

M. Jonker

Arnhem

Lof der individualiteit

Arnhem, 6 maart 2020

Privacy, connectiviteit en autoritair denken

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

Onderwerp:

1. Hoger beroep inzake afwijzing handhavingsverzoek door AP inzake weigering contante betaling in de bus door vervoerbedrijf Connexxion (ARN 19 / 2901)
2. Hoger beroep inzake afwijzing handhavingsverzoek door AP inzake teruggave saldo anonieme OV-chipkaart; internationale treintickets; "service-kosten" bij contante betaling laden OV-chipkaart (ARN 19 / 3510) - **met een verzoek om voorlopige voorziening**

versiebeheer: zie paragraaf 8

Edelachtbare heer, vrouwe,

Op 4 februari 2020 (door mij ontvangen op 5 februari 2020) heeft de Rechtbank Gelderland uitspraak gedaan in de twee bovengenoemde, door mij ingestelde beroepen. Tegen beide uitspraken van de rechtbank stel ik hierbij hoger beroep in. Aangezien de inhoud van beide hoger beroepschriften in belangrijke mate overlapt, heb ik ze samen ondergebracht in deze brief, die ik in tweevoud aan u zal versturen, beide exemplaren met de op grond van de Awb verplichte ondertekening.

beknopte inhoudsopgave van dit hoger-beroepschrift:

Pag.

1	Inleiding	4
2	Privacy en connectiviteit: wat is een mens? Wat is een privéleven?	6
3	Privacy en autoritair denken: de baas, de meerderheid en de rechter	68
4	Privacy, connectiviteit, autoritair denken en de toekomst van de democratische rechtsstaat	104
5	Beroepsgronden ARN 19 / 2901 (handhavingsverzoek m.b.t. Connexxion)	120
6	Beroepsgronden ARN 19 / 3510 (handhavingsverzoek m.b.t. NS)	137
7	Conclusies en verzoeken aan de Afdeling Bestuursrechtspraak	183
8	Ingelaste documenten, ondertekening, bijlagen	191

Een uitgebreide inhoudsopgave treft u op pagina's 2-3 van dit hoger beroepschrift.

Het copy-right (c) van de tekst van dit hoger-beroepschrift berust bij auteur Michiel Jonker. Behalve voor zover nodig ten behoeve van deze juridische procedure, is het afdrucken, de vermenigvuldiging of de verspreiding ervan niet toegestaan zonder voorafgaande, schriftelijke toestemming van de auteur. Ik heb er hard voor gewerkt! Wel is downloaden en afdrucken voor privé-gebruik toegestaan. Met de auteur kan contact worden opgenomen via: info@privacyfirst.nl.

Uitgebreide inhoudsopgave van dit hoger beroepschrift:

Pag.

1	Inleiding	4.
2	Privacy en connectiviteit: wat is een mens? Wat is een privéleven?	6
2.1	Inleiding: is de democratische rechtsstaat als uitgangspunt achterhaald door connectiviteit?	6
2.2	Wat is connectiviteit?	9
2.2.1	<i>Digitale en andere soorten connectiviteit</i>	9
2.2.2	<i>Dienende infrastructuur vs. richtinggevend doel en fictieve onvermijdelijkheid</i>	11
2.2.3	<i>Relatie tussen digitale, analoge en menselijke connectiviteit</i>	13
2.3	Wat is een mens?	15
2.3.1	<i>De noodzaak van een referentiekader</i>	15
2.3.2	<i>De individuele mens als levend wezen - vrijheid versus determinisme</i>	16
2.3.3	<i>De mens als knooppunt van verbindingen - groeihumanisme</i>	22
2.4	Wat kan en moet een privéleven zijn?	28
2.4.1	<i>Grenzen van de privé-sfeer</i>	28
2.4.2	<i>Privé-leven als ervaring van veiligheid en vertrouwen (geborgenheid)</i>	31
2.4.3	<i>Chilling effect - het belang van controleerbaarheid</i>	35
2.4.4	<i>Hyperconnectiviteit en de hive-mind vs. individualiteit en sociaal contact</i>	39
2.4.5	<i>Privéleven is meer dan alleen persoonsgegevens</i>	48
2.5	Vragen die connectiviteit oproept ten aanzien van de feitelijke en ethische houdbaarheid van de democratische rechtsstaat	49
2.5.1	<i>Connectiviteits-ambities als mogelijke reden waarom het SyRI-systeem van de rechter niet mag, maar het OV-chipkaart-systeem wel</i>	49
2.5.2	<i>Zonder individualiteit en individuatie geen democratische rechtsstaat</i>	51
2.5.3	<i>Reductio ad machinam - individualiteit, instrumentalisme en "efficiëntie"</i>	53
2.5.4	<i>"Vertrouwen" in, en "harmonie" met omgeving buiten privé-sfeer</i>	61
2.5.5	<i>Technische connectiviteit als argument voor afschaffing rechtstatelijkheid</i>	63
2.6	Een weg vooruit - hoe de democratische rechtsstaat als brug kan en moet dienen	65
3	Privacy en autoritair denken: de baas, de meerderheid en de rechter	68
3.1	Een discussie op Security.nl - elementen van autoritair denken	68
3.2	Kenmerken van autoritair denken: positie, groep en persoon als waarheidsbron	71
3.2.1	<i>Niet de democratisch gelegitimeerde wet, maar de in-group en leiders</i>	71
3.2.2	<i>Autoritair denken in relatie tot individualiteit en collectiviteit</i>	74
3.2.3	<i>Verhuld autoritair denken</i>	76
3.2.4	<i>Autoritair denken is niet hetzelfde als populisme - maar heeft wel veel te maken met mobbing</i>	79
3.2.5	<i>Privacy confronteert autoritair denkenden met grenzen en kwetsbaarheid</i>	84

3.3	Autoritair denken en handelen in de rechtspraak	87
	3.3.1 <i>Autoritair denken en voorname mobbing in de rechtszaal</i>	87
	3.3.2 <i>Rechtssociologisch perspectief</i>	89
	3.3.3 <i>Machiavelliaanse rechtspraak vs. rechtsstatelijke rechtspraak</i>	90
	3.3.4 <i>Profielen van rechterlijke bewustheid, bekwaamheid en moraal</i>	95
	3.3.5 <i>Onbewust volgen van macht i.p.v. recht - mogelijke netwerkcorruptie</i>	97
	3.3.6 <i>Verschuivende opvattingen over wat corruptie is - een terugval?</i>	98
	3.3.7 <i>Autoritair denken over de rechterlijke hiërarchie</i>	100
3.4	De keuze van uw Afdeling ten aanzien van autoritair denken	102
4	Privacy, connectiviteit, autoritair denken - toekomst van de democratische rechtsstaat	104
4.1	Democratische rechtsstaat voor beginners - zelfbinding en innovatie	104
4.2	Relativering van connectiviteitsambities en verwerping van autoritair denken	107
4.3	Artikel 8 EVRM, Verdrag 108 en connectiviteit in het juridisch denken	110
4.4	(Re)humanisering van het recht als voorwaarde voor rechtsstatelijke toekomst	118
5	Beroepsgronden ARN 19 / 2901 (Connexion)	120
5.1	Het niet-aanhouden van de behandeling van de zaak	120
5.2	Samenvatting argumenten primaire fase, bezwaar en beroep	121
	5.2.1 <i>Drie rechtsvragen m.b.t. afschaffing van privacy in het OV</i>	121
	5.2.2 <i>Overzicht argumentatie in handhavingsverzoek, bezwaar en beroep</i>	123
5.3	De argumentatie van de rechtbank - wegstreken en omkering van bewijslast	127
5.4	Gevoeligheid - risico-discriminatie (SyRI) en ontneming privacy OV-reizigers	132
5.5	Pinbetaling als poging tot digitalisering van "veiligheid" en "efficiëntie"	133
6	Beroepsgronden ARN 19 / 3510 (NS)	137
6.1	Het niet-aanhouden van de behandeling van de zaak	137
6.2	Identificatie/legitimatie bij inleveren anonieme OV-chipkaart	138
	6.2.1 <i>Overzicht argumenten primaire fase, bezwaar en beroep</i>	138
	6.2.2 <i>De argumentatie van de rechtbank</i>	146
6.3	Verwerking persoonsgegevens bij internationale treinreizen	149
	6.3.1 <i>Overzicht argumenten primaire fase, bezwaar en beroep</i>	149
	6.3.2 <i>De argumentatie van de rechtbank</i>	164
	6.3.3 <i>Nieuwe feiten bevestigen de gebreken in het oordeel van de rechtbank</i>	168
6.4	Servicekosten bij laden OV-chipkaart met contant geld	172
	6.4.1 <i>Overzicht argumenten primaire fase, bezwaar en beroep</i>	172
	6.4.2 <i>De argumentatie van de rechtbank</i>	180
7	Conclusies en verzoeken aan de Afdeling Bestuursrechtspraak	183
7.1	Conclusie: vier aantastingen	183
7.2	Conclusie: sociaal contract of wurgcontract?	185
7.3	Verzoek m.b.t. ARN 19 /2901 (de zaak m.b.t. Connexion)	188
7.4	Verzoek m.b.t. ARN 19 / 3510 (de zaak m.b.t. NS)	189
7.5	Verzoek voorlopige voorziening m.b.t. ARN 19/ 3510, internationale treintickets	190
8	Ingelaste documenten, ondertekening, bijlagen	191

1 Inleiding

In de afgelopen jaren heb ik verschillende handhavingsverzoeken bij de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) ingediend die betrekking hebben op schendingen van privacy in het openbaar vervoer (OV). Het betreft schendingen die het gevolg zijn van de invoering van het OV-chipkaart-systeem in zijn huidige vorm, in combinatie met de afschaffing van papieren vervoerbewijzen (treinkaartjes, zichtkaarten voor controle van abonneementen, strippenkaarten). De AP heeft tot dusverre al mijn handhavingsverzoeken afgewezen. Tegen die afwijzingen ben ik in bezwaar en beroep gegaan.

In de eerste bundel van die beroepszaken (privacy-discriminatie in de voordeeluren en bij gebruikmaking van de regeling GTBV, en misleiding ten aanzien van de beweerde anonimiteit van de "anonieme OV-chipkaart") heeft de Rechtbank Gelderland op 5 september 2019 uitspraak gedaan. Daartegen heb ik op 9 oktober 2019 bij uw Afdeling pro forma hoger beroep ingesteld. Vervolgens heb ik dat hoger beroep bij brief van 29 oktober 2019 gemotiveerd.¹

Het onderhavige beroepschrift heeft betrekking op de tweede bundel van zaken, die door de rechtbank op 16 december 2019 ter zitting is behandeld en waarover de rechtbank op 4 februari 2020 uitspraak heeft gedaan. Het betreft de volgende twee beroepsprocedures:

- ARN 19 / 2901 (ECLI:NL:RBGEL:2020:619): weigering van privacy-vriendelijke, contante betaling in de bus door vervoerbedrijf Connexxion;
- ARN 19 / 3510 (ECLI:NL:RBGEL:2020:622): a) verwerking persoonsgegevens bij teruggave saldo "anonieme OV-chipkaart"; b) verwerking persoonsgegevens bij aanschaf van internationale treintickets aan de balies van NS; c) discriminerende "service-kosten" bij contante betaling met bankbiljetten voor het laden van saldo op de "anonieme OV-chipkaart"

Ik behandel deze beide hoger-beroepen in één en hetzelfde hoger-beroepschrift, om de volgende redenen:

- Oorspronkelijk heb ik het handhavingsverzoek inzake Connexxion (21 juni 2018) ingediend als een aanvulling op mijn handhavingsverzoek inzake NS (9 juni 2018); de AP koos ervoor het op te vatten als twee separate handhavingsverzoeken, waarin ik destijds noodgedwongen heb berust;
- De rechtbank heeft de twee zaken in de beroepsprocedure alsnog gelijktijdig behandeld (dezelfde zittingsdatum en dezelfde datum van uitspraak), maar zonder ze formeel tot één zaak te voegen;
- Een deel van de motivering van beide hoger-beroepen overlapt (paragrafen 2 t/m 4 van deze brief, en delen van paragrafen 5 en 6);
- Ik zal deze brief publiceren. Met het oog daarop is het doelmatiger om er één document van te maken.

Omdat het formeel om twee hoger-beroepschriften gaat, zal ik u deze brief in tweevoud toesturen. Als u mij twee keer griffierechten in rekening brengt, dan zal ik die beide betalen, net zoals ik in de beroepsprocedure ook twee keer griffierechten heb moeten betalen.

¹ Motivering d.d. 29 oktober 2019 van hoger beroep d.d. 9 oktober 2019, uw zaaknr: 2019-07478. Tevens opgenomen in het onderhavige dossier, als bijlage bij mijn aanvulling d.d. 2 december 2019 op beide onderhavige beroepschriften. Daarnaast gepubliceerd op: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/mobiliteit/item/1155-rechtszaak-over-privacy-anonieme-ov-chipkaart.html>

De opzet van dit hoger-beroepschrift is als volgt. In paragraaf 2 zal ik ingaan op de problematiek met betrekking tot connectiviteit, die relevant is voor de vraag of er een noodzaak voor gegevensverwerking is aangetoond, of er is aangetoond dat er geen privacy-vriendelijkere alternatieven zijn, en of er is aangetoond dat de gegevensverwerking proportioneel is. Dit is relevant voor een juiste toepassing van art. 5 lid 1 onder b) en onder c) AVG jo. art. 5 lid 2 AVG jo. art. 6 lid 1 onder b) AVG.

In paragraaf 3 zal ik ingaan op de problematiek van "autoritair denken". Dat is met name relevant voor een juiste toepassing van art. 5 lid 2 AVG (verantwoordingsplicht van de verwerkingsverantwoordelijke).

In paragraaf 4 zal ik ingaan op de situatie die er ontstaat als de toezichthouder en de rechter prioriteit geven aan connectiviteit en autoritair denken boven individuele rechten en de wet. Ik zal betogen dat die keuze niet in overeenstemming is met de eisen die in een democratische rechtsstaat aan de toezichthouder en de rechter worden gesteld. Dit leidt tot een situatie waarin u als hoogste Nederlandse bestuursrechter voor de keuze staat of u in casussen met betrekking tot privacy kiest voor een voortzetting van de democratische rechtsstaat, of voor het afstand nemen daarvan. De keuze die u op dat punt maakt, zal ook uitstralen naar uw legitimiteit en geloofwaardigheid in andere casussen die u behandelt.

In paragraaf 5 zal ik de hoger-beroepsgronden naar voren brengen die specifiek betrekking hebben op zaak ARN 19 / 2901 (handhavingsverzoek aan AP inzake Connexion). Hierbij zal ik mede voortbouwen op de argumentatie in paragrafen 2 t/m 4.

In paragraaf 6 zal ik de hoger beroepsgronden naar voren brengen die specifiek betrekking hebben op zaak ARN 19 / 3510 (handhavingsverzoek aan AP inzake NS). Hierbij zal ik mede voortbouwen op de argumentatie in paragrafen 2 t/m 4.

In paragraaf 7 zal ik met betrekking tot beide hoger-beroepen mijn verzoek aan uw Afdeling formuleren.

Ten slotte zal ik in paragraaf 8 verwijzen naar het dossier van het voorafgaande, gerelateerde hoger beroep dat thans bij uw Afdeling voorligt (uw zaaknummer: 201907478). Dat dossier moet geacht worden te zijn ingelast in, en deel uit te maken van de motivering van het onderhavige hoger beroep.

Een aantal nieuwe documenten zal ik als bijlage bij deze brief voegen, maar niet alle. De reden daarvoor is dat een medewerker van uw Afdeling mij naar aanleiding van mijn vorige hoger beroep telefonisch heeft verzocht om geen bijlagen bij te voegen die ook al in het dossier zitten dat de rechtbank aan uw Afdeling zal doorzenden. Het bespaart uw medewerkers werk om die bijlagen niet dubbel te hoeven kopiëren en doorzenden naar de andere procespartijen.

2 Privacy en connectiviteit: wat is een mens? Wat is een privéleven?

2.1 Inleiding: is de democratische rechtsstaat als uitgangspunt achterhaald door connectiviteit?

In de eerder genoemde motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger-beroepschrift d.d. 9 oktober 2019 ben ik ingegaan op de samenhang tussen verschillende privacy-inbreuken in relatie tot ontwikkelingen in de omgang met data in het gehele Nederlandse OV. Dat hoger-beroepschrift moet worden geacht deel uit te maken van de motivering van dit huidige hoger-beroepschrift.

In het huidige hoger-beroepschrift gaat het om de vraag of vier inbreuken op de privacy (één door Connexion, drie door NS), op grond van huidige wet- en regelgeving (AVG) en verdragsrechtelijke verplichtingen (EVRM) geoorloofd zijn, of dat er sprake is van ongeoorloofde schendingen van mijn privacy als OV-reiziger.

Ik heb naar voren gebracht dat er sprake is van ongeoorloofde schendingen van privacy. Daarbij ben ik tot dusverre uitgegaan van een aantal met elkaar samenhangende uitgangspunten, waaronder de volgende:

- de aanname dat we in een democratische rechtsstaat leven;
- de aanname dat we als mensen individuen zijn met een vrije wil;
- de aanname dat we als mensen aanspraak kunnen maken op individuele (grond)rechten, waaronder het recht op eerbiediging van ons privéleven (artikel 8 EVRM);
- de aanname dat de schriftelijke tekst van wetten en verdragen een betekenis heeft die door rechters rationeel-logisch geanalyseerd en geïnterpreteerd kan en moet worden, met het oog op het doel van de wetgever (wetsuitleg, waarheidsvinding en rechtsvinding);
- de aanname dat het met die rationele methoden gevonden doel van de wetgever in de ogen van rechters prioriteit heeft boven de wensen van machtige belangengroepen ten aanzien van de manier waarop wetten en verdragen worden geïnterpreteerd;
- de aanname dat rechters nog niet in een "post-truth" wereld leven, met andere woorden: de aanname dat rechters oprecht streven naar objectiviteit, redelijkheid en transparante motiveringen van hun oordelen, en zich ook bewust zijn van wat er van hen vereist wordt om van dat streven een succes te maken;
- de aanname dat rechters individuen zijn met een vrije wil, die niet onderhorig is aan de wensen van bepaalde belangengroepen buiten de raadkamer van de rechtbank.

Om verschillende redenen vraag ik me inmiddels af of deze uitgangspunten in de huidige casus nog voldoende in overeenstemming zijn met de realiteit om ze zonder nadere bespreking te kunnen hanteren. Daarom wil ik ze in dit hoger beroepschrift ter discussie stellen.

Dit wil ik aan doen aan de hand van vijf inhoudelijke kernvragen:

1. De vraag naar de verhouding tussen individualiteit en "connectiviteit";
2. De vraag naar de verhouding tussen menselijkheid (humaniteit) en "connectiviteit";
3. De vraag naar de verhouding tussen vrije wil en "connectiviteit";
4. De vraag naar de verhouding tussen waarheidsvinding en "connectiviteit";
5. De vraag naar de verhouding tussen rechtspraak en "connectiviteit".

Het is van belang voor deze casus om althans de mogelijkheid te overwegen dat onze democratische rechtsstaat, inclusief de daartoe behorende normen en uitvoeringspraktijken (waaronder rechtsnormen en rechtspraktijk) in feite achterhaald is en eigenlijk al tot het (wellicht geïdealiseerde) verleden behoort. Een tweede mogelijkheid is dat onze democratische rechtsstaat weliswaar nog bestaat, maar ernstig beschadigd is en het risico loopt in de huidige casus nog verder beschadigd te raken.

Met het oog op de reële mogelijkheid dat er op dit moment feitelijk sprake is van één van deze twee situaties, is het nodig om te overwegen of zo'n situatie, als die zich feitelijk voordoet, invloed zou moeten hebben op de overwegingen van uw Afdeling in de huidige casus, en op de motivering van uw uitspraken daarin, en zo ja: welke invloed.

Meer concreet zou de vraag als volgt zijn. Wat moet een bestuursrechter doen als weliswaar de fysieke kenmerken (een gerechtsgebouw, rechtszalen, toga's en dergelijke) en de formele kenmerken (procedurenummers, beslistermijnen en dergelijke) van een democratische rechtsstaat nog bestaan, maar als deze niet langer deel uitmaken van een reële, functionerende democratische rechtsstaat? In allerlei landen (bijvoorbeeld Rusland, China, Iran, Turkije) bestaat die situatie al. In andere landen (bijvoorbeeld Polen, Hongarije en de Verenigde Staten) ontwikkelt de situatie zich ook in die richting. Hoe moeten Nederlandse bestuursrechters ermee omgaan als deze situatie zich ook in Nederland in de één of andere vorm voordoet of dreigt voor te doen, en reeds invloed heeft of dreigt te hebben op de afwegingen van (lagere) rechters?

Nog concreter, en specifiek gericht op de inhoud van deze casus, leidt dit tot twee ethisch-juridische² kernvragen:

- (1) Maken de nieuwe technologische mogelijkheden die zijn ontstaan om digitale connectiviteit tussen burgers en organisaties (bijv. overheden en bedrijven) tot stand te brengen, het wenselijk om afstand te doen van bepaalde normen en regels van de democratische rechtsstaat, waaronder normen en regels ten aanzien van privacy?
- (2) Kan het optreden van (al dan niet vermeende) toenemende maatschappelijke spanningen en risico's een rechtvaardiging vormen voor het baseren van rechterlijke oordelen op autoritaire manieren van denken en autoritaire argumenten, waarbij de ambities van machthebbers door de rechter boven de wet worden gesteld, bijvoorbeeld door wetgeving "creatief" te herinterpreteren of zwijgend te negeren?

2 Ik spreek hier van "ethisch-juridische" kernvragen. Men zou ook kunnen spreken van "rechtsfilosofische" of "rechtspolitieke" vragen. De reden waarom ik van "ethisch-juridische" vragen spreek, is omdat ik uw Afdeling geen mogelijkheid wil bieden deze vragen terzijde te schuiven met als retorisch argument dat het geen juridische vragen zouden zijn omdat ze "filosofisch" of "politiek" zouden zijn. Het recht raakt altijd aan filosofie en politiek, en een rechter die geen enkele verantwoordelijkheid wil nemen voor de maatschappelijke consequenties van zijn uitspraken, kan in theorie betogen dat ALLES wat hij overweegt en uitspreekt, eigenlijk ofwel filosofisch, ofwel politiek is. Zo kan een rechter zijn eigen invloed en verantwoordelijkheid tot nul reduceren, zolang dat bij het grote publiek niet al te veel opvalt. De filosofische en politieke aspecten van het recht - d.w.z. van al het recht - mogen echter niet gebruikt worden als misplaatst excuus om vast te houden aan bestaande, rechterlijke standaardformuleringen en andere bestaande rechterlijke gewoonten, met als argument dat al het andere (en met name al het vernieuwende) "buiten het vakgebied van het recht" of "buiten de (legale of legitieme) rechtspleging" zou vallen. Met zo'n rechterlijke egelhouding zou de bijl aan de wortels van de rechtsstaat worden gelegd (*pace* stijljuristen).

De portee van deze twee ethisch juridische kernvragen kan worden verduidelijkt aan de hand van twee "spectra van attitudes":

- (1) Het spectrum "moreel richtsnoer: geloof in connectiviteit <=> geloof in individualiteit";
- (2) Het spectrum "moreel richtsnoer: geloof in autoriteit <=> geloof in redelijkheid".

Dit leidt tot een integrale vraagstelling aan de hand van vier maatschappijmodellen, die elk een mogelijke denkrichting van het staatsbestuur vertegenwoordigen. In schema:

Wenselijk? Feitelijk bestaand/haalbaar?	Nadruk op connectiviteit (individualiteit is ondergeschikt aan collectieve doelen)	Nadruk op individualiteit (connectiviteit is ondergeschikt aan individuele grondrechten)	
Wenselijk? Feitelijk bestaand/haalbaar?			
Autoritaire benadering	Totalitaire staat (religieus of seculier)		Libertair (anarcho-)kapitalisme (bv. "objectivisme" van Ayn Rand)
Nadruk op redelijkheid	Quasi-democratische regenten- en bemoezorgstaat	Democratische rechtsstaat	<i>[komt niet voor]</i>

In de praktijk van samenlevingen en hun rechtsstelsels is er natuurlijk altijd sprake van mengvormen. Om enkele voorbeelden te noemen: het fascisme kan worden gezien als een mengvorm van autoritair connectiviteitsdenken en autoritair individualiteitsdenken. Het in de VS dominante neoliberalisme voorafgaand aan de verkiezing van Donald Trump tot president kon worden gezien als een mengvorm tussen autoritair individualiteitsdenken, redelijk individualiteitsdenken en redelijk connectiviteitsdenken (Christelijk gedachtengoed).

Dit is complexe materie, waaraan alleen recht kan worden gedaan in een dik boek met een omvangrijk notenapparaat. Het vergt jarenlang onderzoek om zo'n boek te schrijven. Zoveel tijd heb ik niet, want de termijn voor het indienen van dit hoger beroep is beperkt tot zes weken.

Wat ik daarom zal doen, is aan uw Afdeling een beperkte analyse voorleggen, waarin de kern van de problematiek en de relevantie daarvan inzichtelijk worden gemaakt. Mocht de wederpartij (de Autoriteit Persoonsgegevens) in reactie daarop tijdens de hoger-beroepsprocedure met een eigen analyse komen, dan zal ik mij daartoe zo goed mogelijk verhouden.

In de thans voorliggende, beperkte analyse zal ik eerst, in paragraaf 2, ingaan op de problematiek van connectiviteit. Daarna, in paragraaf 3, zal ik ingaan op de problematiek van autoritair denken. Vervolgens zal ik in paragraaf 4 deze beide problematieken met elkaar verbinden. Bij elkaar zal deze analyse dan een fundament vormen waarnaar ik zal kunnen verwijzen in de bespreking van de gronden voor mijn hoger beroep (paragrafen 5 en 6).

2.2 Wat is connectiviteit?

2.2.1 Digitale en andere soorten connectiviteit

Nog nooit heb ik een boek van Dan Brown gelezen, en in die zin ben ik dus niet met hem "verbonden". Maar tijdens het schrijven van dit hoger-beroepschrift kwam ik een citaat van hem tegen dat het perfecte begin vormt voor deze paragraaf:

Even the technology that promises to unite us, divides us. Each of us is now electronically connected to the globe, and yet we feel utterly alone.³

Het zij een thriller-auteur vergeven dat hij de zaak wat overdrijft en dramatiseert om een cliché goed over het voetlicht te kunnen brengen. En al helemaal omdat hij zich aanzienlijk genuanceerder uitlaat dan één van de grootste technologie-bedrijven die "verbinding" prediken. In de loop der tijd heeft Facebook zichzelf onder andere aangeprezen met de volgende slogan:

Be Connected. Be Discovered. Be on Facebook.

Op de vraag: "How did Facebook choose its slogan?" antwoordde Semih Dilek ("Top marketing strategies with proven record of exommerce and digital experiences") op 28 februari 2016 :

It is pretty simple when you think more about strategy oriented. FBs strategy is "helps people to connect each other". That's why they basically develop everything depending on this idea. That means; let's say that do you want to launch a new button, so you first ask if it is going to help people to connect each other. You just ask this question everytime you want to do anything from marketing to product development or from hiring people to buying new company. So Be connected. Be discovered. Be ... just is the actionable version of your strategy and you can see how you can turn your strategy into a motto.⁴

Hoogstwaarschijnlijk is Semih Dilek minder naïef dan hij zich hier voordoet. Als het gaat om de vraag hoe mensen met elkaar kunnen worden verbonden, met andere woorden: de vraag naar connectiviteit, dan moet er worden geconstateerd dat er vele soorten verbinding mogelijk zijn, waarvan verbinding via digitale sociale media er slechts één is. Het woord "verbinding", of "connectie", of "connectivity/connectiviteit" is in de praktijk een containerbegrip dat door allerlei marketing-mensen zonder scrupules wordt misbruikt.

Bij Facebook zijn er bijvoorbeeld vele schandalen geweest, waarvan dat met Cambridge Analytica het bekendste is. Privé-informatie van mensen (Facebook-gebruikers en mensen die via die gebruikers eveneens door Facebook "ontdekt" waren) werd doorgespeeld naar organisaties die deze informatie zonder toestemming probeerden te misbruiken. Mensen werden door Facebook dus "verbonden" op de manier waarop mensen door de Mafia worden "verbonden", namelijk: gevangen in een onzichtbaar net met de bedoeling dat ze daar nooit meer uitkomen.

3 Dan Brown, *Angels and Demons*, geciteerd in: Tom Oliver, *The Self Delusion - The Surprising Science of How We Are Connected and Why That Matters*, Weidenfeld & Nicolson, London, 2020, pag. 220.

4 <https://www.quora.com/How-did-Facebook-choose-its-slogan-Be-Connected-Be-Discovered-Be-on-Facebook> (geraadpleegd: 11 februari 2020; enkele taalfouten - maar niet alle - door mij gecorrigeerd).

Toch is het woord "verbinden" nog steeds niet in discrediet geraakt, maar staat daarentegen hoog op de lijst van *feel-good*-woorden waarmee mensen kunnen worden gemanipuleerd. Om daar ook nog een spannend, hoogtechnologisch en innovatief tintje aan te geven, wordt het woord tegenwoordig vaak omgekat tot de term "connectiviteit". Bijvoorbeeld in een slogan als: "Connectiviteit heeft de toekomst", afkomstig van het telecombedrijf Vodafone.⁵

Op Encyclo.nl wordt "connectiviteit" als volgt gedefinieerd:

Het gemak waarmee verbindingen met andere (bedrijfs)systemen kunnen worden gemaakt.⁶

Via dochterbedrijf KPN Internetservices schrijft Nederlands grootste telecomprovider hierover het volgende:

Connectiviteit als kritieke succesfactor

De voordelen van een digitale wereld waarin alles met elkaar in verbinding staat, zijn door de cloud niet meer op één hand te tellen. Zo kunt u eenvoudig de beste route naar uw bestemming uitstippelen, doet u online aankopen en weet u onderweg of de verwarming thuis nog aanstaat. Ook kunt u gebruikmaken van e-business-omgevingen en altijd bij uw werkbestanden. Of u nu op kantoor werkt, onderweg bent of net bent thuisgekomen: niets staat u meer in de weg om uw tijd zo efficiënt mogelijk in te delen. Tenminste, als alles goed met elkaar in verbinding staat.⁷

Het is begrijpelijk dat KPN en Vodafone, blijkens hun ronkende lofprijzingen op connectiviteit, graag willen dat "alles goed met elkaar in verbinding staat", althans, digitaal in verbinding. De schoorstenen van KPN en Vodafone moeten immers roken.

Maar de connectiviteit van digitale systemen is niet hetzelfde als de connectiviteit van mensen, en is ook lang niet altijd bevorderlijk voor menselijke connectiviteit. Mensen hebben behoefte aan verschillende soorten verbinding, bijvoorbeeld:

- verbinding met de eigen emoties, energie, liefde en ambities (voelen);
- fysieke verbinding met materie (zien, horen, ruiken, aanraken);
- analoge verbinding met andere mensen (zien, horen, ruiken, aanraken, emotioneel resoneren);
- verbinding met de eigen creativiteit ("inspiratie") en met een groter geheel (zingeving).

Het gebruik van een algemene term als "connectiviteit", waarmee buiten de pagina's van een encyclopedie ten onrechte de suggestie wordt gewekt dat menselijke connectiviteit altijd wordt bevorderd door digitale connectiviteit, moet dus uitermate kritisch worden bekeken.

5 <https://www.nrc.nl/advertentie/vodafone/er-zijn-nog-zoveel-slimme-oplossingen-die-bedrijven-kunnen-benutten> (geraadpleegd 11 februari 2020). Ik bedacht deze slogan eerst zelf en zocht hem vervolgens op internet op met een zoekmachine. Heel voorspelbaar allemaal. Hij bleek voor te komen in een advertentietekst, half-vermomd als infomercial ("XTR Branded Content is de commerciële content op nrc.nl. De inhoud valt buiten de redactionele verantwoordelijkheid van NRC Media."), afkomstig van Vodafone. Subkop: "Hoe productontwikkeling en connectiviteit samen tot innovatie leiden." Intro: "Door sensoren in de sloten van vakantiehuisjes te plaatsen, kunnen de deuren op afstand geopend worden. Dit is één van de vele voorbeelden, waarbij de laatste ontwikkeling op het gebied van IoT van grote meerwaarde is voor een organisatie."

6 <http://www.encyclo.nl/begrip/connectiviteit>

7 <https://www.internetservices.nl/blog/connectiviteit-als-kritieke-succesfactor/> (geraadpleegd: 11 februari 2020)

2.2.2 Dienende infrastructuur vs. richtinggevend doel en fictieve onvermijdelijkheid

Als het goed is, wordt er onder "digitale connectiviteit" verstaan: de kwaliteit van de infrastructuur waarmee digitale verbindingen worden gecreëerd en onderhouden, zodat die digitale verbindingen kunnen bijdragen aan het goede leven van mensen, daarbij inbegrepen hun goede zorg voor de rest van onze planeet (dieren, planten, het landschap, de zeeën, het klimaat).

Ervan uitgaande dat het oorspronkelijke doel van de bevordering van "connectiviteit" inderdaad was om "mensen met elkaar te verbinden" en hun leven "gemakkelijker" te maken, zou je verwachten dat er bij het ontwikkelen van digitale instrumenten door de makers steeds wordt gekeken of de inzet van die instrumenten bevorderlijk is voor die oorspronkelijke doelen (zoals Semih Dilek, geciteerd in de vorige paragraaf, lijkt te willen zeggen). Als dat niet of onvoldoende het geval is, zou je verwachten dat de ontwikkeling van de instrumenten wordt stopgezet of omgebogen in een andere richting die de oorspronkelijke doelen alsnog dichterbij brengt.

Maar wat we op het gebied van digitale techniek in de praktijk zien, net zoals met alle technieken en door mensen opgezette organisaties, is dat de instrumenten die aanvankelijk worden gecreëerd en ingezet om nuttige doelen na te streven, geleidelijk aan veranderen in middelen waarmee primair rijkdom, macht en status wordt nagestreefd door diegenen die de instrumenten in handen hebben.

Vervolgens veranderen die instrumenten ook nog eens geleidelijk in doelen op zichzelf - omdat ze er nu eenmaal zijn, mensen aan hun bestaan gewend raken en ze als onvermijdelijk gaan zien. Die illusie van onvermijdelijkheid wordt bovendien gepromoot door groepen die daar belang bij menen te hebben, namelijk een belang op de korte termijn.⁸

En ten slotte wordt die fictie van onvermijdelijkheid ook nog ingezet als een moreel argument waarom het zoveel mogelijk inzetten van die instrumenten moet worden toegejuicht en verder bevorderd. Dit komt tot uiting in uitspraken als: "papieren vervoerbewijzen zijn niet meer van deze tijd". Of de al eerder geciteerde slogan: "Connectiviteit heeft de toekomst". Het morele argument is dan: "Je moet met de tijd meegaan."

Men lijkt daarbij een belangrijke les van de geschiedenis vergeten te zijn. Dit soort slaafse en tegelijk assertieve wilsuitingen, waarbij iemand zich de definitie toeëigent van wat de tijdgeest is en wat de toekomst brengt - dat wil zeggen: autoritaire wilsuitingen - werden in het verleden ook gebruikt om zeer kwalijke zaken door te drukken. In de eerste helft van de twintigste eeuw werd er op precies dezelfde manier gesteld dat het communisme zoals geïmplementeerd in de Sovjet-Unie "de toekomst" had, en (door anderen) dat juist het Nazisme de toekomst had, waarbij er werd verwezen naar de technische en organisatorische superioriteit van Duitsland. Op een vergelijkbare manier meenden neoliberalisten aan het eind van de twintigste eeuw dat de zogeheten "nieuwe economie" de toekomst had.

⁸ In het standaardwerk *The Age of Surveillance Capitalism* spreekt Harvard-hoogleraar Shoshana Zuboff in dit verband van "*inevitabilism*". Zie ook: Michiel Jonker, *OV-datajacht: op weg met surveillance corporatism*, par. 15 (pp.58-59), 7 oktober 2019; bijgevoegd als bijlage. Tevens raadpleegbaar via: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/mobiliteit/item/1155-rechtszaak-over-privacy-anonieme-ov-chipkaart.html> (onder: update 30 oktober 2019). Zie ook paragraaf 2.3.2 van dit hoger-beroepschrift.

Dat laatste idee was een illusie waaraan het barsten van de internet-bubble (2001) voor veel mensen een eind maakte, maar niet voor de heersende technologische, financiële en bestuurlijke elites in de VS en Europa. Zelfs nu, bijna tien jaar na de kredietcrises in 2008-2011, houden die elites nog vast aan een logica en een inrichting van het sociaal-economische systeem die gebouwd zijn op de aannames van de bijna twintig jaar geleden ontmaskerde fictie van de "nieuwe economie". Het idee van digitale "connectiviteit" is een nieuwe vlag waarmee deze achterhaalde ideeën aan politici en het grote publiek worden verkocht, in een poging het verdienmodel en de macht van rijke tech-entrepreneurs zo lang mogelijk te bestendigen.

Door deze misleidende propaganda wordt het oorspronkelijke doel van digitale connectiviteit steeds verder uit het oog verloren. In plaats van dat digitale connectiviteit in dienst wordt gesteld van mensen, en met dat doel selectief en zorgvuldig wordt bevorderd en ingezet, worden mensen nu onderworpen aan verplicht opgelegde vormen van digitale connectiviteit, die niet zijn toegesneden op het goede leven van gewone mensen, maar op de verdere zelfverrijking en machtsontplooiing van data-moguls. Er is sprake van *function creep*, zowel waar het gaat om de inzet van de betreffende technische systemen, als waar het gaat om de inzet van het *idee* van connectiviteit.

Vanwege de manier waarop het idee van connectiviteit wordt misbruikt om privacy-aantastingen te legitimeren, is het nodig om dat begrip aan een nadere analyse te onderwerpen. Wat of wie moet er nu eigenlijk met elkaar verbonden worden? Op welke manier? En waarom is dat nodig?

2.2.3 Relatie tussen digitale, analoge en menselijke connectiviteit

In paragraaf 2.2.1, heb ik betoogd dat digitale connectiviteit slechts één van verschillende soorten connectiviteit is. In paragraaf 2.2.2 heb ik betoogd dat digitale connectiviteit door de voorstanders en ontwikkelaars daarvan oorspronkelijk werd gepresenteerd als een instrument ter bevordering van menselijke connectiviteit, en dat digitale connectiviteit nog steeds, en daadwerkelijk, zou moeten worden ingezet ter bevordering van dat oorspronkelijke doel. Dit roept de vraag op, wat dat oorspronkelijke doel dan eigenlijk inhoudt.

Omdat de vraag wat menselijke connectiviteit inhoudt, nauw samenhangt met de vraag wat een mens eigenlijk is, zal ik daarop nader ingaan in paragraaf 2.3 ("Wat is een mens?"). Hier wil ik volstaan met het maken van een simpel, tamelijk grof onderscheid:

Digitale connectiviteit is (de mate van) verbinding of verbindbaarheid tussen digitale computersystemen die met elkaar digitale data uitwisselen, dat wil zeggen elektrische of andere signalen die door mensen (direct of indirect) opgestelde, digitale codes bevatten, die op hun beurt weer verwijzen naar menselijke concepten, dat wil zeggen ideeën en gedachten die voor mensen betekenis hebben.

Analoge connectiviteit is connectiviteit voor zover die niet bestaat uit digitale connectiviteit. Bijvoorbeeld de connectiviteit die bestaat dankzij het vermogen elkaar aan te kijken en elkaar aan te raken, maar ook dankzij het voorhanden zijn van telramen, het schrift, en het bestaan van cijfers die kunnen worden opgeschreven op papier, om zo met anderen te kunnen communiceren.

Menselijke connectiviteit is (de mate van) verbinding of verbindbaarheid tussen mensen en zowel hun innerlijk (hun eigen geest en gevoelsleven) als hun omgeving. Die omgeving kan bestaan uit andere mensen, niet-menselijke natuur of cultuur (bijvoorbeeld stenen, gras of mierenkolonies), en menselijke artefacten. Artefacten kunnen analoge elementen hebben (denk aan schilderijen of telramen), en digitale elementen (denk aan de software van computers).

Een voorbeeld om dit te illustreren. Ik voel liefde voor en/of begeerte naar een ander mens en wil diegene graag op woensdag aanstaande ontmoeten om in een café samen een kopje koffie te drinken. Ik beschik over de contactgegevens van de betreffende persoon en stuur diegene een sms'je of een "appje" (niet de applicatie zelf, maar een boodschap via die applicatie) met een uitnodiging om elkaar op dat tijdstip in een bepaald café te ontmoeten. Aan het eind van die uitnodiging plaats ik drie hoofdletters: "XXX".

De "connectiviteit" tussen mij en die andere persoon bestaat in dat geval onder andere uit de volgende elementen:

- We kennen elkaar al (analoge connectiviteit)
- We beschikken over elkaars contactgegevens en weten dat ook (analoog)
- Ik heb die contactgegevens in mijn agenda opgeschreven (analoog)
- De andere persoon bewaart mijn contactgegevens in het digitale geheugen van een smartphone (digitale connectiviteit)
- We spreken allebei de Nederlandse taal (analoog)

- We kennen allebei het systeem van kalenderdatums en kloktijden dat in grote delen van de wereld wordt gehanteerd (analoog)
- Dat tijd-systeem is vastgelegd in mijn papieren agenda (analoog) en in het geheugen van de smartphone van de andere persoon (digitaal)
- Als ik die persoon tien of twintig jaar geleden had willen uitnodigen, zou ik analoog hebben gebeld en mijn uitnodiging mondeling hebben gedaan, en daarbij alle rijke mogelijkheden van stemcontact hebben benut. Sinds het internettijdperk en de introductie van de smartphone zijn steeds meer mensen echter uit zelfbescherming ertoe overgegaan om hun telefoon op "stil" (geluidloos) te zetten, om a) hun overbelasting te verminderen; en b) eerst rustig te kunnen checken wie er contact zoekt alvorens te kiezen of het contactverzoek wordt geaccepteerd. De persoon die ik wil uitnodigen, is zo iemand. Bovendien zijn analoge telefoonlijnen inmiddels door "the powers that be" afgeschaft. Om die redenen zie ik me genoodzaakt om een schriftelijke boodschap te verzenden door middel van een sms'je of een "appje" (digitaal).
- Ik vertaal de inhoud van de boodschap die ik in mijn geest heb geconcipeerd (analoog) in een schriftelijke tekst (analoog), die ik met mijn vingers (analoog) intyp, of met mijn stem (analoog) inspreek op mijn apparaat (overgang van analoog naar digitaal). Ik druk op een toets (analoog) of geef een stemcommando (analoog) waarmee ik de opdracht geef tot verzending van de boodschap (overgang van analoog naar digitaal).
- Mijn apparaat verzendt de boodschap (digitaal).
- De telecom-provider transporteert de boodschap (digitaal).
- Het apparaat van de andere persoon ontvangt de boodschap (digitaal).
- Het apparaat van de andere persoon meldt de boodschap, door middel van enkele piepjes of het oplichten of trillen van het apparaat (overgang van digitaal naar analoog).
- De andere persoon opent en leest mijn boodschap [zie eerder genoemde stappen in omgekeerde richting].
- De andere persoon herkent in mijn datumvoorstel een technisch-logistieke boodschap (analoog). De andere persoon herkent tevens in de letters "XXX" een emotionele, affectieve boodschap (analoog).
- Op grond van deze boodschappen concipieert de andere persoon een reactie (analoog).

Wat aan deze gang van zaken opvalt, is ten eerste dat er, ondanks de inzet van digitale instrumenten, nog steeds in overweldigende mate sprake is van een analoog proces en een analoge connectiviteit.

Ten tweede valt op dat de hele transactie ook zou kunnen plaatsvinden zonder enige digitale technologie, als de voorheen beschikbare analoge technologie als gevolg van menselijke keuzes niet inmiddels was afgeschaft door de telecom-provider. Immers, in de tijd voorafgaand aan internet en digitale telefooncentrales, had ik de andere persoon analoog kunnen bellen.

Ten derde valt op dat de vervanging van analoge technologie door digitale technologie in dit geval mijn contact met de andere persoon niet alleen makkelijk, maar ook moeilijker maakt. Het is zelfs mogelijk dat de andere persoon mijn digitaal overgebrachte uitnodiging afwijst, terwijl een uitnodiging waarbij ik mijn analoge stem op charmerende wijze had kunnen inzetten, wel succesvol zou zijn geweest. Digitalisering is niet altijd een vooruitgang, maar soms ook een achteruitgang. Voor mij als mens is er bij digitalisering sprake van een andere, maar niet betere connectiviteit.

2.3 Wat is een mens?

2.3.1 De noodzaak van een referentiekader

In een hoger-beroepschrift dat gaat over de schending van een mensenrecht, is de vraag relevant wat een mens eigenlijk is. Privacy gaat over de bescherming van het privéleven van mensen. Als we niet eens weten wat mensen zijn, hoe zouden we dan hun privéleven adequaat kunnen beschermen?

Daarnaast roept het belang dat de ontwikkelaars en verkopers van data-systemen (van Facebook tot Nederlandse Spoorwegen, Translink Systems en Connexxion) zeggen te hechten aan "connectiviteit", de vraag op over wiens connectiviteit zij het dan eigenlijk hebben. Voor zover het hen om de connectiviteit van mensen gaat, voert dit opnieuw terug naar de vraag wat mensen dan eigenlijk zijn.

Deze zeer relevante vraag is tegelijk ook een heel moeilijke, waarover talloze vooraanstaande denkers zich in de loop der eeuwen hebben gebogen. Ik zal dus zeker niet proberen deze vraag in dit hoger beroepschrift van mijn kant definitief te beantwoorden.

Wel zal ik enkele handvatten geven om de vraag in zoverre te beantwoorden dat dit bijdraagt aan duidelijkheid over twee andere vragen:

- (1) In hoeverre, en op welke wijze, is digitale connectiviteit noodzakelijk, of juist niet, voor (het goede leven van) mensen?
- (2) In hoeverre, en op welke wijze, kan digitale connectiviteit een hindernis of bedreiging vormen voor (het goede leven van) mensen?

Op deze manier wil ik bijdragen aan het referentiekader dat uw Afdeling hanteert bij de beantwoording van de rechtsvragen naar de noodzakelijkheid, subsidiariteit, proportionaliteit en waarborgen met betrekking tot de inbreuken op de privacy in het openbaar vervoer die het onderwerp van dit hoger-beroepschrift vormen.

Zonder zo'n referentiekader is een adequate beoordeling en beantwoording van de betreffende rechtsvragen niet mogelijk. Voor een transparante rechtspleging is het nodig dat dit referentiekader expliciet wordt gemaakt. Daarmee wordt ook bijgedragen aan een correcte precedentwerking van de onderhavige rechtszaak. In die zin zijn paragrafen 2 t/m 4 van dit hoger-beroepschrift vergelijkbaar met een "memorie van toelichting" bij wetten (zoals de UAVG) of met de zeer uitgebreide "overwegingen" die het eerste deel vormen van de AVG.

De explicitering van zo'n referentiekader kan ook dienen ter ontmaskering van onrechtsstatelijke referentiekaders die in de praktijk soms door rechters worden gehanteerd, zoals in dit geval door de Rechtbank Gelderland. In casu gaat het om het foutieve referentiekader dat de wet zou moeten worden geïnterpreteerd binnen en conform de grenzen van een door een conglomeraat van overheden en vervoerbedrijven gesteld wensenpakket. In een rechtsstaat is het natuurlijk precies andersom: daar wordt zo'n wensenpakket getoetst aan een kader van verdragsrechtelijke verplichtingen, wetgeving en jurisprudentie, conform de doelen van die wetgeving.

2.3.2 De individuele mens als levend wezen - determinisme versus vrijheid

Als het gaat over privacy en connectiviteit, is het belangrijk om in het oog te blijven houden dat mensen levende wezens zijn, en dat dat allerlei implicaties heeft voor de manier waarop er met ze moet worden omgegaan - in ieder geval in een rechtsstaat met wetgeving ten aanzien van privacy.

In mijn pleitnota d.d. 20 augustus 2019 over de OV-chipkaart schreef ik over de relevantie van het feit dat mensen levende wezens zijn, onder andere het volgende:

Omdat het bij vrijheid in essentie altijd over de vrijheid van individuele mensen gaat, is vrijheid niet digitaal, maar analoog. Immers, elk mens wordt analoog geboren, leeft analoog en sterft ook weer analoog. Vrijheid begint bij fysieke vrijheid: je kunnen bewegen. Dat begint bij de trappelende beentjes van een baby. En het eindigt bij de lippen van iemand die op zijn sterfbed zijn laatste woorden spreekt, of een laatste kus met een glimlach beantwoordt.

Tussen die eerste en laatste momenten bewegen we veel. Dat is ons leven. Onze vrijheid om te leven begint met de vrijheid om niet onnodig te worden gehinderd in onze mogelijkheden om fysiek te bewegen. In onze kindertijd oefenen we door middel van spel en sport om samen met anderen te bewegen. In het directe contact met elkaar leren we als mensen om sociaal met elkaar om te gaan. Zo kan een maatschappij ontstaan, een gemeenschap waarin mensen elkaar gaan vertrouwen, zodat ze samen dingen kunnen ondernemen en successen kunnen boeken.⁹

In deze paragraaf zal ik het hebben over de mens als individueel, levend wezen. In de daaropvolgende paragraaf zal ik ingaan op de verbindingen tussen elk individu en zijn of haar omgeving.

Verhuld determinisme

De bazen van de huidige, grote data-bedrijven en hun volgelingen in het bedrijfsleven en bij overheden, bezingen in hun retoriek enerzijds de vrijheid van mensen en hoe de inzet van data-systemen die vrijheid bevordert door allerlei dingen voor vrije mensen "mogelijk" en "gemakkelijker" te maken. Maar anderzijds hanteren zij stilzwijgend een heel ander uitgangspunt, dat daarmee in strijd is, namelijk dat de mens in essentie niet meer is dan een machine, die door middel van het indrukken van de juiste knoppen kan worden aangestuurd en gemanipuleerd.¹⁰

Deze opvatting van mensen als machines heeft een lange voorgeschiedenis in Europa. In vogelvlucht, en met excuses aan alle historici die dat beter zouden kunnen doen dan ik, valt deze gedachte te traceren in Griekse opvattingen over de manier waarop goden zich verhielden tot en bezit konden nemen van individuele stervelingen ("de wil van Zeus werd vervuld"), en de Griekse zoektocht naar "dat wat blijvend is" in de vorm van "eeuwige ideeën" die later zouden terugkeren in de vorm van "natuurwetten".

⁹ Michiel Jonker, pleitnota d.d. 20 augustus 2019 inzake NS en OV-chipkaart, pag. 1. Zie bijlage bij dit hogerberoepschrift. Tevens gepubliceerd op: <https://www.privacyfirst.nl/images/stories/ov-chipkaart/2019-08-20-Rb-pleitnota-OV-chipkaart.pdf> - en op: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/mobiliteit/item/1155-rechtszaak-over-privacy-anonieme-ov-chipkaart.html> (onder update 20 augustus 2019).

¹⁰ Deze opvatting kwam ik bijv. tegen bij een beleidsmedewerker van een decentrale OV-autoriteit. Zie mijn analyse *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism*, en mijn bezwaarschrift d.d. 24 november 2018 (par. 2.4).

Christelijk-theïstische opvattingen over de scheiding tussen God (eeuwig) en wereld (veranderlijk) alsmede tussen geest en lichaam leidden vervolgens tot het in de Verlichting opkomende deïsme, waarin God werd opgevat als ontwerper van het heelal en zijn natuurwetten. Daaruit ontstond weer een modern, "mechanistisch" wereldbeeld dat bijvoorbeeld tot uiting kwam in Newton's mechanica, waarmee hij een basis legde voor moderne vormen van wetenschap.¹¹ Het (Sociaal-) Darwinisme voegde daar het idee aan toe dat "toevallige" aanpassingen van mechanische systemen (bijv. genen, organismen, mensen of groepen) bepalen welke entiteiten er overleven.

Kenmerkend voor huidige wetenschappen is dat die, ondanks steeds vreemdere bevindingen en theorieën op het gebied van relativiteit, quantum-mechanica, snaartheorie, chaostheorie en dergelijke, in de kern nog steeds uitgaan van de wenselijkheid van zo deterministisch mogelijke opvattingen van het universum en van mensen als mechanische "systemen", waarvan de werking begrepen moet worden in termen van (deterministische of probabilistische) oorzaken en gevolgen.

Het feit dat mensen bijvoorbeeld ook gedreven kunnen worden door "doeloorzaken" (motieven, wensen, verlangens, commitment, hun geweten) wordt door de leiders van data-bedrijven niet aangegrepen als een aanleiding om anders naar mensen te kijken. De reden daarvoor is dat het economische verdienmodel van de huidige dominante data-bedrijven is gebaseerd op het vermogen om het gedrag van grote aantallen individuele mensen te voorspellen en te beïnvloeden door middel van data-systemen. De kans op succes (de *viability*) van deze verdienmodellen staat of valt met de benadering van mensen alsof zij systemen zijn die uiteindelijk even voorspelbaar en bestuurbaar zijn (of: gemaakt kunnen worden) als uurwerken, als men maar voldoende data en analysecapaciteit heeft om te kunnen bepalen welke geautomatiseerde (en dus mechanische) prikkels er op mensen moeten worden toegepast.

Data-machthebbers zullen binnenskamers wellicht toegeven dat zij verreweg de meeste mensen "dom" vinden en hen proberen te manipuleren, zoals Mark Zuckerberg aan het begin van zijn loopbaan in een onbewaakt moment deed.¹² Binnenskamers zullen ze de bluf die ten grondslag ligt aan hun verdienmodel (het soort bluf dat ook ten grondslag ligt aan allerlei andere vormen van reclame, manipulatie en intimidatie) erkennen. Maar ze zullen tegenover zichzelf niet toegeven dat levende mensen meer zijn dan een combinatie van zeer ingewikkelde hardware (lichaam) en data-systemen (software). Want als zij dat doen, zou het niet alleen een blamage zijn voor hun verdienmodel, maar daarnaast ook een zeer ernstige aanslag vormen op het soort ego (dat wil zeggen: het

11 Zie bijv. E.J. Dijksterhuis, *De mechanisering van het wereldbeeld* (1950). Maar ook: Christiaan Boudri, *Het mechanische van de mechanica* (proefschrift, 1994), waarin deze onder andere schrijft: "Sommige vragen wil de fysica na Newton niet beantwoorden. Vragen naar het wezen van de natuur zijn hiervan wel de belangrijkste. Op het eerste gezicht lijkt dit soort vragen dicht bij het doel van de fysica te liggen, geïnterpreteerd als bijvoorbeeld de volledige mathematische beschrijving in een enkel systeem van alle materiële processen. Houdt een dergelijke beschrijving immers niet ook in, dat we weten wat de ontologische grond is van al het ervaarbare? (...) In tegenstelling tot de categorie der zinvragen, is het bij wezensvragen veel minder duidelijk of de fysica door 'natuurlijke' dan wel door 'kunstmatige' grenzen verhinderd is zich over de scheidlijn te begeven. Met name de Verlichting en het positivisme van de negentiende eeuw verdedigden de noodzaak de natuurwetenschap te bevrijden van metafysica en theologie, de traditionele disciplines waartoe beide vragen behoren."

12 Zie bijv. <https://www.businessinsider.com/embarrassing-and-damaging-zuckerberg-ims-confirmed-by-zuckerberg-the-new-yorker-2010-9?international=true&r=US&IR=T> : " In another exchange leaked to Silicon Alley Insider, Zuckerberg explained to a friend that his control of Facebook gave him access to any information he wanted on any Harvard student: / ZUCK: yea so if you ever need info about anyone at harvard / ZUCK: just ask / ZUCK: i have over 4000 emails, pictures, addresses, sns / FRIEND: what!? how'd you manage that one? / ZUCK: people just submitted it / ZUCK: i don't know why / ZUCK: they "trust me" / ZUCK: dumb fucks " Geraadpleegd: 14 februari 2020.

paradoxe soort "zelfrespect") zoals allen behalve de meest cynischen (ik noem dat nu even: de "diep-cynischen") onder hen dat hebben opgebouwd.

Voor gewoon-cynische data-machthebbers is het geen probleem om tegenover de buitenwereld te bluffen over de effecten van hun verdienmodel en ondertussen binnenskamers de domheid van de buitenwereld te benoemen. Maar voor verreweg de meesten onder hen zou het wel een probleem zijn om binnenskamers te benoemen dat hun eigen levenswerk (het data-bedrijf en de financiële vruchten daarvan) vanaf het begin is gebaseerd op een diepere vorm van bluf, namelijk hun eigen zelfbedrog: de volgehouden misvatting dat zijzelf niet meer zouden zijn dan machines die alleen op een Darwinistische, in essentie liefdeloze manier overleven. Bewustwording van het feit dat liefdeloosheid een keuze is, zonder dat dit leidt tot het einde van hun op die keuze gebaseerde activiteiten (data-roof etc.), vergt een combinatie van intelligentie en diep-cynisme¹³ waarmee slechts zeer weinigen behept zijn - niet mensen zoals Mark Zuckerberg, Jeff Bezos of Bill Gates. Misschien komt Peter Thiel in de buurt. Het vergt van een data-baas dat hij in staat is zichzelf als "evil" (kwaadaardig) te beschouwen en daar tegelijk "cool" mee te zijn (het prima te vinden).

Daar willen de meeste data-bazen niet aan. Vandaar dat ze voor zichzelf en anderen de paradoxale zienswijze in stand houden dat mensen "vrij" zijn en dat data-bedrijven die vrijheid bevorderen en verder vergroten, terwijl de logica van hun bedrijfsvoering tegelijk gebaseerd is op de aanname dat mensen apparaten zijn die mechanisch-deterministisch kunnen en mogen worden aangestuurd. Voor verreweg de meeste mensen, inclusief tech-bazen, is het makkelijk om hypocriet en eventueel cynisch te zijn, maar niet om diep-cynisch te zijn.

Openlijk determinisme: predestinatie, onvermijdelijkheidsdenken, transhumanisme

Wanneer data-bazen en hun volgelingen worden aangesproken op de schadelijke privacy-effecten van hun activiteiten, kiezen zij soms voor een vlucht naar voren in de vorm van het eerder reeds genoemde "onvermijdelijkheidsdenken". Ook dat soort denken heeft een lange Europese voorgeschiedenis, van de schikgodinnen (de nornen of moiren) tot het Protestants-Christelijke idee van predestinatie. Bij de digi-data-gelovigen neemt dat vaak de vorm aan van zogeheten "transhumanisme": de overtuiging dat mensen binnen niet al te lange tijd eerst op onderdelen, en uiteindelijk helemaal zullen worden vervangen door robots en andere "intelligente systemen". Het is volgens hen zinloos en dus niet de moeite waard om zich te verzetten tegen die als "onvermijdelijk" opgevatte ontwikkeling. Met andere woorden, het is in hun ogen niet de moeite waard om te streven naar het behoud van onze menselijkheid als levende organismen.

Ik heb gesprekken gehad met mensen met een IT-achtergrond die geloven dat we een flink eind op weg zijn in de ontwikkeling van kunstmatige intelligentie (*artificial intelligence*; AI) en heb hen gevaagd wat volgens hen de kenmerken zijn van kunstmatige intelligentie. Steevast krijg ik dan eerst als antwoord: "(zelf)lerende systemen" en "neurale netwerken" (waarbij dan bedoeld wordt op elektronische simulaties van neurale netwerken). Maar als ik vraag waarin die systemen zich dan wezenlijk onderscheiden van uitermate complexe data-bases die functioneren op basis van (gestapelde en met elkaar vernetwerkte) algoritmes, krijg ik geen goede antwoorden. Als de discussie dan komt op de vraag waarin levende organismen zich onderscheiden van dode materie, krijg ik geen beter antwoord dan: "een hoge mate van complexiteit".¹⁴

13 Dergelijk "diep-cynisme" is niet hetzelfde als psychopathie, omdat het voortkomt uit een keuze, niet uit een aangeboren aanleg of een onwillekeurige aandoening. Mensen met psychopathie hoeven niet diep-cynisch te zijn.

14 Zie ook: <https://www.theguardian.com/science/2020/feb/27/why-your-brain-is-not-a-computer-neuroscience-neural-networks-consciousness> (geraadpleegd: 27 februari 2020).

In één van die discussies vroeg ik of de supercomputer (dode materie) die Garry Kasparov met schaken versloeg, dan niet complexer was dan een simpele bacterie (levend organisme). Mijn gesprekspartner meende dat dat wel het geval was, maar had geen antwoord op mijn vraag waarom die supercomputer dan toch niet als levend organisme kon worden aangemerkt.

Het lijkt erop dat er bij gelovigen in "AI" sprake is van een illusie dat als je maar zeer complexe combinaties van algoritmes samenvoegt in digitale systemen, die systemen op de één of andere mysterieuze wijze "intelligent" zullen worden, en door hun grote rekenkracht zelfs "intelligenter" dan mensen. Het lijkt of deze illusie voortkomt uit wensdenken in de vorm van "jongensdromen" en adolescente machtsfantasieën. In de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn eerdere hogerberoepschrift heb ik er reeds op gewezen hoe gevaarlijk het is als "jongens" die beschikken over miljardenvermogens gaan proberen dergelijke machtsfantasieën in praktijk te brengen.

Vrije wil

Naast een traditie van geloof in determinisme en mechanistisch denken, kent de Europese cultuur een even oude traditie van geloof in vrije wil. Dat begon al met het verhaal van Prometheus die het vuur stal van de goden, en met Adam en Eva die in het paradijs op aarde Gods geboden overtraden en vervolgens werden verbannen. In Christelijke tijden, en vooral ten tijde van de Verlichting, hebben talloze denkers zich gebogen over de vraag hoe het kan dat God goed en almachtig is en tegelijk het kwaad in de wereld toestaat. Vaak werd die vraag beantwoord met een verwijzing naar de vrije wil waarmee God de mens had begiftigd.¹⁵

Het idee van de vrije wil ligt, via het idee van het sociale contract en het idee van de volkswil, ook aan de basis van de democratische rechtsstaat. Daarover meer in paragraaf 2.5.2 ("Zonder individualiteit en individuatie geen democratische rechtsstaat"). In de huidige paragraaf gaat het om de vraag of de individuele mens een willoze machine is die weliswaar toegerust is met een illusie van vrije wil die hem helpt om te overleven, maar toch slechts wordt aangestuurd door deterministische oorzaken, of dat we werkelijk beschikken over een vrije wil.

Mijn antwoord op deze vraag is dat een mens kan kiezen om te geloven in een vrije wil, en dat wie daarvoor kiest, op die manier die vrije wil ook in het leven roept en daarmee zelf kiest om mens te zijn, en niet slechts een machine. Het is een keuze voor zowel macht als verantwoordelijkheid.

Dat is iets anders dan wat we de data-bazen zien doen wanneer zij uitgaan van het eerder genoemde, verholde of openlijke determinisme. Zij kiezen in de praktijk voor macht, die zij via big data uitoefenen over mensen die zijn gereduceerd tot machines, maar zonder dat ze verantwoordelijkheid nemen (want het is onmogelijk om verantwoordelijk te zijn voor het respecteren of niet respecteren van de vrije wil van vermeende machines, aangezien machines geen vrije wil hebben).

Onvolwassenheid

Wat we op dit punt zien, is de onvolwassenheid van de huidige data-machthebbers. Wel macht willen maar geen verantwoordelijkheid, is iets dat past bij zeer jonge kinderen die zichzelf nog ervaren als het centrum van het universum, waar enkele verzorgers (moeder, vader) als vanzelfsprekende satellieten omheen cirkelen. Deze morele onvolwassenheid van deze data-machthebbers verschilt niet van die van allerlei andere machthebbers door de geschiedenis heen.

¹⁵ Zie bijv. Susan Neiman, *Evil in Modern Thought*, Princeton Univ. Press, 2002.

Dertig jaar geleden verbleef ik enkele maanden op het eiland Taiwan. Daar was de economische voorspoed recentelijk enorm toegenomen, evenals de milieuvervuiling. Ik herinner me nog de aanblik van grijsblauwe (of loodgrijze) rivieren. Er was ook een beginnende milieubeweging, waarvan de jonge leden zich geconfronteerd zagen met een overweldigende taak, omdat de Taiwanese overheid en de Taiwanese bevolking op dat moment zeer weinig belangstelling toonden voor adequate milieubescherming. Op één van de bijeenkomsten van die milieubeweging zei een oudere, uit een Engelstalig land afkomstige inspirator tegen de aanwezige, jonge activisten:

"Don't be ashamed of your country. Taiwan is a newly-rich country. All newly-rich countries behave terribly. It is like newly-rich people. It will change, but it takes time."

Ik word nog steeds ontroerd als ik terugdenk aan het begrip en de compassie waarmee hij dat zei, om de aanwezige jonge mensen een hart onder de riem te steken.

