

VOORUIT PER TELEFAX: 070 – 365 13 80

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
Postbus 20019
2500 EA 's-GRAVENHAGE



Ad Astra Advocaten

Mr. J. Hemelaar
Mr. J.M. Stevers
Dr. mr. F.F. Larsson

Korte Mare 14
Postbus 11071
2301 EB Leiden

Tel.: 071 – 528 00 25
Fax: 071 – 528 45 00

Leiden, 25 november 2013

Inzake: Roest vs Burgemeester Amsterdam
Uw kenmerk: 201205423/2/A3
Ref.nr: 1181101 JH/JS

(bij correspondentie of telefonisch contact s.v.p. altijd dit nummer vermelden!)

Geachte heer of mevrouw,

In opgemelde zaak heeft uw Afdeling besloten op 28 september 2012 om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te Luxemburg te stellen. In de uitspraak van die datum staat vermeld, dat diezelfde dag de vragen zijn verzonden in deze zaak, zomede in de zaken 201105172/1/A3, 201110242/1/A3 en 201110934/1/A3. Het verzoek is op 8 oktober 2012 ingeschreven onder nummer 62012CN0449.

Op 11 november (ontvangen 15 november 2013) heeft u laten weten, dat u gaarne uiterlijk op 25 november 2013 van mijn cliënte wilt vernemen of de vragen gehandhaafd zouden moeten worden, gelet op de uitspraak van het Hof in de zaak van de heer Schwarz vs Stadt Bochum, die het Hof heeft gedaan op 17 oktober 2013. U stuurde mij de brief van het hof daarover d.d. 28 oktober 2013 aan mij in kopie toe. Zonder volledigheid te willen nastreven wil ik graag mijn onderstaande reactie doen toekomen.

Het is begrijpelijk dat het Hof de vraag stelt, en het is ook begrijpelijk dat het Hof niet meteen voor een antwoord op de vragen die door uw Afdeling zijn gesteld naar de uitspraak in de zaak Schwarz verwijst. Immers, het Hof geeft op verschillende onderdelen van zijn uitspraak in de zaak Schwarz uitdrukkelijk aan, dat onverbindendheid niet kan worden aangenomen *op hetgeen in die zaak naar voor is gebracht*. In de zaak van mijn cliënte zijn evenwel (ook) heel andere aspecten naar voor gebracht. Het Hof zou daarom op de vragen van uw Afdeling wellicht een uitspraak kunnen doen die tegengesteld is aan de uitkomst in de procedure van de heer Schwarz.

Er zijn twee aspecten die met name opvallen in de zaken die in Nederland gevoerd zijn, waaronder de onderhavige.



Het eerste aspect is dat van **de opslag van de vingerafdrukken**. Lopende de onderhavige procedure heeft de nationale overheid het plan laten varen de afgenomen vingerafdrukken in een centrale database te verwerken, die ook voor andere doelen dan enkel de controle aan de grens bruikbaar zou zijn. Niettemin is er nog steeds sprake van een tijdelijke opslag, en wel door het bedrijf Morpho, dat onder de werking van de Patriot Act verplicht kan worden de door haar beheerde gegevens te delen met de Amerikaanse autoriteiten. We hebben de afgelopen periode in alle toonaarden uitgemeten gekregen hoe de overheid van de V.S. gebruik maakt van haar (technische) middelen om controle te verkrijgen over communicatie, bewegingen en andere persoonlijke gegevens van wereldburgers in alle landen van de wereld, daaronder begrepen de onderdanen (en regeringsleiders!) van bevriende staten in Europa, tot aan de Bondskanselier en de huidige paus vanuit zijn gastenverblijf toe.

