

M. Jonker

-----

----- Arnhem

Arnhem, 10 september 2019

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State  
Postbus 20019  
2500 EA DEN HAAG

Onderwerp: hoger beroep inzake privacy-schending bij afvalinzameling Arnhem

Edelachtbare heer, vrouwe,

Op 5 september 2019 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland uitspraak gedaan inzake mijn verzoek om voorlopige voorziening alsmede het door mij ingestelde beroep (bodemprocedure) tegen de opheffing door de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) van een last tot dwangsom, die strekte tot een verbod op het verwerken van persoonsgegevens bij de inzameling van huishoudelijk afval van inwoners van Arnhem (ECLI:NL:RBGEL:2019:4012). Tegen deze uitspraak van de rechtbank stel ik bij uw Afdeling hoger beroep in.

**Inhoud van dit hoger-beroepschrift:**

	Pag.
1	Procesverloop: verwijzing naar beroepschrift 2
2	Inleiding: waarom ik niet in de uitspraak van de rechtbank berust 3
2.1	Ongeloofwaardige en oneerlijke rechtspraak van de lagere rechter 4
2.2	Precedentwerking op het gebied van interpretatie en normstelling AVG 8
2.3	Persoonlijke afweging - voldoende vertrouwen in de bestuursrechtspraak? 8
2.4	Maatschappelijk belang van transparante rechtsvorming - ook in Europa 9
3	Beroepsgronden 10
3.1	Verwijzing naar genegeerde gronden in beroepschrift en repliek 10
3.2	Het belang van effectieve rechtsbescherming in relatie tot het EVRM 11
3.3	"Een beetje verwerken" van persoonsgegevens is ook verwerken 12
3.4	Bewijslast voor noodzaak en subsidiariteit gegevensverwerking ligt bij verantwoordelijke - en de rechter moet toetsen of daaraan voldaan is 13
3.5	Interpretatie van "marginale toetsing" is in strijd met internationaal en EU-recht als die interpretatie in de weg staat aan een hoog beschermingsniveau 17
3.6	Conclusie: wegstippen is geen recht spreken - materieel rechtsbegrip 24
4	Waarom ik niet nogmaals een verzoek om voorlopige voorziening indien 29
5	Verzoek aan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State 32

## **1 Procesverloop: verwijzing naar beroepschrift**

In paragraaf 1 (pagina's 2 t/m 21) van mijn beroepschrift d.d. 5 augustus 2019 heb ik het procesverloop in de thans voorliggende zaak weergegeven tot en met het besluit op bezwaar van de AP d.d. 16 juli 2019. Ik heb dit beroepschrift als bijlage bij dit hoger-beroepschrift gevoegd en verwijs u korthedshalve daarnaar.

Na het besluit op bezwaar zijn de volgende data nog relevant:

Op 5 augustus 2019 heb ik bij de Rechtbank Gelderland beroep ingediend tegen het besluit op bezwaar, en in connectie daarmee een verzoek om voorlopige voorziening ingediend.

Op 26 augustus 2019 dient de gemeente Arnhem een reactie op mijn beroepschrift in bij de rechtbank.

Op 27 augustus 2019 heeft de gemeente Arnhem een persbericht laten uitgaan, waarin het college van B&W meldt dat zij een raadsvoorstel aan de gemeenteraad heeft voorgelegd, waarin voorgesteld wordt om per 1 januari 2020 diftar in te voeren bij de Arnhemse afvalinzameling, op een zodanige wijze dat daarbij verschillende tarieven worden gehanteerd voor verschillende groepen inwoners - een ambitie die de gemeente vermoedelijk wil realiseren met behulp van een identificatieplicht voor elke inwoner die zijn huishoudelijk afval deponiert.

Eveneens op 27 augustus 2019 dient de AP een verweerschrift in bij de rechtbank.

Op 28 augustus 2019 dien ik bij de rechtbank een repliek in op de reactie van de gemeente en het verweerschrift van de AP.

Op 29 augustus 2019 behandelt de voorzieningenrechter van de rechtbank de zaak ter zitting.

Op 5 september 2019 doet de voorzieningenrechter uitspraak, zowel ten aanzien van mijn verzoek om voorlopige voorziening als ten aanzien van het beroep in de bodemprocedure. De rechter wijst mijn verzoek af en verklaart mijn beroep ongegrond.

## 2 Inleiding: waarom ik niet in de uitspraak van de rechtbank berust

Hoewel ik hecht aan mijn privacy, ben ik die als gevolg van de weigerachtigheid van de AP om te handhaven deels al kwijtgeraakt. In het - deels onrechtstatelijke - krachtenveld zoals dat in Nederland functioneert, zag ik me in de praktijk genoodzaakt om bekendheid te geven aan de inhoud van de zaak. Hierdoor kon ik niet vermijden dat uiteindelijk ook mijn persoon veel aandacht kreeg in de media.

In de reacties onder nieuwsberichten op internet krijg ik enerzijds steun, maar anderzijds worden er ook aanvallen op mijn persoon gepleegd (op de man spelen, pogingen tot karaktermoord). Ik wordt bijvoorbeeld uitgemaakt voor:

- "zeikerd";
- "verwarde persoon" die "in een inrichting moet worden opgesloten", dan wel iemand die "van het padje af is", dan wel "een triest figuur";
- iemand die geen baan heeft en uit verveling deze zaak voert, dan wel iemand die "in de bijstand zit" en "het juridisch loket misbruikt om talloze rechtszaken te voeren";
- iemand die zich beter nuttig kan gaan maken bij de plantsoendienst of in de thuiszorg;
- iemand die deze zaak voert "om aandacht te trekken";
- iemand die "zwemt in het geld";
- iemand die niet wil betalen voor de inzameling van zijn afval;
- een Don Quichot;
- iemand die Arnhemmers op kosten jaagt omdat hij ambtenaren bezig houdt;
- iemand die Arnhemmers op kosten jaagt omdat de gemeente hoe dan ook persoonsgegevens wil verwerken, en als dat niet lukt op grond van het argument "preventie van afvaltoerisme", dan zal de gemeente Diftar invoeren om alsnog een ander argument te krijgen voor registratie van persoonsgegevens - en dus is het mijn schuld dat Arnhemmers straks "niet meer gratis hun afval kwijt kunnen".

Ik weet dat dit slechts piepklein en relatief grappig is vergeleken met wat bekende Nederlanders over zich heen krijgen. Maar het is vervelend. Ik reken het de gemeente en de AP aan dat zij mij zonder enige noodzaak in deze positie hebben gebracht. Mijn privacy ligt voor een deel al aan gruzelementen.

### ***Opportuur om te berusten?***

Om mijn privacy te herstellen, zou het waarschijnlijk helpen als ik zou berusten in de uitspraak van de rechtbank. Na de vorige uitspraak (in juli 2017) was men mijn naam na enige tijd weer vergeten. Dit keer is er meer publiciteit geweest, maar misschien zou het opnieuw zo gaan. Als herstel van privacy mijn doel is, ligt het voor de hand om terug te kruipen in mijn schulp en te gaan berusten in de uitspraak van de rechtbank, ongeacht of ik het daar mee eens ben of niet, zodat ik na een tijdje weer onopvallend en anoniem in de menigte kan opgaan.

Toch kies ik er niet voor om in de uitspraak te berusten, maar om bij uw Afdeling in hoger beroep te gaan. Dat doe ik om twee redenen: de schade die de deplorabele kwaliteit van de uitspraak van de rechtbank toebrengt aan mijn individuele privacy, en de negatieve precedentwerking die daarvan uitgaat voor: (1) normstelling op het gebied van privacy; (2) interpretatie van privacy-regelgeving; (3) het referentiekader van wat in Nederland "normaal" geacht wordt op het gebied van rechtspraak en op het gebied van privacy; (4) de daadwerkelijke bescherming van privacy.

## 2.1 Ongeloofwaardige en oneerlijke rechtspraak van de lagere rechter

De rechtbank heeft het verzoek en het ingediende beroep beide ongegrond verklaard. Terwijl de voorzieningenrechter in 2017 geen noodzaak en geen grondslag aanwezig achtte voor enige verwerking van persoonsgegevens in een situatie zonder diftar, vindt een andere voorzieningenrechter van de rechtbank nu opeens dat die noodzaak en die grondslag er wel zijn.

### ***De burger laten gissen naar de werkelijke redenen voor de uitspraak***

Maar de rechter legt in zijn motivering niet uit wat dan het verschil is ten opzichte van toen waardoor er nu opeens wèl een noodzaak en een grondslag zouden zijn. De redenering van de rechter *lijkt* te zijn: "Als de inbreuk minder groot is, doordat de gegevens korter worden bewaard, dan is er dus alsnog wel een noodzaak en een grondslag." Maar hij zegt dat niet hardop.

Dat is ongeloofwaardig. De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) vereist dat de vraag of er überhaupt een grondslag is voor gegevensverwerking, zelfstandig wordt beoordeeld, en niet afhankelijk wordt gemaakt van de daaropvolgende vraag hoe ernstig de schade is die wordt veroorzaakt door de betreffende privacy-inbreuk. De rechter gaat in zijn motivering ook niet in op de vraag waarom een privacy-inbreuk minder ernstig zou zijn als de gegevens korter worden bewaard. In de digitale wereld is een halve seconde of een paar seconden een eeuwigheid: gegevens kunnen flitssnel worden doorgestuurd of gekopieerd. En de software op de containers kan via internet worden aangepast, eveneens flitssnel, zonder dat gebruikers het merken.

Het kan ook zijn dat de voorzieningenrechter het nu, in 2019, niet eens is met de voorzieningenrechter die in 2017 over dezelfde zaak oordeelde. Misschien vindt deze rechter dat zijn collega destijds ook al had moeten oordelen dat er wel een noodzaak en een grondslag was. Maar als dat zo is, dan had de rechter dat nu expliciet moeten benoemen, en de rechtzoekende burger niet moeten laten raden wat er aan de hand is. Dit is geen transparante rechtspraak, maar eerder het gedrag van een orakel dat een mysterie in stand wil houden. Op deze manier is er geen kenbaarheid van het recht, en ook geen rechtseenheid, zelfs niet binnen dezelfde rechtbank.

### ***Ontkenning van de realiteit van risico's***

De rechtbank vindt dat de gemeente vanuit haar "taak van algemeen belang" persoonsgegevens weliswaar niet dagenlang mag bewaren, maar wel eventjes. Het risico dat die gegevens dan, onmerkbaar voor degene die zijn vuilnis wegbrengt, door middel van softwarematig ingrijpen toch ergens anders geregistreerd worden, vindt de rechtbank niet relevant, omdat de rechtbank wil uitgaan van hoe het op papier zou moeten gaan, niet van het risico dat het ook anders gaat dan de gemeente op papier aangeeft. Kennelijk heeft deze rechter de afgelopen vijf jaar geen kranten gelezen, waarin het ene na het andere schandaal werd onthuld over gevallen waarin het wel (heel) anders ging dan het op papier zou moeten. Ook negeert de rechter de onderbouwing die ik heb gegeven (in mijn aanvulling d.d. 5 april 2019 op mijn bezwaarschrift) dat die risico's reëel zijn.

Deze rechter wil kennelijk in een papieren wereld blijven leven, maar dan niet eens de papieren wereld van de berichtgeving in kranten, maar alleen de papieren wereld die gemeentelijke beleidsambtenaren voor zichzelf hebben geconstrueerd, braaf nagevolgd door de slapende waakhond AP.

### ***Flinterdunne, rituele pretentie van een noodzaak en een grondslag***

Het door de AVG vereiste voorhanden-zijn van een grondslag voor gegevensverwerking (in de vorm van ofwel instemming van de betrokkene, ofwel een noodzaak) kan op verschillende manieren worden geïnterpreteerd. Ik heb steeds betoogd dat de AVG moet worden geïnterpreteerd in overeenstemming met het doel van artikel 8 van het EVRM, en in overeenstemming met het Europeesrechtelijke vereiste van een hoog beschermingsniveau voor privacy. Ook heb ik betoogd dat het materiële wets- en rechtsbegrip in het Unierecht vereist dat het in geval van een noodzaak gaat om een materiële, objectiveerbare noodzaak voor gegevensverwerking.

De rechtbank denkt daar kennelijk anders over. Die vindt het voldoende als de gemeente verwijst naar "de Wet Milieubescherming" en een "taak van algemeen belang", in casu "afvalinzameling", en dan simpelweg, zonder onderbouwing, stelt dat daar een noodzaak voor gegevensverwerking uit voort zou vloeien. Op deze manier kan elke overheid die persoonsgegevens wil verwerken, ergens een "taak van algemeen belang" of een algemeen geformuleerde wet wegplukken, en dan simpelweg stellen dat haar eigen wensen over de manier waarop zij die taak wil invullen, respectievelijk die wet wil uitvoeren, een noodzaak voor gegevensverwerking met zich zou meebrengen.

De rechter toetst dan niet of er een dwingend verband is tussen (1) de "taak van algemeen belang" / de algemeen geformuleerde wet; (2) de manier de betreffende overheid kiest om die taak of wet uit te voeren; en (3) de noodzaak voor een bepaalde gegevensverwerking. Op die manier geeft de rechter aan overheden een vrijbrief voor willekeur, zolang die maar wordt vermomd met een dun vernis in de vorm van een retorische verwijzing naar een "taak van algemeen belang" of een wet. Als de gemeente iets op een zodanige manier wil doen dat daarbij persoonsgegevens worden verwerkt, dan is het volgens die benadering dus nodig dat die gegevens worden verwerkt. Op die manier wordt het noodzakelijkheids criterium in de AVG gereduceerd tot retorische formaliteit, een rituele dans ter rechtvaardiging van willekeur van de betreffende overheidsinstantie. Daarmee wordt de AVG gereduceerd tot een wassen neus, die geen reële (rechts)bescherming biedt.

