

M. Jonker

---- Arnhem

Arnhem, 28 augustus 2019

Rechtbank Gelderland
Afdeling Bestuursrecht
(afgeven aan de balie)

Onderwerp: repleik op gemeentelijke reactie op verzoekschrift inzake privacy bij Arnhemse afvalinzameling;
repleik op verweerschrift AP

Uw zaaknr: ARN 19 / 4217 (verzoek voorlopige voorziening); ARN 19 / 4218 (beroepschrift)

Edelachtbare heer,

Op 26 augustus 2019 (aan het einde van de dag) heeft de gemachtigde van de gemeente Arnhem, mr. M.P.M. Hennekens, aan uw rechtbank een reactie doen toekomen op mijn verzoekschrift bij de voorzieningenrechter. Aangezien het daarop genoemde zaaknummer betrekking heeft op de daarmee verbonden bodemprocedure (het beroep), ga ik ervan uit dat de gemeentelijke reactie tevens opgevat moet worden als inbreng van de kant van de gemeente in de bodemprocedure. Op 27 augustus 2019 om 17:00 uur heeft de AP mij per email het verweerschrift toegezonden dat zij tevens aan uw rechtbank heeft gestuurd. Graag wil ik een repleik geven op deze twee teksten.

Repleik (pag. 1-21) op reactie gemeente Arnhem

Ik zal waar mogelijk verwijzen naar de randnummers in de inbreng van de gemeente. De gemeente geeft op haar pagina 1, ter inleiding, de volgende samenvatting van haar gronden:

[Gemeente; inleiding:]

Het college van burgemeester en wethouders van Arnhem (hierna de gemeente Arnhem) is belanghebbende met betrekking tot dit verzoek. Samengevat verzoekt de gemeente Arnhem de rechtbank om het verzoek van de heer Jonker af te wijzen om de volgende redenen:

- er is momenteel geen sprake van een schending van de AVG of andere privacyregelgeving zoals art. 8 EVRM en art. 10 GW;
- het belang van de heer Jonker bij dit verzoek is beperkt, omdat de gegevensverwerking die voorligt minimaal is;
- zeker afgezet tegen de belangen van de gemeente Arnhem, omdat de gevolgen van een herleving van de last zeer groot zijn.

De gemeente Arnhem zal hieronder een nadere toelichting geven op deze redenen en reageren op het verzoek van de heer Jonker.

Repliek: Naar aanleiding van deze samenvatting wil ik opmerken dat de gemeente hier niet naar voren brengt dat de door de AP opgelegde last onder dwangsom slechts betrekking zou hebben op een gedeelte van de door mij gemelde overtreding. Dit maakt het door de gemeente onder randnummers 5, 8 en 9 gestelde ongeloofwaardig. Immers, als de door de AP opgelegde last over een andere (meer beperkt opgevatte) (deel-)handeling van de gemeente zou gaan dan ik in mijn handhavingsverzoek en in de bezwaar- en beroepsprocedure heb genoemd, dan zou dat een centraal punt moeten zijn in de gemeentelijke reactie, en aldus ongetwijfeld een plaats hebben gekregen in de gemeentelijke samenvatting.

Ik zal hier nog specifieker op ingaan naar aanleiding van de betreffende gemeentelijke randnummers.

[Gemeente; randnummer 5:]

Het ging in de procedure die heeft geleid tot de last onder dwangsom van 1 augustus 2017 om twee te onderscheiden verwerkingen van persoonsgegevens.

- 1) De eerste verwerking heeft betrekking op het *aanmaken en beheren van afvalpassen* door de gemeente Arnhem en het *openen* van afvalcontainers.
- 2) De tweede verwerking betreft de *opslag* van persoonsgegevens op de kaartlezers van de afvalcontainers voor een periode van ongeveer 20 dagen.

Repliek Jonker:

a) Dit gekunstelde onderscheid tussen twee zogenaamd verschillende "verwerkingen" is door de gemeente of de AP nooit aannemelijk gemaakt. De feitelijke gang van zaken bij de invoering (2014) van het systeem met adresgebonden afvalpassen en gesloten afvalcontainers laat ook zien dat de gemeente destijds geen enkel onderscheid maakte tussen "twee" verwerkingen, maar uitging van één enkele verwerking die zij "nodig" vond.

Pas achteraf, naar aanleiding van mijn juridische acties, zijn de gemeente en de AP er in collusie met elkaar om opportunistische redenen toe overgegaan om een nieuw officieel doel voor die verwerking op te voeren (voorbereiding/invoering Diftar; najaar 2016-voorjaar 2017), in combinatie met een aanvankelijk nog impliciete, maar na 13 juli 2017 (uitspraak rechtbank) en 1 augustus 2017 (last onder dwangsom van de AP) alsnog expliciet gemaakte herdefiniëring van die ene verwerking tot "twee verwerkingen". Het kennelijke doel van die splitsing was om op die manier één van die twee nieuw gedefinieerde onderdelen alsnog te kunnen legaliseren door middel van een besluit in de zin van de Awb. En dat zou dan weer kunnen dienen als een quasi-legitieme reden om de privacy-schennende, technische infrastructuur (adresgebonden afvalpassen en afgesloten containers met cardreaders) in de lucht te houden, inclusief gemeentelijke betalingen aan de leverancier daarvan, ter overbrugging van een periode waarna de gemeente hoopt alsnog het tweede onderdeel van de verwerking ("de tweede verwerking") gelegaliseerd te krijgen na een nog te nemen gemeentelijk besluit over Diftar.

Mogelijk denkt (de gemachtigde van) de gemeente daarbij ook aan een toekomstig betoog dat de verwerking van persoonsgegevens voor het doel van Diftar "verenigbaar" zou zijn (in de zin van de AVG) met de verwerking van persoonsgegevens voor het doel van preventie afvaltoerisme.

Aangezien de AVG veel interpretatieruimte laat aan nationale toezichthouders over wat wel en niet "verenigbaar" is, zou de colluderende AP de gemeente in dat latere stadium ongetwijfeld opnieuw ter wille zijn om zo alsnog de overtreding te kunnen legaliseren, in plaats van die te beëindigen.

De veranderende officiële doelen en veranderende definities van de gemeente en de AP moeten worden opgevat als:

- strijdig met het doel en de letter van de AVG;
- misbruik van de mogelijkheid om de gronden voor een besluit "aan te vullen";
- een voorbeeld van niet-integer overheidshandelen (dat helaas zeer gebruikelijk is).

b) Los van de hierboven beschreven feitelijke toedracht kan ook de vraag worden gesteld wat bepalend is voor de vraag of er sprake is van "een verwerking" of "twee verwerkingen".

Centraal daarbij moeten de volgende criteria staan:

- om welke persoonsgegevens gaat het?
- wat is het doel van de verwerking daarvan?
- om welke verwerkingsverantwoordelijke gaat het?
- om welke betrokkene (data-subject) gaat het?

Bij de zogenaamd "twee" verwerkingen die de AP en de gemeente achteraf definiëren, gaat het om:

- dezelfde persoonsgegevens (tijdstip, locatie en hoeveelheid gedeponeerde afval gerelateerd aan adresgebonden afvalpas);
- gestelde, officiële doelen die in de tijd door de gemeente herhaaldelijk zijn veranderd, naar gelang het juridische krachtenveld als gevolg van de door mij gevoerde procedures veranderde, maar zonder intrinsieke aanleiding - zie paragraaf 3.5.2 van mijn beroepschrift ("Wisselende doelen van de gegevensverwerking");
- dezelfde verwerkingsverantwoordelijke (de gemeente Arnhem);
- dezelfde betrokkene (ik, en met mij 150.000 andere Arnhemse burgers).

Hieruit kan geconcludeerd worden dat er sprake is van één verwerking van persoonsgegevens, en dat het niet aannemelijk is gemaakt dat er vanaf voorjaar 2017 opeens sprake zou zijn geweest van twee verschillende "verwerkingen".

c) Voorts blijkt uit de omgang van de gemeente met de op 1 augustus 2017 door de AP opgelegde last onder dwangsom, en uit de omgang van de gemeente met de uitspraak van uw rechtbank op 21 februari 2018, dat er niet werkelijk sprake kan zijn geweest van twee verschillende verwerkingen. Immers, als er sprake was geweest van twee verschillende verwerkingen, dan had het voor de hand gelegen dat de gemeente juridisch zou zijn opgekomen tegen:

- het feit dat de last zag op het "weer openen van de afvalcontainers" en niet slechts op het "buiten gebruik laten van adresgebonden afvalpassen" of op het "afzien van langdurige bewaring van persoonsgegevens van burgers die afval in de containers deponeren"; en
- het feit dat uw rechtbank oordeelde dat de wijze waarop de last was gemotiveerd, niet kon afdoen aan het feit dat er aan mijn handhavingsverzoek door de AP volledig tegemoet was gekomen.

Beide liet de gemeente na.

De gemeente kan - indien zij dat al zou willen - nu niet in redelijkheid zeggen dat zij destijds (2014; 2017; 2018) niet goed heeft nagedacht over doelen en middelen, en dat zij daarom achteraf geacht moet worden destijds iets anders te hebben gedaan, en te hebben overwogen, dan zij feitelijk deed en overwoog.

[Gemeente; randnummer 6:]

Om u een beter beeld te geven van deze gegevensverwerkingen treft u in bijlage 3 de toelichting daarover aan, zoals de gemeente Arnhem op 14 oktober 2016 naar de AP heeft gestuurd. De gegevensverwerkingen van die tijd zijn in de eerste bijlage bij die brief schematisch weergegeven.

Repliek Jonker

De brief d.d. 14 oktober 2016 van de gemeente aan de AP is mij voor het eerst kenbaar geworden nadat deze door uw rechtbank bij brief van 12 september 2017 aan mij doorgestuurd is. De AP had het betreffende document bij brief van 4 september 2017 aan uw rechtbank toegestuurd, in het kader van het door mij op 3 augustus 2017 bij uw rechtbank ingediende beroep tegen het besluit op bezwaar inzake de op 1 augustus 2017 opgelegde last onder dwangsom (restgeschil).

