

**EU Hof van Justitie van 17 oktober 2013, zaaknr. C-291/12,****Michael Schwarz tegen Stadt Bochum**

**Art.:** art. 1 t/m 4 van verordening (EG) nr. 2252/2004, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 444/2009, art. 7, lid 2, van verordening (EG) nr. 562/2006, art. 62, punt 2, sub a, EG, art. 2 en 7 richtlijn 95/46/EG, art. 7, 8 en 52 van het Handvest van de grondrechten en art. 8 EVRM

**Trefw.:** normen voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten, weigering afgifte paspoort wegens weigering afneming vingerafdrukken aanvrager, rechtsgrondslag, grondrechten op eerbiediging van het privéleven en bescherming van persoonsgegevens, verwerking van gezichtsopname en vingerafdrukken als persoonsgegevens, grondrechtentoetsing, rechtvaardigingsgronden, toestemming, bij wet voorzien, doelstelling van algemeen belang, wezenlijke inhoud, evenredigheid, geschiktheid, noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit

**Samenvatting**

Met zijn vraag wenst het Verwaltungsgericht Gelsenkirchen als verwijzende rechter te vernemen of verordening nr. 2252/2004 kon worden vastgesteld op grond van artikel 62, punt 2, sub a, EG. Zowel uit de tekst als uit de doelstelling van dit artikel blijkt, dat deze bepaling de Raad de bevoegdheid verleende om regels vast te stellen voor het verloop van de controles aan de buitengrenzen van de Europese Unie ter vaststelling van de identiteit van personen die deze grenzen overschrijden. Aangezien een dergelijke verificatie noodzakelijkerwijs met zich meebrengt dat documenten moeten worden overgelegd op basis waarvan die identiteit kan worden vastgesteld, verleende artikel 62, punt 2, sub a, EG de Raad de bevoegdheid wettelijke bepalingen vast te stellen voor dergelijke documenten, in het bijzonder voor paspoorten. Dat dit artikel de Raad de bevoegdheid verleende om regels vast te stellen met normen en procedures voor de afgifte van paspoorten aan burgers van de Unie motiveert het Hof met een tweetal overwegingen. Genoemde bepaling zag in algemene zin op personencontroles bij het overschrijden van buitengrenzen van de lidstaten. Deze bepaling diende dus niet alleen te gelden voor onderdanen van derde landen, maar ook voor burgers van de Unie, en derhalve ook voor de paspoorten van laatstgenoemden. Voorts kan harmonisatie van normen betreffende de beveiliging van paspoorten noodzakelijk zijn om te voorkomen dat voor deze documenten minder perfecte beveiligingsmechanismen worden gebruikt dan die welke zijn voorzien voor het uniform visummodel en voor het uniform model voor de verblijfstitel van onderdanen van derde landen. Derhalve moet de wetgever van de Unie bevoegd worden geacht om voor de paspoorten van burgers van de Unie te voorzien in gelijkwaardige beveiligingselementen, aangezien met een dergelijke bevoegdheid kan worden voorkomen dat deze burgers het doelwit worden van vervalsingen en frauduleus gebruik. Derhalve concludeert het Hof dat artikel 62, punt 2, sub a, EG een passende rechtsgrondslag vormde voor de vaststelling van verordening nr. 2254/2004, in het bijzonder van artikel 1, lid 2, ervan.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of het in genoemde bepaling verplichte afnemen van vingerafdrukken en de opname hiervan in het paspoort een aantasting vormen van de rechten op eerbiediging van het privéleven en bescherming van persoonsgegevens en indien dit het geval is, of een dergelijke aantasting kan worden gerechtvaardigd.

Uit de artikelen 7, eerste lid, en 8, eerste lid, van het Handvest in hun onderling verband volgt, dat in beginsel elke verwerking van persoonsgegevens door een derde, een aantasting van die rechten kan opleveren. Vingerafdrukken zijn persoonsgegevens aangezien zij objectief gezien unieke informatie geven over natuurlijke personen en het mogelijk maken deze personen precies te identificeren. Uit artikel 2, sub b, van richtlijn 95/46/EG blijkt dat elke bewerking door een derde van deze gegevens een verwerking van persoonsgegevens is. Toepassing van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 brengt met zich mee dat de nationale autoriteiten van de betrokken personen vingerafdrukken afnemen en dat deze worden bewaard op het opslagmedium dat in het paspoort is aangebracht. Dergelijke maatregelen dienen bijgevolg als een verwerking van persoonsgegevens te worden beschouwd. In deze omstandigheden moet worden

vastgesteld dat het afnemen en bewaren door de nationale autoriteiten van vingerafdrukken, zoals in genoemde bepaling voorgeschreven, een aantasting vormen van de rechten op eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens. Derhalve moet worden onderzocht of deze aantasting gerechtvaardigd is.

Het primaire toetsingskader is artikel 8, tweede lid, jo. artikel 52, eerste lid, van het Handvest, waarbij jurisprudentie van het EHRM op grond van artikel 8 EVRM wordt verdisconteerd (artikel 52, derde lid). Het Hof stelt vast dat paspoortaanvragers niet kunnen worden geacht met de verwerking van hun vingerafdrukken te hebben ingestemd (toestemming). Met betrekking tot de verschillende elementen van de rechtvaardigingsgrond oordeelt het Hof dat: (a) de grondrechtsbeperking bij wet is voorzien, (b) deze ziet op een doelstelling van algemeen belang (preventie van paspoortvervalsing en van paspoortfraude) en (c) de wezenlijke inhoud van deze grondrechten is gerespecteerd. Het zwaartepunt ligt echter bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel. Die valt uiteen in twee criteria, te weten: (a) de vraag of artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 passend is om het doel ervan te realiseren en (b) de noodzaak van een dergelijke verwerking van biometrische gegevens, met inbegrip van een subsidiariteitstoets. Ten aanzien van de toetsing op passendheid oordeelt het Hof dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 geschikt zijn om de hiermee beoogde doelen, met inbegrip van het voorkomen van illegale binnenkomst van personen op het grondgebied van de Unie, te verwezenlijken.