In de beslissing in de zaak Schwarz is deze tijdelijke opslag van enkele maanden (of langer: want ten tijde van de behandeling in hoger beroep was de stand van zaken nog zó, dat het Ministerie en de fabrikant nog geen methode hadden kunnen ontwikkelen om alle gegevens die eenmaal waren aangeleverd aan Morpho uit de bedrijfssystemen te wissen) niet aan de orde geweest. In de beslissing staat expliciet vermeld, dat opslag niet gegrond kan worden op de verordening. In dit geval gaat het echter om een element van opslag dat inherent is aan de uitvoering van de verordening, en waarvoor het Hof niet kan verwijzen naar nationale regelingen die wellicht te ver gaan in de ogen van het Hof. Dit is een opslag die gebaseerd wordt op de verordening. Alsdan zal het Hof zich er een oordeel over moeten vormen of de uitvoering die Nederland geeft aan de Verordening daarmee wel in overeenstemming is. Voor zover het Hof dit anders zou bevinden, dan zal het Hof ervan rekenschap moeten geven wat dit inhoudt voor de “hoge beveiliging” waarmee een en ander gepaard in zijn beleving gepaard gaat of zou moeten gaan. Immers, het Hof verwijst naar de veiligheidskenmerken, c.q. naar het voorzien van beveiligingselementen, waarmee geen andere kenmerken of elementen kunnen zijn bedoeld dan de beveiliging toegepast in het daadwerkelijke productieproces van de RFID-chip en de plaatsing daarvan in het paspoort. De opslag van de gegevens in de bedrijfssystemen van Morpho maakt daarvan onderdeel uit. Als het Hof stelt, dat opslag anders dan in de RFID-chip zelf geen grondslag kan vinden in de verordening, dan zal het Hof bij zijn oordeel of deze beveiliging voldoende is mede acht moeten slaan op de verwerking zoals die daadwerkelijk plaats vindt in Nederland.

Een tweede opvallend aspect in de discussie die in Nederland heeft plaats gevonden is **de vraag naar nut en noodzaak** van de opslag op de RFID-chip van de afgenomen vingerafdrukken.

In het arrest Schwarz stelt het Hof, dat *in abstracto* de opname van biometrische kenmerken in het paspoort kan bijdragen aan het bestrijden van illegale grensoverschrijding aan de buitengrenzen van Europa. De vraag naar de proportionaliteit en subsidiariteit houdt echter niet op bij wat ‘*in abstracto*’ ‘kan’.

Hierover is veel informatie naar boven gekomen in de Nederlandse procedure. Ik verwijs onder meer (maar niet uitsluitend!) naar de gegevens van de KMAR omtrent de zeer geringe omvang van de te bestrijden fraude, en naar het feit dat de Minister de sleutels helemaal niet wil delen met instanties die over de grenscontrole gaan, laat staan aan andere autoriteiten (b.v. aan andere EU-staten, die geen zicht



geven op de wijze waarop zij daarmee om zullen gaan¹). Wanneer deze informatie wordt ingebracht bij de behandeling van de prejudiciële vragen van uw Afdeling kan een heel ander beeld ontstaan dan in de zaak Schwarz. Ten eerste kan het Hof dan alsnog oordelen, dat gelet op de bij uw Raad bekende gegevens inderdaad niet wordt voldaan aan de proportionaliteit en subsidiariteit. Maar bovendien kan het Hof ook oordelen, dat *zolang geen gebruik wordt gemaakt* van de gegevens die worden afgenomen en verwerkt, in ieder geval niet gesproken kan worden van een proportionele maatregel. Ook in dit opzicht zal het Hof zijn abstracte oordeel kunnen vervangen door een meer concrete toets. Wat is immers het nut nog van het verzamelen en afnemen van 64 miljoen vingerafdrukken (twee keer twee per persoon) in Nederland als van de mogelijkheden die de Verordening biedt aan controlemogelijkheden geen gebruik wordt gemaakt? En op Europese schaal is dat nog een veel pregnanter vraag.