De brief d.d. 14 oktober 2016 heeft betrekking op de omgang van de gemeente Arnhem met persoonsgegevens voorafgaand aan de uitspraak van de voorzieningenrechter van uw rechtbank op 13 juli 2017.

In de brief d.d. 14 oktober 2016 maakt de gemachtigde van de gemeente een onderscheid tussen twee "verwerkingsstappen" (nrs. 1 en 2). Dat is echter niet hetzelfde als twee "verwerkingen". Het gaat om één en dezelfde gegevensverwerking (zie ook mijn repliek hiervoor bij randnummer 5).

Bovendien laat de gemachtigde in haar brief d.d. 14 oktober 2016 onduidelijkheid bestaan over de vraag tot welke "verwerkingsstap" de "opslag van gegevens" behoort. Zij schrijft daar namelijk:

De gemeente licht graag nader toe hoe momenteel de gegevensstromen lopen in de door de Autoriteit genoemde 'verwerkingsstap 1', de opslag van gegevens op de ondergrondse afvalcontainers en 'verwerkingsstap 2'.

Hoort de opslag van gegevens op de ondergrondse afvalcontainers nu bij verwerkingsstap 1, of bij verwerkingsstap 2, of is er sprake van een derde, tussenliggende verwerkingsstap?

In de tekst wordt deze opslag genoemd onder verwerkingsstap 1, als laatste onderdeel daarvan. Maar in de genoemde "eerste bijlage" bij de brief van 14 oktober 2016 is de ondergrondse container waar de opslag plaatsvindt, blauw gemarkeerd als zijnde onderdeel van verwerkingsstap 2. Deze tegenstrijdigheid wordt in de brief niet uitgelegd.

Ook hieruit kan afgeleid worden dat de twee "verwerkingsstappen", inclusief de opslag van de gegevens, deel uitmaken van één en hetzelfde, integrale verwerkingsproces, met andere woorden: één en dezelfde verwerking. Beide stappen maken deel uit van de architectuur (het *design*) van het verwerkingsproces. Dit maakt ook meteen duidelijk dat er geen sprake is van *privacy by design*.

[Gemeente; randnummer 7:]

De last die de AP heeft opgelegd heeft uitsluitend betrekking op de tweede verwerking. Die verwerking is door de gemeente Arnhem gestaakt en vindt momenteel ook niet plaats.

Repliek Jonker:

Nee, dat is een onwaarheid. De last die de AP op 1 augustus 2017 heeft opgelegd, en waaraan de gemeente Arnhem destijds gevolg heeft gegeven, heeft betrekking op de gehele verwerking, inclusief de twee verwerkingsstappen die van die verwerking deel uitmaken. Immers, de last ziet op het openstellen van de afvalcontainers. Daarmee worden beide verwerkingsstappen, inclusief de opslag van de persoonsgegevens (ongeacht tot welke verwerkingsstap die opslag behoort) beëindigd.

[Gemeente; randnummers 8 en 9:]

8. De veronderstelling van de heer Jonker dat uit de uitspraak van 21 februari 2018 van de rechtbank volgt dat de AP geheel tegemoet is gekomen aan zijn klachten is niet juist. [citaat van punten 6.1 en 6.2 van de rechterlijke uitspraak.]

9. De *last* die de AP heeft opgelegd maakte dat volledig was tegemoet gekomen aan de bezwaren van de heer Jonker die betrekking hadden op iedere vewerking van persoonsgegevens op de afvalcontainers. Echter, het *oordeel* van de AP over de verwerking van persoonsgegevens door de gemeente Arnhem was anders. Over de gegevensverwerking voor het openen van de afvalcontainers heeft de AP juist geoordeeld dat die verwerking rechtmatig is.

Repliek Jonker:

De geciteerde passages uit de rechterlijke uitspraak ondersteunen niet het betoog van de gemeente. Bovendien negeert de gemeente de daaropvolgende passages in de rechterlijke uitspraak, namelijk punten 6.3 t/m 6.5, geciteerd in paragraaf 3.8 (pag. 74) van mijn beroepschrift.

In aanvulling op die paragraaf van mijn beroepschrift nog het volgende. De vraag of de AP geheel tegemoet is gekomen aan mijn handhavingsverzoek, kan beoordeeld worden aan de hand van twee criteria: de (beoogde) effecten van het handhavingsbesluit van de AP, en de motivering van het handhavingsbesluit van de AP. Onder punten 6.3 en 6.4 van uw uitspraak van 21 februari 2018 heeft uw rechtbank duidelijk gemaakt dat de effecten van het handhavingsbesluit maatgevend zijn voor de vraag in hoeverre er aan mijn handhavingsverzoek tegemoet is gekomen.

[Gemeente; randnummer 10:]

Ad 1) Verwerking voor het aanmaken en beheren van afvalpassen en het openen van containers

De registratie van adres- en afvalpasgegevens van de gemeente Arnhem bevindt zich in het systeem van de gemeente Arnhem, RS Office genaamd (links op het voornoemde schema).

Deze gegevensverwerking wordt verricht voor het aanmaken en beheren van de afvalpassen. Mocht een pas verloren zijn gegaan, dan kan de oude pas via dat systeem worden geblokkeerd en een nieuwe pas voor dat adres worden uitgegeven. Daarmee wordt voorkomen dat er meer werkende passen bestaan voor één adres, zodat een wildgroei aan afvalpassen wordt voorkomen. Overigens geeft de heer Jonker terecht aan dat de afvalpassen ook worden gebruikt voor het aanbieden van grof afval bij een milieustraat (dat is de eerste zes keer gratis en daarna betalend). Zijn stelling dat de gemeente de wildgroei van afvalpassen zelf zou creëren door de ondergrondse containers te willen afsluiten, is daarom onjuist.

Repliek Jonker:

a) De gemeente heeft niet duidelijk gemaakt waarom er überhaupt een noodzaak zou bestaan voor de inzet van afvalpassen. Wat de gemeente heeft gedaan, is eerst zelf een systeem opzetten met adresgebonden afvalpassen, en vervolgens uit het bestaan van dat systeem een noodzaak afleiden om een "wildgroei" aan afvalpassen te voorkomen door ze te blokkeren, waarvoor dan weer de adresgegevens van elke afvalpas nodig zouden zijn.

Dit is een "Von Münchhausen", naar het beroemde verhaal over de baron die zichzelf aan zijn eigen haren uit het moeras trekt. Eerst creëert de gemeente een inzamelingstechnisch en milieutechnisch moeras van afvalpassen plus afgesloten containers voor huishoudelijk afval. Vervolgens creëert de gemeente daarbij ook nog eens een privacy-technisch moeras in de vorm van een koppeling van die afvalpassen aan adressen van inwoners. Maar dan meent de gemeente zichzelf uit dat moeras omhoog te kunnen hijsen door te stellen de privacy-schending "nodig" is om het door haarzelf gecreëerde inzamelingstechnische probleem te kunnen beperken.

Het is ook een "Von Münchhausen by garbage". De gemeente doet alsof er bij de afvalinzameling (de "proxy") een probleem bestaat waarvoor de enige oplossing is om een tijd- en geldverslindende bureaucratie op te zetten, met adresgebonden pasjes, cardreaders, afsluitmechanismen, elke dag ververste "witte lijsten" en twee gescheiden administraties (bij de gemeente en bij een onderaannemer). Op die manier genereert de gemeente op een ziekelijke wijze enorm veel extra aandacht voor zichzelf, op kosten van anderen (met name inwoners en belastingbetalers).

b) Als de gemeente had gekozen voor anonieme, met saldo laadbare afvalpassen (à la chipknip), dan maakt het niet uit hoeveel passen er in omloop zijn, en is het dus ook om die reden niet nodig om "te voorkomen dat er meer passen bestaan voor één adres". Er is dan immers geen koppeling met enig adres.

c) Voorafgaand aan het afsluiten van de containers (in 2014) waren er al adresgebonden afvalpassen in omloop die toegang verleenden tot de afvalbrengrstations voor het wegbrengen van incidentele, grote hoeveelheden afval (zes keer per jaar gratis). Zo'n afvalpas moest een inwoner zelf aanvragen. Hoeveel mensen daar gebruik van maakten, is mij niet bekend. Vermoedelijk betreft het slechts een beperkt percentage van de Arnhemse inwoners. Ik heb daar in ieder geval nooit gebruik van gemaakt, en had voorafgaand aan 2014 dus geen afvalpas. Pas in 2014 heeft de gemeente ongevraagd op alle Arnhemse adressen een afvalpas gedistribueerd. Daarmee creëerde de gemeente zelf een onnodige wildgroei aan pasjes.

[Gemeente; randnummer 15]

De herhaalde stelling van de heer Jonker dat de AP [in haar besluit van 20 april 2017] zou hebben geoordeeld dat de eerste drie doelen [zoals genoemd bij randnummer 13: voorkoming misbruik; bepalen inzamelingsroute; bepalen in welke wijk voorlichting over restafval zal worden gegeven] geen rechtvaardiging zouden vormen voor de verwerking van persoonsgegevens, kan de gemeente Arnhem niet plaatsen. Dit volgt niet uit dit besluit, noch uit de latere besluiten van de AP.

Repliek Jonker:

Het volgt wel degelijk uit het besluit van de AP van 20 april 2017. Ik zal de relevante punten van dat besluit hier analyseren. Eerst stelt de AP achter randnummer [31] van dat besluit:

AP: Voor het aanmaken van een afvalpas worden persoonsgegevens verwerkt. Per woonadres wordt één afvalpas aangemaakt. De gemeente Arnhem heeft de volgende doeleinden voor de verwerking genoemd:

- om misbruik (door bedrijven of door niet-Arnhemmers) te voorkomen, het voorkomen van afvaltoerisme en het beperken van illegaal gebruik voor bedrijfsafval;
- om te bepalen welke inzamelingsroute wordt gevolgd;
- in welke wijk voorlichting over restafval zal worden gegeven;
- gebruik kunnen maken van het systeem 'de vervuiler betaalt' (diftar).