De beoordeling van de noodzaak van de gegevensverwerking is tweeledig, respectievelijk toegespitst op de vraag of respectievelijk: (a) de aantasting door de maatregel van het afnemen van vingerafdrukken en/of (b) de verwerking ervan, verder gaan dan voor het doel noodzakelijk. Wat het eerste onderdeel betreft oordeelt het Hof dat het afnemen van vingerafdrukken en een gezichtsopname geen intiem karakter heeft en voor betrokkene ook geen fysieke of psychische ongemakken oplevert. De cumulatie van deze twee, op persoonsidentificatie gerichte handelingen brengt geen grotere aantasting met zich mee dan wanneer deze twee handelingen afzonderlijk in aanmerking zouden worden genomen. Bovendien zijn geen andere reële alternatieven beschikbaar met eenzelfde functionaliteit als de op vingerafdrukken gebaseerde identificatiemethode. Het Hof concludeert dan ook dat er geen andere maatregelen beschikbaar zijn die voldoende doeltreffend kunnen bijdragen tot het doel van bescherming van paspoorten tegen frauduleus gebruik ervan en die een minder ingrijpende aantasting meebrengen van de in de artikelen 7 en 8 Handvest erkende rechten dan het afnemen van vingerafdrukken. Uitgangspunt van het tweede onderdeel van deze noodzakelijkheidstoets is, dat artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 om met het oog op het doel ervan te kunnen worden gerechtvaardigd, geen verwerkingen van vingerafdrukken met zich meebrengen die verder gaan dan voor de verwezenlijking van die doelstelling noodzakelijk is. Op dit punt sluit het Hof zich in zijn toetsingskader aan bij de criteria in par. 103 van het arrest van het EHRM van 4 december 2008, *S. and Marper v. The United Kingdom*, als verbijzondering van het noodzakelijkheids criterium in artikel 8, tweede lid, EVRM. In het bijzonder bij de verplichting van de wetgever om zich ervan te vergewissen dat er specifieke garanties bestaan voor een doeltreffende bescherming van deze gegevens tegen oneigenlijke en onrechtmatige verwerkingen. Het Hof constateert dat artikel 4, lid 3, van genoemde verordening uitdrukkelijk de gebruiksdoelen van de vingerafdrukken preciseert, te weten: het verifiëren van de authenticiteit van het paspoort en de identiteit van de houder. Doordat de vastgelegde vingerafdrukken worden bewaard op een in het paspoort aangebracht opslagmedium, dat aan de hoogste veiligheidseisen voldoet, biedt deze verordening bescherming tegen het risico dat gegevens die vingerafdrukken bevatten worden gelezen door personen die daarvoor geen toestemming hebben.

De verwijzende rechter vraagt in dit verband echter expliciet, of artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 evenredig is met het oog op het risico dat na het afnemen van vingerafdrukken krachtens deze bepaling, deze gegevens – mogelijk centraal – worden bewaard en voor andere doelen dan die waarin deze verordening voorziet, worden gebruikt. Het Hof bevestigt dat vingerafdrukken een bijzondere rol vervullen op het gebied van de identificatie van personen in het algemeen en in het kader van crimineel onderzoek of toezicht.

Hierbij aansluitend bakent het Hof de werkingssfeer van de verordening als rechtsgrondslag van gegevensverwerking van vingerafdrukken (bevoegdheden en verplichtingen) van de lidstaten precies af. Zo bepaalt artikel 1, lid 2, van verordening 2252/2004 dat vingerafdrukken enkel mogen worden bewaard in het paspoort zelf, dat exclusief in het bezit blijft van de houder ervan. De verordening kan derhalve niet aldus worden uitgelegd dat zij, als zodanig, een rechtsgrondslag biedt voor een eventuele centralisatie van verzamelde gegevens of voor het gebruik van deze gegevens voor andere doeleinden dan dat van voorkoming van de illegale binnenkomst van personen op het grondgebied van de Unie. De door de verwijzende rechter aangehaalde argumenten met betrekking tot de risico's van een mogelijke centralisatie van de gegevensverwerking doen derhalve uit een oogpunt van geldigheid niet ter zake, nu de verordening hierin niet voorziet. Wel kunnen deze argumenten in een voorkomend geval aan de orde komen in het kader van een bij de bevoegde rechterlijke instantie ingesteld beroep tegen een wettelijke regeling die voorziet in een gecentraliseerde database.

Het Hof concludeert dan ook dat artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 geen verwerking van vingerafdrukken met zich meebrengt die verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstelling van bescherming van paspoorten tegen frauduleus gebruik ervan. Hieruit volgt dat de uit genoemde bepaling voortvloeiende aantasting wordt gerechtvaardigd door de doelstelling van bescherming van paspoorten tegen frauduleus gebruik ervan. De prejudiciële vraag van de Duitse bestuursrechter wordt dan ook aldus beantwoord dat bij het onderzoek niet is gebleken van feiten en omstandigheden die de geldigheid van artikel 1, lid 2, van verordening 2252/2004 kunnen aantasten.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft het Hof prejudiciële vragen gesteld over de opslag en verwerking van biometrische gegevens betreffende paspoorten, ten dele overlappend met die van het Verwaltungsgericht Gelsenkirchen. Zie ABRvS van 28 september 2012, zaaknr. 201110242/1/A3, 201205423/1/A3, 201105172/1/A3 en 201110934/1/A3.