In de Nederlandse discussie speelt voorts nog, dat wij in Nederland als (aanvankelijk) gidsland op het gebied van opname van biometrische kenmerken in paspoorten data hebben over het percentage mismatches dat ontstaat wanneer er wél gebruik zou worden gemaakt van de opgeslagen gegevens. Dat percentage is hoog. Gebleken is, dat dit rond de 21 % ligt. Dat werpt een heel ander licht op de zaak en met deze kennis zou het Hof zijn overwegingen onder r.o. 44 niet nogmaals zo kunnen geven. Van “uitzonderlijke gevallen” is immers geen sprake. De overlast die gepaard gaat met grondige onderzoeken, waardoor men *ten minste* enige tijd de toegang tot de EU wordt ontnomen (!), en die kunnen leiden tot financieel en ander nadeel wanneer men ook nog eens zijn geboekte vlucht mist, is niet proportioneel ten opzichte van de gestelde doelen, temeer niet wanneer de gestelde doelen in de praktijk met het middel niet bereikt worden.

Het Hof heeft in dit verband overigens alleen maar getoetst aan de vraag of een EU-onderdaan nog kan terugkeren naar het grondgebied van de EU. Vanzelfsprekend is dit een primair belang van een EU-onderdaan. Daarnaast is het gebruik van reisdocumenten echter in alle landen van de EU ook bestemd voor identificatie op andere plaatsen dan de buitengrens. Mismatches of het weigeren een paspoort uit te geven aan iemand die weigert zijn vingerafdrukken af te geven leveren daardoor strijd op met het recht op arbeid, recht op eigendom (bv bij de verwerving van registergoederen), recht op toegang tot voorzieningen in de EU-staten, actief en passief kiesrecht en circulatierecht binnen de EU, om er slechts enkele te noemen (artt 7, 8, 15, 17, 34, 39, 40, 45 Handvest Grondrechten EU, artikel 8 en 10 EVRM, artikel 25 IVBPR, artt 2², 6, 9, 11 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten). Voorts werkt het concurrentievervalsing, wanneer de ene lidstaat in dit verband wél uitzonderingen kent of alternatieven, en de andere lidstaat niet. Het argument van concurrentievervalsing en de negatieve effecten op het vrij verkeer van werknemers of dienstenaanbieders is wél gevoerd in de procedures in Nederland, maar niet in die van de heer Schwarz. Ook om deze reden is het van belang de prejudiciële vragen beantwoord te krijgen, nu deze antwoorden geheel tegengesteld kunnen zijn aan de antwoorden gegeven in de beslissing in de zaak Schwarz.

In dit verband geldt nog de vraag (ook in de Nederlandse procedure naar voor gekomen) of de Verordening **zonder hardheidsclausule voor gewetensbezwaarden** wel de proportionaliteitstoets en subsidiariteitstoets kan doorstaan. Immers, in het geval van een mogelijkheid om te komen tot afgifte van

¹ Zie het bijgaande interessante artikel uit NRC Next d.d. 2 november 2013, hetwelk ik namens appellante verzoek te betrekken bij de behandeling van haar hoger beroep.



een paspoort zonder vingerafdrukken na een grondig onderzoek *vooraf*, wordt de burger niet geconfronteerd met de nadelen die een dergelijk onderzoek aan een buitengrens zou hebben, terwijl tóch zeker is, dat het reisdocument aan de juiste persoon is afgegeven. Ook dit perspectief heeft ontbroken bij de beantwoording van de vragen die in de zaak Schwarz zijn gesteld, en ook dit perspectief kan tot een geheel andere uitkomst leiden als het Hof alsnog de vragen die uw Afdeling heeft gesteld zal gaan beantwoorden. Ik verwijs onder meer naar Richtlijn EG 95/46 , artikel 10 Handvest Grondrechten EU en het rapport van prof. dr. mr. Bekker.