Na een beschrijving van de gemeentelijke visie op haar eigen afvalinzamelingssysteem, stelt de AP achter randnummer [41] van haar besluit van 20 april 2017 vervolgens:

AP: De AP is van oordeel dat het college voor de verwerking van persoonsgegevens voor het aanmaken en beheren van de afvalpas alsmede het openen van de afvalcontainers een grondslag heeft op grond van artikel 8, aanhef en onder e, van de Wbp.

De AP licht niet meteen toe waarop zij deze stelling baseert. In plaats daarvan beargumenteert de AP achter randnummers [42] t/m [48] dat er in de ondergrondse afvalcontainers inderdaad persoonsgegevens worden verwerkt.

Dan schrijft de AP achter randnummer [49]:

AP: De AP heeft geconstateerd dat het college artikel 8 van de Wbp [thans: art. 6 lid 1 AVG] overtreedt, omdat het persoonsgegevens verwerkt op de ondergrondse afvalcontainer zonder dat dit noodzakelijk is voor de publiekrechtelijke taak van de gemeente Arnhem. Bovendien is deze verwerking bovenmatig en het college overtreedt daarmee artikel 11, eerste lid, van de Wbp, omdat de koppeling van de persoonsgegevens op de afvalcontainer bovenmatig is.

Wat de AP hier niet doet, is vertellen waarom er sprake is van een verwerking "zonder dat dit noodzakelijk is". Vreemd genoeg zwijgt de AP daarover. De AP verwijst niet naar de eerder, achter randnummer [31] genoemde vier doelen. Maar uit de tekst achter randnummer [49] valt wel

degelijk af te leiden dat de AP de eerdergenoemde vier doelen op dat moment (20 april 2017) geen rechtvaardiging achtte voor de verwerking van de persoonsgegevens.

Op grond van de tekst achter randnummer [49] in het besluit van 20 april 2017 had op zich dan ook verwacht mogen worden dat de AP zou besluiten om over te gaan tot het treffen van handhavende maatregelen. Maar achter randnummers [50], [51] en [55] legde de AP uit waarom zij toch besloot om niet te handhaven:

***AP:** [50] Gelet op de beginselplicht tot handhaven zal in geval van een overtreding van de Wbp de AP handhavend moeten optreden. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van de AP worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien. De AP is van oordeel dat deze bijzondere omstandigheden zich in onderhavig geval voordoen.*

[51] (...) Vanaf 1 januari 2018 zal de gemeente Arnhem dit principe ["de vervuiler betaalt"] concretiseren door middel van invoering van een gedifferentieerd betalingssysteem met variabele tarieven op basis van aangeboden hoeveelheid restafval (Diftar).

[55] De AP gebruikt dit element om aan te tonen dat sprake is van concreet zicht op legalisatie binnen afzienbare tijd - te weten vanaf 1 januari 2018. De AP is tevens van oordeel dat handhaving onevenredig zal zijn, omdat de te nemen maatregelen door het college naar aanleiding van een last onder dwangsom tijd en geld kosten voor het college. Vervolgens zouden deze maatregelen bij invoering van Diftar moeten worden teruggedraaid. Bij dit alles speelt ook mee dat zich op de afvalcontainer geen gevoelige gegevens bevinden.

Op grond hiervan kan geconcludeerd worden dat de AP in haar besluit van 20 april 2017 als enige grond voor haar besluit om niet te handhaven, het concrete zicht op legalisatie aanvoerde, inclusief de consequenties die dat uitzicht op spoedige legalisatie met zich mee zou brengen voor de evenredigheid van een eventueel besluit tot handhaving. Dit uitzicht had alleen betrekking op Diftar, niet op de eerste drie door de gemeente aangevoerde gronden voor gegevensverwerking. Hieruit kan worden afgeleid dat die eerste drie door de gemeente aangevoerde gronden ook in de ogen van de AP geen rechtmatige gronden vormden voor de verwerking van persoonsgegevens op de ondergrondse afvalcontainers.

Kan de gemeente Arnhem mijn opmerking daarover nu alsnog "plaatsen"?

Op dit moment (augustus 2019) is er, net als in 2017, nog steeds geen concreet uitzicht op legalisatie, om twee redenen: (1) Diftar zou geen grondslag opleveren voor de verwerking van persoonsgegevens; (2) Het college van B&W heeft nog geen besluit genomen ten aanzien van Diftar, en kan dat ook niet doen omdat zij daarvoor geen (onvoorwaardelijk) mandaat heeft van de gemeenteraad.

Daarom is de situatie voor wat betreft een eventuele grondslag voor gegevensverwerking thans dezelfde als in 2017. Dat wil zeggen: zo'n grondslag is er niet.

[Gemeente; randnummer 18:]

(...) Op die manier kan noch de gemeente Arnhem, noch de leverancier, noch enig kwaadwillende na afloop van een storting door de burger de chipcode achterhalen. Het is niet mogelijk om achteraf te achterhalen met welke afvalpas wanneer een storting is gedaan. (...)

Dit gaat over het belang dat volgens de gemeente gehecht moet worden aan de anonimisering van de unieke code van de adresgebonden afvalpas nadat deze op de cardreader is ingelezen en daar is vergeleken met de dagelijks ververste "whitelist" van geldige adresgebonden afvalpassen.

De gemeente gaat hier echter uit van de volgende, onjuiste aannames:

- a)** de aanname dat het achteraf anonimiseren van persoonsgegevens het wettelijke vereiste van een noodzaak voor de verwerking daarvan irrelevant zou maken;
- b)** de aanname dat (werknemers van) de gemeente, (werknemers van) de leverancier of een kwaadwillende niet in staat zouden kunnen zijn om de software van de cardreaders op de afvalcontainers zodanig aan te sturen dat die de anonimisering op specifieke tijdstippen of bij specifieke adresgebonden codes (al dan niet tijdelijk) achterwege zou laten;
- c)** de aanname dat, als opsporingsautoriteiten de gemeente zouden verzoeken om het onder b) genoemde ook te (laten) doen, de gemeente dat zou kunnen weigeren. Zie in dat verband ook mijn brief van 5 april 2019 aan de AP, in het kader van de bezwaarprocedure.

[Gemeente; randnummer 20:]

Het gaat echter om een verwerking [van persoonsgegevens] die uitsluitend betrekking heeft op het openen van de afvalcontainer. (...) Om die reden heeft [de gemeente] ook besloten om de containers weer te sluiten.

Repliek Jonker:

Dit is een vreemde, onlogische redenering. Immers, als de containers niet gesloten worden, is er ook geen noodzaak voor enige verwerking van persoonsgegevens voor het openen ervan. Dan zijn die containers immers al gewoon open. Er is door de gemeente nog steeds geen noodzaak aangetoond voor het sluiten van de containers.

Bovendien is de gemeente ook nog steeds niet serieus ingegaan op alternatieve mogelijkheden om gesloten containers te openen met behulp van echt anonieme afvalpassen (subsidiariteit).

[Gemeente; randnummer 23:]

De verwerking van indirecte persoonsgegevens (namelijk de verwerking van de interne chipcode van een afvalpas, die alleen via de koppeling met het RS Office databestand van de gemeente is te koppelen aan het adres van de houder van de afvalpas) is rechtmatig en

maakt geen inbreuk op de AVG. Er is daarom geen (privacy)reden om het verzoek tot schorsing van de opheffing van de last toe te wijzen.

Repliek Jonker:

a) De vraag wat "directe" en wat "indirecte" persoonsgegevens zijn, wordt met de huidige profileringstechnologie steeds minder makkelijk te beantwoorden, omdat gegevens steeds makkelijker te herleiden vallen tot personen. De vereisten in de AVG voor de bescherming van persoonsgegevens gelden voor alle persoonsgegevens. Voor bepaalde persoonsgegevens, de zogeheten "bijzondere" persoonsgegevens, gelden extra eisen.¹

b) De gemeente stelt hier simpelweg dat de verwerking van de interne chipcode van de afvalpas rechtmatig is, met de suggestie dat dit zou zijn omdat er sprake zou zijn van een "indirect" persoonsgegeven. De gemeente maakt dat niet expliciet en onderbouwt het niet.

[Gemeente; randnummers 28 en 29:]

28. De AVG en UAVG geven uitvoering aan artikel 8 EVRM en artikel 10 GW. Dit zijn juist de wetten waar zowel in het EVRM (in materiële zin) als in de Grondwet (in formele zin) op wordt gedoeld.

29. Kortom: indien een verwerking van persoonsgegevens in overeenstemming is met de AVG en UAVG en eventuele van toepassing zijnde bijzondere regelgeving inzake specifieke verwerkingen, dan is die verwerking tevens in overeenstemming met artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet. (...)

Repliek Jonker:

Wat de gemeente hier verzuimt te vermelden, is dat de AVG en de UAVG moeten worden geïnterpreteerd en uitgelegd in overeenstemming met artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet. Het is aan uw rechtbank om in de huidige casus te toetsen of de uitleg die de AP en de gemeente als belanghebbenden geven aan de AVG en de UAVG, in overeenstemming is met het EVRM (als internationaal verdrag waarbij Nederland is aangesloten). Daarnaast kan artikel 10 Grondwet van belang zijn voor de vraag of een inbreuk op de privacy gelegitimeerd wordt door een Nederlandse wet in formele zin. Met het oog daarop heb ik in mijn beroepschrift de implicaties van de Wet milieubeheer besproken.

Het is dus niet zo dat een willekeurige gemeentelijke interpretatie van de AVG of de UAVG, of een verwerking die daarmee wordt gerechtvaardigd, in overeenstemming hoeft te zijn met het EVRM of met de Grondwet. Dat moet worden bekeken.

