

Advocaten en notarissen
Strawinskylaan 2001
Postbus 75640
1070 AP Amsterdam
Nederland
T +31 20 546 03 90
F +31 20 546 07 10
www.stibbe.com

Onze ref.
TB/gS 1028172-12313170

Memorandum

Aan Mevrouw mr. E.M.G. Haagmans
Thuis & Partners Advocaten

Van Prof. mr. T. Barkhuysen
Stibbe Amsterdam

Datum 9 maart 2012

Betreft **Willems/Nuth; adviesvraag inzake biometrisch paspoort**

1. INLEIDING

(1) Naar aanleiding van de uitspraak van de Rechtbank Maastricht, sector Bestuursrecht van 29 augustus 2012 met als zaaknummer Awb 10/1382 hebt u mij de volgende adviesvragen voorgelegd:

- Heeft door de Rechtbank een correcte toetsing/afweging van de beoordelingsruimte (margin of appreciation) plaatsgevonden of had de toetsing/afweging in uw optiek in het nadeel van de nationale wetgever moeten uitvallen?
- Indien u van mening bent dat de afweging in het nadeel van de nationale wetgever had moeten uitvallen: kunt u dan argumenten geven die wij dan zouden kunnen aanvoeren bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State?

(2) Op basis van een onderzoek van jurisprudentie en literatuur zal ik hierna de door u mij voorgelegde vragen beantwoorden. Van deze antwoorden kunt u gebruik maken bij het voorbereiden van eventuele nadere schriftelijke stukken ten behoeve van de Raad van State, danwel ten behoeve van uw pleitnota voor de zitting aldaar.

2. DE BEOORDELINGSRUIMTE

(3) Om te beginnen kan worden vastgesteld dat met de in de Paspoortwet voorziene opslag (op de chip en tijdelijk in een decentrale databank) een inmenging plaatsvindt in het door artikel EVRM beschermde recht op respect voor het privé-leven. Dit blijkt onder meer uit het

arrest S. en Marper tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 4 december 2008, zaaknummer 30562/04, EHRC 2009, 13, m.nt. Koops). Dit betekent dat een inmenging alleen is toegestaan wanneer deze a) bij wet is voorzien, b) een in artikel 8 lid 2 genoemd belang dient en c) noodzakelijk is in een democratische samenleving. Van dat laatste is alleen sprake wanneer een inmenging proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde belang en de aangevoerde redenen voor de inmenging adequaat zijn. Voorts overweegt de Rechtbank terecht dat de overheid beoordelingsvrijheid (een margin of appreciation) heeft bij het beantwoorden van de vraag of de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving.

- (4) Uit de uitspraak van de Rechtbank blijkt dat zij aan de overheid een zeer ruime beoordelingsvrijheid heeft toegekend. De door eisers naar voren gebrachte bezwaren en onderbouwde stukken worden door de Rechtbank namelijk vrij gemakkelijk terzijde geschoven onder verwijzing naar deze beoordelingsruimte. Geconstateerd kan worden dat de Rechtbank de toepassing van de Paspoortwet op een zeer marginale wijze toetst en daarbij het oordeel van de wetgever in feite volgt zonder een eigen beoordeling te geven over de vraag van de proportionaliteit van de inmenging in het recht op het privé-leven van eiser.
- (5) De vraag is of deze zeer marginale toetsingswijze van de Rechtbank door de beugel kan. Daarvoor is het volgende van belang.
- (6) Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat de bescherming van persoonlijke gegevens door het Hof wordt beschouwd als een essentieel onderdeel van het door artikel 8 EVRM beschermde recht op respect voor het privé-leven (vgl. de genoemde uitspraak inzake S. en Marper tegen het Verenigd Koninkrijk, r.o. 81 en 103). Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat de opslag van vingerafdrukken zonder toestemming van de betrokkene volgens het Hof een serieuze inbreuk vormt op het privé-leven van betrokkene (vgl. de uitspraak inzake S. en Marper tegen het Verenigd Koninkrijk, r.o. 84-85). Het EHRM overweegt daarom in de zaak S. en Marper tegen het Verenigd Koninkrijk r.o. 104 dat nodig is een "careful scrutiny of any State measure authorising its retention and use by the authorities without the consent of the person concerned" als het vingerafdrukken betreft. Daaruit kan worden afgeleid dat het Europees Hof van mening is dat de margin of appreciation als het gaat om de opslag van vingerafdrukken beperkt is.
- (7) Bij de vraag hoe groot de beoordelingsvrijheid van de overheid is in het onderhavige geval, is verder van belang dat de nationale rechter op grond van artikel 13 EVRM (het recht op effectieve nationale rechtsbescherming voor een nationale instantie) gehouden is effectieve rechtsbescherming te bieden. Dit betekent dat de rechter via zijn toetsing moet waarborgen dat besluiten die in strijd zijn met het EVRM worden vernietigd. Dit betekent dat het feit dat het Europees Hof de Staat als het gaat om de opslag van vingerafdrukken slechts een beperkte beoordelingsvrijheid laat, betekent dat de rechter de desbetreffende besluiten niet slechts marginaal mag toetsen.
- (8) Betoogd kan dan ook worden dat de Rechtbank Maastricht in de bewuste uitspraak ten onrechte een ruime beoordelingsvrijheid heeft aangenomen.
- (9) Nu zou van de zijde van de overheid kunnen worden tegengeworpen dat de feiten in de