In zijn beslissing in de zaak Schwarz gaat het Hof er overigens van uit, dat het paspoort in handen blijft van de houder (r.o. 60). Dat is een misvatting. In de praktijk doen zich vele situaties voor waarin een paspoort tijdelijk (of bij verlies/dienstal ook definitief) uit handen van de houder is. Dat varieert van bankbedienden die even achter een kopietje willen maken, tot Consulaten die het een paar dagen nodig hebben om het visum te kunnen plaatsen (standaard praktijk die het Hof had behoren te kennen!) of gevallen waarbij het paspoort aan de grens moet worden afgegeven. Bovendien is het kenmerk aan opslag op een RFID-chip nu juist, dat die op afstand kan worden afgelezen. Dat levert nuttige informatie op bij het plaatsen van bermbommen die specifiek gericht zijn op een persoon van een bepaalde nationaliteit (de versleutelde informatie is eenvoudig herleidbaar tot de nationaliteit, omdat de versleutelingscode per land is georganiseerd), en in minder extreme gevallen betekent het, dat identiteitsfraude op afstand mogelijk wordt, zélfs als het reisdocument in handen van de rechthebbende houder blijft. Ook deze discussie is uitgebreider gevoerd in de Nederlandse zaken, zodat het Hof met nieuwe informatie op dit punt kan worden voorgelicht en dan kan komen tot een andere beslissing dan die in de zaak Schwarz.

Het Hof wijst op **de hoge normen** die volgens de Verordening gesteld worden aan de versleuteling. In die verwijzing ziet appellante aanleiding om uw Raad te verzoeken het Hof te verzoeken om bij de beantwoording van de door uw Raad gestelde vragen tevens aandacht te schenken aan de kans op het kraken van de versleuteling. Vanuit diverse hoeken hebben deskundigen erop gewezen, dat het slechts een kwestie van tijd is voordat de code gekraakt wordt, en dat dan de gegevens van vele miljoenen Europeanen op straat liggen. Het lijkt erop, dat deze deskundigenberichten niet in de procedure Schwarz een rol hebben gespeeld. In ieder geval zijn in die procedure niet uitgebreide publicaties van de WWR mede ten grondslag gelegd aan de vragen. Kennelijk is er geen wetenschappelijke onderbouwing door het Hof gebruikt bij de kansen op verdere verspreiding van de gegevens dan enkel in het eigen reisdocument. Het Hof heeft zich slechts op de intentie van de Europese wetgever gericht, niet op hoe aan die intentie vorm wordt gegeven. Voor de vraag of de lat hoog genoeg gelegd wordt, en of de lat in dit opzicht überhaupt wel hoog genoeg kan worden gelegd, heeft het Hof tot nu toe te weinig aandacht gehad. Het is zaak, dat het Hof alsnog de gelegenheid krijgt die aandacht bij de behandeling van de vragen die uw Afdeling heeft voorgelegd te geven aan dit aspect van de zaak.

In de Nederlandse procedure is aangegeven, dat juist dactyloscopische gegevens een grote waarde hebben, als het al niet voor een ander geldt, dan zeker voor de eigenaar ervan. De risico's bij misbruik zijn enorm. In r.o. 48 geeft het Hof aan, dat vingerafdrukken voor een ander zichtbaar zijn, en daarom niet intiem zouden zijn, maar dat oordeel houdt geen stand in het licht van het voorgaande. Immers, de



vingertoppen zelf zijn niet op afstand uitleesbaar, noch worden die gekoppeld geleverd aan een identiteit, als zij ergens (al dan niet voor het blote oog onzichtbaar) worden achtergelaten.

