

aandacht dat in de literatuur reeds is opgemerkt dat het prejudiciële arrest geen ruimte meer laat om in dit geval aan de toerekenbaarheid aan de gemeente te twijfelen, men zie: M.G.J. van der Velden, *Commerz Nederland/Havenbedrijf Rotterdam: toerekenbaar, wat nu?*, *Tijdschrift voor Staatssteun* 2015, p. 51 e.v.

In het onderhavige arrest casseert de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof, waarin werd geoordeeld dat het optreden van S. in staatssteunrechtelijke zin aan de gemeente kan worden toegerekend. Dit betekent niet dat naar het oordeel van de Hoge Raad 'dus' geen sprake zou zijn van staatssteun die aan de gemeente moet worden toegerekend. Het oordeel van de Hoge Raad houdt op dit punt niet meer in dan dat het gerechtshof ten onrechte niet heeft beoordeeld – in het licht van onder meer de bijzondere gedragingen van S. – of de gemeente bij het verlenen van de onderhavige garanties in het concrete geval betrokken was of dat onwaarschijnlijk is dat zij daarbij niet betrokken was (r.o. 3.5). Het verwijzingshof Amsterdam zal dit nu moeten beoordelen.

10. *Nietigheid?* Indien het verwijzingshof oordeelt dat de garantieverlening staatssteun oplevert die op grond van art. 108 lid 3 VWEU bij de Commissie had moeten worden aangemeld, dan dienen uiteraard ook de gevolgen daarvan te worden vastgesteld. Daarvoor is onder meer van belang of niet alleen de RDM-vennootschappen maar ook Commerz als begunstigde van de garanties kan worden aangemerkt (vgl. het al genoemde arrest *Residex/gemeente Rotterdam*: HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539, NJ 2013/433, m.nt. Mok). Het verwijzingshof zal in dat geval moeten beoordelen of en op welke gronden nietigverklaring van de garanties een passende (effectieve) en proportionele maatregel is die zal leiden tot het herstel van de mededingingssituatie van vóór de garantieverlening. A.J. Metselaar en J.F. van Ommeren

AB 2016/267

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

22 mei 2015, nr. 14/02737

(Mrs. F.B. Bakels, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek) m.nt. G.A. van der Veen en C.N.J. Kortmann

Art. 8 EVRM; art. 3:305a, 6:162 BW; art. 46 Paspoortwet

NJ 2016/262

NJB 2015/1056

RvdW 2015/667

JWB 2015/195

RBP 2015/55

O&A 2015/70

ECLI:NL:HR:2015:1296

ECLI:NL:PHR:2015:129

Een belangenorganisatie is ontvankelijk bij de burgerlijke rechter voor zover zij opkomt voor belangen van personen die ter zake geen rechtsingang hebben bij de bestuursrechter, of voor zover zij opkomt voor een eigen belang waarvoor zij geen rechtsingang heeft bij de bestuursrechter.

De gestelde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, als gevolg van de voorwaarde om vingerafdrukken af te staan, kon zich eerst voordoen indien men op grond van de Paspoortwet een reisdocument aanvraagt. Tegen het stellen van die voorwaarde kon dan worden opgekomen bij de bestuursrechter, die op grond van die inbreuk de verplichting om vingerafdrukken af te staan onverbindend kon oordelen en terzake een voorziening kon treffen, zo nodig een voorlopige voorziening. Dat gold ook voor zover die inbreuk in de toekomst dreigde te worden gemaakt door de centrale opslag van vingerafdrukken en de verstrekking daarvan uit die opslag aan diverse instanties, welke maatregelen uiteindelijk niet zijn ingevoerd.

In een geval zoals het onderhavige is een belangenorganisatie die opkomt voor de gebundelde belangen van personen zoals verweerders, eveneens niet-ontvankelijk in een vordering bij de burgerlijke rechter, als die vordering ertoe strekt om ten behoeve van deze personen de onverbindendheid van de aan de orde zijnde verplichting door de burgerlijke rechter te laten vaststellen en terzake een voorziening te treffen.

Met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter kan immers in gevallen waarin de rechtsbescherming van individuele belanghebbenden is opgedragen aan de bestuursrechter, de enkele bundeling van hun belangen door een rechtspersoon niet ertoe leiden dat voor die rechtspersoon de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan.

Het hiervoor overwogene geldt ook als een belangenorganisatie niet slechts opkomt voor de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen, maar tevens voor het algemeen belang van de bescherming van de rechten van een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaald is. Ook in dat geval is sprake van een bundeling van belangen in de zin van art. 3:305a lid 1 BW en heeft te gelden dat de belangenbehartiging door de organisatie niet ertoe kan leiden dat voor haar de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan indien ter zake van de

(dreigende) aantasting van de betrokken belangen is voorzien in rechtsbescherming voor de individuele belanghebbenden bij de bestuursrechter.

Arrest in de zaak van:

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), zetelende te 's-Gravenhage, eiser tot cassatie, adv.: mr. J.W.H. van Wijk en mr. G.C. Nieuwland, tegen

1. Stichting Privacy First, te Amsterdam,
 2. verweerster 2,
 3. verweerder 3,
 4. verweerder 4,
 5. verweerster 5,
 6. verweerder 6,
 7. verweerster 7,
 8. verweerder 8,
 9. verweerder 9,
 10. verweerster 10,
 11. verweerder 11,
 12. verweerder 12,
 13. verweerster 13,
 14. verweerder 14,
 15. verweerster 15,
 16. verweerder 16,
 17. verweerder 17,
 18. verweerder 18,
 19. verweerster 19,
 20. verweerder 20,
- verweerders in cassatie, advocaat: mr. B.J. van Dorp.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 366594/HA ZA 10-1807 van de rechtbank 's-Gravenhage van 11 augustus 2010 en 2 februari 2011;
- b. het arrest in de zaak 200.087.096/01 van het gerechtshof Den Haag van 18 februari 2014.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*).

