

L0319189

CASSATIEDAGVAARDING STAAT / PRIVACY FIRST C.S.

Heden, de negentiende mei tweeduizend veertien, ten verzoeken van **DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)**, waarvan de zetel is gevestigd te 's-Gravenhage, te dezer zake woonplaats kiezende te 's-Gravenhage aan de Bezuidenhoutseweg nr. 57 (2594 AC), gebouw New Babylon (postbus 11756, 2502 AT), ten kantore van mrs. J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland, beiden advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, die door hem worden aangewezen om hem te vertegenwoordigen in na te melden geding in cassatie;

heb ik, Walter Frederik Dirk van den Oever, gerechtsdeurwaarder met plaats van vestiging 's-Gravenhage, kantoorhoudende aldaar aan de Bezuidenhoutseweg 114

AAN

1. de stichting **STICHTING PRIVACY FIRST**, gevestigd te Amsterdam,
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

overeenkomstig art. 63 lid 1 Rv mijn exploit doende te 's-Gravenhage aan de Alexanderstraat nr. 2 (2514 JL), ten kantore van mr. W.P. den Hertog, advocaat, alwaar de gerequireerden in vorige instantie laatstelijk woonplaats hebben gekozen, sprekende met en afschrift dezes voor ieder van gerequireerden latende aan:

de heer F.J.B. Buitenhuis, aldaar werkzaam

AANGEZEGD

dat mijn requirant hierbij beroep in cassatie instelt tegen het arrest van het Gerechtshof Den Haag, onder zaaknummer 200.087.096/01 tussen mijn requirant als geïntimeerde en gerequireerden als appellanten gewezen en ter openbare terechtzitting van 18 februari 2014 uitgesproken;

voorts heb ik, deurwaarder, geheel exploiterend en relaterend als voormeid, de geïnsinueerden voornoemd,

GEDAGVAARD

om op vrijdag 6 juni 2014, des voormiddags om 10.00 uur, vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, te verschijnen ter openbare terechtzitting van de Hoge Raad der Nederlanden, Eerste Enkelvoudige Kamer voor de

behandeling van burgerlijke zaken, die alsdan wordt gehouden in het gebouw van de Hoge Raad der Nederlanden aan de Kazernestraat nr. 52 te 's-Gravenhage,

MET DE UITDRUKKELIJKE VERMELDING:

- dat van elk van gerequireerden bij verschijning een griffierecht zal worden geheven en dat dit griffierecht verschuldigd is vanaf zijn/haar verschijning in het geding en binnen vier weken nadien dient te zijn voldaan;
- dat van gerequireerden die bij dezelfde advocaat verschijnen en gelijkluidende conclusies nemen of gelijkluidend verweer voeren, op basis van artikel 15 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken slechts eenmaal een gezamenlijk griffierecht wordt geheven;
- dat de hoogte van de griffierechten is vermeld in de meest recente bijlage behorend bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken, die onder meer is te vinden op de website www.wetten.overheid.nl/BWBR0028899/;
- dat van een persoon die onvermogend is, een bij of krachtens de wet vastgesteld griffierecht voor onvermogenen wordt geheven, indien hij op het tijdstip waarop het griffierecht wordt geheven heeft overgelegd:
 - 1° een afschrift van het besluit tot toevoeging, bedoeld in artikel 29 van de Wet op de rechtsbijstand, of indien dit niet mogelijk is ten gevolge van omstandigheden die redelijkerwijs niet aan hem zijn toe te rekenen, een afschrift van de aanvraag, bedoeld in artikel 24, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand, dan wel
 - 2° een verklaring van het bestuur van de raad voor rechtsbijstand, bedoeld in artikel 7, derde lid, onderdeel e, van de Wet op de rechtsbijstand waaruit blijkt dat zijn inkomen niet meer bedraagt dan de inkomens bedoeld in de algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 35, tweede lid, van die wet;
- dat indien een gerequireerde in het geding verschijnt door advocaat te stellen, maar het door zijn/haar verschijning verschuldigde griffierecht niet tijdig voldoet, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, ingevolge art. 411 lid 1 Rv zijn/haar recht om verweer in cassatie te voeren of om van zijn/haar zijde in cassatie te komen vervalt;
- dat indien ten minste één van gerequireerden in het geding is verschenen, en de Hoge Raad tegen de niet op de voorgeschreven wijze in het geding verschenen gerequireerde(n) op de voet van art. 418a jo. 140 lid 1 Rv verstek heeft verleend, het jegens de verschenen gerequireerde(n) te wijzen arrest op grond van art. 140 lid 2 Rv ook jegens de niet verschenen gerequireerde(n) geldt als een arrest op tegenspraak;