Op dezelfde manier zou je nu naar de landen en bedrijven kunnen kijken die sinds kort beschikken over big-data-technologie. Ze zijn recentelijk "data-rijk" geworden, en gedragen zich verschrikkelijk. Het zal tijd kosten. Maar dat doet niets af aan de noodzaak van een voorhoede van activisten om data-machthebbers en de bevolking aan te spreken op, en bewust te maken van hun verantwoordelijkheden. En het doet ook niets af aan de verwerpelijkheid van de opvattingen van data-machthebbers die weigeren hun verantwoordelijkheid te nemen, maar die van zich afschuiven met verwijzing naar reductionistische, pseudo-darwinistische ideeën over *survival of the fittest* in combinatie met het idee dat beschaving niet meer is dan een vernis.¹⁶

Determinisme en vrije wil als schijntegenstelling: de mens als manifestatie van een eigenstandige identiteit

De tegenstelling tussen (geloof in) determinisme en (geloof in) een vrije, menselijke wil is in de praktijk uiteindelijk niet houdbaar. Dit komt fraai naar voren in twee televisieseries: de Zweedse serie *Äkte människor* (Real Humans; 2012-2014) en de SF-serie *Battlestar Galactica* (tweede versie, 2003-2009). In beide series staat de verhouding centraal tussen mensen en robots (respectievelijk "hubots" en "cylons"), waarbij in beide series geleidelijk aan steeds meer grensvervaging optreedt.¹⁷ In beide gevallen ontstaan er ook mengvormen tussen mens en robot, die het moeilijk maken om te bepalen of zo'n mengvorm beschouwd moet worden als mens, of juist niet.

De uitkomst is in beide series dat mensen uiteindelijk een vorm van menselijkheid en waardigheid gaan erkennen in de robots, als gevolg van de emotionele banden die er in de praktijk tussen mensen en robots ontstaan. De vraag of de robots echt iets kunnen voelen of wensen, of dat dergelijke vermogens alleen door mensen op hen worden geprojecteerd, verdwijnt steeds meer naar de achtergrond. De keuze om entiteiten als mensen te beschouwen, blijkt uiteindelijk te worden gemaakt op basis van gevoelens, waarden, normen en spirituele ervaringen. De theoretische vraag naar eventuele deterministische, mechanische oorzaken van het functioneren mensen of van robots, verdwijnt daarmee ook naar de achtergrond.

16 Zie bijv. Susan Neiman, *Morele helderheid - Goed en kwaad in de 21e eeuw*, Ambo/Anthos, 2008, pp. 258-259. En Hans Achterhuis e.a., *De kunst van het vreedzaam vechten*, Lemniscaat, 2014, pag's 104 en 169.

17 Een dag na het schrijven van deze paragraaf, zie ik dat mensachtige robots en de (perceptie van) daarmee gepaard gaande risico's in het nieuws komen: https://www.nu.nl/tech/6031026/onderzoekers-waarschuwen-seksrobots-leiden-tot-psychologische-schade.html#coral_talk_wrapper (geraadpleegd: 15 februari 2020).

Los van het verlies aan relevantie van de vraag naar determinisme versus vrije wil, komt hieruit het beeld naar voren dat menselijke identiteiten zichzelf ontwikkelen en voortplanten, ongeacht welke vehikels die identiteiten daarvoor uitkiezen: geboren menselijke lichamen, machinaal geconstrueerde robot-lichamen of hybride mengvormen.

Vanuit dat perspectief bekeken, kan de vraag "Is dit een mens?" uiteindelijk alleen worden beantwoord door middel van een subjectieve keuze die gemaakt wordt vanuit een identiteit die zichzelf als menselijk beschouwt en die ten aanzien van een andere entiteit beslist: "Ja, ik wil dat dit een mens is / Nee, ik wil niet dat dit een mens is." Zo ja, dan is die andere entiteit daarmee ook een menselijke identiteit - in de ogen van degene die de keuze heeft gemaakt. *Humanity is in the eyes of the beholder*. En dan met name in de ogen van een toeschouwer met beslissingsmacht.

Dat is natuurlijk een beangstigend idee voor iedereen die zich bewust is van grote en kleine genocides die in de menselijke geschiedenis hebben plaatsgevonden, en van de ontmenselijking (dehumanisering) waarmee talloze vluchtelingen heden ten dage te maken krijgen.¹⁸ Het wijst erop dat menselijkheid in hoge mate een sociaal geconstrueerd fenomeen en een machtsfenomeen is. Daarover meer in de volgende paragraaf.

Menselijke identiteit, individuele autonomie en isolement

Is menszijn, in de vorm van een eigenstandige identiteit, ook mogelijk met volledige, individuele autonomie, los van menselijke sociale verbanden? Die vraag kan ik niet goed beantwoorden, omdat ik nooit volledig een kluizenaar ben geweest. Maar ik heb wel enige ervaring met relatief sociaal-psychologisch isolement. Het is mijn indruk dat het, separaat van een collectief, in ieder geval aanzienlijk moeilijker is om je eigen menselijkheid te ervaren en te onderhouden, en om kansen te scheppen voor het delen en doorgeven ervan. Misschien is dit een understatement.

Voor dit hoger-beroepschrift is zo'n situatie van individueel isolement op het eerste gezicht minder relevant, omdat in de huidige casus niet de afwezigheid van connectiviteit centraal staat, maar de verhouding tussen connectiviteit, autoritair denken en privacy.

Zodra data-machthebbers, bijvoorbeeld de leiders van Facebook, echter gaan beweren dat hun data-systemen en de daarmee georganiseerde privacy-inbreuken "helpen" om mensen uit hun sociale isolement te halen, worden in ieder geval twee andere, gerelateerde vragen relevant:

- (1) In hoeverre is connectiviteit nodig om als individu mens te kunnen zijn en als mens goed te kunnen leven?
- (2) Welk soort connectiviteit is daar dan voor nodig?

Aan deze twee vragen zal ik aandacht besteden in paragrafen 2.5.2 ("Zonder individualiteit en individuatie geen democratische rechtsstaat") en 2.5.3 ("Individualiteit en efficiëntie").

Het vraagstuk van individuele autonomie ten opzichte van iemands omgeving is in mijn bespreking van de mogelijkheid van een vrije wil impliciet al aan de orde gekomen. Voor de rest zal ik nog aandacht besteden aan individuele autonomie in relatie tot de grenzen van de privé-sfeer. Zie daarvoor paragraaf 2.4.1 ("Grenzen van de privé-sfeer").

¹⁸ Zie bijv. Ayten Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights - Hannah Arendt and the Contemporary Struggles of Migrants*, Oxford Univ. Press, 2015.

2.3.3 De mens als knooppunt van verbindingen - groeihumanisme

In de vorige paragraaf heb ik, samengevat, betoogd dat mensen in essentie identiteiten zijn die hun best doen zich te ontwikkelen, voort te planten en te verspreiden, waarbij het niet van primair belang is of dat op biologische, communicatieve of mechanische wijze gebeurt (d.m.v. "babies, boeken of bots"). Ik zie mensen niet primair als fysiek-biologische wezens ("organismen") en ook niet primair als abstract-mentale wezens ("geesten"), maar als groeiende identiteiten. Je zou deze opvatting over de mens kunnen betitelen als "groeihumanisme".

Groeihumanisme versus transhumanisme

Voordat ik verder ga, wil ik eerst vier mogelijke misverstanden wegnemen. Het eerste daarvan is dat ik, door menselijkheid als een "identiteit" te definiëren die niet per se afhankelijk hoeft te zijn van het biologische menselijke lichaam, me zou aansluiten bij de stroming die meestal "transhumanisme" wordt genoemd. Dat is niet het geval. In mijn eerdere hoger-beroepschrift over privacy in het OV heb ik al nadrukkelijk afstand genomen van het transhumanisme.¹⁹

De huidige transhumanisten willen (voor zover mij bekend) onze menselijkheid overstijgen door middel van het stapsgewijs vervangen van mensen door machines en data-systemen die meer kunnen omdat ze "intelligenter zullen zijn dan mensen". Dat lijkt mij een heilloze weg. Ik ben voorstander van een verdere ontwikkeling van onze menselijkheid, waarbij we bewust en selectief omgaan met de mogelijkheden die nieuwe technologieën bieden, en waarbij we ook bewust en selectief omgaan met de richting waarin we nieuwe technologieën proberen te ontwikkelen.

Het lijkt of veel transhumanisten ofwel een te beperkt beeld hebben van wat menselijkheid inhoudt, ofwel een te beperkt beeld hebben van wat er belangrijk is aan menselijkheid. Ze richten hun aandacht primair op iets wat zij "kunstmatige intelligentie" noemen, maar wat niet alle kenmerken van intelligentie behelst (empathie en compassie komen er bijvoorbeeld bekaaid van af). Ze gaan uit van de niet-onderbouwde aanname dat computers, computersystemen en computernetwerken een goed model zijn voor hoe menselijke wezens in essentie werken.

Deze transhumanisten richten zich primair op het vermogen van systemen om te overleven in een concurrentiestrijd met andere systemen, waarbij het nabootsen van "liefde", "zorgzaamheid" of "betrouwbaarheid" wordt opgevat als een instrument om te kunnen overleven, vanuit het perspectief van een speltheoretische benadering ("prisoners' dilemma" en dergelijke). Liefde, zorgzaamheid, betrouwbaarheid en dergelijke worden in die opvatting niet beschouwd als zelfstandige waarden of deugden.

Het is mogelijk dat sommige vormen van transhumanisme zich verder (gaan) ontwikkelen in de richting van wat ik groeihumanisme noem. Maar dat zou leiden tot de vraag waarom het dan nog "transhumanisme" zou moeten worden genoemd. Stel dat het zou lukken om systemen voort te brengen waarin alle menselijke waarden en vermogens vertegenwoordigd zijn, waarom zou je dan nog spreken van het overstijgen van menselijkheid, en niet van het ontwikkelen en verdiepen van menselijkheid?

¹⁹ Motivering d.d. 29 oktober 2019 van hoger beroep d.d. 9 oktober 2019, uw zaaknr: 2019-07478. Zie ook paragraaf 1 ("Inleiding"), voetnoot 1.

Groei-humanisme versus racisme, identiteitspolitiek of andere vormen van uitsluiting

Een tweede misverstand dat zou kunnen ontstaan, is dat ik door het begrip "identiteit" centraal te stellen in mijn opvatting van menselijkheid, een handreiking doe aan diegenen die door middel van het creëren van groepsidentiteiten (een *in-group* en *out-groups*) proberen om sommige groepen mensen uit te sluiten - of het nu gaat om racisme, ethnocentrisme, vrouwendiscriminatie, discriminatie van mensen die zich identificeren als LGBTQ+, het minachten en onderdrukken van mensen die in materiële armoede leven, etc. etc.

Zo'n handreiking doe ik niet. In mijn opvatting van mensen als identiteiten gaat het om individuele identiteiten, die zich desgewenst vrijwillig kunnen verbinden met andere individuele identiteiten, en die zich mede kunnen laten vormen door andere identiteiten. Elk mens heeft en is in mijn ogen een unieke identiteit, die niet reduceerbaar is tot de overeenkomsten van sommige kenmerken van die unieke identiteit met vergelijkbare kenmerken in de identiteit van andere mensen.

Ik heb een gruwelijke hekel aan "identiteitspolitiek" (*identity politics*) waarin, ter schijnbare verdediging van mensen tegen discriminatie (onrechtvaardige achterstelling), andere mensen juist worden gereduceerd tot vertegenwoordigers van een bepaalde categorie, bijvoorbeeld "toxische man", "feminazi", "communist", "elitaire grachtengordelbewoner", "plebs" of "tokkie".

Het is nodig om bepaalde categorieën te hanteren, omdat er anders over belangrijke zaken niet effectief kan worden gepraat. Ik heb in bezwaar- en beroepschriften bijvoorbeeld de categorie "juridisch-bestuurlijke elite" gehanteerd. Maar ik blijf steeds bereid om het individuele gedrag van elk lid van zo'n elite op zijn eigen merites te beoordelen. Ik zal ook nooit een lid van een groep uitsluiten van een dialoog, alleen op grond van het feit dat hij of zij kan worden ingedeeld in een bepaalde groep. Het feit dat iemand tot een bepaalde groep behoort of daarbij kan worden ingedeeld, kan wel een rol spelen, maar is op zichzelf nooit genoeg om enige vorm van uitsluiting van die individuele persoon te rechtvaardigen. Er moet altijd worden gekeken naar de concrete omstandigheden. (Zie ook paragraaf 3.2.2.)

Als het bijvoorbeeld over iemand gaat die uit een door oorlog of armoede verscheurd land naar Europa is gekomen en toestemming vraagt om hier te mogen blijven, dan is een groep bij wie diegene kan worden ingedeeld (bijvoorbeeld de categorie "inwoners van een als 'veilig' aangemerkt land") op zichzelf nooit voldoende om diegene definitief weg te mogen sturen uit Europa. Er zal altijd ook gekeken moeten worden naar de persoonlijke situatie van diegene, bijvoorbeeld of diegene behoort tot een groep die in het als "veilig" aangemerkte land vervolgd wordt, of dat er sprake is van schrijnende omstandigheden waardoor het afwijzen van het verzoek waarschijnlijk tot mensonwaardige en/of dodelijke gevolgen zou leiden.

Wel kan ik me voorstellen dat er een situatie ontstaat waarin het gerechtvaardigd is om individuele mensen de toegang tot Europa voorlopig te weigeren, totdat een goede beoordeling van hun verzoek heeft plaatsgevonden. Maar dat moet dan niet gebeuren met een beroep op uitsluitend de groep waartoe de nieuw-aangekomene behoort, maar altijd ook met een expliciet beroep op concrete, aantoonbare omstandigheden van de beoordelaars zelf. Op die manier kunnen die omstandigheden onderwerp worden van publieke discussie en politieke meningsvorming in Europa, bijvoorbeeld over budget en organisatievormen die beschikbaar kunnen worden gesteld voor een goede bejegening van mensen die naar Europa willen komen, en voor de beoordeling van toestemmingsverzoeken. Soms is er een muur nodig. Maar een blinde muur is nooit nodig.

Groei humanisme versus Boeddhisme

Een derde, meer subtiel misverstand dat zou kunnen ontstaan, is dat ik mij met mijn opvatting van mensen als "identiteiten" zou aansluiten bij Boeddhistische en andere spirituele opvattingen over de "leegte" van het materiële bestaan. Er bestaan zeer veel soorten Boeddhisme, variërend van (bijna-)theïstische geloofsrichtingen tot scholen die in hoge mate zijn gericht op analyse van zowel empirische ervaringen als semantische onderscheidingen. In alle gevallen blijft men conceptueel onderscheid maken tussen enerzijds *shunyata* (vaak vertaald als "leegte", "nietsheid", "vormloosheid" of "de afwezigheid van conceptualisering") en *samsara* (de schijnwereld waarin ego's geboren worden, met elkaar dansen, vechten, lijden en weer sterven). Het maken van dit onderscheid wordt op zich tegelijk ook alweer gerelativeerd.²⁰

Ik ken geen Sanskriet of Tibetaans, en heb daarom alleen van Boeddhisme kennis kunnen nemen via beschrijvingen en vertalingen in Europese talen en via deelname aan inleidende cursussen. Inmiddels weet ik voldoende van Boeddhisme om te kunnen concluderen dat niets menselijks de Boeddhist vreemd is. Er bestaan Boeddhistische, hiërarchisch georganiseerde kerken, scholen en clans, inclusief de machtsmechanismen en het machtsmisbruik die we ook kennen van Christelijke kerken, Scientology, onderwijsorganisaties, Schotse clans, de mafia, het kerngezin, etc. etc.

De vorm van Boeddhisme die nog het dichtste komt bij wat ik "groeihumanisme" noem, is tantra, en dan wel het soort tantra (met een kleine beginletter) waarvan het niet eens duidelijk is of het gezien kan worden als een vorm van Boeddhisme, of eerder gezien moet worden als een seculiere beoefeningspraktijk die ook los van het Boeddhisme kan staan.

Het verschil tussen groeihumanisme en Boeddhisme is dat groeihumanisme, anders dan de meeste vormen van Boeddhisme zoals ze in praktijk worden gebracht, geen universele pretentie heeft of nastreeft op het gebied van waarheid of zelfs maar waarheidsvinding. Een groeihumanist hoeft niet te zoeken naar de ultieme waarheid of het ultieme perspectief. Het perspectief van een groeihumanist is diens eigen, individuele perspectief, vanwaaruit hij of zij verbinding probeert te leggen met de perspectieven van anderen. Het groeihumanisme, als concept en als praktijk, is niet meer dan een bescheiden vehikel om verbinding te maken met de wereld, vergelijkbaar met zo'n klein, houten driewielertje waarop een peuter de wereld (bijv. de woonkamer of de stoep voor het huis) verkent. Het groeihumanisme is niet *hinayana*, *mahayana* of *vajrayana*, maar "mini-yana".

Groei humanisme versus het Vliegende Spaghettimonster

Het vierde mogelijke misverstand dat ik alvast wil wegnemen, is dat groeihumanisme gezien zou moeten worden als een satirische levensbeschouwing, vergelijkbaar met de "luchthartige" cultus van het Vliegende Spaghettimonster. Hoewel er in het groeihumanisme zeker ruimte is voor humor, beseft een groeihumanist dat het onverstandig is zichzelf expliciet en nadrukkelijk te distantiëren van een Pastafarianist, omdat hij daarmee juist een ongewenst, associatief verband zou kunnen leggen tussen zijn eigen denkrichting en die van het Pastafarianisme, althans in de perceptie van autoriteiten, bijvoorbeeld rechters van uw Afdeling. Het groeihumanisme is een op inhoudelijke gronden serieus te nemen denkrichting. De aanhangers ervan tooien zich, anders dan Pastafarianisten, niet met enig speciaal hoofddekseel. Het groeihumanisme vindt wel inspiratie in werken zoals *Lof der Zotheid* van de grote humanist Erasmus. Groeihumanisten staan kritisch tegenover pretentieuze mystificaties, maar hebben respect voor het algehele mysterie.

²⁰ Zie bijv. Chögyam Trungpa, *Cutting Through Spiritual Materialism*, Shambhala Publications, 2002, pp. 187-206.

Identiteit als verbindingen - naar binnen èn naar buiten

In het voorafgaande heb ik de vraag wat een mens is, vertaald in de vraag wat een (individuele) identiteit is. Zo'n identiteit is een samenraapsel - of wat eerbiediger uitgedrukt: een organisch geheel - van verbindingen. Wie of wat iemand is, valt voor anderen slechts af te leiden uit de verbindingen die tussen hen en de betreffende persoon bestaan, en uit rapporten over zulke verbindingen. Het gaat bijvoorbeeld om visuele en auditieve verbindingen: ik zie een persoon met rood haar en sproeten die met een gruzige stem "Ha, jij!" tegen mij zegt. Ik heb ook in een mailtje van een kennis gelezen dat de betreffende persoon "opvliegend" is. Uit dit soort elementen bouw ik vervolgens mijn idee op over de identiteit van die persoon.

Als het gaat om iemands identiteit zoals die door de persoon zelf wordt ervaren en geconcipieerd, dan valt die af te leiden uit verbindingen van die persoon met zijn of haar eigen innerlijk, in combinatie met verbindingen naar buiten (met andere mensen en de overige omgeving). Een analytische beschouwing over hoe een identiteit vorm kan krijgen, wordt geboden in de studie *Sources of the Self* van Charles Taylor.²¹

Hiervoor, in paragraaf 2.2.1, heb ik verschillende soorten verbindingen genoemd. Recapitulerend:

- verbinding met de eigen emoties, energie, liefde en ambities (voelen - innerlijk);
- verbinding met de eigen creativiteit ("inspiratie" - innerlijk)
- verbinding met een groter geheel (zingeving - via een innerlijk zintuig/synchroniciteit).
- verbinding met materie (zien, horen, ruiken, aanraken - omgeving);
- verbinding met andere mensen (zien, horen, ruiken, aanraken - omgeving);
- verbinding met andere mensen (emotioneel resoneren - via een innerlijk zintuig/synchroniciteit).

Nu wil ik enkele speciale categorieën verbindingen noemen die strikt genomen weliswaar onder de bovengenoemde categorieën vallen, maar die een eigen sociale en psychologische dynamiek met zich meebrengen:

- Verbinding met machines en data-systemen. Strikt genomen betreft het hier een verbinding met materie. Ik zie een computerscherm, ik raak een toetsenbord, een touchpad of een touchscreen aan, of geef een stemcommando. Maar de verbinding ontleent zijn betekenis aan het feit dat ik via die materie communiceer met andere mensen.
- Verbinding met groepen (collectieven). Strikt genomen betreft het hier een verbinding met andere mensen. Maar als die mensen een groep vormen (met elkaar, al dan niet inclusief mijzelf) ontstaat er een ander soort dynamiek dan als het gaat om verbinding met één of meer individuele mensen zonder dat die een groep vormen.
- Verbinding met organisaties, bijvoorbeeld bedrijven of instituties van de rechtsstaat, zoals een lokale Nederlandse overheid, een toezichthouder of een rechtbank. Het kan dan gaan om rechtstreeks contact met een mens die de betreffende instituties vertegenwoordigt, bijvoorbeeld een receptioniste, een front-office-medewerker, een beleidsambtenaar, wethouder of rechter. Maar het kan ook gaan om een met analoge technologie bemiddelde verbinding met één van die vertegenwoordigers, in de vorm van een ouderwets telefoongesprek of een getypte brief, of om een digitaal bemiddelde verbinding (bijv. emailcorrespondentie). Voorts kan het gaan om een in eerste instantie geheel digitale verbinding, bijvoorbeeld met een website die ik bezoek om informatie te verzamelen.

²¹ Charles Taylor, *Sources of the Self - The Making of the Modern Identity*, Cambridge Univ. Press, 1989 (2002). Een toegankelijke inleiding hierover is te vinden op: https://en.wikipedia.org/wiki/Sources_of_the_Self

In de contacten die via al deze verbindingen plaatsvinden, krijgt mijn individuele identiteit vorm, net als de individuele identiteit van alle personen met wie ik in contact treedt. Wij bouwen elkaars menselijkheid op in contacten, onderhouden die in contacten, en breken die soms ook weer af in contacten (als er sprake is van contacten die gepaard gaan ontmenselijkende houdingen of bewegingen van één of meer deelnemers).

Identiteit, rol en functie

Een identiteit is iets anders dan een rol of een functie, maar de verschillen zijn relatief en de overgang tussen deze begrippen is vloeiend. Een "rol" kan beschouwd worden als een kortdurende, speelse aanname van een identiteit, in het besef dat de aangenomen identiteit van tijdelijke aard is en enigermate losstaat van de werkelijke identiteit van degene die de rol vervult. Er bestaan lange tradities van rollenspel, bijvoorbeeld het toneel, maar ook het Carnaval.

Tegenwoordig wordt in werkomgevingen waar taken abstract worden omschreven, het woord "rol" vaak oneigenlijk gebruikt in de betekenis van "functie", bijvoorbeeld in zinnen als: "Zij vervult op dit moment de rol van afdelingshoofd Bedrijfsvoering." De bedoeling is dan niet om te zeggen dat de betreffende persoon een speelse vertolking geeft van hoe een afdelingshoofd zich zou kunnen gedragen (alhoewel dat in de praktijk soms wel het geval is) maar om aan te geven dat de betreffende persoon bepaalde bevoegdheden heeft en bepaalde doelen nastreeft.

Een "functie" kan, als het woord betrekking heeft op een persoon, beschouwd worden als een doelgerichte, provisorische aanname van een gedeelte van een identiteit, in het besef dat de aangenomen identiteitskenmerken van tijdelijke aard zijn en slechts voortduren zolang dat bevorderlijk wordt geacht voor het realiseren of nastreven van de betreffende doelen.

Het is, met het oog op het vraagstuk van connectiviteit, van belang dat iemands "rol" of "functie", net zoals diens identiteit, mede bepaald wordt door de sociale omgeving van die persoon. Iemand kan "in een rol geduwd" worden of "in de ogen van anderen een functie vervullen".

Een rol of functie kan ook overgaan in een identiteit, zowel in de beleving en het gedrag van de betreffende persoon zelf als in de ogen van diens sociale omgeving. Als een rol langdurig wordt "vervuld" (en niet slechts "gespeeld"), kan die een vast karakter krijgen en verweven raken met de identiteit van de persoon die hem vervult. Diegene raakt dan "gehecht" aan zijn rol, en ook in de perceptie van anderen ontstaan geleidelijk steeds meer verwachtingen op dat punt, die geleidelijk aan steeds vanzelfsprekender worden en overgaan in onbewuste aannames dat de betreffende persoon niet alleen "zo doet", maar ook "zo is".

Een zeer akelig voorbeeld daarvan is de manier waarop Joden voorafgaand aan en tijdens de Tweede Wereldoorlog door Nazi's in een bepaalde rol werden geduwd, namelijk die van geboefte en ongedierte dat verjaagd en uiteindelijk verdelgd moest worden. Een lichter, maar nog steeds ernstig voorbeeld is het pesten van kinderen op school, waarbij er ook ontmenselijking kan plaatsvinden. Omgekeerd kan iemand door middel van verheerlijking ook opgetild worden naar een functie, rol en identiteit van expert, goeroe of absoluut heerser.

De vraag rijst dan in hoeverre iemand die door zijn omgeving in een rol wordt geduwd, die rol opneemt in zijn zelf beleefde identiteit. Het is bekend dat sommige mensen in concentratiekampen

beter in staat zijn hun menselijkheid te behouden dan anderen, die zwaar getraumatiseerd raken. En ook dat sommige mensen in hoge posities beter in staat zijn oog voor andere mensen te houden dan anderen, die arrogant worden en onbewust "zonnekoning-gedrag" gaan vertonen.

Beslissingsmacht over identiteit en menselijkheid

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de beslissingsmacht over identiteit, en daarmee ook over de menselijkheid van levende wezens, op verschillende plekken kan liggen. Er kan ten eerste sprake zijn van zaken waarover niemand beslissingsmacht heeft. Als iemand bijvoorbeeld geboren is met het syndroom van Down, dan is er met de huidige stand van de technologie niemand die de betreffende, door chromosomen bepaalde kenmerken kan wegnemen - noch de persoon zelf, noch anderen. (Even afgezien van de vraag of men dat zou willen.)

Er zijn ook identiteitskenmerken waarover de betreffende individuele persoon zelf beslissingsmacht heeft. Iemand kan bijvoorbeeld zelf een eigen kledingstijl kiezen of z'n haar in een andere kleur verven. Sinds een aantal jaren verwerven steeds meer individuele mensen zich beslissingsmacht over hun eigen geslachtsidentiteit - dat wil zeggen over hun juridische geslacht, over sociale erkenning van het door hen gewenste geslacht, en over fysieke ingrepen aan hun lichaam om de door hen gewenste geslachtsidentiteit tot uitdrukking te brengen. Een voorbeeld daarvan is de schrijver, jurist en filosoof Maxim Februari - voorheen Marjolein Februari.

Maar voor een groot deel van onze identiteit zijn we in hoge mate afhankelijk van onze fysieke en sociale omgeving. Ons menszijn vereist bijvoorbeeld in bijna alle gevallen de erkenning daarvan door anderen in de samenleving. Als mijn menszijn niet meer erkend zou worden door de Nederlandse staat en ook niet door de overgrote meerderheid van de Nederlandse bevolking, dan zou het voor mij zeer moeilijk worden om in Nederland nog mens te zijn.

Naast volledige ontmenselijking (zoals die onder andere plaatsvond tijdens de Holocaust), bestaan er ook allerlei vormen van ernstige, maar niet volledige ontmenselijking als gevolg van beslissingen ten aanzien van individuele personen die door anderen dan henzelf worden genomen. Bijvoorbeeld beslissingen van de overheid of machtige bedrijven die ertoe strekken dat grote delen van de bevolking in de praktijk niet worden behandeld als burgers, maar alleen als onderdanen.

De rechterlijke macht speelt een belangrijke rol als het gaat om dat soort beslissingen. Rechters beschikken over veel beslissingsmacht. De eerder genoemde uitspraken van de Rechtbank Gelderland op 5 september 2019 en 4 februari 2020 in de door mij gevoerde zaken, laten zien dat rechters, als zij willen, de feitelijke macht hebben om feiten, de inhoud van de wet en redelijke argumenten van individuele personen te negeren in hun overwegingen en in hun uitspraken.

Als gevolg daarvan is mijn menszijn en mijn identiteit in belangrijke mate afhankelijk van de beslissingen die rechters nemen. Rechters bepalen in concrete gevallen niet alleen wie er in de praktijk als mens worden beschouwd en behandeld, maar ook wat het menszijn inhoudt, althans voor zover het gaat om menszijn dat wordt erkend door de staat en door al diegenen die het oordeel van de staat volgen.

De beantwoording van de vraag "Wat is een mens?" ligt in het onderhavige geval dus in handen van uw Afdeling. Uw uitspraak op dit punt zal precedentwerking hebben, indien en zolang een hogere Europese rechter zich hierover nog niet heeft uitgesproken.

2.4 Wat kan en moet een privéleven zijn?

2.4.1 Grenzen van de privé-sfeer

In uw beoordeling van mijn hoger beroep gaat uw Afdeling, als het goed is, oordelen op basis van de relevante feiten (de omstandigheden van het concrete geval), ethische normen (waaronder de slechts deels gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur) en wet- en regelgeving waarin wordt voorgeschreven hoe het privéleven van mensen moet worden beschermd. Om deze wet- en regelgeving adequaat te kunnen interpreteren, is het natuurlijk nodig dat u eerst heeft vastgesteld wat dat privéleven, dat moet worden beschermd, dan eigenlijk is.

Artikel 8 EVRM verwijst naar het "privéleven" van mensen, maar definieert dat niet nader. De AVG verwijst in haar definities (artikel 4) niet naar enig "privéleven", en ook niet naar enige "privé-sfeer", maar alleen naar "persoonsgegevens" die betrekking hebben op "natuurlijke personen" (artikel 1 AVG). Toch moet de AVG wel in overeenstemming met artikel 8 EVRM worden uitgelegd. De bescherming van "persoonsgegevens" is geen doel op zichzelf, maar een middel om het privéleven van mensen te beschermen, en daarmee die mensen zelf. Daarom moeten termen als "privé-sfeer", "persoonlijke levenssfeer" en "persoonsgegevens" mede worden opgevat als hulpterminen, waarmee verschillende aspecten van de in artikel 8 EVRM gehanteerde term "privéleven" nader worden uitgewerkt.

In mijn bezwaarschrift d.d. 30 januari 2019 in één van de twee onderhavige zaken heb ik mijn privé-sfeer als volgt omschreven:

Deze persoonlijke levenssfeer omvat mijn lichamelijke en geestelijke integriteit, mijn individuele leefpatroon, mijn persoonlijke overtuigingen (inclusief levensbeschouwelijke en politieke overtuigingen, voor zover door mij niet publiekelijk op vrijwillige basis geuit), mijn gezins- en familieleven, mijn contact met mijn persoonlijke kennissenkring, mijn woning, mijn persoonlijke deelname aan maatschappelijke en culturele activiteiten (voor zover ik mij daar niet publiekelijk op vrijwillige basis over uitlaat), en ten slotte ook mijn persoonlijke reisbewegingen, in ieder geval binnen de EU als rechtsgemeenschap.²²

Dit was geen volledige omschrijving, en ook geen heel nauwkeurige omschrijving. Het was voldoende om een ruwe beschrijving te geven en te laten zien dat mijn persoonlijke reisbewegingen daar in ieder geval onder vallen. De AP heeft dat van haar kant ook niet betwist.

In dit hoger beroepschrift wil ik deze beschrijving op een aantal punten aanvullen, specificeren, kwalificeren en concretiseren, om duidelijk te maken hoe "privéleven" als materieel begrip in mijn ogen moet worden opgevat, en om dit daarmee ook in rechte bespreekbaar te maken.

Daarbij zal ik als uitgangspunt nemen dat het "privéleven" van mensen hun bestaan, ervaringen en activiteiten behelst voor zover die gebeuren binnen hun "privé-sfeer", ook wel "persoonlijke levenssfeer" genoemd. Ik zal daarom ingaan op de omvang en de grenzen van die privé-sfeer, zoals

²² Bezwaarschrift Jonker d.d. 30 januari 2019, gericht tegen afwijzing door de AP van handhavingsverzoek weigering contante betaling in de bus door vervoerbedrijf Connexxion, paragraaf 1 (pag. 2).

die van buitenaf (door verwerkingsverantwoordelijken, toezichhouders en rechters) moeten worden opgevat en gehanteerd.

Omvang privésfeer: persoonlijk gedrag, publicatie, werkinhoud

De privésfeer van een mens behelst in ieder geval al het persoonlijke gedrag van de betreffende persoon, voor zover dat gedrag niet:

- door die persoon vrijwillig publiek wordt gemaakt (bijvoorbeeld in de vorm van een politieke demonstratie of een publiek interview);
- deel uitmaakt van werk dat door die persoon wordt verricht in opdracht van een werkgever bij wie de persoon in dienst is.

Dit betekent bijvoorbeeld dat wanneer ik over straat loop of in een winkel inkopen doe, die activiteiten en ervaringen behoren tot mijn privé-sfeer. Ook wanneer ik mijn boodschappen afreken bij de kassa, behoort dat nog tot mijn privésfeer.

Het feit dat er onder bepaalde omstandigheden inbreuken in die privé-sfeer gerechtvaardigd zijn, doet op zichzelf niets af aan de omvang van de privé-sfeer. Als ik me bijvoorbeeld bezondig aan winkeldiefstal en daarmee de wet overtreedt, hebben de winkelier en vervolgens de politie het recht om in mijn privésfeer te treden. Maar ook als ik netjes voor mijn boodschappen betaal en vrijwillig kies om dat door middel van een digitale pinbetaling te doen, ontstaat er daarmee een recht voor de winkelier en de instanties die de betaling administreren (de "payment service provider (PSP)" en de betreffende banken) om bepaalde inbreuken te plegen in mijn privésfeer.

De vraag wanneer een persoon iets publiek maakt, kan een lastige zijn. Als ik over straat loop om boodschappen te doen, maak ik niks publiek. Als ik over straat loop en daarbij een bord omhoog houd met een politieke slogan, maak ik wel iets publiek. Maar wat als ik tegen iemand aan de andere kant van de straat heel hard roep: "Alle figuren zoals jij moeten het land uit!"...? Of als ik na een demonstratie het bord met mijn politieke slogan laat zakken en mij huiswaarts begeef? Het is aan rechters om in die concrete gevallen te beoordelen waar de grens ligt, als er een juridisch conflict ontstaat.

De vraag wanneer het gedrag van een persoon deel uitmaakt van diens werk in een dienstverband, kan ook een lastige zijn. Als ik op mijn werk achter een bureau zit, dan moet niet elke keer dat ik me uitrek, aan mijn rug krab of een blik uitwissel met een collega opgevat worden als een deel van mijn "werk".

Iemands lichaam kan niet volledig deel zijn van diens "werk". Werk dat de lichamelijke gezondheid van een persoon aantast, vormt een inbreuk op - en hoogstwaarschijnlijk ook een schending van - diens privé-sfeer. Een door een werkgever opgelegde verplichting om "wearables" te dragen, bijvoorbeeld een armband die de hartslag van een medewerker monitort, moet beschouwd worden als een inbreuk op diens privé-sfeer, waarbij er ofwel sprake moet zijn van geheel vrijwillige, "ondubbelzinnige" instemming van de betrokkene (waarvan in zo'n situatie geen sprake kan zijn, vanwege de machtsverhoudingen), ofwel van een aangetoonde noodzaak.²³

²³ Voor mijn bespreking van het misbruik van een derde, theoretische mogelijkheid, "gerechtvaardigd belang" (art. 6 sub f) AVG), zie mijn beroepschrift d.d. 6 februari 2020 inzake afwijzing handhavingsverzoek door de AP inzake weigering contante betaling bij aankoop bioscoopkaartjes, paragraaf 3.5.3, met name randnrs. (20) t/m (33) (pp. 81-86). Dit beroepschrift is gepubliceerd op: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/financiele-privacy/item/1169-rechtszaak-tegen-weigering-contant-geld-door-bioscoop.html>

Ook moet er gewezen worden op het verschijnsel van (bijna) onbetaald, onvrijwillig verricht werk door volwassenen die in naam burgers zijn van onze democratische rechtsstaat. Dit verschijnsel is de afgelopen jaren opgekomen als gevolg van het hoogtij van het neoliberalisme. Het gaat dan om werkloze mensen die door de overheid verplicht worden om in zogeheten "leerwerkbedrijven" laaggekwalificeerd werk te verrichten, bijvoorbeeld industrieel productiewerk, "in ruil voor" een bijstandsuitkering. Vaak met de niet-onderbouwde, retorische rechtvaardiging dat dit hun "afstand tot de arbeidsmarkt" zou verkleinen en zou "toeleiden" naar regulier betaald werk. Ik ben zelf in 2019 een keer, op verzoek van zo'n uitkeringsgerechtigde, in mijn woonplaats getuige geweest van de intimiderende manier waarop deze persoon op het werk werd bejegend door een "Medewerker Activerend Handhaven" die de gemeente als opdrachtgever van het betreffende "arbeidsontwikkelbedrijf" vertegenwoordigde. Dit gebeurde nadat de hoogopgeleide, mondige uitkeringsgerechtigde zich kritisch had uitgelaten over de manier waarop signalen over niet-nagekomen beloften waren genegeerd, en nadat zij zelf met een alternatief voorstel was gekomen. Pas toen de uitkeringsgerechtigde, terwijl ik zwijgend meeschreef, zich niet liet intimideren, werd er in het gesprek een kantelpunt bereikt waarop de gemeente-ambtenaar opeens als een blad aan de boom omsloeg en alsnog op suikerzoete toon constructief ging meedenken, en daarbij aangaf dat altijd al gedaan te hebben. Uitkeringsgerechtigden werden daar ook gefilmd.²⁴

Werk dat door in naam vrije burgers (niet-gestraften die ook niet formeel onder curatele zijn gesteld) wordt verricht in de vorm van dwangarbeid, moet worden geacht in zijn geheel deel uit te maken van de te beschermen privé-sfeer van deze betrokkenen.

Autonomie binnen grenzen van ruimte, tijd en kwaliteit

Uit het voorafgaande valt af te leiden dat de grenzen van de privé-sfeer niet slechts gezien moeten worden als grenzen in fysieke ruimte (waar mag iemand bekeken, beluisterd, aangeraakt of geregistreerd worden?), maar ook als grenzen in tijd (wanneer mag dat?) en in kwaliteit (in welke omstandigheden en op welke wijze mag dat?).

Kenmerk van de ruimte binnen die fysieke, temporele en kwalitatieve grenzen is dat een mens daar, ethisch gezien, autonoom mag handelen (zolang dat buiten die grenzen geen schade toebrengt), en dat een mens daar, juridisch gezien, recht heeft op bescherming van zijn autonomie (zolang er geen noodzaak is voor een inbreuk op de privé-sfeer, daarbij inbegrepen de noodzaak om in te grijpen in geval van een wetsovertreding of een verdenking daarvan).

24 Het betrof het bedrijf Scalabor, dat zichzelf op haar website als volgt presenteert: "*Scalabor is hét arbeidsontwikkelbedrijf voor Midden-Gelderland. Wij begeleiden mensen die dat nodig hebben naar passend en zo regulier mogelijk werk. Dat doen we altijd in een werksituatie. Voor wie het (nog) niet mogelijk is om bij een reguliere werkgever aan de slag te gaan, bieden wij werk in een aangepaste omgeving. **Het Scalabor verhaal** Met trots presenteren wij onze eigen Scalabor-film! Hierin vertellen Alfred, Wim, Ronny, Harry en Gerrit-Jan over hun weg naar passend werk. Want dat is waar wij bij Scalabor voor staan; het verbinden van talent & werk.*" Ik heb begrepen dat sommige van de uitkeringsgerechtigden die meewerkten aan de opnames van deze propaganda-film ("Het verhaal van Scalabor"), dat deden omdat zij zich niet vrij voelden de "uitnodiging" van Scalabor af te slaan om eraan mee te werken. In de casus waarvan ik getuige was, bleek de gemeente zonder toestemming persoonsgegevens te hebben doorgespeeld te naar Scalabor, die door de "begeleider" in dienst van Scalabor werden gebruikt in pogingen om de betreffende uitkeringsgerechtigde tot zwijgen te brengen. Achteraf maakten ik en een andere getuige grappen met elkaar over een film "Escape from Scalabor", en nog ergere, bijvoorbeeld over "Bildungsanstalt Sklavenburg", als uitlaatklep om onze eigen geschoktheid te relativeren. Voor de betrokkene zelf was het een zeer heftige ervaring. Meer informatie op: <https://www.scalabor.nl/arbeidsontwikkelbedrijf/> (geraadpleegd: 17 februari 2020). De propagandafilm is ook te zien via: <https://vimeo.com/383322146>

2.4.2 Privé-leven als ervaring van veiligheid en vertrouwen (geborgenheid)

Hoewel het met het oog op rechtsbescherming nodig is om de grenzen van de privé-sfeer te kunnen afbakenen, is dat welbeschouwd slechts een middel om tot bescherming van ieders privéleven te komen. Het doel is de bloei van dat privéleven zelf in het leven van iedere individuele mens, en daarmee ook in de ontmoetingen van mensen met elkaar die samen ons collectieve leven vormen.

Verderop, in paragraaf 2.4.4 ("Privéleven als sociale ervaring") zal ik ingaan op de betekenis van het privéleven voor de gemeenschap, en dus voor ons collectieve belang. In de huidige paragraaf richt ik me op de waarde en betekenis van een individueel privéleven op zichzelf - de "intrinsieke" waarde ervan, zoals beleefd door de individuele mens die dat privéleven leidt.

Om te beginnen wil ik benadrukken dat een eigen, individueel privéleven niet hetzelfde is als een eigen, individueel isolement. Het ervaren van je eigen privéleven is vergelijkbaar met het ervaren van je eigen ademhaling: het is een heel persoonlijk gevoel, maar het isoleert je op zichzelf niet van je omgeving. Alleen wie zijn eigen aandacht fixeert op zijn eigen ademhaling, of op zijn eigen privéleven, isoleert zichzelf. In een meer ontspannen situatie beweegt de aandacht van een mens zich echter vloeiend heen en weer tussen allerlei dingen die de aandacht "trekken" - zowel in het innerlijk van die mens (bijv. gevoelens van ontroering, blijheid of pijn) als in diens omgeving.

In zekere zin heeft elk mens in wakende toestand per definitie een "privéleven", omdat elk mens in wakende toestand beschikt over een eigen perceptie. In die zin is het onmogelijk om iemand zijn privéleven "af te nemen" of dat privéleven "binnen te dringen". Zolang er geen sprake is van een heel speciale vorm van telepathie, waarbij een intelligentie van buitenaf zich geheel kan identificeren met de perceptie van een mens in wakende toestand, kan het privéleven van die mens niet worden "overgenomen" of worden "binnengedrongen". Daarom is het onderscheid tussen "privéleven" en "privésfeer" van belang. Het is wel mogelijk iemands privésfeer binnen te dringen.

Bij de bescherming van iemands privéleven gaat het dus ofwel om de bescherming van iemands wakende leven op zichzelf tegen ingrijpen van buitenaf (d.w.z. bescherming tegen moord of verdooving), ofwel om de bescherming van de kwaliteit van iemands privéleven, gezien als diens percepties. Bij de eerbiediging en bescherming daarvan gaat het dus om twee dingen:

- a) De eerbiediging en bescherming van iemands privé-sfeer (persoonlijke levenssfeer);
- b) De eerbiediging en bescherming van de kwaliteit van wat er in die privé-sfeer gebeurt.

Dit is voor een deel vergelijkbaar met de eerbiediging en bescherming van een natuurgebied. Die behelst ook twee dingen:

- a) Er wordt, onder andere door middel van grensbewaking, preventief en repressief gezorgd dat er in het natuurgebied geen ongewenste bezoekers komen (bijvoorbeeld stropers);
- b) Er wordt preventief en repressief gezorgd dat wel toegelaten bezoekers geen dingen doen die de kwaliteit van de natuur in het park negatief beïnvloeden (bijvoorbeeld het achterlaten van vervuilend afval, of het afschieten van (te veel) wild).

Een belangrijk verschil tussen een mens en een natuurgebied is dat een mens geacht wordt als privé-persoon zelfregulerend te zijn, terwijl een natuurgebied tegenwoordig van buitenaf door mensen wordt gereguleerd. Er bestaan in Nederland geen zelfregulerende natuurgebieden meer.

Een consequentie van dat verschil is dat de bescherming van het privéleven van een natuurlijke persoon (een mens) anders moet worden aangepakt dan de bescherming van een natuurgebied. Terwijl autoriteiten een natuurgebied kunnen beschermen door middel van het denken over en het toepassen van maatregelen op het te beschermen object, kunnen zij iemands privéleven alleen adequaat beschermen door middel van het ontmoeten van het te beschermen subject, het aangaan van een dialoog met diegene en het in goed overleg treffen van maatregelen rondom diens privé-sfeer.

Idealiter vindt die dialoog vrijwillig plaats, direct tussen de autoriteiten en de natuurlijke persoon. Als dat niet lukt, is er helaas geen andere ontmoetingsplek waar een dialoog teweeg kan worden gebracht, dan de rechtszaal. Er is dan sprake van een in hoge mate indirecte dialoog, die plaatsvindt via de rechter en wordt gereguleerd door de rechter. In de praktijk is het meestal de machtigste partij, namelijk de bevoegde autoriteit, die een directe, vrijwillige dialoog met de natuurlijke persoon uit de weg gaat en onmogelijk maakt, niet andersom.

Uiteraard hangt het van de betreffende rechter of rechters af, of er in de rechtszaal een indirecte dialoog plaatsvindt, of dat er ook daar eigenlijk alleen enkele monologen tot stand komen. In de onderhavige casus leken de rechters tijdens de zitting een indirecte dialoog (een wisseling van argumenten) tot stand te brengen. Maar uit hun uitspraak op 4 februari 2020 bleek dat zij alleen belang hechtten aan de argumenten van één partij, namelijk de bevoegde autoriteit (de AP). De inhoud van de inbreng van de andere partij (ondergetekende) schreven zij wel op, maar ze negeerden die verder en schoven die terzijde. Daarmee reduceerden deze rechters het gebeuren in de rechtszaal met terugwerkende kracht alsnog tot twee monologen, die zij niet tot een dialoog integreerden. In plaats daarvan kozen zij één monoloog uit die zij overnamen. En dat was - niet toevallig - de monoloog van de machtigste partij, te weten de bevoegde autoriteit. Hoewel deel uitmakend van de uitvoerende macht, werd deze partij door de rechters in deze casus gecoöpteerd in de rechtsprekende macht. Of met andere woorden: de rechters lieten zichzelf in deze casus coöpteren door de uitvoerende macht. Twee handen op één buik.

Op die manier werd ik door deze rechters gereduceerd van een mens tot een natuurgebied. Niet ter zitting (dat was te veel opgevallen), maar achteraf.

Deze gang van zaken is vergelijkbaar met een klant die bij een bank een klacht indient over saldo dat ten onrechte van zijn rekening is verdwenen, en die dan beleefd wordt ontvangen en een geurig kopje koffie krijgt voorgezet. Het gesprek verloopt in een prettige sfeer en de bankmedewerker zegt dat hij zal kijken wat hij kan doen. Enkele weken later krijgt de klant een brief van de bank, waarin staat dat er helaas niets kan worden ondernomen om het verdwenen saldo weer op de rekening te plaatsen. Hoewel de diplomatieke bankemployee, die een cursus "klantcommunicatie" heeft gevolgd, in de brief begrip toont en verwijst naar omstandigheden, is de kern van de boodschap: "Pech gehad, wen er maar aan. Jouw saldo kan soms verdwijnen." Dat is een autoritaire boodschap, een monoloog, een machtswoord, waarmee de ontvanger ondanks wat retorische beleefdheid niet benaderd wordt als gesprekspartner, maar als object.

Toevluchtsoord èn contactruimte

Als het gaat om het beschermen van de kwaliteit van iemands privéleven, dan gaat het om het beschermen van verhoudingen die tegenovergesteld zijn aan die, die met een autoritaire, dehumaniserende benadering worden gecreëerd - ongeacht of dat nu gedaan wordt door een verwerkingsverantwoordelijke, een toezichthouder of een rechter.

In een privéleven van hoge kwaliteit is er sprake van fysieke, sociale en psychische veiligheid, die ruimte creëert voor vertrouwen en contact tussen verschillende mensen.

Gezien het beperkte niveau van ontwikkeling dat wij mensen in het algemeen tot dusverre hebben bereikt, betekent dit in de praktijk dat het voor iemand die streeft naar een kwalitatief goed privéleven, nodig is om zijn of haar privé-leven slechts te delen met een selecte kring van intimi - dat wil zeggen: mensen in wie de betrokkene vertrouwen kan hebben en met wie hij daarom een open contact durft aan te gaan.

Bovendien is het nodig dat er een veilige ruimte is waarin dat contact kan worden aangegaan zonder dat mensen in wie de betrokkene minder vertrouwen heeft, kunnen meekijken (al dan niet met digitale middelen) of zich ermee kunnen bemoeien (interventies plegen). Die noodzakelijke, veilige "contactruimte" is de privé-sfeer. Niet voor niets wijdt S. Zuboff in het eerder genoemde *The Age of Surveillance Capitalisme* een hoofdstuk aan het belang van de privé-sfeer als een *sanctuary*, vertaalbaar als "toevluchtsoord" of "(privé-)heiligdom".²⁵

De privé-sfeer heeft dus twee functies: het is een toevluchtsoord waar men zich kan afzonderen, dat wil zeggen: terugtrekken uit ongewenst contact, met name contact met mensen of systemen die men minder vertrouwt. Daarnaast is het juist ook een ruimte die voldoende veiligheid biedt om juist wèl contact te maken met anderen, inclusief mensen die men nog niet goed kent. Het is dus een ruimte van autonomie, macht over je eigen leven, keuzevrijheid en sociaal potentieel.

Voor verreweg de meeste mensen is de eigen, fysieke woning een belangrijk deel van de privé-sfeer. Maar zoals ik in paragraaf 2.4.1 reeds heb betoogd, is dat niet bepalend. Voor sommige mensen kan de eigen woning op sommige tijdstippen juist een plek van angst en wantrouwen zijn. Hun privé-leven heeft wellicht een hogere kwaliteit wanneer ze ergens veilig en anoniem op een bankje in een winkelcentrum of een park zitten. Of wanneer ze in de trein naar Frankrijk zitten. Of in het vliegtuig naar Thailand. Of aan de bar in een druk café waar ze onbezorgd kunnen ouwehoeren met een onbekende die naast hen zit. Of op een datingsite waar ze onder een schuilnaam dingen durven vertellen die hun vriendenkring niet mag weten.

Of juist wanneer ze zich hebben teruggetrokken in bed met een goed boek, of met een partner. Boeken en partners kunnen heel uitdagend zijn. Soms vereist het een zeer veilige, zachte en warme omgeving om het contact op een plezierige manier met ze aan te kunnen gaan.

Privéleven als ontspanning en herstel (recreatie)

Een belangrijke functie van het privéleven is dat dit, als het goed is, in belangrijke mate wordt besteed aan ontspanning, die nodig is voor herstel van kracht en wendbaarheid. Dat begint al met de voornaamste bezigheid waarmee mensen zich in hun privéleven bezighouden, namelijk slapen.

²⁵ S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, hoofdstuk 17. Zie m.b.t. "toevluchtsoord" ook motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn eerdergenoemde hoger beroep d.d. 9 oktober 2019, paragraaf 1.7, pp. 19-20.

Die ontspanning wordt mogelijk gemaakt doordat er in de privésfeer in beginsel geen eisen dwingend aan een mens kunnen worden opgelegd. Natuurlijk kunnen gezinsleden eisen aan elkaar stellen en die eisen ook kracht bijzetten, door middel van verbale en non-verbale expressie. En als er rekeningen binnenkomen voor privé-aankopen, dan moeten die worden betaald, anders heeft dat vervelende consequenties die iemands privéleven raken. Maar dat doet niet af aan het feit dat ieder mens in zijn privésfeer in beginsel vrij is om zijn tijd naar eigen wens te besteden.

In een kwalitatief goede privésfeer is er sprake van een onvoorwaardelijke, veilige, steunende bedding voor iemands privéleven, in de vorm van het voorhanden zijn van verschillende vormen van steun waarvoor niet meteen een tegenprestatie hoeft te worden geleverd, en waarin zo'n tegenprestatie ook niet kan worden afgedwongen. Het gaat dan om de steun van een warm en droog huis (tegenwoordig ook met elektriciteit en stromend water), de emotionele steun en solidariteit van gezinsleden of vrienden, de steun van eigen gewoonten en rituelen (die van seculiere, spirituele en religieuze aard kunnen zijn). Een kwalitatief goede privésfeer bevat tijden dat er niets hoeft, en ook flexibiliteit bij het kiezen van die tijden binnen de ruimte die de privésfeer biedt.

Een belangrijk aspect van veiligheid is de relatieve afwezigheid en de verminderde dwingendheid van regels. Of het nu om formele, dwingende regels gaat, of om ongeschreven taboes, in de veiligheid van de privé-sfeer kan er worden geëxperimenteerd met het loslaten daarvan, zonder dat de betrokkene hoeft te vrezen voor negatieve consequenties.

Ik ben me er zeer goed van bewust dat veel mensen hun privésfeer in de praktijk ook voor heel andere dingen gebruiken dan ontspanning. Het woord "recreatie", dat oorspronkelijk op herstel en herbronning duidde, wordt tegenwoordig zelfs gebruikt voor activiteiten waarmee het omgekeerde teweeg wordt gebracht. Mensen gaan in hun vrije tijd bungee-jumpen, of stappen het vliegtuig in om naar de andere kant van de wereld te gaan, of gaan aan prestatiesport doen. Dat zijn inspannende activiteiten.

Het gaat daarbij echter vooral om vormen van inspanning waarvan de beoefenaar hoopt dat die uiteindelijk zullen resulteren in ontspanning. De angst/opwinding van de bungee-jumper leidt na afloop tot een opgelucht gevoel. De vliegreis in een metalen buis brengt de toerist naar een zonnige, exotische plek waar hij kan ervaren dat het zo anders is, dat de regeldruk van het normale bestaan echt (echt!) niet meer geldt. De prestatiesporter ontspant na afloop onder de douche, en met vrienden in de sportkantine, en voelt mogelijk compensatie voor de vernederingen die in het werkende leven telkens plaatsvinden. De behoefte aan inspannende recreatie is eigenlijk een teken dat een mens buiten de privé-sfeer geen gezond leven leidt, maar onder druk staat van stress-factoren die tot een kramp leiden waarvan de betreffende persoon zich in de privé-sfeer eerst moet bevrijden, alvorens tot ontspanning te kunnen komen. Dat het bij pogingen om in de vrije tijd via inspanning tot ontspanning te komen, vaak niet doelmatig toegaat, en dat er ook vaak sprake is van verslavingen (drank, drugs, lawaai, adrenaline en andere "stofjes"), doet aan de kernfunctie van het privéleven niets af.

Uiteindelijk is het onderscheid dat er tussen het privéleven en het werkende leven wordt gemaakt, een teken dat er met de wijze waarop onze samenleving functioneert, iets mis is. In een goed functionerende samenleving zou ook het werkende leven voldoende veilig en contactrijk zijn.

2.4.3 *Chilling effect* - het belang van controleerbaarheid (inzicht en beheersing)

In paragraaf 2.4.2 heb ik het privéleven beschreven als (het streven naar) een ervaring van veiligheid en vertrouwen, waarin een mens kan ontspannen en herstellen, en de privé-sfeer als een ruimte die dat mogelijk maakt.

Inbreuken op de privé-sfeer in de vorm van observatie of registratie, nemen die ruimte weg. Maar dat is niet het enige. Ook de mogelijkheid dat iemand in zijn of haar privésfeer bespied wordt (al dan niet via digitale systemen), doet afbreuk aan het gevoel van veiligheid en onvoorwaardelijkheid dat mensen nodig hebben om te ontspannen, te rusten en te herstellen. Dat is het zogeheten "*chilling effect*" van toezicht en bewaking, dat al vele malen is beschreven in de context van dictatoriale en totalitaire regimes die in meer of mindere mate streven naar het instellen van een panopticum (/panopticon). Onlangs, naar aanleiding van de uitspraak in de SyRI-rechtszaak, zag en hoorde ik een rake beschrijving van het *chilling effect*, begin 2018 gegeven door Maxim Februari:

En één van die belangrijke dingen in je organisatie [bijv. een industrieel bedrijf] is dan het invoeren in je organisatie, in je bedrijf, van een "*just culture*", een open cultuur. *Just culture* betekent dat werknemers in dat bedrijf in staat zijn vrij met elkaar en ook met de leiding van het bedrijf te praten over het werk, over hun eigen handelen, gedrag, over dingen die misgaan, zonder zich zorgen te hoeven te maken over repercussies, zolang ze ten minste bona fide zijn (...). En zo'n *just culture* zou je ook binnen een staat willen. Burgers die vrijuit informatie geven, die vrijuit praten met de overheid, zonder bang te hoeven zijn voor repercussies. (...) Als je niet wordt beoordeeld op basis van jouw overtreden van een zichtbare en kenbare norm, dat je iets doet wat heel erg overduidelijk niet mag, maar je wordt beoordeeld op basis van geheime profielen, is de angst voor repercussies dus aanwezig in ieder contact met de overheid. En dat wil zeggen dat mensen gaan draaien en duiken, ze gaan dingen verzwijgen en dat is precies waarom industrieën dat ook absoluut niet willen. Het gevolg van draaien, duiken, liegen, zwijgen is nog meer controle van de kant van de overheid met als gevolg nog minder samenwerking van de kant van de burgers. En dat maakt die samenleving door en door onveilig. En geen enkele gezonde industrie zou een systeem zo inrichten.²⁶

Wat Februari hier beschrijft, is van toepassing in elke situatie waarin sprake is van buitenstaanders die normen hanteren die mogelijk afwijken van de normen die iemand in zijn of haar privé-sfeer hanteert, en die tegelijk de mogelijkheid hebben het privé-gedrag van de betreffende persoon te volgen. Er is sprake van een vicieuze cirkel waarbij het privéleven niet alleen rechtstreeks wordt aangetast door het *chilling effect*, maar ook indirect door middel van de reactie van de persoon die in zijn privé-sfeer zijn gedrag aanpast en daarmee zelf corrumpert.

Concreet voorbeeld: ik wil transparant zijn tegenover mijn geliefde, die ik tot diep in mijn privé-sfeer toelaat, en wil daarom bepaalde bekentenissen doen. Maar dat durf ik niet als buitenstaanders met wie ik niet dezelfde verbondenheid heb, kunnen meeluisteren. Dus zwijg ik, maar dat is voelbaar en leidt tot een stilzwijgende verwijdering tussen mij en mijn geliefde. De inbreuk van buitenaf leidt op die manier tot een vermindering van het contact binnen mijn privésfeer.

²⁶ Maxim Februari, lezing tijdens de publicitaire lancering van de rechtszaak die een privacy-organisatie aanspanden tegen SyRI, het Systeem Risico Indicatie. <https://www.youtube.com/watch?v=w76BcZkjABg> (5:05 tot 7:06).

Om de aantasting van het privéleven die het gevolg is van het *chilling effect*, tegen te gaan, zijn twee dingen nodig, die ik in een andere casus al onder de aandacht van de rechter heb gebracht:

Dit laatste betekent bijvoorbeeld dat er bij een beoordeling of iemands privacy wordt geëerbiedigd, ook het bewustzijn van diegene wordt betrokken. Bijvoorbeeld iemands bewustzijn van het feit dat hij in een specifiek geval in de praktijk zelf geen (tijdig) inzicht en ook geen (tijdige) controle heeft waar (d.w.z. bij welke overheden, semi-overheden en "commerciële dienstverleners") zijn persoonsgegevens terecht komen. (...) Dit bewustzijn kan de mentale vrijheid van iemand beïnvloeden, evenals diens feitelijke gedrag.²⁷

En:

In verschillende privacy-zaken heb ik de afgelopen jaren gewezen op het feit dat het bij het vraagstuk of er sprake is van reële privacy in relatie tot persoonsgegevens steeds gaat om de vraag wie er feitelijke macht heeft over de betreffende persoonsgegevens. In mijn zienswijze d.d. 6 december 2018 naar aanleiding van het voornemen van de AP om haar door mij afgedwongen handhavingsmaatregel ten aanzien van de Arnhemse afvalpas weer op te heffen, schreef ik bijvoorbeeld:

Van belang is hierbij dat het antwoord op de vraag of er sprake is van verwerking van persoonsgegevens, bepaald wordt door het criterium wie er controle heeft over de betreffende gegevens. Als ik, in mijn hoedanigheid van data-subject (in jargon: "betrokkene") een paspoort op zak draag, dan heb ik zelf controle over mijn persoonsgegevens en worden die dus niet verwerkt (zolang dit paspoort niet van afstand stiekem of openlijk wordt "gescand"). Maar zodra de controle (beschikking, macht) over die persoonsgegevens overgaat naar een geautomatiseerd systeem waarover ik niet zelf beschik, is er sprake van verwerking van mijn persoonsgegevens. [voetnoot: Zienswijze d.d. 6 december 2018, paragraaf 3.4.3, randnummer (6) (pag. 11).]

En in mijn eerder genoemde analyse *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism* (7 oktober 2019) schreef ik:

"(...) Alhoewel de reiziger eigenaar is van zijn eigen reisgegevens, bepalen de ovaanbieders welke data toegankelijk wordt en wie daar toegang tot krijgt." Die laatste zin schreef OpenGeo met kennelijke instemming. Maar wat betekent het "eigenaarschap" over je eigen privé-gegevens nog, als je geen enkele zeggenschap meer hebt over wat er met die gegevens gebeurt? Dan is het niet meer dan een vlag op een hoop stront. [Voetnoot: M. Jonker, "OV-data-jacht: op weg met *surveillance corporatism*", paragraaf 4 (pag. 6).]

Het gaat bij de controle van burgers over hun persoonsgegevens steeds over twee vormen van controle. Ten eerste de macht om daadwerkelijk te bewerkstelligen wat er wel en niet

²⁷ Beroepschrift Jonker d.d. 6 januari 2020 bij Rechtbank Gelderland (zaaknr: ARN 20 / 68) inzake afwijzing door de AP van handhavingsverzoek inzake weigering van contante betaling door Focus Filmtheater, paragraaf 2.6 ("Reële privacy als handhavingscriterium conform artikel 8 EVRM") randnr. 3, pag. 30.

met de betreffende persoonsgegevens gebeurt, en ten tweede de macht om, onafhankelijk van de assistentie van andere personen, zelf inzicht te hebben in wat er wel en niet met de betreffende persoonsgegevens gebeurt. Reële privacy betekent dat beide vormen van controle in handen blijven van de betrokkene.

Contante betaling biedt zulke reële privacy, in ieder geval zolang niet het traject van elk bankbiljet aan de hand van het unieke serienummer wordt gevolgd vanaf de geldautomaat via scan-automaten achter elke toonbanken tot aan de terugkeer bij een bank. Maar zelfs als dat wel zou gebeuren (en ik twijfel er niet aan dat dat de ambitie is van allerlei overheden en "veiligheids"-diensten die streven naar totale controle op burgers), dan nog biedt contante betaling verreweg de meeste privacy, omdat burgers ook onderling transacties kunnen betalen met bankbiljetten, zonder dat er een spionerende automaat aan te pas komt.

Waar het gaat over reële privacy, gaat het in feite over een reële machtsvraag die betrekking heeft op feitelijke informatiemacht en daarmee ook beïnvloedingsmacht: wie controleert wie?

Als overheden en machtige bedrijven het leven van alle burgers tot in detail kunnen controleren, terwijl burgers het doen en laten van overheden en machtige bedrijven niet effectief kunnen controleren of zelfs maar volgen, vanwege een gebrek aan transparantie, dan leven we niet meer in een vrije samenleving - hoezeer de vigerende machtsapparaten ook hun best doen om dat aan mensen te blijven voorspiegelen.²⁸

Er kan ook sprake zijn van een onbewust chilling effect, waarbij mensen cognitieve dissonantie proberen te vermijden door hun eigen angst niet te erkennen, terwijl ze ondertussen wel degelijk hun gedrag aanpassen om het risico van een negatieve evaluatie van hun gedrag te verminderen.

