwaren vervallen. Dat kan bijvoorbeeld geschieden na verbetering van de bescherming van de gegevens op de drager, of een mitigatie van de gevolgen van het niet-hebben van een paspoort in het kader van de relatie tussen de overheid en de burger, en de controlemogelijkheden van de eerste in de samenleving.
56. Appellante meent bovendien dat ook andere geschreven of ongeschreven rechtsregels ertoe kunnen leiden dat haar terzake de gevraagde afname van vingerafdrukken een beroep op gewetensbezwaren toekomt. Appellante wijst er nadrukkelijk op, dat het niet alleen maar om nationaalrechtelijke rechtsregels gaat, maar ook om internationaalrechtelijke, zoals de algemene beginselen die aan het EU-recht ten grondslag liggen en de rechtsregel die in EU-Richtlijn EG

² Naar de indruk van appellante gaat het om alle gewetensbezwaren, maar er zijn ook gelovige mensen die menen, dat sommige geboden of verboden rechtstreeks van God gegeven zijn, en daarom niet contextgebonden. De soort gewetensbezwaren waar het in deze zaak over gaat vallen daar echter in ieder geval niet onder.



1995/46 is vervat. Deze is onvoldoende expliciet geïmplementeerd in de (latere) Verordening, die met deze richtlijn rekening had dienen te houden. Dat neemt haar werking echter niet weg voor de burger die een beroep op haar rechtstreeks werkende beschermende werking doet.

57. In dit verband is ook van belang er acht op te slaan dat de Verordening categoriale *vrijstelling* verleent aan bepaalde groepen, terwijl naast vrijstelling ook andere rechtsfiguren kunnen bestaan, zoals het buiten toepassing laten van de werking van de Verordening.

Grief VIII: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever geen ruimte heeft gezien voor een uitzonderingsmogelijkheid van opname voor vingerafdrukken voor zover sprake is van gewetensbezwaren (zie: TK 2007-2008, 31324, nr. 5, p.3) Het was, gelet op overweging 4 van de considerans behorende bij Verordening 444/2009, ook niet de bedoeling dat in de nationale wetgeving zou worden afgeweken van de in de Verordening genoemde uitzonderingen op verplichte afname van vingerafdrukken.” (r.o. 3.10)

Toelichting:

58. De parlementaire geschiedenis waarnaar de Rechtbank verwijst is *achterhaalde* geschiedenis.
59. Het parlement is allang aan een andere waardering van het een en ander toe en heeft dat ook laten blijken. Op dit moment wordt vanuit het parlement juist erop aangedrongen om álle vingerafdrukopnames in paspoorten ter discussie te stellen. Men wil thans dat “Brussel” terugkomt van de ingeslagen weg waar het voor heeft gekozen met de Verordening.
60. Maar, wat nog veel belangrijker is: de verwijzing is achterhaald, omdat de overwegingen die het Parlement destijds maakte zagen op een systeem waarbij men het opzetten van een database voor ogen had, die ook voor andere doeleinden raadpleegbaar zou zijn.
61. Het is logisch, dat in die andere situatie gewetensbezwaren een probleem vormden. Het Parlement vreesde, dat er criminelen of potentiële criminelen zouden zijn, die gewetensbezwaren zouden voorwenden, teneinde aan opname van hun vingerafdrukken in de (centrale) database te ontsnappen. De database zou daardoor minder bruikbaar worden.
62. Nu echter de (centrale) database van de baan is, en ook andere 7 x 24 uren online bevraging van vingerafdrukken niet mogelijk wordt gemaakt, komt die vrees te vervallen. Voor (potentiële) criminelen maakt het niet uit, of hun vingerafdrukken zich in een chip in hun paspoort bevinden, althans niet méér dan voor een gewone burger. Aangenomen mag worden, dat zij niet hun paspoort meenemen als zij hun criminele daden plegen, en als zij dat al doen, dan zijn zij met vingerafdrukken in hun paspoort even goed identificeerbaar als zonder.
63. Bovendien zullen (potentiële) criminelen er waarschijnlijk weinig voor voelen de geïntensiverde aandacht op zich te richten door een zorgvuldig uitgevoerde gewetensbezwarenprocedure te ondergaan, en al helemaal niet als er daarmee voor hen niets te winnen valt.
64. De grond voor een vrees dat de doelstellingen van de regeling ondergraven zouden worden, als er



ruimte zou zijn voor gewetensbezwaren, is dus al sedert meer dan een jaar komen te vervallen, en daarmee het gehanteerde argument.