TENEINDE

alsdan tegen voormeld arrest te horen aanvoeren het navolgende

MIDDEL VAN CASSATIE

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het hof heeft geoordeeld als vermeld in r.o. 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 4.3, 4.4, 4.5, 5.2, 5.4, en op grond van het daar overwogene heeft beslist en recht gedaan als overigens vermeld in het arrest waarvan beroep, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

Inleiding

In het onderhavige wetgevingsgeding ageren verweerder sub 1 (hierna: Privacy First) en verweerders sub 2 tot en met 20 (hierna: _____ c.s.) tegen bepalingen in de Rijkswet van 11 juni 2009 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met het herinrichten van de reisdocumentenadministratie (Stb. 2009, 252; hierna, in navolging van het hof: de Nieuwe Paspoortwet), welke wet gedeeltelijk in werking is getreden op 28 juni 2009 (Stb. 2009, 253). Voor zover in cassatie van belang, richten Privacy First en _____ c.s. (hierna tezamen: Privacy First c.s.) hun pijlen op de regeling in deze wet die voorziet in de opslag van vingerafdrukken van de aanvrager van een reisdocument in een centrale reisdocumentenadministratie (art. I, onderdeel D, houdende een nieuw art. 4a Paspoortwet). In de kern komt het standpunt van Privacy First c.s. erop neer dat deze regeling onverbindend is wegens strijd met art. 8 EVRM. De hiervoor bedoelde regeling met betrekking tot de centrale opslag van vingerafdrukken is nooit in werking getreden en inmiddels, bij een latere wijziging van de Paspoortwet, ingetrokken.¹

In cassatie is in de eerste plaats de vraag aan de orde of het hof terecht heeft geoordeeld dat de rechtbank Privacy First had moeten ontvangen in haar vordering. De Staat meent van niet, aangezien voor individuele burgers die geraakt (zouden) worden door de Nieuwe Paspoortwet, een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat, waarin zij de verbindendheid van die wet aan de orde kunnen stellen. Dat betekent dat een belangenorganisatie die op de voet van art. 3:305a BW de verbindendheid van deze wetgeving aan de burgerlijke rechter voorlegt, op grond van de in HR 9 juli 2010, *NJ 2012/241 (Vreemdelingenorganisaties)*

¹ Zie Rijkswet van 18 december 2013 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met onder meer de status van de Nederlandse Identiteitskaart (Stb. 2014, 10), voor zover relevant in werking getreden op 17 januari 2014 (Stb. 2014, 11).

aanvaarde regel van rechtsmachtverdeling, niet in haar vordering kan worden ontvangen. Daarbij maakt het geen verschil of de belangenorganisatie louter optreedt ter bescherming van de gebundelde belangen van (een bepaald of bepaalbaar aantal) (individualiseerbare) individuele burgers of (daarnaast) een (gelijksoortig) algemeen belang nastreeft.

In de tweede plaats bestrijdt de Staat het oordeel van het hof dat de opslag van vingerafdrukken in een centraal register *ongeschikt* is voor het daarmee beoogde doel (verificatie en identiteitsvaststelling, en daarmee het voorkomen van identiteitsfraude), zodat (volgens het hof) niet voldaan is aan het in art. 8 EVRM besloten liggende geschiktheidsvereiste. Naar het oordeel van de Staat volgt uit HvJEU 17 oktober 2013, zaak C-291/12, JB 2013/235 (*Schwarz*) dat de onderhavige maatregel wél aan het geschiktheidsvereiste voldoet. In dat arrest oordeelt het HvJEU namelijk dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken, als bedoeld in art. 1 lid 2 van Verordening EG, nr. 2252/2004 van 13 december 2004 (hierna: de Paspoortverordening)², geschikt zijn om de door die verordening nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken (te weten: (i) het voorkomen van paspoortvervalsing, en (ii) het voorkomen van frauduleus gebruik van paspoorten, met name door anderen dan de wettelijke houder ervan). Het HvJEU neemt daarbij ook in aanmerking dat het middel niet volledig betrouwbaar is, maar acht dit feit niet doorslaggevend.