### **Noot**

1. Deze prejudiciële uitspraak van het EU Hof van Justitie is van grote betekenis voor de rechtmatigheid van de verwerking van vingeradrukken (biometrische gegevens) als persoonsgegevens, zowel in paspoorten als in onderliggende centrale en/of decentraal gevoerde persoonsregistraties. De kern van deze uitspraak is de betekenis en geldigheid van artikel 1, tweede lid, van verordening (EG) nr. 2252/2004, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 444/2009. Deze bepaling luidt thans als volgt: “Deze paspoorten en reisdocumenten bevatten een opslagmedium dat aan de hoogste veiligheidseisen voldoet en een gezichtsofopname bevat. De lidstaten nemen ook twee platte vinderadrukken in een interoperabel formaat op. De gegevens worden beveiligd en het opslagmedium heeft voldoende capaciteit en is voldoende geschikt om de integriteit, de authenticiteit en de vertrouwelijkheid van gegevens te garanderen.”

2. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak heeft hieromtrent prejudiciële vragen aan het Hof gesteld, onder schorsing van een aantal aanhangige zaken. Zie een viertal samenhangende verwijzingsuitspraken van de ABRvS van 28 september 2012, ECLI:NL:RVS:BX8646, BX8644, BX8647 en BX8654. De motivering van de Afdeling is weergegeven in de verwijzingsuitspraak onder nummer BX8644 en geldt ook voor de drie andere verwijzingsuitspraken. Waar het gaat om de twijfel over de formele rechtsgeldigheid van de verordening heeft de Afdeling zich voorts uitdrukkelijk aangesloten bij de overwegingen van het Verwaltungsgericht Gelsenkirchen. Het verzoek om deze zaken gelijktijdig te behandelen is echter niet gehonoreerd. Inhoudelijk vormt dit arrest echter tevens een, zij het indirecte, beantwoording van enkele belangrijke, door de Afdeling in haar verwijzingsuitspraken gestelde vragen. De resterende vragen gaan met name over de gelding van de verplichtingen ex artikel 1, tweede lid, van verordening 2254/2004 voor de Nederlandse identiteitskaart (NIK), gelet op de mogelijkheden om deze als reisdocument te gebruiken, alsmede de uitleg van artikel 4, derde lid van verordening 2254/2004, met name de vraag of door de lidstaten dient te worden gewaarborgd dat de op grond van deze verordening verzamelde en opgeslagen biometrische gegevens niet voor andere doeleinden mogen worden verzameld, verwerkt en gebruikt dan voor de afgifte van het betreffende document.

<http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:BX8646>

3. Deze uitspraak van het Hof is voorts van directe betekenis voor een tweetal aanhangige wetsvoorstellen. Allereerst het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Paspoortwet in verband met onder meer de status van de Nederlandse identiteitskaart, Kamerstukken I 2013/14, 33440 (R1990), A, (Gewijzigd voorstel van wet), waarin de Nederlandse identiteitskaart niet langer wordt aangemerkt als reisdocument door de opnemings van een definitie hiervan in artikel 1, onder o, jo. een wijziging van artikel 2, tweede lid. In laatstgenoemde bepaling is vastgelegd dat op de Nederlandse identiteitskaart hetgeen bij of krachtens de Paspoortwet is bepaald ten aanzien van reisdocumenten van overeenkomstige toepassing is op de NIK, tenzij anders is bepaald. De belangrijkste afwijking is het te wijzigen artikel 3, tweede lid, laatste zin, waarin wordt bepaald, dat de Nederlandse identiteitskaart niet voorzien is van vingerafdrukken. Hoewel in het wetsvoorstel niet meer als zodanig gedefinieerd, behoudt de Nederlandse identiteitskaart echter wel zijn (beperkte) functie als reisdocument buiten de Europese Unie (nr. 3, p. 7). In die zin blijven de op dit punt door de Afdeling bestuursrechtspraak aan het Hof gestelde prejudiciële vragen relevant.

Met genoemd wetsvoorstel is een “correctie” beoogd op de Rijkswet van 11 juni 2009 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met het herinrichten van de reisdocumentenadministratie, Stb. 2009, 252. Hierin is in artikel 4a voorzien in een wettelijke grondslag voor de Basisregistratie reisdocumenten.. Door een beleidswijziging is artikel 4b, met een nadere regeling van derdenverstrekkingen, waaronder de verstrekking van gegevens betreffende vingerafdrukken, niet ingevoerd. Zie hieromtrent de brieven van de toenmalige minister Donner van BZK aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2010/11, 25764, nrs. 46 en 48, waarin een wijziging van de Paspoortwet in uitzicht is gesteld, waardoor de af te nemen vingerafdrukken tot twee beperkt zou worden en de wettelijke grondslag om vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie op te slaan zou komen te vervallen. Dit in combinatie met een voorlopige voorziening inzake bewaartermijnen in de Paspoortuitvoeringsregelingen. Afgezien van een algemeen bestaande weerzin tegen opslag en verwerking van vingerafdrukken, was het vooral het hoge percentage “missers” in geval van verificatie en identiteitsvaststelling op basis van vingerafdrukken, dat de minister tot dit standpunt bracht (nr. 46, p. 4), met instemming van de Tweede Kamer. Hierop vooruitlopend is met het oog op verordening (EG) nr. 444/2009 bij rijkswet van 8 maart 2013, Stb. 2012, 107, het tweede en derde lid van artikel 3 van de Paspoortwet gewijzigd. Het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel voorziet er in, dat bij een aanvraag voor een reisdocument twee in plaats van vier vingerafdrukken van de aanvrager worden afgenomen en dat deze vingerafdrukken slechts met het oog op het aanvraag- en uitgifteproces van een reisdocument worden verwerkt, dus slechts in de reisdocumentenadministratie worden bewaard tot het tijdstip van uitreiking of weigering. Uit het verslag (nr. D) van 26 november 2013 blijkt dat de kritiek van de Eerste Kamer zich toespitst op artikel 4a van de Paspoortwet, de bestaande voorziening met betrekking tot de reisdocumentenadministratie. De GroenLinks-fractie interpreteert het hiervoor opgenomen arrest in die zin, dat het Hof hierin een dergelijke database expliciet verboden zou hebben.