1 De website van de AP maakt geen melding van "indirecte" persoonsgegevens, maar wel van "bijzondere persoonsgegevens": "Bijzondere persoonsgegevens zijn gegevens over iemands: ras of etnische afkomst; politieke opvattingen; godsdienst of levensovertuiging; lidmaatschap van een vakbond; genetische of biometrische gegevens met oog op unieke identificatie; gezondheid; seksuele leven; strafrechtelijk verleden. Een organisatie mag geen bijzondere persoonsgegevens gebruiken, tenzij daarvoor in de wet een uitzondering is. Bron: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/over-privacy/persoonsgegevens/wat-zijn-persoonsgegevens>
Geraadpleegd: 27 augustus 2019

[Gemeente; randnummer 31:]

Uit hetgeen de heer Jonker schrijft op pagina 66-68 van zijn beroepschrift maakt de gemeente Arnhem op dat hij van mening is dat iedere gegevensverwerking dient te worden gebaseerd op een wet in formele zin. Als de lijn van de heer Jonker wordt gevolgd zou een overheidsinstantie alleen persoonsgegevens mogen verwerken indien een formele wet dat specifiek voorschrijft of toelaat. Deze uitleg strookt niet met artikel 6 AVG. Artikel 6 AVG noemt 6 grondslagen waarop een verwerking van persoonsgegevens kan worden gebaseerd. In het kader van de uitoefening van taken door overheidsinstanties zijn dat er 5, namelijk artikel 6 lid 1 sub a t/m e AVG. Zoals in overweging 45 bij de AVG ook wordt overwogen vereist de AVG niet dat voor elke afzonderlijke verwerking specifieke wetgeving is vereist, laat staan dat daarvoor wetgeving in formele zin zou zijn vereist.

Repliek Jonker:

De gemeente verliest hier ten onrechte het onderscheid uit het oog tussen:

- regelgeving die een legale basis schept voor een bepaalde categorie van verwerkingen van persoonsgegevens; en
- een grondslag voor een specifieke, afzonderlijke verwerking van persoonsgegevens.

Uit artikel 10 lid 1 GW volgt dat in Nederland alleen een formele wet kan dienen als regelgeving die een legale basis schept voor een bepaalde categorie verwerkingen van persoonsgegevens (mits die formele wet in overeenstemming is met geldende internationale verdragen zoals het EVRM);

De UAVG is zo'n wet in formele zin. De UAVG verwijst naar de AVG. Dit betekent dat de zorg van de gemeente dat er strijd zou ontstaan met artikel 6 AVG als "mijn" lijn wordt gevolgd, ongegrond is.

Overweging 45 bij de AVG geeft ook geen aanleiding voor die zorg. Daarin wordt namelijk het volgende overwogen:

(...) Deze verordening schrijft niet voor dat voor elke afzonderlijke verwerking specifieke wetgeving vereist is. Er kan worden volstaan met wetgeving die als basis fungeert voor verescheidene verwerkingen op grond van een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust, of voor verwerking die noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang dan wel voor een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag. (...)

[Gemeente; randnummer 33]

Zoals de heer Jonker terecht aangeeft is de wettelijke basis waarop die taak [ex art. 6, lid 1 sub e AVG] is gebaseerd op de Wet milieubeheer (Wm) en meer in het bijzonder hoofdstuk 10 van deze wet. Deze wet draagt de gemeente echter niet alleen op om afval in te zamelen (art. 10.21 Wm), maar ook om daarbij rekening te houden bij het geldende afvalbeheerplan en de daarin opgenomen voorkeursvolgorde (art. 10.4 en 10.14 Wm). Daarmee is ook preventie van restafval een publiekrechtelijke taak die op de gemeente Arnhem rust. Het afvalbeheerplan waar de gemeente op grond van de Wm rekening moet

houden is het zogenaamde LAP3 (Landelijk Afvalbeheer Plan). In LAP 3 zijn specifieke taken opgenomen voor gemeenten. Zo staat daar over de rol van gemeenten (onderstreping toegevoegd):

"Gemeenten spelen een belangrijke rol bij de gescheiden inzameling van (grof) huishoudelijk afval en restafval van bedrijven. De gemeente is verantwoordelijk voor het gemeentelijk afvalbeheer als dienst van algemeen belang. Het succes van afvalscheiding en gescheiden inzameling bij huishoudens wordt in hoge mate bepaald door lokale omstandigheden en een daarop afgestemd afvalbeleid. Afstemming van landelijk en lokaal afvalbeleid is daarom van groot belang."

[voetnoot: LAP 3, p. 98 (B.3.3)]

Repliek Jonker:

a) Ik vind het niet fair dat de gemeente, nadat ik al vijf jaar lang geprocedeerd heb, en nadat ik al op 6 december 2018 een zienswijze heb ingediend over het voornemen van de AP tot opheffing van de last, pas op de avond van de derde dag voorafgaand aan de zitting van uw rechtbank, met deze verwijzing komt naar artikelen 10.4 en 10.14 Wm, alsmede het LAP3. Op deze manier heb ik als belanghebbende burger geen gelegenheid dit wetsartikel of eventuele bijbehorende jurisprudentie of achtergrondinformatie te vinden en te bestuderen. Primair vind ik daarom dat de voorzieningenrechter deze wetsartikelen en het LAP3 als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor gegevensverwerking buiten beschouwing zou moeten laten.

b) Waarom heeft de gemeente dit niet eerder als rechtvaardigingsgrond aangevoerd? Het heeft er alle schijn van dat de gemeente bij haar verzoek om opheffing van de last niet werkelijk heeft gedacht aan artikelen 10.4 en 10.14 Wm, en ook niet aan het LAP3, maar nu alsnog zoekt naar steun in die artikelen en dat plan, naar aanleiding van mijn verzoek om voorlopige voorziening.

c) Subsidiair zal ik wel op deze informatie ingaan, waarbij ik me baseer op de letterlijke tekst van de beide wetsartikelen en op de door de gemeente geciteerde passage uit het LAP3.

Artikel 10.4 Wm luidt:

1 Bij de vaststelling van het afvalbeheerplan en bij het nemen van andere maatregelen voor de preventie en het beheer van afvalstoffen hanteert Onze Minister als prioriteitsvolgorde de volgende afvalhiërarchie:

- preventie;
- voorbereiding voor hergebruik;
- recycling;
- andere nuttige toepassing, waaronder energieteerugwinning;
- veilige verwijdering.

2 Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot het nemen van maatregelen als bedoeld in dat lid door gedeputeerde staten en burgemeester en wethouders.

Artikel 10.14 Wm luidt:

1 Ieder bestuursorgaan houdt rekening met het geldende afvalbeheerplan bij het uitoefenen van een bevoegdheid krachtens deze wet, voor zover de bevoegdheid wordt uitgeoefend met betrekking tot afvalstoffen.

2 Voor zover het afvalbeheerplan niet voorziet in het onderwerp met betrekking waartoe de bevoegdheid wordt uitgeoefend, houdt het bestuursorgaan rekening met de voorkeursvolgorde, aangegeven in artikel 10.4, en de criteria, genoemd in artikel 10.5, eerste lid.

3 Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing bij het uitoefenen van een bevoegdheid krachtens de EG-verordening overbrenging van afvalstoffen.

d) Wat om te beginnen meteen opvalt, is dat de twee wetsartikelen en LAP3 de gemeente niet noodzaken om enige inbreuk te plegen op de privacy van burgers.

De prioriteitsvolgorde die artikel 10.4 Wm voorschrijft, behelst een plicht voor gemeenten om die volgorde te hanteren bij het inzamelen van afval, maar niet enige plicht voor gemeenten om dat te doen door middel van het afsluiten van afvalcontainers in combinatie met adresgebonden afvalpassen. Bij mijn weten volgt de gemeente Arnhem al vele jaren, ook voorafgaand aan 2014, artikel 10.4 Wm.

Artikel 10.14 Wm en LAP3 schrijven ook geen gesloten afvalcontainers of adresgebonden afvalpassen voor, maar wel gescheiden inzameling van afval. Dat doet de gemeente Arnhem al sinds jaar en dag, in mijn wijk met separate containers voor glas, papier, kleding en restafval en sinds kort ook PMD (Plastic, Metaal en Drinkverpakkingen).

e) LAP3 schrijft wel voor dat er "afstemming van landelijk en lokaal afvalbeleid" plaatsvindt. Daar heb ik ook steeds op gewezen in verband met het ongemak van de gemeente Arnhem over vermeend afvaltoerisme. Al sinds 2015 (meen ik) heb ik de gemeente opgeroepen om, als de gemeente last meent te hebben van afvaltoerisme vanuit buurgemeenten, dan met die buurgemeenten te gaan praten, bijvoorbeeld in regionaal verband, over het afvalbeleid van die buurgemeenten - in plaats van de vermeende problematiek van buurgemeenten af te wentelen op Arnhemse inwoners van wie de privacy wordt geschaad. Tot nu toe heeft de gemeente Arnhem dat echter niet, of althans niet merkbaar gedaan.

f) De gemeente lijkt het misverstand te zijn toegedaan dat de wettelijke taak om voor een goede afvalinzameling en een goed afvalbeheer te zorgen, meteen ook een vrijbrief zou zijn om allerlei rechten van burgers te schenden, waaronder het recht op privacy. Dat is onjuist. Net zoals de gemeente mijn woning niet mag gebruiken als opslagplaats voor grof vuil, ook al zou dat misschien handig zijn voor de afvalinzameling - zo mag de gemeente ook niet mijn privacy invaderen ten behoeve van de afvalinzameling.

[Gemeente; randnummer 34]

De taak van algemeen belang is dus een stuk ruimer dan de heer Jonker aanneemt. Het valt ook onder de taak van algemeen belang om restafval te voorkomen, het scheiden van afval te stimuleren en huishoudelijk afval te scheiden van bedrijfsafval. Deze taak is door de gemeente Arnhem nader vormgegeven in onder meer het Afvalplan 2012-2020. De gegevensverwerking voor het openen van de afvalcontainers is noodzakelijk om deze taken van algemeen belang, zoals omschreven in genoemde beleidsdocumenten, te vervullen. Dat hangt ook samen met de doelstellingen die zowel op landelijk niveau als op gemeentelijk niveau zijn gesteld. De AP onderkent dat ook in haar besluit van 20 april 2017 (randnummers 32-37).