Er zijn ook mensen die, onder druk gezet door de mogelijkheid dat ze gevolgd worden, juist in de contramane gaan en hun cognitieve dissonantie tegengaan door zich met enige bravado niets aan te trekken van het risico, onder het motto: "Ik heb niets te verbergen!"²⁹

Controleerbaarheid en digitalisering

Traditionele, analoge technieken bieden aan de betrokkene vaak een veel hogere mate van controleerbaarheid van nieuwe, digitale technieken. Een goed voorbeeld is het papieren treinkaartje versus de OV-chipkaart. Als een papieren kaartje in de trein door middel van een zichtcontrole door de conducteur wordt gecontroleerd, weet ik dat er geen persoonsgegevens worden verwerkt. Als de conducteur met een apparaat mijn OV-chipkaart scant, kan ik als reiziger niet zien, en dus niet zelf controleren, wat er in de praktijk met de verzamelde persoonsgegevens verder gebeurt. Wat de conducteur en NS mij daarover vertellen, kan ik geloven, of niet geloven, of ik kan een agnostische houding aannemen. Maar ik weet het niet. Dit leidt tot een *chilling effect*.

Recentelijk had ik een gesprek met een deskundige op het gebied van digitale techniek en privacy. Het was iemand die groot belang hecht aan privacy. Maar toen we te spreken kwamen over "controleerbaarheid" voor de betrokkene, gaf hij te kennen die niet zo belangrijk te vinden. Ik

28 Ibid., randnummers. (9) t/m (12), pp. 32-33. Zie ook par. 5.5 (pp. 135-136) van dit hoger-beroepschrift.

29 Zie ook: Maurits Martijn en Dimitri Tokmetzis, *Je hebt wèl iets te verbergen*, De Correspondent, 2016.

vroeg waarom niet. Na enig nadenken antwoordde hij: "Als je die controleerbaarheid wilt, dan kun niet digitaliseren. Er is op dit moment eigenlijk geen enkele vorm van digitalisering die aan de betrokkene controleerbaarheid biedt, en ik zie dat ook niet gauw gebeuren."

Ik zei: "Moet dat dan geen aanleiding zijn om kritische vragen te stellen over wanneer we wel en niet digitalisering toepassen? Want er wordt met de digitale technieken en methoden zoals die tot nu toe worden toegepast, dus iets afgepakt van mensen, namelijk hun vermogen om zelf te weten en in de hand te hebben wat er in bepaalde situaties wel, maar vooral ook niet met hun persoonsgegevens gebeurt."

Mijn gesprekspartner herhaalde dat hij die controleerbaarheid niet zo belangrijk vond. Ik zei: "Heb je er vertrouwen in dat het altijd klopt wat organisaties zeggen over wat ze feitelijk met de door hen verzamelde persoonsgegevens wel en niet doen?"

We moesten lachen. "Nee, daar heb ik niet zo'n vertrouwen in," antwoordde de deskundige. Hij kon ook moeilijk anders, want in het gesprek waren al verschillende voorbeelden de revue gepasseerd van dingen die met persoonsgegevens werden gedaan zonder dat de verwerkingsverantwoordelijken of verwerker daarover eerlijk hadden gecommuniceerd.

Mijn gesprekspartner gaf aan dat hij de vraag naar het belang van controleerbaarheid interessant vond, en dat hij nog zou nadenken over waarom hij dat zelf eigenlijk niet belangrijk vond.

Ik heb de uitkomst van die reflectie nog niet gehoord. Maar ik heb wel een vermoeden wat de reden voor deze deskundige is om controleerbaarheid "niet zo belangrijk" te vinden. Hij houdt zich in zijn werk bezig met digitale technologie, en zijn persoonlijke interesse ligt ook in het bedenken van digitale technieken en de toepassing daarvan. Hij hecht groot belang aan privacy, maar toch heeft die voor hem een secundaire prioriteit ten opzichte van de prioriteit die hij geeft aan zijn eigen, persoonlijke en professionele activiteiten op het gebied van digitale technieken.

Ik had eigenlijk aan een slager gevraagd hoe belangrijk hij een gezond dieet vond in verband met een onderzoeksuitkomst dat een vegetarisch dieet gezonder is dan een vleesrijk dieet. Natuurlijk had die slager gezegd dat hij een gezond dieet op dit punt "niet zo belangrijk" vond. Een kalkoen gaat immers ook niet zeggen dat hij kalkoen wèl belangrijk vindt als onderdeel van het kerstdiner.

Er zijn inmiddels zulke grote investeringen gepleegd in digitale technologie (*sunken costs*), en daarmee zijn zulke grote commerciële belangen en surveillance-ambities van overheden gemoeid, dat degenen die zich in dienst hebben gesteld van die belangen en ambities, het grondrecht op privacy geen prioriteit zullen geven zodra dat in de weg staat aan hun digitaliseringsprojecten.

Het is nu aan uw Afdeling of u, als onafhankelijke rechters, de rechtsstaat op dit punt wel of niet opzij wilt zetten omwille van het dienen van deze overheidsambities en commerciële belangen.

Meer hierover in paragrafen 2.4.4 ("Hyperconnectiviteit en de *hive-mind* vs. individualiteit en sociaal contact"), 2.5.2 ("Zonder individualiteit en individuatie geen democratische rechtsstaat"), 2.5.4 ("Vertrouwen" in en "harmonie" met omgeving buiten privé-sfeer") en 2.5.5 ("Technische connectiviteit als argument voor het afschaffen van rechtstatelijkheid").

2.4.4 Hyperconnectiviteit en de *hive mind* vs. individualiteit en sociaal contact

In de in paragraaf 2.4.3 genoemde lezing op 30 januari 2018, zei schrijver en rechtsfilosoof Maxim Februari ook het volgende:

Het verontrustende is de naïviteit van de gebruikers en van diegenen die het opzetten en inzetten. Want laten we vooral niet kinderachtig zijn over de toekomst. We stevenen af op een hyperverbonden wereld waarin werkelijk alles aan elkaar wordt gekoppeld en dat gaan we niet tegenhouden, ook niet met zo'n rechtszaak. En die *hyperconnectivity* gaat het rechtssysteem ingrijpend en wezenlijk en fundamenteel veranderen, niet alleen het rechtssysteem, [maar] ook de politiek en de economie, alles. Grenzen tussen mens en materie gaan vervagen. De wet staat straks niet langer op schrift, die wordt ingeschreven in de wereld, de omgeving, in onszelf, die wordt Kafkaïaans in onze huid geëet. Machines nemen binnenkort alle politieke beslissingen. Als je dan nog een open, rechtvaardige en functionerende samenleving wilt hebben, zul je dus nu moeten beginnen je te realiseren dat je alle waarborgen, alle juridische waarborgen, democratische waarborgen, nieuw zult moeten gaan doordenken. En dit hele SyRI, in het geniep met geheime modellen naar burgers gaan zitten loeren, is niet het begin van zo'n volwassen, eenentwintigste eeuws rechtsdenken. En dat is eigenlijk precies waarom ik uit die [verhoor]kamer [met observatiespiegel] wil. Ik wil naar een veilige, volwassen toekomst.³⁰

Over deze uitspraken van Februari heb ik verschillende bedenkingen, maar om te beginnen wil ik op twee punten mijn instemming betuigen:

- Net als hij wil ik naar een "veilige, volwassen toekomst";
- De vraag die hij opwerpt, is van cruciaal belang: hoe zorgen we ervoor dat grotere connectiviteit of hyperconnectiviteit, in welke vorm dan ook, geen tirannie wordt?

In paragraaf 2.5.2 zal ik ingaan op de vraag of individualiteit, democratie en de rechtsstaat op grond van de feitelijke situatie als achterhaald moeten worden beschouwd. Met andere woorden: hebben de technische ontwikkelingen op het gebied van digitale (hyper)connectiviteit ertoe geleid dat het einde van de democratische rechtsstaat in essentie als een voldongen feit moet worden beschouwd, of is dat al te fatalistisch gedacht?

In paragraaf 2.5.5 zal ik ingaan op de vraag of het, gezien de actuele ontwikkelingen op het gebied connectiviteit, wenselijk is om afscheid te nemen van (elementen van) rechtsstatelijkheid.

Maar eerst zal ik in de huidige paragraaf proberen me een voorstelling te maken van wat grotere connectiviteit of een dergelijke hyperconnectiviteit eigenlijk zou inhouden, en heel vluchtig verkennen welke implicaties de komst van die hyperconnectiviteit in de praktijk (het dagelijkse leven) zou kunnen hebben voor individuele mensen en voor de samenleving. Ik heb me hierover niet doelgericht ingelezen en heb daar ook geen tijd voor binnen de indieningstermijn van dit hoger beroepschrift. Ik zal daarom, aan de hand van passages uit het citaat van Maxim Februari, gebruik maken van de bagage die ik al heb, en van mijn eigen voorstellingsvermogen.

³⁰ Maxim Februari, lezing tijdens de publicitaire lancering van de rechtszaak die een privacy-organisatie aanspanden tegen SyRI, het Systeem Risico Indicatie. <https://www.youtube.com/watch?v=w76BcZkjABg> (12:30 - einde)

"Dat gaan we niet tegenhouden"

De kern van Februari's betoog is vervat in het korte bijzinnetje: "...en dat gaan we niet tegenhouden". Deze stelling roept meteen drie vragen op:

- Wat wordt er bedoeld met "tegenhouden"?
- Wat is het dat we volgens Februari niet gaan tegenhouden?
- Wie zijn "we"?

Ik zal deze vragen achtereenvolgens bespreken, ten eerste om te laten zien dat ze niet beantwoord zijn, en ten tweede om te laten zien dat de beantwoording ervan wel noodzakelijk is voordat we een conclusie kunnen trekken over de vraag of Februari's stelling klopt, of niet.

a) Wat wordt er bedoeld met "tegenhouden"?

In de Engelse krant *The Guardian* stond op 18 februari 2020 een artikel over de recente dood van de bekende TV-presentator Caroline Flack. Nadat zij was vervolgd vanwege vermeend geweld in de privé-sfeer, was ontslagen en was achtervolgd door roddel-media, had zij een einde aan haar eigen leven gemaakt. De roddel-media hadden grotendeels vrij spel gehad, omdat Flack tijdens haar loopbaan als presentator van het programma *Love Island* zelf al grote delen van haar privéleven publiek had gemaakt, of althans publiek leek te hebben gemaakt. Achteraf leidde dit tot de vraag of zij, mede als gevolg van haar eigen acties, wellicht veel kwetsbaarder was geweest dan zij had geleken. Achter haar gepubliceerde privé-perikelen was wellicht nog een heel ander en tragischer privéleven schuilgegaan.

In het artikel in *The Guardian* stelt de auteur zich af of de omgang van zowel Flack als haar kijkers met haar privé-leven onafwendbaar was, met andere woorden: niet viel tegen te houden.

It's too late to reverse the way we've opened up our lives, and in turn inserted ourselves into those of others. It's unrealistic to ask celebrities to shut out the fans who have got them to where they are; and it is unfair to blame people for enjoying the intimacy they believe they share. We're as trapped in the web of TV, tabloids and social media as those we follow. But no matter how enticing the gossip may be, we need to stop incentivising the tabloid press to treat anyone in the public eye as fair game, just because they try to let us into their lives.

Even if we try to consume celebrity culture more ethically, the fact remains that we have entered new territory in our relationship to stars. Flack's death comes as less and less of our lives are treated as off limits. As the line between celebrity and reality continues to blur, so do our feelings. We should be ready for more of this new, complex, grief.³¹

De stelling van de journalist dat "we" niet anders kunnen dan op exhibitionistische wijze ons eigen privéleven vertonen en op voyeuristische wijze naar het privéleven van andere kijken, hetgeen dan leidt tot een "nieuw, complex verdriet", komt op mij larmoyant en ietwat pathetisch over. Het is een keuze om zogenaamd "geen keuze" te hebben. Die keuze hangt samen met het gebrekkige ontwikkelingsniveau van mensen die verslaafd raken aan "reality shows" in combinatie met een

31 Leah Green, "Instagram brought us so close to Caroline Flack that her death seems personal", in *The Guardian*, 18 February 2020, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/18/instagram-caroline-flack-celebrity-grief>

maatschappij-inrichting die leidt tot verdienmodellen (uitbuiting van medewerkers en het manipuleren van klanten), die op hun beurt weer leiden tot stressfactoren die zulke verslaving in de hand werken (uitgebuite mensen zijn gestresst en zoeken ontsnappingsmogelijkheden in escapistisch quasi-realistisch vermaak). Die situatie is het gevolg van keuzes van mensen.

Het gaat dan om de keuzes van vier soorten mensen: werkgevers die kiezen voor verdienmodellen waarbij medewerkers worden uitgebuit; media-ondernemers die kiezen voor verdienmodellen waarbij het privéleven van mensen niet wordt gerespecteerd; regeringen en bestuurders die kiezen om niet effectief paal en perk te stellen aan die praktijken; gewone mensen die, gemanipuleerd door eerdergenoemde media-ondernemers, bij verkiezingen stemmen op politici die de zojuist genoemde regeringen vormen. Er is dus sprake van een vicieuze cirkel, die versterkt wordt door een lobby-systeem. Die vicieuze cirkel leidt tot de pijnlijke en voorbarige dood van veel mensen.

Maar dat is geen reden om fatalistisch te zeggen: "Dat gaan we niet tegenhouden." Het is nog steeds op ieder moment mogelijk om wetgeving in te voeren die een eind maakt aan bepaalde praktijken, en zo de vicieuze cirkel te doorbreken.

Ook als het gaat om de wisselwerking tussen de totstandkoming van nieuwe digitale technieken, het misbruik daarvan voor verdienmodellen waarmee onze privacy wordt afgebroken, en de manipulatie van mensen om ze zover te krijgen dat ze dat accepteren en normaal gaan vinden, is er sprake van een vicieuze cirkel. Die vicieuze cirkel kan eveneens worden doorbroken. Het is ironisch dat Maxim Februari enerzijds deelneemt aan een actie om die vicieuze cirkel doorbreken (namelijk de SyRI-rechtszaak), maar anderzijds stelt dat zulke actie de voortgang van de afbraak van onze privacy niet zal tegenhouden. Eén rechtszaak zal daarvoor inderdaad niet voldoende zijn, en zes rechtszaken (zoals ik die voer) ook niet. Er zijn nog veel meer acties nodig, gevoerd door veel verschillende mensen.

Alleen als bijna alle mensen fatalistisch zijn, valt een door mensen gestuurde ontwikkeling niet tegen te houden. Het is jammer dat Februari er met zo'n uitspraak voor kiest om een dergelijk fatalisme te promoten. Op de vraag waarom hij dat doet, zal ik straks terugkomen.

b) Wat is het dat we volgens Februari niet gaan tegenhouden?

Dit vat hij samen in een aantal andere stellingen, die ik straks zal citeren en bespreken ("*Alles wordt aan elkaar gekoppeld*"; "*Grenzen tussen mens en materie gaan vervagen*"; "*De wet staat straks niet langer op schrift*"; en: "*Machines nemen straks alle politieke beslissingen*").

c) Wie zijn "we"?

Februari maakt niet duidelijk wie de "we" zijn die "dat niet gaan tegenhouden". Het lijkt erop dat hij doelt op een grote meerderheid van de mensen in de samenleving, waartoe hij zelf ook behoort. Maar meerderheden kunnen veranderen. En er is op dit moment al een kleine voorhoede, waartoe ik zelf behoor, die van plan is om niet alleen de afbraak van onze privacy tegen te houden, maar ook om een fatalistische mentaliteit over de huidige vicieuze cirkel tegen te houden en om te buigen. Ik weet niet of "we" - die voorhoede - daarin gaat slagen. Het hangt ervan af of we uiteindelijk voldoende andere mensen meekrijgen. Dat kan alleen lukken als wij niet bij voorbaat gaan roepen dat "we" een heleboel vage dingen "niet gaan tegenhouden".

"Alles wordt aan elkaar gekoppeld"

Het eerste dat we volgens Februari niet gaan tegenhouden, is dat "alles aan elkaar wordt gekoppeld". Wat bedoelt hij daarmee? Voor zover ik kan zien, bedoelt hij dat er drie dingen aan elkaar worden gekoppeld:

- IT-systemen worden gekoppeld aan andere IT-systemen;
- mensen worden gekoppeld aan IT-systemen;
- informatie over mensen wordt gekoppeld aan andere informatie over mensen.

Maar zelfs als dat allemaal gebeurt (en het gebeurt nu al ten dele), dan nog is dat niet hetzelfde als "alles" koppelen. Mensen kunnen namelijk niet in hun totaliteit worden gekoppeld aan IT-systemen. Bepaalde percepties en de menselijke vrije wil blijven altijd buiten die koppeling, om de eenvoudige reden dat die aspecten (of delen) van de mens zich niet lenen voor zo'n koppeling. Een vrije wil die volledig gekoppeld is aan een machine of aan een algoritme, is geen vrije wil meer. Ethisch besef dat volledig gekoppeld is aan een machine of een algoritme, is geen ethisch besef meer.

Bovendien staat het ons, als mensen, vrij om ervoor te kiezen om selectief te zijn bij het koppelen van IT-systemen aan elkaar, bij het koppelen van onszelf aan IT-systemen, en bij het koppelen van verschillende informatie-bestanden of soorten informatie aan elkaar.

Het lijkt of Februari op dezelfde manier naar mensen (*homo sapiens*) kijkt als sommigen lange tijd naar de Neanderthalers keken, blijkens de volgende passage in een artikel van *The Guardian*:

Scholars have argued for years about whether Neanderthals buried their dead with mortuary rituals, part of the larger debate over their levels of cognitive sophistication.

"What is key here is the intentionality behind the burial. You might bury a body for purely practical reasons, in order to avoid attracting dangerous scavengers and/or to reduce the smell. But when this goes beyond practical elements it is important because that indicates more complex, symbolic and abstract thinking, compassion and care for the dead, and perhaps feelings of mourning and loss," Pomeroy said.³²

Het lijkt erop dat de Neanderthalers bloemen en compassie koppelden aan de lichamen van overledenen, terwijl *Homo Sapiens* lange tijd dacht dat Neanderthalers daarvoor te simpel waren en niet beschikten over dat soort eigenschappen en vermogens. Het zou goed zijn als *Homo Sapiens* nu ook stopt met zichzelf op een vergelijkbare wijze te onderschatten.

Data-bazen en sommige reductionistisch denkende wetenschappers willen ons graag wijsmaken dat we eigenlijk niet meer zijn dan systemen. Maar dat hoeven wij niet klakkeloos over te nemen. Dergelijk reductionisme is een geloof, een subjectieve interpretatie. Het is niet bewezen.

De stelling van Februari dat straks "alles aan elkaar wordt gekoppeld", is in mijn ogen om deze redenen simplistisch, fatalistisch en reductionistisch. Op de mogelijke redenen waarom Februari - een zeer intelligente filosoof - dit toch zo formuleerde in zijn lezing, zal ik straks terugkomen.

32 "Scientists discover Neanderthal skeleton that hints at flower burial", in: *The Guardian*, 18 februari 2020, <https://www.theguardian.com/science/2020/feb/18/scientists-discover-neanderthal-skeleton-in-an-iraqi-cave>

"Grenzen tussen mens en materie gaan vervagen."

Wat Februari bedoelt met zijn tweede stelling dat "grenzen tussen mens en materie gaan vervagen", is evenmin duidelijk. De grens tussen mens en materie is, voor zover ik weet, altijd al vaag geweest. Wij bestaan zelf in ieder geval gedeeltelijk uit materie, en nog nooit is iemand erin geslaagd de grens tussen ons materiële lichaam en onze geest scherp te definiëren, ondanks vele pogingen daartoe, met name in de afgelopen drie eeuwen.

Het kan zijn dat Februari hiermee eigenlijk iets anders bedoelt, namelijk dat de grenzen tussen levende en dode materie gaan vervagen. Maar ook die grens is, voor zover ik weet, altijd al vaag geweest. Dat was al zo in de Oudheid, toen de doden in de onderwereld levenden konden ontmoeten en met hen konden converseren (Orpheus, Theseus etc.). In latere tijden heeft wetenschappelijk onderzoek uitgewezen dat de grens tussen leven en dood moeilijk te trekken is. Dit wordt geïllustreerd door het bestaan van virussen, een verschijnsel ergens in het overgangsgedebied tussen dode materie en levende organismen.

Het is daarom waarschijnlijk dat Februari eigenlijk bedoelt dat de grenzen tussen mens en machine gaan vervagen, oftewel: de grenzen tussen mens en IT-gestuurde protheses en andere systemen. Maar ook die grenzen zijn altijd al vaag geweest. Als ik met mes en vork een stukje vlees of een *vegan-burger* eet, is mijn vork dan een stuk van mijzelf, een verlengstuk van mijzelf of een apart voorwerp? Het antwoord hangt af van het perspectief dat ik zelf kies, in vrijheid. De nieuwe technologieën die nu in hoog tempo voorhanden komen, veranderen niets aan mijn mogelijkheid om die vraag op verschillende manieren te beantwoorden. Is mijn kunsthart een deel van mijzelf, is het een "implantaat", of een apart voorwerp? Het is alledrie waar - afhankelijk van hoe ik kijk.

Dit brengt mij op een vierde mogelijkheid van wat Februari op dit punt bedoelt. Het is mogelijk dat de emotionele grens tussen mens en materie vervaagt, doordat mensen - en dan met name mensen afkomstig uit Christelijke tradities - zich nu meer met materie identificeren dan in de tijd toen hun Christelijke voorouders nog geloofden dat zij, of althans hun zielen, hier in het aardse tranendal "slechts op bezoek" waren in hun aardse lichamen.

De keuze van Maxim (voorheen Marjolein) Februari om bij zichzelf een lichamelijke geslachtsverandering te laten bewerkstelligen, kan dat illustreren. Het betreft een keuze van iemand om, onder meer, de fysieke, materiële kenmerken van het eigen lichaam aan te passen aan een (geslachts)identiteit die iemand in zichzelf ervaart of concipieert, of waarnaar diegene verlangt. De wens om materie op die manier aan te passen aan een gevoel, een gewaarwording of een emotioneel geladen concept, kan opgevat worden als een emotionele vervaging tussen de menselijke geest en menselijke materie, en in die zin als een vervaging tussen "mens" en materie.

Een fysiek verfijnde verwezenlijking van zo'n wens is pas mogelijk geworden sinds de ontwikkeling van moderne medische technologie in de afgelopen decennia. Maar van de mensen die discrepanties tussen lichaam en geest ervaren, kiest niet iedereen voor een fysieke aanpassing van het eigen, materiële lichaam. Net als waarschijnlijk heel wat mensen, ervaar ik zelf in mijn seksualiteit dat ik van alles kan willen, maar niet alles krijg, en dat dat mede voortkomt uit mijn seksuele identificaties en uit de beperkingen van mijn eigen, materiële lichaam. Hoe meer ik die beperkingen accepteer, hoe minder "dysforie" en hoe meer vrede en vervulling ik ervaar.

Hieruit kan worden geconcludeerd dat waar er een emotionele vervaging optreedt tussen de menselijke geest en de menselijke materie (het lichaam), dat een proces is waarin menselijke verlangens en de menselijke wil een grote rol spelen. Ik weet niet of Maxim Februari zijn besluit tot ingrepen in zijn eigen fysieke geslacht kon tegenhouden (zie mijn eerdere bespreking van determinisme versus vrije wil), maar ik weet wel dat hij die (uiteindelijk) niet wilde tegenhouden. Maar uit dat laatste kan niet worden afgeleid dat hij het niet had kunnen tegenhouden als hij gewild had.

Om eventuele misverstanden te voorkomen: ik ben een voorstander van een mate van keuzevrijheid van volwassen mensen om te streven naar het in overeenstemming brengen van hun materiële lichaam met hun door henzelf beleefde en/of gekozen identiteit, inclusief hun seksuele identiteit. De vraag of er voor de realisering van zulk streven ook publieke middelen ter beschikking moeten worden gesteld, is een andere, die ik hier buiten beschouwing zal laten.

Ik besteed hier aandacht aan omdat de mogelijkheid bestaat dat er bij Februari sprake is van een vorm van "onvermijdelijkheidsdenken" (S. Zuboff: "*inevitabilism*") dat mede geworteld is in zijn persoonlijke levensgeschiedenis. Ieders levensgeschiedenis moet worden gerespecteerd, en ook moet ieders discretie over zijn eigen levensgeschiedenis in beginsel worden gerespecteerd als een onderdeel van iemands privacy. Ik zal daarom niet speculeren over de drijfveren van Februari om (een deel van) zijn lichamelijke geslachtskenmerken te laten veranderen. Maar de mogelijkheid dat een standpunt van iemand met invloed in het publieke debat, substantieel is beïnvloed door de persoonlijke levensgeschiedenis van diegene, is in sommige gevallen relevant voor dat debat. In zo'n geval moet er in mijn ogen geen taboe op rusten om dat te benoemen.

De keuzevrijheid van mensen om te sleutelen aan hun eigen materie mag niet, via vormen van "onvermijdelijkheidsdenken" over omgang met techniek, ten koste gaan van de keuzevrijheid van andere mensen om juist niet te laten sleutelen aan hun eigen materie of aan hun privéleven.

Om die reden ben ik een fel tegenstander van de recentelijk ingevoerde, nieuwe Donorwet, waarbij mensen worden gedwongen om via een "opt-out" aan te geven als ze niet willen dat er perspectief ontstaat op (de voorbereiding van) het gebruik van hun organen rond hun overlijden. Respect voor de menselijke keuzevrijheid met betrekking tot het eigen lichaam, en voor hun lichamelijke en geestelijke integriteit, vereist een "opt-in". "We" zijn geen orgaanmagazijnen. "Donor" betekent "gever", en niet: horige. Een arts zou, gezien zijn of haar hippocratische eed, geen orgaandonatie moeten accepteren van iemand die het orgaan niet "met ondubbelzinnige instemming" heeft afgestaan, met vergelijkbare instemmingscriteria als in de privacy-wetgeving.

In hoeverre en op welke wijze "de grenzen tussen mens en materie" vaag zijn, is in mijn ogen onderhevig aan de vrije wil van mensen die in verschillende mate beschikken over macht, middelen en keuzevrijheid. Daarom ben ik het niet eens met Februari's standpunt dat we op dit moment met recht zouden kunnen zeggen dat "we dat niet gaan tegenhouden". Februari wil dat kennelijk niet tegenhouden, en het zou eerlijker zijn als hij dat om te beginnen zou zeggen.

"De wet staat straks niet langer op schrift."

Februari's stelling dat de wet over enige tijd niet meer op schrift zal staan, en dat dat niet valt tegen te houden, is ook nogal verontrustend, met name omdat die werd uitgesproken in een lezing waarmee een rechtszaak werd gelanceerd. Bovendien voegde hij er nog aan toe: "...die wordt ingeschreven in de wereld, de omgeving, in onszelf, die wordt Kafkaiaans in onze huid geëts."

Het soort wet dat niet op papier gezet wordt, maar wel in onze huid wordt geëetst, doet denken aan de wet die Attila de Hun en andere overwinnaars in de huid van verslagenen etsten, maar vooral ook in het daaronder liggende weefsel, bijvoorbeeld in het gebied van de menselijke nek. Maar ook de hartstreek leende zich er goed voor. Bij lichtere vergrijpen dan verzet tegen de vorst, konden er ook handen worden afgehakt. Het ging hier, met andere woorden, om twee "wetten" die tegelijk hun eigen uitvoering waren, en die eigenlijk op hetzelfde neerkwamen:

- Het recht van de sterkste;
- De wet van het voldongen feit.

De stelling van Februari roept twee vragen op: (1) Waarom denkt hij dat het onvermijdelijk is dat wetten "op schrift" zullen worden afgeschaft? Waarom kunnen die niet blijven voortbestaan, eventueel naast allerlei andere, niet op schrift gestelde wetten? (2) Hoe zullen die vervangende, niet-op-schrift-gestelde wetten er volgens hem dan uitzien, en hoe zullen ze volgens hem in de maatschappij functioneren? Ziet hij een situatie voor zich waarin het is toegestaan "op maat gesneden wetten" in de vorm van microchips in mensen te implanteren? Zijn dat dan nog wetten?

Ad (1) Ik vermoed dat hij met de afschaffing van schriftelijke wetten vooral bedoelt dat schriftelijke wetten in de praktijk hun werkingskracht zullen verliezen, omdat ze links en rechts worden ingehaald door maatregelen van technologische machthebbers die de inhoud van schriftelijke wetten tot een lege huls zullen maken. Dat zou een dystopische situatie zijn. Een voorbeeld daarvan zou zijn dat mensen weliswaar recht hebben op privacy, maar dat ze in winkels alleen nog voor voedsel kunnen betalen door middel van het *swipen* van een *wearable* die hoogfrequent allerlei informatie over hen doorgeeft aan een data-bedrijf, dat die data dan weer formeel deelt met overheidsdiensten (locatie, tijdstip, naam, adres, hartslagfrequentie, gekochte boodschappen, stemopname etc.). Kennelijk acht Februari iets dergelijks onvermijdelijk.

Maar dat is onzin, want dat gebeurt alleen als rechters de privacy-wetgeving zodanig zouden interpreteren dat burgers geen recht meer hebben op privacy-vriendelijk betalen... Of wacht... dat is precies wat de Rechtbank Gelderland op 4 februari 2020 heeft uitgesproken, en waartegen ik nu in hoger beroep ga! Oké, Maxim Februari beschrijft hier dus een zeer reëel risico. Maar gelukkig ligt het in de macht van uw Afdeling als hoogste bestuursrechter om ons heel binnenkort tegen dat risico te beschermen, door middel van uw uitspraak in de thans voorliggende zaak.

Ook ligt het in de macht van wakkergeschudde wetgevers om onze privacy op dergelijke punten met keurig op schrift gestelde wetten te beschermen. Waarom denkt Februari dat het onvermijdelijk is dat de wetgevende en rechterlijke macht hun taak op dat punt volledig zullen verzuimen?

Ad (2) Ik kan me er een voorstelling van maken hoe een wasmachine die via het Internet of Things is gekoppeld aan een instantie die mijn milieu-vriendelijke gebruik van die machine geautomatiseerd monitort, op een gegeven moment weigert te starten omdat één van de betreffende kledingstukken niet vies genoeg is en bovendien heel recent is gewassen. Dat het betreffende kledingstuk mogelijk in aanraking is geweest met een nieuw corona-virus (Covid-23-057), is door de bouwers van het relevante algoritme niet voorzien. Dan schrijft zo'n IoT-machine mij de wet voor. Maar tegen dat soort praktijken kunnen de wetgever en de rechter me toch beschermen? Als ze maar willen. Dat wil ook zeggen: als uw Afdeling bereid is tot effectieve rechtspleging.

"Machines nemen binnenkort alle politieke beslissingen."

Zo komen we bij de laatste en vreemdste stelling van Maxim Februari: "Machines nemen binnenkort alle politieke beslissingen." Ook als we ervan uitgaan dat het hier niet gaat om beslissingen op uitvoeringsniveau, zoals het zojuist beschreven fictieve voorbeeld van de IoT-wasmachine, maar om beslissingen over beleid of grote bestuurlijke maatregelen die veel mensen aangaan (bv. besluiten van algemene strekking), dan is het nog steeds niet duidelijk wat Februari hiermee bedoelt. Wordt onze Minister van Binnenlandse Zaken straks vervangen door een Computer van Binnenlandse Zaken, of door een Algoritme van Binnenlandse Zaken? Bijvoorbeeld een algoritme dat na de totstandkoming van elk regeerakkoord op basis daarvan wordt gegenereerd met behulp van een ander algoritme, het zogeheten Algoritmisch Handvest voor het Fundamenteel Collegiaal Kader Openbare Formatieve Finetuning (AH-FUCKOFF)?

Vermoedelijk doelt Februari eerder op een toenemende afhankelijkheid bij politici, bestuurders en volksvertegenwoordigers van informatie die door algoritmes wordt gegenereerd op basis van geautomatiseerd verzamelde data. Maar daar zijn die politici, bestuurders en volksvertegenwoordigers toch zelf bij? Ze kunnen er toch voor zorgen dat ze alleen beslissingen nemen op grond van kritisch getoetste data en algoritmes? Of wacht... ze waren er ook zelf bij toen het privacy-schendende OV-chipkaart-systeem werd ingevoerd, en toen het Systeem Risico-Indicatie (SyRI) zonder serieuze analyse van de consequenties werd ingevoerd...

Februari beschrijft hier dus een serieus risico, gezien de beperkingen in de aandacht van politici voor een serieuze analyse en toetsing voorafgaand aan hun beslissingen. Bij nader inzien is deze allervreemdste stelling van Februari dus eigenlijk de meest plausibele.

"Je zult dus nu moeten beginnen je te realiseren dat je alle waarborgen nieuw zult moeten gaan doordenken."

Daarom ben ik het wèl volledig eens met Februari wanneer hij ten slotte stelt: "Je zult dus nu moeten beginnen je te realiseren dat je alle waarborgen nieuw zult moeten gaan doordenken."

Ik houd het voor mogelijk dat Februari zijn voorafgaande, ietwat dystopische stellingen mede deed om zijn toehoorders met retorische middelen op dit punt wakker te schudden. Als dat zijn bedoeling was, maakte hij echter de fout om die stellingen niet als risico's te presenteren, maar nadrukkelijk als onvermijdelijkheden. De meeste mensen die iemand met aanzien en moreel gezag (en dat is Maxim Februari) iets horen kwalificeren als onvermijdelijk, zullen daar niet kritisch op reageren, maar juist meegaand.

Zo kom ik op het volgende onderdeel van deze paragraaf: de *hive-mind*.

Hyperconnectiviteit: het risico van een hive mind

Vaak wordt gezegd dat mensen "groepsdieren" of "kuddedieren" zijn. Daarmee wordt geen recht gedaan aan het menselijke vermogen tot het individueel nemen van verantwoordelijkheid en het maken van vrije, bewuste keuzes. Maar het risico dat mensen, omwille van hun eigen comfort (d.w.z. ter vermindering van cognitieve dissonantie) in hun gedachtevorming klakkeloos de weg van de minste weerstand volgen, wordt in veel gevallen wel bewaarheid. Hiervan maken data-machthebbers graag misbruik, door systemen te introduceren die de neiging tot menselijk kudgedrag niet alleen gebruiken, maar ook bevorderen.

Als er tegen dat beleid van data-machthebbers geen tegenwicht wordt geboden door middel van adequate, effectief gehandhaafde privacy-regels, kan de individualiteit van het overgrote deel van de mensen in de praktijk worden onderworpen aan algoritmes die bepalen op welke wijze zij toegang krijgen tot groepen en waardering van die groepen. Op die manier kunnen de geesten van mensen worden vernauwd, verkleind en gekneed totdat ze in hoge mate versmelten tot een gehoorzame, conformistische groepsgeest. Dat is waar data-machthebbers op aansturen.

In *The Age of Surveillance Capitalism* benoemt S. Zuboff dat als het aansturen op een "hive mind":

Just as industrial society was imagined as a well-functioning machine, instrumentarian society is imagined as a human simulation of machine learning systems: a confluent hive mind in which each element learns and operates in concert with every other element. In the model of machine confluence, the "freedom" of each individual machine is subordinated to the knowledge of the system as a whole. Instrumentarian power aims to organize, herd, and tune society to achieve a similar *social confluence*, in which group pressure and computational certainty replace politics and democracy, extinguishing the felt reality and social function of an individualized existence. The youngest members of our societies already experience many of these destructive dynamics in their attachment to social media, the first global experiment in the human hive.³³

Dit leidt tot een schijnbare tegenstrijdigheid, namelijk dat het verbinden van individuen met elkaar afbreuk doet aan hun individualiteit, in plaats van dat de wederzijdse sociale contacten ieders individualiteit juist steunen en versterken. De verklaring voor deze vreemde werking van het zogenaamd zo mooie "verbinden" is natuurlijk dat dit prettig klinkende woord heel verschillende dingen kan betekenen, zoals uiteengezet in paragraaf 2.2 van dit hoger-beroepschrift.

In de psychologie is het bekend dat de individuatie (d.w.z. de groei tot een volwassen individu) van een mens onder andere betekent dat iemand zowel sociaal contact met anderen leert aan te gaan als zijn grenzen ten aanzien van anderen leert afbakenen. Dat is iets heel anders dan infantilisering en verslaving aan symbiotisch contact met anderen. Als met het woord "hyperconnectiviteit" bedoeld wordt op een infantiele, symbiotische grensvervaging tussen individuele mensen en hun omgeving (in de vorm van andere mensen en IT-systemen), en hun onderwerping aan de sturing van data-systemen, dan is hyperconnectiviteit een slechte zaak die kan en moet worden tegengegaan. Als "hyperconnectiviteit" daarentegen het voorhanden zijn van allerlei digitale communicatiemiddelen betekent, dan is het zaak dat we, individueel en als collectief, goed en voldoende selectief met deze communicatiemiddelen leren omgaan. Zuboff schrijft:

Only "we the people" can reverse this course, first by naming the unprecedented, then by mobilizing new forms of collaborative action: the crucial friction that reasserts the primacy of a flourishing human future as the foundation of our information civilization. *If the digital future is to be our home, then it is we who must make it so.*³⁴

Maar om "het primaat van een bloeiende menselijke toekomst in onze informatiemaatschappij te herstellen", zullen we om te beginnen moeten durven stellen dat "de toekomst" niet alleen "digitaal", maar nog steeds ook in hoge mate analoog zal zijn, en ook moet zijn.

33 S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, pp. 20-21.

34 Ibid., pag. 21.

2.4.5 Privéleven is meer dan alleen persoonsgegevens

In paragraaf 2.4.1 heb ik reeds het onderscheid genoemd tussen enerzijds het privéleven van mensen, waarop artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM, een internationaal verdrag) betrekking heeft, en anderzijds persoonsgegevens van mensen, waarop de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG, een wet behorende tot het Unierecht van de EU) betrekking heeft. De persoonsgegevens van een persoon vormen slechts een deel van het privéleven van die persoon.

Hieruit volgt dat de AVG slechts betrekking heeft op een deel van de rechtsbescherming die artikel 8 EVRM biedt. Dit doet niets af aan het feit dat de AVG in overeenstemming met het doel van artikel 8 EVRM moet worden uitgelegd, zeker ook in het licht van de strekking van artikel 1 AVG, waarin het doel van de AVG wordt omschreven als: "de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens" (in lid 1 van het artikel) en als de bescherming van "de grondrechten en de fundamentele vrijheden van natuurlijke personen en met name hun recht op bescherming van persoonsgegevens". De bescherming die de AVG beoogt te bieden, beperkt zich dus niet tot die van uitsluitend persoonsgegevens. De bescherming van persoonsgegevens, zoals opgenomen in de AVG, wordt door de wetgever van het Unierecht (de EU) nadrukkelijk beschouwd als onderdeel van de integrale bescherming van het grondrecht op de eerbiediging en bescherming van het privéleven - een onderdeel dat op die manier onverbreekbaar is verbonden met de bescherming van dat privéleven.

De Advocaat-Generaal van de Hoge Raad betoogde al in 2011 dat de AP als nationale privacy-toezichthouder op grond van artikel 8 EVRM in de betreffende verdragsstaat èn EU-lidstaat (te weten: Nederland) een hoog beschermingsniveau moet bieden.³⁵ Het Europese Hof van Justitie heeft dat in zijn uitspraak van 6 oktober 2015 ("Safe Harbor") bevestigd en sprak daarbij van een "hoog, volledig en doeltreffend beschermingsniveau".³⁶

Meer hierover in paragraaf 4.3 ("Artikel 8 EVRM, Verdrag 108 en connectiviteit in het juridisch denken").

³⁵ ECLI:NL:PHR:2011:BQ8097. Zie ook de eerdergenoemde motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hogerberoepschrift d.d. 9 oktober 2019 inzake OV-chipkaart, paragraaf 4.6.1 (pag. 65).

³⁶ ECLI:EU:C:2015:650 (zaak nr. C-362/14), randnummer 39. In het Nederlands geciteerd in de eerdergenoemde motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger beroepschrift d.d. 9 oktober 2019, paragraaf 4.10.3 (pag. 110).

2.5 Vragen die connectiviteit oproept ten aanzien van feitelijke en ethische houdbaarheid van de democratische rechtsstaat

2.5.1 Connectiviteits-ambities als reden waarom het SyRI-systeem van de rechter niet mag, maar het OV-chipkaart-systeem wel

Een dag na de uitspraken van de Rechtbank Gelderland in mijn zaken (4 februari 2020) deed de Rechtbank Den Haag uitspraak in de SyRI-zaak (5 februari). Waarom verklaarde de rechter in de SyRI-zaak de eis gegrond, maar verklaarde een andere rechter mijn beroepen ongegrond?

Op de vraag of daarvoor inhoudelijke redenen zijn, kom ik terug in paragrafen 5 en 6 met betrekking tot de gronden voor mijn hoger beroep. Hier wil ik een tweede en derde mogelijke reden noemen.

De tweede mogelijke reden is dat er ten aanzien van het SyRI-systeem, anders dan ten aanzien van de verwerking van persoonsgegevens van OV-reizigers, ten tijde van de rechtszaak geen bestuurlijke consensus leek te bestaan. De gemeente Rotterdam had, onder leiding van burgemeester Ahmed Aboutaleb, zijn deelname aan SyRI al publiekelijk beëindigd voordat die zaak ter zitting werd behandeld. Dit kan van invloed zijn geweest op de vrijheid die de rechter voelde om de eis van privacy- en andere organisaties in de SyRI-zaak gegrond te verklaren.

Natuurlijk zou het al of niet voorhanden zijn van een bestuurlijke consensus in theorie geen rol moeten spelen voor de overwegingen van een onafhankelijke rechter die toetst aan de wet. De Nederlandse rechtspraak lijkt echter anders te zijn. Hierop zal ik terugkomen in paragraaf 3 (over autoritair denken).

Een derde mogelijke reden voor de andere uitkomst van de SyRI-zaak, is dat in de SyRI-zaak de verhouding tussen digitale en analoge technieken niet aan de orde was. De eis zoals geformuleerd door de privacy-organisaties in de SyRI-zaak vergde van de rechter geen kritische beschouwing of een digitaal instrument wellicht afbreuk deed aan een recht dat door analoge instrumenten beter is gewaarborgd. In de SyRI-zaak ging het uitsluitend over de vraag of de inzet van een bepaald digitaal instrument (het SyRI-systeem) op zichzelf geoorloofd is. De vraag of digitalisering in sommige gevallen wellicht achterwege moet worden gelaten ten gunste van analoge middelen, of alleen mag dienen als aanvulling op analoge methoden, kwam niet aan de orde. De SyRI-zaak vormde om die reden geen bedreiging voor de wens van allerlei partijen (overheden, semi-overheden, private bedrijven) om in beginsel alles te digitaliseren.

De rechter kon de eis van de privacy-organisaties honoreren zonder de wenselijkheid en omvang van digitalisering als zodanig ter discussie te hoeven stellen, en daarmee ook zonder de digitaliserings-ambities van overheden en private partijen ter discussie te stellen. Dit blijkt ook uit onderdeel 6.4 van de rechterlijke uitspraak in de SyRI-zaak, waarin de rechter generaliseerde:

6.4. Nieuwe technologieën - waaronder digitale mogelijkheden om bestanden te koppelen en met behulp van algoritmen data te analyseren - bieden de overheid (meer) mogelijkheden om onderling gegevens uit te wisselen in het kader van hun wettelijke taak om fraude te voorkomen en te bestrijden. De rechtbank deelt het standpunt van de Staat

dat die nieuwe technologische mogelijkheden ter voorkoming en bestrijding van fraude moeten worden benut. Zij is van oordeel dat de SyRI-wetgeving in het belang van het economisch welzijn is en daarmee een legitiem doel dient. Een adequate controle op de juistheid en de volledigheid van gegevens op basis waarvan aan burgers aanspraken worden verleend is immers van groot belang.³⁷

Het doel van SyRI is om overtredingen en misdrijven van bepaalde groepen burgers op te sporen. De eisers (waaronder privacy-organisaties en de schrijver Maxim Februari) betoogden dat de prijs die op het gebied van mensenrechten moet worden betaald indien voor zulke op zich legitieme doelen het SyRI-systeem wordt ingezet, te hoog is en niet wordt gerechtvaardigd door de betreffende doelen, geheel los van de vraag of die doelen ook met analoge middelen in voldoende mate zouden kunnen worden bereikt.

In mijn rechtzaken met betrekking tot de aanschaf en betaling van OV-vervoerbewijzen en met betrekking tot contante betaling, stel ik echter de digitaliserings-ambities van machtige partijen nadrukkelijk wel ter discussie, omdat ik in die zaken de privacy-vriendelijkheid van analoge alternatieven betrek (papieren vervoersbewijzen, contant geld).

Ik ben daartoe ook genoodzaakt:

- a) omdat het subsidiariteitsbeginsel in mijn rechtzaken een belangrijke rol speelt; en
- b) omdat de analoge middelen die tot 2014 werden ingezet om in het OV gerechtvaardigde doelen te bereiken, tevens bewijsmateriaal vormen dat er geen noodzaak bestaat voor de digitale middelen (het OV-chipkaart-systeem; weigering van contante betaling) die een conglomeraat van overheden en vervoerbedrijven vanaf 2014 (NS) en vanaf 2016/2018 (busvervoerders zoals Connexxion) verplicht heeft gesteld.

In de SyRI-zaak ondervonden eisers die noodzaak niet, omdat ze in die zaak niet hoefden te betogen dat een doel van de overheid ook op een andere manier kan worden bereikt, maar alleen dat een nieuw middel (het digitale SyRI-systeem) op zichzelf de mensenrechten van burgers in zo grote mate schendt, dat het alleen al om die reden ontoelaatbaar is.

Vraag naar verhouding tussen schending SyRI en schending OV-chipkaart-systeem

De inhoudelijke vraag die het voorgaande echter oproept, is waarom het onderwerpen van groepen mensen aan risico-analyses met gebruikmaking van profilering, zoals het SyRI-systeem doet, op zichzelf een minder toelaatbare privacy-inbreuk zou zijn dan het registreren van de individuele reisbewegingen van alle reizigers in het openbaar vervoer, zoals met het OV-chipkaart-systeem gebeurt.

Waarom is SyRI niet "nodig" in de zin van artikel 8 EVRM en de AVG, maar zijn het OV-chipkaart-systeem en de weigering van contante betaling dat wel? Daar heeft een rechter zich nog niet over kunnen buigen, maar het is een belangrijke vraag met het oog op rechtseenheid. Bij SyRI is het doel "fraudepreventie", bij het OV-chipkaart-systeem zijn wisselende doelen genoemd, waaronder "onnodige bijvangst" en later "fraudepreventie", en bij de weigering van contante betaling in de bus is "sociale veiligheid" als doel aangevoerd, waaraan later "veiligheid" werd toegevoegd.

37 ECLI:NL:RBDHA:2020:865, 5 februari 2020.

2.5.2 Zonder individualiteit en individuatie geen democratische rechtsstaat

In paragraaf 2.4.4 heb ik het door Maxim Februari gestelde vooruitzicht van "hyperconnectiviteit" besproken, inclusief het risico dat dit in feite een opheffing met zich mee zou brengen van het vermogen van mensen om zich te ontwikkelen tot individuen met een vrije wil (indivduatie).

Februari zei drie dingen:

- (1) Hij vond dat we niet naïef moeten zijn over de consequenties die de ontwikkeling en inzet van data-systemen met zich meebrengen;
- (2) Hij achtte het onvermijdelijk dat we als gevolg van die ontwikkeling en inzet terecht gaan komen in een situatie van "hyperconnectiviteit", met de kenmerken die ik in paragraaf 2.4.4 heb besproken (het "vervagen van grenzen tussen mens en materie", de "afschaffing van wetten op schrift" en machines die "alle politieke beslissingen" nemen);
- (3) Hij pleitte voor een "volwassen, eenentwintigste eeuws rechtsdenken" dat ons naar een "veilige, volwassen toekomst" brengt.

Die drie dingen gaan niet met elkaar samen. Het is namelijk wel naïef om te denken dat een dergelijke hyperconnectiviteit samen kan gaan met een "volwassen rechtsdenken" of een "veilige, volwassen toekomst". Voor een volwassen rechtsstaat en voor onze veiligheid is het namelijk nodig dat er grenzen worden gesteld aan onze connectiviteit, omdat een volledige connectiviteit ons verhindert om individuen te zijn met een vrije wil.

We bevinden ons op dit moment (anno 2020) in een situatie waarin er op verschillende levensgebieden sprake is van een situatie van wensdenken in de vorm van "*wanting to have one's cake and eat it*" ("de kool en de geit willen sparen"). Veel mensen willen een voortzetting van bepaalde soorten "groei", maar willen niet de consequenties die dat met zich meebrengt.³⁸ Men wil wel elke dag vlees blijven eten en tweemaal per jaar met het vliegtuig op vakantie naar landen op vijf- of tienduizend kilometer afstand, maar men wil geen verwoestende stormen, droogte, hitte stijging van de zeespiegel of een massale toestroom van vluchtelingen. Dat is op zijn best "naïef" te noemen, en op zijn slechtst "kwaadaardig". Het is in ieder geval dom en hypocriet.

Op het gebied van connectiviteit en digitalisering is er op een vergelijkbare manier sprake van wensdenken. Men wil wel alles en iedereen ongelimiteerd met elkaar "verbinden" (waarbij men voor het gemak digitale verbinding over één kam scheert met andersoortige verbinding), maar men wil niet de afschaffing van individualiteit en ook geen afschaffing van de rechtsstaat, of althans geen tirannie zolang men niet zelf een tiran of één van diens hooggeplaatste lakeien kan zijn. Ook dat is op zijn best "naïef" te noemen, en op zijn slechtst "kwaadaardig". Het is in ieder geval hypocriet, en van wie onze kinderen en kleinkinderen een kans wil geven, is het ook dom.

³⁸ De Club van Rome, een gezelschap van zeer gerespecteerde industriëlen en wetenschappers, blijkt alsnog zijn tijd ver vooruit te zijn geweest met het rapport *De grenzen aan de groei* (1972), dat destijds wel veel publiciteit kreeg, maar waar door politici, beleidsmakers en leiders in het bedrijfsleven geen enkele lering uit werd getrokken. En nu, een halve eeuw later, moet Greta Thunberg in essentie diezelfde boodschap uitdragen. Op Wikipedia lees ik nu: "In 2004 werd een geactualiseerde versie van het rapport *De grenzen aan de groei* gepubliceerd. Op 7 mei 2012, in het kader van een achttien maanden durende campagne, stelde de Club in Rotterdam een nieuw werk voor: *A Global Forecast for the Next Forty Years* (Globale prognose voor de komende veertig jaar). Het is geschreven door Jørgen Randers (1945), een Noors wetenschapper die medeauteur was van *De grenzen aan de groei*."

Het functioneren van onze rechtsstaat is afhankelijk van onze individualiteit als rechthebbende subjecten, en van democratische besluitvorming. Die democratische besluitvorming is weer afhankelijk van de fRICTIE tussen de wensen en de opvattingen van een groot aantal verschillende individuen, zoals die zichtbaar wordt in publiek debat tussen individuen met elk een eigen, vrije wil. Als we erin slagen individuen "frictieloos" (wrijvingsloos) met elkaar te "verbinden", dan slagen we erin de democratische rechtsstaat met al zijn *checks and balances* af te schaffen. We zouden er dan in slagen een vorm van schijnbare "harmonie" te creëren, zoals het huidige Chinese regime dat noemt, die de doodsteek zou betekenen voor de beschaving die we sinds het oude Griekenland met vallen en opstaan hebben opgebouwd.³⁹

Het is niet uitgesloten dat er een ander soort menselijke beschaving ontwikkeld kan worden die waardevol is, zonder dat daarvoor individuen of individuatie nodig is. Maar ik heb nog geen enkele geloofwaardige beschrijving of zelfs maar schets daarvan gezien. Ik heb alleen utopische en dystopische beschrijvingen gezien.

Zoals in paragraaf 2.4.4 reeds geciteerd, zei Maxim Februari in zijn lezing: "Als je dan nog een open, rechtvaardige en functionerende samenleving wilt hebben, zul je dus nu moeten beginnen je te realiseren dat je alle waarborgen, alle juridische waarborgen, democratische waarborgen, nieuw zult moeten gaan doordenken."

Dat ben ik volledig met hem eens, maar hij gaat niet ver genoeg. Hij wijst weliswaar terecht op de noodzaak om nu al te beginnen met het doordenken van juridische en democratische waarborgen, maar ten onrechte wijst hij er niet op dat we moeten stoppen met het beschouwen van "hyperconnectiviteit" als onvermijdelijk, voordat we met die vermeende onvermijdelijkheid als excuus de democratische rechtsstaat al stilletjes en op incrementele wijze hebben afgeschaft.

Zolang uw Afdeling nog bestaat en de vrijheid heeft om grenzen te stellen aan de toepassing van technieken, via het stellen van grenzen aan het wegstreken van de verantwoordelijke privacy-toezichthouder, is "hyperconnectiviteit" niet onvermijdelijk. Uw Afdeling verkeert in de positie om de regels en procedures van de democratische rechtsstaat voorop te stellen en op die manier, via de toezichthouder, bij te sturen op welke wijze technieken mogen worden toegepast. Op die manier kunt u uiteindelijk ook invloed uitoefenen op de richting waarin technieken verder ontwikkeld worden. Want als een techniek niet mag worden toegepast, of niet in bepaalde omstandigheden, kan er met die techniek minder geld worden verdiend. Dat zal invloed hebben op de manier waarop onderzoeksgelden worden besteed, en welke technische mogelijkheden nader onderzocht en ontwikkeld zullen worden.

Hyperconnectiviteit, of enige schadelijke vorm van hyperconnectiviteit, is niet onvermijdelijk als iedereen nu zijn verantwoordelijkheid neemt: ik als burger, de AP als toezichthouder en u als rechters.

³⁹ Zie bijvoorbeeld: Kai Strittmatter, *We have been harmonised - Life in China's Surveillance State*, Old Street Publishing, 2019. (*Die Neuerfindung der Diktatur - Wie China den digitalen Überwachungsstaat aufbaut und uns damit herausfordert*. Piper, München 2018). En: Keiko Hirata en Mark Warschauer, *Japan - The Paradox of Harmony*, Yale Univ. Press, 2014.

2.5.3 *Reductio ad machinam* - individualiteit, instrumentalisme en "efficiëntie"

Hiervoor, in paragraaf 2.3, heb ik beargumenteerd dat uw Afdeling, als rechters, in de positie bent om in het onderhavige geval te bepalen wat "een mens" eigenlijk is, en wat een privéleven kan en moet zijn. Het is noodzakelijk die vragen te beantwoorden voordat u tot een afgewogen uitspraak kunt komen over de vraag op welke wijze dat privéleven dan moet worden geëerbiedigd en beschermd.

Het instrumentalisme van data-bazen: de mens als efficiënt inzetbaar middel

Het impliciete uitgangspunt van grote tech-entrepreneurs (de data-bazen van Google, Facebook, Amazon etc.) is dat het beter is om gewone mensen (dat wil zeggen: iedereen behalve de tech-entrepreneurs en hun eigen dierbaren) niet langer als individuen te beschouwen, maar alleen nog als schakels in een groot systeem waarvan de tech-bazen de eigenaars en bestuurders zijn. Dat is de eigenlijke betekenis die zij aan het begrip "connectiviteit" geven.

Zij spreken die opvatting niet publiekelijk uit, integendeel, zij benadrukken publiekelijk de vrijheid van individuele mensen. Maar uit hun handelen blijkt dat zij mensen, *for all practical purposes*, opvatten als systeemonderdelen die door middel van informatiestromen zoveel mogelijk en zo nauwkeurig mogelijk moeten worden aangestuurd. Dat vinden zij "efficiënt", niet met het oog op de doelen die met een democratische rechtsstaat worden nagestreefd, maar met het oog op de heel andersoortige doelen die zij zelf met hun data-bedrijven nastreven, namelijk het vergroten van hun eigen macht (soms benoemd als "marktmacht", "lobbymacht", "technologische macht" en "informatiemacht") en rijkdom.

Eerder, in paragraaf 2.3.2 heb ik gewezen op de historische wortels van de Westerse traditie om mensen op te vatten als machines of systemen die op een deterministische manier aanstuurbaar zijn. Ik heb daarbij ook gewezen op het verband met (sociaal-)darwinistische opvattingen waarin de voortplanting van levende wezens, waaronder mensen, gezien wordt als een overlevingsstrijd waarbij "toevallige" mutaties van organismen tot concurrentievoordelen voor bepaalde soorten leiden, die dan vervolgens overleven ten koste van andere soorten. Op die manier worden ook levende organismen in essentie opgevat als machines of met machines vergelijkbare, willoze "systemen" of "patronen", waarvan de ontwikkelingsgang bepaald wordt door een combinatie van determinisme (in de vorm van mechanistisch opgevatte oorzaken) en "toeval".

Deze mechanistische manier van denken is in de kern niet verenigbaar met geloof in of respect voor menselijke waardigheid, en daardoor ook niet verenigbaar met een democratische rechtsstaat die gebouwd is op de fundamentele gedachte dat elk mens een individueel wezen is met een intrinsieke waarde en waardigheid.

Immers, volgens deze mechanistische manier van denken zou een exacte kopie van een mens, of eigenlijk: een op dezelfde wijze functionerende kopie van een mens, evenveel waard zijn als de oorspronkelijke "versie". Dat het nog niet mogelijk is exacte kopieën (oftewel: "klonen") van mensen te maken, wordt in deze denkwijze opgevat als een technisch probleem, dat door middel van het verwerven van verdere technische kennis en vaardigheid kan worden "opgelost". Op die manier wordt de intrinsieke waarde van elk mens gereduceerd tot niet meer dan de waarde van een middel. Zo'n instrument is niet meer waard dan zijn praktische bruikbaarheid en

inzetbaarheid. Zodra er een vervangend instrument voorhanden is, kan een mens worden geëlimineerd, bijvoorbeeld omdat het vervangende instrument goedkoper is in het gebruik. Zulke uitschakeling van minder functionele of duurdere instrumenten is in die opvatting ook wenselijk, omdat de eliminatie van "suboptimale" middelen bevorderlijk is voor efficiëntie bij het bereiken van de doelen van diegene die het instrument inzet.

Dat diegene die het instrument inzet, ook zelf weer opgevat wordt, en zichzelf opvat, als een systeem dat probeert te overleven, is in die denkwijze geen probleem. Immers, het universum is in die opvatting niet meer dan een geheel van systemen die met elkaar concurreren en die andere systemen proberen te onderwerpen om ze als middel voor het eigen overleven te kunnen inzetten. Het is een Hobbesiaanse oorlog van allen tegen allen, een meedogenloze strijd om de macht met het karakter van een *zero-sum-game*, waarbij het sterkste en slimste systeem wint en alle andere systemen worden uitgeschakeld en geëlimineerd. *The winner takes all*.

Instrumentalistisch wereldbeeld wordt gepropageerd met behulp van mythen

Deze inhumane ideologie waarin alles in essentie wordt gereduceerd tot een overlevingsstrijd tussen machines die vechten om de macht, komt in de kern overeen met de Nazi-ideologie. In die ideologie was weliswaar sprake van een aan het gedachtengoed van Nietzsche ontleende "wil tot macht", maar die "wil" werd opgevat als iets dat inherent is aan superieure mensen, en in die zin dus juist niet door hun wil bepaald. Niet de mens kiest de wil tot macht. Nee, de wil tot macht kiest superieure mensen om zichzelf (dat wil zeggen: die wil) tot uitvoering te brengen. Bijvoorbeeld in de vorm van het uitschakelen en uitroeien van minder superieur geachte mensen of "rassen" van mensen.

Een vergelijkbaar, zeer kwalijk gedachtengoed wordt al vele jaren wereldwijd aan mensen opgedrongen, vooral vanuit de Verenigde Staten, door middel van allerlei propaganda, waaronder populaire actiefilms waarin moorddadige gevechten tussen mythische figuren centraal staan. Bijvoorbeeld *Avengers: Infinity War* (2018), waarin Thanos (de naam verwijst naar het Griekse woord voor "dood") het halve universum vernietigt, en het vervolg daarop, *Avengers: Endgame* (2019), waarin een eindstrijd van allen tegen allen plaatsvindt. Deze keer desintegreert Thanos en blijft Thor over (de naam verwijst naar een god uit de Noorse mythologie). Thor sticht een "Nieuw Asgard", waarover hij "Valkyrie" (ook wel bekend als Brunnhilde of Brynhildr) aanstelt als heerseres. Dat heeft dus veel weg van de mythische, toekomstige eindstrijd uit de Noorse mythologie, Ragnarok, alsmede met de (ook door Nazi's zeer geliefde) mythes over de Nibelungen.

Probleem is wel dat diezelfde Thor, vertolkt door de knappe acteur Chris Hemsworth, zich in hetzelfde "universum" (het zogeheten *Marvel Universe*) al eerder met zo'n eindstrijd bezighield, namelijk in de film *Thor: Ragnarok* (2017). Dit maakt wel duidelijk dat het hier gaat om een zich steeds herhalende fake-"eindstrijd", als een kras op een ouderwetse vinyl-plaat die maar blijft draaien. Met andere woorden: het gaat hier om een doodlopende weg. Als er werkelijk maar één machine of systeem als "overwinnaar" zou overblijven, zou dat het einde van elk verhaal zijn.

Het werkelijke doel van deze films is dan ook niet om de kijkers wijzer te maken over de wereld, maar om ze geboeid te houden in een fascinatie voor een overlevingsstrijd tussen mythische figuren, alsof dat een onvermijdelijke natuurwet is. Tevens wordt hun aandacht daarmee juist afgeleid van de strijd die er in de werkelijke wereld tegen de overgrote meerderheid van mensen wordt gevoerd door kapitalistische machthebbers, waaronder de eerder genoemde tech- en data-

bazen (brood en spelen). Aan de mensen die door deze machthebbers worden uitgebuit, wordt via dit soort films bovendien telkens een mogelijkheid tot verdoving van hun pijn geboden, om ze te pacificeren. Ze worden op deze manier verslaafd gemaakt aan kleine brokjes valse hoop (in de films wordt telkens gepoogd het universum te "redden") en primitieve glimpen van zingeving.

Deze methode om mensen verslaafd te krijgen aan verdovende, verhalende propaganda, is vergelijkbaar met de manier waarop talloze mensen verslaafd worden gemaakt aan pijnstillende "medicijnen" (bijvoorbeeld OxyContin van de firma Purdue). Vooral in de VS werd daarmee aan de reeds decennia durende feitelijke stimulering van drugsgebruik in combinatie met een officiële "War on Drugs" een nieuw hoofdstuk toegevoegd.

Het zou een misvatting zijn om te denken dat die "War on Drugs" mislukt of inefficiënt is. Efficiëntie is altijd gerelateerd aan een nagestreefd doel. Het doel van degenen die de "War on Drugs" in stand houden, is niet om drugsgebruik te verminderen, maar:

- (1) om mensen te misleiden dat de overheid drugsgebruik en verslaving zou willen beëindigen;
- (2) om een mythologie van strijd in stand te houden die de aandacht afleidt van de werkelijke hoofdoorzaak van drugsgebruik en verslaving - namelijk de stress, veroorzaakt door de onderdrukking en uitbuiting van het overgrote deel van de bevolking, om al die mensen onderworpen te houden aan de machtsstructuren waarmee een kleine elite van private en publieke machthebbers zijn bevoorrechte positie in stand houdt.
- (3) om door middel van die mythologie van strijd het beeld dat mensen van de reële wereld hebben, te vervormen, zodat ze de wandaden die door de machthebbers routineus tegen hen gepleegd worden, als natuurlijk en onvermijdelijk ervaren, omdat die onderdeel vormen van een gepercipieerde natuurlijke wereld van gewetenloze strijd om de macht.

Op dezelfde manier zou het een misvatting zijn om te denken dat films zoals *Thor: Ragnarok* of *Avengers: Infinity War* van slechte kwaliteit zijn. Dat zou alleen het geval zijn als het doel van die films was om mensen voedsel voor reflectie te geven, of hen wijzer te maken over de reële wereld. Maar het werkelijke doel van die films is propagandistisch, namelijk om bij een grote meerderheid van de mensen een mythisch wereldbeeld in stand te houden door middel waarvan zij makkelijker onderdrukt en uitgebuit kunnen worden: opium voor het volk.

De mythe van een digitale "connectiviteit" die altijd in ieders belang zou zijn, gekoppeld aan de mythe van de onvermijdelijkheid van "hyperconnectiviteit", is het volgende hoofdstuk in de propaganda-oorlog die al sinds de Tweede Wereldoorlog, en vooral sinds de jaren tachtig van de twintigste eeuw, in toenemende mate door industriële, financiële en tech-machthebbers en hun dienaren in schijnbare "overheidsdienst" wordt gevoerd om hun positie ten opzichte van het gewone volk te versterken en hun macht steeds verder uit te bouwen. Zoals één van de rijkste mensen ter wereld, Warren Buffet, in 2006 al zei: "*There's class warfare, all right, but it's my class, the rich class, that's making war, and we're winning.*" In de eerder genoemde motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger-beroepschrift d.d. 9 oktober 2019, verwees ik al naar een andere miljardair, Peter Thiel, die het standpunt heeft verkondigd dat kapitalisme prioriteit moet krijgen boven democratie.