4. Het tweede wetsvoorstel waarbij tijdens de behandeling het voorliggende arrest van het Hof reeds is ingeroepen is het eveneens bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000. Dit wetsvoorstel, Kamerstukken I 2012/13, 33192, A (Gewijzigd voorstel van wet), voorziet in een uitbreiding van het gebruik van biometrische kenmerken in de vreemdelingenketen met het oog op het verbeteren van de identiteitsvaststelling van de vreemdeling. Zie in dit verband tevens de Wet van 7 juli 2010, Stb. 2010, 290, de Wet modern migratiebeleid, die in artikel 107 van de Vreemdelingenwet de instelling en regeling van de vreemdelingenadministratie heeft geïntroduceerd, waaronder de invoering van een uniek vreemdelingennummer (derde lid). De voorgestelde regeling betreft de uitbreiding van de vreemdelingenadministratie met een onderdeel waarin biometrische gegevens – gezichtsopnames en tien vingerafdrukken – worden vastgelegd en verwerkt ten behoeve van het vaststellen van de identiteit van de vreemdeling (invoezen van een nieuw artikel 106a), in samenhang met een aantal daarop toegesneden gebruiks- en verstrekkingbepalingen (wijziging van artikel 107). Tijdens de behandeling heeft de Eerste Kamer zich zeer kritisch getoond, met name vanwege de aan dit

wetsvoorstel verbonden privacyaspecten (is deze inbreuk op de artikelen 10 Grondwet en 8 EVRM wel gerechtvaardigd?), het gelijkheidsbeginsel en het risico van stigmatisering (etnische profilering). Ook tijdens de bespreking van dit wetsvoorstel is een beroep gedaan op het hiervoor opgenomen arrest van het Hof. Vanwege deze kritiek is op 26 november 2013, anders dan geagendeerd, in de Eerste Kamer niet tot stemming overgegaan, maar is het debat op verzoek van de PvdA-fractie heropend.

5. Uit het voorgaande blijkt dat op nationaal niveau, anders dan op Unie-niveau, verdeeldheid heerst over de betekenis van identiteitsvaststelling op basis van biometrische kenmerken, in het bijzonder vingerafdrukken, niet alleen op politiek-bestuurlijk niveau, maar ook maatschappelijk. Zie ook de acties van Privacy First. Het kernbezwaar is dat via de hiervoor genoemde wetgeving complementaire registraties met vastgelegde vingerafdrukken worden gerealiseerd die, al dan niet sluipend, beschikbaar komen voor opsporingsdoeleinden en de uitoefening van (mobiel) toezicht (vgl. het vreemdelingtoezicht). De hiervoor opgenomen uitspraak van het Hof is op twee punten illustratief. Allereerst voor de consequenties van de verschuiving van bevoegdheden van de nationale wetgever naar de Europese wetgever. Naar voorts blijkt werkt die verschuiving tevens door in de mate van (nuances in) grondrechtelijke bescherming, omdat accessoir aan deze bevoegdheidsverschuiving, het zwaartepunt in de grondrechtelijke rechtsbescherming naar Unie-niveau verschuift en specifiek nationale afwegingen op basis van verschillen in rechtscultuur tussen de lidstaten geen rol meer kunnen spelen. De grondrechtelijke belangenafweging door het Hof, met name in relatie tot een geharmoniseerd, op Europees niveau geïnterpreteerd grondrecht op privacy en gegevensbescherming, is er een op Unie-niveau, dus mede toegespitst op de vorming van een Europese rechtscultuur, binnen een feitelijke context, waarin identificatie op grond van vingerafdrukken voor vreemdelingen reeds geruime tijd geaccepteerd en gemeengoed is. Zie in dit verband verordening (EG) nr. 810/2009, de Visumcode, in samenhang met verordening (EG) nr. 767/2008, de VIS-verordening (Visuminformatiesysteem) en verordening (EG) 2725/2000 betreffende de instelling van Eurodac. In de eerste overweging van de verordeningen nrs. 2254/2004 en 444/2009 wordt dan ook aangehaakt bij een eerder besluit van de Europese Raad om tot een coherente aanpak te komen ten aanzien van het gebruik van biometrische identificatiemiddelen of biometrische gegevens in documenten voor onderdanen van derde landen, paspoorten voor EU-burgers en de informatiesystemen VIS en SIS II. Zie in dit verband ook verordening (EG) nr. 562/2006, de Schengengrenscode, en van zeer recente datum (13 oktober 2013), verordening (EU) nr. 1052/2013 tot instelling van het Europees grensbewakingssysteem (Eurosur).

Tegelijkertijd toont het Hof zich in deze uitspraak een scherp bewaker van de bevoegdheidsverdeling tussen Unie en de lidstaten. Ook deze uitspraak illustreert dat weer. Uit de parlementaire behandeling van de hiervoor weergegeven wetsvoorstellen blijkt evenwel dat “de politiek” moeite heeft met dit onderscheid. Dit wordt versterkt door het omzetten van als zodanig rechtstreeks werkende verordeningen in nationale wetgeving, zoals de Paspoort- en Vreemdelingenwetgeving.

6. De in de verwijzingsuitspraak van het Verwaltungsgericht Gelsenkirchen opgeworpen kwestie is toegespitst op slechts één prejudiciële vraag: de gelding van artikel 1, tweede lid, van verordening (EG) nr. 2254/2004, dat wil zeggen de verplichting van de lidstaten om paspoorten en (andere) reisdocumenten te voorzien van een opslagmedium (chip), dat aan de hoogste veiligheidseisen voldoet en waarin een gezichtsofname en twee vingerafdrukken in een interoperabel formaat zijn vastgelegd. Voorts stelt deze bepaling randvoorwaarden uit een oogpunt van capaciteit, beveiliging en gegevenskwaliteit. De gegevens dienen te worden beveiligd en de chip moet aan zodanige eisen voldoen dat dit opslagmedium geschikt is om de integriteit, de authenticiteit en de vertrouwelijkheid van de gegevens te garanderen. Dit aspect is cruciaal bij de beoordeling van de betekenis van deze uitspraak.