zaak Marper teveel verschillen van die in de onderhavige Paspoortwet-zaak. In Marper was er namelijk sprake van de opslag van vingerafdrukken én DNA en bovendien was er sprake van een strafrechtelijke context waarbij de opslag plaatsvond met het oog op het ontdekken en voorkomen van misdrijven. Daar kan echter wel het een en ander op worden afgedongen. Immers, in de genoemde zaak oordeelt het EHRM dat ook de opslag van vingerafdrukken disproportioneel en daarmee in strijd was met artikel 8 EVRM. Verder zou kunnen worden betoogd dat de strafrechtelijke context ook niet uitmaakt. Gesteld zou zelfs kunnen worden dat juist nu bij het aanvragen van het paspoort het niet gaat om het voorkomen van misdrijven, er nog zwaardere eisen gelden bij het aantonen van de proportionaliteit van de opslag van vingerafdrukken in die context.

3. DE TOEPASSING VAN DE PROPORTIONALITEITSTOETS

- (10) Verder kan er kritiek worden uitgeoefend op de wijze waarop de Rechtbank de proportionaliteitstoets uitvoert. Uit vaste jurisprudentie van het Europese Hof volgt dat de beperkingsclausule van artikel 8, lid 2 EVRM beperkt moet worden uitgelegd en dat de noodzaak van maatregelen die het recht op een privé-leven beperken overtuigend moet worden aangetoond (vgl. EHRM 18 juli 2006, Keegan tegen het Verenigd Koninkrijk, zaaknr. 28867/03, r.o. 31; EHRM 25 maart 1983, Silver e.a. tegen Verenigd Koninkrijk, zaaknr. 5947/72, r.o. 97). Dit impliceert dat er wel degelijk een noodzaak voor de bewuste opslag van de vingerafdrukken door de overheid aannemelijk moet worden gemaakt, aan welk vereiste niet is voldaan wanneer de overheid alleen aannemelijk kan maken dat een maatregel nuttig of wenselijk is.
- (11) In het licht van dit striktere toetsingskader kunnen vraagtekens worden gezet bij de wijze waarop de Rechtbank in casu de proportionaliteit toetst. Het is de vraag of de Rechtbank inderdaad deugdelijk heeft gemotiveerd dat er sprake is van een proportionele maatregel. Belangrijkste reden voor de opslag is volgens de Rechtbank het voorkomen van look-alike fraude. Uit de uitspraak blijkt echter niet hoe groot het probleem van een dergelijke fraude is, welke nadelige gevolgen dit zou hebben en wat de ernst van die gevolgen is. Dit klemmt temeer nu er wetenschappelijke rapportages beschikbaar zijn waaruit blijkt dat een dergelijke fraude slechts in geringe mate voorkomt (V. Böhre, "Happy Landings? Het biometrische paspoort als zwarte doos", WRR, 2010).