### ***Ongefundeerde afwijzing van alternatieven***

Het door mij geopperde alternatief van een anonieme afvalpas vindt de rechtbank niet geschikt, omdat daarmee niet alle controledoelen die de gemeente zichzelf recentelijk heeft gesteld, kunnen worden verwezenlijkt. De rechtbank neemt, net als eerder de AP, kritiekloos het idee van de gemeente over dat de gemeente, omdat zij zelf een systeem met adresgebonden afvalpassen heeft opgezet, daardoor genooddaakt is om die passen ook adresgebonden te maken, om te kunnen controleren of elke adresgebonden afvalpas nog wel geldig is. Dat is een cirkelredenering, maar dat kan de rechtbank kennelijk niet schelen.

### ***Negeren van ondoelmatigheid van de gegevensverwerking - strijd met doelbinding***

De rechtbank meent, net als de gemeente, dat op deze manier voorkomen kan worden dat Arnhemse bedrijven hun afval in de containers deponeren. Maar als de adresgebonden passen direct na het openen van de containers weer geanonimiseerd worden, zoals de gemeente beweert, kunnen Arnhemse bedrijven natuurlijk met gemak even een pas van een bewoner lenen.

Dit betekent dat de verwerking van persoonsgegevens in de huidige opzet volstrekt ondoelmatig is. Voor een ondoelmatige gegevensverwerking kan echter geen noodzaak bestaan. Dat volgt ook uit het principe van doelbinding, zoals opgenomen in de AVG. Dat principe vereist dat gegevens verwerkt worden ten behoeve van het beoogde doel, en niet zonder reëel, materieel doel.

### ***Geen eerlijk proces***

Het is een goede gewoonte in de rechtspraak om de persoon van de ambtenaren die een bestreden besluit op bezwaar hebben geconcipeerd, buiten beschouwing te laten, en om ook de persoon van een rechter die uitspraak heeft gedaan, buiten beschouwing te laten. Op die manier blijft de aandacht gericht op de inhoud van de zaak, wordt er niet "op de man gespeeld" (worden er geen aanvallen *ad hominem* gedaan) en hoeft niemand persoonlijk bang te worden.

Deze goede gewoonte valt echter alleen vol te houden zolang er sprake is van een bepaalde mate van integriteit in de rechtspraak. De grens tussen enerzijds een bona fide, maar uiteindelijk onrechtmatig blijkende opvatting, en anderzijds moedwillige ontkenning van feiten of ingebrachte argumenten, valt niet precies te definiëren. Er bestaat een grijze overgangszone.

Als het moedwillig negeren van valide argumenten een structureel karakter aanneemt in de rechtspraak, dan verliest de rechtspraak als zodanig zijn integriteit, en komt de integriteit en legitimiteit van onze rechtsstaat op het spel te staan. Dat is in mijn ogen aan de hand in het Nederlandse bestuursrecht. Maar ik zal mijn opinie over dit structurele integriteitsgebrek in dit hogerberoepsschrift niet onderbouwen - dat valt buiten het bestek ervan.

In de thans voorliggende, concrete casus heeft de rechtbank in mijn ogen de integriteitsgrens overschreden door valide argumenten die ik in beroep heb ingebracht en goed heb geformuleerd, niet te weerleggen maar ze moedwillig te negeren (buiten beschouwing te laten). Er is dan in essentie geen sprake meer van een eerlijk proces (artt. 6 en 13 EVRM).<sup>1</sup>

Ik kan het ontbreken van een eerlijk proces in deze casus niet bewijzen op de manier waarop een fysiek feit wordt bewezen. Als alle rechters stug blijven volhouden dat er op deze manier wel sprake is van een eerlijk proces, dan is het uiteindelijk een kwestie van de staatsmacht (vertegenwoordigd door die rechters) en mijn macht als individuele burger. U begrijpt dat ik me ervan bewust ben dat ik het dan als burger snel afleg (die machtsstrijd snel zou verliezen).

Als het in de rechtspraak aan integriteit ontbreekt, is er ook nog de publieke opinie, en de uitingen daarvan. Uiteindelijk zijn die uitingen de graadmeter of een bepaalde rechtsorde als legitiem wordt ervaren of althans geaccepteerd, of wordt verworpen als zijnde (te) onethisch. In laatste instantie wordt een bestaande rechtsorde door de staat met geweld gehandhaafd, tenzij de staat op enig

---

1 Zie als intro bijvoorbeeld: [https://nl.wikipedia.org/wiki/Algemene\\_beginselen\\_van\\_behoorlijk\\_proces](https://nl.wikipedia.org/wiki/Algemene_beginselen_van_behoorlijk_proces):

"Gezaghebbend, maar zonder directe werking in het Nederlands recht, is artikel 10 van de Universele verklaring van de rechten van de mens over het recht op een eerlijk proces. Vaker wordt verwezen naar artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dat in Nederland algemeen beschouwd wordt als het belangrijkste kader voor de beginselen van behoorlijk proces, omdat het het grondrecht op een eerlijk proces (*fair trial*) formuleert. De Waard ontleent hieraan vier beginselen: • het decisiëbeginsel: recht op een behandeling en beslissing binnen een redelijke termijn; • het verdedigingsbeginsel (hoor en wederhoor); • het onpartijdigheidsbeginsel: recht op onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak; • het motiveringsbeginsel: recht op motivering van de uitspraak;

Daarnaast kan men nog onderscheiden: • het beginsel van toegang tot de rechter (*jus de non evocando*) • het recht van partijen op rechtsbijstand; • het openbaarheidsbeginsel: het recht op (interne) openbaarheid: de interne openbaarheid garandeert dat betrokkenen inzage hebben in alle stukken, de externe openbaarheid maakt dat de samenleving de rechtsgang kan controleren; • Soms wordt ook het recht van appel aangemerkt als een van de beginselen van behoorlijk proces. Een partij moet in een proces in hoger beroep kunnen gaan, een gang naar een rechter in tweede instantie moet in beginsel open staan. Dit wordt ook wel het beginsel van dubbele aanleg genoemd."

moment zelf omver wordt geworpen of overgenomen door een groep met een andere opvatting over hoe een integere rechtsorde eruit ziet.

Dat laatste zie ik in Nederland niet snel gebeuren. De macht van de Nederlandse staat is stevig verankerd. Ik zou het ook niet wenselijk vinden. Want ondanks de door mij waargenomen, structurele integriteitsgebreken in de Nederlandse bestuursrechtspraak, hebben Nederlandse burgers het in vergelijking tot het overgrote deel van de wereld relatief heel goed, zowel economisch en ten aanzien van de kwaliteit van hun leefomgeving, als qua rechtsbescherming. De Nederlandse staat en de elite die haar bestuurt, zijn voorsnog rijk genoeg om veel onvrede af te kopen door een deel van de beschikbare staatsmiddelen met de overige inwoners van het land te delen in de vorm van infrastructuur, medische zorg, gesubsidieerde educatie, bijstandsuitkeringen en dergelijke.

Mochten de geopolitieke en economische verhoudingen in de wereld veranderen, of mocht als gevolg van klimaatverandering de zeespiegel snel gaan stijgen, dan kan de situatie in Nederland veranderen, met als risico legitimiteitsverlies van de overheid, chaos en geweld. Maar nu is dat nog niet aan de orde - een hele geruststelling voor allen onder ons die familie zijn van de struisvogel!

Na deze context, opnieuw terug naar de concrete casus van dit hoger beroep, te weten het gebrek aan integriteit in de uitspraak van de rechtbank, en de mogelijke beweegredenen van de rechter in beroep om zich zo te gedragen. In mijn persbericht d.d. 7 september 2019 heb ik hierover het volgende gezegd:

"(...) Met name ook welke argumenten de rechtbank allemaal negeert. Er zijn slechts drie mogelijkheden: ofwel de rechter was incompetent, ofwel hij was zeer gemakzuchtig, ofwel hij liet zich op een oneigenlijke manier beïnvloeden. Tijdens de zitting ervoer ik de rechter zeker niet als incompetent, integendeel.

Er zijn verschillende vormen van corruptie denkbaar. Ik geloof zeker niet dat de rechter steekpenningen of iets dergelijks heeft ontvangen. Maar ik geloof wel dat er in het Nederlandse bestuurlijke establishment vormen van groepsdenken bestaan, waarbij de wet subtiel terzijde wordt geschoven of op een oneigenlijke manier wordt 'gekneed' om bepaalde bestuurlijke doelen te bereiken. We maken ons zorgen over ondermijning van onafhankelijke rechtspraak in landen als Polen en Hongarije. Maar er zijn ook subtielere vormen van ondermijning mogelijk. Op basis van mijn ervaringen de afgelopen jaren in diverse casussen, en wat ik van anderen gehoord heb, denk ik dat dat ook in Nederland aan de orde is."

Net zoals ik niet geloof dat die rechter incompetent was, geloof ik ook niet dat hij gemakzuchtig was. Ik vermoed (zonder het zeker te weten) dat hij zich oneigenlijk liet beïnvloeden door de angst een uitspraak te doen die bij anderen in zijn professionele netwerk (van belang voor zijn verdere carrière en zijn goede relaties) niet goed zou vallen, en dat hij daarom heeft gepoogd om de zaak door middel van een uitspraak in de hoofdzaak plus een tamelijk summier motivering zo snel mogelijk door te schuiven naar uw Afdeling. Dat zou begrijpelijk zijn, maar niet rechtstatelijk. Op die manier zou mijn "recht van appel" / "het beginsel van dubbele aanleg" (zie voetnoot 1 op vorige pagina) worden aangetast, omdat het dan uw Afdeling zou zijn die feitelijk (*for all practical purposes*) mijn zaak in eerste en enige aanleg behandelt, en dus niet pas in tweede aanleg.

## **2.2 Precedentwerking op het gebied van interpretatie en normstelling AVG**

De hiervoor in paragraaf 2.1 beschreven gebreken in de uitspraak van de rechtbank zijn voorbeelden van de manieren waarop de rechtbank ten onrechte voorbij gaat aan bijna alle argumenten die ik mijn beroepschrift d.d. 5 augustus 2019 heb aangevoerd, en die ik heb aangevuld in mijn repliek van 28 augustus 2019.

Deze gebreken doen overigens niets af aan de correcte, compacte en toch vloeiende, routineuze juridische taal die de betreffende rechter hanteert. Met de taalkundige vorm is niets mis.

Maar de voorbeelden in paragraaf 2.1 maken wel duidelijk dat als deze uitspraak niet in hoger beroep wordt bestreden, er door middel van deze jurisprudentie een precedent wordt geschapen voor een interpretatie van de AVG die geen recht doet aan wat de Europese wetgever met de AVG beoogde. De AVG zou geen enkele reële privacy-bescherming meer bieden, omdat het in Nederland "normaal" en wellicht zelfs "vaste jurisprudentie" zou worden dat rechters de beweringen van verwerkingsverantwoordelijken over de noodzaak van gegevensverwerking niet meer hoeven te toetsen, zolang die verantwoordelijken maar één of andere algemene doelstelling of wet noemen en stellen dat die de basis biedt voor een grondslag zoals bedoeld in artikel 6 AVG (voor overheden: art. 6 lid 1 onder e AVG, voor particuliere bedrijven: art. 6 lid 1 onder b of f AVG).

Naast mijn primaire, concrete belang bij privacy wanneer ik zelf als individu mijn huishoudelijke afval deponeer, heeft die precedentwerking secundair ook meegespeeld in mijn afweging of ik in hoger beroep ga tegen de uitspraak van de rechtbank.

## **2.3 Persoonlijke afweging - heb ik voldoende vertrouwen in de Nederlandse bestuursrechtspraak?**

Dat ik gekozen heb om bij uw Afdeling in hoger beroep te gaan, doet niets af aan mijn geschonden vertrouwen en mijn twijfel aan de zinvolheid van een rechtsgang in Nederland. Als de rechterlijke macht in relatie tot burgers de redelijkheid achter zich laat en alleen nog maar redeneert vanuit gevestigde belangen van collega-overheden, dan is het de vraag of een verdere juridische dialoog over deze zaak nog zinvol is.

In Arnhem zien we nu al dat op de plekken waar de afvalcontainers recent weer gesloten zijn, het illegaal dumpen van afval weer toeneemt.<sup>2</sup> Als de rechtsstaat in Nederland in feite niet adequaat functioneert, althans niet op het gebied van privacy, dan is burgerlijke ongehoorzaamheid misschien effectiever. Dat hebben andere Arnhemmers misschien wat eerder in de gaten gehad dan ik. Het lijkt me op zich minder zinvol om als idealistische Gekke Henkie te gaan soebatten bij rechterlijke instanties die mijn argumenten toch niet serieus nemen. Misschien moet de wal het schip maar keren. Die gedachte is althans herhaaldelijk bij me opgekomen.

Maar ik vind dat ik het nog een kans moet geven. Mocht uw Afdeling dan in hoger beroep opnieuw de (in essentie) zelfde monoloog herhalen die eerder al is afgestoken door de gemeente, de AP en de rechtbank, dan weten we in ieder geval waar Nederland staat.