65. Appellante heeft er bij haar beroep op gewezen, dat de doelen die nog zijn overgebleven bij de opname van vingerafdrukken in het paspoort juist méér worden gediend door een gewetensbezwarenprocedure. Immers, het verband tussen de rechtmatige houder en de identiteit van de persoon in het paspoort wordt in zo'n procedure op veel meer momenten en met veel grotere intensiteit vastgesteld, dan in de paar seconden aan de balie mogelijk is³. Ook na de uitgifte zouden er geen nadelen zijn als gewetensbezwaren in sommige gevallen worden gehonoreerd. Nu in controle van de gegevens door andere instanties (b.v. banken, politie, grenzen, andere autoriteiten) tot op heden niet is voorzien, levert het die andere instanties niets op, als er zich vingerafdrukken in een paspoort bevinden. Wat hen betreft maakt het geen verschil of een persoon met vingerafdrukken in zijn paspoort een dienst afneemt of een persoon die geen vingerafdrukken heeft laten opnemen, omdat hij/zij daartegen gewetensbezwaren heeft. Het verschil is zelfs onzichtbaar voor de instanties die de dienst verlenen of hun controlerende taak uitvoeren. Pas als de versleutelingscode zou worden verstrekt (die thans nog aan geen enkele instantie mag worden verstrekt), zou daarin verandering kunnen komen. Op dit moment is een dergelijke verstrekking niet te voorzien, en kan de Rechtbank, de rechtmatigheid van het besluit ex-tunc toetsend en de gevolgen ex-nunc, daarmee geen rekening houden.

Grief IX: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “De Rechtbank leest ook feitelijk in artikel 28a, zesde lid, van de PUN geen ruimere uitzondering op de verplichting om vingerafdrukken af te staan.” (r.o. 3.10)

Toelichting:

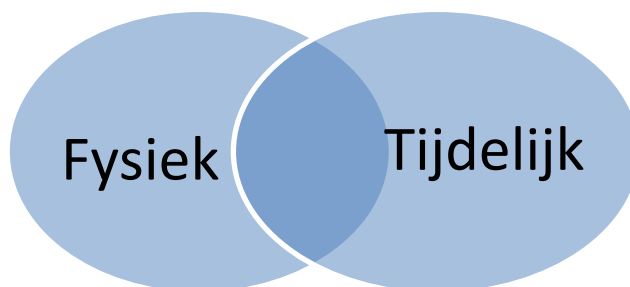
66. Ten eerste, onder verwijzing naar hetgeen hiervoor werd opgemerkt, gaat het helemaal niet om een uitzondering om vingerafdrukken af te staan, maar om uitzonderingen op grond waarvan de vingerafdrukken niet worden opgenomen. Men kan dus wél vingerafdrukken afstaan, bijvoorbeeld óók onder de 12 jaar, als men daar behoefte toe gevoelt, maar dan worden ze desniettemin niet opgenomen. De uitzondering ziet op de beslissing die het bestuursorgaan neemt: wel of niet opnemen. Niet op de vraag wat de aanvrager wil of probeert: wel of niet [trachten] af [te] geven.
67. Reeds hierom is de rechtsoverweging onjuist.
68. Belangrijker nog, is dat deze rechtsoverweging niet draagkrachtig is, omdat wat de rechter stelt met betrekking tot de vraag hoe de uitzondering zich verhoudt ten opzichte van de uitzonderingen die genoemd worden in de Verordening gewoonweg niet klopt.
69. Eenieder die kan lezen kan zien, dat de twee versies (d.w.z. de samenvatting die de Burgemeester

³ Algemeen bekend is, dat vingerafdrukken kunnen worden nagemaakt, en er zijn geen maatregelen genomen om te voorkomen, dat een persoon die aan de balie zich meldt, gebruik maakt van ofwel de identiteit van een ander, ofwel van de (nagemaakte en opgeplakte) vingerafdrukken van een ander.

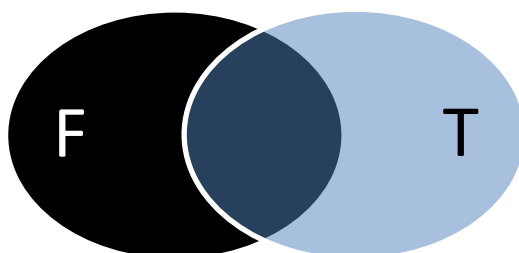


van de Verordening geeft en de tekst van de PUN) ongelijk zijn. In het ene geval gaat het volgens de Burgemeester⁴ om een fysieke, al dan niet tijdelijke verhindering. In het andere geval om een fysieke DAN WEL tijdelijke verhindering. Men hoeft geen wiskundige te zijn om te zien dat de twee deelverzamelingen elkaar niet overlappen.