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Verweerders hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden arrest, doch uitsluitend voor zover het de pro-

ceskostenveroordeling betreft en tot veroordeling van verweerders in de kosten van alle instanties.

De advocaat van verweerders heeft bij brief van 6 maart 2015 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie gaat het om het volgende.

(i) Op 28 juni 2009 is de Rijkswet van 11 juni 2009 tot wijziging van de Paspoortwet in verband met het herinrichten van de reisdocumentenadministratie (*Stb.* 2009, 252) gedeeltelijk in werking getreden. Deze wet strekte in de eerste plaats ertoe de Rijkswet van 26 september 1991, houdende het stellen van regelen betreffende verstrekking van reisdocumenten, in overeenstemming te brengen met de Europese verordening betreffende normen voor de veiligheidskenmerken van en biometrische gegevens in door de lidstaten afgegeven paspoorten en reisdocumenten (Verordening EG nr. 2252/3004, hierna: de Verordening). Ingevolge de Verordening dient een paspoort voorzien te zijn van een chip waarop een gezichtsopname en twee vingerafdrukken voorkomen.

(ii) De wijzigingen in de Paspoortwet betreffen onder meer het voorschrift dat een reisdocument, naast een gezichtsopname, is voorzien van twee vingerafdrukken van de aanvrager (art. 3 lid 3 Paspoortwet) en voorschriften voor de inrichting van de reisdocumentenadministratie, waaronder het bijhouden van een register waarin alle (biometrische) gegevens met betrekking tot reisdocumenten worden opgeslagen (art. 65 Paspoortwet).

(iii) De Rijkswet van 11 juni 2009 voorzagt voorts – ter bestrijding van identiteitsfraude – in de inrichting van een centraal reisdocumentenregister, waarin onder meer de gezichtsopnames en vier vingerafdrukken van iedere paspoorthouder zouden worden opgeslagen (naast de twee opgenomen in de chip in het paspoort, ook twee ter controle). Dat register zou 24 uur per dag gedurende zeven dagen per week te raadplegen zijn door de bevoegde instanties. Omdat de regering geen opdracht wilde geven voor het maken van het centrale register voordat het wetsvoorstel zou zijn aangenomen, zijn de hierop betrekking hebbende bepalingen nog niet in werking getreden op 28 juni 2009. De na die datum afgenomen vingerafdrukken zijn (vooralsnog) alleen opgeslagen in de decentrale registers van de gemeenten.

(iv) Privacy First heeft, kort gezegd, ten doel het bevorderen en behouden van het recht op privacy. Verweerders behoren ieder tot één van de volgende categorieën: (a) zij die ervoor kiezen om gezien hun bezwaren tegen de nieuwe regels

geen reisdocument aan te vragen, (b) zij die wel een reisdocument hebben aangevraagd, maar hebben geweigerd vingerafdrukken af te staan en wier aanvraag daarom niet in behandeling is genomen, (c) zij die een paspoort hebben aangevraagd en gekregen zonder vingerafdrukken af te staan, omdat de aanvraag is gedaan vóór inwerkingtreding van de nieuwe regels, en (d) zij die onder protest vingerafdrukken hebben afgestaan.

(v) Verweerders zijn van mening dat de hiervoor genoemde nieuwe regels op een aantal punten onrechtmatig zijn, omdat zij in strijd zijn met art. 8 EVRM, art. 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de Privacyrichtlijn (Richtlijn 95/46/EG). Met name de volgende aspecten zijn volgens verweerders onrechtmatig:

- a. de creatie van het centrale register;
- b. de al dan niet centrale opslag van gegevens;
- c. het verstrekkingenregime ten aanzien van de opgeslagen gegevens;
- d. het feit dat uitvoering wordt of kan worden gegeven aan de nieuwe regels, terwijl een groot deel van de regels nog in delegatiebepalingen vastgesteld moet worden;
- e. strijd met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit;
- f. de veelheid van doeleinden waarvoor de gegevens kunnen worden opgeslagen en gebruikt.

(vi) Hangende het hoger beroep in deze zaak heeft de regering de volgende besluiten genomen:

- a. de onderdelen van de Rijkswet van 11 juni 2009 die betrekking hebben op de opslag van vingerafdrukken en die nog niet in werking waren getreden, zullen niet in werking treden, maar uit de wet worden geschrapt;
- b. de vingerafdrukken zullen door de uitgevende instanties nog slechts worden bewaard met het oog op de aanvraag en uitgifte van het document, dat wil zeggen vanaf het moment van aanvraag tot het moment van registratie van de uitgifte van het document: na dit laatste tijdstip kunnen de vingerafdrukken niet meer worden geraadpleegd;
- c. alle reeds in de decentrale registers opgeslagen vingerafdrukken worden daaruit verwijderd;
- d. de verplichting voor de aanvrager van een reisdocument om vier vingerafdrukken af te geven wordt teruggebracht tot twee vingerafdrukken.