4. VOORZIENBAARHEID

- (12) De Rechtbank neemt aan dat de opslag ook voldoende voorzienbaar zou zijn in de zin van artikel 8 EVRM. In dat kader zou kunnen worden tegengeworpen dat op het moment dat eiser weigerde zijn vingerafdrukken af te staan, geheel niet duidelijk was wat er met deze gegevens zou gebeuren. Mogelijk zouden deze in een centrale databank worden opgeslagen en in ieder geval in een decentrale databank. Verder, zo maak ik op uit het dossier, waren er op dat moment vier vingerafdrukken vereist terwijl de Europese Verordening er slechts twee eist, aan welk vereiste de wetgeving in Nederland later is aangepast. Meer in het bijzonder moet de beperking van het recht op het privé-leven zijn voorzien in toegankelijke en kenbare wetgeving die burgers in de gelegenheid stelt om in te schatten welke beperkingen aan hun grondrechten worden gesteld. Dit vereiste houdt nauw verband met het vereiste van

rechtszekerheid. Burgers moeten met redelijke zekerheid kunnen voorzien welke beperkingen zijn gesteld op de uitoefening van hun grondrecht, zodat zij daarop hun gedrag kunnen afstemmen (EHRM 25 maart 1983, Silver e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk, zaaknr. 5947/72, r.o. 92-95).

- (13) Gesteld zou kunnen worden dat op het moment dat het bestreden besluit werd genomen voor eiser onvoldoende voorzienbaar was welke beperkingen precies zouden worden gesteld aan zijn grondrecht op privé-leven. Daarbij is relevant dat de Rechtbank een toetsing ex tunc moet verrichten, waarbij de omstandigheden op het moment van het nemen van het bestreden besluit doorslaggevend zijn. Dat inmiddels de wetgeving op verschillende punten is aangepast en dat inmiddels is afgezien van een centrale opslag en dat ook de decentrale opslag beperkt is in tijd, doet daarom in feite niet terzake. Daarbij moet wel worden aangekend dat dit een reden zou kunnen zijn voor de Afdeling om eventueel de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten nu inmiddels namelijk mogelijk wél aan de vereiste van voorzienbaarheid is voldaan.

5. DE RECHTBANK LIJKT TEN ONRECHTE DE EUROPESE VERORDENING VAN 13 DECEMBER 2004 (NR. 2252/2004) ALS ONAANTASTBAAR TE BESCHOUWEN

- (14) Onder meer bij het beoordelen van de proportionaliteit van de maatregel, lijkt de Rechtbank er vanuit te gaan dat deze mede wordt ingegeven door het bestaan van de hiervoor genoemde Verordening. Dit is ten onrechte. De betreffende Verordening en haar toepassing moeten immers ook op rechtmatigheid worden getoetst aan artikel 7 (recht op privé-leven) en artikel 8 (recht op bescherming van persoonsgegevens) van het EU Grondrechtenhandvest. Dit betekent dat de verplichtingen die voortvloeien uit de Verordening niet als een vaststaand gegeven mogen worden beschouwd. Zij moeten eveneens op met name proportionaliteit worden getoetst. Onder verwijzing naar het voorgaande, zou daarbij kunnen worden betoogd dat deze proportionaliteit ontbreekt.

6. ENKELE OPMERKINGEN NAAR AANLEIDING VAN HET VERWEERSCHRIFT VAN DE BURGEMEESTER IN DE PROCEDURE VOOR DE AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