Bovendien heeft het Verwaltungsgericht zijn bezwaren primair toegespitst op rechtsgrondslag: artikel 62, punt 2, sub a, EG, van verordening (EG) nr. 2252/2004, zoals luidend na een wijziging hiervan bij verordening (EG) nr. 444/2009. De primaire vraag was derhalve of verordening nr. 2252/2004 op deze grondslag, als onderdeel van titel IV (Visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen) kon worden vastgesteld,

nu deze niet voorzag in een uitdrukkelijke bevoegdheid met betrekking tot het regelen van vraagstukken van paspoortafgifte aan Unieburgers. Zoals blijkt uit de conclusie van a-g Mengozzi, heeft deze bestuursrechter zijn grondrechtelijke bezwaren gemotiveerd met een verwijzing naar het recht op vrij verkeer, artikel 17 IVBPR en meerdere beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, echter zonder deze van een specifieke, op de casus zaak betrekking hebbende toelichting te voorzien (punt 35). In de loop van het geding is het accent echter steeds sterker naar het aspect van grondrechtentoetsing verschoven, toegespitst op de grondrechten privacy en gegevensbescherming. Het gelijkheids/non-discriminatiebeginsel speelde geen rol omdat verordening 2254/2004 de bestaande ongelijkheid qua identificatie aan de buitengrenzen van de Unie tussen Unieburgers en vreemdelingen juist beoogt op te heffen.

7. In haar hiervoor genoemde viertal verwijzingsuitspraken van 28 september 2012, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geopteerd voor een ruimere vraagstelling, te weten: (a) of artikel 1, derde lid, verordening 2252/2004 ook van toepassing is op identiteitskaarten met een (beperkte) functie als reisdocument, (b) de gelding van artikel 1, tweede lid, van deze verordening in verband met de artikelen 8 EVRM en 7 en 8 Handvest en (c) bij een positieve beantwoording, de vraag of artikel 4, derde lid, van deze verordening in het licht van de artikelen 7 en 8 Handvest, 8, tweede lid, EVRM, 7 aanhef en onder f, jo. artikel 6, eerste lid, aanhef en onder b, van richtlijn 95/46/EG aldus moet worden uitgelegd, dat ter uitvoering van deze verordening wettelijk dient te worden gewaarborgd, dat de op grond van deze verordening verzamelde en opgeslagen biometrische gegevens, niet voor andere doeleinden mogen worden verzameld, verwerkt en gebruikt dan voor de afgifte van dit document. De motivering is opgenomen in de verwijzingsuitspraak (ECLI:RVS:2012:BX8644) betreffende hoger beroep van een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 29 augustus 2011 (ECLI:NL:RBAMS:2011:BR7082), waarin het beroep tegen een buiten behandelingstelling van een paspoortaanvraag omdat betrokkene weigerde zijn vingerafdrukken af te laten nemen, ongegrond werd verklaard. Naast een nadere uiteenzetting van het toetsingskader wijst de Afdeling op het gebleken foutenpercentage bij grenscontroles in de uitvoeringspraktijk, gesignaleerde problemen met de veiligheid van het opslagmedium, in het bijzonder het risico op uitlezen op afstand en kopiëren door onbevoegden, met alle risico's op misbruik en manipulatie van dien, en de mogelijkheid dat uit vingerafdrukken diverse medische en raciale gegevens kunnen worden afgelezen. Met betrekking tot artikel 1, tweede lid, van genoemde verordening betwijfelt de Afdeling of de hierin opgenomen verplichting als passend is te kwalificeren ten opzichte van het daarmee te beschermen belang. Gezien de verregaande beperkingen die op grond van artikel 1, tweede lid, verordening 2252/2004, ten dele naar hun aard, ten dele in potentie, aan de uitoefening van de rechten, zoals erkend in de artikelen 7 en 8 Handvest, worden gesteld, "is het de Afdeling op voorhand niet duidelijk of de beperking van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer door de verwerking van biometrische kenmerken evenredig is in verhouding tot het te beschermen belang dat is gelegen in het voorkomen van misbruik van paspoorten en reisdocumenten". Op basis van de artikelen 7 en 8 Handvest en 7, aanhef en sub f, en 6, eerste lid, aanhef en sub b, van richtlijn 95/46/EG stelt de Afdeling met betrekking tot artikel 4, derde lid, van genoemde verordening aansluitend de vraag of bij de uitvoering van deze verordening door de lidstaten niet wettelijk, dat wil zeggen via een algemeen verbindend voorschrift, dient te worden gewaarborgd dat de op grond van verordening 2254/2004 verzamelde en opgeslagen biometrische gegevens niet mogen worden verzameld, verwerkt en gebruikt voor andere doeleinden dan voor de afgifte van het document.

8. Zoals eerder opgemerkt heeft het Hof zich in de voorliggende uitspraak beperkt tot de vraag van geldigheid van artikel 1, tweede lid, van verordening 2254/2004. De toetsing valt in twee onderdelen uiteen, is respectievelijk toegesneden op: (a) de rechtsgrondslag (artikel 62, punt 2, sub a, EG) en (b) de inbreuk door deze maatregel op de (grond)rechten op privacy en gegevensbescherming, toegespitst op de rechtvaardiging ervan op basis van de beperkingsclausules.

Uitgaande van de tekst en de doelstelling van artikel 62, punt 2, sub a, EG concludeert het Hof dat deze bepaling een passende rechtsgrondslag vormde voor de vaststelling van verordening 2252/2004, en in het bijzonder van artikel 1, tweede lid.

Bij de grondrechtelijke toetsing van dit artikel 1, tweede lid, hanteert het Hof het gangbare grondrechtelijke toetsingskader, met primair de vraag of sprake is van een aantasting van de rechten onder de artikelen 7 en 8 Handvest.