(vii) Over de redenen die tot deze koerswijziging hebben geleid merkte de minister van Binnenlandse Zaken in zijn brief aan de Tweede Kamer van 26 april 2011 onder meer op:

“Gelet op al deze factoren is de vraag aan de orde of het opportuun is om de vingerafdrukken in de reisdocumentenadministratie op te slaan voor het doel dat we daarbij voor ogen

hadden, te weten verificatie en identificatie. Ik ben in het licht van de tot dusver beperkte voortgang van de technische ontwikkeling tot de conclusie gekomen dat 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. Om die reden is het beter om voor nu te stoppen met de opslag van de vingerafdrukken in de decentrale reisdocumenten-administratie. Deze keuze betekent wel dat, gedurende de periode dat van opslag in de administratie wordt afgezien, er geen mogelijkheid zal zijn om bij vermoedens van fraude controles uit te voeren met behulp van de vingerafdrukken.” (*Kamerstukken II 2010-2011, 25 764, nr. 46, p. 4*)

3.2.1 Verweerders hebben in dit geding vorderingen ingesteld die gegrond zijn op hun hiervoor in 3.1 onder (v) genoemde standpunt. Die vorderingen komen erop neer dat voor recht wordt verklaard dat de hiervoor in 3.1 onder (ii) en (iii) genoemde nieuwe regels jegens hen onrechtmatig zijn, behoudens voor zover daarin verplichtingen zijn opgenomen die voortvloeien uit de Verordening, en dat deze regels buiten werking worden gesteld.

3.2.2 De rechtbank heeft verweerders niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen. Daartoe overwoog zij als volgt.

Zowel de verstrekking van een reisdocument als de weigering om een reisdocument te verstrekken is een besluit waartegen de aanvrager op grond van de Awb in bezwaar kan gaan en vervolgens in beroep kan komen bij de bestuursrechter. Verweerders kunnen hun standpunt dat de nieuwe regels onverbindend zijn, in deze rechtsgang aan de orde stellen. Verweerders zijn daarom niet-ontvankelijk in hun vorderingen. (rov. 4.3-4.5)

Privacy First heeft geen eigen belang bij de vorderingen. Zij komt uitsluitend op voor een belang dat voortvloeit uit de bundeling van de privacybelangen van – naar zij zelf stelt – alle Nederlanders boven de twaalf jaar die een paspoort of identiteitskaart aanvragen. Al deze personen kunnen echter zelf opkomen tegen de door haar gewraakte verplichting tot het verstrekken van biometrische gegevens, zodat het door Privacy First gestelde belang uitsluitend een bundeling van belangen van die personen betreft. (rov. 4.6)

De tijd en moeite en het financiële belang dat voor Privacy First is gemoeid met het bijstaan van aanvragers van Nederlandse reisdocumenten vloeit uitsluitend voort uit een bundeling van individuele belangen en is niet een eigen belang waarin Privacy First is getroffen door de nieuwe

regels (rov. 4.7). Ook Privacy First is daarom niet-ontvankelijk in haar vorderingen (rov. 4.8).

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van verweerders afgewezen. Tot die afwijzing kwam het op de grond dat, gelet op de hiervoor in 3.1 onder (vi) genoemde besluiten, verweerders geen belang meer hebben bij toewijzing daarvan (rov. 2.2-2.6).

In verband met de beslissing over de proceskosten is het hof desalniettemin inhoudelijk op de zaak ingegaan. Anders dan de rechtbank heeft het Privacy First ontvankelijk in haar vorderingen geoordeeld, omdat zij onmiskenbaar niet slechts de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen nastreeft, maar veeleer het algemeen belang van 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, aldus het hof. (rov. 3.2)

Ten overvloede heeft het hof voorts vastgesteld dat Privacy First ook een eigen (vermogensrechtelijk) belang heeft bij de vorderingen, namelijk de tijd en moeite en het financiële belang dat voor Privacy First is gemoeid met het bijstaan van aanvragers van Nederlandse reisdocumenten (rov. 3.3).

Het hof heeft in het midden gelaten of verweerders ontvankelijk zijn in hun vorderingen (rov. 3.5).

Gelet op de uitlatingen van de minister die hiervoor in 3.1 onder (vii) zijn weergegeven heeft het hof de centrale opslag van vingerafdrukken een ongeschikt middel geacht voor het daarmee beoogde doel (verificatie en identiteitsvaststelling), dat om die reden een niet gerechtvaardigde inbreuk oplevert op de persoonlijke levenssfeer. De rechtbank had de vorderingen in zoverre moeten toewijzen. (rov. 4.3-4.4)

Gelet op een en ander heeft het hof de Staat in de kosten van de eerste aanleg en het hoger beroep veroordeeld.

3.3.1 Onderdeel 1.1 keert zich tegen het oordeel van het hof dat Privacy First ontvankelijk is haar vorderingen, nu zij in deze procedure opkomt voor het algemeen belang van bescherming van het recht op privacy van personen met de Nederlandse nationaliteit. Het onderdeel voert aan dat het te dezen geen verschil maakt of Privacy First optreedt ter bescherming van de gebundelde belangen van individuele personen of ter bescherming van het door het hof genoemde algemene belang. In beide gevallen geldt dat de

betrokken individuen de gewraakte maatregelen aan de orde kunnen stellen bij de bestuursrechter, en dat Privacy First daarom niet-ontvankelijk is in haar vorderingen.

3.3.2 Naar volgt uit de vaststellingen van het hof, keren de bezwaren die verweerders hadden tegen de nieuwe regels van de Paspoortwet, zich tegen de verplichting om vingerafdrukken af te staan, omdat dit zou leiden tot een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door de centrale opslag van de vingerafdrukken en de verstreking daarvan uit die opslag aan diverse instanties.

De verplichting om vingerafdrukken af te staan is een voorwaarde bij de aanvraag en afgifte van een reisdocument op grond van de Paspoortwet. Tegen het stellen van een dergelijke voorwaarde kan worden opgekomen door bezwaar en beroep op grond van de Awb (vgl. art. 46 Paspoortwet). Vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is dan ook dat tegen die verplichting kan worden opgekomen in deze rechtsgang, zulks mede op grond van bezwaren zoals in dit geding door verweerders naar voren gebracht (zie onder meer ABRvS 28 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8644, AB 2013/183).