---

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld: <https://www.gelderlander.nl/arnhem/ergernis-en-zorg-in-arnhem-over-volle-vuilniszakken-naast-afgesloten-containers~a5437ff9/>



## 2.4 Maatschappelijk belang van transparante rechtsvorming - ook in Europa

Die behoefte aan duidelijkheid is voor mij doorslaggevend geweest in mijn keuze om in hoger beroep te gaan. Ook als er sprake is van "rechtsvorming" die grondrechten schendt, is het beter als dat op een duidelijke wijze gebeurt, dan dat het op een verholde wijze gebeurt. Als de AVG niet meer is dan windowdressing, dan is het goed dat zoveel mogelijk mensen dat weten en zich er bewust van zijn en blijven, zodat ze er in hun privé-leven rekening mee kunnen houden.

In 2013 werd ik zelf pas echt "wakker" op het gebied van privacy door de onthullingen van Edward Snowden over het grootschalige, systematische, illegale en onrechtstatelijke handelen van verschillende overheden. Gelukkig hoef ik, anders dan Snowden, zelf niks illegaals te doen om duidelijkheid te krijgen hoe het er in dit opzicht voorstaat met de rechtsstaat in Nederland. Ik kan het gewoon aan uw Afdeling vragen, en dat doe ik door middel van dit hoger beroep, mogelijk gevolgd door nog enkele hoger-beroepen in andere, reeds lopende zaken. Bij elkaar geeft dat dan een beeld van de stand van zaken.

### ***De rol van Europa***

Ik weet niet of Zeus, toen hij Europa ontvoerde, de gedaante had aangenomen van een Blaarkop of een Lakenvelder. Hoe dat ook zij, het lijkt soms of de Nederlandse overheid het Europese Unierecht op sleeptouw probeert te nemen door het verkeerd te interpreteren. Een voorbeeld daarvan heb ik genoemd aan het eind van paragraaf 3.5.6 van mijn beroepschrift (pag. 66-68).

Als het gaat om de rol van de Europese Unie (EU) in relatie tot de AVG, heb ik twee verschillende signalen gekregen. Enerzijds heb ik inmiddels van verschillende kanten gehoord dat het nooit de bedoeling van de EU zou zijn geweest om met de AVG de privacy van Europese burgers te beschermen, maar alleen om met de AVG de positie van de EU en die van het Europese bedrijfsleven te beschermen tegen Amerikaanse en Chinese tech-reuzen zoals Google, Facebook, Huawei en Alibaba.

De uitspraak van de rechtbank in de door mij aan uw Afdeling voorgelegde casus lijkt in overeenstemming te zijn met die opvatting over de vermeende bedoeling van de EU met de AVG.

Anderzijds heb ik ook gelezen dat het standaardwerk *The Age of Surveillance Capitalism*<sup>3</sup> op tafel lag in de werkkamer van eurocommissaris voor mededinging Margrethe Vestager, waarmee zij een duidelijk signaal gaf dat zij de privacy van burgers belangrijk vindt. Deze eurocommissaris, die onder de aankomende commissievoorzitter Ursula von der Leyen waarschijnlijk één van de vice-voorzitters wordt, staat bekend om de congruentie tussen haar woorden en daden.

De vraag is dus hoe er straks in Europa gedacht zal worden over de uitspraken van uw Afdeling in deze casus en ten minste één andere privacy-casus (OV-chipkaart) die ik aan u zal voorleggen. Zal Europa onder de indruk zijn van de Nederlandse stier en zich gewillig door hem laten meevoeren?

---

3 Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism - the Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Hachette Book Group, January 2019. Genoemd in: <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/03/18/margrethe-vestager-de-powervrouw-van-brussel-a3953638>. (De advocaat van één van mijn wederpartijen in een andere casus noemde het recentelijk ter zitting van de Rechtbank Gelderland "een onleesbaar boek". Ik vond het juist boeiend.)

### 3 Beroepsgronden

#### 3.1 Verwijzing naar genegeerde gronden in beroepschrift en repliek

In paragraaf 2.1 van dit hogerberoepschrift heb ik reeds de kern aangegeven van mijn bedenkingen tegen de door mij bestreden uitspraak van de rechtbank op mijn beroep. Deze moeten geacht worden deel uit te maken van de door mij in hoger beroep aangevoerde gronden.

De rechtbank heeft de meeste door mij in mijn beroepschrift aangevoerde gronden genegeerd of zonder substantiële onderbouwing weggewuifd. Ik zal hier als handreiking een aantal van die gronden opnoemen, met verwijzing naar vindplaatsen in mijn beroepschrift d.d. 5 augustus 2019 en mijn repliek d.d. 28 augustus 2019 (met verwijzing naar de randnummers van de gemeente en de AP waarop ik in die repliek reageer).

- Er is nog steeds geen noodzaak aangetoond voor de verwerking van de persoonsgegevens op de adresgebonden afvalpas. Beroepschrift: paragrafen 3.1 onder (1), **3.5**, 3.6. Repliek: ad randnr. gem. [10] onder a), [15], [18], [20], [31], [33] onder d) en f), [34] onder c), [35], [37], [38], [42] onder c) t/m e), [43]; ad randnr. AP [42-44], [46-49].
- Er worden opnieuw persoonsgegevens verwerkt. Beroepschrift: par. 3.1 onder (2), **3.7**. Repliek: ad randnr. gem. [5], [43] onder a); ad randnr. AP [randnr. 23], [30], [37-38]
- Er is niet voldaan aan het subsidiariteitsbeginsel (alternatieven). Beroepschrift: par. 3.6.
- Er is niet voldaan aan het vereiste van doelbinding, vanwege de ontkenning van het feitelijke doel (diftar met inkomensherverdeling) en vanwege het ontbreken van doelmatigheid m.b.t. het door de gemeente verkondigde quasi-doel (preventie van dumping). Beroepschrift: par. **3.5.2**, 3.5.4. Repliek: ad randnr. gem. [37], [39], [44-46]; ad randnr. AP [1], [50].
- Er is niet voldaan aan de vereisten van gegevensminimalisatie en privacy-by-design. Beroepschrift: par. 3.5.3. Repliek: ad randnr. gem. [38].
- De gemeente en de AP vatten de wettelijke taak van de gemeente verkeerd op, en verwarren ten onrechte een wettelijke basis voor een categorie van verwerkingen (noodzakelijk, maar niet voldoende) met de wettelijk eveneens vereiste grondslag voor een concrete, afzonderlijke verwerking. Beroepschrift: 3.5.5, **3.5.6**. Repliek: ad randnr. gem. [31], [33], [34].
- De bewijslast is door de AP (en de rechtbank) ten onrechte (impliciet) verplaatst van de gemeente naar het data-subject, a) ten aanzien van noodzakelijkheid; b) voor wat betreft alternatieven; c) voor wat betreft het instandhouden of opheffen van de last. Beroepschrift: par. 3.3, 3.5.1, 3.6. Repliek: ad randnr. gem. [34] onder c); ad randnr. AP [40-41].
- Er heeft geen deugdelijke belangenafweging door de AP plaatsgevonden, ook niet in de bezwaarprocedure. Beroepschrift: par. 3.4. Repliek: ad randnr. AP [40-41].

### 3.2 Het belang van effectieve rechtsbescherming in relatie tot het EVRM

De legitimiteit van een rechtsorde is in hoofdzaak afhankelijk van twee dingen:

- (1) De (perceptie van de) ethische juistheid van de geldende wetten en regels;
- (2) De effectiviteit van de rechtsbescherming die geboden wordt door die rechtsorde.

Voor wat betreft de ethische juistheid van wetten en regels, heb ik in deze en andere door mij gevoerde rechtszaken op het gebied van privacy steeds betoogd dat de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) geïnterpreteerd moet worden op een manier die in overeenstemming is met het doel van artikel 8 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), inclusief het hoge beschermingsniveau dat het EVRM beoogt te bieden als het gaat om de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van mensen.<sup>4</sup>

De vereiste effectiviteit van de rechtsbescherming is daarvan een afgeleide, en maakt eigenlijk deel uit van de ethische juistheid van wetten en regels. Zonder effectieve rechtsbescherming, dat wil zeggen: zonder een rechtsbescherming die omgezet wordt in feitelijke toepassing van de wettelijke regels en ethisch verantwoorde rechterlijke oordelen daarover in de praktijk, verwordt het recht tot een onethisch rookgordijn (een schaamlap, papieren façade, windowdressing) ter facilitering van de realisatie van ambities van machthebbers die in rechte niet werkelijk aanspreekbaar zijn.

Momenteel zien we in vele landen van de wereld dat, ondanks prachtige formele wetten die allerlei mensenrechten lijken te beschermen, en ondanks een uitgebreide, hiërarchisch keurig georganiseerde rechterlijke macht, met imposante gerechtsgebouwen en fraaie (of minder fraaie) toga's en andere ontzagwekkende attributen, mensen niet effectief beschermd worden door zo'n wettelijk en justitieel apparaat.

De vormen en symbolen van rechtsbescherming zijn daar een lege huls geworden (of bijna vanaf het begin al geweest). Ook Nederland is niet immuun voor die tendens.

Op 25 mei 2018 is de AVG (Engels: GDPR) handhaafbaar geworden, en daarmee in feite deels in werking getreden. Formeel was de AVG al in mei 2016 in werking getreden, maar de AVG lijkt ondanks die "voorbereidingstijd" op dit moment, september 2019, feitelijk nog steeds niet volledig in werking te zijn getreden - getuige de manier waarop er in verschillende Europese landen door de nationale toezichthouders in de praktijk met ingediende klachten wordt omgegaan. In sommige EU-lidstaten worden behandeltermijnen bijvoorbeeld structureel enorm overschreden (meer dan een jaar in plaats van de door de AVG vereiste primaire termijn van maximaal drie maanden).

In de casus die ik thans aan uw Afdeling voorleg, blijkt er op het niveau van de lagere rechter geen sprake te zijn van rechtsbescherming, laat staan van effectieve rechtsbescherming. Dit schaadt de geloofwaardigheid van de AVG, van de Nederlandse rechtspraak en uiteindelijk ook die van de AP en Nederlandse verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers. Als het nog even zo doorgaat, gelooft geen enkele Nederlandse burger nog dat zijn privacy adequaat beschermd is - ook al zullen veel burgers, ter vermindering van cognitieve dissonantie, uit die situatie vervolgens afleiden dat privacy ook helemaal niet belangrijk is. Want niemand wil zich graag onveilig of bespied voelen.

---

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld: ECLI:NL:HR:2011:BQ8097.

### 3.3 "Een beetje verwerken" van persoonsgegevens is ook verwerken

Dankzij de media-aandacht voor de door mij gevoerde privacy-rechtszaken, worden er onder verschillende nieuwsberichten op internet in de reactie-rubrieken discussies gevoerd. Op de website Security.nl vindt bijvoorbeeld de volgende uitwisseling plaats:

**Anoniem (A), 8 september 2019, 15:07 uur:**

Ik denk dat de rechter ook een beetje zegt dat als je echt een probleem hebt, het wat anders is als dat je naar de rechter gaat om enkel het grotere gelijk te halen. Want daar kun je bijvoorbeeld ook brieven over naar de krant schrijven. Of naar een kamerlid. (...) Maar een zinnige rechter vraagt zich ook telkens af, wat voor schade heb jij er eigenlijk zèlf van, klager? Is dat eigenlijk niks, dan rechtvaardigt dat een marginale beschouwing. (...) Dat heeft de rechtbank in mijn ogen zeer elegant opgelost. (...)

**Anoniem (B), 8 september 2019, 15:49 uur:**

Er is niks elegants aan het domweg niet ingaan op wat iemand zegt maar wel napraten wat de gemeente zegt. Als de rechter (zoals jij denkt) vindt dat er best wel een beetje persoonsgegevens mogen worden verzameld ook al is het niet echt nodig, als het maar niet te veel schade geeft, waarom zegt die rechter dat dan niet gewoon? Mogen wij niet weten dat hij dat denkt? Misschien omdat de wet iets anders zegt?

Volgens de uitspraak vindt de rechter dat het wel nodig (nodig!) is om die gegevens te verzamelen, vanwege 'afvaltoerisme'. Hoeveel toerisme is dat dan? Is Arnhem het Venetië van de vuilniszakken? Ik heb nog steeds nergens gelezen waarom dat nodig zou zijn, als het in allerlei andere gemeenten niet nodig is. (...)<sup>5</sup>

De inhoud van deze gedachtenwisseling tussen reageerders is om twee redenen relevant. Ten eerste omdat de voorzieningenrechter ter zitting op 29 augustus expliciet zei dat er in dit geval sprake was van een spoedeisend belang, puur omdat er een inbreuk op mijn privacy wordt gepleegd in de vorm van verwerking van mijn persoonsgegevens [zonder mijn instemming]. Stel dat de hypothese van Anoniem (A) klopt, en de rechter het geoorloofd acht om zonder noodzaak persoonsgegevens te verwerken als dat in de ogen van de rechter slechts geringe schade kan aanrichten, hoe verhoudt zich dat dan tot de uitspraak van de rechter over spoedeisendheid?

Ten tweede is het, zoals Anoniem (B) aangeeft, van belang om te weten of uw Afdeling wellicht van opvatting is dat persoonsgegevens zonder noodzaak mogen worden verwerkt als de privacy-schending of de (kans op) gevolgschade slechts gering is. En als uw Afdeling die mening zou zijn toegedaan, welke criteria uw Afdeling dan hanteert om de ernst van de schending of de ernst van het risico vast te stellen, en op welke (wettelijke of andere) grond u die criteria dan baseert.