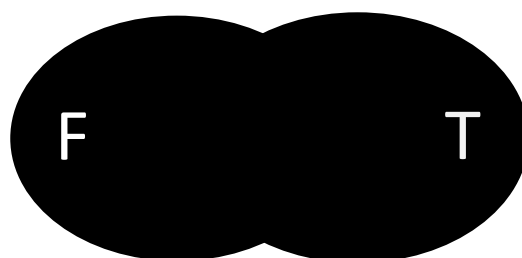
70. Schematisch weergegeven ziet het er als volgt uit:



71. In het geval van de Verordening worden de uitzonderingen volgens de Burgemeester⁴ gezocht in het onderstaande zwart gemaakte gebied:



72. In het geval van de PUN zijn de uitzonderingen gegeven in het onderstaande zwart gemaakte gebied.



⁴ In het navolgende van de toelichting bij deze grief neemt Roest het standpunt van de Burgemeester als uitgangspunt. Dat is een standpunt dat zij zelf niet deelt. Zij meent, dat de Verordening wel degelijk een dubbele keuze toelaat, namelijk een vrijstelling bij ZOWEL fysieke onmogelijkheid (artikel 1 lid 2bis sub b) ALS tijdelijke onmogelijkheid (artikel 1 lid 2ter). Maar om onjuistheid van de rechtsoverweging van de Rechtbank aan te kunnen tonen, moet zij het standpunt van verweerder voor de redentie als vertrekpunt nemen, omdat de Rechtbank kennelijk van dat uitgangspunt is vertrokken bij haar rechtsoverweging. Zou de Rechtbank zijn vertrokken van de tekst van de Verordening die méér toelaat, zoals Roest aan het begin van deze noot betoogt, dan is de conclusie die de Rechtbank trekt, namelijk dat er geen ruimte zou zijn voor tijdelijke niet-fysieke onmogelijkheden eenvoudigweg onbegrijpelijk.



73. Het verschil is aanzienlijk.
74. Ook tekstueel kan het verschil niet worden weggepoetst. In het ene geval, waarbij de Burgemeester stelt, dat slechts een tijdelijke, fysieke onmogelijkheid aan de orde zou kunnen zijn, staan er twee bijvoeglijk naamwoorden achter elkaar. In het andere geval staat er een nevenschikkende bepaling tussen de twee bijvoeglijk naamwoorden. Volgens de Nederlandse grammaticaregels geven deze verschillende structuren een verschillende betekenis aan de zinsnede.
75. Voor het argument van de Burgemeester was het natuurlijk wel beter uitgekomen, als het expliciete gebruik van het woord “dan wel” in de PUN er niet was geweest, maar wat de rechter hier doet, namelijk suggereren dat de verschillen er gewoonweg niet zijn, gaat appellante wel erg ver. De Rechtbank zegt niet eens dat het er verkeerd staat (bijvoorbeeld als verschrijving, of als ondoordacht wetgevingsproduct); nee, de Rechtbank gaat zo ver als te zeggen, dat er feitelijk geen verschil te zien is tussen de ene formulering en de andere. Als de rechter meent zich moet bedienen van zulke kunstgrepen, dan komt het recht op een effectief rechtsmiddel in het gedrang.

Grief X: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “Uit artikel 28a, zesde lid, van de PUN volgt dat ingeval van een fysieke dan wel tijdelijke verhindering eerst wordt gekeken of de opname van andere vingers wel mogelijk is en voor zover het onmogelijk zou zijn om vier afdrukken op te nemen, een medische verklaring van de aanvrager kan worden verlangd. Dit duidt erop, dat met een tijdelijke verhindering is gedoeld op een tijdelijke fysieke verhindering.” (Cursivering door Rechtbank, r.o. 3.10)

Toelichting:

76. In de Toelichting op Grief VII is er reeds op gewezen, dat gewetensbezwaren ook een lichamelijke component kunnen hebben, en dat zij daarmee niet uitgesloten kunnen worden van de werking van artikel 28a, zesde lid, van de PUN.
77. Daarnaast heeft appellante er op gewezen, dat een arts ook andere zaken dan lichamelijke zaken kan onderzoeken. Psychiaters bijvoorbeeld onderzoeken het geestelijk welbevinden. Mocht verweerder menen de dwingendheid van de gewetensbezwaren niet zelf te kunnen beoordelen, dan kan in een dergelijk geval, precies zoals artikel 28a, zesde lid, van de PUN beoogt, een beroep worden gedaan op een arts (psychiater) voor advies.
78. In het geval van gewetensbezwaren zal aan de tweede voorwaarde die gesteld wordt aan de bevoegdheid al snel zijn voorzien: de gewetensbezwaren zien immers niet slechts op de twee vingerafdrukken die als eerst aangewezen in aanmerking komen, maar op alle vingerafdrukken. Ook hierin schuilt overigens in de praktijk vermoedelijk geen verschil met personen ten aanzien waarvan wegens een ongeluk of wegens werk met eroderende stoffen de mogelijkheid van een vrijstelling in aanmerking moet worden genomen.
79. Overigens is er in het feit dat het hier om een kan-bepaling gaat ook een argument te vinden, dat de Wetgever beslisvrijheid heeft willen inbouwen en niet alles heeft willen dichttimmeren. Dat