3.3.3 Uit het hiervoor in 3.3.2 overwogene volgt de niet-ontvankelijkheid van verweerders in hun onderhavige vorderingen. De door hen gestelde inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer, als gevolg van de voorwaarde om vingerafdrukken af te staan, kon zich eerst voordoen indien zij op grond van de Paspoortwet een reisdocument aanvraagden. Tegen het stellen van die voorwaarde kon dan door hen worden opgekomen bij de bestuursrechter, die op grond van die inbreuk de verplichting om vingerafdrukken af te staan onverbindend kon oordelen en terzake een voorziening kon treffen, zo nodig een voorlopige voorziening. Dat gold ook voor zover die inbreuk in de toekomst dreigde te worden gemaakt door de centrale opslag van vingerafdrukken en de verstreking daarvan uit die opslag aan diverse instanties, welke maatregelen uiteindelijk niet zijn ingevoerd, maar waarvan de uitvoering wel al mogelijk was gemaakt door de hiervoor in 3.1 onder (iii) vermelde decentrale opslag van vingerafdrukken.

3.3.4 In een geval zoals het onderhavige is een belangenorganisatie die opkomt voor de gebundelde belangen van personen zoals verweerders, eveneens niet-ontvankelijk in een vordering bij de burgerlijke rechter, als die vordering ertoe strekt om ten behoeve van deze personen de onverbindendheid van de aan de orde zijnde verplichting door de burgerlijke rechter te laten vaststellen en terzake een voorziening te treffen. Met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter kan

immers in gevallen waarin de rechtsbescherming van individuele belanghebbenden is opgedragen aan de bestuursrechter, de enkele bundeling van hun belangen door een rechtspersoon niet ertoe leiden dat voor die rechtspersoon de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan (HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, NJ 2012/241 (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*)).

3.3.5 Het hiervoor in 3.3.4 overwogene geldt, anders dan het hof heeft overwogen, ook als een belangenorganisatie niet slechts opkomt voor de (gebundelde) belangen van een bepaald of bepaalbaar aantal individuele personen, maar tevens voor het algemeen belang van de bescherming van de rechten van een veel grotere groep van personen, die diffuus en onbepaald is. Ook in dat geval is sprake van een bundeling van belangen in de zin van art. 3:305a lid 1 BW (vgl. *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 486, nr. 3, p. 3-7 en 19-23, m.nt. p. 21 onderaan) en heeft te gelden dat de belangenbehartiging door de organisatie niet ertoe kan leiden dat voor haar de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan indien ter zake van de (dreigende) aantasting van de betrokken belangen – in dit geval bestaande in een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door de voorwaarde vingerafdrukken af te staan bij de aanvraag van een reisdocument – is voorzien in rechtsbescherming voor de individuele belanghebbenden bij de bestuursrechter.

3.3.6 Het onderdeel is dus gegrond.

3.4.1 Een belangenorganisatie is onder meer wel ontvankelijk bij de burgerlijke rechter in vorderingen als de onderhavige, voor zover zij daarbij opkomt voor belangen van personen die terzake geen rechtsingang hebben bij de bestuursrechter, of voor zover zij opkomt voor een eigen belang waarvoor zij geen rechtsingang heeft bij de bestuursrechter (zie het arrest *Staat/Vreemdelingenorganisaties*, alsmede HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7808, NJ 2006/28 (*Staat/VAJN en NJCM*), in welk arrest het mede ging om de (gebundelde) belangen van advocaten die vreemdelingen bijstaan).

3.4.2 Het hof heeft in dit geval een eigen belang van Privacy First vastgesteld in de vorm van de tijd en moeite en het financiële belang dat voor Privacy First is gemeoid met het bijstaan van aanvragers van Nederlandse reisdocumenten. Onderdeel 1.2 klaagt dat dit slechts een belang is dat is afgeleid van dat van die aanvragers, en dat dit belang daarom niet kan gelden als een eigen belang dat een uitzondering op de hiervoor in 3.3.4 genoemde regel kan rechtvaardigen.

3.4.3 Deze klacht is gegrond. Wil sprake zijn van een eigen belang als hiervoor in 3.4.1 bedoeld, dan moet het gaan om een belang dat zelfstandig wordt beschermd door de norm(en) waarop de

vordering van de belangenorganisatie is gebaseerd – in dit geval de door Privacy First ingeroepen normen die strekken tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer (zie hiervoor in 3.1 onder (v)) –, en dus niet om een belang dat enkel voortvloeit uit het opkomen voor de gebundelde belangen, en dat uitsluitend van die belangen is afgeleid. Anders zou een belangenorganisatie immers vrijwel steeds bij de burgerlijke rechter ontvankelijk zijn in een vordering als de onderhavige, nu zij vrijwel steeds zal kunnen wijzen op een dergelijk afgeleid belang, wat zou leiden tot een doorkruising van de hiervoor in 3.3.4 en 3.3.5 vermelde behoorlijke taakverdeling tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter. Het door het hof vastgestelde belang van Privacy First betreft onmiskenbaar een dergelijk afgeleid belang en is daarom onvoldoende om haar in haar onderhavige vorderingen ontvankelijk te doen zijn bij de burgerlijke rechter.