1 Ontvankelijkheid Privacy First (r.o. 3.2-3.4)

Het hof behandelt in r.o. 3.1 tot en met 3.4 de grieven waarin de ontvankelijkheid van Privacy First aan de orde wordt gesteld. In r.o. 3.4 komt het hof tot de conclusie dat de rechtbank Privacy First ten onrechte in haar vorderingen niet-ontvankelijk heeft verklaard. Aan deze conclusie legt het hof in r.o. 3.2 en 3.3 de volgende oordelen ten grondslag:

- (1a) Ook indien het zo is dat individuele belangenhebbenden zoals c.s. hun bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet aan de orde kunnen stellen in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter, is een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van een belangenorganisatie die is gegrond op art. 3:305a BW bij de burgerlijke rechter ontvankelijk. Dit laatste lijdt slechts uitzondering indien de belangenorganisatie kennelijk slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van individuele belanghebbenden.
- (1b) Dat van dit laatste sprake is blijkt niet. Naar het oordeel van het hof is onmiskenbaar dat Privacy First niet slechts de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen nastreeft, maar

² Gewijzigd bij Verordening EG nr. 444/2009 van 28 mei 2009.

veeleer het algemeen belang op bescherming van het recht op privacy van personen met de Nederlandse nationaliteit, die immers als regel op enig moment een reisdocument zullen moeten aanvragen. Deze groep personen is dermate diffuus en onbepaald dat niet kan worden gezegd dat Privacy First slechts optreedt ter behartiging van de gebundelde belangen van deze personen.

- (2) Privacy First heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat zij óók een eigen vermogensrechtelijk belang bij haar vordering heeft. Privacy First heeft immers onvoldoende gemotiveerd weersproken aangevoerd dat zij, sinds de Nieuwe Paspoortwet was aangenomen, werd overstelpt met klachten en vragen van burgers, dat Privacy First deze burgers desgevraagd met raad en daad bijstaat, ook in de diverse hierover gevoerde rechtszaken, maar dat dit veel van de (schaarse) tijd en middelen van Privacy First vergt. Indien over de in de diverse rechtszaken aan de orde komende vragen in één procedure zou kunnen worden beslist komen daardoor voor Privacy First tijd en middelen vrij die zij kan aanwenden voor, bijvoorbeeld, de werving van donateurs. De rechtbank heeft dit ten onrechte miskend door te overwegen dat dit niet een eigen financieel belang is omdat deze belangenbehartiging voortvloeit uit een bundeling van individuele belangen. Dit laatste is reeds niet juist, omdat individuele belangenbehartiging door Privacy First niet hetzelfde is als de behartiging van gebundelde belangen, en ook indien dit laatste anders zou zijn betekent dit niet dat Privacy First geen (eigen) vermogensrechtelijk belang bij haar vorderingen heeft.

's Hofs hiervoor weergegeven oordelen geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn niet naar behoren gemotiveerd.

- 1.1 's Hofs hiervoor achter (1a) weergegeven oordeel en het daarop voortbouwende achter (1b) weergegeven oordeel getuigen van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof miskent dat een belangenorganisatie die op de voet van art. 3:305a BW de verbindendheid van wetgeving aan de burgerlijke rechter voorlegt en niet tevens een (voldoende) eigen belang heeft, niet in haar vordering kan worden ontvangen indien individuele belanghebbende burgers (wier (gebundelde) belangen de belangenorganisatie behartigt) hun bezwaren tegen deze wetgeving aan de orde kunnen stellen in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bij de bestuursrechter. Het hof miskent dat het daarbij geen verschil maakt of de belangenorganisatie louter optreedt ter bescherming van de gebundelde belangen van (een bepaald of bepaalbaar aantal) (individualiseerbare) individuele burgers (in welk geval sprake is van een zogenoemde groepsactie) of (daarnaast) een algemeen belang nastreeft (in welk geval (tevens) sprake is van een zogenoemde algemeenbelangactie). Het hof miskent tevens dat het daarbij ook geen verschil maakt of, en in welke mate, de bedoelde groep (individualiseerbare) individuele burgers "diffuus en onbepaald" is. In alle gevallen

moet, indien voor individuele burgers de weg naar de bestuursrechter openstaat, met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, worden aangenomen dat de verbindendheid van de desbetreffende wetgeving alleen door de (belanghebbende) burgers zelf kan worden aangevochten in de voor hen openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang. Voor gevallen als het onderhavige is voor de ontvankelijkheid van een belangenorganisatie derhalve beslissend of er individuen zijn met een gelijksoortig belang die toegang hebben tot de bestuursrechter,³ en niet of de belangenorganisatie, naast dat belang, tevens een algemeen belang nastreeft. Een andere opvatting zou immers de door uw Raad in het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest⁴ geformuleerde regel van rechtsmachtverdeling ondergraven⁵ en kan (dus) leiden tot het ongewenste gevolg dat tegelijkertijd voor de burgerlijke rechter en de bestuursrechter over verbindendheid van wettelijke voorschriften als de onderhavige wordt geprocedeerd, met het risico van een verschillende uitkomst.

