

Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Zitting van 22 november 2012, 11.30 uur
Nr. 201110934/2/A3

Burgemeester van Nuth/de heer Willems

Pleitnota C.M. Biltter

Wettelijk kader

- 1 Een paspoort moet op grond van de Paspoortwet een chip met twee vingerafdrukken van de houder bevatten, behoudens zich hier niet voordoende uitzonderingen. Die verplichting volgt rechtstreeks uit Europese Verordening 2252/2004, zoals gewijzigd bij Vo. 444/2009 (hierna: Paspoortverordening). De Paspoortverordening biedt geen ruimte om een uitzondering te maken op de verplichting vingerafdrukken in een paspoort op te nemen op de gronden die de heer Willems in zijn hoger beroepschrift en zijn verzoek heeft aangevoerd. De enige uitzondering die in de Verordening is geregeld ziet op de fysieke onmogelijkheid om vingerafdrukken af te geven (naast de uitzondering voor jongeren onder 12 jaar). Of als gevolg van een fysieke onmogelijkheid van de heer Willems geen vingerafdrukken kunnen worden opgenomen, kan pas worden vastgesteld op het moment van aanvragen.
- 2 Alleen bij de aanvraag van een nooddocument, een noodpaspoort dan wel laissez-passer, worden op grond van de paspoortregelgeving standaard geen vingerafdrukken opgenomen. Noodpaspoorten worden in Nederland door de Koninklijke Marechaussee uitgegeven. De burgemeester is daartoe niet bevoegd, zodat de burgemeester aan een opdracht met die strekking ook niet zou kunnen voldoen. De burgemeester kan alleen een reisdocument zonder vingerafdrukken afgeven met een geldigheidsduur van 1 jaar in gevallen als bedoeld in artikel 10 lid 3 van de PUN, nl. als bij de aanvrager sprake is van een tijdelijke verhindering. In de procedure is toegelicht dat het gaat om een tijdelijke fysieke verhindering bij de aanvrager om vingerafdrukken af te geven. Daarvan lijkt bij de heer Willems geen sprake, maar dat kan pas worden vastgesteld op het moment van aanvragen. De stelling van de heer Willems dat hem op grond van de Paspoortwet een reisdocument met een geldigheidsduur van een jaar zou kunnen worden afgegeven, zonder dat er sprake is van een tijdelijke fysieke verhindering, slaagt dan ook niet.

- 3 De burgemeester is gehouden de voorschriften toe te passen; hij heeft daarin geen eigen beleidsvrijheid. De apparatuur die door de Staat aan de burgemeester ter beschikking wordt gesteld voor de afgifte van reisdocumenten voorziet alleen in de mogelijkheid een aanvraag zonder vingerafdrukken te voltooien als uitdrukkelijk wordt bevestigd dat het (tijdelijk) fysiek onmogelijk is vingerafdrukken van de aanvrager af te nemen. Dat betekent dat in het geval van toewijzing van het verzoek – in strijd met de waarheid en in strijd met de uitdrukkelijke bedoeling van de EU-wetgever – zou moeten worden ingevuld dat het fysiek niet mogelijk zou zijn vingerafdrukken van de heer Willems af te nemen, zodat hij op die grond de beschikking krijgt over een paspoort zonder vingerafdrukken.
- 4 Het uitgeven van een paspoort zonder vingerafdrukken in strijd met de wet en Verordening zou een zeer vergaande voorziening zijn, waarmee de doelstelling van de Verordening in de kern zou worden aangetast. Dat past niet bij een voorlopige voorziening. Zo'n voorziening zou bovendien in de praktijk een veel ruimer toepassingsbereik hebben dan het geval van de heer Willems. Dat noopt tot extra terughoudendheid.
- Toewijzing van het verzoek is in strijd met de Paspoortverordening*
- 5 Toewijzing van het verzoek van de heer Willems zou dus opschorting van de Paspoortverordening betekenen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie is voor een tijdelijke scorsing van een bepaling van Europees recht, hangende de procedure bij het Hof van Justitie, alleen ruimte als ernstige en onherstelbare schade dreigt, en dan alleen nog maar in geval van ernstige twijfel over de geldigheid van de Verordening.

Zie bijv. arrest van 21 februari 1991 in de gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89, Zuckerfabrik, Jur. 1991 I-534:

- "Opschorting van de tenuitvoerlegging van een ter uitvoering van een communautaire handeling verrichte nationale handeling kan door een nationale rechter slechts worden toegestaan
- indien die rechter ernstige twijfel aan de geldigheid van de communautaire handeling koestert en hij, wanneer de vraag betreffende de geldigheid van de betwiste handeling nog niet aan het Hof is voorgelegd, ze zelf naar het Hof verwijst,
 - indien de zaak spoedeisend is en voor de verzoeker ernstige en onherstelbare schade dreigt,
 - en indien die rechter naar behoren rekening houdt met het belang van de Gemeenschap."