betekent dat op grond van de facultatieve karakter van de bepaling juist ook gevallen in beeld kunnen komen, die niet fysiek van aard zijn (en zelfs niet psychisch).

80. Subsidiair stelt appellante, dat zelfs als de Rechtbank mocht overwegen, dat door de Wetgever (in eerste instantie) bedoeld zou zijn op een fysieke beperking, er niets aan in de weg staat, dat de wettekst een ruimere interpretatie toelaat. Immers, dat is eigen aan de verschillen tussen het wetgevingsproces (dat een proces is waar a priori een hypothetische situatie wordt verondersteld) en de rechterlijke toetsing (die achteraf plaats vindt, met een concreet geval dat om een oplossing vraagt). Sterker nog: het is *juist* zo, dat een interpretatie verder moet kunnen gaan dan hetgeen waarop in het wetgevingsproces bedoeld is, omdat anders onwerkbare wetten ontstaan. De wetgever laat ook bewust door haar algemene formulering van regels zulke interpretaties toe.
81. In het onderhavige geval kan wellicht door verweerder worden aangevoerd, dat *déze* uitzondering door de wetgever expliciet niet bedoeld was te worden ingelezen, maar dat was --voor zover dat voor de hele wetgever gold, quod non!-- onder de vigeur van het ingezette route naar een algemene opslag, zoals hiervoor reeds betoogd.

Grief XI: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “Het in de Paspoortwet en de PUN opgenomen kader ten aanzien van de afgifte van vingerafdrukken is in zoverre dan ook in overeenstemming met het bepaalde in de Verordening en maakt geen uitzondering op de verplichte afname van vingerafdrukken voor personen met gewetensbezwaren. Het beroep van eiseres op artikel 28a van de PUN slaagt dus niet.” (r.o. 3.10)

Toelichting:

82. Ter toelichting op deze grief wordt verwezen naar hetgeen onder de voorgaande grieven naar voren is gebracht.
83. Appellante wenst daaraan toe te voegen dat de Paspoortwet en de PUN sowieso op dit punt niet in overeenstemming zijn met de Verordening, omdat de Paspoortwet en de PUN regels inhouden voor de verwerking van VIER vingerafdrukken, en men niet kan volhouden zonder zulks nader te onderbouwen, dat de regels voor VER vingerafdrukken gelijk moeten zijn aan die waarin opname van TWEE vingerafdrukken in het paspoort wordt voorgeschreven.
84. Denkbaar zou zijn dat voor de eerste twee vingerafdrukken aansluiting wordt gezocht bij het kader van de Verordening, maar voor de volgende twee ontbreekt dat kader. Ten onrechte wordt door de Rechtbank een kader verondersteld in de Verordening voor die twee extra vingerafdrukken.

Grief XII: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “Ten aanzien van het beroep op artikel 8 EVRM overweegt de Rechtbank dat het in de Paspoortwet en de PUN opgenomen kader ten aanzien van de afgifte van (in ieder geval twee) vingerafdrukken in overeenstemming is met het bepaalde in de Verordening. Het beroep op artikel 8 van het EVRM richt zich derhalve in feite



op de regeling zoals vervat in de Verordening. Zoals hiervoor in overweging 3.6 al is vastgesteld, heeft de gemachtigde van eiseres desgevraagd echter uitdrukkelijk meegedeeld dat de beroepsgronden niet zijn gericht tegen de Verordening en dat de verbindendheid van de Verordening niet ter discussie wordt gesteld. De Rechtbank ziet onder deze omstandigheden geen aanleiding om het beroep op artikel 8 van het EVRM te bespreken. (r.o. 3.11)”

Toelichting:

85. De Rechtbank heeft zich er met deze overweging wel heel gemakkelijk van af gemaakt. Roest voelt zich niet serieus genomen en meent dat de Rechtbank de grondslag waarop zij oordelen moet heeft verlaten. Immers, de gronden van het beroep vormen de grondslag voor de beoordeling. En als er nu íéts centraal heeft gestaan in de gronden van het beroep zijn het wel de rechten die appellante kan ontleen aan artikel 8 EVRM. Dat de Rechtbank deze geheel en al onbesproken laat, is een blijk van onvermogen. Kennelijk kon de Rechtbank daar niet om heen, en heeft een beoordeling de gronden daarom maar ontweken.
86. Het is overigens juist, dat de gronden van het beroep zich niet richten tegen de Verordening. Dat brengt nu eenmaal het wettelijk procesrecht in Nederland met zich mee. Tegen een Verordening van de EU staat geen rechtsmiddel open voor een individuele burger.
87. Het beroep richt zich derhalve tegen de weigering van de burgemeester om een aanvraag in behandeling te nemen – daartegen biedt de Awb wél een rechtsmiddel.
88. En de gronden van het beroep zijn dus ook gericht tegen de overwegingen van de Burgemeester om de aanvraag niet in behandeling te nemen. Niet tegen de Verordening. Logisch, want in de Verordening wordt niets gezegd over het al dan niet in behandeling nemen van aanvragen door Burgemeesters in Nederland. “De Verordening” is dan ook niet hetgeen de Burgemeester ten grondslag heeft gelegd aan zijn beschikkingen (zowel de bip als de bob). De Burgemeester heeft zich beroepen op de Paspoortwet en op de PUN (meer in het bijzonder de artikelen 3 lid 3, 3 lid 8 resp. 28a en 39), waarbij tevens is gesteld door de Burgemeester, dat de Paspoortwet geen regeling biedt voor gewetensbezwaarden. Voor de toelichting hierop en de (vermeende) weerlegging van de bezwaren van appellante wordt door de Burgemeester slechts naar de Nederlandse(!) parlementaire geschiedenis gewezen. Nu de Burgemeester zelf de Paspoortwet en de PUN en de totstandkoming daarvan in het nationale recht centraal heeft gesteld, bestond er voor appellante geen aanleiding om haar pijlen te richten op de Verordening. Zouden die pijlen doel treffen, dan was er immers nog steeds niets weerlegd van de motivering van de beschikking in primo of de beschikking in bezwaar!
89. Appellante heeft niets anders gedaan dan wat het Nederlandse procesrecht voorschrijft: namelijk datgene ter discussie stellen waarmee zij het niet eens is ten aanzien van de beslissing van het bestuursorgaan, en de redenen die het bestuursorgaan ten grondslag legt aan die beslissing aanvechten.
90. Het is in dat kader, dat zij meent dat haar rechten zijn geschonden onder artikel 8 EVRM. Dat die rechten óók worden geschonden als er een ander kader wordt aangelegd, is iets dat appellante niet naar voor hoefde te brengen. Zij heeft dat dan ook niet gedaan, en zich over dat andere kader niet



uitgelaten. Dat mag er niet toe leiden, dat dan maar meteen de Rechtbank besluit niet op de beroepsgronden in te gaan.

Grief XIII: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld dat er “geen aanleiding is om het beroep op art. 8 EVRM te bespreken.” (r.o. 3.11)

Toelichting:

91. Ook als de rechter tot het bestreden oordeel had kunnen komen, dat appellante de Verordening als verbindend diende te beschouwen (quod non!), een oordeel waartegen de vorige grief zich onder meer richt, dan heeft de Rechtbank niettemin alle aanleiding gehad om het beroep op artikel 8 EVRM te bespreken.
92. Immers, het recht op artikel 8 EVRM is ingeroepen. Ook als de Verordening verbindend zou zijn (welk standpunt appellante uitdrukkelijk niet inneemt), dan betekent dat nog niet, dat er géén schending van artikel 8 EVRM kan plaatsvinden, wanneer de Burgemeester de in de Verordening aangegeven richting inslaat en op grond van nationaalrechtelijke regels komt tot een buiten behandelingstelling van de aanvraag.
93. Zelfs bij een verbindende verordening kan toepassing van die verordening in een individueel geval tot een inbreuk op de rechten genoemd in artikel 8 EVRM leiden, die als schending moet worden gekwalificeerd.
94. Van belang is, dat het EHRM doorgaans in tegenstelling tot het EU-HvJ het perspectief kiest van het individuele geval. De vraag is niet of een regel in het algemeen zus of zo kan worden toegepast en of een regel in zijn algemene zin aanvaardbaar is. De vraag bij het EHRM is, of het overheidshandelen in het bijzondere geval leidt tot een schending van de mensenrechten.
95. In het kader van deze procedure, waarbij véél op het spel staat aan de zijde van appellante, namelijk de deelname aan het maatschappelijk leven, en waarbij haar persoonlijke gewetensbezwaren dienen te worden gewogen, en de gevolgen als noch met haar privacy, noch met haar gewetensbezwaren rekening wordt gehouden, is er zelfs bij een vermeend verbindende Verordening alle aanleiding om het beroep op artikel 8 EVRM te bespreken!