3.5 De overige onderdelen behoeven geen behandeling. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Privacy First heeft geen andere belangen aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dan de hiervoor genoemde. Uit het vorenstaande volgt derhalve dat de rechtbank verweerders terecht niet-ontvankelijk in hun vorderingen heeft verklaard. Het vonnis van de rechtbank zal daarom worden bekrachtigd.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 18 februari 2014;

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 2 februari 2011;

veroordeelt verweerders in de kosten van het hoger beroep en het beroep in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot – in hoger beroep op € 649 aan verschotten en € 894 voor salaris – in cassatie op € 944,98 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

Noot

1. *Inleiding, belang van het arrest.* Het vorenstaande arrest past in de lijn die is ingezet met HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2314, AB 2011/11, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2012/241, m.nt. H.J. Snijders (*Leges Turkse migranten*) en die nadien ook is gevolgd in HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049, AB 2016/268, m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann (SCAU). Behartigers van algemene of collectieve belangen, zoals in dit geval de Stichting Privacy First, wordt de rechtsgang bij de burgerlijke rechter ontzegd,

wanneer zij, of leden van hun achterban, de door hen ter discussie gestelde algemeen verbindende voorschriften net zo goed ter discussie kunnen stellen in bestuursrechtelijke procedures tegen ter uitvoering van die voorschriften genomen besluiten in de zin van art. 1:3 Awb.

Dat kon hier daadwerkelijk, want de bezwaren van de Stichting richtten zich (vooral) tegen een in de Paspoortwet opgenomen verplichting om vingerafdrukken af te staan. Die verplichting is een voorwaarde voor verkrijging van een paspoort. Die voorwaarde kunnen individuele aanvragers van een paspoort in bestuursrechtelijk bezwaar en beroep aan de kaak (proberen te) stellen.

Met het oog op een behoorlijke taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter kan in gevallen waarin de rechtsbescherming van individuele belanghebbenden is opgedragen aan de bestuursrechter, de enkele bundeling van hun belangen door een rechtspersoon niet ertoe leiden dat voor die rechtspersoon de weg naar de burgerlijke rechter komt open te staan. Dat wordt niet anders wanneer zo'n rechtspersoon een "eigen belang" heeft, maar dat eigen belang bij nader inzien alleen maar voortvloeit uit de behartiging van de belangen van de individuele belanghebbenden.

2. *RechtswaARBorgen versus taakverdeling.* De lijn wijkt af van de eerdere benadering uit HR 3 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7808, AB 2005/74, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2006/28, m.nt. H.J. Snijders (VAJN en NJCM). Dat (in die zaak) individuele asielzoekers in eigen bestuursrechtelijke procedures algemeen verbindende voorschriften konden aanvechten, was niet voldoende om ook voor hun belangenbehartigers VAJN en NJCM te spreken van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.

VAJN en NJCM waren in die procedures geen belanghebbenden in de zin van art. 1:2 lid 3 Awb en konden daarin dus niet optreden. De omstandigheid dat individuele asielzoekers de betrokken algemeen verbindende voorschriften bij de bestuursrechter konden aanvechten, en ook op dezelfde gronden als VAJN en NJCM in civilibus hadden aangevoerd, deed toen niet af aan de bevoegdheid om de burgerlijke rechter te adieren indien de toegang tot de bestuursrechter en daarmee voor hen een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang dus niet openstaat. In dat arrest prevaleerden dus de rechtswaARBorgen: een ieder diende toegang tot de rechter te hebben om algemeen verbindende voorschriften aan te vechten, ongeacht of men bestuursrechtelijk belanghebbende is. Wie dat niet is en dus bij de bestuursrechter niet op eigen titel kan ageren, kon civielrechtelijk procederen en had voor zijn ont-

vankelijkheid geen last van bestuursrechtelijke procedures die anderen kunnen of hebben kunnen voeren. Het valt daarbij overigens op dat de Hoge Raad zowel in het arrest van 2010 als in het bovenstaande arrest oordeelt dat hij niet afwijkt van het arrest uit 2004. Thans wordt opgemerkt dat het in het arrest van 2004 mede ging om de (gebundelde) belangen van advocaten die vreemdelingen bijstaan. Die belangen zijn echter wel in de door de Hoge Raad samengevatte uitgangspunten en stellingen van VAJN en NJCM te vinden (r.o. 3.3), maar komen in de dragende overweging van het arrest niet terug (r.o. 3.4.2).

Wat van het laatste verder ook zij, de rechtswaARBorgen prevaleren naar onze indruk nog steeds voor individuele (rechts)personen met een voldoende eigen, zakelijk, belang, of met een andere achterban dan de groep van belanghebbenden in de zin van art. 1:2 Awb. Zij hoefden zich al niet de formele rechtskracht van een besluit aan te trekken. De formele rechtskracht van een besluit raakt anderen dan bestuursrechtelijk belanghebbenden immers niet. Zie HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9665, JB 2001/44, m.nt. EvdL. Daarin ging het om – kort gezegd – eigen schade van een auto-importeur in verband met aan anderen afgegeven foutieve RDW-papieren. De importeur was geen belanghebbende bij de besluiten tot afgifte van de papieren, maar leed wel schade omdat die besluiten waardevermindering van de door hem verkochte auto's en schadevergoedingsvorderingen van zijn afnemers opleverden en kon daarover dus civielrechtelijk procederen. Ook verder staat wel vast dat besluiten onrechtmatig kunnen zijn jegens anderen dan alleen bestuursrechtelijk belanghebbenden (vgl. HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7579, AB 2014/15, m.nt. C.N.J. Kortmann, NJ 2013/47 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1454).