Een dergelijke ontwikkeling valt alleen te rechtvaardigen in de ogen van iemand die een "ethiek" aanhangt waarin het recht van de sterkste centraal staat. Bijvoorbeeld de hier beschreven ideologie van determinisme, sociaal-darwinisme, *reductio ad machinam*, en instrumentalisme.

Verhouding tussen rechtsstaat, individualiteit en instrumentalisme

De vraag is hoe de rechtsstaat zich verhoudt tot de genoemde ambities en opvattingen van tech- en data-bazen. Nu het duidelijk is dat uw Afdeling in de praktijk een aanzienlijke keuzevrijheid heeft om te bepalen welke inhoud u geeft aan de (door de wet niet nauwkeurig gedefinieerde) begrippen "mens" en "privéleven", is het de vraag wat in uw ogen wenselijk en toelaatbaar is met het oog op het behoud van onze rechtsstaat:

- (1) Is het wenselijk en noodzakelijk om mensen op te vatten als zelfstandige individuen met een vrije wil, die daarmee in volledige vrijheid vorm mogen geven aan hun eigen privéleven (mits zij anderen daarmee niet op een onrechtmatige manier schaden)?
- (2) Of is het wenselijker, en ook toelaatbaar, om mensen op te vatten als systeemonderdelen die slechts beschikken over een module genaamd "illusie van vrije wil ter facilitering van de uitvoering van ofwel genetisch en door ervaringen bepaalde, ofwel kunstmatig geïntroduceerde beslis-algoritmes", zodat overheden en bedrijven, met het oog op overheidsdoelen en commerciële doelen, deze systeemonderdelen zo efficiënt en nauwkeurig mogelijk kunnen aansturen als instrumenten voor het bereiken van die doelen?

Mijns inziens kiezen rechters met antwoord (1) voor het behoud van onze rechtsstaat, en met antwoord (2) voor de afschaffing van onze rechtsstaat. Want wanneer mensen in de praktijk nog slechts beschouwd en behandeld worden als manipuleerbare systeemonderdelen, dan worden hun grondrechten gereduceerd tot formele regels die van buitenaf op hen worden toegepast, en zijn dan dus niet langer rechten die zij zelf kunnen uitoefenen.

Niet-weten kan efficiënt zijn

In de eerder genoemde televisieserie *Äkte människor* (Real Humans) wordt op een gegeven moment een geniale ontwerper van kunstmatige intelligentie aan het werk gezet om de verloren code die deze intelligentie mogelijk maakt, te reconstrueren.⁴⁰ Tijdens het schrijven van de code ontstaat tussen de geniale ontwerper en diens tech-baas de volgende conversatie:

- Ontwerper: Moet je dit zien... Hier zet ik de doodsdrift tegenover de drang tot zelfbehoud. Vrij interessante keuze, hè?
- Tech-baas: Hoeveel doodsdrift geef je vergeleken met zelfbehoud?
- Ontwerper: Wat denk je?
- Tech-baas: Evenveel.
- Ontwerper: Als ik dat doe, zijn beide even goed.
- Tech-baas: Dan geef je toch meer van het ene.
- Ontwerper: Van welke wil je dan meer?
- Tech-baas: De drang tot zelfbehoud.
- Ontwerper: Waarom?
- Tech-baas: Als ik mocht kiezen...
- Ontwerper: Daar. Daar zit nu precies de fout in je redenering. Als jij mocht kiezen, heeft hij geen vrije wil. Dan vernietig je in principe de code.

⁴⁰ *Real Humans*, seizoen 2, aflevering 8. Om precies te zijn gaat het om een digitale kloon van de inhoud van het brein van de inmiddels overleden geniale ontwerper, die is overgezet naar nieuwe hardware (een fysiek robot-lichaam).

Tech-baas: Maar als evenveel niet kan, èn meer van het één dan het andere kan ook niet, wat dan wel?

Ontwerper: Het vermogen om zelf driften te ontwikkelen op basis van externe stimuli.

Wat deze conversatie illustreert, is dat het met het oog op het bereiken van bepaalde doelen soms efficiënter is om niet te proberen alles te weten of alles te beheersen. De tech-baas in deze scene wil zo efficiënt mogelijk iets bereiken, namelijk het produceren van de beste kunstmatige intelligentie. Hij vergeet dat maximale efficiëntie niet altijd gebaat is bij maximale controle - in ieder geval niet als het gaat om complexe doelen.

Optimaal functionerend openbaar vervoer is zo'n complex doel. En zelfs de subdoelen ervan, zoals optimale reistijden, optimaal reizigerscomfort, optimale reizigerstevredenheid, optimale veiligheid, optimale kosten-baten-verhouding en optimale kostenbeheersing, zijn in de praktijk zeer complex.

Om deze doelen zo efficiënt en effectief mogelijk na te streven, is het onder andere nodig om de menselijke actoren in het openbaar vervoer enige vrije handelingsruimte te laten - zowel het OV-personeel als de OV-reizigers. En om in de bedrijfsprocessen een voldoende grote rol voor creatieve mensen in te bouwen. Het denken van de beslissers in het OV, zowel bij de overheden die beleid maken en concessies verlenen, als bij de vervoerbedrijven, lijkt echter gericht op zoveel mogelijk beheersing en controle op alles en iedereen, door middel van digitale systemen in combinatie met fysieke maatregelen (hekken, poortjes etc.).

De individualiteit van OV-personeel en OV-reizigers wordt op die manier niet zoveel mogelijk gekoesterd en benut, maar zoveel mogelijk onderdrukt. Uiteindelijk leidt dat niet tot een zo goed en efficiënt mogelijk OV, maar tot een onnodig rigide en kwetsbaar OV, dat voor de reizigers minder waarde oplevert als het gaat om gemiddelde reissnelheid, reisgemak en reisplezier.

Efficiëntie met het oog op schijndoelen

Zodra data-machthebbers gaan beweren dat de met hun data-systemen geproduceerde, digitale "connectiviteit" en de daarmee georganiseerde privacy-inbreuken "helpen" om mensen uit hun sociale isolement te halen, worden in ieder geval drie vragen relevant:

- (1) Is dat het werkelijke doel van de data-machthebbers, of hebben die in werkelijkheid een andere agenda?
- (2) In hoeverre is "connectiviteit" nodig om als individu echt mens te kunnen zijn en als mens goed te kunnen leven in contact met andere mensen en met de natuur?
- (3) Welk soort connectiviteit is daar dan voor nodig?

Ad (1): De gang van zaken tot dusverre heeft laten zien dat het helpen van mensen om uit sociaal isolement te komen, niet behoort tot de doelen waar data-machthebbers een substantieel belang aan hechten. Voor hen is een eventuele bijdrage van data-systemen aan sociale verbinding a) een propagandistisch verkoopargument; b) een ongewenst bij-effect, omdat werkelijke sociale verbinding mensen juist minder afhankelijk maakt van data-systemen.

In mijn eigen woonplaats Arnhem heb ik gezien dat de gemeente lange tijd een beleid voerde waarbij a) Arnhem publicitair gepromoot werd als "groenste stad van Nederland"; en b) er veel bomen onnodig werden gekapt of niet herplant, met het oog op gewenste kostenbesparingen. Incongruentie tussen retoriek over doelen en werkelijke doelen komt veel voor.

Ad (2) en (3): Connectiviteit is echt nodig om als mens goed te kunnen leven, maar daarbij gaat het niet om digitale "connectiviteit", maar juist om analoge vormen van connectiviteit: oogcontact, met elkaar praten, elkaar aanraken, frisse lucht ruiken, de wind en de zon in je gezicht voelen.

Data-machthebbers zijn er reeds in geslaagd om een heleboel sociaal verkeer tussen mensen via hun data-systemen (eufemistisch "sociale media" genoemd) te laten verlopen, waardoor de mogelijkheden om zonder tussenkomst van die data-systemen nieuwe sociale contacten op te doen, voor veel mensen relatief of zelfs in absolute zin kleiner is geworden. Maar dat maakt digitale connectiviteit niet opeens "nodig". Ik zal dat illustreren aan de hand van een denkvoorbeeld:

Stel dat het, in een tijd voordat er internet bestond, een rijke pooier gelukt was om in een bepaalde stad, dankzij goede contacten met de burgemeester en andere sleutelfiguren, alle café's en kroegen in handen te krijgen, door ze op te kopen en andere horeca-ondernemers weg te concurreren met lage prijzen en een "passepartout" voor bezoekers van de eigen horeca-zaken. En stel dat die pooier al zijn eigen horeca-gelegenheden had veranderd in bordelen waar iedere bezoeker verplicht werd om bij binnenkomst een garderobemuntje in de BH of het slipje te stoppen van een schaars geklede gastvrouw of gastheer, die hem/haar dan even intiem aanraakt.

Zou daarmee dan een "noodzaak" zijn aangetoond om bij het leggen van sociale contacten garderobemuntjes in andermans ondergoed te stoppen of meteen intiem te worden aangeraakt? Nee, natuurlijk niet. Of zou daarmee dan aannemelijk zijn gemaakt dat het bij het leggen van sociale contacten "helpt" om garderobemuntjes in andermans ondergoed te stoppen? Nee, natuurlijk ook niet. Maar in de praktijk zou iedereen die in die stad nog naar een café of kroeg wilde gaan, dat toch wel doen, en dat ook als "nodig" ervaren omdat het anders niet of nauwelijks meer mogelijk was om als individu efficiënt nieuwe sociale contacten te leggen.

Dit maakt duidelijk dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds een objectiveerbare noodzaak vanuit het perspectief van een rechtsstaat (zo'n noodzaak was er niet in het voorbeeld met die pooier), en anderzijds een individueel ervaren, praktische noodzaak, zoals die er voor individuele mensen in het voorbeeld met die pooier/horeca-baas wél was, omdat die horeca-baas nu eenmaal de macht in handen had weten te krijgen.

Ik wil aan uw Afdeling vragen om naar het verschijnsel "digitale connectiviteit" en de vermeende "efficiëntie" daarvan te kijken vanuit het perspectief van een rechtsstaat, en niet vanuit het perspectief van een individuele burger die zich afhankelijk voelt van een pooier/horeca-baas die zich inmiddels veel marktmacht heeft weten te verwerven en wordt gesteund door een dubieuze burgemeester en diens kornuiten.

Efficiëntie met het oog op legitieme doelen

Als het gaat om de vermeende efficiëntievoordeel van digitale connectiviteit voor doelen die op zichzelf *in abstracto* (in hun algemeenheid) als legitiem kunnen worden beschouwd, zoals bijv. "fraudepreventie" of "veiligheid", dan vallen er enkele veelvoorkomende manco's op in de redeneringen van diegenen die privacy-inbreuken willen rechtvaardigen op grond van het nut van meer "connectiviteit":

(1) De legitieme doelen worden in algemene termen beschreven, en dat wordt door de voorstanders van privacy-inbreuken dan voldoende geacht om privacy in concrete gevallen aan te mogen tasten, zonder dat duidelijk wordt waarom de algemene wenselijkheid van het doel een noodzaak voor, of wenselijkheid van privacy-inbreuk met zich mee zou brengen in het betreffende, concrete geval.

De generieke afschaffing van contante betalingen in alle Nederlandse bussen is daar een voorbeeld van. Op zichzelf beschouwd zijn "sociale veiligheid" of "veiligheid" (het wisselt welk van de twee doelen door vervoerbedrijf Connexxion en de AP als rechtvaardiging wordt aangevoerd) allebei legitieme doelen, die op enige wijze mogen worden nagestreefd. Maar zonder concretisering van zowel zo'n algemeen geformuleerd doel als van de feiten van een specifieke situatie waarin dat doel wordt nagestreefd, is zo'n doel niet meer dan een containerbegrip, en kan het als vlag op willekeurig welke privacy-aantasting dan ook worden geplant, om die zogenaamd te rechtvaardigen en er quasi een wettelijke grondslag voor te creëren. Op die manier kan een op zichzelf legitiem doel worden misbruikt als vrijbrief voor willekeur bij inbreuken op de privacy.

(2) Een tweede, veel voorkomend manco bij redeneringen over "efficiëntie" bij het nastreven van legitieme doelen, is de stilzwijgende aanname dat privacy (eerbiediging van de privé-sfeer en het privéleven van mensen) niet van waarde zou zijn. De waarde van privacy wordt dan niet expliciet ontkend (aan lippendienst is geen gebrek: "Wij nemen privacy zeer serieus!"), maar er wordt in het kader van de afweging over gezwegen, terwijl er over de voordelen van meer "efficiëntie" in dat kader juist wordt gejubeld. Daarmee wordt stilzwijgend (impliciet) de indruk gewekt dat het niet nodig zou zijn een echte afweging te maken tussen de voordelen die meer efficiëntie biedt, en de nadelen die meer efficiëntie meebrengt voor de privacy. Dit is een vorm van externalisering van kosten: de meerwaarde die "efficiëntie" oplevert, wordt meegerekend, maar de kosten op het gebied van privacy worden in de praktijk buiten beschouwing gelaten of gebagatelliseerd.

In Nederland kwamen de autoriteiten enkele jaren geleden terug op de voorbarige invoering van digitale stemautomaten bij verkiezingen, omdat de integriteit van het stemproces met die automaten op dat moment niet voldoende viel te waarborgen (het risico van fouten en hacking of fraude was te groot). Men keerde terug naar analoge stemmen (met papier en potlood). Op dat moment gaven de autoriteiten dus terecht prioriteit aan de integriteit van het stemproces boven het vermeende gemak en de vermeende "efficiëntie" van digitalisering van een deel van dat proces. De reden daarvoor was dat de Nederlandse autoriteiten de waarde onderkenden van de integriteit van het stemproces. Het ging toen om de waarde voor de legitimiteit van de gekozen volksvertegenwoordigers en daarmee de legitimiteit van het Nederlandse bestuursapparaat. Maar als het gaat om de integriteit van het privéleven van alle Nederlandse burgers, dan wordt dat door de Nederlandse autoriteiten opeens een stuk minder waard geacht.

Speciale aandacht verdient hierbij het gemis aan erkenning (in de praktijk, bij het maken van afwegingen ten behoeve van besluitvorming) van ons collectieve belang bij ieders individuele privacy, terwijl ons vermeende collectieve belang bij meer "efficiëntie" juist wordt benadrukt.

(3) Meer fundamenteel is de miskennis van het feit dat privacy een grondrecht is. "Efficiëntie", bijvoorbeeld in de vorm van kostenbesparing, mag nooit dienen als een argument om een grondrecht opzij te schuiven. Kenmerk van een grondrecht is nu juist dat het niet te koop is. Efficiëntie mag worden nagestreefd binnen het kader van grondrechten, niet ten koste daarvan.

(4) Een vierde manco in redeneringen waarin wordt gepleit voor "digitalisering" en digitale "connectiviteit" omwille van efficiëntie bij het nastreven van op zichzelf legitieme doelen, is dat menselijke intelligentie als hulpbron die voorhanden is, uit de afwegingen en de berekeningen wordt weggelaten. Ten onrechte wordt het onbenut laten van menselijk potentieel niet als kostenpost meegerekend, terwijl dat toch een uitermate relevante factor is bij een reële weging van de efficiëntie van een maatregel.

Ook worden win-win-effecten van de inzet van mensen voor bepaalde taken ten onrechte vaak buiten beschouwing gelaten bij het najagen van digitaliseringsambities. Een voorbeeld: menselijke conducteurs in de trein dragen niet alleen bij aan "fraudepreventie", maar ook aan "sociale veiligheid" in de trein, en aan een positieve reisbeleving van OV-reizigers. Bovendien kunnen menselijke conducteurs in geval van calamiteiten (aanrijding) of storingen met hun aanwezigheid (hun "analoge connectiviteit") mensen geruststellen op een manier die een omgeroepen luidsprekerbericht (gesteld dat dat systeem nog werkt) nooit kan evenaren.

(5) Ten vijfde wordt bij digitaliseringsprojecten vaak een groot deel van de kosten en frictie van digitalisering niet meegerekend in de afweging of de betreffende digitalisering "efficiënt" is. Kosten in termen van geld worden weggeschreven naar budgetten die op het eerste gezicht niet direct iets met digitalisering te maken hebben. Soms worden dergelijke kosten indirect gesubsidieerd door overheden. Van dit laatste is de website "Ervaar het OV" een voorbeeld, waarop een project wordt gepromoot om ouderen te ondersteunen bij het gebruik van het OV-chipkaart-systeem.⁴¹

Een ander voorbeeld zijn de menselijke bewakers bij de toegangspoortjes van het digitale OV-chipkaart-systeem op vele grote stations, die erop toezien dat niemand zonder "in te checken" (of "uit te checken") door de poortjes glipt - zoals ik zelf vele malen heb kunnen waarnemen, en ook zelf heb ervaren toen een kind dat ik begeleidde tijdens een overstap naar een WC moest die zich buiten het met poortjes afgesloten stationsgebied bevond, en het railrunnerkaartje even niet kon terugvinden. We werden "betrap" toen ik het kind snel even door zo'n poortje probeerde te loodsen. Daarop volgde een allerminst "efficiënt" gesprek met het bewakingspersoneel (dat overigens vriendelijk en begripvol was, maar er wel de tijd voor nam). Op welke budgetten werden en worden dat soort personeelskosten geboekt? Op welke budgetten worden de kosten geboekt van allerlei andere personele, fysieke en digitale voorzieningen die nodig zijn voor het functioneren van het OV-chipkaart-systeem?

Het voorafgaande is niet meer dan een korte schets, een indicatie van de vragen die er kunnen worden gesteld bij het idee dat digitalisering altijd "efficiëntie" zou opleveren, en het idee dat deze vermeende "efficiëntie-winst" een rechtvaardiging zou zijn voor inbreuken op een grondrecht zoals privacy, dat dan wordt genegeerd of wordt afgedaan als onvermijdelijke *collateral damage*.

In de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn eerdergenoemde hoger-beroepschrift d.d. 9 oktober 2019, heb ik eveneens aandacht besteed aan het vraagstuk van "efficiëntie" als vermeende rechtvaardiging voor privacy-inbreuken.

41 Zie bijv. Berendien Tetelepta, "Snap jij niks van reizen met het openbaar vervoer? Daar kun je in Arnhem nu les in krijgen", in: *De Gelderlander*, 3 maart 2020. Bron: <https://www.gelderlander.nl/arnhem/snap-jij-niks-van-reizen-met-het-openbaar-vervoer-daar-kun-je-in-arnhem-nu-les-in-krijgen~a7686c4d/> (geraadpleegd: 4 maart 2020). En ook: <https://www.ervaarhetov.nl/proefreis/> (geraadpleegd: 4 maart 2020) - tevens toegevoegd als bijlage.

2.5.4 "Vertrouwen" in en "harmonie" met anderen buiten de privé-sfeer

In paragraaf 2.4.3 beschreef ik mijn gedachtenwisseling met een deskundige over het onderwerp "controleerbaarheid" in relatie tot de wenselijkheid van effectieve zeggenschap van mensen over hun eigen persoonsgegevens. In dat verband moet nog aandacht worden besteed aan twee extra vragen:

- Hoeveel vertrouwen hebben mensen in bepaalde verwerkingsverantwoordelijken;
- Hoe betrouwbaar zijn bepaalde verwerkingsverantwoordelijken, met andere woorden: hoeveel vertrouwen verdienen zij?

Zoals Maxim Februari in zijn (in paragrafen 2.4.3 en 2.4.4) besproken lezing terecht aangaf, hebben we tegenwoordig in Nederland en andere landen te maken met overheden en andere grote organisaties (bijv. banken, verzekeraars, vervoerbedrijven) die enerzijds een groot wantrouwen in burgers tonen en hen steeds gedetailleerder willen controleren, maar die anderzijds van burgers verwachten dat die de betreffende organisaties juist wel "vertrouwen" en daarom hun persoonsgegevens aan die organisaties ter beschikking stellen. In een artikel op 5 februari 2020 schreef *De Correspondent* hierover:

‘De paradox van de openheid’, noemde Februari het. De overheid weet alles van ons, wij weten niets van de overheid. Rond SyRI is belachelijk weinig bekend. Welke data worden gebruikt, van wie, op welke manier ze verwerkt worden... ‘De overheid hecht aan haar privacy’, merkte hij droogjes op. De samenleving wordt langzamerhand een verhoorkamer met een observatiespiegel, wil hij maar zeggen.⁴²

- Als het om vertrouwen gaat, dan moet allereerst worden geconstateerd dat vertrouwen moet worden verdiend. "Vertrouwen" dat wordt opgeëist en vervolgens onder druk of dwang wordt "gegeven", is geen echt vertrouwen, maar een vorm van gehoorzaamheid inclusief gehoorzaamheid aan een taboe - namelijk een verplicht stilzwijgen over het feit dat het vertrouwen niet werkelijk vrijwillig is gegeven. Het gaat dan dus om pseudo-vertrouwen.

Soms wordt dat pseudo-vertrouwen door degene van wie het wordt afgedwongen, zodanig geïnternaliseerd dat er een vorm van Stockholm-syndroom ontstaat: de betrokkene gaat dan zelf geloven dat hij de organisatie die zijn vertrouwen heeft gekaapt, ècht vertrouwt, en is zich niet langer bewust van zijn eigen onderliggende angst die hem ertoe heeft gebracht om dat zogenaamde "vertrouwen" te tonen. Er is dan sprake van regressie in de individuatie, veroorzaakt door een behoefte van de betrokkene om minder te lijden onder cognitieve dissonantie.

Het probleem van onder druk gegeven quasi-vertrouwen doet zich niet alleen voor in autoritair geregeerde landen, zoals China onder het regime van Xi Jinping, waar "burgers" (d.w.z. onderdanen) verplicht zijn vertrouwen te tonen in "het denken van Xi Jinping" en de door het regime beoogde "harmonie". Ironischerwijze doen zich in bijvoorbeeld Noordse landen waar traditioneel sprake is van een hoog vertrouwen in democratie en een integere overheid

⁴² Sanne Blauw, "Overall ter wereld misbruiken staten persoonsgegevens. In Nederland steekt de rechter daar nu een stokje voor", in: *De Correspondent*, 5 februari 2020, https://decorrespondent.nl/10943/overall-ter-wereld-misbruiken-staten-persoonsgegevens-in-nederland-steekt-de-rechter-daar-nu-een-stokje-voor/5501569481804-8becf90f?mc_cid=4bcb5f56b3&mc_eid=fb63456c3a (geraadpleegd: 21 februari 2020). Februari verwees in dit verband ook naar het boek *The Black Box Society* van Frank Pascale, waarin die spreekt van een "one-way mirror".

(Denemarken, Noorwegen, Zweden, Finland), ook vormen van sociale druk voor om zonder feitelijke basis "vertrouwen" te tonen in allerlei arrangementen met betrekking tot het verwerken van persoonsgegevens. Het moet immers wel goed zitten, want "in ons land zijn die dingen goed geregeld. Wij kunnen op onze overheid / onze banken / etc. vertrouwen". Recente corruptie- en witwasschandalen (bv. Danske Bank) hebben onder "weldenkende" delen van de bevolking nog geen grote verandering kunnen brengen in die attitude. Wel zijn er in die vier Noordse landen inmiddels "populistische" partijen opgekomen die er deels anders in staan.

• Ten tweede moet er worden geconstateerd dat als het gaat om echt vertrouwen, dit "te voet komt en te paard gaat", zoals het spreekwoord zegt. Het duurt lang om het op te bouwen, en het verdwijnt snel als het één of enkele keren wordt beschaamd.

Als we kijken naar de manier waarop overheden en bedrijven tot nu toe zijn omgegaan met persoonsgegevens die wij hen hebben toevertrouwd, dan is er een grote dosis naïviteit nodig, of een flink Stockholm-syndroom, om nog enig vertrouwen te hebben in de manier waarop zij feitelijk met de verzamelde persoonsgegevens omgaan.

Zoals ik in verschillende juridische procedures al heb gememoreerd, gaat er telkens wat mis met persoonsgegevens van onschuldige burgers die in data-systemen worden bewaard, als gevolg van:

- Ontwerpfouten in het systeem (onvoorziene omstandigheden; digitale systemen zijn tegenwoordig zo complex dat geen enkele persoon hun werking meer volledig overziet, en bij de bouw/het ontwerp ervan wordt er bijna altijd ad hoc aan geknutseld);
- Meta-ontwerpfouten in het systeem (het ontbreken van voldoende en voldoende tijdige mogelijkheden voor menselijke interventie in onvoorziene omstandigheden waar het "technische" - d.w.z. niet-menselijke - deel van het systeem niet op is voorzien);
- Bona fide menselijke fouten (bv. slordigheid) bij het gebruik van het systeem;
- Misbruik van data door personen met legitieme toegang tot het systeem;
- Hacking van het systeem door kwaadwillenden;
- Interventies van externe autoriteiten die hun bevoegdheden wat ruim opvatten en daarin worden gehoorzaamd (bijv. opsporings- of inlichtingendiensten);
- Disfunctioneren van gekoppelde systemen (bijv. van "verwerkers" of "partners");
- *Function creep* (gebruik van de gegevens voor andere doelen dan waarvoor ze oorspronkelijk werden verzameld);
- Geheimhouding van *function creep* door de verwerkingsverantwoordelijke en diens partners, zoals bijvoorbeeld in het geval van het OV-chipkaart-systeem jarenlang heeft plaatsgevonden.

Gezien al deze risico's, die de afgelopen tien jaar keer op keer bewaarheid zijn, is een grote scepsis ten aanzien van elke verwerking van persoonsgegevens op dit moment niet alleen gerechtvaardigd, maar zelfs een *must* voor iedereen die privacy-bescherming serieus wil nemen. En dan niet in de zin van de bezweringsformule "Wij nemen uw privacy zeer serieus" die standaard in privacy-verklaringen staat van allerlei organisaties die nog nooit grondig over privacy of data-ethiek hebben nagedacht. Als uw Afdeling privacy wel serieus neemt, gaat u uit van de feiten met betrekking tot persoonsgegevens in de afgelopen jaren, en, in het licht van die feiten, ook van de vereiste toepassing van het voorzorgsbeginsel. Anders is er, gezien de feitelijke omstandigheden, geen sprake van het wettelijk en verdragsrechtelijk vereiste, hoge beschermingsniveau.

2.5.5 Technische connectiviteit als argument voor het afschaffen van rechtstatelijkheid

In het artikel "De tragedie van het privacy-toezicht" in de Groene Amsterdammer van 17 januari 2019, wordt geciteerd wat de AP antwoordt op de vraag waarom AP in verschillende, door mij geïnitieerde zaken weigerde handhavend op te treden. De AP verklaarde dit als volgt:

Wij staan technologische ontwikkelingen niet in de weg.⁴³

Waarom de AP technologische ontwikkelingen in de weg zou staan als zij haar wettelijke taak correct zou uitvoeren door de privacy adequaat te handhaven, verklaart de AP in het artikel niet. Maar deze uitlating illustreert wel dat voorstanders van privacy-inbreuken, en hun schoothondjes (waaronder de AP en, blijkens haar uitspraken op 5 september 2019 en 4 februari 2020, ook de Rechtbank Gelderland), technologische ontwikkelingen beschouwen als iets dat bepaalt of het grondrecht op privacy in de praktijk nog geldt, of niet.

Als gevolg van snelle technologische ontwikkelingen is het tegenwoordig mogelijk steeds meer digitale systemen waarmee data worden verwerkt, aan elkaar te koppelen, of met andere woorden: aan elkaar te "verbinden". Dit feit wordt indirect steeds vaker als argument gebruikt om rechtstatelijke normen op het gebied van privacy-bescherming te negeren, en daarmee de rechtstatelijkheid van ons bestuur en onze rechtspraak in de praktijk af te schaffen.

Een voorbeeld daarvan gaf de advocaat van de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op 4 september 2017 ter zitting van uw Afdeling, toen zij stelde: "Digitalisering is een gegeven." Dit moest als argument dienen om niet-digitale alternatieven voor het OV-chipkaart-systeem buiten beschouwing te mogen laten, in strijd met het subsidiariteitsbeginsel zoals dat destijds in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) was opgenomen, en thans nog steeds te vinden is in de Algemene Verordening Gegevensverwerking (AVG).

Ik bracht daar tegenin dat digitale technologie een instrument vormt dat alleen mag worden ingezet binnen de grenzen die geldende regelgeving stelt. Die regelgeving is, juridisch gezien, het "gegeven". De digitale technologie is iets waarvoor mensen uit vrije wil kunnen kiezen, maar niet hoeven te kiezen. En waarvoor ze alleen mogen kiezen als de regels dat toestaan. Het subsidiariteitsbeginsel vereist dat, zolang een digitale technologie minder privacy biedt dan een analoge technologie waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt, er door mensen wordt gekozen voor de beschikbare analoge technologie.

Voorstanders van het gebruik van digitale technologieën betogen in reactie daarop vaak dat er met digitale technologieën nieuwe doelen kunnen worden nagestreefd op een manier die volgens hen "nodig" zou zijn, waarbij die noodzaak vaak niet beter onderbouwd wordt dan door te zeggen dat het dankzij die nieuwe technologieën nu "kan", waarbij er stilzwijgend van wordt uitgegaan dat omdat iets "kan", het daarom ook "nodig" zou zijn.

Dat is onjuist. Keer op keer heb ik aangevoerd dat een mogelijkheid niet hetzelfde is als een noodzaak. In de praktijk heb ik de afgelopen vijf jaar gezien dat zowel de privacy-toezichthouder

⁴³ Belia Heilbron en Emy Koopman, De tragedie van het privacytoezicht - De Autoriteit Persoonsgegevens is nog altijd onvolwassen", in: *De Groene Amsterdammer*, 17 januari 2019, pag. 40. (Op 16 januari 2019 digitaal gepubliceerd:)

(de AP) als lagere rechters impliciet de dwaalredenering volgen dat iets "nodig" is omdat het technisch mogelijk is. De mogelijkheid van "connectiviteit" (gezien als het gemak waarmee technische verbindingen tussen data-systemen kunnen worden gelegd) wordt zo ingezet om rechtsregels buiten werking te stellen.

Hoewel het op zich niet moeilijk is om te onderbouwen waarom het logisch en juridisch onjuist is om de mogelijkheid van dit soort "connectiviteit" gelijk te stellen aan de noodzaak daarvan, is er in de praktijk sprake van een maatschappelijke en juridische dynamiek waarin een dergelijke, redelijke argumentatie niet wordt gehoord, maar resoluut terzijde wordt geschoven - ook door de privacy-toezichthouder en lagere rechters.

Dit was voor mij de aanleiding om het concept en het verschijnsel van "connectiviteit" in dit hoger beroepschrift nader te beschouwen. En om dat niet alleen te doen vanuit een strikt juridische rationaliteit ("Wat zeggen wet- en regelgeving en jurisprudentie?"), maar ook in een breder verband, waarin de consequenties van het omzeilen of perverteren van de juridische rationaliteit worden besproken. Immers, nu de privacy-toezichthouder en de lagere rechter die juridische rationaliteit menen te moeten omzeilen of te perverteren (ook al zullen zij dat niet openlijk toegeven), en uw Afdeling ongetwijfeld onder druk staat om hetzelfde te doen, is het belangrijk om deze gang van zaken expliciet te benoemen en te problematiseren. Op die manier wordt voorkomen dat men achteraf al te makkelijk kan zeggen: "Wij hebben het niet geweten."

2.6 Een weg vooruit - hoe de democratische rechtsstaat als brug kan en moet dienen

In de loop der tijd verandert alles - *panta rhei* - en dat geldt ongetwijfeld ook voor onze menselijkheid en onze democratische rechtsstaat. Als dat is wat Maxim Februari in zijn eerdergenoemde lezing eigenlijk wilde zeggen met zijn opmerkingen over de toekomst waar we op afstevenen, dan ben ik het op dat punt met hem eens.

Maar dat is geen goede reden om allerlei waarden, alsmede de rechtsregels en instituties waardoor die waarden (zouden moeten) worden beschermd, dan nu alvast maar overboord te zetten voordat er een alternatief is gevonden dat evenveel recht doet aan onze menselijkheid.

In de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn eerdergenoemde hoger beroep d.d. 9 oktober 2019 heb ik mijn brief d.d. 21 april 2019 aan S. Zuboff geciteerd, waarin ik betoog dat analoge voorzieningen die bepaalde waarborgen bieden op het gebied van privacy, in ieder geval moeten worden gehandhaafd zolang er geen digitale voorzieningen zijn die een even hoge mate van privacy-bescherming bieden.⁴⁴

Op een vergelijkbare manier wil ik naar voren brengen dat de democratische rechtsstaat en de huidige spelregels daarvan niet (formeel of informeel) mogen worden afgeschaft voordat er een alternatief voorhanden is dat ten minste dezelfde waarborgen biedt op het gebied van rechtsbescherming, inclusief rechtsbescherming op het gebied van privacy. Het voorlopige behoud van de rechtsstaat kan op die manier als brug dienen naar een menswaardige toekomst.

Privacy en connectiviteit als sociaal-psychologische problematiek

Het gaat bij privacy en "connectiviteit" in de kern niet om een technische problematiek, en ook niet om een economische problematiek, maar om een sociaal-psychologische problematiek, dat wil zeggen een ontwikkelingsproces in de samenleving waarbij mensen, inclusief toezichhouders en rechters, keuzes maken met betrekking tot de toepassing van technieken en de spelregels die daarbij wel of juist niet in acht worden genomen. Zij worden daarbij gemotiveerd door een sociaal-psychologische belevingswereld, die zij in meer of mindere mate delen met andere mensen.

Andere juridische casussen waarbij vergelijkbare sociaal-psychologische problematiek aan de orde was, waren in het verleden rechtszaken met betrekking tot abortus, euthanasie, discriminatie op het gebied van seksuele identiteit, het milieu (bijv. de "Urgenda"-zaak en de "PAS"-zaak) en zeer recent de "SyRI"-zaak, waarin het onder andere ging over privacy en discriminatie op grond van sociaal-economische status en etniciteit.

In al die zaken speelde, hoewel het soms wellicht niet expliciet werd benoemd in de rechterlijke uitspraken, de vraag mee naar de invloed van technieken op sociale relaties en psychologische gesteldheden, en de invloed van sociale relaties en psychologische gesteldheden op het toegestane gebruik van technieken.

⁴⁴ Michiel Jonker, motivering d.d. 29 oktober 2019 van hoger beroep d.d. 9 oktober 2019 inzake OV-chipkaart, paragraaf 4.10.1 (pag. 104). Daar schrijft ik: "I am convinced that the only way to defend digital rights effectively, is to retain the alternative of non-digital (or pre-digital) modes of life as a frame of reference that shows what is possible and what should be aimed at (as a norm for privacy). Such a frame of reference can only retain its influence if citizens retain their right to non-digital alternatives in cases where there exists no digital alternative that respects privacy in equal measure."

Voor uw Afdeling is het straks mogelijk om mijn betoog over deze aspecten volledig te negeren, en in de motivering van uw uitspraak uw overwegingen uitsluitend te verwoorden in juridisch jargon dat uw onderliggende percepties en overtuigingen op dit punt volledig impliciet laat, en daarmee maskeert. Ik verzoek u echter om dat niet te doen, maar om de door mij hier aangekaarte, uiterst relevante sociaal-psychologische aspecten van de problematiek in uw uitspraak te adresseren, omdat ze feitelijk van grote invloed zijn op de besluiten en het gedrag van partijen zoals NS, Connexion en de AP in deze casus.

Ik verzoek u, met andere woorden, om de werkelijke motieven voor uw uitspraak expliciet en daarmee kenbaar te maken, inclusief de motieven die betrekking hebben op uw visie ten aanzien van privacy in relatie tot de door overheden en grote data- en vervoerbedrijven gewenste, digitale "connectiviteit" in het openbaar vervoer.

Kernvraag: wordt privacy in het Europese openbaar vervoer afgeschaft of niet?

In oktober 2019 heb ik, naar aanleiding van mijn deelname aan het "rondetafelgesprek" van de commissie Infrastructuur en Waterstaat van de Tweede Kamer, een analyse geschreven van de manier waarop Nederlandse overheden en private organisaties al polderend samen streven naar de afschaffing van de privacy in het Nederlandse openbaar vervoer.

Op 20 februari 2020 heb ik geconstateerd dat de privacy in het Europese treinvervoer in november 2019 feitelijk is afgeschaft, en dat daarover door NS ten onrechte gezwegen is ter zitting van de rechtbank op 16 december 2019 in één van de twee onderhavige casussen (ARN 19 / 3510). Hierover meer in paragraaf 6.3 (met name: 6.3.3) van dit hoger-beroepschrift.

Het is nu duidelijk dat overheden en private partijen, op een niet-democratisch gelegitimeerde wijze, en in strijd met de geldende verdragen en wetgeving (o.a. EVRM en AVG), Nederland-breed en Europa-breed reeds maatregelen hebben genomen ter afschaffing van de privacy in het openbaar vervoer.

In de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger-beroepschrift d.d. 9 oktober 2019 heb ik in paragraaf 4.10.3 (pp. 108-115) een juridische basis besproken op grond waarvan uw Afdeling aan de onrechtmatige weigering van de AP om op dit punt handhavend op te treden, een eind kunt maken. Ik ben daarbij ingegaan op een aantal implicaties van het Safe-Harbor-arrest (zaak-Schrems) van 6 oktober 2015. Ik trok daaruit twee conclusies:

Eerste conclusie: afschaffing van privacy in het OV is in strijd met huidig EU-recht

(4) Conclusie: de plannen van de regeringen van EU-lidstaten om de privacy van reizigers in het OV af te schaffen, zijn in strijd met dit arrest van het Europese Hof van Justitie, in de betekenis die eraan gehecht werd in 2015. De afschaffing van die privacy zou daarom nieuwe, Europese wetgeving vereisen. Maar ook dan zou die afschaffing van privacy in strijd zijn met artikel 8 EVRM (en dus met een internationaal verdrag). Alleen zouden burgers in de praktijk waarschijnlijk geen effectief beroep kunnen doen op artikel 8 EVRM, omdat rechters (in dit geval het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)) waarschijnlijk zouden meebuigen met de wensen van de Europese wetgever. Een uittreding van de EU-lidstaten uit het EVRM is zo goed als uitgesloten, alleen al omdat dat cosmetisch

rampzalig zou zijn. In plaats daarvan zouden de rechters van het EHRM, voor zover nodig, onder grote druk komen te staan om "mee te buigen".

Tweede conclusie: preventie normvervaging vereist jurisprudentie van uw Afdeling
(5) Toch is er voor de EU wel degelijk een mogelijkheid om zelfs zonder nieuwe wetgeving en zonder een nieuwe uitspraak van het Europese Hof de werkingskracht van het Safe-Harbor-arrest uit te schakelen. Dat kan door aan de woorden "hoog, doeltreffend en volledig beschermingsniveau" stilzwijgend een nieuwe, minder veeleisende inhoud te geven.⁴⁵ De norm van wat als zo'n beschermingsniveau beschouwd moet worden, kan stilzwijgend naar beneden worden verschoven, in de praktijk, in het toezicht op die praktijk, en uiteindelijk ook in de rechtspraak ten aanzien van dat toezicht. Dat is de normalisering waar ik het dit hoger-beroepschrift over had (...).⁴⁶

Uitgaande van de huidige wet- en regelgeving in Nederland en Europa, is het dus uiteindelijk een wilsuïting van rechters in Nederland en Europa die zal bepalen of het recht op privacy in het openbaar vervoer behouden zal blijven, of niet.

Worden de "connectiviteits"-ambities (lees: de ambities om persoonsgegevens te bemachtigen) van overheden en bedrijven feitelijk boven de wet geplaatst en wordt de afschaffing van niet-digitale systemen om die reden opgevat als "aantoonbaar noodzakelijk" in de zin van een op perverse wijze geherinterpreteerde AVG, waarbij artikel 8 EVRM wordt genegeerd? Of blijft de privacy-wetgeving en het doel waarmee die is opgesteld, leidend en wordt de verwezenlijking van connectiviteits-ambities alleen toegestaan voor zover die het privéleven van mensen niet zonder noodzaak schaden?

In de geschiedenisboekjes (of de digitale versies daarvan) zal te lezen vallen hoe Nederlandse en Europese rechters hierover dachten.

Ik ben sterfelijk. De rechters van uw Afdeling zijn ook sterfelijk. Net als u, behoor ik tot een bevoorrechte groep van "keurige" Nederlanders. Het is dus voor u en mij heel makkelijk om te denken: "Na ons de zondvloed." Er is geen praktische noodzaak voor ons om verantwoordelijkheid te nemen voor het lot van toekomstige generaties of minder bevoorrechte groepen.

Er is op dat punt voor ons echter wel een morele plicht. Op die plicht spreek ik u aan.

45 Dit is door de uitvoerende macht al gedaan met de noodoplossing van het "EU-US-Privacy Shield" ter vervanging van "Safe Harbor". Wikipedia zegt hierover: "The Privacy Shield has been challenged legally by privacy groups. (...) As of December 2019, an opinion has been published that may influence the CJEU decision. A final judgement from the CJEU, which may or may not follow the advocate general's recommendations, is expected in a few months." Bron: https://en.wikipedia.org/wiki/EU%E2%80%93US_Privacy_Shield (geraadpleegd: 23 februari 2020). De advocatengroep Hunton Andrews Kurth schreef: "The CJEU's judgment in the Schrems II case (...) could cause a real earthquake in the EU data protection landscape as it may result in the invalidation of the SCC, the mechanism that is most commonly used in practice to legitimize transfers of personal data from the EU to non-EU countries. There is also a risk that the CJEU's decision on the broad questions that were referred to it may impact the validity of other transfer mechanisms, such as the EU-U.S. Privacy Shield, potentially leaving companies with limited alternatives to legitimize international data flows that are crucial for their business. For now, these mechanisms remain valid, but organizations should take steps to identify potentially impacted data flows, and consider whether alternative data transfer mechanisms are available." Bron: <https://www.huntonprivacyblog.com/2019/07/10/the-schrems-saga-continues-schrems-ii-case-heard-before-the-cjeu/> (geraadpleegd: 23 februari 2020).

46 Motivering d.d. 29 oktober 2019 van hoger-beroepschrift Jonker d.d. 9 oktober 2019, par. 4.10.3 (pag. 111).

3 Privacy en autoritair denken: de baas, de meerderheid en de rechter

3.1 Een discussie op Security.nl - elementen van autoritair denken

In paragraaf 2 heb ik de relatie tussen ideeën over "connectiviteit" en vrije wil besproken. Net zo relevant voor privacy is de relatie tussen vrije wil en de praktijk van autoritair denken. Daarmee doel ik op vormen van autoritair denken zoals ze in de praktijk optreden, en zoals ze in de praktijk tot uiting komen in het gedrag van mensen en digitale systemen.

Om dat te verduidelijken, wil ik om te beginnen verwijzen naar een recente discussie op de website Security.nl, die plaatsvond in de reacties onder het nieuwsbericht "Arnhemmer verliest zaken over privacy in het openbaar vervoer" (5 februari 2020), over de uitspraken van de Rechtbank Gelderland in de onderhavige casus.⁴⁷ Ik zal enkele van die reacties citeren en daarin de elementen van autoritair denken aanwijzen.

Citaat 1: Burger gelooft niet meer in rechtsstaat en geeft Europa de schuld

05-02-2020, 17:07 door Anoniem:

Dit is een mooi voorbeeld van hoe onze digitale samenleving nu is gevormd beste burgers.

Je hebt niet veel meer te vertellen, en het kost je geld voor rechtszaken als je er tegen ingaat.

Mensen als Michiel hebben wij meer nodig in onze samenleving, hij is een strijder net als de Groningers en de boeren in dit land.

Dat de digitale samenleving nu zo is gevormd zodat je vooral je mond moet houden en je je privacy verder maar moet inleveren, komt doordat we te naïef en te lui zijn en vooral niet geïnteresseerd zijn in de politiek en de helft van de burgers niet gaat stemmen tijdens de verkiezingen.

We worden vooral beïnvloed door de mainstream media, maar er zijn meerdere bronnen vergeet dat nooit, en dat heet democratie, vrij van denken, vrije keuze in wat je leest en wat je denkt, vechten voor je rechten.

Geloof niet altijd wat de mainstream op tv en op social media schets over hoe een samenleving en Europa zal moeten zijn, en het streven naar de "normale keurige burger" die vooral zijn mond moet houden. Wij willen jou in het digitale systeem, wij willen jou data, wij willen jou geld, want wij willen een machtsstaat dat Europese Unie heet, want wij zeggen man made global warming milieu etc, en wij willen juist controle over je als burger, en daarom hebben wij een digitale infrastructuur met algoritmes en slimme devices bedacht omdat te bereiken.

NL-NU2020

⁴⁷ <https://www.security.nl/posting/642500/Arnhemmer+verliest+zaken+over+privacy+in+het+openbaar+vervoer>

Citaat 2: Burger A met autoritair argument contra burger B met inhoudelijk argument

- A: Ook concludeert de rechtbank dat de maatregel noodzakelijk en proportioneel is.
- B: Een conclusie die ik niet zo getrokken zou hebben. Niet proportioneel want je pakt je braaf betalende klantjes voor de misdragingen van wat gespuis. Niet noodzakelijk want Arnhem is Amsterdam niet. Dus keloel van de rechterT.
- A: Gelukkig ben jij daarom geen rechter.
- B: Stijlvolle repliek.

Citaat 3: Burgers A en C waarderen strijdlust t.b.v. een groter belang, burger B speelt op de man

- A: Mensen als Michiel hebben wij meer nodig in onze samenleving, hij is een strijder net als de Groningers en de boeren in dit land.
- B: Alstublieft niet. Dit soort personen zijn een last voor de samen leven. Die denken dat ze voor de meerderheid spreken. Maar dat is absoluut niet zo.
- A: Gelukkig doe jij dat ook niet. Ik denk dat 'ie tenminste een bedankje verdient voor zijn pogingen iets voor deze samenleving te betekenen. Want wat doet hij nou helemaal? Hij vraagt of de AP alsjeblieft het werk wil doen waar ze voor bestaan. "Neuh" zegt de AP en "neuh" zegt de rechterT. Waar hebben we deze "autoriteit" dan nog voor? Niet om ons, wij-het-volk, te dienen.
- B: Hij is geen strijder, is een irritant ventje wat net een klein kind is, dat zijn zin niet krijgt in de supermarkt.
- (...) C: Dat dachten ze vroeger ook van mensen die de grondwet maakten...

Citaat 4: Burger A vindt dat de rechtsstaat ontmanteld mag worden, burger B vindt van niet

- A (...) Dit soort personen [zoals Michiel Jonker] zijn een last voor de samen leven. Die denken dat ze voor de meerderheid spreken. Maar dat is absoluut niet zo.
- B: Ze hoeven niet voor een meerderheid te spreken, het is in een rechtsstaat voldoende om voor jezelf te spreken. Vind je dat iemand waar je het grondig mee oneens bent niet naar de rechter mag stappen? De consequentie van die logica is dat je zelf je recht verliest om naar de rechter te stappen als er andere mensen rondlopen die het grondig met jou oneens zijn.
- A Het gaat er niet om of je het grondig met hem oneens bent, maar om het feit dat bepaalde mensen (waarvan Michiel Jonker maar een voorbeeld is, er zijn ook anderen die dit doen) het rechtssysteem misbruiken om hun eigen mening door te drukken en daarbij de

maatschappij op onredelijke kosten te jagen. Het gaat daarbij niet alleen om de directe kosten van het proces, maar ook om gevolg kosten als ze onverhoopt gelijk krijgen of als er bijvoorbeeld besloten wordt om iets uit te stellen in afwachting van de afloop van het proces.

Ik vind dat daar best eens paal en perk aan mag worden gesteld. Zaken die overduidelijk alleen "voor de vorm" gevoerd worden en die geen aantoonbaar maatschappelijk belang maar wel aannemelijke maatschappelijke schade veroorzaken die mogen best in een vroeg stadium afgekapt worden. Of je daar zelf dan een keer tegenaan zou lopen dat is daarbij niet relevant.

Citaat 5: Twee burgers geloven niet meer in onafhankelijkheid van de rechterlijke macht

A: De laatste tijd ben ik door toeval een paar keer bij enkele rechtszaken geweest, denk aan de xs4all rechtszaak. In alle keren koos/besliste de rechter tegen alle logica en feiten in, voor de "grote" partij, en niet voor de partij die met goede verifieerbare feiten kwam, de advocaat met het beste marketingverhaal ging met de prijs aan de haal. Het heeft mijn vertrouwen in de rechtsstaat bepaald geen goed gedaan.

En ook hier zie ik dat weer. Je bent klein en de rechter kiest ervoor om het grotere geheel niet in gevaar te brengen. Terwijl een betere afhandeling, zie Londen (en ook Parijs), wel degelijk tot de mogelijkheden behoort.

B: Mijn ervaring is vergelijkbaar: Logica is aan rechters niet besteed. Ik vroeg me af of een cursus logica in de rechtersopleiding misschien zou helpen, maar als ik jou zo hoor dan niet. Het gaat niet om de logica, ze hebben een agenda. Zoals best wel veel meer positiebekleders in Nederland. Het begint wel erg op te vallen nu, dus misschien dat er onderhand wel meer mensen te porren zijn om de bovenlaag een halt toe te roepen.

Wat deze citaten laten zien, is dat de kloof tussen enerzijds autoritair denkenden en anderzijds rechtsstatelijk denkenden dwars door de Nederlandse bevolking loopt, en waarschijnlijk ook dwars door de leden van de Nederlandse rechterlijke macht.

Het is mij inmiddels duidelijk aan welke kant van die kloof de rechters staan die voor de Rechtbank Gelderland op 5 september 2019 en 4 februari 2020 uitspraak hebben gedaan in de door mij gevoerde zaken. Daarover straks meer. De vraag is nu aan welke kant uw Afdeling gaat staan als één van de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges van ons land.

Wat deze citaten ook laten zien is dat er een begin van een kiem van een legitimiteitsprobleem lijkt te kunnen ontstaan met betrekking tot de Nederlandse rechtspraak - iets wat de Nederlandse overheid op enig moment misschien een klein beetje in verlegenheid zou kunnen brengen. Maar we moeten natuurlijk niet overdrijven. Wie dan leeft, wie dan zorgt.

Trouwens, als de nood aan de man komt, kunnen we nog altijd de EU de schuld geven, dat werkt nog steeds goed, zoals we aan het voorbeeld van de Engelsen kunnen zien. Als die zich een "global player" noemen, kunnen wij net zo makkelijk Balkenende's "VOC-mentaliteit" weer van stal halen.

3.2 Kenmerken van autoritair denken: positie, groep en persoon als bron van waarheid

3.2.1 Niet de democratisch gelegitimeerde wet, maar de *in-group* en leiders

In wezen is autoritair denken niet ingewikkeld. Wie autoritair denkt, kijkt naar boven om waarheid te horen, en kijkt naar onderen om waarheid te vertellen. Dat maakt de wereld wel zo simpel, zolang de macht in handen blijft van "boven".

Paradoxaal is wel dat het woord "autoritair" verwijst naar "zelf", terwijl ieders "zelf" bij autoritair denken juist gereduceerd is tot een holle schil. Want ondergeschikten moeten gehoorzamen. En een leider die zijn identiteit ontleent aan zijn heerschappij (een "autocraat") is voor die identiteit in hoge mate afhankelijk van zijn macht over anderen.

Zo bezien is Nietzsches "wil tot macht" een recept voor het verlies van jezelf. Gelukkig bedoelde Nietzsche met die "wil" waarschijnlijk iets anders dan wat autoritair denkenden zich daarbij voorstellen. Er is een groot verschil tussen enerzijds een wil tot zelfontplooiing, zelfoverwinning of creatieve concurrentie met anderen, en anderzijds een wil tot het heersen over of elimineren van anderen.

Autoritair denken als zoeken naar geruststelling

Autoritair denken gaat echter niet primair over heersen, maar over het vinden van geruststelling door middel van het vinden van beschutting tegen ongemakkelijke waarheden. Het streven naar heerschappij staat in dienst daarvan. Autoritair denken is een vlucht uit de wereld en naar binnen in een geruststellende moederschoot. Autoritair denken is de struisvogelpolitiek van het denken. Wie autoritair denkt, probeert de geruststelling die een stevige omarming biedt, te begrijpen als waarheid - om vervolgens te laat te merken - of in het ergste geval zelfs helemaal niet te merken - dat die stevige omarming de kenmerken heeft van een wurggreep.

Juist dat zoeken naar een beschutte vorm van waarheid maakt autoritair denken tot zo'n groot gevaar voor rechtspraak. Een rechter die autoritair denkt, heeft niet genoeg aan zoiets abstracts als een wet die hij of zij toepast op ongemakkelijke feiten. Hij of zij wil zich geborgen voelen in een meer concrete omarming, een omarming van concretiseerbare macht. Bijvoorbeeld de macht van een leider, een regering, een netwerk van met elkaar overleggende regenten of een conglomeraat van industriëlen en bankiers met grote financiële reserves - het één sluit het ander niet uit, maar vult elkaar juist aan.

Om die geborgenheid deelachtig te kunnen worden, gaat een autoritair denkende rechter de waarheid die wordt uitgedragen door zo'n heersende constellatie, overnemen als zijn of haar eigen waarheid, dat wil zeggen: de waarheid die hij of zij gaat vertellen aan rechtzoekenden.

Regentesk denken, inclusief dosering van waarheid, is een vorm van autoritair denken

Nederland is formeel een democratie, maar informeel is het een poldernetwerk van regenten die aan het hoofd staan van overheidsinstanties en bedrijven, en die elkaar sleutelposities toedelen in de regering, in ambtenarenapparaten en in het "maatschappelijke middenveld". Wanneer deze regenten over enig onderwerp een bestuurlijke consensus bereiken, voegen zich daarnaar ook de aspirant-regenten die gestationeerd zijn in wat formeel onze "volksvertegenwoordiging" heet: de

Tweede Kamer, ons parlement. In feite is er geen sprake van een volksvertegenwoordiging, maar van een "verkozen aristocratie".⁴⁸

Natuurlijk houdt de Tweede Kamer soms best wel een beetje rekening met de belangen van het volk. Machiavelli heeft immers al gezegd dat een verstandige heerser de schijn dat hij het beste voorheeft met het volk, het beste in stand kan houden door soms ook daadwerkelijk iets te doen in het belang van het volk. Bijvoorbeeld het erkennen van bepaalde feiten en het spreken van de waarheid daarover. Het is een kwestie van dosering. Dat geldt niet alleen voor de werkelijke heersers, maar mutatis mutandis ook hun dienaren, die een groot deel van de Tweede Kamer bevolken. Een kleine minderheid doet echt zijn best het volk te vertegenwoordigen, maar moet daarbij rekening houden met de vigerende machtsverhoudingen en taboes in hun werkomgeving.

Kenmerkend voor de autoritaire benadering is echter dat die dosering van waarheid niet bepaald wordt door wensen van het volk, en ook niet door de wetten die in naam van dat volk zijn opgesteld. Nee, de dosering wordt - behalve in geval van nood of andere onbeheersbare dynamiek - bepaald door bestuurlijke consensus die in het netwerk van regenten wordt bereikt. De afweging die ten grondslag ligt aan de dosering, is derhalve niet of de dosering redelijk is, maar of de dosering voldoende redelijk lijkt, of althans goedgelijkend valt te maken, in de omstandigheden van de concrete machtsverhoudingen met betrekking tot het concrete geval.

Rechters die zichzelf, bewust of onbewust, als regenten opstellen, voelen zich vrij om in hun uitspraken de waarheid omtrent (de implicaties van) wetgeving en feiten te "doseren". Maar zij voelen zich niet vrij om tegen de wensen of de consensus van het heersende bestuurlijke netwerk in te gaan.

Dus als er onder Nederlandse bestuurders (publiek en privaat) consensus is dat de privacy van burgers in het openbaar vervoer moet worden afgeschaft, dan gehoorzaamt een autoritair denkende rechter daaraan. Wat de wet zegt, is dan even wat minder belangrijk. Daar wordt dan met creatief taalgebruik in combinatie met gedoseerde vaagheid en stilzwijgen een draai aan gegeven, zodat een façade van rechtsstatelijkheid in stand blijft, ter legitimering van het bestuur.

Kortom: een regentesk functionerende rechter functioneert niet als een onafhankelijke rechter.

De functie van de "in-group" bij autoritair denken

Voor autoritair denkenden is het belangrijk (want geruststellend) om bij een "in-group" te horen, die zich afzet tegen allen die worden verbannen naar de *out-group* (het zogeheten "zondebok-mechanisme"). Iemand die bepaalde ongeschreven regels overtreedt, bijvoorbeeld door hooggeplaatste leden van de *in-group* te bekritisieren, wordt al snel naar de *out-group* verbannen.

Dit is een oeroud sociaal mechanisme dat door allerlei antropologen, sociologen en psychologen al vele malen is beschreven. Het is ook een sociaal mechanisme dat op gespannen voet staat met de rechtsstaat en met eerlijke rechtspleging. Sterker nog, de rechtsstaat is juist tot stand gekomen om

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld: David van Reybrouck, "Verkiezingen zijn nooit democratisch bedoeld", in: *De Correspondent*, 4 december 2013. Van Reybrouck schrijft o.a.: "Het representatieve stelsel was misschien democratisch door zijn stemrecht, maar ook van meet af aan aristocratisch door zijn rekrutering: iedereen mocht stemmen, maar de voorselectie was al gebeurd ten faveure van de elite." Bron: <https://decorrespondent.nl/407/verkiezingen-zijn-nooit-democratisch-bedoeld/40682499-a3ef181a> (geraadpleegd: 23 februari 2020).

in een complexe samenleving de schadelijke effecten van dat mechanisme tegen te gaan - al werd dat destijds nog niet op die manier benoemd.

Twee soorten *in-group* moeten van elkaar worden onderscheiden. Ten eerste is er de *in-group* die bestaat uit de heerser of heersers en zijn/hun dienaren ("het bestuur"). In een stabiele situatie is dat de enige groep die van belang wordt geacht.

Maar ten tweede is er in minder stabiele situaties vaak ook nog een andere *in-group*, die ofwel door het bestuur in het leven wordt geroepen, ofwel door concurrenten van het bestuur, ofwel door hervormers die veranderingen willen bewerkstelligen zonder het vigerende bestuur omver te werpen. Die tweede, soms nogal fictieve *in-group* wordt bijvoorbeeld aangeduid als "het volk", "de meerderheid", "de gewone Nederlander" de "99%" of "Henk en Ingrid". Uit naam van die groep worden probeert men dan in de politieke strijd vermeende of reële tegenstanders te verbannen naar de bijbehorende *out-group*.

Voorzover het zittende bestuur bij machte is om de "volkse" *in-group* te definiëren, zal de bijbehorende *out-group* bijvoorbeeld betiteld worden als "populistisch", "extreem-rechts", "extreem-links".

Maar als mensen van buiten de *in-group* van het zittende bestuur zich de macht verwerven om de "volkse" *in-group* te definiëren, dan kan de bij de "volkse" *in-group* behorende *out-group* bijvoorbeeld ook betiteld worden als "de elite", "de zakkenvullers in Den Haag" of "de superrijken".

Dit is alleen een beschrijving van de basisdynamiek. De verhoudingen zijn bijna altijd veel complexer. Een bekend voorbeeld is het Verenigd Koninkrijk, waar het zittende politieke bestuur in Engeland (de Tories) verdeeld raakte als gevolg van politieke concurrentie van de kant van Nigel Farage en UKIP. Dit leidde ertoe dat de Europese Unie (EU) door een deel van het zittende bestuur in de rol van *out-group* werd gedrukt, conform het streven van UKIP, terwijl een ander deel van het bestuur (de zogeheten "*moderate Tories*") ietwat halfslachtig probeerde om UKIP terug te duwen in de rol van *out-group*. Zoals bekend, mislukte dit laatste. Een deel van de Tories coöpteerde UKIP en schakelde die daarmee uit als politieke concurrent. Dat deel van de Tories vormt nu, formeel onder leiding van Boris Johnson, de nieuwe bestuurlijke *in-group*, die het centrale machtsapparaat van het VK in handen heeft. Als gevolg daarvan behoort de EU, vanuit het perspectief van het Engelse bestuur gezien, nu definitief tot de *out-group*.

Toegepast op de huidige casus, is het de vraag wie de rechters als hun eigen *in-group* ervaren:

- a) de opstellers van geldende privacy-regelgeving, die - voor zover bekend - beoogden de privacy van alle EU-burgers effectief, consequent en materieel te beschermen, ook in het openbaar vervoer? Of:
- b) het Nederlandse publiek-private regenten-netwerk, dat de privacy in het OV juist wil afschaffen, en met wie rechters door een gedeelde achtergrond (universitair milieu), relaties en klassebewustzijn verbonden zijn?

Als we in een rechtsstaat leven, is a) het juiste antwoord.

3.2.2 Autoritair denken in relatie tot individualiteit en collectiviteit

In de eerste helft van de jaren tachtig nam ik als tiener oppervlakkig kennis van enkele basisideeën die samenhangen met Einsteins relativiteitstheorie en de quantum-mechanica van Niels Bohr. Het idee van een vierdimensionaal tijd-ruimte-continuüm en het idee dat licht gezien kan worden als deeltjes en als golven, brachten me op de gedachte dat ook mensen en voorwerpen niet gezien hoeven te worden als separate entiteiten, maar kunnen worden opgevat als golven, of als heuvels die deel uitmaken van een continuüm. Ik kwam op deze gedachte (of misschien: *opnieuw* op deze gedachte) terwijl ik een week in mijn eentje op iemands huis paste. Ik bracht de tijd door met het lezen van een populariserend boekje over moderne natuurkundige inzichten: *The Dancing Wu Li Masters* van Gary Zukav.⁴⁹ Door de grote alleenheid werd het lezen een intensieve, bijna psychedelische ervaring. De gedachte aan mensen als golfvormen van een continuüm kreeg ik dus in een situatie van fysiek en sociaal isolement, gecombineerd met geestelijke expansie.

Ik sta dus zeker niet vijandig tegenover het idee van connectiviteit, en sta open voor het relativeren van individualiteit in het licht van de beste kennis waarover ik kan beschikken. Het sociale continuüm waartoe een individu behoort, kun je "het collectief" noemen. Ik erken volledig dat het collectief waar iemand deel van uitmaakt, in de praktijk in hoge mate bepalend is voor iemands mate van vrijheid om dingen te doen, te zeggen of zelfs maar te denken.

Maar dat is een geheel andere houding dan die van een autoritaire denker. Een autoritaire denker meent misschien zelf dat hij individualiteit "relatieveert", maar dat is dan eigenlijk een eufemisme voor het ondergeschikt maken van individualiteit aan de wensen van de heerser of heersers van de *in-group* waartoe die autoritaire denker behoort - ongeacht of hij zelf zo'n heerser is, of eerder één van de dienaren in de betreffende groep.⁵⁰

Het feit dat alles met elkaar verbonden is, sluit individualiteit niet uit. Het feit dat iemand in een bepaald gezin opgroeit, geeft andere gezinsleden bijvoorbeeld niet het recht diegene te misbruiken omdat het "*all in the family*" is. Het is niet nodig, niet gerechtvaardigd en daardoor in landen die het EVRM hebben ondertekend, ook niet rechtmatig om uit het feit dat iemand in een bepaalde categorie of categorieën kan worden ingedeeld, te concluderen dat die individuele persoon daarmee dan voldoende beschreven zou zijn om een handelwijze te rechtvaardigen die bedoeld en ontworpen is voor de afhandeling van gevallen in de betreffende categorie.

Dit betekent ook dat iemands individuele grondrechten niet mogen worden aangetast omdat dat "in het collectieve belang" wordt geacht, zoals nu met de privacy-schendingen in het OV gebeurt.

Daar komt nog bij dat "het collectieve belang" vaak op autoritaire wijze misbruikt wordt als eufemisme voor een deelbelang van de heersers van een bepaald collectief. De heersers eigenen zichzelf dan het recht toe om "het collectieve belang" te definiëren, zonder een serieuze dialoog aan te gaan met alle leden van het collectief. Ook verlangen heersers van individuen vaak "vertrouwen in het collectief", als dubbel eufemisme voor gehoorzaamheid aan de heersers.⁵¹

49 Gary Zukav, *The Dancing Wu Li Masters - An Overview of the New Physics*, Fontana Paperbacks, 1980. Tekst op de achterflap: "Gary Zukav's absorbing guide to the mind-stretching mysteries of the new physics points out striking parallels with modern psychology and eastern mysticism."

50 Zie ook paragraaf 2.3.3: "De mens als knooppunt van verbindingen".

51 Zie ook paragrafen 2.4.3 (over controleerbaarheid) en 2.5.4 (over "vertrouwen" en "harmonie").

Individualiteit is niet hetzelfde als wereldvreemdheid

In abstracto zal uw Afdeling waarschijnlijk de stelling onderschrijven dat individualiteit niet hetzelfde is als wereldvreemdheid. Misschien vindt u dat zelfs vanzelfsprekend. In de concrete praktijk, inclusief de rechtspraktijk, kan die stelling echter nadere verduidelijking vergen.