Grief XIV: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “De beroepsgrond van eiseres dat zij op grond van artikel 4:3, eerste lid van de Awb kan weigeren de vingerafdrukken af te staan, faalt. Het tweede lid van artikel 4:3 van de Awb bepaalt immers dat het eerste lid niet van toepassing is op bij wettelijk voorschrift aangegeven gegevens en bescheiden, waarvan is bepaald dat deze dienen te worden overgelegd.” (r.o. 3.12)

Toelichting:

96. Het oordeel van de Rechtbank is onbegrijpelijk.
97. Appellante heeft deze beroepsgrond naar voor gebracht, omdat een wettelijk voorschrift “*waarbij bepaald is, dat bepaalde gegevens dienen te worden overgelegd*” ontbreekt. De wetgever heeft



een dergelijk voorschrift niet opgesteld. Het voorschrift bestaat niet.

98. Nergens in de Paspoortwet of enige andere formele wet is een artikel opgenomen waarin klip en klaar staat dat de aanvrager de plicht heeft vingerafdrukken te verstrekken. Als dat ergens in enig wetsartikel had gestaan, was het oordeel van de Rechtbank begrijpelijk geweest. Thans is dat oordeel echter niet begrijpelijk. De Rechtbank laat ook (begrijpelijkerwijs) na om aan te geven waar dat voorschrift vingerafdrukken te overleggen dan staat.
99. Ten overvloede zij nog vermeld, dat hiervoor niet in de PUN kan worden gezocht, omdat de PUN als ministeriële regeling niet kwalificeert als wet in formele zin. Lagere regelgeving kan hogere wetgeving niet opzijzetten. Maar ook als dit anders was, dan nog geldt, dat ook in de PUN een dergelijke bepaling ontbreekt. De aanlevering door de aanvrager wordt in de PUN wellicht aangenomen, of verondersteld, maar nergens als verplichting opgenomen. Artikel 4:3, tweede lid, van de Awb mist dus toepassing.

Grief XV: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: Op grond van het voorgaande is de Rechtbank van oordeel, dat verweerder terecht heeft besloten om de aanvraag niet in behandeling te nemen. Eiseres heeft ook gronden aangevoerd met betrekking tot de opslag van vingerafdrukken op de chip in het paspoort en in de decentrale administratie en de mogelijkheden van misbruik die deze opslag in zich bergt. De Rechtbank gaat ervan uit dat ook die gronden de basis waren voor de weigering van eiseres om vingerafdrukken af te staan. Deze gronden kunnen echter niet alsnog tot het oordeel leiden dat verweerder de aanvraag van eiser (zonder vingerafdrukken) in behandeling had dienen te nemen en vervolgens een paspoort had dienen af te geven. De Verordening biedt verweerder die ruimte niet.” (r.o. 3.14)

Toelichting:

100. Ten aanzien van de eerste zin waartegen deze grief zich richt wordt verwezen naar de hiervoor gaande grieven en hun toelichting.
101. Ten aanzien van de tweede en derde zin wijst appellante er vooreerst op, dat zij niet vermag in te zien waarom de Verordening geen ruimte biedt met betrekking tot de gemaakte keuzes voor tijdelijke opslag in de decentrale administratie. Er staat in de Verordening helemaal niets over enige plicht de vingerafdrukken in de administratie te bewaren tijdens het productieproces bij de drukker. Nu de Staatssecretaris zelf heeft aangegeven dat het niet de bedoeling is dat de vingerafdrukken bij uitgifte worden gecontroleerd, is er geen goede reden voor die opslag. Appellante heeft dat ook aangevoerd in beroep: zie b.v. randnummers 24 en 25 van de pleitnotitie d.d. 25 januari 2012.
102. Ten aanzien van de door haar aangevoerde gronden tegen de opslag wenst Roest nog te wijzen op de uitspraak van het Franse Constitutionele Hof van 22 maart jongstleden,⁵ waarin het

⁵ Decision numéro 2012-652 DC, raadpleegbaar op <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012-652-dc/decision-n-2012-652-dc-du-22-mars-2012.105165.html>