Blijkens het bovenstaande arrest kunnen ook behartigers van algemene en collectieve belangen een beroep blijven doen op (mogelijke) eigen, zakelijke, belangen, maar dat dienen dan wel belangen te zijn die zelfstandig worden beschermd door de normen waarop de vordering is gebaseerd. Is daarvan geen sprake, dan heeft de met voldoende waarborgen omklede rechtsgang die naar onze indruk nog voorop stond in HR 3 september 2004 inmiddels te wijken voor de doelmatige taakverdeling van HR 9 juli 2010 (*leges Turkse migranten*), dit arrest en HR 3 juni 2016 (SCAU). Dat geldt naar onze indruk ook, wanneer uit het arrest van 2010 en het hier geannoteerde arrest zou voortvloeien dat het arrest uit 2004 slechts of vooral betrekking had op "eigen belangen" van rechtshulpverleners bij goede asielprocedures, zoals het belang dat zij in

aanmeldcentra nog adequate rechtshulp kunnen verlenen. Wij zien namelijk niet zo'n groot verschil tussen zulke belangen, die naar onze indruk vooral voor asielzoekers relevant zijn, en de hier door de Hoge Raad niet (meer) aanvaarde belangen van Privacy First bij de bescherming van het recht op privacy van de Nederlanders, voor welk recht Privacy First zich inzet. Dat het verschil tussen de positie van enerzijds NJCM en VAJN en anderzijds Privacy First gerelativeerd moet worden, illustreert ook de rechtsgang die Privacy First kennelijk had moeten volgen: die van het proefproces (deze suggestie doet de Hoge Raad in zijn arrest van 9 juli 2010). De gedachte is dat Privacy First de belangen van haar achterban net zo goed kan behartigen door een individuele burger met raad en daad bij te staan in een bestuursrechtelijke (proef)procedure. Waarom dat voor NJCM en VAJN principieel anders lag wordt niet helemaal duidelijk. Hoe dit ook zij, een stichting of vereniging weet nu wat haar te doen staat als zij als behartiger van collectieve publiekrechtelijke belangen de verbindendheid van een algemeen verbindend voorschrift in rechte ter discussie wil stellen: een achterban organiseren waarvan (ook) personen deel uitmaken die wél direct geraakt worden door het betreffende voorschrift, maar die geen rechtstreeks belang (in de zin van art. 1:2 Awb) hebben bij de op dat voorschrift gebaseerde besluiten.

3. *Algemeen verbindend voorschrift.* Aan de drie genoemde arresten van 2004, 2010 en 2016 ligt een onderscheid in algemeen verbindende voorschriften ten grondslag. De Hoge Raad maakt onderscheid tussen (a) voorschriften die rechtstreeks werken (zoals verbods- en gebodsbepalingen) en (b) voorschriften die tot toepassing komen door het nemen van een (op dat voorschrift gebaseerd) besluit, dat voor bezwaar en beroep vatbaar is (zoals een subsidie of een heffing).

In beide gevallen kan een belanghebbende het algemeen verbindende voorschrift in beginsel langs twee wegen aanvechten: (1) bij de bestuursrechter door een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit uit te lokken en (2) bij de burgerlijke rechter via een vordering uit onrechtmatige daad. De bestuursrechter oordeelt over de verbindendheid van het voorschrift in het kader van de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit (exceptieve toetsing, eerste weg). Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een vordering uit onrechtmatige daad (rechtstreekse toetsing, tweede weg) moet de Hoge Raad een afweging maken tussen twee gezichtspunten, enerzijds het belang van adequate rechtsbescherming en anderzijds het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken met die van de gespe-

cialiseerde bestuursrechter (zie randnr. 8 van het hierna opgenomen SCAU-arrest).

Bij direct werkende algemeen verbindende voorschriften geeft de Hoge Raad voorrang aan de rechtsbeschermingsgedachte: van de burger kan niet worden gevergd dat hij een rechtsgang bij de bestuursrechter creëert door het verbod of gebod te negeren en zo een handhavingsbeschikking uit te lokken (zie in het bijzonder r.o. 4.2.2 van het arrest van 3 juni 2016 met verwijzing naar HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, AB 1997/1, m.nt. Th.G. Drupsteen, NJ 1997/165, m.nt. M. Scheltema (*Leenders/Ubbergen*)).

Bij indirect werkende algemeen verbindende voorschriften prevaleert de specialisatiegedachte, omdat de burger geen 'last' heeft van het voorschrift totdat hij geconfronteerd wordt met een (aangevraagde of ambtshalve) genomen beschikking (vgl. r.o. 5.2.5 van het arrest van 3 juni 2016). Is deze beschikking eenmaal genomen dan is de poort naar exceptieve toetsing door de bestuursrechter geopend (de Hoge Raad gaat wel na of dat in concreto ook zo is, zie r.o. 4.2.3 van het arrest van 3 juni 2016). Dat leidt dan tot niet-ontvankelijkheid bij de burgerlijke rechter.

4. *Schema.* Deze jurisprudentie kan als volgt worden samengevat:

Rechtsingang toetsing avv	Rechtstreeks werkende avv	Avv werkt via beschikking
Exceptieve toetsing	Bestuursrechter	Bestuursrechter
Rechtstreekse toetsing	Burgerlijke rechter	Geen rechtsingang

5. *Kritiek.* De benadering van de Hoge Raad is theoretisch goed te volgen, maar de vraag is of zij wel voldoende recht doet aan verlangens van rechtsbescherming uit de praktijk. Het is niet zo moeilijk om voorbeelden te bedenken waarbij het voor de burger eenvoudiger en minder belastend is om de exceptieve toetsing van een rechtstreeks werkend algemeen verbindend voorschrift uit te lokken dan van een indirect werkend voorschrift. Zo biedt het milieurecht een mooi voorbeeld. Grosso modo zijn alleen de grote, complexe en milieubelastende inrichtingen onderworpen aan milieuvergunningplicht (preventieve toetsing) en hebben zij dus te maken met indirect werkende algemeen verbindende voorschriften. Voor de overige inrichtingen geldt het Activiteitenbesluit, dat direct werkende voorschriften bevat (repressieve toetsing). Vanuit de praktijk bezien is het contra-intuïtief dat deze laatste groep (waaronder de bakker en de slager) toegang hebben tot

de burgerlijke rechter om de verbindendheid van algemeen verbindende milieuvoorschriften aan te vechten, terwijl van de zware industrie wordt verwacht dat een – vaak zeer complexe en daardoor tijdrovende en kostbare-aanvraag om een omgevingsvergunning wordt ingediend om de verbindendheid van zo'n voorschrift via exceptieve toetsing bij de bestuursrechter aan te vechten. De keuze van de Hoge Raad is echter duidelijk.

