

Pleitnota M. Jonker

Rechtbank Gelderland, zaaknummer: ARN 17/4095WET. Zitting: 8 februari 2018

Inzake beroep d.d. 3 augustus 2017 tegen besluit AP d.d. 1 augustus 2017 inzake handhavingsverzoek m.b.t. privacy-schending door gemeente Arnhem met afvalpas-systeem

Edelachtbare,

Mede gesteund door Stichting Privacy First, wil ik het volgende naar voren brengen.

Omvang van het geschil

Mijn beroep is gericht tegen de beperking van de getroffen last onder dwangsom tot een last die slechts strekt tot een tijdelijke en voorwaardelijke sanctie. Ik ben het niet eens met de door de AP in het handhavingsbesluit opgenomen beperkende voorwaarden.

Het betreft dan: (1) de voorwaarde inzake de tijdsduur van de last, namelijk: zolang er geen Diftar is of wordt ingevoerd; en (2) de voorwaarde inzake de situatie waarin de last wordt opgelegd, namelijk: indien er geen Diftar is of wordt ingevoerd.

In mijn handhavingsverzoek had ik verzocht om een handhavingsmaatregel die de overtreding voor onbepaalde tijd effectief tegengaat. Ik vroeg niet om opname van nodeloze, beperkende voorwaarden ten aanzien van de handhaving. In het licht van het duurzame grondrecht op privacy, zoals vastgelegd in de Wbp en in het EVRM, in combinatie met de handhavingsplicht van de AP op grond van de Wbp en het EVRM (de eis van een “doeltreffend, volledig en hoog beschermingsniveau”), is er geen rechtmatige grond voor het toevoegen van dergelijke beperkingen aan een handhavingsmaatregel.

Kern van het (rest-)geschil

De AP heeft met haar aanvankelijke weigering om te handhaven, gevolgd door haar handhavingsmaatregel in augustus 2017, duidelijk gemaakt dat het voor het besluit op bezwaar van de AP in de ogen van de AP cruciaal is geweest of er op enig moment wel of geen Diftar is of wordt ingevoerd. De AP meent dat invoering van Diftar een grondslag voor verwerking van persoonsgegevens creëert (eventueel in een indirecte vorm, namelijk die van concreet uitzicht op legalisering van die verwerking op basis van zo'n grondslag), mits aan enkele aanvullende voorwaarden (bijv. proportionaliteit) is voldaan.

De beperkende voorwaarden ten aanzien van handhaving die de AP in haar besluit op bezwaar heeft opgenomen, zijn nog steeds gebaseerd op deze opvatting van de AP over de relevantie en de consequenties van Diftar. Die opvatting bestrijd ik.

In de kern gaat dit (rest-)geschil dus over de vraag of de mogelijke invoering van Diftar een rechtmatige grond vormt om de te treffen handhavingsmaatregel op deze wijze nu al te beperken. Als burger met een grondrecht op privacy ben ik van mening dat er voor deze beperking geen rechtmatige grond is, gezien de eisen die artikel 8 EVRM en de Wbp stellen.

Nieuwe ontwikkeling in de zaak onderstreept onrechtmatigheid van de beperking

Een nieuwe ontwikkeling in de zaak biedt extra onderbouwing voor mijn standpunt dat de door de AP ten aanzien van haar handhavingsmaatregel aangebrachte beperking onrechtmatig is. Bij brief van 26 januari 2018 heeft de AP aan uw rechtbank meegedeeld een verzoek van de gemeente Arnhem begin november 2017 om opheffing van de opgelegde last, te hebben afgewezen op 22 december 2017, op grond van artikel 5:34 Awb.

De AP en de gemeente hebben niet verteld welke redenen de gemeente in haar verzoek heeft aangevoerd ter ondersteuning van haar verzoek om opheffing van de last.

Het feit dat de gemeente Arnhem drie maanden na het opleggen van de last al verzocht om opheffing daarvan, maakt op zich al duidelijk hoe belangrijk het is dat de last in beginsel duurzaam wordt opgelegd. De gemeente ziet deze last kennelijk nog steeds als een belemmering voor haar plannen. Kennelijk heeft zij nog steeds plannen om de privacy van burgers te schenden door middel van een systeem van afvalpassen en gesloten containers.

Over een half jaar, in augustus 2018, zal artikel 5:34 Awb voor de AP geen beletsel meer vormen om de last op te heffen, gezien de inhoud van het tweede lid van dat wetsartikel. De bescherming van mijn rechtszekerheid (en die van andere Arnhemse burgers) vereist dat de AP, nu zij na drie jaar tegenstribbelen eenmaal een handhavingsmaatregel heeft genomen, een handhavingsmaatregel neemt die mijn privacy adequaat beschermt, in overeenstemming met het door mij gedane handhavingsverzoek.