Er is mij verschillende keren gezegd dat ik "wereldvreemd" ben omdat ik het behoud van mijn privacy nastreef in concrete situaties, waaronder het gebruikmaken van het openbaar vervoer. Dat etiket werd ruwweg op twee manieren op mij geplakt. De eerste manier ervoer ik als relatief goedaardig: men vond mij "weliswaar een beetje wereldvreemd", maar men vond het op zich "wel goed dat ik het deed." Met andere woorden: men distantieerde zich voldoende van mij en mijn actie om er vanaf een comfortabele afstand naar te kunnen kijken, ongeveer zoals je naar een grappige film of theatervoorstelling kijkt, waarna je tevreden weer naar huis gaat zonder het getoonde op enige wijze op je eigen leven te hoeven betrekken.

De tweede manier ervoer ik als relatief autoritair, want het woord "wereldvreemd" werd dan gebruikt als een argument *ad hominem*, vaak in combinatie met de stelling dat ik met mijn actie moest stoppen. Het stond dan min of meer gelijk aan "Don Quichot" of "irritant ventje".

Maar ongeacht van welke variant er sprake was, leek er een vreemde aanname achter schuil te gaan, namelijk dat als een individu iets anders nastreeft dan de overgrote meerderheid, en daarmee tegen de stroom in roeit, zo iemand dus "wereldvreemd" is, omdat het hoe dan ook niet tot succes zal leiden. In deze aanname zitten twee elementen van autoritair denken:

- a) Het idee dat de overgrote meerderheid gelijk gesteld kan worden aan "de wereld";
- b) Het idee dat individuen die iets nastreven, geen succes kunnen boeken als ze niet vanaf het begin gesteund worden door een grote groep mensen.

Wat ik "vreemd" vind, is dat men naar allerlei Hollywood-films gaat waarin eenzame helden die aanvankelijk kansloos lijken, uiteindelijk zegevieren, maar dat als men in het echt iemand tegenkomt die weliswaar niet zulke super-heldhaftige aspiraties heeft, maar die toch iets probeert wat niet meteen voor het oprapen ligt - dat men diegene dan als "wereldvreemd" betitelt. Men hoeft mij echt niet te vergelijken met Batman of Superman. Ik ben al blij als men mij toelaat tot het universum van normale mensen.

Meer dan dertig jaar geleden zat ik als dienstplichtige tijdens de opleiding in klassikaal verband iets te oefenen. Terloops deelde onze onderofficier een geel formulier rond en zei dat we dat even moesten tekenen. Ik bekeek het gele formulier en zag dat ik zou tekenen voor een enorm aantal artikelen en bepalingen die alleen met afkortingen werden aangeduid, in piepkleine letters. Al mijn klasgenoten ondertekenden meteen het formulier. Ik stak mijn hand op en vroeg waar ik eigenlijk voor tekende. Mijn superieuren vonden het bizar dat ik dat eerst wilde weten. Toen ik volhield, bleek enkele dagen later dat het onder andere om reisbeperkingen ging, na afloop van mijn dienstdienst. Hoe het precies verder ging, zal ik uw Afdeling besparen, behalve dat ik een half jaar later opeens zodanig werd klemgezet, dat ik het gele formulier alsnog ondertekende, om een heel onaangename situatie te voorkomen waarin ik het risico liep regelmatig in elkaar geslagen te worden door een bepaalde groep mede-soldaten. Het gaat hier om de vraag: wie was er nu eigenlijk "wereldvreemd"? Mijn klasgenoten die als leden van een collectief iets ongezien ondertekenden, of ik, die als individu eerst wilde weten waar het eigenlijk over ging?

De hierboven summier beschreven gebeurtenissen tijdens mijn militaire dienst lijken in zoverre op de gang van zaken met de OV-chipkaart, dat het in beide gevallen gaat om een individu die zich verzet tegen het afnemen van bepaalde rechten. Destijds ging het om het recht om vrij in alle delen van Europa te reizen (inclusief het toenmalige Joegoslavië), nu gaat het om het recht om met privacy per trein te reizen. In beide gevallen is er sprake van een zogenaamd "contract" dat door de betreffende machthebbers (destijds: de landmacht; nu: NS) eenzijdig wordt opgedrongen (destijds: "Als je het nog steeds niet ondertekent, zien we ons genoodzaakt je bij een groep jongemannen te stoppen die niet prettig in de omgang zijn"; nu: "We hebben de privacy-schending in onze algemene voorwaarden gezet en als je daar niet aan houdt, kom je de trein niet meer in.")

In beide gevallen is er bij de machthebber niet sprake van een dienstbare attitude, maar van een autoritaire attitude. In het geval van de Koninklijke Landmacht was die attitude op zichzelf volkomen begrijpelijk. Het was eerder onbegrijpelijk dat zij mij een half jaar lang lieten weggelaten met mijn weigering om het gele formulier te ondertekenen. Mogelijk probeerden ze eerst te achterhalen of de reden die ik had aangevoerd, wel klopte. Ik had gezegd dat ik in Joegoslavië een vriendin had die ik na mijn dienstdienst graag weer wilde opzoeken. Dat was ook waar. In ieder geval wilde ik haar graag weer terug. Twee keer werd ik geïnterviewd door iemand van een inlichtingendienst (respectievelijk MID en BVD). In die tijd was er geen internet en geen email-verkeer, dus ik weet niet of het ze gelukt is de identiteit van die Joegoslavische Mata Hari te achterhalen.

Wat ook tijd kostte, was dat de compagniescommandant (een kapitein) eerst nog probeerde mij te imponeren met het breed maken van zijn schouders, een grimmig gezicht en vage dreigementen. Toen dat niet lukte, probeerde hij me in een tweede gesprek erin te luizen met een gespreksverslag van het eerste gesprek, dat ik meteen moest ondertekenen. Ik stond erop dat verslag eerst in zijn bijzijn door te lezen en ontdekte dat er iets heel anders in stond dan wat ik had gezegd. Er werd in het verslag namelijk ten onrechte vermeld dat ik alsnog had ingestemd met alle bepalingen van het gele formulier. Gelukkig had ik een goed geheugen. Ik wist dat ik dat niet had gezegd, en weigerde het onjuiste verslag te ondertekenen. Pas weken later werd ik opnieuw naar de compagniescommandant geroepen, waar nu een gecorrigeerd verslag ter ondertekening klaarlag. Het was een heel kort tekstje, maar ik wilde het toch eerst lezen want, zo zei ik: "Je kan nooit weten." Een adjudant die naast de kapitein stond, proestte het uit. De kapitein zelf keek minder blij.

Daarna gebeurde er maandenlang niets. Ik voltooide mijn opleiding en werd samen met mijn klasgenoten overgeplaatst naar de supergeheime locatie waar wij ons supergeheime werk deden. Wat zouden ze in Joegoslavië blij zijn geweest met mijn persoonlijke impressie van die plek! Opnieuw een aantal maanden later, toen ik een week met verlof was, ging er kennelijk ergens bij één van de inlichtingendiensten een alarmbel af. Mijn ouders werden gebeld met de dringende vraag waar ik me bevond. Ik vierde op dat moment vakantie met mijn opa en oma, in een land met bergen. Mijn moeder wilde mijn grootouders, die de oorlog hadden meegemaakt, niet de stuipen op het lijf jagen, en gaf geen contactinformatie aan de bellers. Als gevolg daarvan was ik verrast toen ik na afloop van mijn verlof aan de poort van de supergeheime locatie staande werd gehouden. Ik mocht er opeens niet meer in, tenzij ik het gele formulier alsnog ondertekende.

Wat dit verhaal illustreert, behalve tekstuele *function creep*, is dat autoritair denkenden een neiging hebben hun doelen na te streven met druk, dwang en bedrog - terwijl overtuigingskracht zoveel effectiever kan zijn. Het illustreert ook dat een autoritair bestuurd collectief - in dit geval de Nederlandse krijgsmacht - net zo wereldvreemd kan zijn als een individu die zijn rechten verdedigt.

3.2.3 Verhuld autoritair denken

Autoritair denkenden gaan er, geheel conform de aanbevelingen van Machiavelli, bij een plan of maatregel soms toe over om hun manier van denken te verhullen. Ze doen dan of ze geïnteresseerd zijn in, en respect hebben voor redelijkheid. Ze bedekken hun werkelijke attitude met een zo dik mogelijke laag van redelijk ogende overwegingen, die moeten dienen om zoveel mogelijk betrokkenen zand in de ogen te strooien omtrent de werkelijke attitude en motieven van de initiatiefnemers van het plan of de maatregel.⁵²

Een voorbeeld daarvan is de casus van de Arnhemse adresgebonden afvalpas, waarbij ik zelf betrokken ben, en die thans in hoger beroep aan uw Afdeling voorligt (uw zaaknr: 201906880). In de afgelopen jaren heeft de gemeente Arnhem verschillende doelen aangevoerd die zij met de invoering van deze afvalpas en de afsluiting van de afvalcontainers zou nastreven, maar één ding is duidelijk: de gemeente wil koste wat kost doorgaan met deze maatregel. Op redelijke argumenten van mijn kant dat er privacy-vriendelijke, niet-autoritaire alternatieven zijn, gaat de gemeente niet in. Ook in door mij gevoerde gesprekken met twee wethouders, in 2016 en 2019, gebeurde dat niet. Schriftelijke inbreng van mij in de gemeenteraad wordt door de coalitiepartijen genegeerd.⁵³

In plaats daarvan beroept het gemeentebestuur zich op haar formele democratische mandaat, zoals dat eens in de vier jaar tot stand komt door middel van verkiezingen. Dat dit mandaat niet ter vervanging kan dienen van een echte dialoog met de bevolking, is iets wat Arnhemse gemeentebesturen in meer dan twintig jaar nooit echt hebben begrepen. De wisselende politieke signaturen van de opeenvolgende gemeentebesturen maken op dat punt geen merkbaar verschil.

Met die autoritaire benadering probeert ook het huidige gemeentebestuur bij de bevolking eerst gewenning aan het systeem af te dwingen, en via die weg vervolgens ook vertrouwen erin. Op dit moment is er onder Arnhemmers behoorlijk wat onvrede over de manier waarop de gemeente te werk gaat, zo hoor ik om me heen. Het blijkt ook uit reacties onder krantenberichten over de voortgang van de gemeentelijke maatregelen.⁵⁴ Uit één van die berichten blijkt ook dat er zich Potemkin-achtige situaties voordoen.⁵⁵ Op 7 februari 2020 meldt dagblad De Gelderlander:

52 Wanneer zulke schijnredelijkheid op georganiseerde wijze in praktijk wordt gebracht door een (vaak politieke) groep, wordt zo'n groep soms een "non-communicating discourse group" genoemd, die zich voordoet als een "pluralistic discourse group" die openstaat voor redelijkheid en diverse meningen. De schijn van redelijkheid dient dan om bepaalde politieke, religieuze of zakelijk-commerciële doelen effectiever te kunnen nastreven. Zie bijv. J. S. McClelland, *A History of Western Political Thought*, Routledge, 1996, pp. 793-794.

53 Bijvoorbeeld mijn laatste inbreng 2 september 2019 t.b.v. gemeenteraadsvergadering 4 september 2019. Zie bijlage. Ook vindbaar via: <https://ris2.ibabs.eu/Agenda/Details/Arnhem/83ff1e5f-2317-43f1-8a91-dd9d8ef5cbdc>

54 Zie bijv: <https://www.gelderlander.nl/arnhem/deel-afvaldossier-arnhem-blijft-dicht-ondanks-verzoek-inzage~a85ee996/> (21 november 2019); <https://www.gelderlander.nl/arnhem/noodkreet-uit-presikhaaf-gooi-die-afvalcontainers-open~a33754cf/> (18 januari 2020); <https://www.gelderlander.nl/arnhem/wethouder-minder-afval-naast-ondergrondse-containers~a44e8330/> (7 februari 2020); <https://www.gelderlander.nl/arnhem/afvalmoe-arnhem-snapt-helemaal-niks-meer-van-onzinnige-kloteregeltjes~ad07768e/> (18 februari 2020).

55 Een **Potemkin-dorp** was een tijdelijke opstelling met het aanzien van een dorp, die in opdracht van de Russische minister Grigory Potemkin werd aangelegd om de tsarina Catharina de Grote tijdens haar bezoek aan de Krim in 1787 te overtuigen dat de situatie daar beter was dan in de werkelijkheid. Het verhaal ging dat de dorpen bestonden uit mobiele façades die werden opgericht vlak voordat de tsarina arriveerde en werden afgetuigd nadat zij was vertrokken om verder op de route weer te worden opgebouwd. In overdrachtelijke zin wordt het begrip gebruikt voor elke poging om een situatie mooier voor te stellen dan ze is. Bron: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Potemkin-dorp> (geraadpleegd: 24 februari 2020).

Wethouder: 'Minder afval naast ondergrondse containers'

ARNHEM - De overlast van rommel bij de ondergrondse afvalcontainers in Arnhem neemt af. Tot die conclusie komt wethouder Cathelijne Bouwkamp aan de hand van cijfers en rapportages van buurtcoaches. Gistermorgen liep Bouwkamp in het Spijkerkwartier enkele uren mee met de zogeheten 'schone buurtcoaches'. En warempel: het viel mee. Van de bergen afvalzakken waarover meerdere wijkbewoners dagelijks klagen op sociale media en de daarvoor in het leven geroepen Fixi-app, was geen sprake.

Maar de lezersreacties onder het artikel vertellen een ander verhaal. Bijvoorbeeld deze:

Pardon!?! Eergisteren kwam een vuilniswagen van Suez bij de container hoek Parkstraat/Blekerstraat alleen het afval rond de containers ophalen, logisch dat dan de ochtend daarna er weinig ligt!!! Als eea toeval is, is dat de verklaring. Als dat met opzet zo is geregeld worden we belazerd.

Of deze:

Hilarisch dit. Men moet er aan wennen. Ik neem aan dat haar verteld is dat de hoeveelheid gedumpt afval normaal gesproken veel hoger ligt. Mevrouw kijkt 1 keer mee op "toevallig" een afvalloze dag en concludeert dat het wel meevalt. Van de 7 dagen in de week hoef ik maar 3 keer de fixi app te gebruiken. Dat is nog altijd 3 keer vaker dan voor de containers en DIFTAR er waren.

Of deze:

De reacties hieronder geven mij een realistischer beeld van de gehele situatie dan wat deze wensdenkende mevrouw Bouwkamp voorspiegelt. Zie het woord propaganda meerder keren langskomen, daar kan ik mij helaas bij aansluiten. Grappig, de praktijk die jezelf dagelijks ziet langskomen vs de waarheid van een lokale politica...

Het krantenartikel en de reacties daaronder laten de kwetsbaarheid van een autoritaire benadering zien in een situatie waarin de machthebber (in dit geval de wethouder van de grootste coalitiepartij, met afvalinzameling in haar portefeuille) wel doorzettingsmacht heeft, maar niet voldoende macht om elke kritiek in de kiem te smoren.

Het artikel laat ook zien hoe een machthebber een poging doet om haar autoritaire houding te camoufleren. De wethouder probeert het beeld te creëren dat zij iemand zou zijn die in dialoog gaat met de bevolking, en dat zij iemand zou zijn die de feiten zoals ze zich voordoen aan de bevolking, respecteert. In werkelijkheid drijft zij haar wil door ongeacht alle kritiek en probeert feiten naar haar hand te zetten of ze anders te negeren.

De houdingen van Connexxion, respectievelijk NS, zijn in de zaken waarover dit hogere beroepschrift gaat, even autoritair, zoals ik in paragrafen 5 en 6 zal bespreken. De Autoriteit Persoonsgegevens (*what's in a name?*) gaat mee in die autoritaire benadering, in plaats van daar als toezichthouder grenzen aan te stellen.

3.2.4 Autoritair denken is niet hetzelfde als populisme - maar heeft wel veel te maken met mobbing

Autoritair denken is niet hetzelfde als "populisme", hoewel het wel vaak voorkomt dat politici die zich met een beroep op het belang van "gewone mensen" tegen een "elite" keren, vaak wel gebruik maken van een retoriek die inspeelt op boosheid en deze boosheid ook aanwakkert, bijvoorbeeld met op emotionele toon gestelde eisen dat er "eindelijk iets gedaan wordt". Dat komt vaak dicht bij een autoritaire benadering, of gaat daar zelfs in over. Populistische politici die zich macht en een positie verwerven, zien zich soms genoodzaakt deze autoritaire toon voort te zetten en daarin zelfs steeds verder te gaan, om hun geloofwaardigheid in de ogen van hun achterban te behouden. Vaak denken dergelijke politici ook werkelijk autoritair en worden zelf in belangrijke mate gedreven door woede die allerlei persoonlijke oorzaken kan hebben.

Maar er zijn ook andere, niet-autoritaire vormen van populisme, waarin bijvoorbeeld humor of niet-autoritaire gevoelens van liefde (bijvoorbeeld voor het vader- of moederland, of voor een enthousiasmerend doel) een centrale plaats innemen.

Het idee dat "populisme" verkeerd zou zijn en moet worden tegengegaan, komt aan de orde in een recent artikel in *The Guardian* over "anti-populisme":

While populism itself has received an enormous amount of media attention over the past several years, anti-populism has not. Yet this is somewhat curious, given that anti-populism – with its call for a more sensible, moderate politics – has become one of the most widely held views across the western political mainstream. It's not hard to see why anti-populist ideas are popular: they have intuitive appeal in a time when (...) genuinely dangerous rightwing populists are winning power across the world; and when politics and public debate seem increasingly divisive and volatile. In this context, the key values of anti-populism – civility, maturity, deliberation – sound rather nice.

(...) Perhaps the most important tendency of anti-populism, is a valourisation of consensus in politics. For anti-populists, we are no longer living in "ordinary times" in which consensus rules. (...) For anti-populists, a return to this consensus would represent a healthy return to "normal" politics.

Yet it is worth asking the question: when it comes to politics, what is normality anyway? Behind such calls for consensus and order, there are some significant problems with anti-populism. For one thing, there is little questioning of who this particular consensus actually worked for. Some would argue that the alleged consensus of post-cold war politics was actually the result of the capitulation of the centre-left to the right, rather than any real moderation.⁵⁶

Het probleem waarmee ik zelf bij het verdedigen van mijn privacy geconfronteerd word, is niet zozeer het autoritaire denken van populistten, maar vooral het autoritaire denken van beslissers die

⁵⁶ Benjamin Moffit, "The trouble with anti-populism: why the champions of civility keep losing", in: *The Guardian*, 14 februari 2020. <https://www.theguardian.com/politics/2020/feb/14/anti-populism-politics-why-champions-of-civility-keep-losing> (geraadpleegd: 14 februari 2020). Onderstreping van mij.

in overgrote meerderheid tot het anti-populistische kamp kunnen worden gerekend, en tevens tot een "elite" die meent te profiteren van een consensus volgens welke privacy moet worden afgeschaft voor zover zij niet met digitale middelen realiseerbaar is, en in ieder geval als zij in de weg staat aan doelen die deze elite wenselijk acht.

Populisme als noodzaak voor de verdediging van privacy

Van nature ben ik, net als de meeste mensen, helemaal niet geneigd tot populisme. Maar als gevolg van het feit dat een netwerk van beslissers (een "elite", inclusief de toezichthouder en lagere rechters) mijn grondrecht op privacy grotendeels probeert af te schaffen, ben ik in een positie terecht gekomen waarin ik maar één kans heb om daar effectief tegen op te komen, namelijk door de publieke opinie te mobiliseren. En de enige manier om een kans maken daarbij succes te boeken, is door aan een groot publiek te laten zien dat ik hoor bij de gewone mensen die er een hekel aan hebben om "gepiepeld" te worden door een "elite" die allerlei handige, mooie, deftige, rechtsstatelijk klinkende woorden gebruikt om te verbloemen dat ze in feite gewoon autoritair hun wil opleggen aan iedereen.

Voor mij is "populisme" dus een manier om ter verdediging van mijn privacy een stap omhoog te zetten op de "escalatie-ladder" (zoals die in sommige handboekjes wordt genoemd), niet omdat ik dat leuk vind, maar omdat dat helaas kennelijk nodig is vanwege een gebrek aan redelijkheid van de kant van de beslissers. Als ik die stap niet zet, walst de club van beslissers die mijn privacy wil afschaffen en die dat onderling al met elkaar afgekaart hebben, hoe dan ook over mij heen. De procedures die officieel dienen om mij rechtsbescherming te bieden, zijn door deze beslissers al geleidelijk geperverteerd tot grotendeels rituele handelingen die worden ingezet om mij uit te putten en uiteindelijk schaakmat te zetten, en wel op zo'n manier dat er een façade van rechtsstatelijkheid in stand blijft, zodat iedereen zijn handen in onschuld kan wassen. Daardoor ben ik genoodzaakt om stappen te zetten die voor mij als persoon eigenlijk heel drastisch en radicaal zijn - zoals het zoeken van publiciteit.

In de roman *The Four-Gated City* vat Doris Lessing de positie waarin ik me bevind, mooi samen, ook al gaat het daar over een jong iemand:

When a young person feeling himself to be alone and helpless fights pressures he believes are almost invincible, the fight is always oblique, desperate, ruthless.⁵⁷

Het gaat hierbij uiteindelijk om het gevecht om mens te kunnen blijven. Daarvan is het gevecht voor behoud van privacy slechts een onderdeel. En ik voer dat gevecht niet alleen voor mezelf, maar ook voor het collectief en voor latere generaties. Als ik het niet ook voor anderen deed, zou ik een andere oplossingsrichting kiezen, namelijk zoveel mogelijk verdwijnen onder de radar.

Ik denk, en daarin ben ik zeker niet de eerste of enige, dat veel mensen op zogeheten "populistische" politieke partijen stemmen omdat ze geen alternatief meer zien. Ze voelen dat de consensus die beslissers (sleutelfiguren, "de elite") onder elkaar bereiken, niets meer hun belang als minder bevoorrechte mensen te maken heeft. Er ontstaat dan een stemming van: "Als de elite niet horen wil, dan moeten ze maar voelen."

⁵⁷ Doris Lessing, *The Four-Gated City*, Grafton Books, 1972, p. 390.

Van dat sentiment maken vervolgens charlatans zoals Donald Trump en Boris Johnson gebruik om de terechte boosheid van mensen voor hun karretje te spannen. Het malafide "populisme" van figuren als Trump en Johnson moet niet zozeer gezien worden als een uitdaging aan het bestaande systeem, maar eerder als een laatste poging om, via een stap omhoog op de "escalatie-ladder", het bestaande systeem alsnog hoofdzakelijk in stand te houden. Wat politici zoals Trump en Johnson doen, is de boosheid van mensen die door beslissers langzaam en stapsgewijs steeds verder worden onderdrukt, kanaliseren, ombuigen en vervolgens in de vorm van agressie en autoritaire eisen alsnog richten op degenen die anders het volk zouden kunnen mobiliseren voor hervormingen en tegen de onrechtvaardige behandeling waaraan het volk in het bestaande systeem door de beslissers wordt onderworpen. Met andere woorden: verdeel en heers.

Om een kans te maken mijn menszijn en mijn privacy met succes te verdedigen, moet ik enerzijds gebruik maken van de mogelijkheden die een redelijk en bonafide "populisme" me biedt, maar anderzijds moet ik zorgen dat ik niet het onderspit delf tegen autoritair en malafide "populisme".

In de hiervoor genoemde casus van de Arnhemse adresgebonden afvalpas valt te zien hoe ik daar deels wel, en deels niet in geslaagd ben. Enerzijds is er onder de Arnhemse bevolking inmiddels een brede onvrede ontstaan over de door het gemeentebestuur doorgedramde afsluiting van de afvalcontainers. Dat is mogelijk gemaakt door mijn juridische actie in de periode 2014-2017, gevolgd door het feitelijk weer open zijn van de containers in de periode 2017-2019. Daardoor werden veel Arnhemmers zich ervan bewust dat a) het afsluiten van de containers geen voldongen feit was; en b) dat het open zijn van de containers prettig is en leidt tot schonere straten. Op dit punt ben ik dus geslaagd in mijn strategie.

Anderzijds heeft de huidige onvrede bij de Arnhemse bevolking over het afsluiten van de containers maar weinig te maken met de privacy-problematiek. Het gaat vooral over gebruiks-onvriendelijkheid en over vervuiling van de straten. Het is mij niet gelukt om privacy hoog op de agenda van veel Arnhemmers te zetten. Hoogstens is er hier en daar wat meer bewustzijn dat er bij die adresgebonden afvalpasjes een privacy-aspect bestaat.

Wel heeft de casus met de Arnhemse afvalpas mogelijk bijgedragen, als één van vele bouwsteentjes, aan een meer algemene toename van privacy-bewustzijn in Nederland, die in de loop van vorig jaar (2019) merkbaar begon te worden. Ook heeft de Arnhemse casus, samen met de casussen op het gebied van privacy in het OV, bijgedragen aan mijn persoonlijke naamsbekendheid, en op die manier aan mijn toegang tot de media. Door verschillende zaken tegelijk te voeren, hoe vermoeiend dat ook is, creëer ik enige publicitaire dynamiek en verwerf mezelf op die manier iets meer mogelijkheden om de publieke opinie te beïnvloeden op het gebied van privacy.

Het is een lange, moeizame weg, die een lange adem vereist, en het nodige incasseringsvermogen. Ik moet leren om steeds mijn boosheid over het kwalijke gedrag van de AP als disfunctionerende "toezichthouder" te bedwingen en me niet te laten provoceren tot boze uitlatingen die als malafide populisme kunnen worden geïnterpreteerd. Door enerzijds te laten zien dat ik niet bang ben om de beslissers (de vigerende machthebbers ofwel de "elite") in duidelijke, en daardoor als "populistisch" kwalificeerbare bewoordingen aan te spreken, en anderzijds steeds te laten zien dat ik wel redelijk blijf, hoop ik uiteindelijk succes te boeken - in de vorm van meer bewustzijn van, en steun voor privacy, en in de vorm van gunstige juridische precedentwerking.

Autoritair denken en mobbing

In paragrafen 3.2.1 en 3.2.2 heb ik een verband gelegd tussen autoritair denken en het uitgaan van een tegenstelling tussen een *in-group* en een *out-group*. De *in-group* is de groep met macht waar men graag bij wil horen. De *out-group* is de groep waar men zich tegen afzet om in het geveel te komen bij de *in-group*, en met name bij de leider of leiders van de *in-group*. Dat doet men meestal niet uit slechtheid, maar om sociaal te overleven en geborgenheid te vinden. Als het al gaat om een vorm van "het kwaad", dan is het een nogal banale vorm - vrij naar Hannah Arendt.

Het is echter wel een vorm die, indien men zich er niet bewust van is, leidt tot directe en indirecte "*mobbing*" - het gezamenlijk pesten en onderdrukken van personen die door een *in-group* tot buitenstaander worden bestempeld. Zoals inmiddels bekend, leent het internet zich uitstekend als infrastructuur voor zulke pesterijen. Maar nog efficiënter is een combinatie van "sociale media" op internet en "klassieke" media, zoals het onderstaande citaat duidelijk maakt. Het gaat over de in paragraaf 2.4.4. al genoemde Caroline Flack, een presentatrice van de "reality show" Love Island op de Engelse TV, die een eind aan haar leven maakte na *mobbing* die plaatsvond via zowel internet als roddelbladen (*tabloids*):

Caroline Flack's death shows how social media has democratised cruelty

Tabloids always hounded celebrities but online, anyone can be a public figure – and everyone can join a mob. (...) What is really happening here is that a form of punitive moralism towards celebrities, long associated with the tabloid press and the police – whose alliance was exposed by the phone-hacking scandal – has now been democratised. The issue is not unkindness or random bad behaviour, but a cultural system of public sadism. (...)⁵⁸

Het is belangrijk om het verband tussen autoritair denken en *mobbing* te onderkennen, en tevens het verband tussen *mobbing* en hyperconnectiviteit (zie paragraaf 2.4.4). Deze twee verbanden maken in combinatie met elkaar duidelijk hoe gevaarlijk het is wanneer autoritair denken gepaard gaat met een onkritisch geloof in de zegeningen van almaar meer connectiviteit. Dat leidt namelijk tot *totalitair denken*, ook als er geen leider voorhanden is die de rol van totalitaire heerser vervult. Digitale connectiviteit wordt dan een manier om autoritaire connectiviteit af te dwingen, ten koste van humane connectiviteit.

Het verband tussen autoritair denken, malafide "populisme", *mobbing* en de kwetsbaarheid van de democratische rechtsstaat werd mooi verwoord in één van de 260 reacties onder een recent interview met mij, dat op de website Tweakers werd gepubliceerd. CAPSLOCK2000 vatte het daar in twee alinea's samen:

Niemand wil een dictatuur, maar er zijn wel een hoop mensen die dingen willen die niet in een moderne rechtstaat thuishoren. Als die stemmen voor iemand die dergelijke zaken gaan uitvoeren dan kom je in een dictatuur terecht. Mensen die kiezen voor maatregelen die bepaalde groepen het leven zuur maken, zoals steeds meer regels die alleen van

⁵⁸ Richard Seymour, "Caroline Flack's death shows how social media has democratised cruelty", in: *The Guardian*, 21 februari 2020. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/21/caroline-flack-death-social-media-cruelty-celebrities> (Geraadpleegd: 22 februari 2020).

toepassing [zijn] op mensen met een bepaald geloof of extreme maatregelen om "boeven" te pakken die erop neer komen dat iedereen voortdurend als verdachte wordt behandeld.

Voor de grote massa maakt het niet uit, je kan nooit iedereen onderdrukken. Iedere dictatuur is zo ingericht dat de grote massa er niet heel veel last van heeft. De problemen komen altijd terecht bij minderheden en mensen die zich verzetten tegen ongelijkheid. Een handige dictator weet dan zo met de gevoelens van de massa te spelen dat die zich keert tegen de minderheid. Tegen de tijd dat de meerderheid beseft dat ze met een dictator van doen hebben is het echt al veel te laat.⁵⁹

Mobbing komt voor in verschillende vormen, sommige relatief openlijk, andere meer verhuuld. Het is een vorm van collectief geweld en hangt samen met machtssystemen en de manier waarop mensen zich door die machtssystemen psychisch laten conditioneren, hetgeen vervolgens tot uiting komt in hun gedrag.

In het boek *Geweld* beschrijft Joke de Vries verschillende aspecten van zowel fysiek als mentaal geweld, en de psychische gevolgen daarvan.⁶⁰ Zij concentreert zich daarbij echter op geweld tussen relatiepartners en binnen gezinnen. Zij noemt collectief geweld in grootschalige vorm, zoals oorlogen. Maar zij besteedt geen aandacht aan de speciale dynamiek van kleinschaliger vormen van collectief geweld in "vredestijd", zoals *mobbing* of sociaal-psychologisch geweld dat plaatsvindt tussen leden van verschillende maatschappelijke groepen, waarbij het een rol speelt tot welke groep iemand behoort, en hoe machtig die groep is.

Met het oog op het doel van dit hoger-beroepschrift, zal ik het in paragraaf 3.3 hebben over autoritair denken van rechters. In paragraaf 3.3.1 zal ik daarbij ook kort aan de orde stellen hoe er subtiele *mobbing* kan plaatsvinden in de rechtszaal.

⁵⁹ Reactie CAPSLOCK2000 op 6 februari 2020 om 12:00 uur onder: Tijs Hofmans, "Interview met Michiel Jonker - privacy-activist uit irritatie en idealisme", <https://tweakers.net/reviews/7652/last/interview-met-michiel-jonker-anonieme-burger-en-privacyactivist.html?mode=nested&niv=0&order=desc&orderBy=time&page=3#reacties> (geraadpleegd: 26 februari 2020).

⁶⁰ Joke de Vries, *Geweld - het fenomeen, het trauma en de verwerking*, 2e druk, De Tijdstroom, 2016.

3.2.5 Privacy confronteert autoritair denkenden met grenzen en kwetsbaarheid

Mensen die opkomen voor hun privacy, roepen bij autoritair denkenden om verschillende redenen irritatie op, terwijl dat omgekeerd eveneens het geval is. Ik zal beide soort irritaties hier bespreken.

Waarom opkomen voor privacy confronterend is voor autoritair denkenden

Op ten minste drie manieren wekt iemand die opkomt voor privacy, irritatie bij mensen die autoritair denken.

(1) Grens. Ten eerste stelt een verdediging van het recht op privacy grenzen aan de macht van de *in-group* waartoe de autoritair denkende behoort, en waarmee hij of zij zich identificeert. Als iemand anders een grens aan jouw gedrag stelt, of aan het gedrag van jouw groep, dan wekt dat irritatie, omdat het impliceert dat jij die grens uit jezelf niet voldoende stelt.

Bovendien komt het in psychische zin over als een aanval op de macht van jouw groep, en daarmee als een aanval op jouw macht. Dat is zelfs zo wanneer de grens ergens wordt gesteld waar jij of jouw groep op dat moment nog geen macht hebben geclaimd of uitgeoefend. Want in dat geval wordt de grens gesteld aan jouw machtspotentieel, en daarmee aan jouw invloedssfeer.

In het geval van een verdediging van het recht op privacy komt daar nog bij, dat deze verdediging ook inhoudelijk gaat over respect voor grenzen, namelijk de grenzen van de privé-sfeer. De grenzen worden dus niet alleen verdedigd, maar ook expliciet benoemd. Dat maakt het extra confronterend en brengt een risico met zich mee van gezichtsverlies voor autoritair denkenden die de privé-sfeer in de praktijk zo min mogelijk willen respecteren.

(2) Kwetsbaarheid. Ten tweede confronteert een verdediging van het recht op privacy iemand die autoritair denkt, met diens eigen kwetsbaarheid. Ook iemand die autoritair denkt heeft een privéleven en een privé-sfeer, en is op dat punt kwetsbaar. Sterker nog, zo iemand is op dat punt extra kwetsbaar, omdat hij of zij zichzelf psychisch (deels) heeft uitgeleverd aan een *in-group*, die daardoor middelen heeft om druk uit te oefenen in, en ten aanzien van, zijn of haar privé-sfeer.

Er is niets zo irritant als geconfronteerd worden met je eigen kwetsbaarheid in een situatie waarin je die liever niet onder ogen wilt zien.

(3) Verlangen naar vrijheid. Maar het ergste wat iemand die opkomt voor zijn privacy, een autoritair denkende aandoet, is dat die laatste daardoor wordt geconfronteerd met zijn of haar eigen, diep weggestopte verlangens naar echte vrijheid. Om te overleven (wat in een land als Nederland vooral betekent: om sociaal te overleven in de eigen sociale groep) heeft de autoritair denkende zich geestelijk en emotioneel gecommitteerd aan groepsnormen op een manier die hem- of haarzelf geweld aandoet. Het is uiterst pijnlijk als datgene wat hij of zij zichzelf heeft aangedaan, aan het licht komt en aangeraakt wordt door iemand anders die geestelijk en emotioneel op dat punt wèl vrij is.

Dit verklaart de giftigheid waarmee autoritair denkenden vaak reageren op mensen die hun hoofd boven het maaiveld uitsteken en daarmee vrijheid tonen. Die kop moet eraf!

Angst en projectie

Onder die irritatie gaat steeds angst schuil. De angst om het houvast te verliezen dat de autoritair denkende ontleent aan zijn of haar plek in de structuur van de constellatie van *in-group* versus *out-group* (buitenstaanders). De angst om die geborgenheid te verliezen.

In reactie op die angst gaat de autoritair denkende zich verweren - om te beginnen in de beslotenheid van zijn of haar eigenhoofd, maar in het verlengde daarvan komt het ook tot uiting in communicatie, gedrag en beslissingen die worden genomen.

Het eerste verweer is een herhaling en versterking van het polariserende denken. In de ogen van de autoritair denkende is de persoon die opkomt voor zijn privacy, niet alleen een andere mening toegedaan - nee, diegene is ook "een irritant ventje", een "ziekelijke aandachtzoeker" en "iemand die moet worden opgenomen in een inrichting". Dankzij de onvolprezen anonimiteit die het internet biedt, worden deze gedachten ook luid en duidelijk de wereld ingeslingerd door zogeheten "reaguurders".

Het gaat hierbij niet alleen om *ad hominem* argumenten (op de man spelen), maar vooral ook om projecties van de kant van autoritair denkenden, die ze richten op mensen die opkomen voor privacy. Wat ze in hun eigen persoonlijkheid niet willen onderkennen, schrijven ze toe aan andere personen.

Dit komt het duidelijkste tot uiting in reacties waarin wordt gesteld dat iemand die opkomt voor privacy "kennelijk een probleem heeft met autoriteit". In zo'n reactie zit op het eerste gezicht een stuk waarheid. Inderdaad hebben privacy-activisten een probleem met onredelijk autoritair gedrag ten aanzien van het privéleven van anderen. Maar dat is niet wat zo'n autoritair denkende reageerder bedoelt. Hij bedoelt te zeggen dat een privacy-activist een onvolwassen houding heeft van waaruit hij elke vorm van autoriteit verwerpt.

Dat laatste is een projectie. Wat er in feite aan de hand is, is dat de autoritair denkende zelf nooit geleerd heeft om op een volwassen manier met autoriteit om te gaan, maar in plaats daarvan zijn eigen, innerlijke verlangen naar een vrije omgang met autoriteit heeft onderdrukt, om door middel van gehoorzaamheid sociaal te kunnen overleven. Datgene wat hij in zichzelf heeft onderdrukt, projecteert hij nu op de privacy-activist.

Het gaat mij er hier niet om de projecties van autoritair denkenden te veroordelen. Ieder mens volgt zijn eigen weg, op zijn eigen tijd, en dat dient te worden gerespecteerd. Maar er moeten wel grenzen worden gesteld aan het gedrag van mensen die, om hun eigen angsten te bezweren, onwelgevallige elementen van andermans privéleven en ook vrijheidslievende publieke uitingen van andere mensen proberen te onderdrukken door middel van *shaming* en *mobbing*.

Waarom autoritair denkenden confronterend zijn voor privacy-activisten

Als iemand die opkomt voor privacy, ervaar ik op mijn beurt de acties en reacties van autoritair denkenden ook als confronterend, op twee manieren.

(1) Kwetsbaarheid voor invasie van privésfeer. De invasie van de privésfeer van mij en andere mensen die door autoritair denkenden geoorloofd wordt geacht, confronteert me met mijn eigen kwetsbaarheid.

Dat is een ander soort kwetsbaarheid dan die van autoritair denkenden. Ik ben niet bang voor het verlies van het houvast van een *in-group*, omdat ik in de loop van mijn leven een ander soort *in-group* om me heen heb verzameld, namelijk een groep die: a) eigenlijk nauwelijks een groep is, maar meer een verzameling losse individuen; b) voor zover het een groep is, geen groep is waarbinnen autoritaire druk wordt uitgeoefend om ons te conformeren aan groepsnormen of informele hiërarchische verhoudingen; en c) geen groep is die mij als groep sociaalpsychologisch houvast biedt, maar eerder een verzameling van vrienden en kennissen, waarvan elke persoon mij in bepaalde gevallen een luisterend oor en feedback biedt. Ik loop niet het sociale risico in één keer uit die hele "groep" te worden gestoten, of uit een groot deel van die groep, maar hooguit het risico om individuele vrienden of kennissen kwijt te raken, zonder dat dat meteen mijn hele identiteit op zijn grondvesten doet schudden.

De kwetsbaarheid die ik wel ervaar, is om als buitenstaander door een *in-group* van autoritair denkenden onderworpen, onderdrukt en "gemobt" te worden, waarbij mijn privésfeer niet wordt gerespecteerd. Het "op de man spelen" van autoritair denkende "reaguurders" is al een eerste aanzet tot schending van iemands privésfeer, in de vorm van een poging tot het beschadigen van het beeld dat anderen over iemand hebben, maar uiteindelijk ook en vooral iemands zelfbeeld.

Als ik autoritair denk, en ik slaag erin om jou te laten voelen en uiteindelijk misschien zelfs te laten denken dat jij een irritante aansteller bent, dan ben ik erin geslaagd jou voor een belangrijk deel uit te schakelen, zodat jij minder verweer hebt tegen mijn streven naar sociale machtsontplooiing.

Van sociale naar politiek machtsontplooiing is het maar een kleine stap. Niet voor niets worden democratische landen door vertegenwoordigers van autoritair geregeerde landen vaak betiteld als "zwak" of "besluiteloos", in een poging om het zelfbeeld van de bevolkingen te ondermijnen. Ten tijde van de Irak-oorlog (2003) betitelden Amerikaanse haviken bijvoorbeeld Duitsland en Frankrijk, die toen weigerden om aan die agressie mee te doen, als het "oude Europa", dat te moe, te zwak en te decadent zou zijn om het "vrije Westen" te "verdedigen" tegen de "massavernietigingswapens" van de Iraakse leider Saddam Hussein - waarvan het bestaan niet was aangetoond, en die later ook niet bleken te hebben bestaan ten tijde van deze Amerikaanse invasie van Irak.

(2) Angst. Het tweede waar autoritair denkenden mij mee confronteren, is mijn eigen angst voor mijn hiervoor genoemde kwetsbaarheid ten aanzien van een met overmacht gepleegde invasie van mijn privé-sfeer. In het dagelijkse leven denk ik niet aan die angst, of onderdruk hem voor een deel, om sociaal goed te kunnen functioneren. Maar elke keer dat een autoritair denkende mijn redelijke argumenten van tafel veegt en/of op de man speelt door mij te karakteriseren als iets verwerpelijks, roept dat diep in mij de angst op om "gemobt" te worden - een volkomen begrijpelijke, menselijke reactie, die daarom echter niet minder confronterend is.

Er is dus sprake van een dynamiek waarin autoritair denkenden en vrijheidslievenden bij elkaar angsten oproepen.

Van mijn kant doe ik mijn best om zo'n angst niet op de ander te projecteren, bijvoorbeeld in de vorm van een complottheorie over de ander, maar hem te onderkennen als een angst van mijzelf. Rustig blijven ademen en adequaat handelen... Het hoeft niet perfect, al doende leert men...

3.3 Autoritair denken en handelen in de rechtspraak

In deze paragraaf zal ik ingaan op autoritair denken en handelen in de rechtspraak, dat wil zeggen door rechters. Om dat te doen in een (hoger) beroepschrift, is op zijn minst "zeer ongebruikelijk", maar waarschijnlijk raak ik hiermee ook zaken aan die in gerechtelijke procedures in de praktijk als taboe worden behandeld - ook al zullen rechters vinden dat ze in andere situaties, bijvoorbeeld aan de borreltafel of in een filosofisch debat, best mogen worden besproken.

Maar ook als deze zaken in de rechtszaal en in rechterlijke motiveringen als taboe worden behandeld, kan ik er als rechtzoekende in de huidige omstandigheden niet omheen ze toch te noemen, en aan uw Afdeling te verzoeken mijn argumenten op dit punt in overweging te nemen. De eerdergenoemde uitspraken van de Rechtbank Gelderland op 5 september 2019 en 4 februari 2020 hebben me duidelijk gemaakt dat het recht op reële privacy (dus niet slechts privacy op papier) op dit moment alleen adequaat kan worden verdedigd door ook de verwevenheid van de rechtspraak met het vigerende, privacy-schendende complex van overheden en bedrijven bespreekbaar te maken en te problematiseren.

3.3.1 Autoritair denken en voorname mobbing in de rechtszaal

De rechtszaal is de plek waarkan worden opgekomen tegen het creëren van een *out-group* en tegen op buitenstaanders gerichte *mobbing* - voor zover daarbij grondrechten van die buitenstaanders in het geding zijn. Bijvoorbeeld het recht op een gelijke behandeling in gelijke gevallen (discriminatieverbod), maar ook het recht op privacy. Immers, het recht op privacy berust op de omstandigheid van het mens-zijn, niet op de omstandigheid van het lidmaatschap van een *in-group*.⁶¹

Er zijn in de rechtszaal twee vormen van *mobbing* denkbaar. De ene vorm is er één waarin enige partij in het geding, al dan niet via de publieke tribune, probeert om de rechters en/of procespartijen te intimideren. Tegen dat soort pogingen tot *mobbing* wordt in Nederland meestal voldoende krachtig opgetreden. In gevallen van extreem bedreigende situaties (zoals bij de berechting van verdachten van zeer zware criminaliteit) worden er speciale maatregelen genomen om de rechters en een ordentelijk procesverloop te beschermen. Of die maatregelen in de praktijk voldoende zijn, kan ik bij gebrek aan kennis niet beoordelen. Ik zal deze vorm van *mobbing* hier verder buiten beschouwing laten.

De andere vorm van *mobbing* is die waarbij een rechter of rechters zelf autoritair denken, zich onbewust identificeren met een *in-group* van (bijvoorbeeld) hogere functionarissen in de uitvoerende en rechtsprekende macht (bestuurders, hoge beleidsambtenaren en rechters), en vanuit die identificatie buitenstaanders en hun argumenten niet (of niet volledig) toelaten tot het redelijk discours, dat zich in de rechtszaal en in de hoofden van rechters (in de rechtszaal en in de raadkamer) afspeelt.

⁶¹ De vraag of de mensheid in zijn totaliteit moet worden opgevat als een *in-group*, bijvoorbeeld in relatie tot dieren of in relatie tot robots, is aan de orde gekomen in paragraaf 2.3. Voor de vraag of er in de rechtszaal sprake is van *mobbing*, is het op zichzelf niet van belang waar precies de grens wordt gelegd tussen *in-group* en *out-group*, maar wel: a) of die grens door de rechter op enige wijze wordt getrokken; b) zo ja, hoe de getrokken grens zich verhoudt tot geldende wet- en regelgeving; en c) hoe de rechter verder omgaat met de eenmaal getrokken grens.

In dat geval zal zo'n rechter, wanneer voor hem een gewone burger verschijnt die opkomt voor een grondrecht, onbewust op die burger de kenmerken projecteren van iemand die niet tot de *in-group* behoort, maar die zich met een beroep op zo'n grondrecht toch probeert in te vechten in de *in-group*.

De onbewuste reactie van de rechter zal dan zijn om de *in-group*, en daarmee ook zichzelf, te verdedigen tegen zo'n invasie van buitenaf, en dus een manier te vinden om de eis die zo'n burger in rechte stelt, van tafel te vegen en de burger terug te wijzen naar de positie van een buitenstaander "die het niet begrijpt".

Het gaat hier om een emotionele, psychosociale reactie van zo'n rechter, die meestal verborgen blijft achter een masker van opgewekte, vriendelijke correctheid. Zolang rechtszoekenden beleefd en respectvol blijven, leiden bijna alle Nederlandse rechters hun zittingen op zeer minzame wijze. Maar soms lukt het een autoritair denkende rechter eventjes niet om het masker in stand te houden. Ik heb hiervan in rechtszittingen en de daaropvolgende uitspraken verschillende voorbeelden meegemaakt, waarvan ik hier alleen de rechtszitting in één van de onderhavige zaken zal noemen.

Op 16 december 2019 tijdens de zitting inzake mijn beroep over drie privacy-aantastingen door NS, vroeg de voorzittende rechter aan partijen of die in een laatste ronde nog iets wilden zeggen. Hij begon bij mij. Ik gaf aan mijn pleitnota te willen voorlezen. De voorzitter zei dat hij dat niet zou toestaan. Ik vroeg waarom niet. Op dat moment schoot de voorzitter uit zijn slof en stak met stemverheffing en een toornig gezicht een tirade af. Als ik minder ervaring had gehad, zou ik hierdoor geïntimideerd zijn geweest.

Halverwege die tirade realiseerde de voorzitter zich kennelijk dat dit niet helemaal goed overkwam (ik maakte ijverig notities). Hij ging alsnog over tot het verschaffen van informatie over de redenen waarom hij dat weigerde, die te maken hadden met een landelijk ingevoerde "professionele standaard" in relatie tot de zogeheten "nieuwe zaaksbehandeling". Hij deed dat nog steeds met een visueel en auditief boze expressie. Ik bleef kalm en noteerde wat hij zei. Toen hij klaar was, zei ik beleefd, terwijl ik mijn notities snel afrondde: "Ik dank u zeer." Ik richtte mijn blik omhoog naar de voorzitter en voegde er meteen aan toe: "Dat geeft me een beeld." Daarna was de sfeer in de rechtszaal opeens weer een stuk rustiger.

Maar ik wist nu dat er bij deze rechter, hoewel hij zichzelf halverwege zijn tirade deels had gecorrigeerd, achter het rechtsstatelijke masker een autoritaire houding schuilging die niet goed verenigbaar is met het rechtsstatelijk functioneren van een rechter. Deze stilzwijgende constatering beïnvloedde mijn inschatting van de kans dat de rechtbank mijn beroep gegrond zou verklaren. Ik had die kans, gezien de uitspraken op 5 september 2019, al vrij klein ingeschat. Nu schatte ik die kans nog kleiner in. Ik achtte het waarschijnlijk dat de rechtbank mijn beroep met een zo summier mogelijke argumentatie van tafel zou gaan vegen. Later bleek die inschatting terecht te zijn geweest, getuige de uitspraak van 4 februari 2020.

Voor een bespreking van de inhoud van die uitspraak, zie paragraaf 6 van dit hoger-beroepschrift.

3.3.2 Rechtssociologisch perspectief

Het is op zichzelf goed mogelijk om te kijken naar de manier de rechtspraak in de maatschappij functioneert, inclusief de eventuele verwevenheid van rechterlijke attitudes met traditionele of gegroeide, autoritaire bestuurspraktijken. Dit maakt namelijk deel uit van de onderwerpen die in de rechtssociologie worden bestudeerd:

De **rechtssociologie** is een onderdeel van de sociologie waarbinnen onderzoek wordt verricht naar de wisselwerking tussen het recht en de samenleving.

Thema's binnen het vakgebied zijn onder meer:

- de relatie tussen waarden, normen en sancties,
- de manier waarop normen betekenis krijgen binnen bepaalde culturen en maatschappelijke structuren,
- de rol van instituties in (de vorming van) patronen van denken en handelen,
- het verloop van processen van socialisatie
- de effecten van juridisering van conflicten
- de verschillen tussen formeel recht en recht in de praktijk.

Onderwijs en onderzoek op het gebied van rechtssociologie vindt voornamelijk plaats aan universiteiten met een faculteit Rechtsgeleerdheid.⁶²

Het ontbreekt mij, mede gezien de indieningstermijn voor dit hoger beroepschrift, aan tijd om te inventariseren wat er in de rechtssociologie zoal is geschreven over de invloed van machtsstructuren op rechterlijke attitudes en uitspraken. Ik zou het verwelkomen als een rechtssocioloog de gang van zaken met betrekking tot recente rechtszaken op het gebied van privacy analyseert.

Ik zou het ook verwelkomen als rechters, in volle onafhankelijkheid, in de motiveringen van hun uitspraken meer zelfreflectie tonen over eventuele spanning tussen de formele spelregels voor hun handelen en de ongeschreven regels van feitelijke machtsstructuren die hun handelen bepalen. Benoeming en explicitering daarvan is in het belang van het voortbestaan van onze rechtsstaat.

Met betrekking tot het onderwerp "verschil tussen formeel recht en recht in de praktijk" wil ik op één punt bijzondere aandacht vragen, namelijk de essentiële rol van toezichthouders en handhavers. Als die op cruciale punten stilzwijgend weigeren, zoals de AP en veel andere Nederlandse toezichthouders, om hun taak effectief te vervullen, vergroot dat de kloof tussen formeel recht en recht in de praktijk tot een wijde zee. De eerdergenoemde casus met betrekking tot de dood van Caroline Flack illustreert ook de funeste effecten van het ontbreken van effectief toezicht:

Calls for a "Caroline's law" to protect people from press persecution miss the point: the Leveson report proposed a genuinely independent press regulator that would use its teeth. But in 2018 Matt Hancock [Secretary of State for Digital, Culture, Media and Sport] killed off the last chance of implementing it.⁶³

⁶² Bron: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Rechtssociologie> (geraadpleegd: 28 februari 2020).

⁶³ Polly Toynbee, "Why the calls for legal curbs on the press? Because the watchdog has no teeth", in: *The Guardian*, 27 februari 2020. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/feb/27/new-law-british-press-watchdog-regulation> (geraadpleegd: 28 februari 2020).

3.3.3 Machiavelliaanse rechtspraak vs. rechtsstatelijke rechtspraak

"Machiavellisme" valt te omschrijven als "instrumentalisering van alles wat en iedereen die zich ervoor leent om als middel te dienen voor de verwerving en het behoud van macht".

De in Machiavelli's politieke theorievorming centraal staande "heerser" hoeft niet een enkele persoon te zijn die aan de top staat van een machtspyramide. Het gaat bij machtsvorming steeds om de aard van relaties die op elk niveau vorm kunnen krijgen. Ook de persoonlijke assistent van het hoofd van een afdeling Boekhouden kan een "heerser" zijn in machiavelliaanse zin. Bovendien kunnen er ook heersers bestaan met een collectief karakter. Het klassieke voorbeeld daarvan is een oligarchie.

Diffuus machiavellisme

De identiteit van zo'n collectieve "heerser" hoeft niet precies te zijn afgebakend. De grens tussen een club oligarchen en hun directe handlangers kan vaag zijn. Sommige van die handlangers zijn misschien aspirant-oligarchen die hopen uiteindelijk in de club van heersers te worden opgenomen, of zelfs die coöptatie discreet af te dwingen ("afgedwongen coöptatie" is een contradictio in terminis die een uitstekende beschrijving vormt van een bepaalde dynamiek). Er is dan sprake van een gedeeltelijk "diffuse" heerser.

In Nederland kan zo'n machiavellistische heerser ook een conglomeraat van overheden en bedrijven zijn, bevolkt door bestuurders, politici, ambtenaren, topmanagers, commissarissen, voorzitters van adviesorganen en andere sleutelfiguren, die samen heersen over een bepaald beleidsgebied, bijvoorbeeld het beleidsgebied van het openbaar vervoer. Afgelopen najaar heb ik een aanzet gegeven voor een analyse van de constellatie (machtsstructuur) die het Nederlandse OV beheerst (zie bijlage).⁶⁴ Er is dan niet alleen sprake van een "diffuse heerser", maar ook van een stijl van machtsuitoefening die het beste omschreven kan worden als "diffuus machiavellisme", vergelijkbaar met hofpolitiek en bureaupolitiek in situaties waar verschillende machtscentra bestaan die telkens informeel met elkaar in onderhandeling gaan.

Machiavellisme in de rechtspraak - (1) instrumentalisering en juridisering

Er zijn drie manieren waarop de rechtspraak een machiavellistisch karakter kan krijgen. Ten eerste kunnen heersers (ongeacht of het gaat om publieke of private heersers, en ongeacht of ze over enige vorm van democratische legitimiteit beschikken of niet) de spelregels van de rechtspraak op een machiavellistische manier inzetten om hun doelen te bereiken. Deze instrumentalisering van het recht vindt in heel veel landen op grote schaal plaats en komt tot uiting in wat ook wel "juridisering" wordt genoemd. Het recht wordt dan door heersers opgevat en misbruikt als niet meer dan een instrument om hun machtsdoelen te realiseren.

Ik heb dit in Nederland bijvoorbeeld kunnen observeren bij het gemeentebestuur van mijn woonplaats, waar ambtenaren soms alle middelen geoorloofd achten om bepaalde doelen te bereiken, zolang ze er maar "bij de rechter mee wegekomen". Dat ze daarmee telkens weer een nagel in de doodskist van de rechtsstaat slaan, boeit hen niet.

⁶⁴ Michiel Jonker, "OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatisme" (7 oktober 2019). Deze analyse wordt naar verwachting in maart 2020 inhoudelijk behandeld zal worden door de commissie Infrastructuur en Waterstaat van de Tweede Kamer. Tevens downloadbaar via: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtsvelden/mobiliteit/item/1158-rondetafelgesprek-tweede-kamer-over-toegang-tot-ov-data.html>

Machiavellisme in de rechtspraak - (2) dienstbaarheid aan de macht

Ten tweede kunnen rechters zich gaan opstellen als gewillige dienaren van heersers. Zulke rechters gaan dan actief hun medewerking verlenen aan de door de heersers gewenste instrumentalisering van het recht. Dat staat op gespannen voet met hun formele onafhankelijkheid, maar is in de eerste twee decennia van deze eeuw wel de trend geweest. Die trend kondigde zich aan het eind van de vorige eeuw, rond de invoering van de Algemene wet bestuursrecht, al aan. In de elfde druk van het handboek Hoofdstukken van Bestuursrecht (1999) lees ik bijvoorbeeld:

Hoewel de instrumentele invalshoek in de praktijk van wetgeving en bestuur altijd van groot belang is geweest, en ook de bestuurskunde zich er op wetenschappelijk niveau van meet af aan mee heeft beziggehouden, is de belangstelling van de administratiefrechtelijke literatuur voor dit aspect tot voor kort vrijwel afwezig geweest; die was traditioneel vooral gericht op rechtsbeschermingsvragen.⁶⁵

Die traditie - de primaire gerichtheid van rechters op rechtsbescherming - is de afgelopen twee decennia voortvarend afgebroken. Veel bestuursrechters gedragen zich tegenwoordig als leden van een onderafdeling van de uitvoerende macht, met als kennelijk doel het bestuur "soepel" te laten verlopen - dat wil zeggen: soepel voor de bestuurders, niet voor degenen die bestuurd worden.

Dit soort rechterlijk instrumenteel denken is niet volledig hetzelfde als rechterlijk machiavellisme, maar heeft daar wel mee te maken. Het gaat hier niet om het machiavellisme van een heerser, maar om een afgeleide vorm daarvan, namelijk de gehoorzaamheid van een dienaar aan zo'n heerser. De rechter instrumentaliseert de wet en het recht in dit geval niet rechtstreeks ten behoeve van zijn eigen machtspositie, maar doet dat in de eerste plaats ten behoeve van de machtspositie van een heerser waarvan hij zijn eigen, rechterlijke machtspositie (inclusief zijn carrièreperspectieven en zijn maatschappelijke status) als een afgeleide ervaart.

Dit is de vorm van rechterlijke dienstbaarheid waar de huidige Poolse regering naar streeft, en waarover die regering in conflict is geraakt met de Europese Unie. In Nederland blijft ditzelfde probleem echter bijna onopgemerkt, omdat het voor de Nederlandse regering niet nodig is die dienstbaarheid met draconische maatregelen op te leggen - hij is in de afgelopen twee decennia druppelsgewijs al met succes geïnjecteerd en door veel rechters geïnternaliseerd. Dat begon al met de roemruchte toernee destijds van Commissaris van de Koningin Jos van Kemenade, die namens "the powers that be" rond de millenniumwisseling in het hele land verkondigde dat "de rechter niet op de stoel van de bestuurder mag zitten" (onuitgesproken subtekst: maar wèl op schoot bij de bestuurder!).

Daarop was destijds kritiek, bijvoorbeeld door (de toen jonge) hoogleraar privaatrecht Rieme-Jan Tjittes, die in de Volkskrant schreef:

Van Kemenade is een man met een missie. Het pleidooi dat de rechter terug in zijn hok moet en het bestuur niet lastig moet vallen met die vage door de wetgever opgestelde rechtsregels, heeft hij als commissievoorzitter al ontvouwd in het rapport Bestuur in geding van november 1997. Nu kunnen rapporten meestal niet zoveel kwaad, maar sommige rapporten - en zeker niet altijd de beste - schoppen het ver. Zo ook dit.

⁶⁵ Willem Konijnenbelt en Ron van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, elfde druk, Elsevier, 1999, pag. 81.

De geest van Van Kemenade heeft onmiskenbaar invloed gehad niet alleen op het regeerakkoord van het tweede paarse kabinet, maar ook op de Justitiebegroting. In deze politieke documenten staat dat 'ongewenste vormen van juridisering' moeten worden tegengegaan. Dat is een politiek eufemisme voor het monddood maken van de burgers, de rechter en de wetgever.

(...) Minder aandacht voor rechtsbescherming en meer voor een goede en snelle besluitvorming is ook zijn devies. Ik bestrijd dat ten zeerste. In de eerste plaats bestaat het door Van Kemenade en de zijnen gesignaleerde probleem niet: de rechter zit niet op de stoel van het bestuur. De rechter toetst alleen of een overheidsbesluit met regels van het recht te verenigen is. Ook de overheid is aan het recht gebonden. Dat is het fundamentele beginsel van de rechtsstaat. Maar een binnen de wettelijke kaders passende beleidskeuze van het bestuur zal de rechter altijd respecteren.

(...) In de tweede plaats doen de voorstellen van Van Kemenade teniet wat in de afgelopen decennia zorgvuldig is ontwikkeld. De rechtsbescherming van de burger tegen de overheid door de bestuursrechter en de formulering door die rechter van algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan het overheidsgedrag moet voldoen, is betrekkelijk jong. Deze is pas na de oorlog tot ontwikkeling gekomen en pas in de jaren '80 vervolmaakt. Nauwelijks op de eindbestemming aangekomen moet volgens Van Kemenade de terugreis worden aanvaard. En er wordt al een begin gemaakt met de afbreuk van de rechtsbescherming ten gunste van een slagvaardig bestuur.⁶⁶

Onlangs is Van Kemenade overleden. Eveneens in de Volkskrant wordt hij nu genoemd als *"een zuiver en verstandig idealist, een erudiet met grote overtuigingskracht en een geducht en waardevol bestuurder. Een leeuw in de Hollandse hondenmand."* Met geen woord wordt er gerept over de schade die hij heeft aangericht aan de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in Nederland.⁶⁷ Kennelijk is de afbraak van rechtsbescherming die de afgelopen twintig jaar heeft plaatsgevonden, al in hoge mate genormaliseerd, en daardoor vergeten. Of misschien is de schrijver van de necrologie nog jong en herinnert zich daardoor niet dat het ooit anders was.

Over de doden niets dan goeds, maar over hun beleid en de schadelijke effecten van hun handelen mag wel het één en ander worden gezegd.

Machiavellisme in de rechtspraak - (3) identificatie met de macht

Een derde vorm van machiavellisme in de rechtspraak ontstaat als rechters zich niet zozeer dienstbaar opstellen ten aanzien van de uitvoerende macht, maar zich primair identificeren met het landsbestuur, en hooguit secundair met rechtsbescherming van gewone burgers. Hoewel zij bekend zijn met de trias politica, is die in hun overwegingen gereduceerd tot een soort formeel kader, dat in de praktijk niet langer bepalend is voor hun handelen als rechter.

66 Rieme-Jan Tjitte, "Naar een Paarse Pruijkentijd?", in: *De Volkskrant*, 10 december 1998.

<https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/naar-een-paarse-pruijkentijd~bf221b5e/> (geraadpleegd: 28 februari 2020)

67 Jan Joost Lindner, "Jos van Kemenade (1937-2020): erudiet bestuurder met grote overtuigingskracht", in: *De Volkskrant*, 19 februari 2020. <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/jos-van-kemenade-1937-2020-erudiet-bestuurder-met-grote-overtuigingskracht~bbbf5d2/> (geraadpleegd: 28 februari 2020)

Rechters die zich identificeren met het landsbestuur, identificeren zich met heersers, en hebben daardoor minder verweer tegen de o zo menselijke neiging om zich geleidelijk aan ook te gaan gedragen als heersers. In de rechtszaal is er geen tegenspraak, want de rechter heeft (terecht!) de regie over behandeling ter zitting. Maar als er geen tegenspraak is, is het risico op de ontwikkeling van zonnekoning-gedrag levensgroot. Ieder mens heeft een ego, en als dat ego geen weerstand ondervindt van andere ego's, heeft het de neiging zichzelf langzaam op te blazen. Dit is één van de aspecten van het bekende verschijnsel dat "macht corrupteert".

In paragraaf 3.3.1 heb ik een incident in de rechtszaal beschreven waarin het ego van een autoritair denkende rechter eventjes zichtbaar werd, in de vorm van een tirade in reactie op een beleefde vraag. Dat leek een beetje op "*bullying*" of "*mobbing*". In de zittingsaantekeningen valt daar niet of nauwelijks iets van terug te vinden. Daar valt het volgende te lezen:

Vz: Laatste ronde.

Eiser: Heb pleitnota.

Vz: Worden eigenlijk niet meer geaccepteerd. Alleen via vragen.

Eiser: Voor het eerst dat mij dit verteld wordt. Wanneer dit nieuwe beleid?

Vz: Staat op rechtspraak.nl. Ik ben vz en bepaal orde op de zitting. Nieuwe zaaksbehandeling sinds 2013. We werken aan de hand van professionele standaarden.⁶⁸

Waarom vond de voorzitter het nodig om ten overvloede nog eens te vermelden dat hij de voorzitter was en de orde bepaalde op de zitting? Niemand had dat betwist.

Rationalisering van rechterlijk machiavellisme

Het incidentje van de rechterlijke tirade naar aanleiding van het verzoek een pleitnota te mogen voorlezen, is interessant doordat het een autoritaire houding heel even zichtbaar maakt. Maar meestal wordt die houding goed verhuld achter minzaamheid en juridisch jargon dat wordt gebruikt om autoritair denken te rationaliseren. Dat maakt het in die gevallen moeilijk of zelfs onmogelijk om erachter te komen van welk van de drie hiervoor beschreven soorten machiavellisme er eigenlijk sprake is: door het bestuur afgedwongen instrumentalisering, rechterlijke dienstbaarheid of rechterlijke identificatie met de macht? En in de praktijk zal er meestal sprake zijn van een combinatie van factoren - die in elkaars verlengde liggen en elkaar versterken.