Zelf ben ik van opvatting, en ik meen mij daarin gesteund te weten door de AVG en het EVRM, dat er zonder noodzaak of vrijwillige instemming van betrokkene helemaal geen persoonsgegevens mogen worden verwerkt. Immers, bij persoonsgegevens gaat het om de integriteit van de persoonlijke levenssfeer van een mens. Net zoals "een beetje aanranding" niet mag, zo mag "een beetje schending van de persoonlijke levenssfeer" ook niet, althans niet zonder echte noodzaak.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> <https://www.security.nl/posting/623449/Privacy-activist+verliest+zaken+over+afvalpas+en+OV-chipkaart>

<sup>6</sup> Zie ook paragraaf 2.3 van mijn beroepschrift ("Het belang van normstelling in toezicht en handhaving").

### **3.4 Bewijslast voor noodzaak en subsidiariteit gegevensverwerking ligt bij verantwoordelijke - en de rechter moet toetsen of daaraan is voldaan**

a) Artikel 5 lid 2 AVG vereist van de verwerkingsverantwoordelijke dat die aantoont dat een concrete, afzonderlijke verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is (art. 5 lid 1 onder c) AVG) voor het verwezenlijken van een "welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doel" (art. 5 lid 1 onder b) AVG), en voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel (art. 5 lid 1 onder c) AVG). Als de verwerkingsverantwoordelijke dit niet kan aantonen, is de gegevensverwerking onrechtmatig.

Hiermee legt de AVG de bewijslast dat er een noodzaak bestaat voor de gegevensverwerking uitdrukkelijk bij de verwerkingsverantwoordelijke. Als toezichthouder dient de AP te toetsen of de verwerkingsverantwoordelijke aan die verantwoordingsplicht heeft voldaan. Zo niet, dan is er sprake van een overtreding en dient de AP over te gaan tot handhaving - tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden.

De AP heeft, anders dan bij haar weigering tot handhaving in 2017, ditmaal niet aangevoerd dat er sprake zou zijn van "bijzondere omstandigheden".

#### ***Aantoonbare noodzaak ex art. 6 lid 1 onder e AVG moet voldoen aan criteria art. 8 lid 2 EVRM en voortvloeien uit Nederlandse wet in formele zin***

b) De rechtbank omschrijft het doel dat de gemeente heeft aangevoerd terecht als "het verzamelen van huishoudelijk afval", en de rechtvaardiging van dat doel als "een wettelijke zorgplicht" op grond van "hoofdstuk 10, meer in het bijzonder artikel 10.21, van de Wet milieubeheer." Op dit punt verschil ik met de rechtbank niet van mening. De Wet milieubeheer is een wet in formele zin.

c) Maar vervolgens gaat de rechtbank, zoals ik in paragraaf 3.5 zal laten zien, ten onrechte voorbij aan de vraag of de specifieke werkwijze waarvoor de gemeente bij het uitvoeren van haar wettelijke taak (dan wel: taak van algemeen belang) zelf gekozen heeft, in overeenstemming met het Landelijk Afvalbeheerplan, wel of niet noodzakelijk is om die wettelijke taak (conform de Wet milieubeheer) te kunnen vervullen.

d) Maar zolang die vraag niet is beantwoord, met een degelijke onderbouwing, is er niet voldaan aan het vereiste dat er een noodzaak is aangetoond. Dat had de AP moeten constateren, en de rechtbank had dat ook moeten constateren. Des te meer omdat ik hier nog eens op had gewezen in mijn repliek d.d. 28 augustus 2019 (pag. 11), naar aanleiding van randnummer [31] van de reactie d.d. 26 augustus van de gemeente. Ik schreef daar:

"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)"

**e)** Er is dus sprake van twee voorwaarden voordat een noodzaak in de zin van art. 6 lid 1 onder e) AVG (art. 8 onder e Wbp) geacht kan worden te zijn aangetoond voor een specifieke, afzonderlijke verwerking van persoonsgegevens:

- (1) De noodzaak moet voldoen aan de criteria (de definitie) in lid 2 van artikel 8 EVRM;
- (2) De noodzaak moet voortvloeien uit een taak die omschreven is in een Nederlandse wet in formele zin, dat wil zeggen dat het zo moet zijn dat die taak, zoals omschreven in die wet, alleen vervuld kan worden als de betreffende persoonsgegevens worden verwerkt (want anders is er geen sprake van een "noodzaak" voor de verwerking, maar alleen van een mogelijkheid voor de verwerking. Die verwerking is dan niet meer dan een optie, waarvan de toelaatbaarheid afhangt van de vrijwillige instemming van de betrokkene.

***De rechtbank scheidt verwarring over de rol van de wet in formele zin...***

**f)** De rechtbank schrijft over deze tweede voorwaarde:

8.1. Anders dan eiser betoogt, hoeft niet elke verwerking van persoonsgegevens te berusten op een wet in formele zin die dat specifiek voorschrijft of toelaat. (...)

Maar dat heb ik niet betoogd. Dat laatste stukje van de zin ("...die dat specifiek voorschrijft of toelaat") heeft de rechter er zelf aan vast geplakt. Dat is niet van mij afkomstig. Sterker nog, in mijn repliek d.d. 28 augustus 2019 heb ik, zoals hierboven onder **d)** geciteerd, juist aangegeven dat ik niet die mening ben toegedaan. Kennelijk kon of wilde de rechter dat niet correct lezen.

De mening die ik wel ben toegedaan, is dat een wet in formele zin een categorie van gegevensverwerkingen legitimeert, namelijk alle gegevensverwerking ten dienste van het met die wet beoogde doel, maar nog niet elke specifieke, afzonderlijke verwerking. Want voor de legitimering van een specifieke, afzonderlijke gegevensverwerking is naast zo'n legitimerende wet (als eerste voorwaarde) ook nog het bestaan nodig van een specifieke, afzonderlijke noodzaak die betrekking heeft op en voortvloeit uit de omstandigheden van het concrete geval.

**g)** Vervolgens verwijst de rechter, geheel ten overvloede, naar overweging (45) bij de AVG, die ik ook reeds geciteerd had in mijn repliek, om aan te geven dat hetgeen hij mij ten onrechte in de mond had gelegd, niet in overeenstemming is met die overweging. Maar ik verschill op dat laatste punt helemaal niet met hem van mening. Waarover ik wel met hem van mening verschill, is dat ik het onbehoorlijk vind dat de rechter mij iets in de mond legt wat ik feitelijk niet heb beweerd.

**h)** Door op deze manier verwarring te scheppen (*to muddy the waters*) leidt de rechtbank ten onrechte de aandacht af van wat ik in mijn beroepschrift en repliek wèl naar voren had gebracht, en wat ik in deze paragraaf van mijn hogerberoepschrift opnieuw naar voren breng.

Op deze manier halen zowel de AP als de rechtbank de substantie van de bewijslast dat er aan het noodzakelijkheids criterium en het subsidiariteits criterium is voldaan, stilzwijgend weg bij de gemeente, in strijd met artikel 5 lid 2 AVG.

**i)** En waar komt de substantie van die bewijslast vervolgens terecht? De AP en de rechtbank zeggen het niet expliciet. Maar door de bewijslast weg te halen bij de verwerkingsverantwoordelijke, verplaatsen zij die last in de praktijk stilzwijgend naar de betrokken burger (het data-subject).

Zolang het data-subject niet aantoont dat er strijd is met het noodzakelijkheids criterium of het subsidiariteitscriterium, gaan de AP en de rechtbank er zonder onderbouwing vanuit dat er aan die criteria is voldaan, puur op grond van het feit dat de gegevensverwerking op zichzelf niet in strijd hoeft te zijn met de wettelijk taak. Maar "niet in strijd hoeven zijn met" is iets heel anders dan "noodzakelijk zijn op grond van". Dat weigeren de AP en de rechtbank te onderkennen.

j) En hoe kan een betrokkene aantonen dat iets in strijd is met een zeer algemeen geformuleerde "taak van algemeen belang"? Dat is zo iets als aantonen dat God niet bestaat - een notoir moeilijke opgave, waarin tot op heden nog niemand geslaagd is (zelfs Richard Dawkins niet)<sup>7</sup>.

**... en creëert op die manier ruimte voor bestuurlijke willekeur**

k) Op die manier geven de AP en de rechtbank, zoals ik hiervoor in paragraaf 2.1 al betoogde, aan de verwerkingsverantwoordelijke (in casu de gemeente):

"een vrijbrief voor willekeur, zolang die maar wordt vermomd met een dun vernis in de vorm van een retorische verwijzing naar een "taak van algemeen belang" of een wet. Als de gemeente iets op een zodanige manier wil doen dat daarbij persoonsgegevens worden verwerkt, dan is het volgens die benadering dus nodig dat die gegevens worden verwerkt. Op die manier wordt het noodzakelijkheids criterium in de AVG gereduceerd tot retorische formaliteit, een rituele dans ter rechtvaardiging van willekeur van de betreffende overheidsinstantie. Daarmee wordt de AVG gereduceerd tot een wassen neus, die geen reële (rechts)bescherming biedt."

l) In 2017 probeerde AP het noodzakelijkheids criterium ook al stilzwijgend te vervangen door een "passendheids criterium", door in haar afwijzing d.d. 20 april 2017 van mijn handhavingsverzoek te betogen dat de gegevensverwerking "paste bij" de wettelijke taak van de gemeente. In mijn bezwaarschrift d.d. 8 mei 2017 (pag. 27-28) schreef ik daarover het volgende:

Onder randnummers [36] en [37] van haar besluit concludeert de AP uit de bedoelingen die de gemeente etaleert:

*"...dat de doeleinden van de verwerking van persoonsgegevens door het college voor het aanmaken en beheren van de afvalpas alsmede het openen van de afvalcontainer past [sic] binnen een goede vervulling van de publiekrechtelijke taak van de gemeente Arnhem, zoals deze nader is omschreven in de Wet milieubeheer, de APV van de gemeente Arnhem en haar afvalbeleid."*

(...) De AP vervangt achter randnummer [36] op eigen houtje het wettelijke en in Europese jurisprudentie vastgelegde noodzakelijkheids criterium door een zeer vaag "passendheids criterium". Dat zullen Europese rechters niet leuk vinden.

m) Kennelijk heeft de AP niet wezenlijk willen leren van die procedure. Weliswaar noemt de AP het door haarzelf bedachte, onrechtmatige "passendheids criterium" niet meer hardop, maar zij hanteert het nog steeds, en de rechtbank maakt daar geen korte metten mee, maar wuift die met het EVRM en de AVG strijdige benadering goedkeurend door.

---

7 Richard Dawkins, *The God Delusion*, New York, 2006.

***Lagere regelgeving mag niet opgevat worden als God; zie ook de Constanzo-verplichting***

n) In mijn bezwaarschrift d.d. 8 mei 2017 (gericht tegen afwijzing handhavingsverzoek) constateerde ik in dit verband ook, zoals geciteerd in paragraaf 3.5.6 (pag. 56-57) van mijn beroepschrift d.d. 5 augustus 2019 (gericht tegen opheffing handhavingsmaatregel):

Uit de tekst achter randnummer [36] [van het afwijzingsbesluit d.d. 20 april 2017] blijkt dat de AP ten onrechte de publiekrechtelijke taak van de gemeente (Wet milieubeheer) over één kam scheert met lokale regelgeving (APV) en lokaal beleid (afvalbeleid). Door dit onderscheid te verwaarlozen, “gunt” de AP zichzelf de mogelijkheid om ten onrechte voor te wenden dat lokale regelgeving en lokaal beleid mede bepalend zou zijn voor wat de publiekrechtelijke taak van de gemeente inhoudt. Dat is onjuist.

De vraag of er met de verwerking van de persoonsgegevens voldaan wordt aan het noodzakelijkheids criterium in artikel 8 sub e Wbp (nodig voor vervulling publieke taak), kan alleen goed beantwoord worden wanneer de publieke taak op het gebied van afvalverwerking zo breed wordt opgevat als hij in de Wet milieubeheer is gedefinieerd. Want alleen dan is die opvatting in overeenstemming met het EVRM, zoals ik in paragraaf 4.2.1 heb onderbouwd. Daarbij moet de Wbp geacht worden een uitwerking te zijn van het EVRM, en dus ook in die zin geïnterpreteerd worden.

De nadere invulling die de gemeente aan haar wettelijke taak geeft, kan niet gebruikt worden om de definitie van haar “publieke taak” zodanig te vernauwen of te veranderen dat het strijd gaat opleveren met artikel 8 EVRM en de Wbp.

o) Nu de rechtbank in navolging van de AP en de gemeente verwijst naar lagere regelgeving, niet zijnde een wet in formele zin, als grond waarom regelgeving een "noodzaak" voor de verwerking van persoonsgegevens met zich mee zou brengen, wil ik in aanvulling op paragraaf 3.5.6 van mijn beroepschrift<sup>8</sup> nog wijzen op de zogeheten Constanzo-verplichting.

Het grondrecht op privacy zoals vastgelegd in het EVRM (internationaal verdrag) heeft voorrang op Unierecht en Europese regelgeving. Als Unierecht (indirect) een verplichting met zich mee zou brengen om een internationaal verdrag te schenden, dan moet het desbetreffende Unierecht op dat punt buiten toepassing worden verklaard, ook door bestuursorganen zoals de AP, op grond van de Constanzo-verplichting.<sup>9</sup> Voor lagere regelgeving, zoals landelijk of gemeentelijk afvalbeleid, geldt met het oog op de rechtseenheid al helemaal een dergelijke buiten-toepassing-verklaring voor zover er sprake is van strijd met hogere regelgeving.