Repliek Jonker:

a) Ik begrijp niet waarom de gemeente denkt dat ik haar taak van algemeen belang minder ruim aanneem dan die is. Ik heb juist telkens het tegenovergestelde betoogd, namelijk dat de taak van de gemeente zich uitstrekt tot al het afval dat zich op gemeentelijk grondgebied bevindt.

b) Het lijkt echter of de gemeente de woorden "taak" en "bevoegdheid" met elkaar verward. Taken en bevoegdheden hangen met elkaar samen, maar zijn niet hetzelfde. Het lijkt alsof de gemeente haar wettelijke taak om afval goed in te zamelen, opvat als een bevoegdheid om de privacy van burgers te schenden. Dat is een onjuiste opvatting en ik hoop dat de rechter die (opnieuw) zal corrigeren.

Ik heb steeds betoogd dat het de taak van de gemeente is om haar bevoegdheden uit te oefenen op een zodanige manier dat deze uitoefening de door de wet gestelde grenzen respecteert, en met name ook de grondrechten van alle burgers, waaronder het grondrecht op privacy.

c) De gemeente beroept zich bij haar verwerking van persoonsgegevens op artikel 6 lid 1 onder e) AVG (noodzaak voor de uitvoering van een taak van algemeen belang). Het is dan aan de gemeente om als verwerkingsverantwoordelijke aan te tonen dat er uit haar taak van algemeen belang een noodzaak voortvloeit om persoonsgegevens te verwerken. Dat doet de gemeente niet wanneer zij enkele wetsartikelen en een passage uit het LAP3 citeert, en dan domweg stelt dat hieruit zo'n noodzaak voortvloeit. Iets stellen is niet hetzelfde als iets aantonen - althans niet zolang we in een rechtsstaat leven.

In autoritair geregeerde landen wordt een stelling van een machthebber vaak wel opgevat als een bewijs dat iets zo is als de machthebber beweert - omdat het risico's met zich meebrengt om er anders over te denken en dat te laten blijken. Wat ik bij de gemeente Arnhem de afgelopen jaren in verschillende dossiers heb waargenomen, is dat er achter een façade van rechtsstatelijkheid een autoritaire houding schuilgaat.

Wanneer de gemeente vanuit die autoritaire houding mijn rechten probeert te schenden, verzet ik mij daar soms tegen, zoals in de thans voorliggende casus.

[gemeente; randnummers 35 t/m 38]

Onder randnummers 35 t/m 38 stelt de gemeente haar eigen doelen centraal, en stelt dat die haar noodzaken om persoonsgegevens te verwerken.

Repliek Jonker:

De gemeente onderbouwt nog steeds niet waarom die doelen een systeem van afgesloten containers in combinatie met adresgebonden afvalpassen nodig zouden maken, of waarom er geen privacy-vriendelijke alternatieven zouden zijn. Ik heb dit besproken in mijn beroepschrift, en wil hier volstaan met het volgende: voorheen was zo'n systeem in Arnhem niet nodig, en in sommige andere gemeenten is het ook nu niet nodig. Waarom in Arnhem dan wel? In andere gemeenten zijn alternatieven voorhanden. Waarom in Arnhem dan niet? Die vragen beantwoordt de gemeente nog steeds niet.

[Gemeente; randnummer 37:]

(...) Daarnaast speelt uiteraard de al langer gewenste invoering van diftar een rol. Ook daarvoor is het nodig om afvalpassen te gebruiken die verbonden zijn aan een adres. Dat volgt ook uit de verplichtingen die op de gemeente rusten voor het heffen van belastingen.

Repliek Jonker:

Dit is in strijd met wat de gemeente op 23 april 2019 tijdens de hoorzitting in de bezwaarprocedure naar voren bracht, namelijk dat "Diftar geen rol speelt bij deze verwerking van persoonsgegevens." Het besluit op bezwaar moet geacht worden mede op die uitspraak in de bezwaarprocedure gebaseerd te zijn. Nu zegt de gemeente Arnhem weer het omgekeerde, waarmee ook op deze manier de basis aan de rechtmatigheid van het besluit op bezwaar ontvalt. Immers, als het besluit van de AP op een leugen van de gemeente is gebaseerd, kan het niet tegelijk op rechtmatige gronden of een deugdelijke belangenafweging gebaseerd zijn.

[Gemeente; randnummer 38:]

Met het aangepaste systeem is de verwerking van persoonsgegevens bovendien tot het uiterste minimum beperkt, waardoor tevens is voldaan aan het vereiste van dataminimalisatie.

Repliek Jonker:

Hier verkracht de gemeente het begrip "dataminimalisatie", door zonder onderbouwing te stellen dat wat zij wil, het "minimum" zou zijn. Dataminimalisatie gaat over een objectiveerbare minimalisatie in relatie tot een objectiveerbare noodzaak, niet in relatie tot willekeurige ambities van organisaties die data willen verwerken.

[Gemeente; randnummer 39:]

De doelen die de gemeente heeft bepaald voor de verwerking van de gegevens zijn niet gewijzigd, noch is de invoering van diftar een drogreden. Op dit moment ligt echter de verwerking van persoonsgegevens in het kader van diftar niet voor om de eenvoudige reden dat die verwerking nog niet plaatsvindt. Dat is ook het enige dat de gemeente Arnhem tijdens de hoorzitting in de bezwaarfase van deze procedure heeft aangegeven.

Repliek Jonker:

Wat de gemeente hier zegt, is niet duidelijk. Speelt Diftar als doel nu wel of geen "rol" bij de maatregel van de gemeente om adresgebonden afvalpassen verplicht te blijven stellen? Of zegt de gemeente eigenlijk: "Diftar is wel het eigenlijke doel, maar wij kunnen dat doel nu niet opvoeren, en daarom beroepen wij ons op een ander doel."

Het lijkt me van belang dat uw rechtbank duidelijkheid krijgt over welk doel of welke doelen de gemeente nu feitelijk met de adresgebonden afvalpassen nastreeft. Zolang dat niet duidelijk is, kan enige verwerking van persoonsgegevens, in welke vorm dan ook, niet gerechtvaardigd zijn.

[Gemeente; randnummer 40]

(...) Het belang van de heer Jonker bij het staken van die zeer beperkte verwerking is gering. De door hem genoemde belangen, zoals het voorkomen van verzamelwoede en hergebruiken van gegevens door overheden, worden met het staken van de huidige verwerking niet gediend. Er worden voor het openen van de afvalcontainers namelijk geen persoonsgegevens verzameld of opgeslagen. (...)

Repliek Jonker:

Hier spreekt de gemeente zichzelf binnen enkele regels tegen. In de eerste zin is er nog sprake van een "zeer beperkte verwerking" (**dus: wel verwerking**), maar twee zinnen later stelt de gemeente dat er "geen persoonsgegevens [worden] verzameld of opgeslagen" (**dus: geen verwerking**).

Op deze manier verliest de gemeente elke geloofwaardigheid. Het geeft me een moedeloos gevoel. Hoe kan een bestuursorgaan, dat een plicht heeft betrouwbaar te handelen, dit nu doen?

Bovendien is het evident dat er wel gegevens worden "verzameld". Die worden namelijk ingelezen op de container, om daar te worden vergeleken met de gegevens op de "whitelist".

[Gemeente; randnummer 40 - vervolg:]

Deze [gegevens] kunnen dus ook niet worden hergebruikt.

Repliek Jonker:

De gegevens kunnen wel degelijk worden hergebruikt als de software (bv. ad hoc) zo wordt ingesteld dat gegevens van (sommige) adresgebonden passen worden afgetapt voordat ze

geanonimiseerd worden. Opsporingsdiensten kunnen daartoe opdracht geven. Medewerkers en hackers kunnen dat in het geheim doen. De betrokkene (de burger die zijn vuilnis deponeert met een adresgebonden afvalpas) heeft geen enkele mogelijkheid om dat tijdig te constateren. Ik heb er als burger belang bij om te weten dat dit niet kan gebeuren, en ik niet in een panopticum leef.

[Gemeente; randnummer 40 - 2e vervolg:]

Het staken van een zodanige minimale gegevensverwerking waarvan de AP al vier keer heeft beoordeeld dat die verwerking rechtmatig is, levert daarom geen belang op die opweegt tegen de belangen die de gemeente Arnhem heeft om de containers af te sluiten.

Repliek Jonker:

a) Hier wordt de AP als ultieme autoriteit opgevoerd in een rechtszaak waar het handelen en nalaten van de AP juist het onderwerp vormt van toetsing door de rechter.

b) Op puur subjectieve wijze worden de belangen van de gemeente Arnhem als "zwaarder wegend" gekwalificeerd dan de belangen van mij en 150.000 andere Arnhemse burgers. Bovendien wordt niet onderbouwd waarom de gemeente Arnhem belang heeft bij een handeling waarvoor ook alternatieven bestaan die de privacy niet zouden schaden.

[Gemeente; randnummer 42]

De gemeente heeft namelijk geconstateerd dat door het openzetten van de containers de hoeveelheid restafval is toegenomen (in 2018 was er een toename van restafval van 7% ten opzichte van 2017). Deze toename komt onder meer door oneigenlijk gebruik door bedrijven van deze containers voor huishoudelijk afval en door het gebruik van deze openstaande containers door inwoners van andere gemeente. Het behalen van de milieudoelstellingen komt daardoor in het gedrang. Bovendien betalen de inwoners van de gemeente Arnhem via de afvalstoffenheffing ook voor de verwerking van dit soort afval.