Zie ook het arrest van 9 november 1995 in de zaak C-465/93, Atlanta Fruchtgesellschaft, Jur. 1995 I-3761;

zie nationaal bijv. Cbb 22 september 2008, LJN: BF3951.

6 Aan die voorwaarden is in deze procedure niet voldaan.

1: *Geen ernstige twijfel*

7 Van ernstige twijfel is niet snel sprake.

Zie het arrest van 9 november 1995 in de zaak C-455/93, Atlanta Fruchtsociëtschaft, AB 1996, 448, rov. 35-36:

“35. In het arrest Zuckerfabrik (r.o. 23) heeft het Hof geoordeeld, dat voorlopige maatregelen slechts kunnen worden getroffen, wanneer de door de verzoeker aangevoerde feiten en voorgedragen middelen bij de nationale rechter de overtuiging doen postvatten, dat ernstige twijfels bestaan omtrent de geldigheid van de gemeenschapsverordening waarop de bestreden bestuurshandeling is gebaseerd. Alleen de mogelijkheid van een — aan het Hof voorbehouden — ongeldigverklaring kan immers de toewijzing van een verzoek om opschorting rechtvaardigen.

36. Deze voorwaarde houdt in, dat de nationale rechter zich er niet toe mag beperken het Hof om een prejudiciële beslissing over de geldigheid van de Verordening te verzoeken, doch dat hij op het ogenblik waarop hij de maatregel in kort geding treft, moet aangeven waarom hij van oordeel is dat het Hof de ongeldigheid van die Verordening zal vaststellen.

37. Daarbij moet de nationale rechter rekening houden met de omvang van de beoordelingsmarge die volgens de rechtspraak van het Hof naar gelang van de betrokken sector aan de gemeenschapsinstellingen moet worden gelaten.”

8 De voorzitter van de Afdeling heeft bij uitspraak van 7 augustus 2012 al overwogen dat onvoldoende grond bestond voor het hebben van ernstige twijfel.

Vz. ABRvS 7 augustus 2012, LJN: BX3983, rov. 2.6.

9 Uit de verwijzingsuitspraak van de Afdeling blijkt ook niet van ernstige twijfel.

Zie voor de motivering van de vragen van de Afdeling ABRvS 28 september 2012, LJN: 3X8644, rov. 12.3;

Vgl. ook Vz. CBB 1 juli 1999, KG 19991, 408, rov. 6.2.

10 De aan het Hof voorgelegde vragen betreffen complexe vragen en van een andere soort dan bijvoorbeeld een vraag over de juridische grondslag van een regeling. Hier gaat het in wezen om de toetsing van de afweging van de verschillende betrokken belangen, waarbij de EU-wetgever een ruime beoordelingsmarge toekomt. Dat is een toetsing waarop bijkans de rechtspraak dus niet snel vooruit kan worden gelopen.

2: *Geen dreigende ernstige en onherstelbare schade*

- 11 De toets of sprake is van dreigende ernstige en onherstelbare schade, betreft eveneens een strenge toets, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.
- Zie het arrest van 9 november 1995 in de zaak C-465/93, Atlanta Fruchtgesellschaft, AB 1996, 448, rov. 39-41:
39. Daar de bevoegdheid van de nationale rechter om voorlopige maatregelen te treffen overeenkomt met de bij art. 186 aan het Hof toegekende bevoegdheid in het kader van krachtens art. 173 van het Verdrag ingestelde beroepen, kan de nationale rechter deze maatregelen slechts treffen, indien is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor het kort geding voor het Hof (arrest Zuckerfabrik, r.o. 27).
40. Dienaangaande heeft het Hof in het arrest Zuckerfabrik (r.o. 28) overwogen, dat uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat maatregelen in kort geding slechts kunnen worden getroffen, indien zij spoedeisend zijn, dat wil zeggen indien zij vóór de uitspraak in de hoofdzaak moeten worden getroffen en effect moeten sorteren teneinde te voorkomen dat de partij die erom verzoekt, ernstige en onherstelbare schade lijdt.
41. Spoedeisendheid valt daarbij eerst aan te nemen wanneer de door de verzoeker gestelde schade kan intreden voordat het Hof uitspraak heeft kunnen doen over de geldigheid van de bestreden gemeenschapshandeling. Met betrekking tot de aard van de schade heeft het Hof bij herhaling geoordeeld, dat zuiver geldelijke schade in beginsel niet als onherstelbaar kan worden beschouwd. Het staat evenwel aan de kort-gedingsrechter, de bijzondere omstandigheden van ieder afzonderlijk geval te onderzoeken. Daartoe dient hij de elementen te beoordelen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld, of de onverwijde tenuitvoerlegging van de handeling waaromtrent voorlopige maatregelen worden gevraagd, voor de verzoeker onomkeerbare nadelen meebrengt, die niet kunnen worden hersteld indien de gemeenschapshandeling ongeldig wordt verklaard (arrest Zuckerfabrik, r.o. 29).⁴⁰
- Vergelijk ook Gerecht van eerste aanleg 15 mei 2003, AB 2003, 261.
- 12 De heer Willems heeft aangevoerd dat hij een groot spoedeisend belang heeft bij een voorziening, omdat acquisitie in het verre buitenland vanwege de financiële crisis van groot belang zou zijn voor het voortbestaan van de EM Group. Een paspoort is voor de heer Willems essentieel, omdat hij daarmee weer volwaardig zou kunnen deelnemen aan het maatschappelijk leven en de bedrijfsvoering van EM Group weer optimaal kan worden ingericht.
- 13 De enkele stelling dat de EM Group de heer Willems nodig zou hebben voor acquisitie in het verre buitenland is onvoldoende om aan te nemen dat ernstige en onherstelbare schade dreigt. Dat het marktaandeel van een bedrijf zou kunnen afnemen, is daarvoor niet afdoende.