Althans miskent het hof dat het voorgaande geldt indien en voor zover het nagestreefde algemeen belang van dezelfde of gelijksoortige aard is, dan wel dezelfde of gelijksoortige strekking heeft, als de behartigde individuele (gebundelde) belangen.

- 1.2 's Hof's hiervoor achter (2) weergegeven oordeel dat Privacy First voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij óók een eigen (vermogensrechtelijk) belang bij haar vordering heeft, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en/of is ontoereikend gemotiveerd. Het hof miskent dat voor het bestaan van een eigen belang (bij vorderingen als de onderhavige) vereist is dat de belangenorganisatie door de litigieuze wetgeving *rechtstreeks* in haar belangen wordt geschaad, en dat niet voldoende is dat zij een belang heeft dat is *afgeleid* van het belang van individuele burgers die door die wetgeving worden geraakt. Althans miskent het hof dat geen van de door hem genoemde omstandigheden – kort gezegd: dat Privacy First sinds de Nieuwe Paspoortwet was aangenomen, werd overstelpt met klachten en vragen van burgers; dat zij deze burgers desgevraagd met raad en daad bijstaat, ook in diverse hierover gevoerde rechtszaken; dat dit veel van de (schaarse) tijd en middelen van Privacy First vergt, die zij ook kan aanwenden voor bijvoorbeeld de werving van donateurs, indien over de in de diverse rechtszaken aan de orde komende vragen in één procedure zou kunnen worden beslist – meebrengt dat Privacy First door de litigieuze wetgeving *rechtstreeks* wordt geschaad in een eigen (vermogensrechtelijk) belang. Zoals de Staat heeft aangevoerd,⁶ hebben de desbetreffende omstandigheden immers alle betrekking op belangen die zijn *afgeleid* van het belang van de individuele burgers die door de wetgeving worden geraakt. Het hof miskent dat de (gesteide) gevolgen van een wet als de Nieuwe Paspoortwet voor een belangenorganisatie als

³ Zie aldus ook R.J.B. Schutgens in zijn noot onder het bestreden arrest, *JB* 2014/76, sub 4.

⁴ Zie HR 9 juli 2010, *NJ* 2012/241, r.o. 4.4 en 4.6.

⁵ Zie aldus ook R.J.B. Schutgens in zijn noot onder het bestreden arrest, *JB* 2014/76, sub 1 en 4.

⁶ Zie memorie van antwoord, sub 6.2.8.

Privacy First berusten op haar eigen – geheel onverplichte – keuze om de belangen te behartigen van *anderen* dan zichzelf (namelijk de individuele burgers die rechtstreeks door die wet worden geraakt).⁷ Indien het hof het voorgaande niet heeft miskend, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, nu het hof in dat geval niet – althans onvoldoende – duidelijk maakt waaruit het eigen, rechtstreekse belang van Privacy First bestaat.

2 **Geschiktheid maatregel (r.o. 4.3 en 4.4)**

In r.o. 4.1 tot en met 4.4 van het bestreden arrest beoordeelt het hof (een gedeelte van) de vorderingen van Privacy First inhoudelijk. Daartoe overweegt het in r.o. 4.2 dat niet in geschil is dat de in de Nieuwe Paspoortwet voorziene opslag van vingerafdrukken in een centrale databank een inbreuk maakt op het door onder meer art. 8 EVRM gewaarborgde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.⁸ Tevens overweegt het hof dat een dergelijke inbreuk slechts gerechtvaardigd is indien deze een legitiem doel nastreeft, voorzien is bij wet, een dringend maatschappelijk belang dient, proportioneel is alsmede effectief bijdraagt aan de verwezenlijking van het (legitieme) doel, terwijl er geen minder ingrijpende middelen bestaan om dat te bereiken.

In r.o. 4.4 concludeert het hof dat de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die gevormd wordt door de centrale opslag van vingerafdrukken, niet gerechtvaardigd is, en dat de rechtbank de vordering van Privacy First in zoverre had moeten toewijzen. In r.o. 4.3 legt het hof hieraan de volgende oordelen ten grondslag.