Repliek Jonker:

a) De gemeente onderbouwt haar "cijfer" (7%) niet.

b) De gemeente maakt ook niet duidelijk hoe zij tot haar conclusies komt over de oorzaken van de vermeende stijging van de hoeveelheid restafval. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat Arnhemse burgers die in de periode medio 2014- medio 2017 (toen Arnhem de containers gesloten had) vuilnis illegaal in andere gemeenten dumpten, dat in de periode medio 2017-2018 niet meer deden en het weer netjes wegbrachten naar de inmiddels weer geopende Arnhemse restafval-containers. Ook is de vraag of de gemeente Arnhem "zwerfafval" op straat in de cijfers voor "restafval" heeft meegerekend. In de periode medio 2014-medio 2017 was er aanmerkelijk meer zwerfafval op straat, dat vanaf medio 2017 weer in de restafval-containers terecht leek te komen.

c) De gemeente maakt niet duidelijk welke "milieudoelstellingen in het gedrang" zouden komen, en op welke wijze, en ook niet of er wellicht andere, privacy-vriendelijke middelen zijn om dat vermeende probleem tegen te gaan.

d) De gemeente heeft zich nooit druk gemaakt over de kosten die de inwoners van Arnhem betalen voor de invoering van het peperdure systeem van scanners en adresgebonden afvalpassen. Die kosten zijn niet inzichtelijk gemaakt, maar vermoedelijk heeft het de afgelopen jaren vele honderdduizenden euro's gekost, zo niet meer dan een miljoen. Het lijkt erop of de gemeente het argument van kosten niet op een zakelijke, maar op een politieke manier selectief inzet: als iets de gemeente wèl bevalt, worden de kosten verdoezeld, maar als iets de gemeente niet bevalt, dan roept de gemeente luidkeels iets over grote kosten. Dat maakt een deugdelijke belangenafweging onmogelijk.

e) Los daarvan gaat het bij de bescherming van grondrechten door overheden niet om een belangenafweging tussen belangen van de betreffende overheidinstelling, gezien als institutie of "concern", versus de belangen van individuele burgers. Want dat zou per definitie altijd in het nadeel van de burgers uitvallen, vooral ook omdat de belangenafweging verricht wordt door de betreffende institutie zelf. Het moet gaan om een belangenafweging tussen verschillende, objectiveerbare maatschappelijke belangen, gezien los van het eigen institutionele belang van de betreffende overheidsinstelling zelf. Alleen zo kan worden voorkomen dat de slager (de betreffende overheidsinstelling) zijn eigen vlees keurt.

Als deze norm door het betreffende bestuursorgaan wordt verlaten, vindt er geen deugdelijke belangenafweging plaats. Stelt u zich eens voor dat president Trump de belangen afweegt tussen de vestiging van een nieuwe presidentiële golfbaan en het huisvesten van driehonderd Mexicaanse vluchtelingen. Dan is het duidelijk welk belang hij zwaarder zou vinden wegen. De belangenafwegingen die de gemeente Arnhem tot nu toe heeft gemaakt in het thans aan uw rechtbank voorliggende dossier, zijn niet van betere kwaliteit dan die van een president Trump zoals in dit fictieve voorbeeld. Er is eigenlijk geen sprake geweest van een echte afweging, maar alleen van het doordrukken van wensen die leefden in het gemeentebestuur en in het ambtelijke apparaat, gecombineerd met retorische ondersteuning voor deze eigen, gemeentelijke dwangmaatregelen.

[Gemeente; randnummer 43]

Gelet op deze omstandigheden zag de gemeente Arnhem zich genoodzaakt om de containers fasegewijs weer te sluiten. Uiteraard niet eerder dan nadat de last was opgeheven en de AP had bevestigd dat de huidige wijze van gegevensverwerking voor het openen van de afvalcontainers rechtmatig is. Vanaf mei 2019 is de gemeente per wijk de containers aan het sluiten. Dit proces duurt tot eind oktober en dan zijn alle containers weer gesloten. Als de opheffing van de last zou worden geschorst zijn de gevolgen groot. De containers zouden namelijk weer open moeten worden gezet met alle kosten die daarbij komen kijken. Bovendien zal de gemeente Arnhem daardoor haar milieudoelstellingen niet kunnen halen. Ook de burgers zullen hierdoor wederom worden geconfronteerd met een gewijzigde situatie, met alle ophef van dien.

Repliek Jonker:

a) Hier zakt mijn broek toch een beetje van af. De gemeente heeft zelf willens en wetens gekozen om niet te wachten totdat er een onherroepelijke uitkomst van de bezwaar- en beroepsprocedure is, maar is zelf al begonnen om de containers weer te sluiten. De gemeente confronteert de

burgers op deze manier, geheel op eigen initiatief, met een "wederom gewijzigde situatie". Maar toch zegt zij waarschuwend tegen de rechtbank dat als zij op dit punt teruggefloten wordt, er een voor de burgers onwenselijke "gewijzigde situatie" zal ontstaan. Het is duidelijk dat de gemeente alleen bezorgd is over zo'n confrontatie als die veroorzaakt wordt door anderen, maar niet als die confrontatie veroorzaakt wordt door haarzelf. Dat is niet geloofwaardig.

b) De gemeente maakt nog steeds niet duidelijk welke "omstandigheden" haar zouden "noodzaken" om de containers nu te sluiten, of waarom.

c) De gemeente heeft zelf willens en wetens het risico genomen van de kosten die zouden ontstaan als zij naar aanleiding van mijn bezwaar of beroep zou worden gesommeerd de containers weer te openen. Maar nu brengt zij haar eigen roekeloosheid als argument naar voren waarom zij door de rechtbank en de AP niet alsnog gedwongen zou mogen worden zich aan de wet te houden.

[Gemeente; randnummers 44 t/m 46]

Onder het kopje "Ten overvloede: diftar" vergroot de gemeente de verwarring nog verder over de rol die haar doel om Diftar in te voeren speelt bij de verwerking van de persoonsgegevens. Eerder, onder randnummers 37 en 38 liet de gemeente zich daarover al tegenstrijdig uit (zie mijn repliek aldaar).

Net als in juni/juli 2017 spreekt de gemeente onder randnummer 44 "*de bedoeling*" [kennelijk van het college van B&W?] uit dat "binnenkort de laatste besluitvormende vergadering plaatsvindt over de exacte inrichting daarvan. Indien de gemeenteraad daarmee [*vervolgens?*] instemt, dan zal de gemeente naar verwachting per 1 januari 2020 diftar invoeren.

Dit lijkt erop te wijzen dat Diftar relevant is voor de haast waarmee de gemeente nu, in de periode mei t/m oktober 2019, alle containers weer ~~openzet~~ afsluit, zonder af te wachten of dat juridisch toelaatbaar is.

Op 27 augustus 2019 lees ik bovendien op de website van dagblad De Telegraaf dat ~~op 26 augustus 2019, dezelfde dag als waarop de gemeente haar reactie op mijn verzoekschrift heeft gedateerd en ingestuurd~~, het college van B&W aan de gemeenteraad een voorstel heeft gedaan om een vorm van Diftar in te voeren waarbij mensen met een laag inkomen (de "minima") "geld kunnen verdienen aan het aanbieden van afval":

ARNHEM - Arnhemse minima kunnen gaan verdienen aan het aanbieden van afval. Als ze hun vuilnis goed scheiden en minder afval aanbieden dan de gemeente verwacht dat ze zullen doen, krijgen ze het zo uitgespaarde bedrag aan afvalstoffenheffing terug.

Dat plan leggen burgemeester en wethouders van Arnhem dinsdag voor aan de raad. De raad bepaalde eerder al dat het aanbieden van afval voor Arnhemse minima niet duurder mag worden als Arnhem overstapt op een ander betaalsysteem. Dat gebeurt naar verwachting volgend jaar. Minima in Arnhem betalen nu niets voor het ophalen van vuilnis.

Arnhem wil in 2020 overstappen op het in veel gemeenten gehanteerde diftar, een afvalstoffenheffing met een vast en een variabel deel. Wie veel vuilnis produceert betaalt

meer dan iemand die zorgvuldig afval scheidt. Iedereen betaalt een vast tarief voor het ophalen en verwerken van alle soorten gescheiden afval. Arnhemse minima hoeven het vaste deel niet te betalen.

Arnhemmers moeten hun vuilniszakken straks storten in containers, die alleen open gaan met een adresgebonden pasje. Via dat pasje kan de gemeente bijhouden hoeveel vuilniszakken iemand stort. Hoe meer zakken, hoe hoger het variabele bedrag dat betaald moet worden. Arnhemse minima mogen straks 46 tot 260 keer gratis een zak in de container gooien, afhankelijk van de omvang van het huishouden. Wie minder vuilniszakken stort, krijgt een bedrag per zak teruggestort op een voordeelpas voor minima.

Arnhem onderkent volgens een woordvoerder dat er een risico bestaat dat mensen hun vuilniszakken straks op de een of andere manier gaan wegmoffelen. „We gaan daar scherp op toezien.”

Het staat nog niet vast dat Arnhem in 2020 kan beginnen met diftar. Donderdag behandelt de rechtbank in Arnhem een bezwaar dat is ingediend tegen het gebruik van de adresgebonden pasjes. Arnhemmer Michiel Jonker vindt dat daarmee zijn privacy wordt geschonden. In 2017 moest Arnhem om die reden stoppen met de invoering van de afgesloten containers.²

In mijn beroepschrift heb ik naar voren gebracht dat de gemeente niet eerlijk is in haar ontkenning dat Diftar wel degelijk een cruciale rol speelt bij de gemeentelijke gegevensverwerking, en het vermoeden geuit dat de werkelijke reden dat de gemeente vasthoudt aan privacy-schennende, adresgebonden afvalpassen, is dat de gemeente de minima financieel wil steunen door middel van een op het individuele inkomen van burgers toegesneden tarief per keer dat er een afvalcontainer wordt geopend. Dit nieuwsbericht in *De Telegraaf* bevestigt wat ik in mijn beroepschrift naar voren heb gebracht.

Ik heb als burger ernstig bezwaar tegen het misbruik van een belastingheffing die bedoeld is om daadwerkelijk gemaakte kosten te financieren, voor het bedrijven van inkomenspolitiek. Maar daar gaat deze beroepsprocedure en mijn verzoek om voorlopige voorziening niet over.