- (15) Aandacht verdient het gestelde in 6.1.1 van het verweerschrift, waarin wordt aangevoerd dat appelland geen belang meer zou hebben bij de onderhavige zaak, nu er geen sprake meer zou zijn van een centrale opslag en hij zou hebben aangegeven dat hij geen bezwaar heeft tegen decentrale opslag. Heel duidelijk zou hier moeten worden gemaakt dat het bezwaar zich ook richt tegen de opslag op de chip die op het paspoort is geplaatst en dat er wel degelijk nog sprake is van (tijdelijke) decentrale opslag. Dit maakt dat het belang van appelland is gegeven. Bovendien zou hier nog een keer kunnen worden verwezen naar het uitgangspunt dat een ex tunc-toetsing moet plaatsvinden, namelijk naar de feiten en omstandigheden zoals die waren ten tijde van het nemen van het bestreden besluit.
- (16) Verder behoeft aandacht hetgeen wordt gesteld onder 6.2.2. Daar wordt betoogd dat appelland in eerste aanleg de voorzienbaarheid van de maatregel niet zou hebben betwist. Op zich

is het vaste jurisprudentie dat gronden die niet in eerste aanleg zijn aangevoerd, niet voor het eerst in hoger beroep naar voren mogen worden gebracht. Dit uitgangspunt lijdt evenwel uitzondering, indien met een bepaalde stelling die voor het eerst in hoger beroep naar voren wordt gebracht, wordt voorgebouwd op hetgeen in eerste aanleg naar voren is gebracht. Het is dus zaak om in het beroepschrift dat in eerste aanleg naar voren is gebracht en in de pleitnota, een dergelijk aanknopingspunt te vinden en daarop te wijzen.

- (17) Verder wordt in 6.2.4 aangegeven dat aan de voorzienbaarheidseis is voldaan, nu de opslag is voorzien in regelgeving. Daar zou moeten worden tegengeworpen dat ook de wijze waarop al dan niet gebruik wordt gemaakt van het opgeslagen materiaal in de regelgeving en op basis daarvan voorzienbaar moet zijn. Onder verwijzing naar het voorgaande zou kunnen worden betoogd dat daarvan in casu onvoldoende sprake is.
- (18) Onder 6.3.2 wordt aangevoerd dat de rechtsgeldigheid van de al eerder genoemde Verordening niet in het geding zou zijn. Betoogd moet worden dat het beroep in eerste aanleg zich eveneens, voor zover nodig, heeft gericht tegen de Verordening en dat deze wel degelijk in strijd is met artikel 7 en 8 van het EU-grondrecht Handvest en daaraan ook moet worden getoetst.
- (19) Onder 6.3.3 wordt zonder veel nadere motivering aangevoerd dat de maatregel als geheel effectief en proportioneel is. Daartegen zou kunnen worden ingebracht dat het aan de overheid is om dat daadwerkelijk aannemelijk te maken, nu immers sprake is van een inmenging in het recht op privé-leven en het dus aan de overheid is om aan te tonen dat er sprake is van een rechtvaardigingsgrond.
- (20) Onder 6.3.5 van het verweerschrift wordt ingegaan op de stelling van appellant dat mogelijk ook had kunnen worden voldaan aan de Verordening middels het rollen over een stempekkussen. Daar moet tegen worden ingebracht dat, zoals hiervoor reeds meermalen naar voren gebracht, de Verordening niet de maat der dingen is. Ook de Verordening moet voldoen aan de eisen van de grondrechten zoals neergelegd in artikel 7 en 8 van het Handvest. In dat kader zou moeten worden betoogd dat de Verordening niet aan deze eisen voldoet en dat de Afdeling wanneer zij daarin niet bij voorbaat wenst mee te gaan, op zijn minst een prejudiciële vraag moet stellen aan het Hof van Justitie. Er is dan immers sprake van een situatie waarin niet duidelijk is hoe de uitleg van het EU-recht moet plaatsvinden. In een dergelijk geval bestaat daarvoor in hoogste nationale instantie de verplichting om een prejudiciële vraag te stellen.
- (21) Onder meer onder 7.1.2 van het verweerschrift wordt appellant verweten het te laten bij algemene stellingen. Hij zou niet aannemelijk hebben gemaakt dat het beveiligen van vingerafdrukken in dit geval onvoldoende zou zijn. Het zou goed zijn wanneer op dat punt via nadere stukken meer bewijsmateriaal naar voren zou kunnen worden gebracht. Anderzijds zou ook kunnen worden betoogd dat het aan de overheid is om aannemelijk te maken dat de beveiliging in orde is. Nu er sprake is van een inmenging in het recht op privé-leven en dat het in die context aan de overheid is om aannemelijk te maken dat sprake is van een gerechtvaardigde inmenging.