Het Hof oordeelt, aanhakend bij eerdere rechtspraak, dat uit deze grondrechten, gelezen in hun onderling verband, volgt, dat in beginsel elke verwerking van persoonsgegevens door een derde, dat wil zeggen ieder ander dan de betrokkene, een aantasting van die rechten kan opleveren. Met betrekking tot het oordeel dat vingerafdrukken als persoonsgegevens hebben te gelden, immers objectief gezien unieke informatie geven over natuurlijke personen en het mogelijk maken deze personen precies te identificeren verwijst het Hof tevens naar het zeer belangrijke arrest van het EHRM van 4 december 2008 in de zaak *S. en Marper v. The United Kingdom*. Zie in het bijzonder de volgende overweging van het Hof van Straatsburg: “The Court notes at the outset that all three categories of the personal information retained by the authorities in the present case, namely fingerprints, DNA profiles and cellular samples, constitute personal data within the meaning of the Data Protection Convention as they relate to identified or identifiable individuals”, par. 68, eerste zin.

Wat het element verwerking van deze persoonsgegevens betreft, haakt het Hof aan bij de definitiebepaling van dit begrip in artikel 2, sub b, van richtlijn 95/46/EG. Ook aan dit criterium wordt voldaan.

Hiervan uitgaande oordeelt het Hof, dat het afnemen en bewaren door de nationale autoriteiten van vingerafdrukken, zoals geregeld door artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004, als zodanig een aantasting vormen van de rechten op eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens, derhalve nadere rechtvaardiging behoeven.

Deze conclusie zou kunnen worden misverstaan waar het Hof de term bewaren gebruikt. In het licht van deze uitspraak als geheel meen ik dat het Hof met het gebruik van de term bewaren niet meer heeft willen zeggen dan voortvloeit uit de tekst van artikel 1, tweede lid, dat wil zeggen dat hier de opslag van de gezichtsopname en de voorgeschreven vingerafdrukken op het opslagmedium, dus de chip wordt bedoeld en niet het bewaren van deze gegevens in een onderliggende persoonsregistratie.

9. Wat zijn eerdere rechtspraak betreft, sluit het Hof in het bijzonder aan bij zijn prejudiciële uitspraak van 9 november 2010, JB 2011/1 m.nt. dzz., in de zaak *Volker en Markus Schecke en Hartmut Eifert tegen het Land Hessen* (zaaknrs. C-92/09 en C-93/09). Ook bij de beoordeling of de geconstateerde aantasting binnen het kader van de grondrechten als gerechtvaardigd kan gelden, wordt meerdere malen naar deze uitspraak verwezen. Aannemelijk is dat met name dit arrest in combinatie met het arrest van het EHRM in de zaak *S. and Marper v. The United Kingdom*, waarin het recht op gegevensbescherming onder artikel 8 EVRM in par. 103 nader is verbijzonderd, in onderlinge samenhang kan gelden als de essentie van de jurisprudentie van beide Hoven met betrekking tot de grondrechten op privacy en gegevensbescherming. De voorliggende uitspraak is van aanvullende betekenis, mede omdat hieruit onomstotelijk blijkt, dat wat de afbakening van het (grond)recht op gegevensbescherming betreft, doorslaggevend is of sprake is van een – grondrechtelijk relevante - verwerking van persoonsgegevens. Dat deze ook de verzameling en –opslag van (gevoelige) persoonsgegevens op afzonderlijke documenten van een groot aantal houders kan betreffen, maakt deze uitspraak duidelijk. Zie in dit verband mijn kritische noot bij de uitspraak van de ABRvS van 30 januari 2013, JB 2013/61 inzake de beperking van de werkingsfeer van de Wbp, door de introductie van een structureringsvereiste bij de elektronische verwerking van documenten. Deze uitspraak vormt een aanvulling op mijn argumentatie dat de Afdeling bestuursrechtspraak de Wbp als implementatiewet van richtlijn 95/46/EG, qua werkingsfeer onvoldoende richtlijnconform uitlegt door de rechtspraak van het HvJ buiten beschouwing te laten.

10. De vraag of de geconstateerde aantasting als gerechtvaardigd kan worden aangemerkt valt uiteen in de toetsing aan een aantal criteria op basis van artikel 52, eerste lid van het Handvest, de algemene beperkingsgrondslag, nu niet van toestemming door paspoortaanvragers kan worden uitgegaan. Uitgangspunt is dat de artikelen 7 en 8 van het Handvest geen absolute gelding hebben, maar in relatie tot hun maatschappelijke functie moeten worden opgevat.

Achtereenvolgens komen aan de orde of: (a) voorzien is in een wettelijke beperkingsgrondslag, (b) de maatregel een doelstelling van algemeen belang beoogt, (c) of de wezenlijke inhoud van deze grondrechten wordt geëerbiedigd en (d) de evenredigheid van de beperkingen in relatie tot de nagestreefde doelen.

De eerste drie drempels worden moeiteloos genomen. Het zwaartepunt ligt bij de evenredigheidstoetsing, die uiteenvalt in een oordeel over de passendheid c.q. geschiktheid van de maatregel en de noodzaak ervan. De noodzakelijkheidstoetsing valt vervolgens weer uiteen in een proportionaliteits- en een subsidiariteitstoetsing.

Uit de overwegingen met betrekking tot het passendheids criterium blijkt dat het Hof de aangevoerde risico's van foutieve identificaties, zowel in positieve als negatieve zin, niet zwaar laat wegen. Dat de methode niet volledig betrouwbaar is acht het Hof niet van doorslaggevend belang. Enerzijds omdat, ondanks de foutenkans, met deze methode van identiteitscontrole op basis van een vergelijking van ter plekke elektronisch afgenomen en op het document opgeslagen vingerafdrukken een verbetering van de huidige situatie wordt bereikt. Ook lijkt het Hof het risico op onjuiste identificaties beduidend lager in te schatten dan de verwijzende rechter (en de Afdeling), want spreekt over "uitzonderlijke gevallen" waarin een paspoorthouder ten onrechte geweigerd zou kunnen worden. Hieraan is tevens een uitleg van artikel 4, derde lid, van verordening 2252/2004 geknoopt, een bepaling waaromtrent de Afdeling eveneens nadere uitleg heeft gevraagd. Een mogelijk onjuiste uitkomst van identificatie op basis van vergelijking van vingerafdrukken betekent niet dat de toegang aan betrokkene mag worden geweigerd, maar heeft signaalwerking voor de bevoegde autoriteiten om betrokkene aan een grondig onderzoek te onderwerpen teneinde zijn identiteit definitief te kunnen vaststellen. In het verlengde hiervan concludeert het Hof dat het afnemen en bewaren van vingerafdrukken ex artikel 1, tweede lid, verordening 2252/2004 geschikt zijn om de door die verordening nagestreefde doelstellingen en dus ook die van voorkoming van illegale binnenkomst van personen op het grondgebied van de Unie, te verwezenlijken.