- (a) Het hof constateert dat de regering inmiddels zelf tot het inzicht is gekomen dat, in de woorden van de minister in zijn in r.o. 1.13 geciteerde brief, het gebruik van de vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling niet mogelijk is zonder een te hoog percentage gevallen waarin een "misser" wordt aangegeven bij een rechtmatige houder van het reisdocument. Op grond van dit inzicht heeft de regering besloten niet over te gaan tot de opslag van vingerafdrukken in een centraal register.
- (b) Dit kan niet anders betekenen dan dat de opslag van vingerafdrukken in een centraal register niet geschikt is voor het daarmee aanvankelijk beoogde doel, te weten verificatie en identiteitsvaststelling, en daarmee dus evenmin geschikt voor het voorkomen van identiteitsfraude, hetzij bij het aanvragen van een nieuw reisdocument, hetzij bij het gebruik van het reisdocument, een van de voornaamste doeleinden van de wet.

⁷ En voorts op de in het *Vreemdelingenorganisaties*-arrest aanvaarde regel van rechtsmachtverdeling (waartegen geen van de vorderingen van Privacy First zich richt). Overigens stond niets eraan in de weg dat Privacy First haar bezwaren tegen de Nieuwe Paspoortwet naar voren had gebracht in één bestuursrechtelijke proefprocedure, in welk geval zij (eveneens) tijd en middelen zou hebben bespaard.

⁸ Het hof verwijst daarbij naar § 4.11 CvA en naar Kamerstukken II, 2007-2008, 31 324, nr. 3, p. 20.

- (c) Daarbij begrijpt het hof het standpunt van de regering zo dat de centrale opslag van vingerafdrukken ook reeds ten tijde van de gedeeltelijke inwerkingtreding van de Nieuwe Paspoortwet een ongeschikt middel was, maar dat dit pas is gebleken na het vonnis van de rechtbank in deze zaak.
- (d) Dit betekent dat de rechtbank de vordering van Privacy First op het punt van de centrale opslag van vingerafdrukken had moeten toewijzen, nu Privacy First zich in eerste aanleg op het standpunt had gesteld dat centrale opslag van vingerafdrukken een ongeschikt middel was en zij daarin, naar thans blijkt, ook toen reeds gelijk had.

's Hofs oordelen in r.o. 4.3, alsmede de daarop gebaseerde conclusie in r.o. 4.4, getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en/of zijn niet naar behoren gemotiveerd.

2.1 In r.o. 4.3 en 4.4 brengt het hof (klaarblijkelijk) tot uitdrukking dat naar zijn oordeel niet voldaan is aan het in art. 8 EVRM besloten liggende vereiste dat een maatregel die een inmenging als bedoeld in dat artikel oplevert, *geschikt* is voor het verwezenlijken van de daarmee beoogde doelen (hierna ook: het geschiktheidsvereiste)⁹. 's Hofs oordeel dat de onderhavige maatregel (de opslag van vingerafdrukken in een centraal register) niet geschikt is voor het daarmee beoogde doel (verificatie en identiteitsvaststelling, en daarmee het voorkomen van identiteitsfraude)¹⁰, en derhalve niet voldoet aan het geschiktheidsvereiste, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof miskent dat de onderhavige maatregel wél geschikt (in de zin van art. 8 EVRM) is voor het verwezenlijken van het daarmee beoogde doel. Immers, het HvJEU heeft in het arrest *Schwarz* van 17 oktober 2013 (zaak C-291/12, *JB* 2013/235) geoordeeld dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken, als bedoeld in art. 1 lid 2 van de Paspoortverordening (dat wil zeggen: opname van twee vingerafdrukken op een opslagmedium in paspoorten en reisdocumenten), geschikt zijn om de door die verordening nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken, te weten: (i) het voorkomen van paspoortvervalsing, en (ii) het voorkomen van frauduleus gebruik van paspoorten, met name door anderen dan de wettelijke houder ervan.¹¹ Daaruit volgt dat de onderhavige maatregel (de opslag van vingerafdrukken in een centraal register) op zichzelf evenzeer geschikt is – in de zin van art. 8 EVRM – voor het verwezenlijken van het daarmee beoogde, door het hof aangehaalde, doel (en dus evenzeer voldoet aan het geschiktheidsvereiste). Het hof miskent dat voor de beide vormen van opslag – in een centraal register (zoals in de onderhavige zaak) respectievelijk op een opslagmedium in paspoorten en reisdocumenten (zoals in de zaak *Schwarz*) – op het punt van de geschiktheid van de desbetreffende maatregelen voor het daarmee beoogde doel (kort gezegd: het voorkomen van identiteitsfraude) rechtens geen

⁹ Ook wel aangeduid als het passendheids- of effectiviteitsvereiste.