Bij rationalisering van autoritair denken of machiavellisme gaat het om het rationaliseren van een handelwijze die gericht is op het gehoorzamen aan en uitoefenen van macht, op zo'n manier dat die handelwijze, los van het werkelijke morele gehalte van de machtsuitoefening, een schijn van redelijkheid en rechtmatigheid verwerft. Het gaat in dat geval, met andere woorden, om het door de rechter witwassen van arbitraire, onredelijke machtsuitoefening.

68 Zittingsaantekeningen ARN 19/3510, 16 december 2019 (kopie van handgeschreven), pp. 7-8.

Vanuit een Machiavellistische opvatting van het functioneren van heersers, is dat laatste ook precies de door een intelligente heerser gewenste functie van rechtspraak.

De noodzaak van een brug van rechtsfilosofie naar rechtspraak

Zoals velen voor mij, heb ik enerzijds respect voor het realiteitsgehalte van de beschrijving die Machiavelli in zijn beroemde boek *De vorst* geeft van de manier waarop heersers (of dat nu politici, ambtenaren, CEO's of grootaandeelhouders zijn) in de praktijk macht uitoefenen.

Anderzijds is het niet in overeenstemming met mijn geweten, en ook niet in mijn eigen belang (ik ben immers geen heerser), om dergelijke vormen van machtsuitoefening lijdzaam te accepteren als onontkoombare *facts of life*, waarover gezwegen zou moeten worden. Het kan ook anders en beter! De door veel mensen in de wereld nagestreefde, en soms deels ook gerealiseerde democratische rechtsstaat is het beste voorbeeld van hoe het in de moderne wereld in de praktijk anders en beter kan.

Er bestaan, zoals uw Afdeling weet, uitvoerige beschrijvingen van hoe en in welke omstandigheden rechtspraak zou moeten functioneren. Die beschrijvingen variëren van betogen met een hoog filosofisch gehalte, zoals bijvoorbeeld werken van Montesquieu, Immanuel Kant, Hannah Arendt en John Rawls, tot handboeken gericht op de praktische toepassing van recht in een democratische rechtsstaat.⁶⁹ In dit beroepschrift hoef ik niets toe te voegen aan die weldoordachte visies en normenkaders. We kunnen op de schouders van deze reuzen staan.

Uit de uitspraken van sommige autorair denkende bestuursrechters blijkt echter dat er bij hen ofwel sprake van (verhuld) cynisme over de manier waarop zij hun taak zouden moeten uitoefenen, ofwel van een incorrect zelfbeeld volgens welke zij in de beoefening van hun taak voldoen aan de normen die de rechtsstaat stelt, terwijl zij daar in feite niet aan voldoen. De uitspraken waartegen ik thans opkom, zijn daar voorbeelden van.

Met het oog op de thans voorliggende casus, en gezien het eerder genoemde feit dat ik weinig te verliezen heb als de problematiek van rechterlijk autoritair denken niet bespreekbaar kan worden gemaakt, zie ik me daarom genoodzaakt iets te zeggen over de manier waarop te veel bestuursrechters in de huidige Nederlandse rechtspraak falen als het gaat om het realiseren van de ethische kwaliteit van rechtspraak waarvoor de zojuist genoemde visies en normenkaders meer dan genoeg aanknopingspunten bieden.

⁶⁹ Voorbeelden van het eerste: Montesquieu, *De l'esprit des lois*; Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden - ein philosophischer Entwurf* en *Die Metaphysik der Sitten*; Hannah Arendt, *The Human Condition*; John Rawls, *A Theory of Justice*; voorbeeld van het laatste: Van Wijk, Konijnenbelt en Van Male: *Hoofdstukken van bestuursrecht*.

3.3.4 Profielen van rechterlijke bewustheid, bekwaamheid en moraal

De mogelijkheden ten aanzien van de professionaliteit (vaktechnisch en ethisch) van elke Nederlandse bestuursrechter kunnen in beginsel in het volgende schema worden samengevat:

- I Goed functionerende rechters (**bewust-bekwaam**)
- II Rechters die goed rechtspreken, maar zichzelf niet goed genoeg vinden (**onbewust-bekwaam**)
 - a) Rechters die het aangrijpen om hun vaardigheden nog verder te verbeteren, om alsnog tot categorie I te kunnen toetreden;
 - b) Rechters die het aangrijpen om, door middel van verdere persoonlijke ontwikkeling, iets van hun perfectionisme los te laten en zo alsnog tot categorie I te kunnen toetreden;
 - c) Rechters die het aangrijpen om ontslag te nemen en/of een ander beroep te kiezen;
 - d) Rechters die eronder lijden, maar er niets of weinig aan veranderen.
- III Rechters die niet goed rechtspreken, en dat van zichzelf weten (**bewust-onbekwaam**)
 - a) Rechters die het aangrijpen om ontslag te nemen en/of een ander beroep te kiezen;
 - b) Rechters die pogingen doen hun vaardigheden te verbeteren om ze alsnog tot het vereiste niveau te brengen;
 - c) Rechters die eronder lijden, maar er niets of te weinig aan veranderen;
 - d) Cynische rechters.
- IV Rechters die niet goed rechtspreken, zonder dat te weten (**onbewust-onbekwaam**)
 - a) Rechters die op zich in staat zijn hun disfunctioneren te onderkennen, maar dat weigeren en hun disfunctioneren in plaats daarvan ontkennen (ze verkeren *in denial* en beschouwen zichzelf als behorend tot categorie I, d.w.z. bewust-bekwaam);
 - b) Rechters die als gevolg van hun persoonlijke beperkingen niet in staat zijn om (althans zonder hulp van buitenaf) hun eigen disfunctioneren te onderkennen (ze zijn *incompetent* maar beschouwen zichzelf als bewust-bekwaam).

Noot (1): Onder "bekwaamheid" versta ik hier alle eigenschappen die een rechter nodig heeft om goed recht te spreken. Hieronder valt dus ook de eigenschap "moed" en "onafhankelijkheid" ten overstaan van machtsstructuren. Noot (2): Meng- en overgangsvormen tussen de verschillende categorieën komen natuurlijk veel voor.

Zoals ik in paragrafen 5 en 6 (beroepsgronden) nader zal onderbouwen, hebben in de thans voorliggende casussen waarin de Rechtbank Gelderland op 4 februari 2020 uitspraak heeft gedaan, en in de casussen waarover die rechtbank op 5 september 2019 uitspraak heeft gedaan, de rechters, en in ieder geval de voorzitters van de twee meervoudige kamers die de zaken behandelden, er telkens voor gekozen om het standpunt van de machtigste partij te herhalen en te

onderschrijven, en om door mij ingebrachte argumenten te negeren of zonder onderbouwing te verwerpen. Op die manier hebben deze rechters niet de wet, maar de macht gevolgd.

Het is duidelijk dat het hier, in termen van het schema hierboven, om rechtspraak gaat die valt in categorie III of IV: niet-bekwame rechtspraak. De vraag is dan tot welke subcategorieën de betreffende rechters op basis van hun gedrag in deze casussen het beste kunnen worden geplaatst. Ik kan niet in de "*black box*" van hun hoofden kijken. En de rationalisaties in de motiveringen van hun uitspraken maken ook niet duidelijk wat er in hen is omgegaan.

Maar op basis van mijn impressies ter zitting (beide voorzitters maakten deel uit van beide meervoudige kamers), vermoed ik dat er bij één van hen sprake is van categorie IV-a) met een tendens richting III-b) en III-c), en bij de ander van categorie IV-a) met een tendens richting III-d).

3.3.5 Het onbewust volgen van macht in plaats van recht - mogelijke netwerkcorruptie

Het is dus mijn inschatting dat deze beide voorzittende bestuursrechters niet bewust ervoor hebben gekozen om autoritair te denken en de macht te volgen in plaats van de wet, maar eerder onbewust, vanuit gewenning en een (deels?) onbewuste identificatie met de wensen en het perspectief van andere functionarissen die net als zij behoren tot een circuit van bestuurders, rechters, hoge beleidsadviseurs en andere notabelen.

Je zou dit verschijnsel kunnen aanduiden met twee modieuze woorden: "*bubble*" (in dit geval een netwerk van mensen in vergelijkbare sociale en professionele omstandigheden die in vormen van groepsdenken terecht zijn gekomen) en "klassejustitie" (waarin de "klasse" niet zozeer bepaald wordt door de afkomst of de financiële positie van procespartijen in de rechtszaak, maar vooral door hun verbindingen met relevante netwerken in het Nederlandse bestuur).

Als je dergelijke rechtspraak opvat als een vorm van corruptie, dan zou het een vorm van "netwerkcorruptie" zijn - een in Nederland relatief sterk optredende vorm, die te maken lijkt te hebben met het Nederlandse "poldermodel" dat ruime mogelijkheden biedt voor handel in invloed en het uitwisselen van politieke, bestuurlijke en ambtelijke gunsten zonder dat er aanwijsbaar materiële gunsten worden verleend.⁷⁰ Iemand van Turkse afkomst vertelde mij ooit dat Nederlandse ambtenaren en rechters veel corrupter zijn dan Turkse. Waarom? "*In Turkije moet je tenminste nog flinke bedragen aan steekpenningen betalen. In Nederland doen ze het gratis als ze je kennen.*"

Dit roept de vraag op of er zoiets kan bestaan als "onbewuste corruptie". Bekend is het voorbeeld van de directeur van het Havenbedrijf van Rotterdam, Willem Karel Scholten (1944-2017), die financiële garanties van het Havenbedrijf regelde voor de in financiële problemen verkerende zakenman Joep van den Nieuwenhuyzen, en die tevens van deze zakenman geld ontving en dat op een Zwitserse bankrekening zette waarover hij als privé-persoon de zeggenschap had. Tijdens de rechtszaak hield Scholten vol dat hij niet corrupt was en dat het niet om steekpenningen ging. Hij had naar eigen zeggen het geld alleen tijdelijk op de Zwitserse rekening willen parkeren, juist om te zorgen dat er met dat geld niks verkeers gebeurde. Uiteindelijk werd hij door de rechter wel veroordeeld, maar alleen tot een voorwaardelijke gevangenisstraf en een beperkte geldboete.⁷¹

Zover kan "onbewustheid" dus gaan. In het geval van eventuele netwerkcorruptie van rechters zou het dus niet vreemd zijn als zij zich daar zelf "niet van bewust zijn" ofwel, in de terminologie van de standaard-ontkenning van Nederlandse functionarissen die ergens van beschuldigd worden, "zich daar niet in herkennen".

⁷⁰ Zie bijv. het proefschrift van Willeke Slingerland over netwerkcorruptie. "Corruptie is niet een 'slachtofferloos' misdrijf. Corruptie veroorzaakt veel schade. De algemene definitie van corruptie, gehanteerd door de Wereldbank en Transparency International luidt: "Corruptie is het misbruik maken van toevertrouwde macht voor privaat gewin". Slingerland definieert corruptie als: "Toestaan dat oneigenlijke belangen besluitvorming beïnvloeden ten koste van het algemeen belang". De kern van corruptie zit in het resultaat van besluitvorming en de uitruil van belangen. " Bron: <https://beroepseer.nl/blogs/algemeen/netwerkcorruptie-proefschrift-over-uitruilen-gunsten-en-smalle-scheidslijn-tussen-lobbyen-en-corrupt-gedrag/> (23 juli 2018). Een interview met Slingerland is te vinden op: <https://www.cafeweltschmerz.nl/category/gasten-en-interviewers/willeke-slingerland-gasten-en-interviewers/>

⁷¹ Zie bijv. Frank de Kruif, *Het havenschandaal: het verbijsterende verhaal achter een miljoenenaffaire*, 2015.

3.3.6 Verschuivende opvattingen over wat corruptie is - een terugval?

In de vorige paragraaf noemde ik het begrip "netwerkcorruptie" als een manier om het gedrag te kunnen verklaren van rechters die, zonder dat er sprake is van steekpenningen of rechtstreekse intimidatie, toch primair de wensen van machtige partijen volgen en die hun interpretatie van de teksten van wet- en regelgeving van die wensen laten afhangen.

Ik twijfel er niet aan dat rechters die op zo'n manier de macht volgen, van zichzelf vinden dat zij zaken "zorgvuldig" beoordelen en daarin "zorgvuldig" uitspraak doen. Zij vinden zichzelf zeker niet corrupt.

Opvattingen over wat beschouwd moet worden als corruptie - en in het bijzonder rechterlijke corruptie - zijn vanaf het begin van de rechterlijke macht aan verandering onderhevig geweest.

Onder het Franse *ancien régime* was belangenverstrengeling bij rechters bijvoorbeeld heel gewoon. Zo kon een dorpsheer zowel de wetgevende en rechterlijke macht als het dagelijkse bestuur in een dorp uitoefenen. Bovendien konden rechterlijke ambten worden geërfd en verhandeld.⁷²

Later ging men daar, onder invloed van denkers zoals John Locke en Charles Montesquieu, heel anders over denken en ontstond het idee van een "democratische rechtsstaat" met een scheiding tussen de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht, dat geleidelijk ingevuld werd met steeds meer "checks and balances". Men begon steeds meer vormen van belangenverstrengeling van rechters met de uitvoerende macht corrupt te vinden.

Maar als een moderne rechtbank, zoals de Rechtbank Gelderland, het geoorloofd acht om de macht van een conglomeraat van overheden en bedrijven in zijn rechtspraak zwaarder te laten wegen dan de wet en een redelijke toepassing daarvan op de voorhanden feiten, dan zijn we wellicht veel minder ver verwijderd van de situatie onder het *ancien régime* dan we graag zouden denken.

Zoals ik ook in de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hoger-beroepschrift van 9 oktober 2019 heb aangegeven, moet het hoogtepunt van de democratische rechtsstaat wellicht ergens in de periode tussen 1970 en 2000 worden geplaatst. Vanaf ca. 2000 lijkt er sprake te zijn geweest van een uitholling van de rechtsstaat onder invloed van het neoliberale denken ("overheidsbemoeyenis - ook die van rechters - is onnodig en slecht"), instrumentalisering van het bestuurlijke denken (wet en recht als uitvoeringsinstrumenten) en het wegvallen van de Sovjet-Unie als tegenstander. Tot 1990 legde de nabijheid van een rivaal van het Noord-Atlantische bondgenootschap druk op bestuurlijke en juridische elites in West-Europa om, ter bevestiging van de legitimiteit van het kapitalistische bestel, aan de eigen burgers te laten zien dat het in Europa met de rechtsstaat en de rechtsbescherming menens was, en dat wetten door rechters serieus werden genomen.

⁷² Zie bijv. J.S. McClelland, *A History of Western Political Thought*, 1996, p. 317: "[Montesquieu] began his working life as a lawyer (...) in the provincial *parlement* of Bordeaux. The office was hereditary in Montesquieu's family, and it was saleable (Montesquieu was eventually to sell it), a typical example of the feudal privileges of the nobility (...)."

Uiteraard zal geen rechter openlijk willen zeggen of denken dat hij of zij de wet niet serieus neemt. Ook Russische, Iraanse, Chinese en Saoedische rechters zullen anno 2020 in hun retoriek de wet voorop stellen. De vraag is echter waar rechters zich werkelijk door laten leiden. Dat valt af te leiden uit hun uitspraken in concrete rechtszaken, en hoe die uitspraken zich verhouden tot wetten en feiten.

De uitspraken van de Rechtbank Gelderland op 4 februari 2020 laten zien dat er eigenlijk maar twee mogelijkheden zijn:

- Ofwel we leven nog steeds in een democratische rechtsstaat, en dan moeten deze rechterlijke uitspraken als corrupt worden beschouwd, omdat ze strijdig zijn met elementaire normen van rechtspleging en wettigheid in zo'n rechtsstaat.
- Ofwel we leven niet meer in een democratische rechtsstaat. In dat geval hoeven deze rechterlijke uitspraken niet als corrupt te worden beschouwd, maar kunnen in plaats daarvan simpelweg gezien worden als uitingen van rechterlijke gehoorzaamheid aan de huidige machthebbers in het nieuwe, post-rechtsstatelijke staatsbestel.

Ik acht de kans uitermate klein, maar als uw Afdeling in uw uitspraak in de onderhavige zaak zou aangeven dat we niet meer in een democratische rechtsstaat leven en ik derhalve in de praktijk geen aanspraak kan maken op de privacy-rechten die mij ten tijde van de democratische rechtsstaat waren toebedeeld en die nominaal nog steeds in de betreffende verdragen en wetten staan, dan zou ik dat in zekere zin waarderen. Het zou getuigen van een bepaald soort eerlijkheid.

Het zou verfrissend zijn, en ik zou de hele zaak, zoals die vanaf het eerste begin gevoerd is, gaan heroverwegen. Ik zou het niet meer zien als een voorbeeld van aantasting van mijn rechten, maar als een voorbeeld van hoe een rechtsstaat kan worden afgeschaft. Misschien zou ik op bezoek gaan bij burgers van voormalige Oostblok-landen, om van hen iets te leren over hoe je als mens het beste kunt omgaan met een situatie waarin je niet langer in en rechtsstaat woont.

Er zou voor mij een interessante, nieuwe levensfase volgen, waarin ik me waarschijnlijk niet meer druk zou maken over mijn rechten, maar me in plaats daarvan veel meer zou richten op het cultiveren van prettige relaties met functionarissen die op enig moment relevante beslissingsmacht over mijn leven zouden kunnen hebben of krijgen.

En als er verkiezingen kwamen, zou ik misschien denken: "Kom, doe eens gek," en op een frisse, nieuwe partij stemmen die goed zou passen bij de nieuwe tijdgeest.

Het zou misschien voor veel mensen wel een opluchting zijn als de huidige, bestuursrechtelijke façade van rechtsstatelijkheid verdwijnt. Maar wat komt daar van voor in de plaats. Ik denk dat er een keuze is tussen twee wegen: of de rechtsstaat krijgt meer materiële inhoud in de verhouding tussen bestuur (in de breedste zin van het woord) en burgers, of hij verdwijnt.

3.3.7 Autoritair denken over de rechterlijke hiërarchie

In paragrafen 3.3.1 en 3.3.3 t/m 3.3.6 heb ik rechterlijk autoritair denken besproken als oorzaak van de uitspraken waarmee de Rechtbank Gelderland de argumenten in mijn beroepschriften over privacy negeerde en mijn beroepen op 5 september 2019 en 4 februari 2020 ongegrond verklaarde. Een laatste aspect van dit autoritaire denken zijn opvattingen van bestuursrechters over hoe de rechtelijke macht zelf in de praktijk zou moeten functioneren. Zulke opvattingen kunnen ook een rol spelen bij het terzijde schuiven van argumenten en het ongegrond verklaren van beroepen.

Ik zou me twee opvattingen over de rechterlijke macht kunnen voorstellen die een lagere bestuursrechter aanleiding geven om de argumenten in een beroepschrift te negeren en het dan ongegrond te verklaren.

Bestuurlijke belangen als criterium voor competentie van een lagere rechtbank

De eerste opvatting zou zijn dat de rechtbank zichzelf niet werkelijk competent achtte om over de door mij naar voren gebrachte zaken te oordelen, vanwege het belang dat bepaalde bestuurlijke instanties aan een bepaalde uitkomst van de zaak hechtten. Het kan zijn dat een lagere rechtbank, zonder dat het ergens in de wet staat, zich in de praktijk niet bevoegd acht om uitspraken te doen die voor veel bestuurlijk ongemak zouden zorgen, en daarom meent dergelijke zaken te moeten doorschuiven naar de hogere rechter (uw Afdeling) die ze dan in tweede aanleg kan behandelen.

Deze opvatting zou echter meer dan één opzicht problematisch zijn. Eén tegenwerping heb ik ook al genoemd in mijn eerdergenoemde hoger-beroepschrift d.d. 10 september 2019 over de Arnhemse adresgebonden afvalpas, dat thans bij uw Afdeling in behandeling is.⁷³ Door een beroep op deze wijze zonder werkelijke, materiële beoordeling door te schuiven, ontnemt de lagere rechter mij mijn recht op behandeling in tweede aanleg, dat deel uitmaakt van mijn recht op een eerlijk proces (artt. 6 en 13 EVRM). Want in de praktijk verandert de behandeling door uw Afdeling op deze wijze, materieel gezien, in de behandeling in eerste aanleg.

Een andere tegenwerping is dat de lagere rechter op deze manier de aard van de rechterlijke hiërarchie zou miskennen. Het gaat daarbij immers niet om een hiërarchie ten aanzien van de onderwerpen waarover mag worden geoordeeld, maar om een hiërarchie ten aanzien van het gezag dat rechterlijke uitspraken hebben. Het gezag van de uitspraken van uw Afdeling gaat boven dat van de uitspraken van de rechter in eerste aanleg.

De oorzaak van deze miskening lijkt, opnieuw, in een vorm van autoritair denken te liggen, vergelijkbaar met het autoritaire denken van de Amerikaanse president Donald Trump, die zichzelf de "hoogste wetshandhaver van het land" noemde, terwijl in de Verenigde Staten niet hij dat is, maar de Minister van Justitie (Attorney General). Trump denkt dat hij, omdat hij "over alle onderwerpen gaat", ook over wetshandhaving gaat. Hij vergeet dat er behalve van een inhoudelijke taakverdeling, ook sprake is van een procedurele taakverdeling, die relevant is voor de vraag wie er voor een bepaalde handeling bevoegd is. Als de rechtbank zichzelf in de praktijk niet bevoegd acht om bepaalde onderwerpen in eerste aanleg te behandelen en die bevoegdheid informeel/materieel bij uw Afdeling legt, dan is dat eigenlijk een "omgekeerd Trumpje".

⁷³ Uw zaaknummer: 201906880.

Bevordering rechtseenheid als reden voor doorschuiven van zaak

Een tweede mogelijke opvatting zou kunnen zijn dat het bevorderlijk is voor de rechtseenheid als zaken over een bepaald onderwerp meteen worden doorgeschoven naar uw Afdeling als de hogere rechter. De redenering zou dan zijn dat de rechtbank, door mijn beroep op zonder veel argumenten ongegrond te verklaren, ervan uit kan gaan dat ik hoogstwaarschijnlijk in hoger beroep zal gaan, waardoor uw Afdeling in de gelegenheid is een oordeel uit te spreken dat veel gezag heeft en mogelijk informeel is afgestemd met (leden van) de andere Afdeling van de Raad van State, namelijk de Afdeling die de regering adviseert. Op die manier kan er niet alleen rechtseenheid worden bewerkstelligd, maar (bijvoorbeeld als "neveneffect") ook harmonie tussen de uitvoerende en rechterlijke macht, en wel op het hoogste niveau.

Ook een dergelijke opvatting zou het eerdergenoemde probleem met zich meebrengen dat een ontneming van een behandeling in tweede aanleg in strijd is met het recht op een eerlijk proces.

Daarnaast zou een dergelijke opvatting op gespannen voet staan met het principe van precedentwerking via het gezag van gewijsde. Ook een uitspraak van een lagere rechter heeft gezag van gewijsde, als daar niet tegen wordt opgekomen door één van de procespartijen. Voor de rechtseenheid is het dus niet nodig een zaak informeel/materieel in eerste aanleg door de hogere rechter te laten behandelen.

Deze opvatting zou getuigen van verwarring tussen enerzijds rechtseenheid en anderzijds rechterlijk mandaat. Rechtseenheid kan en moet worden bevorderd door middel van transparante, specifieke, duidelijke rechterlijke uitspraken, niet door middel van het afschuiven van de beoordeling naar één centraal orakel dat op politieke wijze een knoop doorhakt. Als er (informeel, niet openlijk) sprake zou zijn van een dergelijke verwarring, dan is dat ook weer het gevolg van autoritair denken.

Een autoritair denkende hecht waarde aan de wensen en beslissingen van degene die een hoge positie bekleedt. De precieze formulering van de inhoud van die wensen en beslissingen is voor de autoritair denkende minder belangrijk, zolang hij of zij maar weet "welke kant" de hoge functionaris "op wil" in een specifiek geval. Een autoritair denkende heeft geen ernstig bezwaar tegen willekeur of een onbeargumenteerde, ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen - zolang dat maar conform de kenbare wensen van de vigerende machthebbers is.

In de logica van de autoritair denkende, is rechtseenheid eigenlijk niets anders dan machtseenheid: een centraal, onbetwist gezag waarmee iedereen in de pas loopt.

Een autoritair denkende ziet de rechterlijke macht in essentie als een besluitvormingsmachine die deel uitmaakt van de grotere besluitvormingsmachine van de staat. Dat is een andere opvatting dan die van de rechtstatelijk denkende, die de rechterlijke macht eerder ziet als een verzameling procesafspraken ten behoeve van het toetsen van beslissingen en handelingen.

Terwijl de autoritair denkende zich op de wensen van machtige personen richt, richt de rechtstatelijk denkende zich op de bevordering van (kenbare, voor ieder gelijke) rechtvaardigheid.

3.4 De keuze van uw Afdeling ten aanzien van autoritair denken

De keuze van uw Afdeling ten aanzien van autoritair denken is in essentie natuurlijk eenvoudig: doet u eraan mee, of niet? Zo ja, dan schaft uw Afdeling daarmee de Nederlandse rechtsstaat af. Zo nee, dan blijft het voortbestaan van de Nederlandse rechtsstaat zonder Europese disciplinerende mogelijkheden.

Het gaat bij die keuze niet om rechterlijke rationalisaties, maar om rechterlijke motieven. Laat de rechter zich bewegen door een wens om machthebbers te behagen die willen dicteren hoe de wet moet worden geïnterpreteerd? Of laat de rechter zich bewegen door een wens om de doelen die de wetgever heeft beoogd, zo getrouw mogelijk te volgen bij het toetsen aan die wet van situaties die de wetgever niet volledig heeft voorzien - ook als die toetsing leidt tot een oordeel dat de macht van grote partijen tegen hun zin beteugelt?

Ik wil er tegenover uw Afdeling geen misverstand over laten bestaan dat de rechters die in de door mij ingestelde vier beroepen op 5 september 2019 en 4 februari 2020 uitspraak hebben gedaan, daarbij in mijn ogen hebben gehandeld als lakeien van de macht, niet als onafhankelijke rechters. Niet omdat ze het niet met me eens waren, maar omdat ze mijn redelijke argumenten negeerden, in plaats van ze in de motivering van hun uitspraken te weerleggen.

Ik besef dat ik, door dit expliciet te benoemen, een bestaand taboe doorbreek. Een getrainde advocaat zou dit taboe nooit doorbreken, want "daar worden rechters niet blij van en dat kan alleen maar in jouw nadeel werken", zoals iemand mij adviseerde.

Maar ik zie geen andere manier om dit cruciale probleem bespreekbaar te maken, en ben er ook van overtuigd dat als ik dit probleem niet publiekelijk bespreekbaar maak, de kans bijna 100% is dat ik mijn hoger beroep ga verliezen, vanwege de informele druk waaronder rechters, inclusief uw Afdeling, staan van de kant van machtige partijen op het gebied van OV (overheidsinstanties en private partijen). Ik heb dus in mijn eigen ogen weinig meer te verliezen, en wil in ieder geval voorkomen dat er een situatie ontstaat waarin de privacy in het OV door een pseudo-rechtsstaat stilzwijgend kan worden afgeschaft. Als de privacy een wezenlijk onderdeel van de rechtsstaat wordt afgeschaft, dan mag dat niet onopgemerkt blijven.

Het benoemen van de onrechtsstatelijkheid van het gedrag van de lagere rechters, in combinatie met mijn hoger-beroepen tegen hun uitspraken, stelt uw Afdeling voor een pijnlijke keuze.

Eenzijds kunt u ervoor kiezen om de lagere rechters in bescherming te nemen als collega's, en tegelijk een aantal machthebbers van dienst te zijn door hen te faciliteren, en om die redenen mijn hoger-beroepen ongegrond te verklaren. Daarmee zou u, in machiavellistische zin, op korte termijn twee vliegen in één klap slaan. U zou daarmee een façade van rechtseenheid en rechterlijke gezaghebbendheid in stand houden, en u zou een aanvaring voorkomen tussen enerzijds de rechterlijke macht en anderzijds de uitvoerende macht en het daarmee verbonden lobby-netwerk van vervoer- en data-bedrijven en andere informele data-machthebbers.

Anderzijds kunt u ervoor kiezen om mijn hoger-beroepen en de besluiten waartegen die gericht zijn, op hun inhoudelijke merites te beoordelen, in de context van de omstandigheden van het

concrete geval - inclusief de omstandigheden van het actuele krachtenveld op het gebied van data in het OV en recente ontwikkelingen in de omgang met privacy meer in het algemeen. U kunt die omstandigheden in uw uitspraak ook benoemen en aangeven hoe die meewegen in uw oordeel.

Maar in dat laatste geval zal een aantal invloedrijke mensen en instituties waarschijnlijk niet blij zijn met uw uitspraak, want nog los van of u mij daarmee in het gelijk stelt of niet, menen zij waarschijnlijk belang te hebben bij het niet-benoemen van een aantal zaken.

Ik twijfel niet aan het vermogen van uw Afdeling om, wat u ook kiest, uw keuze te motiveren met lange, grammaticaal correcte volzinnen. Dat is op zichzelf ook goed. Van mijn kant ben ik wel voornemens die volzinnen straks te analyseren, waar nodig kritisch te beschouwen, en die beschouwing ook in de publiciteit te brengen. Als er sprake is van een goede motivering, zal ik dat toejuichen. Als er in mijn ogen sprake is van rationalisaties waarmee zaken worden toegedekt, ben ik voornemens dat te benoemen.

Als de privacy van Nederlandse OV-reizigers in de ogen van ons hoogste bestuursrechtelijke rechtscollege zonder noodzaak structureel mag worden aangetast en in essentie mag worden afgeschaft, dan zal ik daaraan zoveel mogelijk ruchtbaarheid geven. Ook ben ik dan voornemens daarover een verzoekschrift in te dienen bij de juiste Europese rechter (ofwel het EVRM, ofwel het HvJEU - graag hoor ik van u tot welke van deze beide instanties ik mij in dat geval zou moeten wenden).

4 Privacy, connectiviteit, autoritair denken en de toekomst van de democratische rechtsstaat

4.1 Democratische rechtsstaat voor beginners - zelfbinding en innovatie

Natuurlijk ga ik uw Afdeling niet vertellen wat een democratische rechtsstaat is. Maar volledigheidshalve voel ik me toch verplicht hier ten overvloede te verwijzen naar het boekje *De rechtsstaat voor beginners* van Dorien Pessers, hoogleraar rechtsfilosofie en rechtstheorie. Zij voelde zich niet te goed om voor gewone mensen een handzame, inleidende samenvatting te schrijven, in begrijpelijke taal. Zij begint als volgt:

De democratische rechtsstaat is een utopisch Verlichtingsproject dat bijna driehonderd jaar geleden in de studeerkamer van filosofen als een politiek denkmodel werd ontworpen en vervolgens na revoluties werd ingevoerd in Amerikaanse en West-Europese naties. Dat dit model tot zo'n dynamische geschiedenis zou leiden, is niet alleen te danken aan de rationele overtuigingskracht ervan, maar ook en vooral aan de radicale aspiraties die aan het model ten grondslag liggen: vrijheid, gelijkheid, rechtvaardigheid en een leven in menselijke waardigheid. Inmiddels worden overal ter wereld deze aspiraties van de rechtsstaat tot strijdkreet verheven en inspireren ze politieke bewegingen tot opstand en verzet tegen onderdrukking en onmenselijke behandeling.⁷⁴

Ik zou de aandacht van uw Afdeling willen vragen voor de uitdrukking "radicale aspiraties" in bovengenoemd citaat. Ooit was de democratische rechtsstaat een project van en voor radicalen. En is hij dat niet eigenlijk nog steeds? Het kan lonen om af en toe weer met een "*beginner's mind*" naar de democratische rechtsstaat te kijken. Wat was de bedoeling daarvan ook alweer? Waarom hebben mensen hun leven gegeven om hem te realiseren?

Dat was niet om in eindeloze, bureaucratisch-juridische procedures verzeild te raken, waarin rechters, gebruikmakend van een abstract en weinig transparant jargon, de aspiraties van gewone mensen ten aanzien van vrijheid en menselijke waardigheid glimlachend opzij schuiven en onder het vloerkleed vegen.

Pessers onderkent wel degelijke de complexiteit van de situatie, inclusief klasseverschillen en verschillen in opleiding, beschaving enzovoort. Even verderop schrijft zij:

Of neem de vrijheid van het individu, een van de basisprincipes van de rechtsstaat. Het individu is niet in staat om deze vrijheid zelf te garanderen, maar heeft een sterke staat nodig om zijn vrijheid af te dwingen. En wat te denken van een actueel verschijnsel als het populisme? Betekent democratie - de regeringsvorm waartoe de rechtsstaat logischerwijs verplicht - niet dat het volk zelf de politieke soevereiniteit bezit? Dat het volk zelf bepaalt aan welke wetten het zich zal binden? (...) Kennelijk wordt onder volkssoevereiniteit niet de soevereiniteit van het plebs verstaan. De representatieve democratie probeert althans vanouds dat deel van het volk buiten de deur te houden dat armoedig en slecht is opgeleid en dat niet geacht wordt in staat te zijn tot zelfbeheersing en rationele beraadslaging. Dat een democratie niet geregeerd wordt *door* het volk, maar *voor* het volk, was in de

⁷⁴ Dorien Pessers, *De rechtsstaat voor beginners*, Uitgeverij Balans, Amsterdam, 2011, pag. 7.

negentiende eeuw een algemeen gedeelde overtuiging van de politieke elite. Het systeem van een representatieve democratie berust nog steeds op die overtuiging.⁷⁵

Pessers ziet populisme als een "onvermijdelijk bijproduct" van een dergelijk systeem, en op zijn best ook als een "correctie op een falende representatieve democratie". Zij waarschuwt wel voor populisme met "totalitaire aanspraken":

Dit soort populisme houdt overigens niet per se een bedreiging van de democratie in. De democratie is immers de ruimte van het conflict, de ruimte waar tegengestelde belangen worden behartigd, waar wordt gevochten met woorden in plaats van met wapens. Maar zodra de woorden tot populistische wapens worden die geen ander doel hebben dan de ander te dehumaniseren en tot zwijgen te brengen, dan ondermijnt dit populisme niet alleen de democratie, maar ook de rechtsstaat. De rechtsstaat beoogt immers de ruimte van de eenheid en van de vreedzame gemeenschap te zijn, waar emoties, angsten en fantasieën worden gekanaliseerd en getemperd door het recht dat onder andere maat, evenwicht, proportionaliteit en bovenal goede trouw voorschrijft. De rechtsstaat fungeert daardoor als het normatieve kader van de democratie. De democratie kan veel retorisch geweld verdragen, maar de rechtsstaat kan dat niet. De inzet van de rechtsstaat is daarvoor te hoog. Het gaat in eerste en historische instantie om niet minder dan het bezweren van de angsten voor de onbekende ander en het beteugelen van de agressie die uit die angsten voortkomt. Het mechanisme waarmee de rechtsstaat vrede tussen vreemden tracht te bewerkstelligen is dat van de wederkerigheid.⁷⁶

Ik citeer dit laatste om twee redenen. Ten eerste wil ik aan uw Afdeling laten zien dat ik oog heb voor de complexiteit van de afwegingen die u moet maken, ook in de voorliggende casus. Ik probeer het "populistische gehalte" in mijn communicatie steeds te doseren, met het oog op de constructieve doelen die ik nastreef. Ik onderschrijf wat Pessers zegt: "(...) ook van de burger wordt zelfbinding aan de constitutie gevraagd."⁷⁷ Enerzijds wil ik meer verbinding leggen tussen het juridisch discours en de belevingswereld van gewone mensen, anderzijds wil ik op die manier het juridische discours juist beschermen. Met een knipoog in deze tijden van Covid-19 zou u mijn benadering kunnen zien als een poging de rechtsstaat te vaccineren tegen een besmettelijk virus.

Ten tweede wil ik wijzen op de mogelijkheid van een situatie waarin de rechterlijke macht zelf vervreemd is geraakt van een reële vorm van wederkerigheid tussen rechters en rechtzoekenden, waardoor rechters en gewone mensen als "onbekende anderen" tegenover elkaar komen te staan. Een situatie waarin "goede trouw" zijn betekenis verliest, doordat er een gemeenschappelijke taal ontbreekt waarin rechters en gewone mensen zich aan elkaar verstaanbaar zouden kunnen maken - opgesloten als ze zijn in verschillende *bubbles*. Een situatie waarin rechters "evenwicht" zien wanneer zij aan de wensen van hun eigen soort mensen (in het bestuurlijk-rechterlijke circuit) een vele malen groter gewicht toekennen dan aan die van gewone mensen die in hun leven niet te veel "gestoord" willen worden door - en "van" - al die ambtenaren, semi-ambtenaren, gehaaide managers, aalgladde woordvoerders, ondoordringbare helpdesks, arrogante bestuurders en... ja, ook rechters.

75 Ibid., pp. 8-9.

76 Ibid., pp. 10-11.

77 Ibid., pag. 43.

Natuurlijk kunnen de talrijke invasies in het privéleven van gewone mensen dankzij nieuwe, digitale technieken zodanig worden uitgevoerd en geregistreerd dat ze het *bijna* niet merken, zolang die mensen geen pech hebben en zich conform standaardnormen gedragen. Maar het sleutelwoord is hier "bijna". Men merkt er toch wel iets van, ook al doet men zijn best om dat niet te doen, en daardoor groeit er langzaam onvrede. De listige, onopvallend gepleegde onderwerping van mensen aan allerlei privacy-schendingen waarmee hun individuele veiligheid en vrijheid sluipenderwijs wordt ondermijnd, kan lange tijd "goed" gaan, maar draagt bij aan een proces dat leidt tot een broeierige vulkaan, waarin de druk oploopt.

Dit brengt een risico met zich mee dat door Pessers als volgt wordt benoemd:

Net zoals in het oude regime de koning aan de wet en zijn verbond met het volk was gebonden, zo wordt ook de staat gebonden aan de afspraken die burgers met elkaar en de staat hebben gemaakt. Zodra de staat faalt en dus te kwader trouw handelt, ontstaat er recht van verzet tegen die staat. Het recht op verzet tegen de macht die het vertrouwen schendt, is het eerste recht van vrije burgers.⁷⁸

Aan het eind van haar boek wijst Pessers op wat er nodig is om onze rechtsstaat te redden:

Indien het project van de rechtsstaat wordt voortgezet, zullen de rechtvaardigheidsbeginselen opnieuw geïnnoveerd moeten worden. (...) De natuur, het water, de lucht en het landschap zijn van iedereen en niemand (...). Zij vormen het natuurlijke erfgoed van de mensheid (...). Zij behoren daarom buiten de handel te blijven (...).⁷⁹

Wat Pessers hier niet noemt, is een essentieel onderdeel van de natuur, namelijk de menselijke natuur, die alleen kan overleven als reële privacy blijft bestaan. Wellicht had ze dat wel gedaan als zij haar boek niet in 2011, maar tien jaar later had geschreven.

Er is van de kant van alle drie traditionele machten (wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende) grondige innovatie vereist. Als het gaat om rechtvaardigheidsbeginselen, is daarbij voor uw Afdeling een voorname rol weggelegd als één van de hoogste bestuursrechtelijke rechtscolleges. Hoe kunt u ervoor zorgen dat in de rechtszaken die door u worden behandeld, weer een werkelijke dialoog plaatsvindt, die (ook in de ogen van gewone mensen) niet is gereduceerd tot een rituele dans in de vorm van een schimmentheater waarin houderige poppen elkaar bestoken met retorische, semi-mystieke standaardformules? Hoe kunt u ervoor zorgen dat gewone mensen weer gaan ervaren dat u, als hoogste rechtscollege, het recht in de praktijk inzet als een schild voor de kwetsbaren, door de wederkerigheid tussen machthebbers en burgers effectief te verdedigen als het gaat om het naleven van het sociale contract?

In de volgende paragraaf zal ik proberen een eerste, simpele aanzet te geven voor beantwoording van die vraag, aan de hand van de voorliggende casus met betrekking tot privacy in het openbaar vervoer.

78 Ibid., pp. 37-38.

79 Ibid., pag. 70.

4.2 Relativering van connectiviteitsambities en verwerping van autoritair denken

Het probleem van dehumanisering van het recht

In augustus 2016 won een Amerikaanse vrachtwagenchauffeur, Alphonse Maddin, in hoger beroep een rechtszaak tegen zijn ontslag zeven jaar eerder. Destijds was de aanhanger van de vrachtwagen die hij bestuurde, bij een temperatuur van 27C onder nul stuk gegaan. Urenlang was er geen reparateur gekomen, terwijl de verwarming in de cabine ook was uitgevallen. Uiteindelijk had Maddin, om zijn leven te redden, de aanhanger van zijn vrachtwagen minder dan een half uur alleen gelaten om naar een benzinestation te rijden. Dat was de enige manier om zijn leven te redden en niet in zijn onverwarmde cabine te bevriezen. Maar dat was ook in strijd met de instructies van zijn baas om de lading van de vrachtwagen nooit alleen te laten. Daarom had zijn baas hem na afloop ontslagen. Van de zeven rechters die de zaak behandelden, stelden zes Maddin in het gelijk. De enige rechter die afweek, was Neil Gorsuch, die later door president Trump zou worden benoemd in het Supreme Court van de VS:

While Maddin had largely won because he was deemed justified in putting his safety above the company's instructions, Gorsuch disagreed because the law states that it protects someone refusing to operate their truck, whereas Maddin had in effect refused not to operate it, instead insisting on driving to reach shelter.

Gorsuch, like conservative supreme court justices John Roberts and Samuel Alito, is known as a constructionist – preferring to apply the exact text of a law and avoid interpreting it – and an originalist – a judge who prefers to rely on the US constitution in its original form.

Gorsuch's dissent said it was not the judges' job to decide whether the decision to fire Maddin "was a wise or kind one".

"Our only task is to decide if it was an illegal one and ... the law before us protects only employees who refuse to operate vehicles, period," he wrote.

A worker attempting to use a broader interpretation of the law to protect his health and safety was no more a valid legal argument than someone using "an office computer not for work but to compose the great American novel", he wrote, adding: "Good luck."⁸⁰

In het Nederlandse bestuursrecht lijkt de afgelopen twee decennia sprake te zijn geweest van een vergelijkbaar verschijnsel aan dat van het "constructionisme" van zeer rechtse rechters, niet omdat Nederlandse bestuursrechters even "rechts" zouden zijn, maar omdat in veel Nederlandse uitspraken een grote afstand tot uiting komt van het soort interpretatie van wet- en regelgeving die mensen reële bescherming zou bieden. Mogelijk is er de laatste jaren op sommige plekken sprake van een kentering. Maar in de door mij gevoerde privacy-zaken die zijn behandeld door de Rechtbank Gelderland, zie ik een dergelijke kentering nog niet.

80 Joanna Walters, "When Neil Gorsuch put corporate interests over a man freezing to death", in: *The Guardian*, 23 maart 2017. <https://www.theguardian.com/law/2017/mar/23/neil-gorsuch-supreme-court-frozen-trucker-alphonse-maddin> (geraadpleegd: 28 februari 2020).

De zaak-Maddin biedt een ethisch aanknopingspunt voor een goede interpretatie van wet- en regelgeving in het thans aan uw Afdeling voorliggende hoger beroep. In de zaak-Maddin waren uiteindelijk de reële omstandigheden en de reële voorwaarden voor de bescherming van een mens doorslaggevend, en niet een abstracte, formalistische interpretatie van de wet, waarmee bepaalde zakelijke belangen van transportbedrijven werden bediend en waarmee rechter Gorsuch zich het welgevallen van president Trump verwierf, hetgeen bevorderlijk was voor zijn verdere carrière.

De dehumanisering die sluipenderwijze in het Nederlandse bestuursrecht normaal is geworden, is niet iets wat zich alleen in het bestuursrecht heeft voorgedaan, en zelfs niet alleen in het recht. Ik lees bijvoorbeeld de volgende aankondiging van een programma van VPRO Tegenlicht over "de stille ramp in de GGZ":

Want hoe zorgen we ervoor dat hulpverleners weer bezig zijn met hulpverlenen in plaats van papierwerk? Hoe komen we af van het stigmatiserende hokjesdenken, en gaan we mensen met een psychische kwetsbaarheid weer zien als individuen, in plaats van als een set diagnoses?⁸¹

Analoog daaraan zou mijn vraag zijn: *"Hoe zorgen we ervoor dat bestuursrechters weer bezig zijn met rechtspreken in plaats van papierwerk? Hoe komen we af van het ontkennde hokjesdenken, en gaan we mensen die nadeel ondervinden van bestuurlijk handelen weer zien als individuen met rechten, in plaats van als een set belangen die bijna vanzelf als kleiner worden opgevat dan de belangen van overheden met meer macht?"*

De overeenkomst tussen de problemen in de rechtspraak en in andere sectoren is geen toeval, maar een gevolg van de opkomst van neoliberal denken, waarbij de machtsaanspraak van een financiële elite die in dat denken besloten ligt, is vermomd achter een laag zogenaamd "efficiency-denken", inclusief een "trickle-down"-fantasie: de aanname dat de voordelen van die vermeende verbetering van efficiëntie uiteindelijk bij iedereen terecht zouden komen. Sinds de economische crisis van 2008-2011 is het voor veel mensen duidelijk dat dit niet klopt en dat het om een vorm van bluff gaat waarmee neoliberalisten ons maatschappelijke systeem hebben gekaapt en geperverteerd. Helaas is daarbij ook de bestuursrechtspraak niet ongemoeid gebleven.

(Re)humanisering van de rechtspraak

Als het om privacy en connectiviteit gaat, pleit ik voor een **(re)humanisering van de rechtspraak** in het bestuursrecht. Dit zou onder andere inhouden dat de bestuursrechter:

- kijkt naar het effect van mogelijke uitspraken op de reële bescherming van de privacy van de betreffende burger(s);
- de wet expliciet interpreteert met een bredere blik dan alleen met de vraag voor ogen of de letterlijke tekst van de wet een bepaald overheidsbesluit rechtstreeks verbiedt.

Dat zou onder andere inhouden dat de bestuursrechter:

- connectiviteitsambities analyseert als daarop een beroep wordt gedaan voor het rechtvaardigen van inbreuken op de privacy, en daarbij onderscheid maakt tussen verschillende soorten connectiviteit (bijv. analoge en digitale; of: fysieke, emotionele en cognitieve; of: organisatorische, juridische en projectmatige; etc.)

81 Aankondiging d.d. 29 februari 2020 van de aflevering "Gewoon gek" van VPRO Tegenlicht, uitgezonden op 1 maart 2020.

- het belang van de verschillende soorten connectiviteit relativeert en weegt, en niet uitgaat van een dogma dat meer connectiviteit altijd goed en dus nodig is;
- de negatieve effecten van de ene soort connectiviteit op de andere soort connectiviteit mee in beschouwing neemt;
- het belang van individuele mensen centraal stelt in het afwegen van belangen op het gebied van privacy en connectiviteit, en dus niet aan (leiders van) grote organisaties of netwerken belangen toekent of toeschrijft die (qua aard of zwaarte) niet werkelijk te herleiden vallen tot concrete belangen van individuen;
- ook kijkt naar collectieve menselijke belangen op de langere termijn, zoals het behoud van onze democratische rechtsstaat en wat daarvoor materieel (d.w.z. werkelijk) nodig is op het gebied van voorwaarden voor het behoud van individualiteit en individuele handelingsvrijheid;
- besluiten en maatregelen die de privacy raken, rechtstreeks toetst aan artikel 8 EVRM;
- de relevantie van artikel 8 EVRM voor de verwerking van persoonsgegevens onderkent, omdat artikel 8 EVRM, anders dan de AVG of "Verdrag 108", de verwerking van persoonsgegevens behandelt in relatie tot het gehele privéleven van mensen, en niet als een separaat behandelbare categorie;
- autoritair denken verwerpt, en in plaats daarvan radicaal kiest voor rechtsstatelijk denken;
- in de rechterlijke afweging een duidelijk onderscheid maakt tussen de concepten "belang" en "macht", en niet langer de macht van overheden en kapitaalkrachtige private partijen van invloed laat zijn op de rechterlijke perceptie van de grootte van hun belangen vergeleken met die van burgers.

Ik besef ten volle dat zo'n (re)humanisering van de rechtspraktijk niet door burgers kan worden afgedwongen in het huidige staats- en rechtsbestel. In dit bestel zijn rechters formeel onafhankelijk van iedereen, en feitelijk in ieder geval onafhankelijk van individuele burgers (maar niet van sommige bestuurlijke machtscentra, hoewel dat wel zou moeten). Dit betekent dat, zolang het huidige bestel voortbestaat, individuele burgers niet in de positie zijn om rechters te dwingen om op een meer rechtsstatelijke wijze recht te spreken. Rechters zijn daardoor in de praktijk vrij om, bijvoorbeeld onder invloed van de wensen van bestuurders, het sociale contract van de rechtsstaat stilletjes ingrijpend te wijzigen, uit te hollen of op belangrijke punten zelfs op te zeggen.

Dit brengt voor het gevestigde bestuur wel het risico met zich mee dat een groot aantal burgers op enig moment wakker wordt en merkt dat ze, in een bestel dat stilzwijgend en geleidelijk in hun nadeel is gewijzigd, "te pakken zijn/worden genomen". Dan kan er op enig moment, naar aanleiding van een "lont in het kruitvat", volkswoede ontstaan, die aangegrepen kan worden door partijen die weinig respect hebben voor het huidige bestel en het wellicht omver willen gooien.

Als dat gebeurt, kan ook de feitelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht verder worden uitgehold of geëlimineerd, en kan ook de formele onafhankelijkheid daarvan in gevaar komen (denk aan Trump; Johnson; Erdogan; Bolsonaro; Orban; Kaczynski; Höcke).

Daarom lijkt het mij, gezien vanuit het perspectief van de voorstanders van behoud van het huidige bestel, verstandiger om de rechtsstaat meer materiële inhoud te geven dan die van een uitgehold, nominaal, formeel bouwsel waaraan burgers op belangrijke punten geen adequate bescherming kunnen ontlenen tegen machtige organisaties (overheden en formeel private organisaties).

4.3 Artikel 8 EVRM, Verdrag 108 en connectiviteit in het juridisch denken

(1) Waar het gaat om de toekomst van de democratische rechtsstaat in relatie tot privacy, connectiviteit en autoritair denken, is het ten slotte nodig om in te gaan op de opvatting dat burgers geen aanspraak kunnen maken op de rechten met betrekking tot privacy die vervat zijn in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) of die voortvloeien uit artikel 10 van de Nederlandse Grondwet.

Die opvatting trof ik voor wat betreft het EVRM voor het eerst expliciet aan in een schriftelijke uiteenzetting d.d. 15 november 2019, gericht aan uw Afdeling, in het hoger beroep inzake de Arnhemse adresgebonden afvalpas (uw zaaknummer: 201906880). De uiteenzetting is afkomstig van advocaat M.P.M. Hennekens, gemachtigde van de gemeente Arnhem.

Centraal in haar uiteenzetting staat het door de Raad van Europa opgestelde en in 1985 in werking getreden "Verdrag tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens", ook wel bekend als "Verdrag 108", alsmede een op 10 oktober 2018 vastgesteld wijzigingsprotocol daarvan, het zogeheten *Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*".

In de kern betoogt mw. Hennekens dat "Verdrag 108" en het daaraan toegevoegde protocol in de praktijk moeten worden gezien als een vervanging van artikel 8 EVRM, en dat een beroep van mij als burger op het EVRM als internationaal mensenrechtenverdrag daardoor niet meer kan slagen. Als dat zou kloppen, zou de bescherming die artikel 8 EVRM als internationaal verdrag biedt, op die manier met behulp van een nieuw verdrag zijn uitgeschakeld.

(2) Als het voor een EU-lidstaat mogelijk is om door middel van een nieuw verdrag een ander, eerder gesloten verdrag in de praktijk uit te schakelen, zonder dat het land zijn deelname aan dat eerdere verdrag openlijk opzegt, dan zou dat verreikende, negatieve consequenties hebben voor de rechtszekerheid van Nederlandse en Europese burgers, en voor "the rule of law" in Europa.

(3) Omdat ik in al mijn hoger-beroepen, inclusief de thans voorliggende casus, betoog dat de AVG moet worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 8 EVRM, is de uiteenzetting van mw. Hennekens ook relevant voor de thans voorliggende casus.

Ik was voorafgaand aan de uiteenzetting van mw. Hennekens niet op de hoogte van het bestaan van "Verdrag 108". Voor zover ik me herinner, is het in de verschillende privacy-procedures die ik heb gevoerd, nog niet eerder genoemd. Het wordt nu als een konijn uit een hoge hoed gehaald.

Als uw Afdeling van oordeel zou zijn dat, als gevolg van het bestaan van "Verdrag 108" een beroep op artikel 8 EVRM met betrekking tot mijn privacy niet kan slagen, en ook niet een beroep op artikel 10 Grondwet, dan zou mijn rechtspositie op het gebied van de bescherming van mijn privé-sfeer opeens zeer kwetsbaar kunnen worden. Daarom wil ik hier alvast kort op de redenering van Hennekens ingaan. De indieningstermijn voor dit hoger beroep en mijn persoonlijke omstandigheden staan mij niet toe om me op dit punt nu al te baseren op nader onderzoek.

"Verdrag 108": een uitbreiding van artikel 8 EVRM is geen inperking daarvan

(4) Preambule "Verdrag 108". In haar uiteenzetting verwijst Hennekens naar de preambule van het "Verdrag 108", waar gesteld ("overwogen") wordt dat het wenselijk is het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer "uit te breiden" gezien "de toeneming van het grensoverschrijdende verkeer van langs geautomatiseerde weg verwerkte persoonsgegevens".

Vervolgens stelt Hennekens iets anders, namelijk dat "Verdrag 108" "de concrete uitwerking [bevat] van de algemene bescherming van de persoonlijke levenssfeer van art. 8 EVRM."⁸²

De concrete uitwerking van een internationaal verdrag is echter niet hetzelfde als een uitbreiding van de bescherming die zo'n verdrag biedt. Een uit**breiding** biedt nieuwe, extra bescherming, terwijl een uit**werking** een nadere interpretatie van bestaande bescherming biedt. De preambule van "Verdrag 108" zegt dus iets anders dan wat Hennekens erin wil lezen.

(5) Misinterpretatie van "samenvatting" en "achtergrond". Vervolgens doet Hennekens een tweede poging tot misinterpretatie van de (openlijke, kenbare) bedoeling van "Verdrag 108", door middel van een verwijzing naar het later daaraan toegevoegde protocol. Zij verwijst naar de samenvatting van het protocol, waarin staat (met door Hennekens toegevoegde onderstreping):

The modernisation of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, the only existing legally binding international treaty with global relevance in this field, addresses the challenges to privacy resulting from the use of new information and communication technologies, and strengthens the convention's mechanism to ensure its effective implementation.⁸³

Even later verwijst zij ook naar "de achtergrond bij het voorstel van het besluit", waarbij zij doelt op het "Besluit (EU) 2019/682 van de Raad van Europa van 9 april 2019". In die kennelijk door Nederlandse ambtenaren opgestelde "achtergrond" staat een "toelichting", kennelijk bedoeld ter advisering van de Nederlandse minister die namens ons land met Besluit(EU) 2019/682 heeft ingestemd, en/of ter advisering van de Tweede Kamer. Hennekens citeert de volgende passage uit die toelichting:

Het Verdrag van de Raad van Europa tot bescherming van personen met betrekking tot de geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens ("Verdrag 108") is het enige juridisch bindende multilaterale verdrag op het gebied van gegevensbescherming. Doel van het verdrag is de bescherming van het recht op privacy, dat is erkend in artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Het recht op privacy en het recht op bescherming van persoonsgegevens zijn ook vastgelegd in de artikelen 7 en 8 van het EU-Grondrechtenhandvest en in artikel 16 VWEU.⁸⁴

Hennekens heeft veel onderstrepingen aangebracht in haar citaten, kennelijk ter vergroting van haar overtuigingskracht (wat ik begrijp, want ik onderstreep zelf ook dingen), maar de belangrijkste vraag is wat hier nu eigenlijk staat, en welke status deze teksten hebben.

⁸² Uiteenzetting Hennekens d.d. 15 november 2019, randnummer 6 (pp. 2-3).

⁸³ Ibid., randnummer 7 (pag. 3). Onderstreping van Hennekens.

⁸⁴ Ibid., randnummer 8 (pag. 5). Onderstrepingen van Hennekens.

(5a) Samenvatting van protocol. Het eerste citaat heeft de **status** van een "samenvatting", dat wil zeggen: geen juridische status. Ook moet hier worden opgemerkt dat ik mijn handhavingsverzoeken (zowel in de casus Arnhemse adresgebonden afvalpas als in de thans voorliggende casus m.b.t. privacy in het openbaar vervoer) bij de AP indiende op tijdstippen vóórdat het protocol door de EU ter ratificatie aan de lidstaten werd voorgesteld (9 april 2019). Of het inmiddels door de Nederlandse Tweede Kamer is geratificeerd, blijkt niet uit de informatie van advocaat Hennekens.

Qua **inhoud** is het interessant dat iemand die een protocol samenvat, stelt dat "Verdrag 108" het enige "juridisch bindende internationale verdrag met wereldwijde relevantie op dit gebied" zou zijn, maar het lijkt erop dat de samenvatter ofwel simpelweg is vergeten het EVRM te vermelden, ofwel het EVRM op kwaadwillige wijze onvermeld heeft gelaten. Het EVRM is wereldwijd relevant. Het is, net als "Verdrag 108", opgesteld door de Raad van Europa waarvan 47 Europese landen lid zijn, terwijl zes belangrijke, niet-Europese landen zich als waarnemer hebben aangesloten: Canada, Israel, Japan, Marokko, Mexico en de Verenigde Staten. Het EVRM vormt wereldwijd een belangrijk referentiekader.

Voor de juridische bindendheid van het EVRM in Nederland is het bovendien niet relevant of het EVRM wereldwijd relevant is of niet. In Nederland, België en Frankrijk heeft het EVRM directe werking. De desbetreffende rechterlijke macht moet alle wetgeving en bestuur direct aan het EVRM toetsen (Art. 94 Grondwet, NL; Art. 34 Grondwet en het Smeerkaasarrest, BE; Art. 55 Const., FR). Artikel 94 van de Nederlandse Grondwet luidt: "Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties."⁸⁵

(5b) Nederlandse toelichting. Het tweede citaat dat Hennekens aanvoert, heeft ofwel de **status** van een ambtelijk advies aan de Minister, ofwel de status van een advies van de Minister aan de Tweede Kamer (op grond van de tekst in de bijlage bij de uiteenzetting van Hennekens valt dat niet met zekerheid te zeggen, omdat de status van het document daar niet wordt genoemd - er staan slechts grote, vetgedrukte hoofdletters "NL" in de onderste hoeken van de pagina's).

Als ik van de hoogst mogelijke status uitga - die van een advies aan de Tweede Kamer - dan is dat advies niet bindend voor de interpretatie die aan het protocol moet worden gegeven, zelfs niet als de Tweede Kamer daarmee zou hebben ingestemd. Immers, de juistheid van enige interpretatie van een internationaal verdrag kan alleen worden afgeleid uit toelichtingen op het niveau waarop het verdrag is afgesloten, dat wil zeggen: internationaal niveau, alsmede uit jurisprudentie die voortkomt uit toetsing op dat internationale niveau. Het gaat hier immers om rechten die vastgelegd zijn in twee internationale verdragen (het EVRM en "Verdrag 108") waarin bepaald is dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de uiteindelijke arbiter is. Het gezag van elk Nederlands politiek of juridisch oordeel heeft een voorlopig karakter, zolang de betreffende Nederlandse opvatting nog niet is bevestigd in jurisprudentie van de Europese rechter.

Uit de **inhoud** van dit citaat blijkt dat diegene die de Nederlandse toelichting heeft geschreven, ten onrechte van mening is dat "Verdrag 108" " het enige juridisch bindende multilaterale verdrag op het gebied van gegevensbescherming" zou zijn. De Nederlandse toelichter "vergeet" het EVRM, waarvan artikel 8 betrekking heeft op het privéleven van burgers, en dus ook op de bescherming

85 <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001840/2018-12-21>.

van hun persoonsgegevens. In de daaropvolgende zin herinnert de Nederlandse toelichter zich opeens weer het EVRM en verklaart dat het "doel" van "Verdrag 108" de bescherming is die artikel 8 EVRM aan het privéleven van burgers beoogt te geven.

De indruk die hiermee ontstaat, is dat "Verdrag 108" expliciet, en daarmee ogenschijnlijk, bedoeld is om de bescherming die artikel 8 EVRM biedt op het gebied van persoonsgegevens, uit te breiden en te versterken, maar informeel en politiek bedoeld is om die bescherming juist te verminderen.

Het behoeft in de context van een rechtsstaat ("*the rule of law*") geen betoog dat uw Afdeling zich als onafhankelijke rechterlijke instantie zou moeten richten op de expliciete bedoeling van de betreffende twee verdragen, zoals ze op internationaal niveau zijn opgesteld, en niet op eventuele informele, politieke doelen waarvoor bepaalde politieke of bestuurlijke actoren, of hun ambtenaren, één van beide of beide verdragen proberen in te zetten.

Het EVRM is geen "lex generalis" en "Verdrag 108" is geen "lex specialis"

(6) Vermeende bedoeling van de Raad van Europa is niet aangetoond. Het is begrijpelijk, maar niet terecht, dat de advocaat van een instantie die de privacy wil aantasten (de gemeente Arnhem) om opportunistische redenen probeert uw Afdeling ervan te overtuigen dat u artikel 8 EVRM buiten beschouwing zou moeten laten in uw beoordeling van de betreffende zaak, en alleen nog zou moeten kijken naar de tekst van "Verdrag 108". Ik zal nu de redenering van de advocaat nader beschouwen. Hennekens schrijft:

Uit dit wijzigingsprotocol volgt nog duidelijker de bedoeling van de Raad van Europa: het Verdrag 108 vormt hét internationale juridische kader met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens. Daarnaast geeft de Raad van Europa aan dat dit verdrag een brug slaat tussen de verschillende rechtstelsels, waaronder de AVG. (...) hieruit volgt dat de criteria en waarborgen waaraan een verwerking van gegevens dient te voldoen zijn opgenomen in dit [Verdrag 108]. Dat maakt Verdrag 108 de *lex specialis* ten opzichte van art. 8 EVRM dat de *lex generalis* is. De beginselen zoals opgenomen in Verdrag 108 en het wijzigingsprotocol zijn inhoudelijk gelijk aan de AVG.⁸⁶

(6a) Niet aangetoond in samenvatting protocol. Die vermeende "bedoeling" kan echter niet volgen uit de door Hennekens eerder geciteerde passage, omdat die immers niet uit het wijzigingsprotocol zelf afkomstig is, maar uit een "samenvatting" daarvan. In het protocol zelf, dat door Hennekens als bijlage is bijgevoegd en dat ik heb doorgenomen, zie ik geen enkele aanwijzing voor deze vermeende "bedoeling". Nergens in het protocol staat een wijziging van "Verdrag 108" die zou leiden tot het buiten beschouwing laten van artikel 8 EVRM, of het reduceren van artikel 8 EVRM tot een vorm van "*lex generalis*". Er moet daarom van worden uitgegaan dat het niet de bedoeling van de Raad van Europa is om met "Verdrag 108" stilzwijgend de werkingskracht van artikel 8 EVRM te beperken of op grotere afstand van de burger te zetten. De "directe werking" van artikel 8 EVRM blijft ook na de voorgenomen wijziging van het "Verdrag 108" bestaan.

(6b) Ook niet aangetoond in Nederlandse toelichting. Ook in de niet door Hennekens geciteerde delen van de Nederlandse toelichting staat nergens iets waaruit de door die advocaat vermeende "bedoeling" zou vallen af te leiden. Ik lees wel het volgende:

⁸⁶ Ibid., randnummers 8 en 9 (pp. 3-4).