Zie op dit punt mijn eerdere kanttekening voor wat betreft de reikwijdte van ook hier gebruikte begrip bewaren.

11. Vervolgens toetst het Hof de getroffen maatregel op subsidiariteit, onderzoekt derhalve of maatregelen denkbaar zijn die gezien de doelstellingen van de verordening doeltreffend zijn, echter minder belastend uit een oogpunt van grondrechtenaantasting. Allereerst echter de vraag of de aantasting door de maatregel van het afnemen van vingerafdrukken verder gaat dan voor het bereiken van het doel ervan noodzakelijk is. Op dit punt stelt het Hof vast dat sprake is van een beperkte belasting. Er is geen sprake van een handeling met een intiem karakter en aan de afname van vingerafdrukken en een gezichtsopname zijn evenmin fysieke en psychische ongemakken verbonden. Wat de psychische ongemakken betreft is het 's Hofs oordeel nogal kort door de bocht. Hoewel ik zelf wat minder gevoeligheden ken, weet ik uit eigen ervaring hoe bedreigend de verplichte afname van vingerafdrukken van overheidswege door velen ervaren wordt. Iets meer empathie en overtuigingskracht had het Hof daarom op dit punt gesierd. Dat het combinatie-argument - zowel een foto als vingerafdrukken - bij het Hof geen genade vindt, is echter begrijpelijk. Ook, dat het Hof de suggestie van invoering van een irisscan als onvoldoende functioneel van de hand wijst.

12. Het tweede onderdeel van deze toets is toegespitst op de vraag of artikel 1, tweede lid, van verordening 2252/2004 geen verwerkingen van vingerafdrukken met zich meebrengt die verder gaan dan voor de verwezenlijking van die doelstelling noodzakelijk is. Dit onderdeel van de voorliggende uitspraak is vooral relevant voor de vraag of het Hof zich heeft uitgesproken over de rechtmatigheid van verwerking van vingerafdrukken in een uitvoeringsregistratie, dus naast vastlegging en gebruik ervan op een in het paspoort aangebrachte contactloze chip.



Uitgangspunt van het Hof is de in het arrest van het EHRM in de zaak *S. en Marper v. The United Kingdom* vastgelegde vergewisplicht van de wetgever (par. 103) met betrekking tot het bestaan van specifieke garanties voor een doeltreffende bescherming van deze gegevens tegen oneigenlijke en onrechtmatige verwerkingen. Op dit punt verwijst het Hof naar de waarborgen in de artikelen 4, derde lid, en 1, tweede lid, van genoemde verordening. Wat eerstgenoemd artikel betreft geldt evenwel, dat de hierin opgenomen gebruiksbeperkingen uitsluitend de toepassing van deze verordening betreffen. Zie echter hierna waar het gaat om eventuele complementaire gegevensverwerking, ook van vastgelegde vingerafdrukken, op basis van nadere wetgeving.

13. Bij de verwijzende bestuursrechter gaat het met name om twijfel inzake de evenredigheid van de inbreuk vanwege het risico dat de vingerafdrukken niet alleen in de chip als onderdeel van het paspoort worden opgeslagen, maar ook centraal, en gebruikt voor andere doeleinden dan die waarin de verordening voorziet, een argument dat ook door de Afdeling bestuursrechtspraak is aangevoerd. Het Hof erkent de gebruikswaarde van eenmaal afgenomen vingerafdrukken voor andere doelen, verwijst echter naar artikel 1, tweede lid van verordening 2252/2004 waarin is bepaald dat vingerafdrukken enkel mogen worden bewaard in het paspoort zelf, dat exclusief in het bezit is van de houder ervan. Hierop volgt de beslissende overweging. Omdat de verordening niet voorziet in een andere vorm, noch in een ander middel van bewaring van de afgenomen vingerafdrukken kan deze niet aldus worden uitgelegd dat zij *als zodanig* (curs. ann.) een rechtgrondslag biedt voor een eventuele centralisatie van verzamelde gegevens, of voor het gebruik van deze gegevens voor andere doeleinden dan dat van voorkoming van de illegale binnenkomst van personen op het grondgebied van de Unie. Ter motivering verwijst het Hof naar punt 5 van de considerans van verordening 444/2009. Hieruit blijkt evenwel dat het Hof de vraag van de verwijzende bestuursrechter heeft verengd tot de vraag of verordening 2252/2004 een rechtsgrondslag bevat voor een verdergaande verwerking van de ingevolge artikel 1, tweede lid, verplicht afgenomen vingerafdrukken, dan de voorgeschreven opslag ervan in een contactloze chip in het paspoort en gebruik voor in de verordening concreet aangegeven doelen (artikel 4, derde lid). Weliswaar bevestigt het genoemde punt 5 van de considerans bij de wijzigingsverordening deze beperking, maar voegt daar nog wel wat aan toe. Met name dat deze regeling ander gebruik of andere opslag van deze biometrische gegevens overeenkomstig de nationale wetgeving van de lidstaten onverlet laat, het opzetten of bijhouden van gegevensbanken voor de opslag van deze gegevens in de lidstaten derhalve een louter nationale aangelegenheid is. Hiervan uitgaande het Hof dat de door de verwijzende rechter aangegeven risico's, die zijn verbonden aan een mogelijke centralisatie van de verwerking van vastgelegde vingerafdrukken, in ieder geval de geldigheid van de verordening niet aantasten. "Deze argumenten kunnen in voorkomend geval aan de orde komen in het kader van een bij de bevoegde rechterlijke instanties ingesteld beroep tegen een wettelijke regeling die voorziet in een gecentraliseerde database van vingerafdrukken", aldus het Hof. Het Hof concludeert dan ook dat artikel 1, lid 2, van verordening nr. 2252/2004 geen verwerking van vingerafdrukken met zich meebrengt die verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstelling van bescherming van paspoorten tegen frauduleus gebruik ervan. Derhalve geldt de hieruit voortvloeiende aantasting van de grondrechten op privacy en gegevensbescherming als door dit doel gerechtvaardigd en is dan ook niet gebleken van feiten en omstandigheden die de geldigheid van artikel 1, lid 2 van verordening nr. 2252/2004 kunnen aantasten.