***Conclusie: rechtbank heeft verzuimd de bewijstlast daar te leggen waar die hoort***

p) Artikel 5 lid 2 AVG legt echter de bewijstlast dat er sprake is van een werkelijke, materiële noodzaak met het oog op een gerechtvaardigd doel bij de verwerkingsverantwoordelijke. Een algemeen, niet nader gespecificeerd doel uit de lucht plukken om daar met een toverformule een noodzaak voor een concrete verwerking aan op te hangen die feitelijk voortvloeit uit het eigen beleid, is in strijd met art. 5 lid 2 AVG. De rechtbank heeft verzuimd dat te onderkennen.

<sup>8</sup> Aan het einde van paragraaf 3.5.6 van mijn beroepschrift ga ik tevens in op de eis die artikel 10.1 Grondwet stelt ten aanzien van een formele wet als voorwaarde voor een inbreuk op de privacy, ook in relatie tot de bedoeling en het werkbereik van de AVG.

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld de conclusie van staatsraad advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven ten aanzien van “exceptieve toetsing”, 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.



### **3.5 Interpretatie van "marginale toetsing" is in strijd met internationaal en Europees recht als die interpretatie in de weg staat aan een hoog beschermingsniveau**

#### **3.5.1 Gebreken in de toetsing die de rechtbank heeft verricht**

De toetsingsmethodiek die de rechtbank heeft gehanteerd in zijn beoordeling van mijn beroepschrift (in de bodemprocedure en naar aanleiding van mijn verzoek om voorlopige voorziening), bevat twee cruciale gebreken. Eerst schrijft de rechtbank:

5. Bij zijn beslissing of hij gebruik maakt van zijn bevoegdheid om een last onder dwangsom op te heffen, komt aan het bestuursorgaan beslissingsruimte toe. Het bestuursorgaan is gehouden tot een grondige heroverweging van de last onder dwangsom. In dit geval bestaat, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, slechts dan een reden om niet over te gaan tot het opheffen van de last onder dwangsom als er na die opheffing weer sprake is van een overtreding bestaande uit de verwerking van persoonsgegevens op de afvalcontainers in strijd met artikel 8 en 11, eerste lid, van de Wbp en met de daarmee corresponderende artikelen 5 en 6 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).

Hiermee lijkt de rechtbank op het eerste gezicht zijn toetsingsmethodiek duidelijk te maken. Criterium zal zijn of er bij de gegevensverwerking sprake is van een overtreding van de wetsartikelen die eisen dat er alleen gegevensverwerking plaatsvindt als daarvoor een noodzaak bestaat (noodzakelijkheids criterium), en als er geen minder ingrijpende alternatieven bestaan om hetzelfde doel te bereiken (subsidiariteit). Bovendien moet er, conform artikel 5 AVG, sprake zijn van een "gerechtvaardigd doel". In dit geval gaat het dan om het doel van de vervulling van een wettelijke taak of een "taak van algemeen belang" (art. 8 onder e Wbp; art. 6 lid 1 onder e) AVG).

Vervolgens bespreekt de rechtbank de aangepaste werkwijze van het bestuursorgaan (het college van B&W) en geeft aan dat de rechter de gegevensverwerking op basis van deze aangepaste werkwijze zal beoordelen:

6. Vaststaat dat het college de werkwijze bij het deponeren van afval in de ondergrondse containers heeft aangepast. (...)

7. De voorzieningenrechter gaat uit van deze nieuwe werkwijze en beoordeelt of verweerder de last heeft kunnen opheffen, omdat het college voor deze verwerking van persoonsgegevens een grondslag heeft en de verwerking voldoet aan de noodzakelijkheidstoets.

Dan volgt de inhoudelijke beoordeling van de rechtbank:

8. In artikel 6, eerste lid, aanhef en onder e, van de AVG is bepaald dat verwerking van persoonsgegevens rechtmatig is, als is voldaan aan de voorwaarde dat de verwerking noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen. Verweerder stelt zich terecht op het standpunt dat aan deze voorwaarde is

voldaan, omdat het college op grond van hoofdstuk 10, meer in het bijzonder artikel 10.21, van de Wet milieubeheer een wettelijke zorgplicht heeft voor het inzamelen van huishoudelijk afval. Het college hanteert in dit kader ook een gemeentelijk afvalplan dat (mede) gebaseerd is op het Landelijk Afvalbeheerplan dat conform titel 10.2 van de Wet milieubeheer door de minister is vastgesteld.

Hier maakt de rechtbank **een eerste, cruciale fout**, in het nadeel van mij als betrokkene. De rechtbank impliceert hier ten onrechte dat uit het loutere feit dat de gemeente (het college van B&W) op grond van de Wet milieubeheer een wettelijke zorgplicht heeft, een noodzaak voor een specifieke gegevensverwerking valt af te leiden.

De rechtbank verzuimt hier om te toetsen of er aan die wettelijke zorgplicht ook valt te voldoen zonder verwerking van persoonsgegevens.

Vervolgens noemt de rechtbank, bijna in één adem, het bestaan van een gemeentelijk afvalplan, dat mede gebaseerd is op een landelijk afvalbeheerplan. Maar de rechtbank maakt niet expliciet, en dus niet duidelijk, wat de relevantie van die plannen zou zijn voor de beoordeling of er wel of niet sprake is van een noodzaak voor de verwerking van persoonsgegevens.

In mijn beroepschrift en mijn repliek heb ik aangevoerd:

- (1) dat uit door de executieve zelfgekozen landelijk of gemeentelijk beleid op zichzelf geen "noodzaak" in de zin van de AVG kan worden afgeleid voor de verwerking van persoonsgegevens;
- (2) dat zelfs als er wordt uitgegaan van het hier genoemde beleid (het Landelijke Afvalbeheerplan en het gemeentelijke Afvalplan 2012-2020), daaruit geen noodzaak kan worden afgeleid voor de verwerking van persoonsgegevens.

Dan vervolgt de rechtbank:

9. De noodzakelijkheidstoets betekent dat moet worden voldaan aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Hier komen we aan het **tweede, cruciale gebrek** in de toetsing, en tevens de kern van het geschil tussen enerzijds mij als burger die een reële bescherming van zijn privacy wenst, en anderzijds de gemeente, de Autoriteit Persoonsgegevens en de rechtbank, die zulke bescherming van burgers kennelijk onnodig vinden.

Mijn argumentatie is dat, als de AVG wordt geïnterpreteerd in overeenstemming met artikel 8 EVRM, zoals volgens mij ook moet, dat dan de noodzakelijkheidstoets moet worden geïnterpreteerd conform het tweede lid van dat artikel. Er moet dan dus sprake zijn van een noodzaak "*voor zover [die] bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de ationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*"  
[Onderstrepingen van mij.]

De rechtbank slaat die fundamentele toets ten onrechte over, en spoedt zich haastje repje naar de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, die echter pas relevant zouden worden als er eerst is voldaan aan de noodzakelijkheidstoets conform artikel 8 EVRM.

### 3.5.2 Betekenis van artikel 8 EVRM

Naast de bescherming die de criteria in het tweede lid van artikel 8 EVRM bieden, biedt dit artikel impliciet iets nog fundamentele en belangrijkers, namelijk het criterium dat een "noodzaak" voor gegevensverwerking objectiveerbaar moet zijn, althans voldoende objectiveerbaar om als criterium te kunnen dienen voor alle verschillende landen en culturen in Europa. Europa wordt in belangrijke mate bijeengehouden door *the rule of law*, maar omgekeerd geldt ook dat de diversiteit van Europa *the rule of law* bijeen houdt, omdat die onontbeerlijk is als bindmiddel.

Deze wederzijdse afhankelijkheid is geworteld in vele eeuwen Europese geschiedenis. De rechtsstaat heeft kunnen ontstaan dankzij het feit dat er in Europa nooit één stabiel machtscentrum is geweest (ondanks pogingen van Rome, Karel de Grote, Karel V, Napoleon en Hitler), maar altijd diverse concurrerende machthebbers, die dus met elkaar en met hun eigen onderdanen en burgers compromissen moesten (leren) sluiten. Die ontwikkeling zet zich nu wereldwijd voort, maar dan voor wat betreft Europa grotendeels binnen de Europese Unie.

Als de toets aan artikel 8 EVRM wordt overgeslagen, zoals de rechtbank in deze casus doet, dan wordt daarmee de deur wijd open gezet voor willekeur van bestuursorganen, en in het verlengde daarvan ook (vanwege de "horizontale werking") willekeur van private organisaties, zoals grote bedrijven die net als overheden ten opzichte van burgers een machtspositie bekleden.

"We" staan dus nu op een kruispunt: nemen we het EVRM serieus bij vraagstukken ten aanzien van privacybescherming, of gooien we de mensenrechten in die kontekst overboord?

Het is me in ten minste één eerdere, door mij aan uw Afdeling voorgelegde zaak opgevallen dat, hoewel ik in mijn hoger beroep consequent naar het EVRM had verwezen, uw Afdeling in uw uitspraak volledig zweeg over het EVRM, en alleen verwees naar "de Europese privacy-richtlijn" (de voorloper van de AVG). Dat is een rechtspolitieke keuze.

Als er op het hoogste bestuursrechtelijke niveau in Nederland een consensus zou bestaan dat het EVRM moet worden doodgezwegen in privacy-zaken, dan voorspelt dat weinig goeds voor de bescherming van privacy in ons land.

Ik leg bij dezen dus nadrukkelijk de vraag aan uw Afdeling voor: is uw Afdeling van opvatting dat besluiten van Nederlandse bestuursorganen ten aanzien van privacy getoetst moeten worden aan het EVRM als internationaal verdrag, conform de verplichtingen die Nederland verdragsrechtelijk is aangegaan? Of is uw Afdeling van opvatting dat Nederland zich moet onttrekken aan die toetsing?

Zoals eerder gememoreerd, heeft één van de andere hoge rechtscolleges in Nederland, de Hoge Raad, in het verleden niet gearzeld om privacy-zaken te toetsen aan artikel 8 EVRM.<sup>10</sup> Het is mij niet bekend of de Hoge Raad daar nog steeds hetzelfde over denkt, of inmiddels "om" is gegaan en het EVRM als toetsingskader op afstand heeft gezet. Het lijkt mij, met het oog op de kenbaarheid van het recht, belangrijk dat Nederlandse burgers te horen krijgen waar ze op dit punt aan toe zijn.

---

<sup>10</sup> Zie de eerder genoemde uitspraak ECLI:NL:HR:2011:BQ8097.

### 3.5.3 Toetsing aan het EVRM

De in het tweede lid van artikel 8 EVRM genoemde criteria zijn, zoals alle algemeen geformuleerde criteria, multi-interpretabel en rekbaar. Als het gaat om het vinden van redenen waarom het nodig is om persoonsgegevens van elke Arnhemmer te verwerken, elke keer dat die een vuilniszak deponeert, dan is het met een beetje fantasie niet moeilijk om te bedenken waarom dat nodig is voor de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het economische welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Kijk maar:

Nationale veiligheid: er moet worden voorkomen dat anonieme personen terroristische aanslagen kunnen plegen door middel van het plaatsen van bommen in de ondergrondse afvalcontainers.

Openbare veiligheid: er moet worden voorkomen dat driejarige peuters één-jarige babies in een container kunnen deponeren. (Dat is al één keer gebeurd, en van ouders mag en kan je geen elementair toezicht verwachten - net zo min als bijv. van de AP; overigens moeten ook alle balkons, vijvers, grachten en hoogtevverschillen van meer dan 70 cm. kindveilig worden afgesloten.)

Het economische welzijn van het land: het enorme aantal vuilniszakken uit de buurgemeenten Rheden, Westervoort, Elst, Velp en Renkum, waar de belasting op afval op deze manier structureel wordt ontdoken door middel van afvaltoerisme met bestemming Arnhem, vormt als gevolg van zogenoemde sneeuwbal- en waterbed-effecten een risico voor het economische welzijn van heel Nederland.

Het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten: het ongecontroleerd deponeren van vuilniszakken waarin plastic en voedselresten zijn vermengd met het legitieme restafval, moet beschouwd worden als wanordelijkheid, en het is bovendien strafbaar, en als het nog niet strafbaar is, dan zorgt de gemeente Arnhem er wel voor dat het zo spoedig mogelijk strafbaar wordt gesteld als zijnde een overtreding van de Algemene Plaatselijke Verordening (APV), die dus voorkomen kan worden door de identiteit van elke gebruiker van elke afvalcontainer elke keer te controleren. Dumping van afval naast de containers kan op deze manier weliswaar niet worden voorkomen, maar daar zal de gemeente, zoals een woordvoerder reeds heeft gezegd tegen *De Telegraaf* (27 augustus 2019), "streng op toezien".

De bescherming van de gezondheid of de goede zeden: bedrijven die heimelijk chemisch afval in afvalcontainers voor huishoudelijk afval deponeren, bedreigen daarmee de gezondheid van burgers, en zulk misbruik van de containers moet dan ook beschouwd worden als een aantasting van de goede zeden. Bovendien mogen gebruikte condooms niet bij het restafval, maar moeten in de PMD-containers. Uiteindelijk zullen op elke restafval-container camera's en sensoren worden aangebracht om door middel van controle dergelijke AFVALFRAUDE™ te voorkomen.

De bescherming van de rechten en vrijheden van anderen: alle burgers hebben het recht om geen nadeel te ondervinden van AFVALFRAUDE™ die gepleegd wordt door anderen. Alle Arnhemmers moeten vrij zijn om niet het gevoel te hebben dat ze door Velpenaren in hun eigen woonwijk worden KLEMGEZET met ILLEGAAL over de (gemeente-)GRENS geïmporteerde vuilniszakken.