Met het wijzigingsprotocol wordt het niveau van gegevensbescherming dat uit hoofde van Verdrag 108 wordt geboden, aanzienlijk verhoogd.⁸⁷

Dat is een aanwijzing dat Verdrag 108 juist meer in overeenstemming is gebracht met de hoge eisen die artikel 8 EVRM stelt. Ook lees ik in de Nederlandse toelichting:

Het systeem van afwijkingen op de bovengenoemde rechten en verplichtingen, zoals geformuleerd in het wijzigingsprotocol, voldoet aan drie essentiële voorwaarden: behoud van de brede werkingsfeer van Verdrag 108 (geen algemene uitzonderingsbepalingen), flexibiliteit (waardoor hoge gegevensbeschermingsnormen in overeenstemming kunnen worden gebracht met andere belangrijke openbare belangen, bijvoorbeeld in verband met de nationale veiligheid) en algehele samenhang met de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (met name geen wezenlijke inperking van het fundamentele recht op gegevensbescherming).⁸⁸

Hieruit blijkt dat de recent voorgestelde (en wellicht door Nederland reeds geratificeerde) wijziging van "Verdrag 108" beslist niet is bedoeld om af te wijken van of afbreuk te doen aan enige jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 8 EVRM. De "flexibiliteit" waarover in deze passage wordt gesproken, heeft betrekking op de uitzonderingsgronden die in het tweede lid van artikel 8 EVRM worden genoemd (bijv. het belang van nationale veiligheid). Ook op dat punt beoogt "Verdrag 108" dus geen afwijking van artikel 8 EVRM.

(6c) Wijzigingsprotocol is niet bedoeld als rechtsgrond voorafgaand aan 2024. Uit de toelichting blijkt voorts dat het te wijzigen "Verdrag 108" op zijn vroegst pas in 2024 voor Nederland in werking treedt, als op dat tijdstip ten minste 38 "partijen" (staten of vergelijkbare entiteiten) het hebben geratificeerd. Dit betekent dat het wijzigingsprotocol, nog los van de vermeende "bedoeling" ervan, op dit moment geen rechtsgrond kan bieden voor enige vorm van verwerking van persoonsgegevens. In verband met mijn rechtszekerheid en in het belang van publieke meningsvorming, zou ik het echter verwelkomen als uw Afdeling zich zou willen uitspreken over de voorziene effecten van de voorgestelde wijzigingen, als die betrokken worden op de thans voorliggende casus (de door mij aangevoerde aantastingen van privacy in het openbaar vervoer).

(6d) Wijzigingsprotocol bevestigt wettelijke plicht van toezichthouder. Overigens bevestigt het wijzigingsprotocol de wettelijke plicht van de AP als toezichthouder om effectief te handhaven. Artikel 23 van het protocol, dat betrekking heeft op artikel 14 in het huidige "Verdrag 108", om te zetten naar artikel 18 in het gewijzigde "Verdrag 108", herbevestigt dat die plicht ook geldt als het gaat om grensoverschrijdende privacy-zaken, zoals bij de verkoop van internationale treintickets (waarover meer in paragraaf 6 van dit hoger-beroepschrift).

(6e) Data-soevereiniteit voor de EU. De volgende passage aan het eind van de Nederlandse toelichting lijkt te duiden op een verdere bescherming van de persoonsgegevens van EU-burgers:

Dit geldt in het bijzonder voor de bepalingen inzake het vrije verkeer van gegevens tussen de partijen. In tegenstelling tot de huidige tekst bevat het gemoderniseerde verdrag

⁸⁷ Nederlandse toelichting zoals bijgevoegd door Hennekens, pag. 2 bovenaan.

⁸⁸ Ibid., pag. 2.

immers een uitzondering op deze regel voor partijen die *"gebonden zijn door geharmoniseerde regels inzake bescherming die worden gedeeld door staten die behoren tot een regionale internationale organisatie"*. Dit zal ervoor zorgen dat de EU-lidstaten aan het verdrag kunnen voldoen, ondanks de bepalingen in de Uniewetgeving inzake gegevensbescherming die betrekking hebben op internationale doorgiften.⁸⁹

Dit lijkt betrekking te hebben op artikel 17 lid 2 onder 1 van het wijzigingsprotocol, met betrekking tot artikel 12 van het huidige "Verdrag 108", om te zetten naar artikel 14 van het gewijzigde verdrag. Op het eerste gezicht betekent dit dat het gewijzigde verdrag ruimte zal bieden voor het beschermen van de persoonsgegevens van EU-burgers tegen doorgifte naar landen buiten de EU, en op die manier "data-soevereiniteit" zal geven aan de EU - ook wanneer niet-EU-landen zich aansluiten bij het gewijzigde "Verdrag 108". Die bescherming is natuurlijk hard nodig, alleen al vanwege de huidige geopolitieke omstandigheden, en moet daarom worden toegejuicht.

(6f) Fiat voor stille wijzigingen? Anderzijds is het zorgwekkend dat artikel 31 van het wijzigingsprotocol (met betrekking tot artikel 21 in het huidige "Verdrag 108", om te zetten naar artikel 25 in het gewijzigde "Verdrag 108") niet voorziet in enige plicht tot publieke bekendmaking van voornemens tot amendementen op het Verdrag die door het Ministercomité mogen worden besloten als lidstaten drie jaar lang geen bezwaar tegen zo'n voorstel hebben gemaakt. Dit opent de deur voor "sneaky" wijzigingen van het verdrag als bestuurlijke elites die wenselijk vinden en niet over de betekenis ervan communiceren met buitenstaanders, onder het motto "geen slapende honden wakker maken". Het vereist van kleine, nauwelijks gefinancierde privacy-NGO's een grote alertheid en is voor hen onnodig belastend. Het allereerste amendement dat het Ministercomité daarom zou moeten voorstellen, is de toevoeging aan het nieuwe artikel 25 van "Verdrag 108" van zo'n publicatieplicht, inclusief een actieve notificatieplicht (bijv. in de vorm van een mailing-lijst waarvoor ieder zich kan inschrijven).

Drogredenering met betrekking tot relatie EVRM, "Verdrag 108" en de AVG

(7) Advocaat Hennekens voert vervolgens aan dat het feit dat "Verdrag 108" na de voorgenomen wijziging in overeenstemming zal zijn met de AVG, een reden is waarom besluiten en feitelijke handelingen op het gebied van privacy niet meer getoetst zouden hoeven worden aan artikel 8 EVRM. Zij probeert dit te onderbouwen door eerst de Nederlandse toelichting te citeren waarin wordt aangegeven dat "Verdrag 108" in overeenstemming is met de AVG, en daaruit vervolgens een vreemde conclusie te trekken:

Dat brengt mee dat voor de verwerking van persoonsgegevens de verplichtingen uit de AVG gelijk zijn aan de verplichtingen zoals die gelden vanuit artikel 8 EVRM en met name de uitwerking daarvan in Verdrag 108 en het wijzigingsprotocol. Dit betekent dat indien een verwerking van persoonsgegevens voldoet aan de eisen van de AVG en daarmee dus aan de eisen van Verdrag 108, tevens is voldaan aan de eisen van artikel 8 EVRM.⁹⁰

Wat Hennekens hier doet, is de overeenstemming van het toekomstige Verdrag 108 met de AVG en met "het (nieuwe) acquis van de Unie", als reden aanvoeren waarom er thans niet meer

⁸⁹ Ibid., zoals bijgevoegd door Hennekens, pag. 4.

⁹⁰ Uiteenzetting Hennekens d.d. 15 november 2019, randnummer 10 (pag. 4).

rechtstreeks getoetst zou hoeven te worden aan artikel 8 EVRM. Daarmee spant zij het paard achter de wagen. Het is juist precies andersom.

Als de AVG volgens een verwerkingsverantwoordelijke, een toezichthouder of een lagere rechter geïnterpreteerd wordt in overeenstemming met artikel 8 EVRM, en een rechtzoekende betwist dat, dan moet die rechtstreekse toetsing in beroep en hoger beroep gewoon plaatsvinden. Als dan zou blijken dat de verwerkingsverantwoordelijke ook in de ogen van een lagere rechter of in die van uw Afdeling op materiële gronden volledig gelijk heeft, dan zou het bestreden besluit deze rechterlijke toetsingen op die manier glansrijk doorstaan.

Het feit dat de advocaat van de gemeente Arnhem aandringt op het achterwege laten van een rechtstreekse toetsing aan artikel 8 EVRM, maakt duidelijk dat er van de kant van de gemeente zorg is dat het in die casus bestreden besluit (van de AP - namelijk om mijn handhavingsverzoek af te wijzen) die toets juist niet zou doorstaan. Mijns inziens is die zorg van de gemeente terecht, want dat besluit deugt inderdaad niet - zoals ik in die casus heb aangevoerd.

De relevantie hiervan voor de thans voorliggende casus (afwijzing handhavingsverzoek inzake privacy in het openbaar vervoer), is dat mijn pleidooi over strijdigheid van het bestreden besluit met artikel 8 EVRM staande blijft, omdat de plicht tot (rechtstreekse toetsing aan) artikel 8 EVRM staande blijft.

Het betoog dat je met met het ene (nog niet in werking getreden) internationale verdrag een ander (reeds geldend) internationaal verdrag effectief buiten werking zou kunnen stellen omdat je het dan buiten beschouwing zou kunnen laten, faalt.

Artikel 8 EVRM is niet slechts bedoeld voor een categorie "overige inbreuken"

(8) Onder randnummer 13 van haar uiteenzetting vermeldt Hennekens terecht dat "zowel de Europese als de Nederlandse wetgever hebben zorggedragen voor specifieke regelgeving met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens", waarbij zij verwijst naar de AVG en de Uitvoeringswet op de AVG (UAVG). Inderdaad is de UAVG de wet waarop in artikel 10 Grondwet wordt gedoeld. Ik ga ervan uit (zonder dit zelf te hebben uitgezocht) dat de AVG als EU-"verordening" de wet in materiële zin is waar het eveneens door Hennekens genoemde artikel 16 VWEU op doelt.

(9) Maar vervolgens schrijft Hennekens:

Overigens neemt dit niet weg dat artikel 10 Grondwet, net zoals art. 8 EVRM, nog naast de AVG of UAVG een rol kunnen spelen, namelijk indien naast de verwerking van persoonsgegevens tevens sprake is van een andere inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Dat laatste wordt door de heer Jonker echter niet gesteld en is ook niet gebleken.⁹¹

Wat Hennekens hier doet, is uit het feit dat er wetgeving is opgesteld die specifiek betrekking heeft op persoonsgegevens, ten onrechte afleiden dat als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens, de effecten daarvan op iemands privéleven, gezien als geheel, dan niet meer onder de bescherming van artikel 8 EVRM zouden

91 Uiteenzetting Hennekens d.d. 15 november 2019, randnummer 13 (pag. 5).

vallen. Opnieuw probeert Hennekens hier de werkingskracht van artikel 8 EVRM uit te schakelen zodra het over de verwerking van persoonsgegevens gaat.

Dat is een onjuiste interpretatie. Een juiste interpretatie van het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM is dat dit internationale verdragsartikel beoogt alle aspecten van het privéleven in samenhang met elkaar te beschermen.

Het idee dat door advocaat Hennekens impliciet naar voren wordt gebracht, is dat de verwerking van persoonsgegevens geen invloed zou hebben op iemands privéleven als geheel, tenzij er "naast" die verwerking ook nog een "andere" inbreuk zou plaatsvinden. Dat idee is een fictie die niet in overeenstemming is met de werkelijkheid.

Als die fictie zou worden overgenomen door de rechterlijke macht, zou er een situatie ontstaan die vergelijkbaar is met een situatie waarin iemand met psychosomatische problemen als gevolg van het feit dat hij op straat in elkaar is geslagen, in het ene traumacentrum niet voor hulp in aanmerking komt omdat hij niet een aantoonbaar "fysiek" trauma heeft opgelopen, terwijl het betreffende centrum zich alleen op fysieke trauma's richt. Maar dat hij in het andere traumacentrum óók niet voor hulp in aanmerking komt, omdat zijn trauma geacht kan worden een fysieke oorzaak te hebben, terwijl dat tweede centrum zich alleen op trauma's met een "psychische" oorzaak richt. Door de traumazorg administratief op te delen in twee verschillende categorieën, verdwijnen vier dingen uit beeld:

- de samenhang tussen oorzaken;
- de samenhang tussen effecten;
- de samenhang tussen een complex van oorzaken en een complex van effecten;
- de mens als integraal, levend wezen.

Op die manier valt zo'n patiënt dan tussen wal en schip. Op een vergelijkbare manier valt het privéleven van mensen tussen wal en schip, als de interpretatie van advocaat Hennekens zou worden geaccepteerd door rechters.

Gelukkig ziet artikel 8 EVRM op het integrale privéleven van mensen. Juist daarom is dat verdragsartikel zo belangrijk voor de reële bescherming van onze privacy. Artikel 8 EVRM mag niet geïnterpreteerd of toegepast worden op een zodanige manier dat het daarbij gereduceerd wordt tot een bepaling die slechts een soort categorie "overige inbreuken" beschermt, terwijl het buiten beschouwing wordt gelaten zodra het over de verwerking van persoonsgegevens gaat.

De verantwoordelijkheid voor de bescherming van het integrale privéleven van mensen mag niet op een dergelijke manier worden zoekgemaakt.

Daarom moet artikel 8 EVRM behouden blijven als rechtstreeks toetsingkader voor alle privacy-inbreuken, gezien in hun onderlinge samenhang, inclusief de verwerking van persoonsgegevens.

Cognitieve connectiviteit is nodig voor het behoud van de rechtsstaat

(10) De poging van advocaat Hennekens om het toepassingsbereik van artikel 8 EVRM te reduceren tot een separate categorie "overige inbreuken", en mijn reactie daarop, illustreren het belang van cognitieve connectiviteit in het juridisch denken. Alleen wanneer rechters niet toestaan dat de juridische werkelijkheid in aparte mootjes wordt gehakt, blijft de rechtsstaat behouden.

4.4 (Re)humanisering van het recht als voorwaarde voor een rechtstatelijke toekomst

In paragraaf 4.1 heb ik, met verwijzing naar het inleidende boekje van Dorien Pessers, gewezen op het belang van het serieus nemen van (de fictie van) het sociale contract voor het behoud van de rechtsstaat. Met instemming heb ik haar conclusie geciteerd: *"Indien het project van de rechtsstaat wordt voortgezet, zullen de rechtvaardigheidsbeginselen opnieuw geïnnoveerd moeten worden."*

In paragraaf 4.2 heb ik betoogd en met een voorbeeld geïllustreerd dat die innovatie een "(re)humanisering" van de rechtspraak moet behelzen. De reden dat ik "(re)" tussen haakjes plaats, is dat ik onvoldoende kennis heb van hoe het in de rechtspraak toeging voorafgaand aan mijn opleiding aan het eind van de jaren negentig van de twintigste eeuw. Is er in Nederland ooit sprake geweest van een werkelijk humane rechtspraktijk, of was er voorafgaand aan het hoogtij van het neoliberalisme ook al sprake van regenteske rechtspraak die alleen in schijn de mensenrechten respecteerde - en in gevallen waarin het, vanwege publiciteit of bepaalde reputaties, echt niet anders kon? Ik weet er te weinig van.

In paragraaf 4.3 heb ik aan de hand van een voorbeeld aanschouwelijk proberen te maken dat connectiviteit in het denken van rechters een vereiste is voor de (re)humanisering van de rechtspraak. Het gaat dan om een vorm van cognitieve connectiviteit, waarbij rechters zaken niet alleen in hun formele samenhang zien, maar vooral ook in hun materiële samenhang. Ik heb artikel 8 EVRM aangevoerd als een voorbeeld van wetgeving die rechters een goed aanknopingspunt biedt om op die manier connectief te denken.

Als we in Nederland en Europa de democratische rechtsstaat willen behouden - het soort rechtsstaat dat in andere delen van de wereld door mensen met hartstochtelijk verlangen wordt nagestreefd en waarvoor ze hun leven op het spel zetten (recentelijk bijvoorbeeld in Hong Kong, Chili en Brazilië en het noordoosten van Syrië) - dan kan dat alleen als de elite aan wiens zorgen het functioneren van de rechtsstaat is toevertrouwd, een nieuwe, serieuzere invulling geeft aan het sociaal contract, waardoor dat ook in de eenentwintigste eeuw weer adequate bescherming gaat bieden aan burgers.

Adequate bescherming van de privacy en het leefmilieu van mensen is daarbij van wezenlijk belang - ook al begrijpt op dit moment nog lang niet elke Nederlandse burger wat daarvoor nodig is, of waarom het loont daarvoor juist nu bepaalde offers te brengen op het gebied van comfort en consumptie.

Die bescherming vergt, voor wat betreft het recht, een (re)humanisering van de rechtspraak, waarbij het van belang is om te beseffen dat inhumaniteit in de rechtspraak lang niet altijd spectaculair hoeft te zijn. De doodstraf, het wegsturen van marteling of het terugsturen van vluchtelingen naar oorlogsgebied of naar een gebied waar ze grote kans lopen door een mafia om het leven te worden gebracht, zijn niet de enig denkbare vormen van inhumane rechtspraak. Het gedogen van het "in de kou zetten" of langzaam "te drogen hangen" van mensen, bijvoorbeeld door ze niet te beschermen tegen de overmacht van overheden of bedrijven die hen incrementeel steeds iets rauwer en respectlozer behandelen, kan ook worden beschouwd als inhumane rechtspraak.

(Re)humanisering van de Nederlandse bestuursrechtspraak, als onderdeel van een bredere (re)humanisering van onze samenleving, kan alleen door Nederlandse bestuursrechters tot stand worden gebracht. In de thans voorliggende casus op het gebied van privacy en openbaar vervoer, probeer ik aan uw Afdeling aanknopingspunten te geven om dat te kunnen doen, door middel van het stellen van een voorbeeld met zowel informele als formele precedentwerking.

5 Beroepsgronden ARN 19 / 2901 (Connexion)

5.1 Het niet-aanhouden van de behandeling van de zaak

Ik heb in de beroepsprocedure de rechtbank bij brieven van 2 en 5 december 2019 verzocht om de zaak aan te houden totdat uw Afdeling in een andere casus (mijn hoger beroep d.d. 9 oktober 2019) uitspraak heeft gedaan. Mijn doel was om een verdere rechtsgang bij de rechtbank, als die na uw uitspraak niet meer zinvol zou blijken te zijn, te voorkomen, en zo iedereen tijd, energie en kosten te besparen. De rechtbank heeft dat verzoek afgewezen. Dat kan de rechtbank zelf beslissen. Nu de zaak eenmaal in hoger beroep is aangeland, berust ik in de gang van zaken. Wel wil ik hier kort toelichten waarom aanhouding toch wenselijk was geweest.

In deze casus staat het contractbegrip centraal, doordat Connexion artikel 6 lid 1 onder b) AVG aanvoert als wettelijke grondslag voor de verwerking van mijn betaalgegevens indien ik voor mijn vervoerbewijs betaal in de bus ("noodzakelijkheid ten behoeve van het uitvoeren van een overeenkomst"). Dat maakt een aantal vragen relevant, namelijk:

- (1) de vraag naar de omvang van de contractvrijheid van de verwerkingsverantwoordelijke;
- (2) de vraag naar de rechtmatigheid van een contract waarin een inbreuk op de privacy wordt vastgelegd, in het licht van artikel 8 EVRM en de AVG;
- (3) de vraag of er bij het "afsluiten" van het betreffende "contract" (door middel van eenzijdig opgelegde algemene voorwaarden) wellicht sprake was van een wilsgebrek.

Alle drie die vragen komen aan de orde in de motivering d.d. 29 oktober 2019 van mijn hogerberoepschrift d.d. 9 oktober 2019, dat eveneens gaat over privacy in het OV, en dat nu voorligt aan uw Afdeling (uw zaaknummer: 201907478), in afwachting van uw behandeling. Te verwachten valt dat uw Afdeling die vragen in het betreffende hoger beroep gaat beantwoorden, eventueel na voorlegging van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU (HvJ-EU / CJEU).

Als uw Afdeling tot de conclusie komt dat een OV-bedrijf als verwerkingsverantwoordelijke, door middel van het naar eigen believen opstellen van algemene voorwaarden, willekeurige inbreuken op de privacy kan legaliseren, zoals de AP in essentie tot nu toe heeft betoogd, dan zou de rechtsbescherming die de AVG biedt tegen privacy-inbreuken door private partijen, non-existent blijken te zijn. Daarmee zou een nieuwe situatie ontstaan, waarin ik zou overwegen of het voeren van het beroep in de thans onderhavige casus nog zinvol is, of dat het voor mij zinvoller is om mijn beroep in te trekken, omdat ik in feite geen recht blijf te hebben op bescherming van mijn privacy.

Ik verzocht de rechtbank ook om aanhouding tot na de beantwoording van prejudiciële vragen die gesteld zijn door het Belgische Grondwettelijke Hof (door mij per abuis aangeduid als Constitutionele Hof) aan het HvJ-EU over de verwerking van Europese richtlijnen ten aanzien van persoonsgegevens van OV-reizigers in nationale Belgische wetgeving.

De antwoorden van het HvJ-EU kunnen, door middel van normgeving, relevant zijn voor de beantwoording van de hierboven genoemde vraag (2) naar de rechtmatigheid van een contract waarin een inbreuk op de privacy van OV-reizigers wordt vastgelegd, in het licht van artikel 8 EVRM en de AVG. Het gaat in die zaak (blijkens de uitspraak van de rechtbank) mede over de persoonsgegevens van vliegreizigers en zeereizigers binnen de EU.

5.2 Samenvatting argumenten primaire fase, bezwaar en beroep

5.2.1 Drie rechtsvragen m.b.t. afschaffing van privacy in het OV

Als Nederlandse burger hecht ik belang aan mijn privacy, dat wil zeggen: de bescherming van mijn persoonlijke levenssfeer. Op die bescherming heb ik ook recht, in de vorm van mijn grondrecht op privacy. Dat recht is niet absoluut, maar wel een zeer belangrijk grondrecht, dat een voorwaarde is voor het behoud van mijn menselijke waardigheid, mijn vrijheid, en de instandhouding van onze democratische rechtsstaat. Dit grondrecht is vastgelegd in artikel 8 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), en nader uitgewerkt in Europese richtlijnen, alsmede in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG / GDPR), die sinds 25 mei 2018 ook in de hele EU wordt gehandhaafd, althans: moet worden gehandhaafd.

Deze persoonlijke levenssfeer omvat mijn lichamelijke en geestelijke integriteit, mijn individuele leefpatroon, mijn persoonlijke overtuigingen (inclusief levensbeschouwelijke en politieke overtuigingen, voor zover door mij niet publiekelijk op vrijwillige basis geuit), mijn gezins- en familielevens, mijn contact met mijn persoonlijke kennissenkring, mijn woning, mijn persoonlijke deelname aan maatschappelijke en culturele activiteiten (voor zover ik mij daar niet publiekelijk op vrijwillige basis over uitlaat), en ten slotte ook mijn persoonlijke reisbewegingen, in ieder geval binnen de EU als rechtsgemeenschap.

Met betrekking tot persoonlijke reisbewegingen, is me sinds medio 2014 gebleken:

1. dat Nederlandse vervoerbedrijven in (deels informele) samenwerking met elkaar streven naar het afschaffen van privacy in het openbaar vervoer (OV), in strijd met de letter en de geest van Europese regelgeving. De bedrijven streven naar “ID-based ticketing”;
2. dat de vervoerbedrijven daarin gesteund worden door de nationale Nederlandse overheid en door (sommige?) decentrale Nederlandse overheden (gemeenten);
3. dat de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), hoewel formeel een “onafhankelijke” toezichthouder en handhaver, in de praktijk weigert zijn taak te vervullen om dit belangrijke onderdeel van de privacy van alle Nederlanders adequaat te beschermen. In plaats daarvan probeert de AP de schenders van privacy in het OV te faciliteren door:
 - een lakse houding aan te nemen, onder andere door waar mogelijk te weigeren gevolg te geven aan handhavingsverzoeken van burgers;
 - de privacy-regels zoveel mogelijk in het nadeel van burgers te interpreteren;
 - in juridische procedures die ik heb gevoerd, op verschillende manieren te temporeren, telkens in het nadeel van mij als burger.

In plaats van zelf verantwoordelijkheid te nemen voor de effectuering van geldende wet- en regelgeving, heeft de AP jarenlang verwezen naar een gebrek aan menskracht en middelen als gevolg van (gebrek aan) besluitvorming door de nationale Nederlandse regering en het parlement, die kennelijk in de broekzak zaten van een lobby van het bedrijfsleven.⁹²

Mijn handhavingsverzoek van 21 juli 2018 heeft betrekking op de generieke afschaffing van contante betaling in de bussen van het Nederlandse OV, medio 2018. Ik raakte hiervan op de

⁹² Een gedeeltelijke verklaring hiervoor is te vinden in: Belia Heilbron en Emy Koopman, “De tragedie van het privacy-toezicht - De Autoriteit Persoonsgegevens is nog altijd onvolwassen”, *De Groene Amsterdammer*, 17 januari 2019, pp. 36-41. Ook raadpleegbaar via de link: <https://www.groene.nl/artikel/de-tragedie-van-het-privacytoezicht>.

hoogte toen ik op 13 juli 2018 met een minderjarig kind binnen de stad Arnhem gebruik wilde maken van buslijn 3 (traject: Gele Rijdersplein – Burgers Zoo), en voor het kind een enkele reis wilde kopen (1 euro). Ik kreeg van de buschauffeur te horen dat dit niet meer kon met contante betaling. Ik moest daarvoor pinnen in de bus, waarbij mijn betaalgegevens zouden worden geregistreerd. Toelichting van de buschauffeur en onderzoek achteraf maakte duidelijk dat het hier ging om een gezamenlijk besluit dat Nederlandse vervoerbedrijven al in 2016 hadden genomen.

In het primaire besluit d.d. 10 januari 2019 van de AP tot afwijzing van mijn handhavingsverzoek wordt gemeld dat de vervoerbedrijven samen met de overheid een besluit hebben genomen om contante betaling in het OV af te schaffen. De AP schrijft:

De verantwoordelijke [busvervoerder Connexion/Breng] geeft aan dat het enkel betalen met pinpas in de bus onderdeel is van het integraal actieprogramma “Sociale veiligheid in het openbaar vervoer”. Dit is een programma vastgesteld door de Rijksoverheid, lokale overheden, politie, vervoerders en vakbonden, waarin een reeks van nationale maatregelen [23 maatregelen; noot MJ] is afgesproken om de veiligheid van het personeel en de reiziger in het openbaar vervoer te vergroten. Eén van die maatregelen omvat dat enkel nog gepind wordt in de bus en dat er geen contant geld mer in de bus aanwezig zal zijn.

In twee voetnoten wordt daarbij vermeld dat dit “integrale actieprogramma” op 26 oktober 2018 is vastgesteld, dus drie maanden na mijn handhavingsverzoek.⁹³ Dit bleek een fout van de AP te zijn: de juiste datum van de totstandkoming van het programma is 26 oktober 2016. De gang van zaken maakt duidelijk dat het in de huidige casus in de kern over drie vragen gaat:

1. ***Een ethische en juridische vraag:***

Mag er, met een beroep op een algemeen geformuleerd doel van “(sociale) veiligheid”, een generieke maatregel worden getroffen waarvan nut en noodzaak op verreweg de meeste plekken niet is aangetoond, maar die wel op al die plekken, generiek, het grondrecht op privacy van burgers aantast, doordat de maatregel de verwerking van persoonsgegevens met zich meebrengt?

2. ***Een machtsvraag:***

Kan een conglomeraat van formeel private vervoerbedrijven, overheidsinstellingen (ministers, politie) en vakbonden met succes een grondrecht van Nederlandse burgers opzij schuiven?

3. ***Een gecombineerde ethisch-juridische vraag en machtsvraag:***

Wil, kan en mag de AP, als “onafhankelijke” nationale toezichthouder van een EU-lidstaat, de wens van zo’n Nederlands conglomeraat laten prevaleren boven het doel van Europese regelgeving, en boven het doel van een internationaal mensenrechtenverdrag (het EVRM)?

Het is duidelijk wat het antwoord op deze drie vragen moet zijn als we de privacy en vrijheid van burgers, en daarmee ook onze democratische rechtsstaat, willen behouden: driemaal NEE. In plaats daarvan moet er kritisch worden gekeken welke maatregelen er noodzakelijk zijn voor de realisatie van een voldoende mate van veiligheid op specifieke, risicovolle buslijnen. Daarvoor is een algemene aantasting van de privacy van alle reizigers op alle buslijnen niet nodig.

93 Primair besluit d.d. 10 januari van de AP, pag. 4.

5.2.2 Overzicht argumentatie in handhavingsverzoek, bezwaarschrift en beroepschrift

In mijn **handhavingsverzoek**⁹⁴ d.d. 21 juli 2018 heb ik mijn verzoek als volgt onderbouwd. De generieke afschaffing van contante betaling in de bussen is om de volgende redenen onaanvaardbaar en in strijd met wettelijke eisen (AVG en regelgeving m.b.t. betaalmiddelen):

1. De noodzaak van de maatregel is niet aangetoond; op verreweg de meeste buslijnen doet zich niet een veiligheidsprobleem voor dat een dergelijke maatregel vereist. Voor verreweg de meeste buslijnen is niet aangetoond dat de onveiligheid zou zijn toegenomen. Sinds er camera's in veel bussen zijn geïnstalleerd, zijn de eventuele, geringe risico's op de meeste lijnen waarschijnlijk zelfs nog verder afgenomen;
2. De maatregel maakt het onnodig bezwaarlijk om met privacy een buskaartje te kopen;
3. Contant gekochte kaartjes brengen in bijna alle gevallen een hogere ritprijs met zich mee, omdat de ritprijs op veelvoud van twee euro naar boven moet worden afgerond;
4. Het aantal verkooppunten is te gering. De verkooppunten zijn te ver verwijderd van de meeste woningen. Kinderkaartjes worden daar niet verkocht. Zo wordt contante betaling onredelijk bezwarend en in de meeste gevallen praktisch onmogelijk gemaakt.
5. Op deze manier wordt een situatie gecreëerd waarin een wettig betaalmiddel (de euro) door monopolisten ten onrechte wordt geweigerd (zie mijn betoog over contante betaling in mijn handhavingsverzoek/klacht van 9 juli 2018, inclusief mijn citaten uit het boek *Juridische aspecten van contant geld* van mr. drs. A.A. Scholten).
6. Het sterke ontmoedigingsbeleid dat op deze manier wordt ingevoerd, is erop gericht om mensen "af te leren" om contant te betalen en vervolgens, wanneer dat gelukt is, valselijk te concluderen dat "er geen vraag meer is" naar contante betaling. Uit een dergelijke gang van zaken kan echter geen "instemming" geconstrueerd worden met de verwerking van persoonsgegevens (d.w.z. betalingsgegevens) zoals bedoeld in de AVG (of voorheen de Wbp). Immers, mensen worden op deze manier onder druk gezet om hun persoonsgegevens te laten verwerken, als ze zonder problemen of onnodig bezwarende handelingen met het lokale of regionale OV willen reizen.
7. Het is duidelijk dat de maatregel van NS (servicekosten bij contante betaling) en de nu gebleken maatregel van lokale/regionale vervoerders met elkaar samenhangen en voortvloeien uit dezelfde landelijke afspraak om contante betaling overal in het OV te gaan ontmoedigen. Er is daarmee sprake van een volledig monopolistische maatregel.

In mijn handhavingsverzoek wees ik op het feit dat de AP nog geen standpunt kenbaar had gemaakt over contante betaling in relatie tot privacy, en verzocht de AP dit alsnog te doen.

⁹⁴ Ik diende mijn handhavingsverzoek in als aanvulling op mijn handhavingsverzoek d.d. 9 juli 2018 inzake het ontmoedigen van contante betaling door Nederlandse Spoorwegen (NS). Nadat de AP ervoor koos mijn verzoek van 21 juli 2018 als een separaat handhavingsverzoek op te vatten, heb ik me genooddaakt gezien daarin te berusten. Zie ook mijn toelichting daarop in mijn bezwaarschrift.

In mijn **bezwaarschrift** d.d. 30 januari 2019 wees ik in paragraaf 2.1.1 op het belang van de mogelijkheid van contante betaling voor het behoud van privacy.

In paragraaf 2.1.2 van mijn bezwaarschrift bracht ik naar voren dat er ook bij een gedeeltelijke maskering van betaalgegevens (de zogeheten “PAN-masking”) nog steeds sprake is van een inbreuk op de privacy die risico’s voor mij met zich meebrengt. In verband daarmee wees ik op het belang van gegevensminimalisatie en zero-knowledge-technieken, en concludeerde: “Op dit moment is de beste zero-knowledge-techniek op het gebied van betaalgegevens: contante betaling. Dit is een beproefde techniek die reeds vele jaren voorhanden is, ook in het OV. Daarom mag deze techniek niet zomaar overboord gegooid worden.”

In paragraaf 2.1.3 van mijn bezwaarschrift bracht ik naar voren dat er, anders dan de AP in haar primaire besluit beweerde, geen sprake is van een “contract” zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 onder b AVG. Ten eerste is er geen sprake van ondubbelzinnig instemming van mij als betrokkene met het vermeende “contract”, zoals voorheen vereist door de Wbp en thans door de AVG. Immers, er is sprake van een monopolie van het vervoerbedrijf en van mijn afhankelijkheid van het openbaar vervoer. Ten tweede kan uit het vermeende bestaan van een “contract” niet zonder meer een noodzaak worden afgeleid voor de verwerking van persoonsgegevens. De wens van een vervoerbedrijf, zoals vastgelegd in een afgedwongen “contract”, is niet hetzelfde als een objectiveerbare noodzaak in de zin van de AVG of het EVRM.

In paragraaf 2.1.4 van mijn bezwaarschrift bracht ik naar voren dat het bestaan van een samenwerkingsverband tussen, of conglomeraat van overheden en bedrijven dat een bepaald doel nastreeft, anders dan de AP suggereert, niet kan worden aangemerkt als een reden waarom er sprake zou zijn van een noodzaak in de zin van de AVG. Een door regenten breed gedeelde wens is niet hetzelfde als een objectiveerbare noodzaak.

In paragraaf 2.1.5 van mijn bezwaarschrift bracht ik naar voren dat het doel of argument van het streven naar “(sociale) veiligheid” geen noodzaak in de zin van de AVG voor een generieke inbreuk op de privacy van alle busreizigers in Nederland, ook niet in combinatie met het argument dat er sprake is van een “contract”. Ten eerste is er onduidelijkheid over de betekenis die de vervoerbedrijven hechten aan de termen “veiligheid” en “sociale veiligheid”. Ten tweede is er in het busvervoer geen substantieel veiligheidsprobleem aangetoond dat voortvloeit uit de mogelijkheid van contante betaling: er lijkt sprake te zijn van heel andere oorzaken van veiligheidsproblemen, die zich bovendien slechts in enkele gebieden en op sommige buslijnen voordoen. Ten derde worden nut en noodzaak van het weigeren van contante betaling niet onderbouwd in relatie tot de ambitie van meer (sociale) veiligheid – het blijft bij een subjectief idee dat deze maatregel de realisatie van die ambitie naderbij zou brengen.

In paragraaf 2.1.6 van mijn bezwaarschrift ging ik in op het vraagstuk van proportionaliteit. Ten eerste wees ik erop dat de AP proportionaliteit ten onrechte opvat alsof de (vermeende) proportionaliteit van een maatregel een grond zou kunnen zijn voor de noodzakelijkheid van een maatregel. Dat is niet in overeenstemming met de systematiek van de Wbp en de AVG, zoals overigens ook uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt (waarover later meer). Ten tweede is het niet proportioneel om een generieke, privacy-schendende maatregel voor het gehele Nederlandse busvervoer in te voeren, om een (vermeend) probleem te bestrijden dat zich ook volgens de informatie van de vervoerbedrijven zelf in een groot deel van het Nederlandse OV niet voordoet.

In paragraaf 2.1.7 van mijn bezwaarschrift ging ik in op het vraagstuk van subsidiariteit. Ik voerde aan dat er slechts op één punt in Arnhem (het Centraal Station) een alternatief is voor contante betaling in de bus, en dat dat alternatief in bijna alle gevallen onredelijk bezwarend is voor de betrokkene.

In paragraaf 2.2.1.1 van mijn bezwaarschrift ging ik in op het vraagstuk van de doelmatigheid van het primaire besluit. Ik constateerde dat de plicht tot een “integrale heroverweging” van het besluit in de bezwaarfase, inclusief een heroverweging van de doelmatigheid ervan, door bestuursorganen tegenwoordig niet meer wordt nageleefd en door bestuursrechters ook niet wordt getoetst, waardoor het kennelijk niet meer tot het levende recht behoort – er heeft de afgelopen decennia ook op dat punt een terugtrekkende beweging van de rechtsstaat plaatsgevonden.

In paragraaf 2.2.1.2 van mijn bezwaarschrift ging ik in op het vereiste van de wettelijke plicht van de AP om als nationale toezichthouder op het gebied van privacy een hoog beschermingsniveau te realiseren, en constateerde dat de AP aan de plicht op de huidige manier niet voldoet.

In paragraaf 2.2.2.1 van mijn bezwaarschrift ging ik in op het huidige krachtenveld van “surveillance capitalism” (“bewakingskapitalisme” of “toezichtkapitalisme”, zoals in kaart gebracht door Harvard-hoogleraar S. Zuboff). In paragraaf 2.2.2.2 ging ik in op de relevantie daarvan voor de huidige casus.

In paragraaf 2.2.3 van mijn bezwaarschrift ging ik in op de eisen die dit actuele krachtenveld stelt aan de attitude en werkwijze van toezichthouders zoals de AP, met het oog op het realiseren van het wettelijk vereiste, hoge beschermingsniveau.

Aanvulling 16 maart 2019

In mijn aanvulling d.d. 16 maart 2019 op mijn bezwaarschrift voerde ik, naar aanleiding van de hoorzitting op 7 maart 2019, aan dat er geen sprake is van een wettelijke plicht voor Breng/Connexxion die een grondslag op zou leveren voor de verwerking van persoonsgegevens.

Aanvulling 8 april 2019

Naar aanleiding van schriftelijke antwoorden d.d. 21 maart 2019 van Breng/Connexxion op door de AP gestelde vragen, ging ik in mijn aanvulling d.d. 8 april 2019 op mijn bezwaarschrift nader in op de volgende onderwerpen:

- Actieprogramma Sociale Veiligheid in het OV
- Persbericht OVNL
- Brief van staatssecretaris aan Tweede Kamer
- Brief Connexxion d.d. 21 maart 2019 - opmerkingen over sociale veiligheid
- Brief Connexxion d.d. 21 maart 2019 - vraagstuk verwerkersovereenkomst

Omgang van AP met de inhoud van mijn inbreng in primo en in bezwaar

De AP negeerde de gronden die ik in mijn handhavingsverzoek en in mijn bezwaarschrift naar voren had gebracht, voor het overgrote deel. Het besluit op bezwaar van de AP diende door de rechtbank ex tunc getoetst te worden (tenzij die vorm van rechtsbescherming inmiddels in de rechtspraak ook al is afgeschaft). Ik hoop dat uw Afdeling mijn opvatting zal onderschrijven dat de AP, door mijn gronden te negeren, deze daarmee niet heeft weerlegd.

In mijn **beroepschrift** d.d. 24 mei 2019 (voor errata gecorrigeerd op 27 mei 2019) heb ik in aanvulling op mijn bezwaarschrift een aantal argumenten nog nader uitgewerkt en onderbouwd. De inhoudsopgave van mijn beroepschrift (paragrafen 2.2 t/m 2.6) kan dienen als samenvatting daarvan:

2.2	De bewijslast wordt door de AP ten onrechte niet bij de verantwoordelijke gelegd	7
2.3	De verantwoordelijke handelt in strijd met het noodzakelijkheids criterium	9
	2.3.1. Systematiek m.b.t. correcte toepassing noodzakelijkheids criterium	10
	2.3.2 Waaraan moet een grondslag ex artikel 6 lid 1 onder b) ("contract") voldoen?	13
	2.3.2.1 <i>Wat is een contract?</i> 2.3.2.2 <i>Contract op basis van ondubbelzinnige instemming</i> 2.3.2.3 <i>Contract op basis van objectieve noodzaak/ gerechtvaardigd doel</i> 2.3.2.4 <i>Contract op basis van overmacht – dat is geen contract</i>	
	2.3.3 De term "(sociale) veiligheid" als vermeende bron van noodzakelijkheid	31
	2.3.3.1 <i>Zwaaien met het ongekwalificeerde woord "veiligheid" voldoet niet</i>	
	2.3.3.2 <i>Begrip "sociale veiligheid" is onduidelijk en subjectief</i>	
	2.3.3.3 <i>De AP negeert mijn analyse van de veiligheidsaspecten</i>	
	2.3.4 Aan het noodzakelijkheids criterium is niet voldaan	33
2.4	Ontbrekende proportionaliteit en subsidiariteit	34
	2.4.1 Onjuiste opvattingen AP m.b.t. proportionaliteit en subsidiariteit	34
	2.4.2 Maatregelenmix niet afgewogen	37
	2.4.3 Mogelijkheden voor profilering; risico's m.b.t. hacking	37
	2.4.4 Risico's in verband met mogelijke opsporingsdoelen	40
2.5	Plicht AP realiseren hoog beschermingsniveau (AVG en EVRM); rechtspolitieke vragen	42
2.6	Cumulatie privacy-schendingen; AP geen handhaver, maar handlanger; "Als het kalf..."	45

Met betrekking tot de door Connexxion en de AP aangevoerde wettelijke grondslag ex artikel 6 lid 1 onder b) AVG concludeerde ik aan het eind van paragraaf 2.3.2.1 van mijn beroepschrift:

"(...) dat niet elk formeel, nominaal contract een grondslag biedt zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 onder b) AVG. Alvorens zo'n grondslag te kunnen opleveren, moet een contract voldoen aan een aantal extra voorwaarden, waaronder de volgende:

- (1) De doelen die met het contract worden beoogd, moeten voldoen aan de criteria in artikel 5 lid 1 onder b) AVG: "welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd";
- (2) Het contract moet zijn aangegaan op basis van een getoetste en toetsbare, materiële vrijwilligheid, in overeenstemming met artikel 4 lid 11) AVG."

In de daaropvolgende paragrafen van mijn beroepschrift onderbouwde ik waarom het door Connexxion eenzijdig opgestelde "contract" (de algemene voorwaarden) niet voldoet aan deze voorwaarden, en om die reden niet kan dienen als wettelijke grondslag voor een onvrijwillige verwerking van persoonsgegevens bij betaling van een buskaartje.

Al met al kan hieruit geconcludeerd worden dat ik mijn beroep bij de rechtbank uitgebreid en zorgvuldig had gemotiveerd, met aandacht voor alle argumenten en feiten die door de AP en Connexxion waren ingebracht. In de volgende paragraaf zal ik bespreken hoe onserieus en nalatig de Rechtbank Gelderland daarmee omging in zijn uitspraak op het beroep.

5.3 De argumentatie van de rechtbank - weggijken en omkering van bewijslast

De rechtbank verklaarde op 4 februari 2020 mijn beroep ongegrond met vier argumenten. Het eerste argument is dat het loutere bestaan van een door Connexxion eenzijdig opgestelde "vervoersovereenkomst" een **wettelijke grondslag** oplevert zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 onder b) AVG, ongeacht de manier waarop die tot stand is gekomen, ongeacht de inhoud van het doel waarvoor die tot stand is gekomen en ongeacht van de verdere omstandigheden van het concrete geval (want over al deze aspecten vermeldde de rechtbank niets).

Het tweede argument van de rechtbank is dat het doel van Connexxion, dat door de rechtbank wordt omschreven als het "voldoen aan een landelijk streven dat is vastgelegd in het Actieprogramma Sociale Veiligheid in het Openbaar Vervoer " (oktober 2016), **gerechtvaardigd** is, omdat er op enig moment, op enige plek, berovingen van buschauffeurs op buslijnen hebben plaatsgehad, en omdat dat volgens de rechtbank "een enorme impact op werknemers en reizigers" heeft gehad - hoeveel en welke werknemers en reizigers, maakt de rechtbank niet duidelijk.

De rechtbank meent dat dit wordt onderbouwd door een tabel waarin te zien is dat het aantal "A-incidenten" in de bus in 2010 piekte en sindsdien tot 2015 aanzienlijk is afgenomen - dus **voorafgaand** aan de maatregel om contante betaling in de bus af te schaffen. De rechtbank concludeert hieruit echter: "Door het afschaffen van de contante betaling in de bussen is het aantal berovingen landelijk tot bijna nul gedaald". De rechtbank geeft niet aan waarom deze statistiek het betoog van de rechtbank over deze vermeende causaliteit zou onderbouwen. Er is in de periode vanaf 2016 een pakket van 24 maatregelen ingevoerd, waarvan de afschaffing van contante betaling in de bus (vanaf 2018) er slechts één was.

Het derde argument van de rechtbank is dat er **niet is aangetoond** dat de weigering van contante betaling in de bus **niet proportioneel** is of dat er een **privacy-vriendelijker alternatief** bestaat. De rechtbank zwijgt over mijn betoog dat artikel 5 lid 2 van de AVG vereist dat de verwerkingsverantwoordelijke (Connexxion) juist aantoont dat er wel sprake is van proportionaliteit en aantoont dat er géén privacy-vriendelijk alternatief bestaat.

De rechtbank beschrijft de manier waarop persoonsgegevens bij pinbetalingen worden verwerkt en stelt, zonder enige onderbouwing, dat "daarmee" de privacy-inbreuk is "beperkt tot wat minimaal noodzakelijk is voor het kopen van een kaartje bij de buschauffeur in de bus". Dat er bij contante betaling helemaal geen persoonsgegevens hoeven te worden verwerkt, wordt door de rechtbank in deze stellingname buiten beschouwing gelaten.

Mijn betoog dat het, als één van de alternatieven, ook mogelijk is om de afschaffing van contante betaling te beperken tot buslijnen of regio's waar zich concrete veiligheidsproblemen voordoen, wordt door de rechtbank weggewuifd met het argument dat de AP "zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat Connexxion het doel om de veiligheid in de bus voor werknemers en reizigers te verhogen redelijkerwijs niet kan bereiken door middel van een minder ingrijpende werkwijze." De rechtbank onderbouwt dat alleen met de stelling dat "het standpunt van Connexxion" dat een website met reizigers-informatie "niet door iedereen geraadpleegd zal worden en tot verwarring en onduidelijkheid in de communicatie zal leiden", "aannemelijk" zou zijn. De rechtbank gebruikt kwistig het woord "redelijk", maar is zelf niet redelijk.

Het vierde en laatste argument van de rechtbank is de stelling dat de overige beroepsgronden die ik heb aangevoerd, met name die over de **cumulatieve effecten** die deze en andere privacy-inbreuken in combinatie met elkaar hebben op de samenleving en op de privacy van iedere burger, "niet direct zien op het bestreden besluit" en daarom "niet kunnen afdoen aan de rechtmatigheid daarvan." De rechtbank gaat daarom niet in op die beroepsgronden.

Dit komt erop neer dat de rechtbank de "omstandigheden van het concrete geval", zoals dat in juridisch jargon heet, buiten beschouwing laat en zijn ogen stijf dichtknijpt als het gaat om de werkelijke effecten van het besluit van de AP om ten aanzien van deze privacy-inbreuk en talloze vergelijkbare privacy-inbreuken niet te handhaven.

De rechtbank knipt op deze manier elke privacy-inbreuk los uit de context waarin die gepleegd wordt en zegt dan dat het besluit van de AP om die ene, separate inbreuk te gedogen, juridisch gezien niets te maken heeft met de de effecten van het systematisch gedogen van al die gelijksoortige privacy-inbreuken, en dat er dus niet gekeken hoeft te worden naar het effect van al die inbreuken in samenhang met elkaar, en ook niet naar de bijdrage van elke separate inbreuk daaraan.

Op die manier creëren de AP als toezichthouder en de rechtbank in samenwerking met elkaar nog een extra, enorm gat in de rechtsbescherming. Want op deze manier kan elke grote privacy-inbreuk worden gelegaliseerd door hem in verschillende stappen in te voeren, zodat er bij elke stap een excuus bestaat om niet naar de effecten van de totale privacy-inbreuk te kijken.

Ik was van plan om nog preciezer in te gaan op de tekst van de rechtbank. Maar ik realiseer me nu het volgende. Als uw Afdeling op grond van het voorgaande en het dossier nog niet zou zien dat het bij deze uitspraak van de rechtbank niet gaat om serieuze rechtspraak, maar om wegwuiven, weggijken en colluderen met de AP, Connexxion en de machtige partijen die door de AP in feite worden vertegenwoordigd (en dus niet gecontroleerd) - dan zou geen enkele argumentatie van mij uw Afdeling kunnen overtuigen. Want in geval van een dergelijke blindheid zou het niet om argumenten gaan, maar alleen om machtsverhoudingen waaraan kennelijk ook alle Nederlandse rechters ondergeschikt zijn, of zich ondergeschikt hebben gemaakt.

Artikel 5 lid 2 AVG vereist dat de verwerkingsverantwoordelijke aantoont dat een gegevensverwerking voldoet aan de in artikel 5 lid 1 gestelde eisen en ten minste één van de in artikel 6 lid 1 genoemde wettelijke grondslagen. Europese jurisprudentie (zaak-Schrems) waarnaar ik in mijn motivering d.d. 29 oktober 2019 (die ook deel uitmaakt van het dossier in deze zaak) heb verwezen, vereist een hoog, doeltreffend en volledig beschermingsniveau. Daaruit volgt dat de toezichthouder (de AP) serieus moet toetsen of er aan de verantwoordingsplicht in artikel 5 lid 2 AVG is voldaan. Als de AP dat weigert, en in plaats daarvan als uitgangspunt neemt dat er aan artikel 5 lid 2 AVG is voldaan tenzij een burger aantoont dat er niet aan artikel 5 lid 1 AVG is voldaan, dan keert de AP daarmee de bewijslast om, in strijd met het vereiste in artikel 5 lid 2 AVG.

Als vervolgens in een beroep door een rechtzoekende wordt aangevoerd dat de AP weigert de toetsing aan artikel 5 lid 1 en lid 2 adequaat te doen, is de Nederlandse rechter op grond van de genoemde Europese jurisprudentie verplicht om voldoende indringend te toetsen of de door de AP gedane toetsing voldoet aan de normen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM en het Unierecht.

Als Nederlandse rechters op hun beurt ook weer weigeren om dat voldoende indringend te toetsen, maar als uitgangspunt en als conclusie aannemen dat de AP correct heeft gehandeld; en als dat tot op het hoogste rechterlijke niveau (uw Afdeling) zou worden geaccepteerd, dan kunnen we op dat moment twee dingen concluderen:

- (1) De Nederlandse rechtsstaat bestaat dan niet meer als het gaat om reële privacy;
- (2) De enige hoop op adequate privacy-bescherming is dan gelegen in een verzoek van de burger aan de Europese rechter. Maar ik hoef uw Afdeling niet te vertellen hoe klein die hoop dan is, gezien a) de enorme werkvoorraad en daardoor werkachterstand van het EHRM; b) het daarmee verband houdende, uiterst restrictieve beleid van het EHRM m.b.t. ontvankelijkverklaring van verzoekschriften; c) de immer wijder wordende "*margin of appreciation*" die door het EHRM aan EU-lidstaten wordt toegestaan (het EHRM is de afgelopen tijd steeds minder materieel gaan toetsen, en beoogt haar toetsing steeds meer te beperken tot de vraag of formele procedures nominaal correct zijn gevolgd).

Daarom kan ik u nu al zeggen dat als uw Afdeling met de zaak zou omgaan op een vergelijkbare manier als de Rechtbank Gelderland, ik twee dingen zou doen:

- (1) Enerzijds zou ik dan een verzoekschrift zou indienen bij de Europese rechter;
- (2) Anderzijds zou ik mijn geloof in een effectieve bescherming van reële privacy in Nederland ver achter me laten - zolang er niet een andere politieke en juridische situatie ontstaat.

Geen kwestie meer van waarheidsvinding, maar van een rechtspolitieke keuze

Gezien de actuele omstandigheden in het maatschappelijke en politieke krachtenveld, gaat het hier helaas niet primair meer om waarheidsvinding ten aanzien van de vraag wat de "juiste" interpretatie is van de relevante wet- en regelgeving (artikel 8 EVRM en de AVG), maar om een rechtspolitieke keuze van uw Afdeling ten aanzien van de manier waarop u die vraag wenst te beantwoorden.

In mijn eerste reactie na bekendwording van de uitspraken van de rechtbank begin februari, gaf ik tegenover Stichting Privacy First het volgende aan:

Jonker: "Wat ik al vermoedde, is opnieuw gebeurd: de rechtbank heeft de argumentatie van de AP overgenomen en herhaalt die nog eens, maar gaat niet in op argumenten die ik daartegenin heb gebracht. Daar zwijgt de rechtbank over, of hij verwerpt ze zonder inhoudelijk te onderbouwen waarom.

Gevraagd naar een voorbeeld, antwoordt Jonker: "Als het bijvoorbeeld gaat om de weigering van contante betaling in de bus, dan verwijst de rechtbank, net als de AP, naar een door een conglomeraat van overheden en vervoerbedrijven gezamenlijk opgesteld "Actieprogramma Sociale Veiligheid in het OV", maar negeert wat ik over de inhoud van dat plan heb gezegd. Ik heb aangevoerd dat uit de tekst van dat plan geen noodzaak blijkt voor de weigering van contante betaling in de bus. De rechtbank stelt: er is een plan, daarin wordt een doel genoemd, en dus is de verwerking van persoonsgegevens nodig. Dat is geen rechtspraak, maar het napraten van een bestuursorgaan. De rechtbank stelt zich op deze manier niet op als een onafhankelijke uitlegger van de wet, maar als een verlengstuk van een conglomeraat van polder-organisaties, en als advocaat van de bestuurlijke consensus die binnen dat conglomeraat is gevormd. Die consensus is kennelijk dat reële privacy, zoals

die tot 2014 in het OV bestond, mag en moet worden afgeschaft. Als de bestuursrecht-spraak zo functioneert, kun je de scheiding der machten net zo goed opheffen. En dan kan ik beter mijn wetskennis aan de wilgen hangen en me omscholen door middel van een cursus 'Hoe kom ik in het geveel bij machthebbers'. We zien hier dat de afbraak van de rechtsstaat zich in het hoofd van de rechters al voltrokken heeft, zonder dat zij dat zelf willen beseffen."

Gevraagd naar zijn volgende stappen, geeft Jonker aan in hoger beroep te zullen gaan bij de Raad van State. "Ik had verzocht om beide zaken aan te houden in afwachting van een uitspraak van de Raad van State in de zaak over privacy in het OV waarover de rechtbank op 5 september vorig jaar uitspraak deed, omdat die op enkele cruciale punten overlapt met de huidige zaak. De rechtbank heeft dat verzoek afgewezen omdat de zaken niet op alle punten met elkaar overeenkomen. Maar dat was ook niet mijn betoog. Het gaat immers om verschillende zaken. Ik had betoogd dat de uitkomst van de huidige zaken voorspelbaar is als de Raad van State mijn hoger beroep ongegrond zou verklaren, en dat het dus zin had om af te wachten of dat gebeurt. Maar nu ben ik dus genoodzaakt om voorafgaand daaraan weer twee separate procedures bij de Raad van State aan te spannen, en daarvoor griffierechten te betalen. Op deze manier werpt de rechtbank voor de burger een zo groot mogelijke hindernis op om tot zijn recht te komen. Deze mentaliteit is een zorgwekkende ontwikkeling met het oog op het behoud van de rechtsstaat. Het enige wat ik nu kan doen, is hopen dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State anders met de materie omgaat, en dat ondertussen de publieke opinie in toenemende mate wakker wordt over wat hier aan het gebeuren is. Niet alleen met onze privacy, maar ook met onze rechtsstaat."⁹⁵

Ik sta nog steeds achter mijn hier geciteerde uitspraken.

Een opmerking over het ontbreken van een eerlijk proces (fair trial)

In mijn eerder genoemde hoger-beroepschrift d.d. 10 september 2019 (uw zaaknr: 201906880; Arnhemse adresgebonden afvalpas) heb ik erop gewezen dat de "wegwui"-uitspraak van de Rechtbank Gelderland waarop dat hoger beroep betrekking heeft, moet worden beschouwd als een stilzwijgende eliminatie van het materiële recht op behandeling in tweede aanleg. Als de lagere rechter niet serieus recht spreekt, maar alleen wegwui, dan is uw Afdeling de instantie waarbij een zaak materieel gezien (d.w.z: inhoudelijk) in eerste aanleg wordt behandeld, ook al behandelt u hem formeel in tweede aanleg.

Datzelfde is mijns inziens ook bij deze zaak (ARN 19 / 2901) het geval. Op deze wijze wordt mijn recht op behandeling in tweede aanleg formeel in stand gelaten, maar feitelijk niet gehonoreerd.

Ook bleek ter zitting van de rechtbank op 16 december 2019 dat het tegenwoordig Nederlands beleid is om ter zitting niet langer het voorlezen van een schriftelijk voorbereid pleidooi ("pleitnota") toe te staan. Dat wordt dan eufemistisch een "professionele standaard" genoemd.

Hierover ben ik op de website van Privacy First als volgt geciteerd:

⁹⁵ "Nieuwe rechtszaken Michiel Jonker tegen privacyschendingen in het openbaar vervoer", onder update 6 februari 2020. Bron: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/mobiliteit/item/1164-nieuwe-rechtszaken-michiel-jonker-tegen-privacyschendingen-in-het-openbaar-vervoer.html> (geraadpleegd: 3 maart 2020).

Jonker had een enkele pleitnota voor beide zittingen gemaakt, maar de rechter stond hem niet toe die voor te lezen. Desgevraagd verwees de voorzittende rechter naar het "te ruste leggen" van de zogeheten "Nieuwe zaaksbehandeling" per 13 februari 2018, en gaf aan dat de rechtbank inmiddels werkt aan de hand van de zogeheten "professionele standaard", waarin niet meer is voorzien in de mogelijkheid voor partijen om een schriftelijk voorbereid pleidooi te houden.

Jonker: "Natuurlijk moest ik daar ter zitting in berusten, immers de rechter bepaalt wat er ter zitting mag worden ingebracht. Maar het is een teken aan de wand hoe het er met onze rechtspraak voorstaat. Mijns inziens is het weigeren van pleidooien in strijd met artikel 6 van het EVRM (recht op een eerlijk proces), omdat in zo'n pleidooi de omstandigheden van het concrete geval en de ethische implicaties daarvan rechtstreeks kunnen worden verduidelijkt en bespreekbaar gemaakt. Achteraf heb ik op internet proberen na te gaan wat daarover te vinden is. In een publicatie van het Ministerie van Binnenlandse Zaken uit 2015 ("De praktijk van de Nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht") bleek dat sommige rechters mijn mening op dit punt delen."⁹⁶

Mocht ik genoodzaakt zijn een verzoekschrift bij het EHRM in te dienen, dan zal ik ook aan de orde stellen dat mijn recht op een eerlijk proces op deze manier materieel niet volledig is gerespecteerd. Of dat ook maar iets zou helpen, is sterk de vraag.

Ik merk dat ik ernaar toegroei om het idee dat we in een rechtsstaat leven, los te laten. Misschien zouden sommige rechters dat verwelkomen: hoe minder lastige burgers, hoe meer rust.

⁹⁶ "Nieuwe rechtszaken Michiel Jonker tegen privacyschendingen in het openbaar vervoer", onder update 17 december 2019. Bron: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/mobiliteit/item/1164-nieuwe-rechtszaken-michiel-jonker-tegen-privacyschendingen-in-het-openbaar-vervoer.html> (geraadpleegd: 3 maart 2020).

5.4 Gevoeligheid - risico-discriminatie (SyRI) en ontneming privacy alle OV-reizigers

De recente rechterlijke uitspraak in de SyRI-zaak⁹⁷ geeft me enerzijds een beetje hoop, maar roept anderzijds vragen op. Waarom keurt de ene rechter op 5 februari 2020 het SyRI af omdat het een ongerechtvaardigde inbreuk vormt op de privacy van veel mensen, maar keurt een andere rechter op 4 februari 2020 het afschaffen van privacy in het complete openbaar vervoer juist goed, terwijl dat eveneens een ernstige inbreuk op de privacy vormt, en zo mogelijk voor nog meer mensen?

Reisbewegingen zijn gevoelige persoonsgegevens

Zoals in paragraaf 2.4.3 reeds genoemd, is er in het geval van SyRI sprake van een "chilling effect". Als het gaat om de reisbewegingen van individuele OV-reizigers, doet dat effect zich óók voor, zodra er voor reizigers risico's ontstaan dat kennis van derden over hun reisbewegingen nadelige consequenties met zich mee kan brengen. In Hong Kong gebeurde dat al tijdens de demonstraties in 2019. Gezien het toenemende koppelen van allerlei data voor profilering, komt onherroepelijk de tijd snel dichterbij dat reispatronen met of zonder toestemming gebruikt gaan worden om "risico's" en "kansen" met betrekking tot individueel gedrag in kaart te brengen.

Bijvoorbeeld in de vorm van verzekeringsmaatschappijen, banken, uitkeringsverstrekkers, de belastingdienst etc., die graag willen weten in welke postcodegebieden mensen zich geregeld begeven. Maar daar ging SyRI toch juist over? Precies! Reisbewegingen kunnen worden beschouwd als "metadata" waaruit, zeker in combinatie met andere data, heel erg veel kan worden afgeleid over (het leven en de risico's van) individuele personen. Ook nog achteraf, jaren later. Reisbewegingen zijn dus zeer gevoelige persoonsgegevens.

Discriminatie treedt ook op bij het afnemen van de privacy van "iedereen"

Een andere mogelijke reden voor het verschil in de twee rechterlijke beoordelingen, is dat SyRI leidde tot discriminatie van bepaalde groepen mensen, bijvoorbeeld op grond van de stadswijk waarin ze wonen (daarover meer in paragraaf 6.x), terwijl bij het afnemen van de privacy van OV-reizigers er in de perceptie van rechters wellicht geen sprake is van dergelijke discriminatoire effecten, omdat de privacy van alle OV-reizigers wordt afgepakt. Als iedereen de dupe is, dan is het in de ogen van sommigen misschien niet discriminatoir.

Dat zou echter om verschillende redenen een misvatting zijn. Ten eerste zijn OV-reizigers niet alle Nederlanders, maar vooral Nederlanders die niet in het bezit zijn van een auto, en vooral stadsbewoners. Op die manier ontstaan er ook met het geautomatiseerd verwerken van individuele OV-reisbewegingen in de praktijk discriminatoire effecten.

Maar ook binnen de (in statistisch jargon) "populatie" van OV-reizigers leidt de verwerking van individuele OV-reisbewegingen tot discriminatoire effecten, zodra die gegevens op enige wijze terecht komen (en dat is niet een kwestie van of, maar van wanneer - die gegevens zijn immers geld waard) bij organisaties die belang hebben bij enige vorm van risico-inschatting of het inschatten van commerciële of propagandistische kansen (marketing, politieke beïnvloeding).

We zijn inmiddels gewend aan pinbetalingen, die zijn "genormaliseerd". Maar dat is geen goede reden om onze ogen te sluiten voor de risico's voor burgers die pinbetaling in de bus veroorzaakt.

⁹⁷ Uitspraak Rechtbank Den Haag op 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

5.5 Pinbetaling als poging tot digitalisering van "veiligheid" en "efficiëntie"

In paragraaf 2.5.3 heb ik besproken hoe digitalisering (eufemistisch "connectiviteit" genoemd) aan ons wordt verkocht met als argument dat het meer "efficiëntie" oplevert, terwijl de schaduwzijden van die vermeende efficiëntie... inderdaad: in de schaduw worden gehouden en worden overschreeuwd door middel van zogenaamd "positieve" propaganda.

Hier wil ik ingaan op een voorbeeld van zulke digitalisering, namelijk het verplicht stellen van elektronische betaling, bijvoorbeeld pinbetaling, waarbij er meer specifiek een beroep wordt gedaan op de vermeende efficiëntie daarvan ten behoeve van het doel van "veiligheid" in de bus.

Al eerder heb ik aangegeven dat er verschillende soorten "veiligheid" bestaan, en ook verschillende soorten "efficiëntie". De redenering van het conglomeraat van Nederlandse overheden en vervoerbedrijven lijkt te zijn (ook hebben ze dat in hun "Actieprogramma Sociale Veiligheid in het OV" gek genoeg niet expliciet vermeld) dat het verplicht stellen van pinbetaling in de bus "de veiligheid" van de chauffeur en de passagiers op een efficiënte manier zou vergroten.

In mijn beroepschrift d.d. 24 mei 2019 heb ik aangevoerd, in paragraaf 2.3.3, dat er door Connexion geen goede analyse is gemaakt van alle relevante veiligheidsaspecten, en hoe die kunnen worden bevorderd. Daarbij heb ik verwezen naar mijn bezwaarschrift d.d. 30 januari 2019 en in mijn aanvulling daarop d.d. 8 april 2019 (waarin ik het Actieprogramma Sociale Veiligheid in het OV besprak).

Als het gaat om veiligheid, dan is er vaak sprake van twee tegenstellingen: 1. De tegenstelling tussen individuele en collectieve veiligheid; en 2. De tegenstelling tussen veiligheid op de korte termijn en veiligheid op de langere termijn.