Vergelijk daarvoor de jurisprudentie van het Hof van Justitie over de toelating van bestrijdingsmiddelen. Zie bijv. HvJ EG 23 januari 2008, C-236/07PR, LJM BF8020, rov. 30-32.

- 14 Daar komt bij dat niet duidelijk wordt welke ernstige en onherstelbare schade de heer Willems zou oplopen wanneer hij bij zijn aanvraag zijn vingerafdrukken zou afgeven en zou reizen met een paspoort met vingerafdrukken. De problemen die de Afdeling in de verwijzingsbeslissing heeft genoemd – de foutmarge bij de opname van de vingerafdrukken en een mogelijk risico van misbruik en manipulatie – leveren nog geen ernstige en onherstelbare schade bij de heer Willems op. De vrees die de heer Willems ook eerder al heeft geschetst staat los van de vingerafdrukken in de chip.

3: *Naar behoren rekening houden met het belang van de Gemeenschap*

- 15 Tot slot zou een voorziening in strijd met de Paspoortverordening mogelijk te rijmen zijn met het belang van de Gemeenschap, zoals dat in de verordening tot uitdrukking is gebracht.

Zie het arrest van 9 november 1995 in de zaak C-465/93, Atlanta Fruchtgesellschaft, AB 1996, 448:

"42. Overigens is de nationale rechter, die in het kader van zijn bevoegdheid het gemeenschapsrecht moet toepassen, verplicht de volle werking van het gemeenschapsrecht te waarborgen. In geval van twijfel ontrent de geldigheid van gemeenschapsverordeningen dient hij derhalve rekening te houden met het belang van de Gemeenschap, dat die Verordeningen niet overhaast buiten toepassing worden gelaten (arrest Zuckerfabrik, r.o. 30).

43. Ter naleving van deze verplichting dient de nationale rechter bij wie een verzoek om een voorlopige maatregel is ingediend, eerst na te gaan of aan de betrokken gemeenschapsbehandeling niet elke nuttige werking wordt ontnomen, wanneer zij niet onmiddellijk wordt toegepast (arrest Zuckerfabrik, r.o. 31).

44. Daarbij moet hij rekening houden met de afbreuk die de maatregel in kort geding kan doen aan de rechtsregeling die die Verordening in de gehele Gemeenschap tot stand heeft gebracht. Hij dient enerzijds het cumulatief effect dat ontstaat indien tal van rechters om dezelfde redenen eveneens maatregelen in kort geding treffen, en anderzijds de specifieke situatie die de verzoeker van de andere betrokken marktdeelnemers onderscheidt, in aanmerking te nemen."

- 16 Met een voorlopige maatregel die inhoudt dat een paspoort zonder vingerafdrukken moet worden afgegeven zonder dat aan de in de verordening geregelde vereisten voor een uitzondering is voldaan, wordt elke werking aan de verordening ontnomen: het vormt immers de kern van de verordening.

- 17 De heer Willems bevindt zich niet in een specifieke situatie die zich van andere burgers onderscheidt. Toewijzing van een voorlopige voorziening als door de heer Willems verzocht zou daarom grote gevolgen kunnen hebben.

Conclusie

- 18 De burgemeester verzoekt u gelet op het voorgaande het verzoek om een voorlopige voorziening van de heer Willems af te wijzen.