Overigens zij erop gewezen, dat appellante zich ook heeft verzet tegen de opname van een gezichtsscan, waarmee zij kan worden getraceerd op beveiligingsbeelden, en waardoor haar doen en laten overal gevolgd kan worden waar camera's aanwezig zijn. Een dergelijke gelaatsscan kan alleen gemaakt worden met een bepaalde techniek waardoor de scan bruikbaar is voor matches met beveiligingsbeelden, en de aantasting van de privacy is ten aanzien van dit biometrische element derhalve voornamelijk alleen te begaan door de overheden, en anderen die toegang hebben tot zulke beelden. De controle die daardoor mogelijk wordt is een stap dichtbij het Orwelliaanse 1984, waartegen appellante zich verzet.



Bij de komende beantwoording van de vraag die het Hof heeft gesteld verzoekt appellante uw Raad om het Hof te verzoeken bij de beantwoording van uw vragen niet slechts acht te slaan op de gegevens die vanuit Nederland kunnen worden aangeleverd over de omvang van het bestreden probleem in de praktijk, en het voordeel dat het gebruik van vingerafdrukken bij de huidige stand van de techniek en de bereidheid op nationaal of internationaal vlak kennis te delen (met name de ontsleutelingscodes), maar zelf onderzoek te doen naar de omvang op Europees niveau van het pretense probleem, en onderzoek te doen naar de daadwerkelijke bijdrage die de opname van vingerafdrukken in reisdocumenten vandaag de dag Europa-breed levert aan de bestrijding van het probleem van fraude met reisdocumenten (voor zover in significante vorm bestaand).

In 2004 werd EP rapporteur Sørensen overigens nog voorgehouden door de Nederlandse regering, dat het verkrijgen van zulke gegevens erg moeilijk zou zijn². Intussen weten we beter. Wat hier kan, zal naar alle waarschijnlijkheid in andere landen niet anders zijn, en het loont de moeite wanneer het Hof niet slechts op de Nederlandse gegevens zijn antwoorden baseert, maar op gegevens uit de gehele EU. Op deze plaats kan wél alvast gesteld worden, dat de afweging die destijds door de Ministers in de Raad van Europa is gemaakt geen juiste geweest kan zijn, als zelfs het land dat toen nog als voortrekker en gidsland gold die gegevens zélf niet bij de Minister deed belanden, en die gegevens beslist een totaal ander plaatje hadden opgeleverd, als zij wél zouden zijn aangeleverd.

Ik hoop, dat het voorgaande kan bijdragen aan de nadere onderbouwing die het Hof van u verlangt bij beantwoording van de vraag of u uw vragen om een prejudicieel oordeel wilt handhaven.

Gaarne ontvang ik een afschrift van uw reactie aan het Hof.

Van de gelegenheid maak ik nog graag gebruik om u te verzoeken er bij het Hof op aan te dringen, dat de behandeling van de vragen thans op korte termijn plaats vindt. Mijn cliënte heeft al heel lang moeten

² Vragen van EP-Rapporteur Sørensen d.d. 19 april 2004 en Nota beantwoording vragen van de heer Sørensen door BZK 10 september 2004 en 13 oktober 2004, Brief Minister De Graaf aan Sørensen d.d. 25 oktober 2004 (alles aangehecht en in door de Nederlandse overheid gecensureerde vorm gepubliceerd op:
<https://www.privacyfirst.nl/images/stories/WOB/3/bijlage%201%20bij%20deelbesluit%203.pdf>
<https://www.privacyfirst.nl/images/stories/WOB/3/bijlage%202%20bij%20deelbesluit%203.pdf>
<https://www.privacyfirst.nl/images/stories/WOB/3/bijlage%203%20bij%20deelbesluit%203.pdf>
<https://www.privacyfirst.nl/images/stories/WOB/3/bijlage%204%20bij%20deelbesluit%203.pdf>)



wachten en bevindt zich in een benarde positie. Dat geldt ook voor degenen die thans in beroep zijn, en waarvan de behandeling in beroep (of hoger beroep) is aangehouden in afwachting van de beantwoording van de door u voorgelegde vragen.

Kopie dezes zond ik aan gemachtigde van verweerder.

Hoogachtend,

J. Hemelaar