14. Uit perspublicaties en uit de hiervoor weergegeven kamerstukken inzake de wijziging van de Paspoortwet en de Vreemdelingenwet blijkt, dat deze uitspraak van het Hof is opgevat als een verbod op inrichting en gebruik van een decentrale en/of centrale registratie van vingerafdrukken, die op grondslag van artikel 1, tweede lid, van verordening 2252/2004 bij een aanvraag van een paspoort worden afgenomen. Zelfs is hieruit afgeleid dat de lidstaten in het geheel geen verzameling van dit type biometrische gegevens zouden mogen aanleggen. Niets is echter minder waar. Uit het vorige punt blijkt dat dit een onjuiste interpretatie van de voorliggende uitspraak is. Het is aan de wetgever van de lidstaten om te bepalen of en hoe deze bij afname in het kader van een paspoortaanvraag elektronisch vastgelegde vingerafdrukken in uitvoeringsregistratie(s) verwerkt zullen worden. Daarbij dient bedacht dat een dergelijke registratie mede ten dienste van betrokkene kan staan. Het Hof signaleert een ander doel van

genoemde verordening, het voorkomen van paspoortvervalsing, niet besproken te hebben. Was dat wel gebeurd, dan zou het beeld op dit punt evenwichtiger zijn geweest. De ervaringen in de VS, waar zeer veel identiteitsfraude op basis van documenten- en nummerfraude voorkomt, zijn, dat de rechtsbescherming van gedupeerden in hoge mate nadeel ondervindt van het veelal ontbreken van betrouwbare referentiebestanden. Ik ben de laatste die het risico van “function creep”, een glijdende schaal van steeds toenemend gebruik van gevoelige persoonsgegevens, zal bagatelliseren. Hiertegen bestaan echter waarborgen, met name het vereiste van een deugdelijke wettelijke grondslag binnen de randvoorwaarden van de grondrechten. Dergelijke complementaire voorzieningen kunnen voorts aan grondrechtentoetsing worden onderworpen, niet alleen op nationaal niveau, maar ook, zoals deze uitspraak illustreert, op Europees niveau, in wisselwerking tussen de Hoven van Luxemburg en Straatsburg. Een tweede waarborg betreft de rechtspositie van de geregistreerde en diens aanspraak op rechtsbescherming. Op dit punt verwijst ik naar het arrest van het EHRM van 18 april 2013, zaaknr. 19522/09, M.K. t. Frankrijk, over de verwijdering van vingerafdrukken in een geautomatiseerd politieregister, waarin het Hof het grondrechtelijk toetsingskader op een opmerkelijk geval van “function creep” bij de opslag van vingerafdrukken toepast. Dit arrest illustreert opnieuw, hoe belangrijk de rechtspositie van betrokkene - in het bijzonder de rechten van inzage, correctie en verzet - als waarborg voor een deugdelijke grondrechtelijke bescherming van privacy en gegevensbescherming. Ook, welk gewicht aan deze grondrechten wordt gehecht.

15. Ter afsluiting nog een specifiek bestuursrechtelijk aspect in deze uitspraak. Het probleem van de verplichting om ex artikel 4:2, tweede lid, Awb bij een aanvraag eventuele privacygevoelige gegevens te verstrekken op straffe van buiten behandelingstelling ex artikel 4:5, eerste lid, aanhef en sub c, Awb, onder verdiscontering van de uitzonderingen in artikel 4:3, Awb. De uitspraken van de rechtbanken waarvan in de hiervoor genoemde gevallen hoger beroep op de Afdeling bestuursrechtspraak is ingesteld, betroffen steeds een buiten behandelingstelling van de aanvraag wegens een weigering om vingerafdrukken af te laten nemen. Gezien de hiertegen opgeworpen bezwaren blijkt hieruit eens te meer dat artikel 4:3 Awb de facto een dode letter is. De hiervoor opgenomen uitspraak maakt duidelijk dat de gegevensverstrekking bij een aanvraag, althans waar het gaat om natuurlijke personen, rechtstreeks onder het beslag van de grondrechten op privacy en gegevensbescherming valt. Vandaar dat belangrijk is of de verstrekking van persoonsgegevens is gebaseerd op toestemming van betrokkene. Is die er, dan geldt de inherente grondrechtentaantasting als gerechtvaardigd. Zie in dit verband overweging 32 van de hiervoor opgenomen uitspraak. Daaruit blijkt hoe het Hof omgaat met dit vraagstuk. Bij het bepalen of toestemming kan worden aangenomen let het Hof op de aard van de verplichting tot gegevensverstrekking en de consequenties van een weigering. “In die omstandigheden kunnen de paspoortaanvragers niet worden geacht met een dergelijke verwerking te hebben ingestemd”, aldus het Hof in de voorliggende zaak, met “dwangverstrekking” en immers grote consequenties voor betrokkene in geval van weigering van de verlangde gegevens. Onder minder belastende omstandigheden ligt dat anders. Het is derhalve een kwestie van casuïstiek of al dan niet van toestemming kan worden uitgegaan.

G. Overkleef-Verburg