Vindt uw Afdeling dit flauw en fictief? Het is niet flauwer en fictiever dan veel bestuursrechtspraak die ik voorbij heb zien komen, daarbij inbegrepen de thans door mij bestreden uitspraak van de rechtbank. Mijn formuleringen zijn alleen wat minder plechtstatig.

Maar zo is het EVRM natuurlijk niet bedoeld. Het EVRM is serieus bedoeld. En een serieuze, respectvolle toetsing aan het tweede lid van artikel 8 EVRM levert als uitkomst op dat er in een democratische samenleving geen enkele noodzaak (zoals genoemd in dat tweede lid) bestaat om persoonsgegevens te verwerken van welke burger dan ook wanneer die netjes een vuilniszak deponeert in een daartoe bestemde afvalcontainer. Zolang die containers er waren, gebeurde dat ook niet, totdat de gemeente Arnhem dat in 2014 opeens "nodig" begon te vinden. Ten onrechte.

Einde verhaal. Zo eenvoudig kan het zijn. Een marginale toetsing aan artikel 8 EVRM is daarvoor al voldoende. Op die manier kan de rechterlijke macht zichzelf op een volkomen rechtstatelijke manier werk besparen, zodat er tijd vrijkomt voor andere, echt ingewikkelde zaken.

#### **3.5.4 Beschermingsniveau en marginale toetsing**

Maar het voorgaande wil niet zeggen dat een marginale toetsing niets voorstelt. Integendeel, het EVRM en de AVG zijn zo geformuleerd dat een correcte marginale toetsing juist wel bescherming oplevert voor burgers. Immers, zowel artikel 8 lid 2 EVRM als artikel 6 lid 1 AVG bevatten een limitatieve opsomming van mogelijke grondslagen voor het verwerken van persoonsgegevens. En artikel 5 lid 2 AVG legt de bewijslast om aan te tonen dat er in een concreet geval zo'n grondslag bestaat, nadrukkelijk bij de verwerkingsverantwoordelijke.

Dit geeft de rechter een instrument in handen om met een beperkte, maar serieuze marginale toetsing snel te achterhalen of er in een concreet geval überhaupt een grondslag bestaat voor de verwerking van persoonsgegevens. Het is een "nee, tenzij instemming of noodzaak is aangetoond".

Als dat laatste niet het geval is, dan kunnen alle ambities, plannen en visioenen van verwerkingsverantwoordelijken daar niets aan veranderen. Zij zullen hun plannen dan moeten verwezenlijken zonder mensen te dwingen om daarvoor persoonsgegevens te laten verwerken.

Er zijn veel situaties waarin de verwerking van persoonsgegevens echt nodig is. Een gemeentelijke bevolkingsadministratie is bijvoorbeeld echt nodig, evenals de registratie van belastingplichtigen door de overheid. Daar bieden artikel 8 lid 2 EVRM en artikel 6 lid 1 AVG ook ruimte voor. Als een belastingplichtige bij de AP een handhavingsverzoek (klacht) zou indienen tegen de ongewenste registratie van zijn NAW-gegevens door de belastingdienst, en de AP wijst dat verzoek af, zowel primair als na een heroverweging naar aanleiding van bezwaar - dan zal die heroverweging erg weinig tijd in beslag nemen, en een daaropvolgende marginale toetsing door de bestuursrechter nog minder.

Het wordt pas ingewikkeld als rechters allerlei niet-noodzakelijke ambities, plannen en visioenen van bestuursorganen en bedrijven onder druk van lobbies gaan verwarren met noodzaak, en dan met een beroep op "marginale toetsing" weigeren om serieus te toetsen of die noodzaak is aangetoond. Als de "marginaliteit" van de toetsing op die manier door een rechter misbruikt wordt als argument (alibi) om niet serieus te hoeven toetsen, dan ontstaat er strijd met het EVRM, dat een hoog beschermingsniveau voor privacy vereist.

## Interpretatie van marginale toetsing in relatie tot internationaal en EU-recht

In het Nederlandse bestuursrecht lijkt een formele rechtsopvatting te domineren. Dat levert spanning op met het Europese Unierecht en het EVRM, waarin uitgegaan wordt van een materieel wets- en rechtsbegrip.

Dit is van belang voor de toepassing in Nederland van "marginale toetsing" van besluiten van bestuursorganen door de bestuursrechter. Marginale toetsing houdt in dat de rechter niet "op de stoel van de bestuurder gaat zitten", en dus:

- niet toetst of een door een bestuursorgaan genomen besluit inhoudelijk gezien "doelmatig" is; alleen de "rechtmatigheid" wordt getoetst;
- niet toetst of een door een bestuursorgaan genomen besluit materieel recht doet aan alle betrokken belangen, maar alleen of er kan worden uitgesloten dat dat is gebeurd, met andere woorden: of het besluit binnen de grenzen (de "marges") der "redelijkheid" blijft

In de afgelopen decennia is het leerstuk van "marginale toetsing" door Nederlandse bestuursorganen en bestuursrechters aangegrepen om de rechterlijke toetsing van bestuurlijke besluiten steeds verder te beperken en te formaliseren, ten koste van de rechtsbescherming van burgers. Die terugtrekking van de rechtsstaat is in het bestuursrecht inmiddels "genormaliseerd" (men is eraan gewend geraakt en men vindt deze afkalving van de rechtsbescherming daarom inmiddels normaal). Dat komt bijvoorbeeld naar voren uit de huidige tekst op Wikipedia achter het lemma "marginale toetsing", waarin die (afhankelijk van hoe de tekst wordt geïnterpreteerd) gereduceerd lijkt te zijn tot louter een toetsing of formele procedures correct zijn gevolgd.<sup>11</sup>

In de thans voorliggende casus, waarin ik een beroep doe op Unierecht en op het EVRM, levert zo'n gereduceerde, geformaliseerde opvatting over wat "marginale toetsing" inhoudt, strijd op met het in het Unierecht besloten vereiste dat er materieel recht wordt gedaan aan mijn grondrecht op privacy. Als uw Afdeling alleen zou toetsen of de AP de formele procedure correct heeft gevolgd bij het afwijzen van mijn handhavingsverzoek, dan blijft er van mijn grondrecht materieel niks over.

Ook als uw Afdeling echt zou toetsen of de handelwijze van de AP "niet kennelijk onredelijk is", hoeft dat nog geen adequate rechtsbescherming op te leveren, om twee redenen:

---

11 "**Marginale toetsing** betekent dat een rechter nagaat of de overheid een besluit in een gegeven geval in redelijkheid, gelet op de daarbij betrokken belangen, had mogen nemen. Zij oordeelt dan niet over de inhoud van het besluit zelf, maar kijkt alleen of het besluit op de juiste manier tot stand is gekomen. Marginale toetsing kan alleen worden toegepast bij een discretionaire bevoegdheid (i.t.t. een gebonden bevoegdheid) van een overheid. Daarmee treedt ze niet in de bevoegdheid van degene die het besluit nam, die blijft zelf voor de inhoud van het besluit verantwoordelijk en behoudt daarmee zijn beleidsvrijheid. Een rechter kan bij marginale toetsing niet zelf een ander besluit nemen. Zij kan het hoogstens vernietigen. Alleen een rechter kan een marginale toetsing doorvoeren, een overheid kan dit niet.

Marginale toetsing komt veel voor in de administratieve rechtspraak, rechtspraak die zich bezighoudt met geschillen over besluiten van een overheidsorgaan. De geschillen kunnen zich zowel tussen burgers en bestuursorganen als tussen bestuursorganen onderling afspelen. Bestuursrecht is overigens de moderne naam voor wat vroeger administratief recht heette.

Bijvoorbeeld: een gemeente besluit om tot onteigening over te gaan. Dit is een individuele bestuurshandeling van deze gemeente, waartegen beroep mogelijk is bij de Raad van State. Deze kan echter alleen controleren dat de onteigening conform de wet is gegaan en kan niet over de onteigening zelf oordelen. Het enige dat de rechter dus kan doen is controleren dat de beslissing niet kennelijk onredelijk is."

Bron: [https://nl.wikipedia.org/wiki/Marginale\\_toetsing](https://nl.wikipedia.org/wiki/Marginale_toetsing) Geraadpleegd: 10 september 2019.

- (1) Wat als "redelijk" kan worden opgevat, is heel subjectief, zodra er geen directe toetsing meer plaatsvindt aan de hand van materiële criteria in de wet;
- (2) De beroemde dubbele ontkenning die ten aanzien van "marginale toetsing" door Nederlandse bestuursrechters als criterium wordt gehanteerd ("niet kennelijk onredelijk"), leidt tot een verder lacune in de rechtsbescherming. Er wordt dan namelijk niet langer geëist dat een besluit redelijk is, maar alleen dat er niet aangetoond kan worden dat het besluit onredelijk is. Daarmee wordt de bewijslast ten aanzien van de (on)redelijkheid van het besluit bij de rechtzoekende burger gelegd, en niet bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen.

Ad (1) Dit is de reden dat ik in mijn beroepschrift aan de rechtbank redelijkheidscriteria in overweging heb gegeven voor de beoordeling van het besluit van de AP. Zie bijv. beroepschrift d.d. 5 augustus, paragrafen 3.3 en 3.5.2; en mijn repliek d.d. 28 augustus 2019: repliek (pag 26) op randnrs. 40-41 van de reactie d.d. 26 augustus 2019 van de gemeente.

Ad (2) Die dubbele ontkenning staat, zodra het om een verwerkingsverantwoordelijke gaat die tevens een bestuursorgaan is, op gespannen voet met de bewijslast die artikel 5 lid 2 AVG juist bij de verwerkingsverantwoordelijke legt om aan te tonen dat een bepaalde gegevensverwerking noodzakelijk is. Immers, uit die "verantwoordingsplicht" conform de AVG vloeit juist voort:

- (A) dat een besluit tot verwerking alleen rechtmatig (en dus redelijk) is als aan die verantwoordingsplicht met succes is voldaan. Dat is dus iets wezenlijk anders dan een vereiste dat er "niet aangetoond is dat er niet aan die verantwoordingsplicht is voldaan";
- (B) dat een redelijke toetsing door de AP of er aan die verantwoordingsplicht is voldaan, met het oog op het vereiste, hoge beschermingsniveau vergt dat de AP toetst of er daadwerkelijk aan die verantwoordingsplicht is voldaan, en dus niet slechts toetst of er kan worden uitgesloten dat er aan die verantwoordingsplicht is voldaan;
- (C) dat een bestuursrechter alleen kan toetsen of de AP heeft voldaan aan háár toetsingsverplichting, als de rechter zich niet beperkt tot de vraag of er (bijvoorbeeld door een burger) is "aangetoond dat de AP niet heeft voldaan aan haar toetsingsverplichting". Er kan alleen duidelijkheid ontstaan over de rechtmatigheid (zoals bedoeld in de AVG als Unierecht) van zo'n besluit van de AP als de rechter toetst of er is aangetoond dat de AP wel heeft voldaan aan haar toetsingsverplichting. Als de bestuursrechter dat laatste niet toetst, dan kijkt de bestuursrechter weg, en voldoet niet aan het toetsingsvereiste dat voortvloeit uit het materiële rechtsbegrip in het Unierecht, waarmee het Unierecht beoogt om aan EU-burgers materiële rechtsbescherming te bieden.

Hieruit kan geconcludeerd worden dat voor zover een Nederlandse rechtspraktijk of rechtsopvatting ten aanzien van "marginale toetsing" in de weg staat aan de materiële rechtsbescherming die de EVRM en het Unierecht beogen, deze rechtspraktijk of rechtsopvatting moet wijken voor de vereisten die het EVRM en het Unierecht stellen. In dat geval moet de Nederlandse bestuursrechter dus méér toetsen dan die Nederlandse rechtsopvatting zou toelaten, als Nederland geen deel had uitgemaakt van de EU en zich niet had aangesloten bij het EVRM als internationaal verdrag, waaraan in Nederland alle rechterlijke uitspraken moeten worden getoetst.

### 3.6 Conclusie: wegstijgen is geen recht spreken - materieel rechtsbegrip

In de vorige paragraaf heb ik een serieuze rechtsorde beschreven die voortvloeit uit een consequente interpretatie en toepassing van artikel 8 EVRM en de AVG (Unierecht), en heb die afgezet tegen een clown-achtige omgang met het recht. Het valt op dit moment helaas niet uit te sluiten dat uw Afdeling de voorkeur geeft aan een andersoortige, minder serieuze rechtsorde. Maar welke zou dat dan zijn? En wat voor bescherming zou die dan bieden aan de privacy van burgers?

Of is uw Afdeling eigenlijk voorstander van een rechtsorde die alleen serieuze bescherming biedt aan bestuursorganen en bedrijven die graag persoonsgegevens willen verwerken, maar niet aan de betrokkenen wiens persoonsgegevens worden verwerkt?

Voor mij als burger, en voor vele andere burgers, is het belangrijk om daar duidelijkheid over te krijgen. Als wij in de realiteit geen serieuze bescherming mogen verwachten, dan willen we dat weten, zodat we daar in ons leven rekening mee kunnen houden. Dan maken sommigen van ons wellicht andere keuzes. Ik zou dan bijvoorbeeld nooit al die handhavingsverzoeken bij de AP hebben ingediend. Want ik zou me dan gerealiseerd hebben dat dat zinloze tijdverspilling is, een "hobby voor zeikerds", precies zoals één van de reaguurders mijn acties betitelde in de reactie-rubriek onder één van de nieuwsberichten over de thans voorliggende casus.