Hofbepaalde dat vingerafdrukken een bijzonder gevoelige vorm van data met persoonskenmerken zijn en dat de aard van de inbreuk op de privacy, het feit dat nagenoeg de hele bevolking ermee geconfronteerd wordt, en de mogelijkheid van nader gebruik dan alleen verificatie bij de uitgifte, een schending vormen van het EVRM . Het Hof overwoog:

10. Considérant, toutefois, que, compte tenu de son objet, ce traitement de données à caractère personnel est destiné à recueillir les données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française ; que les données biométriques enregistrées dans ce fichier, notamment les empreintes digitales, étant par elles-mêmes susceptibles d'être rapprochées de traces physiques laissées involontairement par la personne ou collectées à son insu, sont particulièrement sensibles ; que les caractéristiques techniques de ce fichier définies par les dispositions contestées permettent son interrogation à d'autres fins que la vérification de l'identité d'une personne ; que les dispositions de la loi déferée autorisent la consultation ou l'interrogation de ce fichier non seulement aux fins de délivrance ou de renouvellement des titres d'identité et de voyage et de vérification de l'identité du possesseur d'un tel titre, mais également à d'autres fins de police administrative ou judiciaire;

11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'**au égard à la nature des données enregistrées, à l'ampleur de ce traitement, à ses caractéristiques techniques et aux conditions de sa consultation, les dispositions de l'article 5 portent au droit au respect de la vie privée une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi**; que, par suite, les articles 5 et 10 de la loi doivent être déclarés contraires à la Constitution; qu'il en va de même, par voie de conséquence, du troisième alinéa de l'article 6, de l'article 7 et de la seconde phrase de l'article 8;

103. Zou de zaak van Roest zich in Frankrijk hebben afgespeeld, dan was duidelijk, dat haar beroep gegrond verklaard was, of in ieder geval het hoger beroep. Hoewel de situatie in een ander land nooit exact hetzelfde is als die in Nederland, is de overeenkomst dusdanig groot, en zijn de overwegingen van het Franse Constitutionele Hof zo overzetbaar naar de zaak van appellante, dat die stelling wel ingenomen mag worden.

104. Intussen heeft na de tournure van het verenigd Koninkrijk in december 2010 en de uitspraak van het Franse Constitutionele Hof van maart 2012 ook het Duitse Hof prejudiciële vragen gesteld over de geldigheid van de Verordening inzake het biometrisch paspoort. De vragen zijn aangehecht als **Productie 4**. Indien de vraag die het Verwaltungsgericht in Gelskirchen heeft gesteld ontkennend wordt beantwoord door het HvJ-EU, dan is de laatste zin van het citaat uit de aangevallen uitspraak zelfs zinledig.

105. Verder meent Roest dat het wel degelijk zo was dat ten tijde van de aanvraag de voorzienbaarheid van de wet dermate gebrekkig was, dat ieder besluit van verweerder om de aanvraag buiten behandeling te laten onder verwijzing naar artikel 39 PUN in samenhang met de opgeworpen eis tot afgifte van vingerafdrukken onrechtmatig zou zijn geweest. Dat beroep op de wet- en regelgeving kon immers bij gebreke aan duidelijkheid omtrent de rechtsgevolgen verbonden aan



het al dan niet naleven van de eis die werd gesteld niet slagen.