Die keuze spoort met de benadering van de bestuursrechter ten aanzien van rechtsoordelen. Ook de bestuursrechter is immers niet snel geneigd om een praktische rechtsingang te bieden wanneer een belanghebbende de rechtmatigheid van een indirect werkend algemeen verbindend voorschrift en/of de interpretatie van het bestuur daarvan aan de orde wil stellen. Dan moet de belanghebbende maar een vergunning aanvragen om langs die weg te gaan procederen. Zie onder meer ABRvS 1 april 1996, ECLI:NL:RVS:1996:ZF2085 AB 1996/291, m.nt. P.J.J. van Buuren en ABRvS 18 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ7004, AB 2005/106, m.nt. A.G.A. Nijmeijer. Ook daar kan en kon de vraag gesteld worden, of zo'n benadering wel voldoende recht doet aan verlangens van rechtsbescherming uit de praktijk. Zie nog CBb 29 augustus 1995, ECLI:NL:CBB:1995:ZG0756, AB 1995/525, m.nt. J.H. van der Veen.

Juist in gevallen waarin het belastend is om de verbindendheid van een voorschrift aan de orde te stellen door het indienen van een aanvraag om een vergunning, kan een algemeen-belangorganisatie uitkomst bieden, zeker als het een voorschrift betreft waarmee een grote groep van personen of een gehele bedrijfstak worstelt. Met de invoering van art. 3:305a BW heeft de wetgever, zoals Schutgens het in zijn annotatie onder het aan dit arrest voorafgaande Hof arrest (*JB* 2014/76) verwoordt, een principiële keus gemaakt om bundeling van belangen voor de (burgerlijke) rechter mogelijk te maken.

Het onderhavige arrest bevordert die bundeling uiteraard niet. Dat levert onder meer kritiek op van Y.E. Schuurmans, Van bestuursrechtelijke detailhandel naar maakindustrie, Leiden: Universiteit Leiden 2015, die stelt dat de Hoge Raad een collectieve actie voor de civiele rechter tegen rechtsregels in de afgelopen jaren via de jurisprudentie nagenoeg onmogelijk heeft gemaakt. T. Barkhuysen, *Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften*, *NJB* 2015/1949 ziet in de jurisprudentie aanleiding om te bezien of algemeen verbindende voorschriften niet moeten worden verlost van hun (door art. 8:3 lid 1 Awb) beschermde positie op de punten van inspraak en rechtsbescherming. Zoals ook is gesteld door R.M. van Male, T.G. Oztürk en

G.A. van der Veen in hun kroniek Bestuurshandelingen, *NTB* 2016/26, zou dat een mogelijkheid zijn om dergelijke voorschriften breder aan de rechter te kunnen voorleggen, zonder mogelijke versnippering en systeembelasting van afzonderlijke beroepen van afzonderlijke appellanten tegen afzonderlijke besluiten. Bij nader inzien is dan uiteraard ook nog vereist, dat de bestuursrechter zo'n taak inhoudelijk gaat nemen. Ook de bestuursrechter zou immers op enigerlei wijze kunnen oordelen dat belangenbehartigers niet-ontvankelijk zijn, wanneer zij in wezen alleen opkomen tegen algemeen verbindende voorschriften die ook in procedures tegen beschikkingen ter discussie te stellen zijn.

6. *Hoe verder voor de privacybescherming?* Het arrest gaat uit van de premisse dat alle door Privacy First (en individuen die ook optraden als eisers) naar voren gebrachte bezwaren tegen de Paspoortwet ook door individuele aanvragers van paspoorten in een bestuursrechtelijke procedure aan de orde gesteld kunnen worden. De Hoge Raad verwijst daarvoor naar een Afdelingsuitspraak van 28 september 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX8644, AB 2013/183, m.nt. A.M. Klingenberg, maar had de daaruit voortvloeiende behandeling van de door de Afdeling gestelde prejudiciële vragen in HvJ EU 16 april 2015, C-446/12 e.a., ECLI:EU:C:2015:238 ook nog wel kunnen meenemen.

Inmiddels heeft de Afdeling einduitspraak gedaan (ABRvS 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1416). De uitspraak behandelde een weigering van de burgemeester van 25 augustus 2010 om een aanvraag tot afgifte van een paspoort in behandeling te nemen. De aanvrager wilde geen vingerafdrukken afgeven. Hij had geen trek in afgifte en vervolgens opslag in een reisdocumentenadministratie, onder meer omdat niet duidelijk was onder welke omstandigheden de vingerafdrukken van daaruit voor verdere doelen verstrekt zouden kunnen worden. Zeer kort samengevat, komt het Afdelingsoordeel erop neer dat de burgemeester in die zaak geen afgifte van vier vingerafdrukken, maar slechts twee, mocht verlangen en dat een beoogde langdurige opslag van die afdrukken niet deugde. Voor die laatste bevinding hechtte de Afdeling veel waarde aan inzichten die de Minister van Binnenlandse Zaken na de beslissing van de burgemeester had verkregen, en wel van begin 2011 bij een verdere behandeling van de Paspoortwet. Die inzichten behelsden dat die opslag technisch nog niet goed op orde was en dat het project daarom gestaakt werd. Vingerafdrukken zouden nog slechts gedurende de aanvraag en uitgifte van het paspoort bewaard worden. Reeds verkregen en voor afgifte niet meer nodige vingerafdrukken

zouden verwijderd worden. Zie nader over deze ontwikkelingen de (niet opgenomen, maar wel zeer instructieve) conclusie van A-G Spier onder "procesverloop". De bestuursrechtelijke procedure heeft dus bewezen dat de bezwaren van Privacy First en anderen in dit geval inderdaad door de bestuursrechter beoordeeld konden worden: slechts beperkte afgifte, geen langdurig register en dus ook geen verstrekkingen aan anderen.