Wat ik niet acceptabel en niet rechtstatelijk zou vinden, is als uw Afdeling zich in deze casus zou verschuilen achter vage, formele orakeltaal, zonder de door mij aangevoerde argumenten (zie samenvatting in paragraaf 3.1) expliciet, specifiek, grondig en begrijpelijk te adresseren. Ik ben als burger niet dom, en wil dat ook niet zijn. Ik kan begrijpend lezen wat u wel zegt, maar vooral ook wat u niet zegt. Ik verzoek uw Afdeling om geen poging te doen mij als burger te infantiliseren.

Het hoort bij integere rechtspraak dat de burger serieus wordt genomen, niet alleen formeel maar ook materieel.

#### ***Alleen formeel kijken is ook een vorm van wegstijgen***

Rechtspraak bestaat niet alleen uit de vaak formele taal waarin zaken onder woorden worden gebracht, maar ook uit de materiële inhoud van rechterlijke gedachten, die tussen de regels van de gebezigde taal zichtbaar wordt - soms als haarscherpe contouren, soms als vage, schemerige beelden.

Er ontstaat een risico voor de integriteit van de rechtspraak wanneer rechters zelf impliciet gaan pretenderen, of misschien zelfs stilzwijgend als oprecht geloofd uitgangspunt gaan nemen, dat hun formele bewoordingen, hun codetaal, gelijk staat aan de materiële inhoud die zij daarmee overbrengen.

Uiteindelijk gaat rechtspraak altijd over materiële zaken. Wanneer er naar die materiële zaken door rechters alleen nog met een formele bril wordt gekeken, verdwijnen de materiële redenen voor en de materiële consequenties van rechterlijke uitspraken uit zicht. Dat is een vorm van wegstijgen.

De thans door mij bestreden uitspraak van de rechtbank is een voorbeeld van dat wegstijgen. Het belangrijkste aan die uitspraak is wat de rechter allemaal buiten beschouwing laat. Daardoor blijft



effectief alleen de materiële wil van de gemeente en de AP als bestuursorganen in beschouwing, maar niet het materiële grondrecht van burgers op privacy. Het logische gevolg daarvan is dat de rechter de wil van die bestuursorganen het belangrijkste vindt. De rest ziet hij immers niet meer, dat wil zeggen: die ziet hij niet meer effectief, maar alleen nog als formeel object om formeel lippendienst aan te bewijzen door middel van wat retorische codes in zijn uitspraak.

Om deze reden is het belangrijk dat er in het Europese recht (het Unierecht) een materieel wetsbegrip en een materieel rechtsbegrip worden gehanteerd. Mits daadwerkelijk toegepast, stelt het Unierecht grenzen aan de mogelijkheid van nationale rechters om uitsluitend nog formeel te kijken, en daarmee weg te kijken.

Ik hoop dat uw Afdeling het materiële wets- en rechtsbegrip van het Unierecht tot uitdrukking zult laten komen in uw uitspraak in deze casus.

### **Rechtspraak als machtswoord en als dialoog**

Het is inherent aan rechtspraak dat het voor een deel ook altijd een machtswoord is. Goede rechtspraak legt een brug van ethisch denken naar de machtsuitoefening die door rechters wordt opgedragen aan de uitvoerende macht. Dat geldt zelfs in het privaatrecht, waar het respect voor de uitspraken van rechters uiteindelijk wordt gegarandeerd door de staat - ook al hoeft de staat meestal niet in te grijpen. Maar in het bestuursrecht geeft de rechter directe opdrachten aan de uitvoerende macht.

Maar het is ook inherent aan echte rechtspraak dat het voor een deel een dialoog is tussen de rechter, de rechtzoekende partijen alsmede de overige deelnemers aan de rechtsgemeenschap die, letterlijk of via de media, op de publieke tribune zitten.

Aan het einde van zijn magnum opus *A History of Western Political Thought* (1996) beschrijft de historicus J.S. McClelland de funeste ontwikkeling dat een werkelijke politieke dialoog tussen verschillende partijen plaatsmaakt voor "poker-pluralisme", in de vorm van het gekrakeel van verschillende "*non-communicating discourse groups*" die elk vanuit hun eigen "*bubble*" hun eigen monoloog zo hard mogelijk uitschreeuwen, voor de bühne, in een poging om achter een schijn van bereidheid tot dialoog hun eigen macht te vergroten door andere partijen te overstemmen.

McClelland had het over politieke processen. Maar het risico dat (groepen) rechters zichzelf ook opsluiten in "bubbles" en de dialoog met alles wat zich buiten die juridische werkelijkheid vindt, geleidelijk steeds verder verwaarlozen en daarmee laten versralen, is levensgroot. De uitspraak van de rechtbank waartegen ik thans bij uw Afdeling opkom, is daar een voorbeeld van.

De vraag is (voor mij, maar ik denk dat vele anderen hier ook in geïnteresseerd zijn) of uw Afdeling in deze casus, bij wijze van voorbeeld, aan de rechtsgemeenschap kunt laten zien dat u bereid bent mentaal een echte dialoog aan te gaan met alle betrokken partijen, over de materiële effecten van uw rechterlijke uitspraak. In die dialoog zou dan aandacht zijn voor vragen zoals:

1. Wat zijn, in diverse scenario's, de materiële effecten van uw daarin gedane uitspraak?
2. Welke materiële effecten denkt u dat de relevante (Europese en Nederlandse) wetgevers hebben beoogd?
3. Hoe kunt u met uw uitspraak die beoogde effecten dichterbij brengen?

4. Hoe kunt u in de motivering van uw uitspraak transparant maken, met name ook voor burgers zonder *inside information* over juridische hints en codetaal, wat uw werkelijke redenen zijn om voor een bepaalde interpretatie van de geldende wet- en regelgeving te kiezen, in het licht van de met die wet- en regelgeving beoogde, materiële effecten?

**Wat gebeurt er als uw Afdeling, ondanks mijn betoog, zichzelf in deze casus toch reduceert tot een "non-communicating discourse group"?**

Het kan natuurlijk zijn dat uw Afdeling zich door mijn betoog over de schadelijkheid van *non-communicating discourse groups* niet laat overtuigen. Misschien vindt uw Afdeling het comfortabel om zich terug te trekken in een formeel-juridische "bubble". Bovendien wordt dat waarschijnlijk op prijs gesteld door Nederlandse machthebbers in Den Haag, met wie uw organisatie (de Raad van State) zoals bekend nauwe relaties onderhoudt. Immers, als het hoogste bestuursrechtelijke rechtscollege zich, zonder dat het benoemd wordt, terugtrekt in een "bubble", dan loopt u die machthebbers minder voor de voeten bij hun machtsuitoefening over het Nederlandse volk.

Het effect van een dergelijke terugtrekking kan vanuit (ten minste) drie perspectieven worden beschreven:

- (1) Vanuit een overkoepelend perspectief (zeg maar: het perspectief van een bewoner van Mars die naar de Aarde kijkt), is het effect een terugtrekking en inkrimping van de rechtsstaat;
- (2) Vanuit het perspectief van uw Afdeling is het effect een infantilisering en in potentie een criminalisering van alle burgers voor zover die zich buiten het bestuurlijke circuit bevinden. Zij zijn geen serieuze spelers meer in het juridische spel, maar nog slechts objecten die door uw Afdeling en andere insiders (machthebbers) moeten worden gereguleerd;
- (3) Vanuit het perspectief van gewone burgers is het effect, behalve een verlies van rechtsbescherming, ook een verlies aan relevantie van de "rechtsstaat" waarin wij heten te leven. Wanneer wij zelf, effectief en materieel gezien, bij het afval van de rechtsstaat worden gegooid, dan zullen wij de rechtsstaat bij het afval van onze belevings- en leefwereld gooien. Niet uit wraak, maar uit eigenbelang. Het loont niet om aandacht te besteden aan iets wat energie kost, maar in ruil voor die energie weinig teruggeeft.

U begrijpt dat ik geen voorstander ben van dergelijke verhoudingen. Juist daarom schets ik aan uw Afdeling dit onprettige perspectief. Voorkomen is beter dan genezen - en ook beter dan vroegtijdig sterven. Ik draag de rechtsstaat een goed hart toe, en hoop dat die gaat overleven.

Het liefst voel ik een groot respect voor uw Afdeling en een authentiek geloof in de gezaghebbendheid van uw uitspraken - een respect en een geloof dat ik dan ook zou willen uitdragen. Ik hoop dat uw uitspraak in de huidige casus zal bijdragen aan dat gevoel, dat respect en dat geloof.

**Openbaarmaking van dit beroepschrift - mede met het oog op het EVRM**

Ik heb natuurlijk ook nagedacht over wat ik zelf, als individu, zal doen als uw Afdeling zichzelf in deze casus mocht reduceren tot een *non-communicating discourse group*. Het antwoord is: waarschijnlijk niet zoveel.

De enige juridisch weg die voor mij dan nog zou openstaan, is het indienen van een verzoekschrift bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Maar zoals uw Afdeling weet, en zoals ik zelf ook een keer ervaren heb, gaat het EHRM gebukt onder een enorme werklast, die in

combinatie met een te klein budget en te kleine personele capaciteit een enorme achterstand in de behandeling van zaken tot gevolg heeft. Om belangrijk zaken toch te kunnen behandelen, verklaart het EHRM slechts een miniem percentage van de verzoekschriften ontvankelijk. Het EHRM zoekt en vindt dus allerlei redenen om tot niet-ontvankelijkheidsverklaring te kunnen komen. De toegang van rechtzoekenden tot het recht dat voortvloeit uit het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens is daardoor heel beperkt, en dat maakt het voor nationale rechters, inclusief uw Afdeling, mogelijk om het EVRM in veel zaken te negeren.<sup>12</sup>

Dat is ook precies de bedoeling van de nationale regeringen die, verenigd in de EU, het budget van het EHRM al vele jaren zo klein houden.

Bovendien verloopt de rechtsgang bij het EHRM als gevolg van de achterstanden zo traag dat, zelfs als het EHRM mijn verzoekschrift wél ontvankelijk zou verklaren, er jaren zouden verlopen voordat het, na verschillende hobbels, tot een uitspraak zou komen. Tegen die tijd kan de gemeente Arnhem haar beleid op het gebied van afvalinzameling alweer helemaal veranderd hebben, waardoor de relevantie en het procesbelang in de tussentijd aan mijn verzoekschrift bij het EHRM kunnen ontvallen. *Justice delayed is justice denied.*

De effectieve rechtsbescherming die het EVRM mij in de huidige casus biedt, is om deze redenen zeer gering, en wellicht zelfs verwaarloosbaar. Mijn grondrecht op privacy wordt op Europees niveau niet effectief beschermd.

Wat er voor mij dan nog overblijft, is de niet-juridische weg naar "het hof van de publieke opinie" (*the court of public opinion*). Ook die weg is niet zonder hobbels, gezien de aanzienlijke invloed die rechterlijke instanties hebben over de mate van aandacht die media schenken aan de meningen van burgers. Als ik in mijn privacy-zaken niet een aantal keren naar de rechter was gestapt, en daar in 2016 en 2017 niet enkele keren in het gelijk was gesteld, dan hadden de media geen aandacht gehad voor mijn opvattingen. Als uw Afdeling over een aantal maanden of een jaar mijn hoger beroep ongegrond verklaart, zou het na een korte, summiere berichtgeving waarschijnlijk afgelopen zijn met de media-aandacht voor deze zaak. Dan verlies ik dus ook weer mijn toegang tot de publieke meningsvorming.

Om die reden heb ik besloten om dit hoger beroepschrift nu reeds openbaar te maken, hangende dit hoger beroep, zodat het meer kan bijdragen aan de meningsvorming. Ik zal het meteen na indiening publiceren. Mijn beroepschrift heb ik al eerder gepubliceerd, kort na de uitspraak van de rechtbank.<sup>13</sup> Het enige wat uw Afdeling daartegen kan uitrichten, is razendsnel uitspraak doen en mijn hoger beroep ongegrond verklaren. Als u een dergelijke prioriteit aan mijn zaak zou geven, zou dat op zich al opmerkelijk zijn, en daarmee nieuwswaardig. Dit is dus de beste strategie die ik kan volgen. Op deze manier benut ik mijn mogelijkheden maximaal.

Dat is van mijn kant niet persoonlijk bedoeld, maar simpelweg een zakelijke afweging.

---

12 Zie ook mijn eerdere opmerking over de zwijgzaamheid van uw Afdeling over het EVRM in een andere, door mij gevoerde zaak.

13 Zie: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/wetgeving/item/1084-autoriteit-persoonsgegevens-legt-dwangsom-op-wegens-privacyschendende-afvalpas.html> - of: <https://www.privacyfirst.nl/images/stories/PDFs/2019-09-07-opb-Rb-beroep-05-aug-2019-opheffen-last-afvalpas-gemeente-Arnhem.pdf>

Ik hoop dat u de openbaarmaking van mijn hoger-beroepschrift kunt waarderen. Het past in ieder geval bij de openbaarheid die in een rechtsstaat kenmerkend is voor rechtspraak. Ik zou het verwelkomen als de wederpartijen hun betogen (verweerschrift e.d.) eveneens publiceren.

Ik waag mij als rechtzoekende burger in uw gerechtshof. U kunt mij neersabelen, als u dat wilt, bijvoorbeeld op grond van het feit dat ik de brutaliteit heb om bepaalde zaken expliciet te benoemen. U kunt het ook aangrijpen om, anders dan de rechtbank deed, niet alleen een echte dialoog aan te gaan met alle partijen in deze zaak, maar de resultaten daarvan ook transparant tot uitdrukking te brengen in uw uitspraak.