¹⁰ Zie ook Kamerstukken II, 2007-2008, 31 324 (R1844), nr. 3, p. 2 (MyT).

¹¹ Zie r.o. 45 jo. 36 van het arrest. Zie voor genoemde doelstellingen tevens de considerans van de Paspoortverordening, sub 2 en 3.

andere afweging behoort te worden gemaakt. In beide gevallen gaat het immers om hetzelfde doel (het voorkomen van identiteitsfraude), terwijl niet valt in te zien waarom bij de ene vorm van opslag – op het punt van de geschiktheid – een andere afweging zou moeten worden gemaakt dan bij de andere vorm van opslag, temeer daar het oordeel van het HvJEU inzake de geschiktheid niet gebaseerd is op de *vorm van de opslag*, maar op het *gebruik* van vingerafdrukken voor verificatie en identificatie op zich.

Aithans is (zonder nadere motivering, die ontbreekt) in het licht van het voorgaande onbegrijpelijk waarom het hof over de geschiktheid van de opslag van vingerafdrukken in een centraal register anders oordeelt dan het HvJEU over de opslag van vingerafdrukken in een opslagmedium in paspoorten en reisdocumenten.

Aan het voorgaande doet het hiervoor achter (a) weergegeven oordeel, alsmede het aldaar bedoelde citaat van de minister in de in r.o. 1.13 bedoelde brief, mede gelet op de klachten van de onderdelen 2.2 en 2.3, niet af. Dit klemt temeer daar het HvJEU in het arrest *Schwarz* bij zijn beoordeling van de geschiktheid in aanmerking heeft genomen dat het middel (om de identiteit te verifiëren door middel van vingerafdrukken) niet volledig betrouwbaar is, maar dit feit niet doorslaggevend heeft geacht.¹²

- 2.2 Met zijn hiervoor achter (a) weergegeven oordeel is het hof buiten de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd getreden, en/of heeft het hof in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag van de vordering van Privacy First aangevuld, en/of heeft het hof een ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven (in welk geval het de Staat (mede gelet op art. 19 Rv en/of art. 6 EVRM) tenminste in de gelegenheid had moeten stellen te reageren op de inhoud van de in r.o. 1.13 geciteerde brief). Privacy First heeft ter onderbouwing van haar stelling dat “de regels in de Nieuwe Paspoortwet niet geschikt zijn om de in de Memorie van Toelichting aangegeven doeleinden te bereiken”,¹³ geen beroep gedaan op de in r.o. 1.13 bedoelde brief van de minister van 26 april 2011 en evenmin op de daarin verwoorde opvatting van de minister met betrekking tot het gebruik van de vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling, zodat het hof de desbetreffende brief en de daarin verwoorde opvatting niet aan zijn beslissing ten grondslag mocht leggen. Indien en voor zover het hof in de gedingstukken heeft gelezen dat Privacy First zich ter onderbouwing van voornoemde stelling wél op de desbetreffende brief en de daarin verwoorde opvatting heeft beroepen, berust zulks op een onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken.

Deze klacht vitieert ook ‘s hofs voortbouwende, hiervoor achter (b) tot en met (d) weergegeven oordelen en de daarop gebaseerde conclusie in r.o. 4.4.

¹² Zie r.o. 41-45 van het arrest.

¹³ Zie inleidende dagvaarding, sub 72. Welke stelling overigens door de Staat is bestreden; zie conclusie van antwoord, sub 4.41-4.43.