Wat het voorstel van het college van B&W echter wel laat zien, is dat dit bestuursorgaan zonder enige schaamte overgaat tot het praktiseren van *function creep*: het misbruiken van een bestaand recht of een bestaande bevoegdheid voor een ander, oneigenlijk doel. Het gaat hier dus om een vorm van *détournement de pouvoir*. Als het college geen probleem ziet in *function creep* bij het bepalen van het belastingtarief, dan valt het te verwachten dat het college ook zal overgaan tot *function creep* bij de verwerking van persoonsgegevens op de afvalcontainers, in strijd met de AVG.

2 Bron: https://www.telegraaf.nl/nieuws/1063717077/arnhemse-minima-kunnen-verdienen-aan-afval?utm_source=mps.kpnmail.nl&utm_medium=referral&utm_content=/cp/applink/mail/LoadMessageContent?ckey=1566943665632-21214&iframeID=x-mail-msg-iframe-box-1566943627744&cw=1177 Geraadpleegd: 27 augustus 2019.

[Gemeente; conclusie]

(...) verzoekt de gemeente u om tevens op het beroep zelf te beslissen conform artikel 8:86 Awb.

Repliek Jonker:

In verband met de tegenstrijdige uitlatingen van de gemeente over welke doelen zij nastreeft met de gegevensverwerking door middel van adresgebonden afvalpassen, is er mijns inziens helaas op dit moment nog onvoldoende duidelijkheid om in de bodemprocedure (het beroep zelf) een beslissing te nemen.

Als het belangrijkste doel van de gemeente met de gegevensverwerking bij nader inzien, en in strijd met eerdere gemeentelijke uitspraken, toch Diftar blijkt te zijn, wil ik de gelegenheid krijgen mijn beroepsgronden aan te vullen.

Om die reden verzoek ik de voorzieningenrechter van uw rechtbank primair om nog geen uitspraak in de bodemprocedure te doen, maar alleen de opheffing van de last door de AP te schorsen.

Mocht uw voorzieningenrechter echter op basis van uw voorlopige onderzoek al tot de conclusie komen dat de door de gemeente beoogde gegevensverwerking ook na de invoering van Diftar onrechtmatig is, dan kan ik instemmen met die conclusie en heb er in dat geval, subsidiair, geen bezwaar tegen dat die conclusie wordt vastgelegd in een uitspraak in de bodemprocedure van het beroep.

Repliek op het verweerschrift van de AP

Ik zal waar mogelijk verwijzen naar de randnummers, tussen vierkante haakjes [], in het verweerschrift van de AP.

Algemene opmerking: wanneer het verweerschrift van de AP naast de hiervoor besproken reactie van de gemeente wordt gelegd, valt op dat de AP bijna naadloos aansluiting zoekt bij de gemeentelijke visie.

Deze werkwijze van de AP heb ik eerder ook in de zaak met betrekking tot de OV-chipkaart van NS geconstateerd. In de beroepsprocedure van die zaak vroeg één van de rechters ter zitting op 20 augustus 2019 (vorige week) aan de AP: "Het lijkt wel of de AP zich in hoge mate met NS identificeert. Kunt u daar iets over zeggen?"

De vertegenwoordiger van de AP antwoordde daarop, ietwat mompelend, dat het OV-chipkaart-systeem "destijds leidend was geweest" [voor de AP].

Dit is tekenend voor de manier waarop de AP haar onafhankelijkheid aan de wilgen hangt. Voor de AP zou natuurlijk niet een technisch en/of juridisch systeem van een verwerkingsverantwoordelijke "leidend" moeten zijn, maar de geldende wet- en regelgeving: het EVRM, de Grondwet, de AVG.

Ook in de thans voorliggende zaak van de Arnhemse afvalpas wordt weer die niet-onafhankelijke benadering van de AP zichtbaar. De AP probeert de verwerkingsverantwoordelijke al vijf jaar lang zoveel mogelijk te faciliteren en uit de wind te houden, ten koste van de bescherming van de persoonsgegevens van burgers.

[AP; randnummers 1 en 50]

Rol van Diftar

1. (...) Oorspronkelijk had het college daaraan toegevoegd: het gebruik maken van het systeem 'de vervuiler betaalt' (Diftar). De invoering van Diftar is thans echter niet aan de orde.

50. Wat de invoering van Diftar betreft, merkt de AP het volgende op. Duidelijk is dat de invoering van Diftar op dit moment niet aan de orde is. Daarom heeft dit geen rol gespeeld bij het nemen van het bestreden besluit - en kon dat ook geen rol spelen. Hetgeen de heer Jonker hierover aanvoert, behoeft daarom geen bespreking.

Repliek Jonker:

De AP weet dat zij hier onzin vertelt. Tijdens de bezwaarprocedure heb ik de AP steeds op de hoogte gesteld van publieke, gemeentelijke uitlatingen over de voorgenomen invoering van Diftar, te weten:

- de uitlatingen van wethouder Cathelijne Bouwkamp op 23 januari 2019, waarin zij expliciet aangaf voornemens te zijn Diftar in te voeren als het obstakel van mijn zienswijze tegen het voorgenomen besluit van de AP door de AP terzijde geschoven zou worden;

- het op 23 april 2019 bekend geworden voornemen van de gemeente om ook de ondergrondse containers voor plastic te gaan afsluiten met het oog op Diftar.

Sinds gisteren (27 augustus 2019) is het een algemeen bekend feit dat het college van B&W van de gemeente voornemens is Diftar per 1 januari 2020 in te voeren. Op 27 augustus 2019 heeft de gemeente Arnhem daarover namelijk een persbericht laten uitgaan, waarin (ten onrechte) wordt betoogd dat "de minima" geld kunnen gaan "besparen" dankzij Diftar. Het is bijna alsof de gemeente tegen uw rechtbank wil zeggen: "*Waag het niet ons nog enige hindernis in de weg te leggen, want dan gaan wij u de schuld geven dat de minima moeten gaan betalen voor de inzameling van hun afval.*"³ Ik hoop dat de rechtbank zijn onafhankelijkheid zal bewaren.

Het valt in deze omstandigheden in redelijkheid niet vol te houden dat het voornemen van het college van B&W om Diftar over enkele maanden in te voeren en meteen ook te implementeren, "geen rol speelt" bij de haast waarmee de gemeente de containers nu reeds feitelijk afsluit voor iedereen die geen adresgebonden afvalpas gebruikt.

Zie verder mijn commentaar hierover in mijn replek op de reactie van de gemeente.

[AP; randnummer 23 en 37-38] **Verwerking op de cardreader of ander apparaat**

23. (...) Verder heeft de AP betrokken dat het college een nieuwe werkwijze beoogt, waarmee - anders dan ten tijde van het opleggen van de last onder dwangsom aan de orde was - op de cardreader van de afvalcontainer geen persoonsgegevens worden opgeslagen.

37. De AP stelt voorop dat zij nimmer heeft gesteld dat er bij het gebruik van de afvalcontainers door de aanpassing van de software geen persoonsgegevens meer worden verwerkt. De AP is wel tot de conclusie gekomen dat er, door deze aanpassing, na het aanbieden van de afvalpas op de container geen persoonsgegevens meer op de cardreader worden opgeslagen of bewaard, omdat deze gegevens voor die tijd zijn geanonimiseerd. Dat baseert de AP op het volgende.

38. Het college heeft (...) uiteengezet dat op 28 september 2017 een nieuwe module op de cardreaders van de afvalcontainers is geïmplementeerd, de zogenoemde Chiplock(r) InCognito Module versie v2.63. In deze module wordt gecontroleerd of de afvalpas toegang mag krijgen tot de container via de autorisatielijst. (...) Op de hoorzitting is door de gemachtigde van het college uiteengezet dat op de cardreader een autorisatielijst staat. (...)

Replek Jonker:

a) De AP doet het hier ten onrechte voorkomen alsof de nieuwe "module" (dat wil zeggen: een stukje software, met andere woorden: enkele codes) niet op de cardreader zou staan, en dat de code van de adresgebonden afvalpas de cardreader dus niet zou bereiken. Die module is echter gewoon "op de cardreaders van de afvalcontainers geïmplementeerd", en maakt dus deel uit van de software die zich in de cardreaders bevindt. de unieke code van de adresgebonden afvalpas wordt dus nog steeds ingelezen in de cardreader.

³ https://www.arnhem.nl/actueel/Persberichten/Beter_afval_scheiden_loont_voor_minima. Geraadpleegd: 28 augustus 2019. Zie ook het eerder in deze brief geciteerde nieuwsbericht op de site van *De Telegraaf* (27-8-2019).

b) Maar zelfs als de module een ander fysiek apparaat zou zijn dan de cardreader, dan maakt dat voor de onrechtmatigheid van de verwerking van de persoonsgegevens (de unieke codes van de adresgebonden afvalpassen) niets uit. De noodzaak voor enige verwerking van de persoonsgegevens is niet aangetoond, ongeacht de vraag op welk apparaat in de afvalcontainer die persoonsgegevens precies worden verwerkt.

[AP; randnummer 30] ***Spoedeisendheid***

De heer Jonker dient derhalve *in de eerste plaats* te onderbouwen dat niet gewacht kan worden op de afhandeling van het geschil in de hoofdzaak. De spoedeisendheid heeft als regel betrekking op de onmogelijkheid om de eventuele gevolgen van (de uitvoering van) het besluit nog te herstellen, dus de onomkeerbaarheid. Tot op heden zijn de afvalcontainers in de wijk van de heer Jonker niet gesloten. Uitgaande van de planning van het college, zullen deze containers eind oktober 2019 worden afgesloten. De sluiting van de containers brengt echter niet mee dat de gevolgen daarvan onomkeerbaar zijn. (...)

Repliek Jonker:

a) De spoedeisendheid heeft in mijn geval betrekking op het feit dat mijn privacy bij voortdurende geschaad wordt nadat de containers worden afgesloten voor iedereen die geen adresgebonden afvalpas gebruikt. In dat verband heb ik in mijn beroepschrift verwezen naar de betreffende passage in de uitspraak van de voorzieningenrechter van uw rechtbank op 13 juli 2017.⁴

b) Het sluiten van de afvalcontainers in mijn wijk in oktober 2019 zal tot gevolg hebben dat mijn privacy voorafgaand aan de behandeling van mijn beroepschrift in de bodemprocedure maandenlang opnieuw zal worden geschaad. Het is mijn ervaring dat het minimaal acht maanden, en soms zelfs anderhalf jaar duurt voordat uw rechtbank een door mij ingediend beroepschrift ter zitting behandelt.