106. Thans is het met die voorzienbaarheid beter gesteld, omdat een heel aantal onzekere rechtsgevolgen is weggenomen doordat de Minister onder druk van de Kamer heeft afgezien van opslag. Naar de mening van appellante ontbreekt er echter nog steeds het nodige aan voorzienbaarheid, nu de Minister onder meer niet voldoende duidelijk heeft gemaakt hoe zal worden voldaan aan de derde volzin van het tweede lid van artikel 2 van de Verordening, noch voldoende inzicht heeft gegeven in de maatregelen die zij heeft getroffen om onbevoegd gebruik door derden te voorkomen (b.v. tijdens het transport naar de fabrikant, tijdens de verwerking en (tijdelijke?) opslag door de commerciële fabrikant, en na uitlezing van de chip op afstand door onbevoegden). Ook heeft de Minister onvoldoende duidelijk gemaakt hoe de eigenaar van de vingerafdrukken ervan in kennis wordt gesteld, dat de gegevens (bevoegd) zijn geraadpleegd door politie of inlichtingendiensten, opdat daaromtrent een toetsing door of vanwege de belanghebbende kan plaatsvinden.
107. In dit kader is relevant dat de Burgemeester van Amsterdam onzorgvuldig) omgaat met de persoonlijke gegevens van aanvragers van paspoorten. Roest heeft erop gewezen dat de motivering van de buiten behandelingstelling kennelijk is overgeschreven uit een andere zaak, en dat zelfs de naam van de aanvrager in die zaak is overgeschreven, zodat Roest weet heeft gekregen van zijn procedure en de inhoud daarvan. Als de Burgemeester dat al doet in een geval van individuele behandeling van bezwaren, hoeveel te minder mag Roest er dan van uitgaan dat bij routinematig verwerken van lichaamseigen kenmerken wél de gegevens gescheiden blijven van andere dossiers? Dezelfde conclusie kan getrokken worden als acht wordt geslagen op de vrij gedachteloze verzending per aangetekende post aan Roest zelf van het besteden besluit (terwijl de Burgemeester wist, dat Roest zich niet kon legitimeren). Ten onrechte is de Rechtbank in het geheel niet ingegaan op de gronden die Roest in dit kader mede ten grondslag heeft gelegd aan haar beroep.
108. Voorts is de Rechtbank er ten onrechte aan voorbij gegaan, dat de Verordening ruimte biedt om reisdocumenten uit te reiken, die beperkt zijn in tijd voor wat betreft hun geldigheidsduur. Het derde lid van artikel 1 geeft aan, dat de Verordening sowieso niet van toepassing is op reisdocumenten die een geldigheidsduur hebben van minder dan een jaar.
109. Naar de mening van appellante kan aan haar wel degelijk een reisdocument worden uitgereikt, en desnoods een reisdocument met een beperktere geldigheidsduur, zonder dat daarin haar vingerafdrukken zijn opgenomen. De Verordening biedt die ruimte door een regeling voor tijdelijke onmogelijkheid als grond te noemen die een afwijking van de hoofdregel rechtvaardigt en door de werking van artikel 1 lid 3. Daarnaast kan natuurlijk het oordeel ook luiden dat de Verordening, voor zover deze de ruimte niet biedt die de Burgemeester voor een dergelijk besluit nodig heeft, buiten toepassing wordt gelaten. De motivering van de rechtsoverweging doet het voorkomen, alsof de Rechtbank alleen bereid is om gronden te erkennen die binnen de grenzen blijven van de ruimte die de Verordening toelaat. Maar dat zijn niet de grenzen van het geschil: die grenzen heeft appellante ruimer getrokken.



Grief XVI: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “Het beroep van eiseres voor zover gericht tegen de opslag van de gezichtsscan behoeft geen bespreking meer, omdat verweerder de aanvraag van eiseres al buiten behandeling mocht stellen wegens het weigeren van vingerafdrukken.” (r.o. 3.14)”

Toelichting:

110. Deze grief volgt uit de voorgaande grieven. Nu naar de mening van appellante het volstrekt onjuist is dat de Burgemeester de aanvraag buiten behandeling had mogen stellen wegens het ontbreken van vingerafdrukken (volgens de Burgemeester en de Rechtbank “wegens het *weigeren* van vingerafdrukken”), komt ook aan het argument dat dan (!) het beroep ten aanzien van de gezichtsscan onbesproken kan blijven, geen betekenis toe.

111. Omdat de eerbiediging van de privacy van appellante ertoe moet leiden, dat van haar geen vingerafdrukken mogen worden verlangd in het kader van de aanvraag voor een paspoort, is hierin geen grond meer gelegen om de aanvraag buiten behandeling te stellen. Onder die omstandigheden is de beoordeling van de andere cluster beroepsgronden, namelijk die rond de gezichtsscan, relevant. Zouden de bezwaren tegen de opname daarvan eveneens doel treffen, dan was er immers helemaal geen reden meer overgebleven om de aanvraag te kunnen weigeren / buiten behandeling te stellen.

Grief XVII: Ten onrechte heeft de Rechtbank geoordeeld: “De Rechtbank zal het beroep ongegrond verklaren. (...) Voor vergoeding van het griffierecht of een proceskostenveroordeling ziet de Rechtbank evenmin aanleiding.” (r.o. 3.15 en 3.16)”

Toelichting:

112. Deze grief mist zelfstandige betekenis. Voor de toelichting op de grief zij verwezen naar de voorgaande grieven.

REDEN WAAROM: appellante uw Afdeling verzoekt de aangevallen uitspraak van de Rechtbank te vernietigen met veroordeling van verweerder in de kosten van de procedure in eerste en tweede aanleg, en zelf oordelende alsnog te bepalen, dat de aanvraag van appellante in behandeling wordt genomen en aan appellante een paspoort dient te worden afgegeven zonder dat zij daarvoor haar vingerafdrukken hoeft af te geven.

Leiden, 22 juni 2012

Gemachtigde