- 2.3 's Hofs hiervoor achter (b) weergegeven oordeel dat het gestelde achter (a) *niet anders kan betekenen* dan dat de opslag van vingerafdrukken in een centraal register niet geschikt is – in de zin van art. 8 EVRM – voor het daarmee aanvankelijk beoogde doel, getuigt bovendien van een onjuiste rechtsopvatting en/of is onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Het hof miskent dat de enkele omstandigheid dat de minister (in het licht van de tot dusver beperkte voortgang van de technische ontwikkeling) twijfels heeft geuit over de betrouwbaarheid van het gebruik van vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling en dat de regering daarom heeft besloten – op dit moment – niet over te gaan tot de opslag van vingerafdrukken in een centraal register, niet noodzakelijk meebrengt dat de onderhavige maatregel niet voldoet aan het geschiktheidsvereiste, temeer daar het HvJEU bij zijn beoordeling van de geschiktheid in de zaak *Schwarz* in aanmerking heeft genomen dat het gebruik van vingerafdrukken voor het verifiëren van de identiteit niet volledig betrouwbaar is, maar dit feit niet doorslaggevend heeft geacht. Voorts miskent het hof dat een beleidsmatige keuze van een minister om (voorlopig)¹⁴ af te zien van de invoering van een bepaalde maatregel, niet automatisch betekent dat die maatregel ongeschikt is (in de zin van art. 8 EVRM) en dat de wet waarin die maatregel is vervat (dus) onrechtmatig is. Althans is, zonder nadere motivering, die ontbreekt, mede in het licht van het arrest *Schwarz* onbegrijpelijk dat het hof op grond van de inhoud van de in r.o. 1.13 aangehaalde brief van de minister tot het oordeel is gekomen dat de onderhavige maatregel ongeschikt is (in de zin van art. 8 EVRM).
- 2.4 's Hofs hiervoor achter (d) weergegeven oordeel getuigt bovendien van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot (de vereiste rechterlijke terughoudendheid bij) het toetsen van *niet in werking getreden wetgeving* (waarvan het moment van inwerkingtreding nog niet vaststaat) (terwijl die wetgeving dient te worden uitgewerkt in uitvoeringsregelgeving). Het hof miskent dat de rechtbank, geleid op na te melden omstandigheden, niet zou hebben mogen oordelen dat de onderhavige maatregel (de opslag van vingerafdrukken in een centraal register) niet voldoet aan het geschiktheidsvereiste op de enkele grond dat het gebruik van vingerafdrukken voor doeleinden van verificatie en identiteitsvaststelling *op dat moment in het licht van de tot dusver beperkte voortgang van de technische ontwikkeling niet mogelijk was* zonder een te hoog percentage gevallen waarin een "misser" wordt aangegeven bij een rechtmatige houder van het reisdocument¹⁵ en die maatregel dus *op dat moment* technologisch ongeschikt zou zijn voor die doeleinden. Immers, ten tijde van het vonnis van de rechtbank was het gedeelte van de Nieuwe Paspoortwet dat voorzorg in de opslag van vingerafdrukken in een centraal register (nog) niet in werking

¹⁴ Zie de voorlaatste volzin van het in r.o. 1.13 opgenomen citaat uit de brief van de minister: "Om die reden is het beter om voor nu te stoppen met de opslag van vingerafdrukken in de decentrale reisdocumentenadministratie." (curs. toegevoegd; adv.)

¹⁵ Zie het in r.o. 1.13 opgenomen citaat uit de brief van de minister van BZK aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 764, nr. 46, p. 4.

getreden.¹⁶ Bovendien was ten tijde van het vonnis nog niet duidelijk wanneer het desbetreffende gedeelte in werking zou treden¹⁷ (zodat de centrale opslag van vingerafdrukken op het moment van inwerkingtreding technologisch wél geschikt had kunnen zijn), en zou het uiteindelijke opslagregime afhankelijk zijn van (ten tijde van het vonnis nog niet tot stand gekomen) uitvoeringsregelgeving¹⁸ (terwijl de beslissing van de regering over de vormgeving van de centrale reisdocumentenadministratie eerst nog aan de Tweede Kamer diende te worden voorgelegd, zodat geen onomkeerbare stappen zouden worden gezet zonder dat de Tweede Kamer zich daarover opnieuw zou hebben kunnen uitlaten).¹⁹ Tegen die achtergrond zou de rechtbank niet (reeds ten tijde van het vonnis in eerste aanleg) hebben mogen oordelen dat het gedeelte in de Nieuwe Paspoortwet dat voorzag in de centrale opslag van vingerafdrukken de toets van art. 8 EVRM – geleet op het daarin besloten liggende geschiktheidsvereiste – niet kan doorstaan, maar had de rechtbank de vordering van Privacy First op het punt van de centrale opslag van vingerafdrukken moeten afwijzen, althans de zaak (op dat punt) moeten aanhouden tot het relevante gedeelte van de Nieuwe Paspoortwet in werking zou zijn getreden, althans tot voldoende duidelijkheid zou hebben bestaan over het moment van inwerkingtreding en/of over de daarbij behorende uitvoeringsregelgeving.

Indien het hof het voorgaande niet heeft miskend, is zijn hiervoor achter (d) weergegeven oordeel, in het licht van de in de vorige alinea genoemde omstandigheden, onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd.