Ik heb overigens begrip voor de hoge werklast van uw rechtbank, en betreur het dat de gemeente en de AP zonder noodzaak aan die werklast bijdragen.

[AP; randnummer 30 -vervolg] ***Wel of geen overtreding i.r.t. spoedeisendheid***

Verder is de AP van oordeel dat de heer Jonker voor de onderbouwing van zijn spoedeisend belang niet kan verwijzen naar de uitspraak van 13 juli 2017. Van een vergelijkbare situatie is geen sprake nu de AP destijds wel een overtreding had geconstateerd, maar had afgezien van handhaving in verband met concreet zicht op legalisatie, terwijl er in de besluitvorming tot opheffing van de last juist is vastgesteld dat er niet langer sprake meer is van de in de last onder dwangsom geconstateerde overtreding. Van een (voortdurende) onrechtmatige inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de heer Jonker is derhalve geen sprake. Dat maakt dat er naar het oordeel van de AP geen sprake is van een spoedeisend belang.

4 ECLI:NL:RBGEL:2017:3665.

Repliek Jonker:

a) De AP verwacht hier haar eigen oordeel met een door de AP gewenst oordeel van uw rechtbank. Het oordeel van de AP dat er deze keer geen sprake meer is van een overtreding, is thans in geding, en kan daarom niet als uitgangspunt dienen ter onderbouwing van enig ontbreken van spoedeisendheid.

b) Met dit argument ontkracht de AP voorts haar eigen, eerdere argument dat de voorzieningenrechter *in de eerste plaats* dient te onderzoeken of er sprake is van onomkeerbaarheid en pas daarna of er sprake is van een vermoeden van onrechtmatigheid. Als de AP de vraag of er sprake is van een overtreding, van belang acht voor het bepalen of er sprake is van spoedeisendheid, dan kan met de vraag of er sprake is van een overtreding, logischerwijze niet gewacht worden tot na de beoordeling of er sprake is van ~~een overtreding~~ onomkeerbaarheid.

[AP; randnummer 31]

Rechtmatigheidsvraag i.r.t. spoedeisendheid

In de tweede plaats is het voorlopig rechtmatigheidsoordeel van belang. (...)

Repliek Jonker:

Ook met het oog op het door de EVRM en de AVG vereiste, hoge beschermingsniveau op het gebied van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, is in dit geval het voorlopig rechtmatigheidsoordeel niet van secundair belang, maar van primair belang.

[AP; randnummer 32]

Poging tot het terzijde schuiven van eerdere rechterlijke oordelen

Bij besluit van 20 april 2017 heeft de AP vastgesteld dat het college een grondslag heeft voor de verwerking van persoonsgegevens voor het aanmaken en beheren van de afvalpas en het openen van de containers. (...) Anders dan de heer Jonker aanvoert, ziet de last derhalve uitsluitend op de verwerking ten aanzien waarvan een overtreding is geconstateerd.

Repliek Jonker:

Na het besluit van 20 april 2017 heeft uw rechtbank in deze casus twee keer uitspraak gedaan, op 13 juli 2017 en op 21 februari 2018. De AP probeert ten onrechte opnieuw om de implicaties van die rechterlijke uitspraken te negeren. Ik verwijs in dit verband naar paragraaf 3.8 (pp. 73-76) van mijn beroepschrift, en naar mijn repliek in deze brief op randnummers 5 t/m 9 van de gemeente (pp. 2-5 van deze brief).

[AP; randnummer 33]

Andere mogelijkheden tot handhaving

De AP is zich ervan bewust dat de herstelmaatregel in de last, te weten dat de containers dienen te worden opengezet, in feite verder gaat dan strikt genomen nodig is om de overtreding te beëindigen. Voor deze formulering is gekozen omdat andere mogelijkheden om de overtreding op korte termijn te beëindigen er praktisch gezien niet waren.

Repliek Jonker:

Dat is niet waar. Er waren in de periode juli 2014 t/m augustus 2017 wel degelijk andere mogelijkheden om de overtreding op korte termijn te beëindigen. De AP had bijvoorbeeld kunnen volstaan met een last, strekkende tot beëindiging van de verwerking van persoonsgegevens op de containers, of een last, strekkende tot een verbod op het noodzaken van burgers tot het gebruik van adresgebonden afvalpassen. In dat geval had de gemeente op dat moment alleen op korte termijn aan die last kunnen voldoen door de containers te openen. Maar vervolgens had het de gemeente vrij gestaan om, zonder dat de last hoefde te worden opgeheven, bijvoorbeeld een systeem met echt anonieme (al dan niet laadbare) afvalpassen te introduceren.

Het lijkt erop dat de AP

- ofwel niet goed heeft nagedacht over de op 1 augustus 2017 opgelegde last, mogelijk omdat de gemeente op 24 juli 2017 zelf al had aangekondigd de containers te zullen gaan openen;
- ofwel al bij voorbaat een reden heeft proberen in te bouwen voor een latere opheffing van de last, door die last onnodig vergaand te formuleren. Dat zou een vorm van *détournement de pouvoir* (machtsmisbruik) zou zijn.

Daarom heb ik in mijn beroepschrift aangegeven dat onder bepaalde voorwaarden de vervanging van de opgelegde last door een aangepaste last mogelijk rechtmatig zou kunnen zijn.

[AP; randnummers 37-38] -> zie mijn **repliek** na randnummer 23.

[AP; randnummers 40 41]

Afwegingskader opheffing last onder dwangsom

40. Volgens de heer Jonker zou de last pas mogen worden opgeheven als het college kan aantonen dat er een concrete aanleiding is om de last op te heffen, dat de overtreding niet wordt herhaald in de toekomst en dat het college thans nadeel ondervindt van het in stand houden van de last onder dwangsom.

41. De AP kan het door de heer Jonker geschetste kader niet volgen. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is het kader bij besluitvorming over een verzoek om opheffing van een last onder dwangsom zoals geregeld in artikel 5:34, tweede lid van de Awb als volgt. De AP heeft bij een besluit over de opheffing van een opgelegde last onder dwangsom beleidsruimte, waarbij het de betrokken belangen dient af te wegen. De rechter toetst vervolgens of de AP in redelijkheid tot zijn besluit om al dan niet op te heffen heeft kunnen komen.

Repliek Jonker:

Kennelijk onderkent de AP niet dat ik met de door de AP achter randnummer 40 genoemde voorwaarden heb beoogd om de rechtbank toetsingscriteria in overweging te geven voor wat als "redelijk" beschouwd moet worden, en wat niet. De AP doet zelf geen enkele uitspraak over hoe getoetst kan worden of zij "in redelijkheid" tot opheffing is gekomen. De AP spreekt slechts over haar eigen "beleidsruimte". Maar zonder toetsingscriteria verdwijnt het onderscheid tussen "beleidsruimte" en "willekeur". Dat laatste is niet de bedoeling van de wetgever.

Repliek Jonker: Voor mijn standpunt ten aanzien van het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking, verwijs ik naar:

- mijn beroepschrift, met name ook paragrafen 3.5 en 3.6 (pp. 43-70);
- mijn repliek op de gemeentelijke reactie, randnummers 10, 15, 18 en 20 (pp. 5 t/m 9) in deze brief.

Op grond hiervan achter ik de gegevensverwerking zoals die door het opheffen van de last plaatsvindt, onrechtmatig.

[AP; randnummer 52]

Tot slot zou de AP de schijn van vooringenomenheid hebben gewekt door de heer Jonker na het uitbrengen van een voornemen om een zienswijze te vragen. De AP benadrukt dat het tegendeel het geval is: het voornemen is juist aan de heer Jonker toegezonden, zodat hij zijn zienswijze kon geven vóódat de AP een besluit op het verzoek om opheffing zou nemen.

Repliek Jonker:

Het lijkt of de AP mij hier moedwillig verkeerd begrijpt. Ik heb niet gezegd dat de AP een schijn van vooringenomenheid zou hebben gewekt door mij na het uitbrengen van een voornemen om een zienswijze te vragen. Ik heb gezegd dat de AP die schijn wekt door mij niet eerder te vragen om een reactie op het verzoek van de gemeente.

Immers, bij een "voornemen" van de AP gaat het om een zogeheten "vast voornemen", waarmee al een richting is ingeslagen. Een werkelijk neutrale, onafhankelijke beoordeling van een verzoek om opheffing van de last, zou inhouden dat beide partijen (de gemeente en ik) gelegenheid hebben om inbreng te leveren voordat de AP überhaupt tot een voornemen komt. Dat doet niets af aan de wenselijkheid dat beide partijen ook na het treffen van het voornemen in de gelegenheid worden gesteld om een zienswijze in te dienen ten aanzien van dat voornemen.

Conclusie

De reactie van de gemeente en het verweerschrift van de AP bevatten geen werkelijk nieuwe gezichtspunten. Mijn bezwaren tegen de opheffing van de last blijven staande:

- Er is nog steeds sprake van onnodige verwerking van persoonsgegevens, in strijd met de AVG en artikel 8 EVRM;
- De ondoelmatigheid van het systeem met gesloten containers (kosten; dumping) maakt dat er al helemaal niet gesproken kan worden van een noodzaak voor gegevensverwerking;
- Privacy-vriendelijke alternatieven zijn nog steeds niet serieus onderzocht;
- Er is nog steeds geen eenduidigheid over het doel / de doelen van de gegevensverwerking; de gemeente heeft op enig tijdstip tijdens de bezwaar- en beroepsprocedure gelogen over haar werkelijke doel(en). Er is spake van *function creep by design*. Ook daarom is de gegevensverwerking onrechtmatig.
- Mede met het oog op het wettelijk vereiste, hoge beschermingsniveau, heb ik een spoedeisend belang bij de bescherming van mijn persoonlijke levenssfeer.

Met vriendelijke groet,

Michiel Jonker