- (22) Ten slotte wordt onder 8 van het verweerschrift nog ingegaan op het eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Daar zou op zich vastgehouden kunnen worden aan de stelling dat er wel degelijk een eigendomsrecht in het geding is, zij het dat dit wat betreft de toetsing niet veel extra waarborgen zou opleveren. Immers een inmenging in het recht op eigendom, moet aan dezelfde eisen en mogelijk zelfs minder strenge eisen voldoen als een inmenging in het recht op privé-leven van artikel 8 EVRM.

7. MOGELIJK NOG RELEVANTE VERWIJZINGEN

- In Frankrijk heeft de Conseil d'État bij arrest van 26 oktober 2011, zaaknummer 317827 e.a. uitgemaakt dat de regeling rond het biometrische paspoort aldaar op zich voldoet aan de eisen van artikel 8 EVRM. Alleen het onderdeel van de wet op basis waarvan acht vingerafdrukken werden vereist, waar de Verordening er slechts twee noodzakelijk achtte, werd in strijd geacht met het proportionaliteitsvereiste van artikel 8 EVRM. Het is aannemelijk dat de Afdeling bestuursrechtspraak deze zaak van haar zusterinstelling in Frankrijk kent. Mocht deze ter sprake komen, dan zou moeten worden betoogd dat de regeling rondom de opslag en de beveiliging in Frankrijk verschillen van de situatie in Nederland.
- Verder is in het Nederlands Juristenblad 2011, nr. 12 een kritisch Vooraf opgenomen van Corien Prins onder de titel "Wachten op een databank biometrische vingerafdrukken". Daarin betoogt zij dat het problematisch is dat gedurende de jaren de doelstellingen van de Paspoortwet zijn uitgebreid, maar dat de argumentatie tegelijkertijd niet of nauwelijks is aangepast. Dit artikel zou kunnen worden aangevoerd in het kader van de toets of de overheid inderdaad voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de opslag proportioneel is.
- In het tijdschrift "Privacy en Informatie" van april 2010, p. 50 e.v. gaat Prof. dr. V. Icke onder de titel "Gullivers Web" op kritische wijze in op de opslag en koppeling van persoonsgegevens. Als belangrijk punt van kritiek, voert hij aan dat een van de meest opmerkelijke stijkenmerken van de Nederlandse overheid is dat zij zich nauwelijks verplicht voelt om vooraf te bewijzen dat haar voorstellen voor wet- en regelgeving gepast zijn. Ook deze publicatie zou kunnen worden aangevoerd ter onderbouwing van hetgeen hiervoor als kritiek naar voren is gebracht.

8. CONCLUSIE

- (23) Uit het voorgaande volgt dat er de nodige argumenten zijn aan te voeren op basis waarvan kan worden betoogd dat de uitspraak van de Rechtbank Maastricht op zijn minst genomen te kort door de bocht is. Het is zaak om deze argumenten op een goede wijze bij de Afdeling naar voren te brengen en daar waar mogelijk via verwijzing naar bewijsmateriaal en deskundigenpublicaties een nadere onderbouwing aan te geven.
- (24) Tegelijkertijd moeten wij ons realiseren dat het hier uiteindelijk gaat om een belangenafweging en dat de Afdeling bestuursrechtspraak in veel zaken niet geneigd is zich zeer kritisch op te stellen met betrekking tot een reeds door de wetgever gemaakte belangenafweging. Daarom is het zaak om de Afdeling voor het geval zij zou overwegen het hoger beroep ongegrond te verklaren, te wijzen op haar verplichting om zo nodig een prejudiciële

vraag te stellen aan het Luxemburgse Hof van Justitie. Indien de Afdeling dit niet zou willen en het hoger beroep toch ongegrond zou worden verklaard, is er een mogelijkheid om binnen zes maanden na de uitspraak een klacht in te dienen tegen Nederland bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg.

Ik houd mij graag gereed voor nader overleg en assistentie in deze zaak. Voor dit moment vertrouw ik erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.