3 Proceskostenveroordeling (r.o. 3.5 en dictum)

In r.o. 3.5 oordeelt het hof dat het in het midden kan laten of c.s. terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard en dat het voor de proceskostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep niet uitmaakt of c.s. wel of niet ontvankelijk zijn. In het dictum veroordeelt het hof de Staat in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van Privacy First c.s. onderscheidenlijk Privacy First begroot op € 350,93 voor verschotten en € 1.356,-- voor salaris advocaat, en in hoger beroep op € 739,81 voor verschotten en € 894,-- voor salaris advocaat. De proceskostenveroordeling is (klaarblijkelijk) dus mede uitgesproken ten gunste van c.s. (de als eisers optredende natuurlijke personen), die derhalve uit dien hoofde allen (samen met Privacy First) voor gelijke delen een vordering hebben verkregen op de Staat. Deze oordelen getuigen van een onjuiste rechtsopvatting en/of zijn niet naar behoren gemotiveerd.

¹⁶ Zie r.o. 1.8 van het bestreden arrest.

¹⁷ Zie conclusie van antwoord, sub 1.7-1.8, waaruit blijkt dat op dat moment nog niet bij benadering kon worden gezegd wanneer inwerkingtreding zou plaatsvinden.

¹⁸ Zie conclusie van antwoord, sub 1.7-1.8, waaruit blijkt dat van een afronding van de ontwerpen voor de uitvoeringsregelgeving op dat moment nog (lang) geen sprake was.

¹⁹ Zie pleitnota Staat in eerste aanleg, sub 1.3. Zie tevens het antwoord van de minister van BZK op een kamervraag n.a.v. webpublicatie Happy Landings, Kamerstukken II, 2010-2011, Aankhangsel nr. 456, antwoord 3.

- 3.1 Het hof miskent dat indien meerdere eisers (resp. appellanten) dezelfde vordering instellen en een deel van hen in het ongelijk wordt gesteld (doordat zij niet-ontvankelijk zijn), laatstbedoelden – in casu: c.s. – (in beginsel) op grond van art. 237 Rv ten gunste van de gedaagde (resp. geïntimeerde) in de kosten moeten worden veroordeeld, ongeacht de beslissing ter zake van de vordering van de andere eiser(s) (resp. appellant(en)). Althans miskent het hof dat dit geldt indien de gedaagde (resp. geïntimeerde) specifiek op de in het ongelijk gestelde eisers (resp. appellanten) betrekking hebbende verweren heeft moeten voeren c.q. gevoerd. Voor de proceskostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep maakt het dus wél uit of mede-eisers (resp. mede-appellanten) – in casu: c.s. – wel of niet ontvankelijk zijn, zodat het hof niet in het midden mocht laten of c.s. terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard. Indien het hof het voorgaande niet heeft miskend, is (zonder nadere motivering, die ontbreekt) onbegrijpelijk dat het hof oordeelt dat het voor de proceskostenveroordeling in eerste aanleg en hoger beroep niet uitmaakt of c.s. wel of niet-ontvankelijk zijn en dat het hof (dus) in het midden kan laten of c.s. terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard, temeer, althans in ieder geval, omdat de Staat in het onderhavige geval specifiek op c.s. betrekking hebbende verweren heeft gevoerd.²⁰
- 3.2 Voorts, althans in ieder geval, miskent het hof dat een proceskostenveroordeling in beginsel niet mag worden uitgesproken ten gunste van een *niet* in het gelijk gestelde partij. Indien het hof dit niet heeft miskend, is (zonder nadere motivering, die ontbreekt) onbegrijpelijk dat de onderhavige proceskostenveroordeling mede is uitgesproken ten gunste van c.s., terwijl het hof in het midden heeft gelaten of zij terecht niet-ontvankelijk zijn verklaard.

4 Voortbouwklacht

Gegrondbevinding van een of meer van de in de onderdelen 1 tot en met 3 aangevoerde klachten brengt mee dat ook 's hofs voortbouwende overwegingen in r.o. 4.5, 5.2, 5.4 alsmede het dictum van zijn arrest niet stand kunnen blijven.

En op grond van dit middel te horen eis doen dat het de Hoge Raad behage het arrest, waarvan beroep, te vernietigen met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad zal vernemen te behoren; kosten rechtens.

²⁰ Zie conclusie van antwoord, sub 3.2 en 3.3; memorie van antwoord, sub 6.2.2-6.2.5.