Ik verzocht om een duurzame bescherming van mijn privacy op dit punt, in overeenstemming met de eis van een "doeltreffend, volledig en hoog beschermingsniveau", die voortvloeit uit artikel 8 van het EVRM en ook is bevestigd door de Nederlandse Hoge Raad. Dat is dus **niet** een handhavingsmaatregel met een ingebouwde uitvlucht-clausule om de overtreder al bij voorbaat een excuus aan te reiken om de privacy opnieuw te schenden. De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is **niet** bedoeld als een stimuleringsmaatregel voor de invoering van Diftar door gemeenten die graag onnodig veel willen weten over het privé-leven van hun burgers. De AP is **niet** bedoeld als dienstmaagd voor collega-bestuursorganen, maar heeft tot taak het privé-leven van burgers te beschermen.

Het vraagstuk van niet-gehoord zijn in de bezwaarprocedure

In diezelfde brief van 26 januari 2018 deelt de AP aan de rechtbank mee alsnog, na meer dan een half jaar, mijn klacht te zullen gaan behandelen over het feit ik in de bezwaarprocedure niet gehoord werd door de AP. Zou de inhoud van mijn reactie van 23 januari 2018 aan de rechtbank op het verweerschrift van de AP daar iets mee te maken kunnen hebben?

In ieder geval heeft de AP mijn klacht nu vlak voor de zitting van uw rechtbank in behandeling genomen. Ik ben echter benieuwd naar uw rechterlijke oordeel over de rechtmatigheid van de gang van zaken. Mits en voor zover het niet in de weg staat aan uw materiële beoordeling van de zaak, wil ik u verzoeken te beoordelen of de wijze waarop de AP ervoor koos de gemeente wel, maar mij niet te horen, wel of niet rechtmatig is. Maar indien een dergelijke beoordeling ertoe zou leiden dat u (mogelijk) "niet toekomt" aan de beoordeling van de inhoudelijke kern van de zaak, dan verzoek ik u het niet-horen in dat geval te laten rusten en met prioriteit de inhoudelijke kern te beoordelen.

Rechtszekerheid en precedentwerking

Het door mij ingestelde beroep gaat over privacy voor inwoners van Arnhem. Maar zoals vorig jaar in juli en augustus duidelijk werd na de uitspraak van uw voorzieningenrechter (ECLI:NL:RBGEL:2017:3665), speelt dezelfde problematiek nu al in tientallen Nederlandse gemeenten. Naar aanleiding van die rechterlijke uitspraak namen verschillende gemeenten maatregelen om de privacy beter te beschermen. In de toekomst, als er nieuwe systemen ontwikkeld worden, zal de uitspraak van uw rechtbank relevant zijn (precedentwerking hebben) voor de grenzen waaraan alle Nederlandse gemeenten zich moeten houden.

Echter, het lijkt erop dat de AP sinds augustus 2017, in tegenstelling tot de bedoeling van haar wettelijke taak, een strategie volgt waarbij zij de implicaties van de huidige zaak zoveel mogelijk beperkt probeert te houden tot Arnhem, zodat alle andere Nederlandse gemeenten zoveel mogelijk hun gang kunnen blijven gaan, ten koste van de privacy van burgers.

Dit blijkt ten eerste uit de in mijn beroepschrift genoemde communicatie van de AP naar andere gemeenten, waarmee de AP signalen geeft dat invoering van Diftar-systemen een grondslag zou verschaffen voor rechtmatige verwerking van persoonsgegevens.

Ten tweede blijkt het uit de instemming van de AP met redeneringen van de gemeente Arnhem dat, omdat buurgemeenten hun afvalcontainers hebben afgesloten, Arnhem nu wel genoodzaakt zou zijn om dat ook te doen, om vermeend grootschalig "afvaltoerisme" te voorkomen. Vergelijkbare redeneringen hanteert de AP ook in andere zaken, bijvoorbeeld de zaak m.b.t. privacy en de OV-chipkaart (ECLI:NL:RVS:2017:2555). Daar stelde de AP dat "digitalisering" "een gegeven" is, hetgeen een vermeende noodzaak voor digitale vervoerbewijzen met zich mee zou brengen, waarmee "dus" de verwerking van persoonsgegevens "nodig" zou zijn. Telkens beroept de AP zich op omstandigheden die zij zelf heeft laten ontstaan door middel van haar eigen, onrechtmatige gedoogbeleid. Het is juist andersom: digitalisering mag alleen als dat in overeenstemming met de privacy-regels gebeurt.