U waagt zich, uit hoofde van uw functie, in "het hof van de publieke opinie". Zoals uit het begin van paragraaf 2 van dit hogerberoepschrift blijkt, ben ik me ervan bewust dat het hof van de publieke opinie niet onfeilbaar is. Maar het is, ondanks de rauwheid ervan, wel een onmisbaar element in de zoektocht naar een rechtvaardig oordeel. Alleen als gewone mensen echt mee mogen kijken, ontstaat er kans op rechtspraak met voldoende respect voor de belangen van gewone mensen.

#### **4 Waaron ik niet nogmaals een verzoek om voorlopige voorziening indien**

##### ***Geschonden vertrouwen***

Ik sta nog steeds volledig achter het verzoek om voorlopige voorziening dat ik op 5 augustus 2019 in connectie met mijn beroepschrift indiende. De rechtbank heeft op 5 september 2019 dat verzoek afgewezen, tegelijk met de ongegrondverklaring van mijn beroep. Zoals ik hiervoor heb aangegeven, heeft het gebrek aan argumenten waarmee de rechtbank dat deed, mijn vertrouwen in de redelijkheid en betrouwbaarheid van de Nederlandse rechtspraak verder geschonden.

Ook de mogelijkheid dat uw Afdeling de uitspraak van de rechtbank gaat vernietigen, kan mijn vertrouwen niet herstellen. Het feit dat een ervaren rechter van de rechtbank (in een andere zaak zat hij een meervoudige kamer voor) mijn argumentatie heeft afgeserveerd met een dergelijke, formalistische riedel, zegt veel over de normen die kennelijk leven bij Nederlandse rechters. De manier waarop deze rechter met de zaak is omgegaan, wordt in rechterlijke kringen kennelijk beschouwd als deel uitmakend van een acceptabel spectrum aan manieren waarop er met de inbreng van rechtszoekenden kan worden omgegaan. Dat wekt geen vertrouwen in de maatstaven waaraan Nederlandse rechters de kwaliteit van hun eigen uitspraken toetsen.

Sjiekter gezegd: door deze uitspraak van de rechtbank "is mijn rechtsgevoel geschaad". Ik geef aan uw Afdeling in overweging om in uw uitspraak in de bodemprocedure op te merken dat u zich kunt voorstellen dat mijn rechtsgevoel door de uitspraak van de rechtbank is geschaad. Daarmee zou u een belangrijk signaal geven.

In deze situatie van geschonden vertrouwen en twijfel aan de redelijkheid en aanspreekbaarheid van Nederlandse bestuursrechters, zie ik me als rechtzoekende burger genoodzaakt op een realistische manier af te wegen wat de voor- en nadelen zijn van een verdere rechtsgang. Hiervoor, in paragraaf 2.3, heb ik dat al besproken voor wat betreft de bodemprocedure van hoger beroep. Hieronder zal ik mijn afweging schetsen voor wat betreft het indienen van een verzoek om voorlopige voorziening.

##### ***Praktische afweging 1: financieel risico***

Tegen de afwijzing van een verzoek om voorlopige voorziening kan geen (hoger) beroep worden ingesteld. Ik ben in de zaak van de Arnhemse afvalpas nu al twee keer het door mij betaalde griffierecht kwijtgeraakt, samen meer dan driehonderd euro. In de wereld van gewone mensen is dat een fors bedrag, namelijk meer dan drie keer zoveel als wat ik maandelijks van mijn inkomen overhoud na aftrek van de vaste kosten voor mijn woning, energie, voedsel en dergelijke. Ik wil niet onnodig het risico lopen opnieuw bijna tweehonderd euro plus reiskosten heen en weer naar Den Haag kwijt te raken.

Zoals ik hiervoor in paragraaf 2.3 al heb genoemd, zie ik me daarom genoodzaakt niet alleen een juridische, maar ook een praktisch afweging te maken.

##### ***Praktische afweging 2: verschillende vormen van bezwarendheid***

Die praktische afweging behelst ook een afweging tussen twee verschillende vormen van bezwarendheid. Enerzijds is het voor mij extra bezarend om naast een bodemprocedure, ook nog een verzoekprocedure bij uw Afdeling te voeren. Die vereist extra tijd, aandacht en inspanning.

Anderzijds is de situatie dat mijn privacy wordt geschaad elke keer dat ik mijn afval wegbreng, voor mij eveneens bezwarend (vandaar mijn spoedeisend belang bij preventie of beëindiging van die situatie).

Er zijn praktische manieren denkbaar om die privacy-schending te omzeilen. Ten tijde van de vorige afsluiting van de containers (2014-2017) heb ik de gemeente op enig moment schriftelijk meegedeeld dat ik, zolang ik mijn restafval niet anoniem kon deponeren, voornemens was om mijn afvalzak dan naast de afvalcontainer te zetten. Of ik dat daadwerkelijk gedaan heb, laat ik hier in het midden. Ik noemde ook andere manieren om mijn privacy te behouden, bijvoorbeeld door de adresgebonden afvalpas van kennissen te lenen, of mijn afval (met of zonder hun toestemming) op enige wijze bij het afval van kennissen te voegen. Deze praktische manieren zijn echter ook bezwarend. Ze roepen gevoelens van ongemak op en vergen in sommige gevallen ook extra handelingen.

### **Juridische afweging 1: directe privacy-schending versus precedentwerking**

Naast deze twee praktische afwegingen, maak ik ook twee juridische afwegingen. De eerste daarvan heeft betrekking op het relatieve belang van preventie van directe privacy-schending ten opzichte van het belang van de precedentwerking van deze zaak. In mijn beroepschrift d.d. 5 augustus 2019 bij de rechtbank heb ik het belang van normstelling en precedentwerking besproken, evenals in paragraaf 3.4 van dit hoger beroepschrift. Hoe gaan Nederlandse bestuursrechters de AVG in de toekomst interpreteren? Wanneer zien Nederlandse bestuursrechters een "gerechtvaardigde noodzaak" voor de verwerking van persoonsgegevens?

Hoewel het onredelijk bezwarend voor mij is, en mijn belang aantast, heb ik praktisch gezien de mogelijkheid om bij het deponeren van mijn huishoudelijke afval "onder de radar te gaan", zoals veel andere Arnhemmers ook al doen, vooral sinds de afvalcontainers weer worden afgesloten.

Maar als het gaat om juridische precedentwerking, is er niet een dergelijke "work-around" voorhanden. Het is alleen mogelijk de schadelijke precedentwerking van de uitspraak van de rechtbank ongedaan te maken, als ik hoger beroep indien bij uw Afdeling.

Op grond hiervan weegt de toekomstige precedentwerking van de uitspraak van de rechtbank relatief zwaar in mijn afweging of ik er goed aan doe bij uw afdeling wel of niet een verzoek om voorlopige voorziening in te dienen. De precedentwerking van zo'n voorziening is in connectie met de bodemprocedure van een hoger beroep relatief gering.

### **Juridische afweging 2: procesbelang en gezag van gewijsde**

Ten slotte is er nog de juridische afweging ten aanzien van het risico dat als ik géén verzoek om voorlopige voorziening indien, de gemeente maatregelen zal treffen (de voorgenomen invoering van diftar) die ertoe zouden kunnen leiden dat uw Afdeling gaat oordelen dat in een nieuwe, daarmee gecreëerde situatie ik geen procesbelang meer zou hebben in de bodemprocedure.

Na analyse van dat risico ben ik tot de volgende conclusie gekomen.

Primair vereist het **rechtzekerheidsprincipe** dat als de gemeente diftar invoert, op een wijze waarbij nog meer persoonsgegevens worden verwerkt dan sinds mei 2019 het geval is, mijn procesbelang in de huidige bodemprocedure in stand blijft, om twee redenen.

Ten eerste ben ik in de huidige bezwaar- en beroepsprocedure (gericht tegen de opheffing van de last onder dwangsom), net als in de eerdere procedure in 2016-2018 (gericht tegen de weigering om te handhaven), ook opgekomen tegen de verwerking van persoonsgegevens ten behoeve van afvalinzameling met diftar.

Ten tweede is de invoering van diftar niet onomkeerbaar, maar onderhevig aan politieke wisselvalligheden (zoals de afgelopen vijf jaar uitbundig hebben aangetoond). De invoering van diftar zou niets afdoen aan de reële mogelijkheid dat de gemeente op enig moment opnieuw de gronden voor verwerking van persoonsgegevens gaat aanvoeren waarmee zij thans die verwerking probeert te rechtvaardigen ("preventie afvaltoerisme" e.d.). Ook bij een concrete dreiging van een aantasting van privacy, is er sprake van procesbelang.

Subsidiair geldt dat als bepaalde politieke ontwikkelingen zouden leiden tot het vervallen van mijn procesbelang, het rechtszekerheidsbeginsel dan vereist dat in dat geval ook het gezag van gewijsde vervalft van de door mij bestreden uitspraak van de rechtbank.

Immers, als het zo zou zijn dat een politieke beslissing om diftar in te voeren op een wijze waarbij mijn persoonsgegevens worden verwerkt, ertoe leidt dat ik niet meer in rechte kan opkomen tegen de inhoud van een eerdere uitspraak van de rechtbank over datzelfde onderwerp, die gezag van gewijsde heeft, dan zouden Arnhemse politici mij door middel van bestuurlijke besluiten niet alleen de toegang tot het recht kunnen ontzeggen inzake mijn privacy bij de inzameling van mijn huishoudelijk afval, maar door middel van die besluiten ook de vorming van relevante jurisprudentie over datzelfde onderwerp op het hoogste bestuursrechtelijke niveau onmogelijk kunnen maken. Dat zou onaanvaardbaar zijn, want het zou betekenen dat in de toekomst, als de gemeente bijvoorbeeld diftar weer af zou schaffen, of een andere vorm zou geven, ik genoodzaakt zou worden om over hetzelfde onderwerp opnieuw te gaan procederen - een herhaling van zetten met alle kosten en tijdrovende inspanningen vandien.

Omgekeerd geldt ook dat het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat, als het gezag van gewijsde van de uitspraak niet vervalft, mijn procesbelang evenmin vervalft. Immers, de gemeente kan ieder moment besluiten om diftar weer af te schaffen of een andere vorm te geven, waardoor de door mij bestreden uitspraak van de rechtbank meteen weer rechtsgevolg voor mij zou hebben.

Het zou onredelijk bezwarend voor burgers zijn, en in strijd met rechtszekerheidsbeginsel, als zij door middel van een oscillerend gemeentelijk beleid gedwongen kunnen worden om herhaaldelijk rechtszaken over hetzelfde onderwerp te voeren. Zelfs als zij hun formele rechtszekerheid zouden behouden, zou er op die manier van hun materiële rechtszekerheid niets overblijven. Het Europese recht hanteert een materieel wets- en rechtsbegrip.

***Conclusie: geen verzoek om voorlopige voorziening in hoger beroep***

Op grond van deze afwegingen kies ik ervoor om in connectie met dit hoger beroep geen verzoek om voorlopige voorziening in te dienen. Ik maak die keuze wel met enige trepidatie, omdat mijn door de rechtbank geschonden vertrouwen er ook toe leidt dat ik twijfel of uw Afdeling het rechtszekerheidsbeginsel serieus zal nemen. In een andere door mij gevoerde zaak, een aantal jaren geleden, oordeelde uw Afdeling dat een geheel vrijblijvend gemeentelijk voornemen om iets in een toekomstige bestemmingsplanwijziging op te nemen, "voldoende rechtszekerheid" bood.

## 5 Verzoek aan de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

Ik verzoek uw Afdeling om de bestreden uitspraak van de rechtbank te vernietigen.

Tevens verzoek ik u om te voorzien in de hoofdzaak, door de Autoriteit Persoonsgegevens op te dragen op effectieve wijze handhavend op te treden tegen elke verwerking van persoonsgegevens van inwoners van Arnhem, zonder hun instemming, op de momenten dat zij hun huishoudelijk afval op correcte wijze deponeren, bijvoorbeeld in ondergrondse afvalcontainers.

Ik verzoek u in het bijzonder om aan de AP duidelijk te maken:

- dat een "noodzaak" voor gegevensverwerking, zoals bedoeld in de AVG, niet hetzelfde is als een algemeen geformuleerd doel ("afvalinzameling" of "preventie afvaltoerisme"), gevolgd door een niet-onderbouwde stelling dat verwerking van persoonsgegevens nodig en alternatiefloos zou zijn om dat algemeen geformuleerde doel te (kunnen) bereiken;
- dat de AP, conform haar wettelijke taak als toezichthouder en handhaver, van verwerkingsverantwoordelijken moet verlangen dat die voldoen aan het in artikel 5 lid 2 AVG vastgelegde vereiste dat zij zelf een daadwerkelijke, specifieke, objectieveerbare noodzaak voor elke verwerking van persoonsgegevens aantonen, die voldoet aan de criteria in het tweede lid van artikel 8 EVRM en aan de criteria in artikel 6 lid 1 AVG (art. 8 Wbp);
- dat doelen als "preventie van afvaltoerisme" (nog los van de vraag of dergelijke vermeende problemen zich in substantiële mate voordoen) geen basis vinden in de wettelijke taak van de gemeente om het huishoudelijk afval van burgers in te zamelen (Wet milieubeheer), omdat deze wettelijke taak geen betrekking heeft op handhaving ten aanzien van bewoners van buurgemeenten of ten aanzien van bedrijven binnen de eigen gemeentegrenzen.

Hoogachtend,

Michiel Jonker

Bijlagen:

- 1 Beroepschrift d.d. 5 augustus 2019
- 2 Repliek d.d. 28 augustus 2019 van Jonker op reactie gemeente en op verweer AP
- 3 Uitspraak rechtbank d.d. 5 september 2019