Op enig moment zal de eerder beoogde langdurige opslag uiteraard technisch goed mogelijk worden en dan alsnog tot stand komen. Een steeds verderstrekkend (of soepeler, afhankelijk van het gezichtspunt) verstrekkingenregime lijkt dan evenmin illusoir. Wat levert dat voor mogelijke ontvankelijkheden van Privacy First op? Het arrest staat Privacy First onder meer toe om op te komen voor belangen van individuen die geen rechtsingang bij de bestuursrechter hebben. Die situatie kan zich naar ons idee voordoen wanneer na afgifte van een paspoort toch van een langdurige opslag blijkt, of een verstrekkingenregime wordt ingevoerd of gewijzigd, waardoor reeds afgegeven vingerafdrukken verder gebruikt worden dan bij afgifte was voorzien. Het lijkt ons lastig om zulke latere wijzigingen aan een reeds bestaand besluit tot afgifte van een paspoort te koppelen. Zij lijken ons zelfstandige handelingen die niet onder het bereik van de formele rechtskracht van een besluit tot afgifte van een paspoort kunnen worden geschaard. Het zijn noch voorbereidingshandelingen (HR 9 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7774, AB 2006/286, m.nt. F.J. van Ommeren, NJ 2006/93, m.nt. M.R. Mok (*Kuijpers/Valkenswaard*)), noch handelingen van nadien die met zo'n besluit voldoende samenhangen (HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1649, AB 2008/170, m.nt. G.A. van der Veen, NJ 2008/519, m.nt. M.R. Mok (*Watergoed/Gelderland*)). Bovendien heeft het weinig zin om van individuen te verlangen dat zij een nieuw paspoort aanvragen en dan (alsnog) aan de orde stellen dat er met hun vingerafdrukken niet meer "gesold" mag worden dan al mocht ten tijde van de vorige aanvraag, want zulke handelingen lateren niet aan het gevraagde nieuwe besluit.

7. *Terugtrekkende bewegingen.* De hier besproken rechtspraak past goed in de trend van de burgerlijke rechter om steeds terughoudender om te gaan met het verlenen van toegang aan partijen die op een of andere manier ook bij de bestuursrechter terecht kunnen. Een vergelijkbare ontwikkeling heeft het leerstuk van de formele rechtskracht de afgelopen decennia doorgemaakt. Tegelijkertijd is in beide categorieën zichtbaar hoe lastig het voor de Hoge Raad is om vast te houden aan het uitgangspunt dat de toetsing van publiekrechtelijke rechtshandelingen bij

de bestuursrechter thuis hoort maar te voorkomen dat burgers zich in lastige bochten moeten wringen om die rechtsingang bij de bestuursrechter te creëren (vgl. C.N.J. Kortmann, Formele rechtskracht 10 jaar na 'Delisea', Over procedeedwang, herroepen primaire besluiten en de illusie van een sluitend systeem, NJB 2016/1343). De verdeling van rechtsmacht zal de aandacht nog wel even vasthouden.

G.A. van der Veen en C.N.J. Kortmann

AB 2016/268

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

3 juni 2016, nr. 14/06007

(Mrs. F.B. Bakels, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, G. Snijders, T.H. Tanja-van den Broek, G. de Groot)

m.nt. F.J. van Ommeren en C.N.J. Kortmann

Art. 112 lid 2 Gw; art. 3:305a BW; art. 7.46, 7.64, 7.66 WHW; art. 8:3 lid 1 Awb

JWB 2016/205

RvdW 2016/646

NJB 2016/1236

ECLI:NL:HR:2016:1049

ECLI:NL:PHR:2016:8

Rechtsmachtverdeling burgerlijke rechter en bestuursrechter. Collectieve actie (art. 3:305a BW) m.b.t. hoogte instellingscollegegeld van universiteiten. Rechtsgang van titel 7.4 WHW met voldoende waarborgen omkleed? Niet-ontvankelijkheid van vordering bij burgerlijk rechter (HR 28 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0527, NJ 1992/687 (*Change/Staat*)). Status van beslissingen van bijzondere instellingen; art. 112 Gw. Vordering tot toetsing van algemeen verbindend voorschrift; mogelijkheid voor belanghebbende tot uitlokken van daarop gebaseerd besluit dat vatbaar is voor bezwaar en beroep (HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296 (*Staat/Privacy First*)). Verschil met HR 11 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2169, NJ 1997/165 (*Leenders/Ubergen*). Rechtsbescherming voor aspirant-studenten die willen opkomen tegen hoogte instellingscollegegeld; voldoende waarborgen?

Naar volgt uit de WHW, is het CBHO een bij wet ingestelde onafhankelijke bestuursrechter die beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. Het hof heeft dan ook terecht geoordeeld dat de burgerlijke rechter degene die bij hem opkomt tegen een beslissing als bedoeld in art. 7.66 lid 1 WHW,