De door de AP aangemoedigde strategie van de Nederlandse gemeenten lijkt nu te zijn om in Arnhem tijdelijk pas op de plaats te maken met de privacy-schending, maar ondertussen in andere gemeenten voldongen feiten te creëren in de vorm van de aanleg van privacy-schennende infrastructuur. Daartegen kan ik als niet-inwoner van die gemeenten geen rechtsmiddel aanwenden, omdat ik in die gemeenten niet rechtstreeks-belanghebbend ben. Straks zouden die voldongen feiten dan weer aangevoerd kunnen worden als omstandigheid waaruit tegen die tijd een vermeende noodzaak kan worden afgeleid om ook in Arnhem alsnog de privacy te gaan schenden.

Met het oog op mijn rechtszekerheid verzoek ik uw rechtbank daarom:

- ofwel duidelijk uit te spreken dat omstandigheden die andere gemeenten met hun besluiten op dit punt creëren, niet tot enige "noodzaak" in de zin van de Wbp of de AVG kunnen leiden om in Arnhem persoonsgegevens te gaan verwerken;
- ofwel de implicaties van beleid en communicatie van de AP ten aanzien van andere gemeenten te betrekken in uw uitspraak naar aanleiding van mijn huidige beroep.

Het restgeschil creëert procesbelang

Het restgeschil dat na het besluit op bezwaar van de AP nog bestaat tussen de AP en mij, creëert voor mij procesbelang in het thans voorliggende beroep.

- (1) Art. 50 lid 1 van de Wbp luidt: *“Indien de verantwoordelijke of de bewerker handelt in strijd met het bij of krachtens deze wet bepaalde en een ander daardoor schade lijdt **of dreigt te lijden**, kan de rechter hem op vordering van die ander zodanig gedrag verbieden en hem bevelen maatregelen te treffen tot herstel van de gevolgen van dat gedrag.”* Hieruit blijkt de intentie van de wetgever dat er ook wordt opgetreden tegen dreigende privacy-schending. Dat vereist dat het procesbelang van diegenen die tegen de privacy-schending opkomen, door de wetgever wordt erkend.
- (2) Ook uit de rechtspraak blijkt dat een **toekomstig belang** (een dreigende onrechtmatige daad) procesbelang creëert. Zo bepaalde advocaat-generaal Asser in zijn conclusie bij het arrest *Iusta Causa* dat gedetineerden een rechtens te respecteren belang hadden om op te komen tegen een regime ten aanzien van een vleugel van een gevangenis waar zij mogelijk ooit zouden kunnen worden geplaatst: *“[I]k kan mij heel wel voorstellen dat de (...) bedoelde gedetineerden onder omstandigheden wel een rechtens respectabel belang hebben om door tijdig op te komen tegen het gewraakte regime op een vleugel waarin zij ooit nog eens zouden kunnen worden geplaatst, te voorkomen dat zij in dat geval aan een ongewenst en rechtens onverbindend onderdeel van dat regime worden onderworpen (...)”* Bron: Conclusie wnd. Advocaat-Generaal Asser bij HR 3 april 1987 (*Iusta Causa*), NJ 1987/744, par. 32.
- (3) Van een restgeschil kan ook sprake zijn indien de burger in eerste aanleg een naar resultaat aanvaardbare beslissing heeft gekregen, maar hij zich niet kan verenigen met de gegeven **motivering**. Aan het eigenlijke geschil is dan weliswaar een einde gekomen – met de vernietiging is de schending van het rechtsbelang afgewend – maar er kan gelet op het met inachtneming van de uitspraak te nemen nieuwe besluit nog (rest)belang bestaan bij een oordeel over de gegeven motivering. Procesbelang bij het hoger beroep wordt aan de zijde van de in het gelijk gestelde burger met name dan nog aangenomen, indien aan de uitspraak onjuiste, of niet alle in eerste aanleg aangevoerde gronden ten grondslag zijn gelegd. Bron: J.C.A. de Poorter & B.W.N. de Waard: *“Het procesbelang in bestuursrechtelijke procedures”*. In: *Jurisprudentie bestuursrecht plus*, 2003, pagina 111.
- (4) Ook de **rechtspraak van het EHRM** duidt erop dat reeds een dreigende (of mogelijk toekomstige) privacyschending voldoende procesbelang oplevert: *“[T]he Court (...) considers that, given the use to which cellular material in particular could conceivably be put in the future, the systematic retention of that material goes beyond the scope of neutral identifying features such as fingerprints, and is sufficiently intrusive to constitute an interference with the right to respect for private life set out in Article 8 § 1 of the Convention.”* Bron: EHRM 7 december 2006, nr. 29514/05 (*Van der Velden vs. Netherlands*), LJN BA0291. Dit heeft het EHRM later in het *Marper*-arrest nog eens bevestigd. Bron: EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 (*S. and Marper vs. United Kingdom*), ro. 70-71. ■