Verschillende soorten veiligheid in relatie tot betaling voor busvervoer

In het geval van betaling van vervoerbewijzen in de bus is er zelfs sprake van vier soorten collectieve veiligheid, namelijk: 1. de sociale veiligheid van individuele busreizigers in de bus; 2. de veiligheid die individuele Nederlanders ontleen aan het feit dat ze anoniem kunnen reizen zonder dat hun reisbewegingen standaard worden vastgelegd; 3. de veiligheid van individuele buschauffeurs in de bus; 4. de veiligheid die de Nederlandse samenleving als geheel ontleent aan de mogelijkheid om zeker te zijn dat je ongeregistreerd kunt reizen - dit vormt een waarborg tegen misbruik van overheidsmacht.

In een Q&A waarvoor ik door de website Fok.nl werd uitgenodigd, beschreef ik deze situatie als volgt:

Jij heb het bij die snelheidscamera's en het boeven vangen over "een slimme manier om wat geld te besparen en dat proces efficiënt in te richten". Maar de vraag is: voor WIE is het proces efficiënt? De boeven zitten zeker niet alleen op de snelweg of in de trein. Ze zitten ook op ministeries, bij de politie, in raden van bestuur en in adviescommissies. En degenen die onze democratie en rechtsstaat verdedigen, zitten vaak juist wel op de snelweg en in de trein.

(...) Als het gaat om "Jan de MKB'er" die een bordje "hier alleen pinnen" op de deur van zijn winkel hangt, dan gaat het om een individueel, particulier belang in verhouding tot een collectief belang. Dat collectieve belang is op zijn beurt ook weer in het individuele belang van een groot aantal afzonderlijke mensen. Wat één enkele Jan doet, maakt niet zoveel uit. Maar als alle Jannen dat gaan doen, kunnen we opeens allemaal gevolgd worden bij elke betaaltransactie die we doen. En als dat kan, dan zal dat ook gebruikt worden. Dat is keer op keer in de geschiedenis gebleken.

Dit is een vorm van het "prisoner's dilemma". Op het eerste gezicht is het misschien voor elke afzonderlijke winkelier op de korte termijn voordelig om geen contant geld meer te accepteren. Maar als alle burgers (inclusief winkeliers) samenwerken door allemaal een KLEIN risico te nemen (cash accepteren en daarmee betalen), houden we gezamenlijk een infrastructuur in stand die aan iedereen een paar andere soorten veiligheid biedt, namelijk: a) bescherming tegen machtsmisbruik door data-verzamelaars en tegen het verlies van onze vrijheid op de lange duur, en vooral ook: tegen het verlies van de vrijheid van onze kinderen en kleinkinderen; en b) bescherming tegen het disfunctioneren /uitvallen van elektronische betaalsystemen, omdat we dan met contant geld nog een functionerend alternatief hebben.

Om te zorgen dat we als burgers niet de dupe worden van het "prisoner's dilemma" (dat ook gebruikt kan worden om ons tegen elkaar uit te spelen d.m.v. een rat-race naar de bodem), is wetgeving nodig die bepaalde organisaties verplicht om contant geld te blijven accepteren. De AVG kan het begin van die wetgeving zijn, als de AVG door rechters geïnterpreteerd wordt in overeenstemming met het doel van artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van het privé-leven).

Ook bij "boeven vangen" is er sprake van zo'n "prisoner's dilemma" - grappige samenloop van woorden. Elke afzonderlijke keer dat er een boef moet worden gevangen, biedt het een kans op voordeel op de korte termijn om gebruik te maken van de data van de snelheidscamera's. Maar dit gaat ten koste van het collectieve lange-termijn-belang om met privacy te kunnen blijven reizen, en daarmee ook mogelijkheden te houden om de manier waarop autoriteiten hun macht gebruiken, te onderzoeken en ter discussie te stellen - wat nodig is voor het behoud van onze vrijheid en uiteindelijk onze menselijkheid.⁹⁸

De afweging tussen de verschillende relevante vormen van veiligheid, hoe die efficiënt kunnen worden nagestreefd, en tussen de verschillende belangen die mensen daarbij hebben, is door Connexion nooit gemaakt bij de afschaffing van contante betaling in alle bussen. Althans, Connexion heeft daarvan geen enkele blijk gegeven. De AP heeft als toezichthouder ook niet zo'n afweging van Connexion verlangd, maar heeft klakkeloos haar zegen gegeven aan deze generieke aantasting van de privacy van busreizigers ten behoeve van een algemeen geformuleerd, niet gespecificeerd doel. Dat is in strijd met artikel 5 lid 2 AVG, waarin bij de verwerkingsverantwoordelijke nadrukkelijk een verantwoordingsplicht wordt neergelegd. En het is in strijd met artikel 5 lid 1 AVG, waarin wordt bepaald dat die verantwoordingsplicht betrekking heeft op "welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden".

98 "[Q&A] Stel je vragen aan privacy-activist Michiel Jonker", Fok.nl, 17 januari 2020, antwoord d.d. zondag 19 januari 2020 @ 16:33:47 #57 Bron: <https://forum.fok.nl/topic/2535284/1/999> (geraadpleegd: 3 maart 2020).

Efficiëntie vs. veiligheid door frictie

Ook het idee dat efficiëntie (van welke soort dan ook) altijd bevorderlijk zou zijn voor veiligheid, klopt niet. Wat efficiënt is voor persoon of institutie A die invloed, controle of macht wil uitoefenen of winst wil maken, hoeft niet efficiënt te zijn voor persoon B die met een bus ergens naartoe wil reizen voor doelen die losstaan van de doelen van A, of die de doelen van A zelfs in de weg zitten. Wat efficiënt is voor de "veiligheid" (vaak een eufemisme voor: macht, controle) van A, hoeft niet efficiënt te zijn voor de veiligheid (bijvoorbeeld in de vorm van privacy) van persoon B.

Edward Snowden verwoordde dit verband mooi in een interview afgelopen najaar met Brian Williams van MSNBC, dat bijna vier miljoen keer via internet is bekeken:

I think if any of the founders of this country [the USA] looked around today, they would be shocked by the kind of rhetoric they hear, and they would be shocked by the kind of activities of government they see. If you read the Bill of Rights, something that struck me when I was writing about it, and in this book... was that fully half of the first ten Amendments are explicitly making the work of government harder. They're making life for law enforcement officials harder. And all of the Founding Fathers thought that was a good idea. Because they recognized the more efficient a government is, the more dangerous it is.

We want a government always that is not too efficient. We want a government always that is just efficient enough. Because government holds extraordinary power in our lives. We want governments always to only use their power in a way that is necessary and proportionate to the threat presented by whoever it is that they're investigating. When the government is getting by, by the skin of their teeth, the people are free. The government should be afraid of the people. People shouldn't be afraid of the government.⁹⁹

Eigenlijk verwoordde Snowden hier dezelfde conclusie als John Stuart Mill in diens beroemde, laatste alinea van zijn bekendste werk, *On Liberty*. Die slotalinea heb ik geciteerd en vertaald in mijn bijgevoegde analyse *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism*.¹⁰⁰ In die analyse onderbouw ik ook dat Connexion en andere vervoerbedrijven in de praktijk niet functioneren als zuiver commerciële bedrijven die opereren op een "vrije markt", maar als onderdelen van een Nederlands conglomeraat van overheden en bedrijven dat op een corporatistische manier heerst. Daarom is het commentaar van Snowden ook van toepassing op Connexion c.s.

Veiligheid betekent: niet verzamelen wat niet nodig is om te verzamelen

In datzelfde interview legt Snowden ook uit waarom de aandacht van het debat in de VS ten onrechte is gericht op het beperken wat er met eenmaal verzamelde persoonsgegevens wordt gedaan, terwijl het zou moeten gaan over het beperken van wat er überhaupt wordt verzameld:

We have to stop thinking about the limitations on how data is used as "data protection regulations". (...) We're constantly thinking about, all right, the data has been collected, and these companies have it, how [do] we regulate their use. Regulating the use is a mistake.

⁹⁹ "The 11th hour with Brian Williams", op MSNBC, 17 september 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=e9yK1QndJSM> (geraadpleegd: 3 maart 2020).

¹⁰⁰ M. Jonker, *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism*, paragraaf 9 ("Efficiëntie in relatie tot privacy"), pag. 29. Zie bijlage. Tevens raadpleegbaar via: <https://www.privacyfirst.nl/aandachtvelden/mobiliteit/item/1158-rondetafelgesprek-tweede-kamer-over-toegang-tot-ov-data.html> (onder: update 8 oktober 2019).

We should do that, but that's the wrong focus. It is the collection of data that is the problem. When you start trying to regulate use, you're going... the collection's already happened. The collection was already legal. One of the fundamental flaws in US privacy legislation is that we are one of the only advanced democracies in the world that does not have any basic privacy law whatsoever.¹⁰¹

Snowden laat zich vervolgens positief uit over de AVG (GDPR). Maar wat hij misschien niet scherp op zijn netvlies heeft staan, is dat er binnen de EU net zo goed een tendens is, met name ook onder toezichthouders en rechters, om de aandacht te richten op zogeheten "waarborgen" met betrekking tot de omgang met reeds verzamelde persoonsgegevens. Daarbij wordt telkens de vraag genegeerd of er überhaupt een noodzaak is aangetoond (artikel 5 lid 2 AVG) om de betreffende persoonsgegevens te verzamelen. En dat ondanks het feit dat de definitie van "verwerking van persoonsgegevens" expliciet ook betrekking heeft op het "verzamelen" daarvan (artikel 4 onder 2) AVG).

De AVG is een belangrijke eerste stap op weg naar een adequate bescherming van privacy, mits de AVG door toezichthouders en rechters in materiële zin serieus wordt genomen, en dus niet slechts in procedurele zin.

De vraag die dus nu bij uw Afdeling voorligt, is of uw Afdeling de AVG werkelijk serieus neemt, of dat u om (rechts)politieke redenen, met het oog op uw positie en uw relaties in het Nederlandse, corporatistische bestuursmodel (m.a.w. het Poldermodel), de werkingskracht van de AVG afzwakt tot een formele, rituele dans, en op die manier de AVG reduceert tot een papieren tijger.

Ik hoop van harte dat uw Afdeling de rechtsstaat op nummer 1 zal zetten, en een duidelijk signaal zult geven dat allerlei bestuurlijke en commerciële deelbelangen alleen behartigd mogen worden voor zover dat past binnen een rechtsstatelijk kader.

101 "The 11th hour with Brian Williams", op MSNBC, 17 september 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=e9yK1QndJSM> (geraadpleegd: 3 maart 2020). Zie ook par. 2.4.3 (pp. 35-38) van dit hoger-beroepschrift, over het *chilling effect* waar onnodige gegevensverzameling aan bijdraagt.

6 Beroepsgronden ARN 19 / 3510 (NS)

6.1 Het niet-aanhouden van de behandeling van de zaak

Ik heb in de beroepsprocedure de rechtbank bij brieven van 2 en 5 december 2019 verzocht om de zaak aan te houden totdat uw Afdeling in een andere casus (mijn hoger beroep d.d. 9 oktober 2019) uitspraak heeft gedaan, en totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU; CJEU) prejudiciële vragen van het Belgische Grondwettelijke Hof heeft beantwoord. Mijn doel was om een verdere rechtsgang bij de rechtbank, als die na uw uitspraak of die van het HvJ-EU niet meer zinvol zou blijken te zijn, te voorkomen, en zo iedereen tijd, energie en kosten te besparen. De rechtbank heeft dat verzoek afgewezen. Dat kan de rechtbank zelf beslissen. Nu de zaak eenmaal in hoger beroep is aangeland, berust ik in de gang van zaken. Wel wil ik hier kort toelichten waarom aanhouding toch wenselijk was geweest.

In deze casus komen twee onderwerpen aan de orde die het aanhouden van de zaak zinvol hadden gemaakt. Ten eerste gaat het om de aanschaf van internationale treintickets (voor reizen binnen de EU) aan Nederlandse balies van NS. De AP en de rechtbank ontkennen, in strijd met de feiten, dat mijn handhavingsverzoek daarop betrekking heeft voor zover het gaat om internationale tickets die NS verkoopt ten behoeve van derden (bijvoorbeeld Thalys of Deutsche Bahn). Als uw Afdeling oordeelt dat mijn handhavingsverzoek wel degelijk ook op die ticket-verkoop betrekking heeft, dan is vervolgens de vraag van belang of er met de algemene voorwaarden van NS (als verwerker) en van het betreffende Europese vervoerbedrijf (bijvoorbeeld Thalys of Deutsche Bahn, als verwerkingsverantwoordelijke) door middel van een contract een wettelijke grondslag is gecreëerd in de vorm van artikel 6 lid 1 onder b) AVG voor een door de verwerkingsverantwoordelijke met willekeur te bepalen verwerking van persoonsgegevens, los van de vraag naar de welbepaaldheid, uitdrukkelijke omschrevenheid of gerechtvaardigheid van het doel van de verwerking (artikel 5 lid 1 AVG).

De AP heeft tot nu toe betoogd dat die wettelijke grondslag bestaat, los van de inhoud of formulering van het doel van de verwerking. Dit deed de AP in een andere zaak die thans aan uw Afdeling in hoger beroep voorligt (uw zaaknummer: 201907478; privacy-discriminatie en/of privacy-aantasting d.m.v. OV-chipkaart). Om deze reden was het zinvol om de beroepsprocedure bij de rechtbank aan te houden in afwachting van de uitspraak van uw Afdeling in die eerdere zaak, en in afwachting van de antwoorden van het HvJ-EU op de gestelde prejudiciële vragen. Voor een nadere toelichting, zie paragraaf 5.1 van dit hoger-beroepschrift.

Het tweede onderwerp is de privacy-discriminatie die plaatsvindt door middel van het in rekening brengen van zogenaamde "service-kosten" bij contante betaling aan de balie (de enige privacy-vriendelijke betalingswijze) ten behoeve van het opladen van saldo op "anonieme" OV-chipkaarten. NS heeft die service-kosten eenzijdig in zijn algemene voorwaarden opgenomen, waaraan (mijns inziens ten onrechte) de status van een "contract" is toegekend dat een wettelijke grondslag voor gegevensverwerking en voor privacy-discriminatie zou creëren. Hierbij komt dus dezelfde vraag aan de orde als bij het eerste onderwerp. Ook om die reden was het zinvol om het beroep aan te houden in afwachting van de uitspraak van uw Afdeling in zaak nr. 201907478.

6.2 Identificatie/legitimatie bij inleveren anonieme OV-chipkaart

6.2.1 Overzicht argumenten primaire fase, bezwaar en beroep

In mijn handhavingsverzoek d.d. 9 juli 2018 maakte ik melding van een overtreding door NS in de vorm van het nodeloos eisen van legitimatie als voorwaarde voor het teruggeven van resterend saldo op een "anonieme" OV-chipkaart, wanneer dat door mij wordt teruggevraagd. Niet in geding was dat ik als houder van zo'n anonieme OV-chipkaart recht heb op teruggave van dat saldo.

Ik wilde dat de AP onderzocht of hierbij sprake was van verwerking van mijn persoonsgegevens door NS, en zo ja, dat de AP dan een einde maakte aan deze overtreding.

In haar primaire besluit d.d. 12 november 2018 wees de AP mijn handhavingsverzoek af op twee gronden. Ten eerste verklaarde de AP zichzelf onbevoegd als er alleen sprake zou zijn van een eis van NS strekkende tot identificatie/legitimatie zonder dat daarbij persoonsgegevens worden verwerkt. Ten tweede baseerde de AP haar afwijzing op de mededeling van NS in een brief van 26 september 2018 dat er bij de teruggave van resterend saldo tot 30 euro geen persoonsgegevens worden verwerkt. De AP zweeg over de verwerking van persoonsgegevens bij teruggave van resterend saldo boven de 30 euro.

In mijn bezwaarschrift d.d. 24 november 2018 bracht ik hier drie bezwaren tegen in:

(1) De AP was ten onrechte niet nagegaan of hetgeen NS in zijn brief van 26 september 2018 meedeelde, in overeenstemming was met de werkelijkheid. Op die manier verzuimde de AP in mijn ogen haar onderzoeksplicht en daarmee haar Europeesrechtelijke plicht om een hoog beschermingsniveau te creëren. Ook verklaarde de AP zichzelf op deze manier in mijn ogen voorbarig, en dus ten onrechte, onbevoegd. Ik gaf aan dat het doel op grond waarvan NS identificatie/legitimatie eist, volgens NS zelf is om tegen te gaan dat mensen gestolen anonieme OV-chipkaarten inleveren, en dat dit doel alleen bereikt kan worden door de unieke nummers van ingeleverde OV-chipkaarten te checken aan de hand van een lijst van reeds uitgegeven OV-chipkaarten in combinatie met de identiteit van degene die de kaart inlevert.

(2) Ik wees erop dat NS wel degelijk de unieke nummers verwerkt van de ingeleverde anonieme OV-chipkaarten, die ook volgens de AP beschouwd moeten worden als persoonsgegevens (ook bij bedragen kleiner dan 30 euro).

(3) Ik wees erop dat ook TLS die unieke OV-chipkaart-nummers verwerkt (zowel bij bedragen kleiner dan 30 euro als bij bedragen groter dan 30 euro).

Op 17 januari 2019 vond de hoorzitting in de bezwaarprocedure plaats.

Bij brief van 12 februari 2019 reageerde ik naar de AP op antwoorden van NS d.d. 4 februari 2019 op vragen die de AP bij brief d.d. 21 januari 2019 had gesteld. Met betrekking tot het proces van teruggave resterend saldo anonieme OV-chipkaart had NS het volgende geantwoord:

NS benadrukt dat er geen sprake is van inlevering of inname van de naamloze OV-chipkaart bij NS. Indien de klant uitbetaling wenst van het resterende saldo van een naamloze OV-chipkaart tot een bedrag van EUR 30,—, dan wordt dit bedrag contant uitbetaald aan de klant. De naamloze OV-chipkaart wordt vervolgens (zonder saldo) weer terug gegeven aan de klant. Het fysiek aannemen van de OV-chipkaart door een baliemedewerker heeft enkel tot doel om het saldo op de kaart te kunnen uitlezen, waarna de OV-chipkaart direct wordt terug gegeven aan de klant. Een baliemedewerker ziet bij het uitlezen van de OV-chipkaart op dat moment enkel een chip-ID op het beeldscherm. Het opslaan van dit chip-ID wordt door het systeem niet toegestaan. Ook is het relateren van het chip-ID aan eventuele klantgegevens niet mogelijk. Er is hierbij dus geen sprake van verwerking in de zin van artikel 4 onder 2 van de AVG, omdat er geen sprake is van persoonsgegevens.

Indien er meer dan EUR 30,— aan saldo op de naamloze OV-chipkaart staat, dan kan het saldo alleen terug gevraagd worden door middel van het opsturen van de naamloze OV-chipkaart voorzien van een formulier naar de Klantenservice OV-chipkaart te Amersfoort, te weten Trans Link Systems B.V. (<https://www.ov-chipkaart.nl/saldo-terugvragen-nog-niet-verlopen-kaart.htm>). Dit gehele proces verloopt via Trans Link Systems B.V. en NS is hiervoor dan ook geen verwerkingsverantwoordelijke.

In mijn brief van 12 februari 2019 reageerde ik hierop als volgt:

1.1 Net zoals (voor het eerst) in zijn brief van 26 september 2018, gaat NS ertoe over om niet langer van de “anonieme OV-chipkaart” te spreken, maar van “naamloze OV-chipkaart”. Kennelijk probeert NS daarmee te doen vergeten dat het doel van de anonieme OV-chipkaart steeds is geweest om reizigers de mogelijkheid te bieden om met behoud van privacy, en dus anoniem te blijven reizen.

Enige tijd na de brief van 26 september 2018 heb ik de website van NS op dit punt gecheckt. Op 1 december 2018 werd op de website van NS in het overzicht van verschillende soorten OV-chipkaarten nog steeds gesproken van de “anonieme OV-chipkaart” (zie bijlage). Het lijkt er daarom op dat de term “naamloze OV-chipkaart” in september 2018 bedacht is door de gemachtigde advocaat van NS om in de onderhavige casus de positie van NS te versterken, zonder dat dit echter enige basis heeft in de reële bedrijfsvoering of het beleid van NS tot dusverre. Als NS de anonimiteit van de anonieme OV-chipkaart wil opheffen, dan zou dat een belangwekkende ontwikkeling zijn waarover NS aan de AP ook in het kader van de thans voorliggende casus duidelijkheid zou moeten verschaffen.

1.2 NS maakt niet duidelijk waarom het, voor het teruggeven van een saldo tot €30,—, noodzakelijk is dat een NS-medewerker het chip-ID van een anonieme OV-chipkaart op een beeldscherm ziet bij het uitlezen van de kaart. Waarom moet de medewerker in de gelegenheid worden gesteld dat nummer op te schrijven?

1.3 Ook kan NS wel beweren dat het nummer niet kan worden opgeslagen, maar kennelijk wordt dit nummer op dat moment wel reeds door het systeem uitgelezen uit de kaart en in het systeem gekoppeld aan een lijst met nummers van reeds uitgegeven “anonieme” OV-chipkaarten. Op die manier wordt de anonimiteit van de betreffende “anonieme” OV-

chipkaart opgeheven en kan de reishistorie van de gebruiker worden achterhaald. Door middel van profilering kan uit die reishistorie ook de identiteit van de gebruiker worden achterhaald. Ik verwijs in dit verband naar het in januari 2019 uitgekomen *The Age of Surveillance Capitalism* van de Amerikaanse hoogleraar Shoshana Zuboff.¹⁰² Er is dus sprake van verwerking van (in beginsel) tot een persoon herleidbare gegevens, met andere woorden: verwerking van persoonsgegevens.

1.4 Ik heb reeds eerder in deze bezwaarprocedure op het feit gewezen dat het aanbrenge van unieke nummers of codes op een “anonieme” OV-chipkaart de anonimiteit daarvan opheft en daarmee leidt tot een inbreuk op de privacy van de treinreiziger die de kaart gebruikt. Hierover loopt momenteel een rechtszaak tussen mij en de AP (ARN 18/1487).

1.5 NS maakt niet duidelijk waarom er een onderscheid gemaakt wordt tussen OV-chipkaarten met een saldo tot €30,-- en OV-chipkaarten met een hoger saldo, waarbij de kaart moet worden opgestuurd naar Trans Link Systems (TLS), waardoor de anonimiteit verloren gaat. Het maximale saldo dat op een anonieme OV-chipkaart kan worden geladen is €150,--. Ook bedragen tussen €30,-- en €150,-- zouden zonder aantasting van de privacy moeten worden gerestitueerd. Het gaat immers om geld van de gebruiker, die dat op de kaart geladen heeft.

1.6 NS schrijft dat “het proces” van teruggave van resterend saldo boven €30,-- volledig “verloopt” via TLS en dat NS daarvoor “dan ook” geen verantwoordelijke is. Dat is een onjuiste gevolgtrekking. Het gaat er niet om “via wie” het proces verloopt, maar onder wiens verantwoordelijkheid het verloopt. Die verantwoordelijkheid ligt bij NS, omdat de NS mij verplicht om, als ik met de trein wil reizen en daartoe een transactie met NS moet afsluiten, gebruik te maken van een OV-chipkaart. Overigens, zoals bij de AP bekend (en door de AP geconstateerd tijdens een hoorzitting in januari 2018 in een eerdere bezwaarprocedure), staat het logo van NS nog steeds op mijn anonieme OV-chipkaart, evenals de tekst: “Meer weten over reizen met de OV-chipkaart bij NS? Kijk op ns.nl”.

1.7 De NS ontkent hier ook ten onrechte de kracht van gewijsde van de reeds eerder in deze bezwaarprocedure genoemde uitspraak van de rechtbank op 16 juli 2016, later bevestigd door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op 20 september 2017.¹⁰³ In die uitspraken werd bevestigd dat NS de verantwoordelijke is voor de verwerking van mijn persoonsgegevens als treinreiziger, terwijl TLS de verwerker is die in opdracht van NS handelt.

Op de vragen van de AP d.d. 21 januari 2019 met betrekking tot de verantwoordelijkheid van NS, antwoordde NS in zijn brief van 4 februari 2019 dat NS zichzelf niet opvatte als verwerkingsverantwoordelijke en ook niet als verwerker van de persoonsgegevens die bij teruggave van een bedrag boven de € 30,00 worden verwerkt door TLS. Dat is in strijd met de AVG. Immers, het is NS

102 Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, Public Affairs (Hachette Book Group), New York, januari 2019. Zie bijvoorbeeld pagina 245: “With as little as three bits of data easily culled from the public record – birth date, zip code, and sex – reidentification science has demonstrated its ability to de-anonymize metadata with ‘disturbing ease.’” En: “Princeton computer scientists Arvind Narayanan and Edward Felten summed it up this way: ‘There is no known effective method to anonymize location data, and no evidence that it’s meaningfully achievable.’”

103 ECLI:NL:RBGEL:2016:4553 en ECLI:NL:RVS:2017:2555.

die, als ik met de trein wil reizen en om die reden een vervoerbewijs koop, bepaalt welke verwerking van persoonsgegevens er voor dat doel plaatsvindt (artikel 4 onder 7) AVG). Als dat doel er niet was, zou ik niets met TLS te maken hebben. NS is dus verwerkingsverantwoordelijke zoals gedefinieerd in artikel 4 AVG, en TLS is met betrekking tot dat doel de verwerker.

In mijn brief van 12 februari 2019 reageerde ik als volgt op de ontkenning door NS van zijn verantwoordelijkheid:

Aangezien er in geval van resterend saldo tussen €30,-- en €150,-- onder verantwoordelijkheid van NS persoonsgegevens worden verwerkt door TLS (als verwerker), had NS gehoor moeten geven aan het verzoek van de AP om de relevante documenten (inclusief de verwerkingsovereenkomst) aan de AP toe te sturen. Nu NS heeft geweigerd om dat te doen, moet de AP krachtig optreden, in de zin van artikel 58 lid 1 onder (a), (e) en (f) AVG, en indien dat niet leidt tot het vereiste resultaat, in de zin van artikel 58 lid 2 onder (j) AVG, mede in het licht van artikel 83 lid 2 onder (f) AVG. Want een serieuze toezichthouder laat niet op een dergelijke wijze met zich sullen door een verwerkingsverantwoordelijke die zich achter een verwerker probeert te verschuilen. Dat de betreffende verwerker op zijn beurt om commercieel-strategische redenen maar al te graag beschouwd zou willen worden als (primaire) verwerkingsverantwoordelijke, maakt dat niet anders.

Per **email van 16 maart 2019 reageerde ik op antwoorden van TLS** op vragen die de AP op eigen initiatief aan TLS had gesteld (en niet aan NS). Ik benadrukte dat de poging van NS en TLS om door middel van een "wisseltruc" TLS alsnog te betitelen als "verwerkingsverantwoordelijke", niet in overeenstemming is met de AVG en ook niet met jurisprudentie van de rechtbank en uw Afdeling.

In haar **besluit op bezwaar d.d. 12 juni 2019** wees de AP mijn bezwaarschrift af en reageerde als volgt op deze drie bezwaargronden:

Ad (1): De AP stelde dat er van verwerking van persoonsgegevens "niet was gebleken" omdat niet was gebleken dat NS *"het Chip-ID van OV-chipkaarten waarvan om uitbetaling van het saldo wordt verzocht koppelt aan een lijst met reeds uitgegeven kaarten. Uw betoog dat dit beide noodzakelijk is - het tegengaan van inlevering van gestolen niet op nam gestelde kaarten - te bereiken, volgt de AP niet. Het valt immers niet uit te sluiten dat het feit dat bij uitbetaling van het saldo op een OV-chipkaart aan een NS servicebalie om een legitimatiebewijs kan worden verzocht reeds op zichzelf een afschrikwekkend of ontmoedigend effect kan hebben en daarmee misbruik kan worden tegengegaan."* Om die reden vond de AP dat zij zichzelf terecht onbevoegd had verklaard ten aanzien van dit onderdeel van mijn handhavingsverzoek.

Ad (2) en ad (3) stelde de AP dat ik bij de aanschaf van een OV-chipkaart, conform de algemene voorwaarden van NS, een overeenkomst met TLS zou zijn aangegaan, waardoor er kennelijk in de ogen van de AP (maar dat maakte de AP niet expliciet) geen sprake zou zijn van de verwerking van persoonsgegevens door NS, die door de AP nu slechts werd beschouwd als "servicepunt".

In mijn **beroepschrift d.d. 1 juli 2019** bracht ik tegen deze redeneringen van de AP de volgende beroepsgronden naar voren:

Ad (1): Ik wees erop dat de AP, door als mogelijke verklaring voor de legitimatie-eis te verwijzen naar een mogelijk doel van "afschrikking" of "ontmoediging" van mensen die een anonieme OV-chipkaart kwamen inleveren, eigenlijk suggereerde dat de NS de legitimatie-eis stelde met een onrechtmatig doel. Immers, het is niet toegestaan om legitimatie te eisen om mensen te intimideren. Ook wees ik erop dat de AP gek genoeg had verzuimd om aan NS te vragen of dit mogelijke doel het werkelijke doel van NS was met die legitimatie-eis. Ik schreef:

Kennelijk is het doel van de AP niet om achter de waarheid te komen, maar alleen om een argument in te zetten. En wel een argument dat alleen bruikbaar is zolang er juist niet gecontroleerd wordt of het op waarheid berust. Want als NS antwoordt dat het doel geen afschrikking is, dan vervalt dit argument. Maar als NS antwoordt dat het doel wel afschrikking is, dan maakt NS zich schuldig aan een strafrechtelijk vervolgbaar vergrijp, namelijk het inzetten van een eis van legitimatie met als doel mensen te intimideren. Dus wil de AP, al colluderend met NS, helemaal niet weten wat het antwoord is.

Om die reden verzuimde de AP mijns inziens nog steeds haar onderzoeksplicht.

Ad (2) en (3) schreef ik onder andere:

De AP beroept zich hier op een vermeend contract tussen mij als treinreiziger en het bedrijf TLS. Ik heb al sinds mijn brief d.d. 5 juni 2014 aan NS en die van 17 juni 2014 aan de AP steeds weer benadrukt dat, en onderbouwd waarom ik geen contract met TLS heb afgesloten, ook al beweren NS en TLS dat. Voor een toelichting hierop verwijs ik uw rechtbank vooralsnog naar mijn eveneens bij u ingediende beroepschrift d.d. 24 mei 2019 inzake de weigering van contante betaling in de bus door Breng/Connexxion (uw zaaknummer: ARN 19 / 2901). In die zaak beroept de AP zich eveneens op een afgedwongen, vermeend "contract" dat ik zou hebben afgesloten met een vervoerbedrijf, door een vervoerbewijs te kopen. Op grond daarvan zouden mijn persoonsgegevens volgens de AP verwerkt mogen worden zonder mijn instemming.

En:

Weer neemt de AP hier de wens en de algemene voorwaarden van TLS (een verwerker in opdracht van verwerkingsverantwoordelijke NS) als uitgangspunt, en niet de AVG. (...) De door de AP in collusie met NS gepleegde "wisseltruc" om opeens in plaats van NS, TLS tot verwerkingsverantwoordelijke te bestempelen, zag ik al aankomen voorafgaand aan het besluit op bezwaar. Ik heb die truc besproken in mijn email van 16 maart 2019 (reactie op antwoorden TLS; zie bijlage 10). *[d.w.z.: bijlage 10 bij het beroepschrift d.d. 1 juli 2019 - noot van M. Jonker]*

Ik concludeerde aan het eind van mijn beroepschrift ten aanzien van dit onderdeel:

Met betrekking tot het onderdeel "identificatie bij teruggave saldo anonieme OV-chipkaart" houdt de AP vast aan beslissing om zichzelf onbevoegd te verklaren, op grond van een cirkelredenering: de AP weigert helderheid te krijgen over het echte doel van die identificatie en over de werkelijke omgang van NS met de gevraagde legitimatie, en concludeert op grond van de door haar haarzelf op die manier in stand gehouden

onduidelijkheid dat er geen sprake zou zijn van verwerking van persoonsgegevens, en dat zijzelf daarom onbevoegd zou zijn om de zaak te onderzoeken. Hiermee kijkt de AP niet alleen weg, maar legt ook de bewijslast dat er sprake zou zijn van een overtreding, ten onrechte bij mij als betrokkene (data-subject).

In het **verweerschrift d.d. 3 december 2019 van de AP** stelde de AP, zonder in te gaan op de argumenten in mijn email van 16 maart 2019, dat TLS de verwerkingsverantwoordelijke zou zijn:

Zoals is uiteengezet in randnummer 31 van het bestreden besluit is niet de NS, maar TLS aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke in die situatie. (...) TLS beheert de saldi van OV-chipkaarten. Dat doen niet de individuele vervoerders, zoals de NS. Het volledige saldo van een OV-chipkaart kan immers bij elke aangesloten vervoerder worden aangewend om te reizen. De voorwaarden waaronder en de apparatuur waarmee het uitlezen van het chip-idee geschiedt, worden door TLS bepaald. Voor zover de NS persoonsgegevens verwerkt bij het uitlezen van het chip-ID in verband met het uitbetalen van het saldo heeft hij naar het oordeel van de AP aannemelijk gemaakt dat hij niet de verwerkingsverantwoordelijke is.

De heer Jonker is het er niet mee eens dat de AP TLS als verwerkingsverantwoordelijke in vorenbedoelde zin aanmerkt. Hij heeft evenwel in zijn beroepschrift geen concrete aanknopingspunten voor een andersluidende conclusie naar voren gebracht. Anders dan de heer Jonker stelt, is TLS de verwerkingsverantwoordelijke voor de centrale transactie-verwerking en het bijhouden van het aan de kaart gekoppelde saldo.

In mijn **repliek d.d. 5 december 2019** (de laatste dag dat ik een document bij de rechtbank kon aanleveren gezien de elf-dagen-termijn voorafgaand aan de zitting op 16 december), reageerde ik op dit onderdeel van het zeer laat ingeleverde verweerschrift van de AP als volgt:

(1) Onder randnummers [27] t/m [29] volhardt de AP in zijn stelling dat het bedrijf Trans Link Systems bv (TLS) "de" verwerkingsverantwoordelijke zou zijn, zonder in te gaan op wat ik daarover in mijn beroepschrift naar voren heb gebracht.

(2) In paragraaf 3 ("Wettelijk toetsingskader") van het verweerschrift, verwijst de AP echter zelf naar de volgende definitie van "verwerkingsverantwoordelijke" in art. 4 AVG. Die luidt als volgt:

7) "verwerkingsverantwoordelijke": een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, en dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt; wanneer de doelstellingen van en de middelen voor deze verwerking in het Unierecht of het lidstatelijke recht worden vastgesteld, kan daarin worden bepaald wie de verwerkingsverantwoordelijke is of volgens weke criteria deze wordt aangewezen.

Wanneer ik met de trein wil reizen, ga ik naar het vervoerbedrijf NS toe om op enige wijze toestemming te verkrijgen om met de treinen van NS te reizen. Het is NS die dan vaststelt:

- dat ik een vervoerbewijs moet kopen (en niet gratis met de trein mag);
- dat er voor dat doel, nl. het reizen per trein en het kopen van een vervoerbewijs (volgens NS) persoonsgegevens moeten verwerkt;
- dat die verwerking (volgens NS) moet plaatsvinden d.m.v. het OV-chipkaart-systeem.

Dat wordt allemaal door NS bepaald, niet door TLS. Pas nadat NS ertoe is overgegaan om opdracht te verlenen aan TLS om uitvoering te geven aan de arrangementen die NS heeft getroffen ("vastgesteld"), komt TLS in het spel, als "verwerker" van persoonsgegevens in de zin van de AVG.

(3) Onder randnummer [33] probeert de AP de vraag naar het doel waarmee NS legitimatie eist bij uitbetaling van het resterende saldo op een "anonieme" OV-chipkaart, te verdoezelen. NS en de AP beweren dat er geen persoonsgegevens worden verwerkt. In mijn beroepschrift heb ik aangevoerd dat zonder verwerking van persoonsgegevens het door NS en de AP gestelde doel, namelijk preventie van het inleveren van gestolen OV-chipkaarten, niet wordt bereikt, en dat dat aanleiding is voor gereede twijfel of er werkelijk geen persoonsgegevens worden verwerkt. In reactie daarop betoogt de AP dat NS "mogelijk" de legitimatie-eis inzet om een "afschrikwekkend" effect te bewerkstelligen. In reactie daarop gaf ik in mijn beroepschrift aan dat dat een illegale handelwijze zou zijn, en dat de AP ten onrechte niet was nagegaan of dit nu eigenlijk het doel van NS was. Nu, in haar verweerschrift, ontwijkt de AP deze vraag opnieuw door te stellen:

Daar komt bij dat de omstandigheid dat bij uitbetaling van het resterende saldo om een identiteitsbewijs kan worden verzocht reeds op zichzelf een afschrikwekkend of ontmoedigend effect kan hebben en daarmee misbruik kan worden tegengegaan.

Maar de AVG vereist [in art. 5 lid 1 AVG] dat er alleen persoonsgegevens verwerkt worden voor "welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doelen", en dus niet ten behoeve van "mogelijke effecten". Een serieus onderzoek of NS wel of geen persoonsgegevens verwerkt, vereist dat de AP om te beginnen duidelijk inzicht verwerft met betrekking tot de doelen die NS hanteert bij het eisen van legitimatie bij het inleveren van een anonieme OV-chipkaart ten behoeve van het terugkrijgen van resterend saldo. Het is in strijd met de wettelijke taak van de AP als de AP weigert om aan NS te vragen wat de doelen van NS op dit punt nu precies zijn, en welke middelen NS nu precies inzet om die doelen te bereiken. Dat zijn twee simpele, ter zake doende vragen, die de AP in haar "(globale) bureauonderzoek" schriftelijk aan NS had moeten stellen, en waarop NS schriftelijk had moeten antwoorden.

Nu dat niet is gebeurd, heeft de AP niet voldaan aan haar wettelijke plicht om een "doeltreffend, volledig en hoog beschermingsniveau" te realiseren op het gebied van privacy. Er is hier sprake van een weigering van de AP om zelfs maar een verkennend onderzoek te doen.

Ter **zitting van de rechtbank op 16 december 2019** werd met betrekking tot de drie oorspronkelijke bezwaargronden (zie mijn samenvatting hierboven van mijn bezwaarschrift) het volgende uitgewisseld:

Ad (1) NS deelde mee dat de legitimatie-eis bedoeld was om een "drempelverhogend effect" te bewerkstelligen omdat "soms" dezelfde mensen meerdere keren per week een anonieme OV-chipkaart komen inleveren.

De voorzitter van de rechtbank vroeg of ik nu gerustgesteld was dat er geen persoonsgegevens worden verwerkt. Ik antwoordde van niet, omdat er in ieder geval bij bedragen hoger dan 30 euro nog steeds persoonsgegevens worden verwerkt, omdat teruggave van saldo dan alleen via verwerking van de kaart bij TLS kan plaatsvinden. Ook gaf ik aan dat het streven naar een "drempelverhogend" effect door middel van een legitimatie-eis niet legaal is, omdat het een misbruik behelst van een legitimatie-eis voor een doel zonder wettelijke basis.

Ad (2) en (3) De voorzitter van de rechtbank merkte op: "TLS zit hier niet." (D.w.z. ik had niet om handhaving jegens TLS verzocht).

Ik antwoordde daarop dat NS niet buiten deze verwerking van mijn persoonsgegevens stond, omdat NS mij als verwerkingsverantwoordelijke verplicht om met een OV-chipkaart te reizen die in opdracht van NS door TLS (als verwerker) wordt uitgegeven en geadministreerd.

6.2.2 De argumentatie van de rechtbank

In zijn uitspraak d.d. 4 februari 2020 oordeelt de rechtbank als volgt over de drie in paragraaf 6.2.1 genoemde onderwerpen.

Ad (1) **Onderzoeksplicht**. De rechtbank verwijst naar het beleid van de AP ten aanzien van het instellen van onderzoeken naar aanleiding van handhavingsverzoeken, de zogeheten "Beleidsregels prioritering klachtenonderzoek AP", vastgesteld op 20 september 2018. De rechtbank schrijft hierover:

3. (...) Het verzoek van eiser is na de eerste beoordeling afgewezen, onder verwijzing naar deze beleidsregels. Naar het oordeel van de rechtbank is dit beleid niet onredelijk. Verder heeft verweerder terecht het verzoek getoetst aan deze beleidsregels. De beleidsregels voorzien niet in overgangsrecht en hebben dus onmiddellijke werking. Dat eiser zijn verzoek heeft ingediend voor de inwerkingtreding van de beleidsregels, is dus niet van belang. De rechtbank beoordeelt of verweerder op grond van dit onderzoek heeft kunnen concluderen dat de NS de AVG niet overtreedt. Is dat inderdaad niet het geval, dan is verweerder niet bevoegd handhavend tegen de NS op te treden.

De rechtbank verwijst naar mededelingen die NS aan de AP heeft gedaan en concludeert daaruit:

Op grond hiervan heeft verweerder [de AP] kunnen concluderen dat de NS met dit beleid voldoende adequaat handelt en geen persoonsgegevens noteert van de getoonde legitimatie. Eiser heeft zijn stelling dat de werknemers van de NS geïnstrueerd zijn om feitelijk anders te handelen, ook niet nader onderbouwd.

Aan deze rechterlijke conclusie vallen drie dingen op:

- a) De rechter zwijgt geheel en al over de onrechtmatigheid van het misbruik van een legitimatie-eis om mensen die hun anonieme OV-chipkaart inleveren, af te schrikken. Mogelijk vindt de bestuursrechter dat ik dan maar aangifte moet doen bij de politie, of zoiets. Maar in plaats van dat dan te vermelden, kruipt de rechter in een mij inmiddels welbekende rechterlijke egelhouding en zwijgt er volledig over.
- b) De rechter gaat ervan uit dat de AP alleen zou moeten optreden als er sprake is van een onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens. Maar hoe zit het met de bescherming van de rest van mijn privésfeer op grond van artikel 8 EVRM? De AP heeft de wettelijke taak om de eerbiediging van mijn gehele privéleven te beschermen. Het onnodig en zonder bevoegdheid afdwingen van legitimatie is net zo goed een schending van mijn privé-sfeer, ook als daarbij geen persoonsgegevens worden verwerkt, maar alleen worden ingezien. NS is geen politieagent.

De handelwijze van NS is nu vergelijkbaar met een winkelier in gordijnstoffen die merkt dat er één klant is die wel erg vaak gordijnstoffen komt kopen en die altijd contant betaalt. De winkelier denkt: "Die vrouw komt zo vaak gordijnstoffen kopen, dat is toch niet normaal! Misschien heeft ze haar geld wel gestolen... Weet je wat, ik eis legitimatie van haar, dat

schrikt haar wel af... Of nee, dan zou ze me kunnen beschuldigen van discriminatie... Weet je wat, ik eis legitimatie van al mijn klanten! Dat moeten ze wel accepteren, want ik ben de enige gordijnstoffenverkoper in de hele regio, dus ze kunnen toch niet weigeren..." De winkelier gaat dus al zijn klanten op een intimiderende manier behandelen als verdachten, en komt daarmee weg omdat hij een monopolie heeft, waardoor zijn klanten van hem afhankelijk zijn.

De vermeende toelaatbaarheid van de weigering van de AP om deze aantasting van het privéleven van de inleveraars van anonieme OV-chipkaarten te onderzoeken, baseert de rechter op het feit dat de AVG alleen gaat over de verwerking van persoonsgegevens, niet over andere inbreuken in het privéleven. In de andere, door mij gevoerde zaak m.b.t. privacy in het OV die momenteel bij uw Afdeling voorligt, gaat het over privacy-discriminatie. Ik heb die zaak in het begin (in 2014-2015) ook voorgelegd aan de toezichthouder op het gebied van gelijke behandeling. Die toezichthouder wilde niet optreden, omdat hij zich alleen bezighield met de twaalf specifieke vormen van discriminatie die limitatief worden opgesomd in de Nederlandse Wet Gelijke Behandeling, en negeerde de uit het EVRM voortvloeiende plicht om als nationale toezichthouder alle vormen van discriminatie in Nederland tegen te gaan. Daarom verklaarde die toezichthouder mijn klacht niet-ontvankelijk. De AP doet nu iets vergelijkbaars, door artikel 8 EVRM te negeren en de AVG te interpreteren alsof die losstaat van het EVRM.

Ik verzoek uw Afdeling: • om aan te geven of de eis van een onbevoegde tot legitimering moet worden gezien als een schending van de eerbiediging van iemands privéleven zoals bedoeld in artikel 8 EVRM; • om aan te geven welke rechtsbescherming ik als Nederlandse en Europese burger heb tegen dat soort aantasting van mijn privacy; en • om aan te geven welke instantie burgers in Nederland dient te beschermen tegen die soort aantasting van hun privéleven: de AP of een andere instantie?

- c) De rechter legt mij iets in de mond wat ik nooit naar voren heb gebracht. Ik heb nooit gesteld dat werknemers van de NS geïnstrueerd zijn om op dit punt persoonsgegevens te verwerken. Ik heb wel gesteld dat die schijn werd gewekt zolang NS geen duidelijkheid gaf over zijn doel met de legitimatie-eis, en dat het daarom moest worden onderzocht.

Ter zitting op 16 december 2019 gaf NS alsnog die duidelijkheid ("drempelverhoging" bij inlevering anonieme OV-chipkaarten, dat wil zeggen: afschrikking). Waarom de AP sinds mijn handhavingsverzoek (medio 2018) daar zelf niet naar had gevraagd, maar het wel als "mogelijkheid" had geopperd, blijft op deze manier onduidelijk.

Uitgaande van een toetsing ex tunc van het besluit op bezwaar, had de rechter mijn beroep op dit punt gegrond moeten verklaren, maar tevens moeten aangeven dat die gegrondverklaring geen rechtsgevolgen heeft omdat inmiddels, NA het besluit op bezwaar, de vermeende overtreder "uit eigen beweging" (nou ja, een klein beetje geholpen door het door mij ingediende beroep) alsnog duidelijkheid had verschaft aan zowel de AP als aan mij als betrokkene. Maar ja, dat zou gevergd hebben dat de rechter het belangrijk had gevonden om normen te stellen die de AP een richtsnoer en burgers bescherming zouden bieden... quod non.

Ad (2), inzake de verwerking van de unieke nummers van ingeleverde anonieme OV-chipkaarten bij een **restsaldo onder de 30 euro**, schrijft de rechtbank in zijn uitspraak... niets! De rechtbank gaat niet in op de vraag hoe de betrokken klant kan controleren of er bij het uitlezen van de OV-chipkaart via het door de balie-medewerker gebruikte digitale systeem, werkelijk geen kaartnummer wordt opgeslagen, alvorens die kaart aan de klant wordt teruggegeven. De AP gelooft NS op diens woord. Maar mijn rapportage van mijn ervaringen aan de balie heeft juist duidelijk gemaakt dat er verschil kan bestaan tussen het officiële NS-beleid en wat er werkelijk aan en achter de balie gebeurt.

Ad (3), inzake de gang van zaken bij terugbetaling van **saldo groter dan 30 euro**, schrijft de rechtbank in zijn uitspraak:

Bij de terugbetaling van het saldo van een niet op naam gestelde OV-chipkaart boven een maximum van € 30,00 worden wel persoonsgegevens verwerkt. Daarbij is niet de NS maar TLS de verwerkingsverantwoordelijke. Aangezien er geen handhavingsverzoek bij verweerder is ingediend voor TLS, zijn terugbetalingen door TLS in deze zaak niet aan de orde. De stelling van eiser dat het bedrag van € 30,00 willekeurig is gekozen, maakt dit niet anders. Deze beroepsgrond slaagt niet.

Dit is een gotspe. Ik heb steeds aangevoerd dat NS de verwerkingsverantwoordelijke is, en dat ook onderbouwd. Rechtbank Gelderland heeft in een eerdere rechtszaak op 16 augustus 2016 nota bene ter zitting geoordeeld dat TLS niet eens derde-belanghebbende was en de advocaat van TLS toen naar de publieke tribune verwezen. Destijds oordeelde de rechtbank:

8. De rechtbank heeft ter zitting geoordeeld dat TLS ten onrechte is aangemerkt als derde-belanghebbende. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat het handhavingsverzoek primair ziet op de discussie over het plaatsen van een vervoersproduct op de OV-chipkaart en de NS is de organisatie die besluit welk product op welke kaart komt. Als de NS gedwongen wordt een aanpassing door te voeren in de producten die op de kaart komen, kan dat tot aanpassingen in de bedrijfsvoering van TLS leiden. Dit geldt echter als een afgeleid belang in de relatie tussen de NS en TLS, niet als rechtstreeks belang van TLS bij dit besluit; noch de omstandigheid dat de OV-chipkaart eigendom blijft van TLS noch de omstandigheid dat elke gebruiker van die kaart met TLS een gebruiksovereenkomst heeft, kan aan die conclusie afdoen. De rechtbank zal bij de beoordeling van het beroep de stukken van TLS buiten beschouwing laten.¹⁰⁴

Een jaar later, op 20 september 2017, heeft uw Afdeling die uitspraak op dit punt in stand gelaten.¹⁰⁵ Maar nu denkt de rechtbank er opeens anders over, kennelijk omdat de AP en NS dat graag willen. Wat is er in de tussentijd veranderd? Is er achter de schermen door rechters, hoge ambtenaren en andere regenten informeel een beetje met elkaar overlegd? De rechtbank zegt daar nu, in zijn uitspraak op 4 februari 2020, niets over.

Dit moet op zijn minst beschouwd worden als een zodanig ernstig motiveringsgebrek in de thans bestreden uitspraak, dat alleen al om die reden dit hoger beroep gegrond moet worden verklaard.

104 ECLI:NL:RBGEL:2016:4553. Zie voor een nadere bespreking ook het dossier onder uw zaaknr. 201907478.

105 ECLI:NL:RVS:2017:2555. Zie voor een nadere bespreking ook het dossier onder uw zaaknr. 201907478.

6.3 Verwerking persoonsgegevens bij internationale treinreizen

6.3.1 Overzicht argumenten primaire fase, bezwaar en beroep

In mijn handhavingsverzoek d.d. 9 juli 2018 aan de AP meldde ik, met verwijzing naar mijn bijgevoegde brief van 6 juli 2018 aan NS, dat baliemedewerkers van NS hadden gepoogd mij als klant te misleiden "dat identificatie verplicht zou zijn bij de aanschaf van vervoerbewijzen aan de stationsbalie voor alle internationale treinreizen binnen de EU".

In die bijgevoegde brief aan NS deed ik verslag van de antwoorden die NS in een eerdere brief (27 september 2017) had gegeven in reactie op vragen die ik in een nog eerdere brief (op 7 september 2017) aan NS had gesteld. In die brief had NS aangegeven dat ik aan de balie "niet op naam gestelde" internationale treintickets kan kopen zonder dat ik persoonsgegevens hoeft te laten verwerken, maar ook dat indien ik "op naam gestelde" treintickets aanschaf, NS legitimatie van mij kan eisen. NS had daarbij niet aangegeven of er voor alle Europese reisbestemmingen nog steeds "niet op naam gestelde" treintickets voorhanden zijn. Het antwoord van NS verschaftte mij dus geen duidelijkheid over de mogelijkheid om in de EU met privacy per trein te reizen.

In mijn bijgevoegde brief van 6 juli 2018 beschreef ik ook mijn ervaringen aan de NS-balie in mijn woonplaats Arnhem op 11 en 27 december 2017:

8b. Ik vroeg op 11 december 2017 ook aan de baliemedewerker of het klopte wat u in uw brief van 27 september impliciet had gesuggereerd, namelijk dat het nog steeds mogelijk zou zijn met behoud van privacy internationale treintickets te kopen. De baliemedewerker vertelde me toen het volgende:

- Formeel was het op dat moment nog mogelijk;
- Echter, het beleid van het NS-management was om dat niet aan reizigers te vertellen. Baliemedewerkers werden door NS geïnstrueerd om reizigers om hun NAW-gegevens te vragen en ze niet te vertellen dat het niet verplicht was om die gegevens te verstrekken;
- Voor wat betreft de Eurocity was het ook formeel nodig om wel NAW-gegevens te verstrekken bij de aanschaf van een vervoerbewijs, omdat de Engelse vervoermaatschappij dat eiste. Anders kon er simpelweg geen vervoerbewijs worden uitgedraaid of anderszins beschikbaar gemaakt.

8c. Op 27 december 2017 wist ik mijn vertrekdatum naar Bad Bentheim en vervoegde me opnieuw aan de stationsbalie in Arnhem. Ik vroeg om een retourtje Bad Bentheim. De baliemedewerker (een andere dan de vorige keer) vroeg om mijn NAW-gegevens. Ik gaf aan dat ik mijn kaartje met behoud van privacy, dus anoniem wilde kopen. De baliemedewerker zei dat dat onmogelijk was. Ik vroeg waarom dat onmogelijk was. Hij zei dat "het systeem" het niet accepteerde als hij mijn NAW-gegevens niet zou invoeren. Ik zei dat met contant geld, een wettig betaalmiddel, wilde betalen, en dat ik geen noodzaak in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) zag om in dit geval mijn NAW-gegevens aan te leveren bij NS. *(Ook in de zin van de per 25 mei 2018 in werking getreden AVG bestaat er niet een dergelijke noodzaak.)*

De baliemedewerker hield stug vol dat het anoniem kopen van het treinkaartje onmogelijk was. Ik vroeg of ik met zijn leidinggevende kon spreken. Hij zei dat ik dan de klantenservice van NS moest bellen. Dat moest ik echter wel op mijn eigen mobieltje doen, op eigen kosten. Met enige moeite kreeg ik hem zover dat hij mij uiteindelijk het nummer van de klantenservice gaf. Toen ik het nummer belde, werd ik automatisch in de wacht gezet. Nadat ik ca. twee minuten voor de balie had staan wachten (terwijl er zich achter mij een kleine rij andere wachtenden vormde), zei de baliemedewerker opeens: "Oké, stop, ik zal je een kaartje geven."

Toen bleek dat "het systeem" wel degelijk toestond dat hij een anoniem kaartje voor mij uitdraaide, waarvoor ik met contant geld kon betalen. Ik vroeg de baliemedewerker waarom hij eerst had gedaan alsof dat niet mogelijk was, en mij dus niet de waarheid had verteld. Hij antwoordde: "Omdat ze ervan afwillen." Met "ze" bleek hij het management van NS te bedoelen. Gevraagd om een nadere toelichting legde hij uit dat een anoniem ticket nu alleen nog mogelijk was omdat niet alle vervoermaatschappijen elektronisch scanbare tickets accepteerden. Zo gauw dat "technische" probleem verholpen zou zijn, zou de mogelijkheid om een anoniem ticket te kopen, vervallen.

Ik zei dat ik het daar niet mee eens was. De baliemedewerker antwoordde daarop dat het geen zin had me daartegen te verzetten. Ik zei dat ik een beroep zou doen op mijn recht op privacy. Hij keek me sceptisch aan en zei: "Dat gaat je toch niet lukken."

In mijn brief van 6 juli 2018 aan NS verwees ik ook naar mijn brief van 24 november 2016 aan de AP (die zich tevens het dossier van NS bevond - en thans ook in het dossier van uw Afdeling m.b.t. mijn hoger beroep d.d. 9 oktober 2019), waarin ik melding maakte van het in najaar 2016 bekend geworden streven van alle Nederlandse vervoerbedrijven naar de invoering van "ID-based ticketing", waarmee de privacy in het Nederlandse OV volledig zou worden afgeschaft.

Ik vroeg NS waarom het privacy-vriendelijke, twee maanden geldige internationale vervoerbewijs recentelijk was afgeschaft. Ook wees ik erop dat NS bij aanschaf van internationale vervoerbewijzen bij kaartautomaten (dus niet aan de balie) persoonsgegevens verwerkt, en dat dit dus geen alternatief is. Bovendien kunnen bij automaten alleen naar sommige plaatsen in Duitsland en België vervoerbewijzen worden gekocht, maar niet naar (bijna alle) andere plaatsen in EU-landen.

In haar **primaire besluit d.d. 12 november 2018** wees de AP dit onderdeel van mijn handhavingsverzoek af omdat NS op vragen van de AP had geantwoord dat NS zijn baliemedewerkers niet zou hebben geïnstrueerd om het op privacy-vriendelijke wijze kopen van een internationaal vervoerbewijs te ontmoedigen. Althans, niet als het om internationale tickets ging waarbij NS zelf de verwerkingsverantwoordelijke is. Over de plicht van NS om zich ook als eventuele "verwerker" of mede-verwerkingsverantwoordelijke aan de AVG te houden, zwegen zowel NS als de AP.

De AP geloofde NS op zijn woord, en achtte het daarom niet nodig om de door mij beschreven informatie van baliemedewerkers en het door mij beschreven gedrag van een baliemedewerker daadwerkelijk te onderzoeken. Op die grond wees de AP dit onderdeel van mijn handhavingsverzoek af, en bovendien verklaarde de AP zichzelf ten aanzien van dit onderdeel van mijn handhavingsverzoek ook nog onbevoegd.

In mijn **bezwaarschrift d.d. 24 november 2018** schreef ik hierover onder andere:

(1) Met betrekking tot de eis dat treinreizigers zich aan de balie identificeren en hun NAW-gegevens laten registreren voordat ze een internationaal vervoerbewijs krijgen, ontkent NS dat zij haar baliemedewerkers heeft geïnstrueerd om het kopen van een internationaal vervoerbewijs zonder dat daarbij persoonsgegevens worden verwerkt, te ontmoedigen. Dat is lijnrecht in tegenspraak met wat twee verschillende baliemedewerkers mij, onafhankelijke van elkaar, hebben verteld, wat ik ook in detail heb beschreven in de bijlage bij mijn handhavingsverzoek (mijn brief van 6 juli 2018).

De AP had, gezien de tegenstrijdigheid tussen die verschillende signalen, **onderzoek moeten doen naar het waarheidsgehalte van de bewering van NS**, bijvoorbeeld door een “mystery guest” enkele keren een internationaal vervoerbewijs te laten aanschaffen aan verschillende stationsbalies. Maar dat heeft de AP niet gedaan. In plaats daarvan kiest de AP ervoor de ontkenning van NS te geloven en mijn gedetailleerde beschrijving van het feitelijke handelen van baliemedewerkers te negeren.

Dat is niet het gedrag van een serieuze toezichthouder. Hiermee verzuimt de AP haar wettelijke taak om een serieuze klacht voldoende te onderzoeken, zoals een hoog beschermingsniveau vereist. (...)

(3) Ten slotte negeert de AP het feit dat NS ook tickets verkoopt van **derde partijen** (bijv. Thalys of Eurocity) die persoonsgegevens eisen, zoals een baliemedewerker me vertelde. NS verkoopt die tickets in Nederland aan Nederlandse ingezetenen, en de persoonsgegevens worden op een Nederlandse locatie opgeëist van de kopers van die vervoerbewijzen. Dan is de AP bevoegd als toezichthouder. Het officiële, door de EU uitgegeven handboek over de AVG zegt hierover:

The data subject can lodge the complaint with the supervisory authority in the Member State of his or her habitual residence, place of work, or place of the alleged infringement. Complaints must be investigated, and the supervisory authority must inform the person concerned of the outcome of the proceedings dealing with the claim.¹⁰⁶

Bovendien is de AP, als er sprake is van een overtreding door een buitenlandse spoorwegonderneming die in Nederland (al dan niet via NS) producten of services verkoopt, verplicht om haar toezichthoudende en handhavende taak ook ten aanzien van die buitenlandse onderneming tot uitvoer te brengen, zodra (een deel van) de verwerking van de persoonsgegevens op Nederlands grondgebied plaatsvindt. Aangezien “verwerking” ook het verzamelen van de persoonsgegevens behelst, is daarvan in dit geval sprake. Een en ander blijkt uit artikel 55 lid 1 AVG:

Elke toezichthoudende autoriteit heeft de competentie op het grondgebied van haar lidstaat de taken uit te voeren die haar overeenkomstig deze verordening zijn opgedragen en de bevoegdheden uit te oefenen die haar overeenkomstig deze verordening zijn toegekend.

106 *Handbook on European Data Protection Law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

In conjunctie met artikel 56 lid 1 t/m 5 AVG:

1. Onverminderd artikel 55 is de toezichthoudende autoriteit van de hoofdvestiging of de enige vestiging van de verwerkingsverantwoordelijke of verwerker competent op te treden als leidende toezichthoudende autoriteit voor de grensoverschrijdende verwerking door die verwerkingsverantwoordelijke of verwerker overeenkomstig de procedure van artikel 60.

2. In afwijking van lid 1 is elke toezichthoudende autoriteit competent een bij haar ingediende klacht of een eventuele inbreuk op deze verordening te behandelen indien het onderwerp van die zaak alleen verband houdt met een vestiging in haar lidstaat of alleen voor betrokkenen in haar lidstaat wezenlijke gevolgen heeft.

3. In de in lid 2 van dit artikel bedoelde gevallen stelt de toezichthoudende autoriteit de leidende toezichthoudende autoriteit onverwijld in kennis van de zaak. Binnen drie weken nadat zij in kennis is gesteld, besluit de leidende toezichthoudende autoriteit of zij de zaak al dan niet zal behandelen, overeenkomstig de in artikel 60 vastgelegde procedure; zij houdt daarbij rekening met het al dan niet bestaan van een vestiging van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker in de lidstaat van de toezichthoudende autoriteit die haar in kennis heeft gesteld. 4.5.2016 L 119/67 Publicatieblad van de Europese Unie NL

4. Wanneer de leidende toezichthoudende autoriteit besluit de zaak te behandelen, is de procedure van artikel 60 van toepassing. De toezichthoudende autoriteit die de leidende toezichthoudende autoriteit in kennis heeft gesteld, kan bij deze laatste een ontwerpbesluit indienen. De leidende toezichthoudende autoriteit houdt zo veel mogelijk rekening met dat ontwerp wanneer zij het in artikel 60, lid 3, bedoelde ontwerpbesluit opstelt.

5. Indien de leidende toezichthoudende autoriteit besluit de zaak niet te behandelen, wordt deze overeenkomstig de artikelen 61 en 62 behandeld door de toezichthoudende autoriteit die de leidende toezichthoudende autoriteit in kennis heeft gesteld.

In zijn brief van 26 september 2018, zoals geciteerd door de AP in haar besluit van 12 november 2018, heeft NS aangegeven:

“Hierbij is vanzelfsprekend dat dit enkel van toepassing is op de situaties waarin NS verantwoordelijke is nu NS ook tickets verkoopt voor derde partijen, waarvoor andere eisen kunnen gelden.” [onderstreping van mij]

Op grond hiervan had de AP moeten onderzoeken of er derde partijen zijn.

Op **17 januari 2019 vulde ik mijn bezwaarschrift aan**, na afloop van de **hoorzitting** in de bezwaarprocedure op diezelfde dag. Ik bevestigde dat NS ter zitting had verzocht om sommige

vragen later schriftelijk te mogen beantwoorden, en verzocht om de gelegenheid om daarop te kunnen reageren.

In een **tweede aanvulling op mijn bezwaarschrift d.d. 31 januari 2019** gaf ik aanvullende informatie ten aanzien van de wijze waarop baliemedewerkers van NS feitelijk omgaan met de privacy in relatie tot de verkoop van internationale treintickets. Ik beschreef mijn ervaring op die dag aan de balie in mijn woonplaats Arnhem bij het kopen van een internationaal vervoerbewijs naar een bestemming in Duitsland:

Nadat de baliemedewerkster de door mij gewenste reis op haar computerscherm had ingetikt, vertelde zij mij dat het betreffende ticket alleen voor een specifieke datum geldig was, en niet geretourneerd kon worden, ook niet voorafgaand aan de reis. Mocht er vertraging ontstaan waardoor ik een overstap zou missen, dan zou ik wel met hetzelfde ticket verder kunnen reizen, mits ik dan het Duitse trein- of stationspersoneel daarover aansprak.

Toen ik, tegen wil en dank, akkoord ging met deze beperkende voorwaarden (enkele jaren geleden waren er nog gewoon treintickets die twee maanden geldig waren), vroeg de baliemedewerkster mij om mijn naam. Ik zei dat ik die niet wilde geven met het oog op mijn privacy. De medewerkster gaf aan dat zij mij in dat geval geen ticket "kon" verkopen, omdat het computersysteem niet toeliet dat er een ticket werd uitgedraaid als mijn NAW-gegevens niet bekend waren.

Omdat ik dit verwacht had, gezien de eerdere ervaringen aan de balie die ik in mijn klachtbrief van 6 juli 2018 aan NS (bijlage bij mijn handhavingsverzoek van 9 juli 2018 aan de AP) heb beschreven, haalde ik ter plekke de brief d.d. 26 september 2018 van NS te voorschijn, waarin NS op vragen van de AP onder andere schrijft:

"Vragen van de AP: 1. Is het kopen van internationale vervoersbewijzen zonder dat daarbij persoonsgegevens worden verwerkt op dit moment (nog) mogelijk bij NS?

Ja, dit is mogelijk bij NS bij de aanschaf van een internationaal vervoerbewijs aan de balie, maar ook bij het call center.

2. Zo ja, klopt het dat de baliemedewerkers voor NS geïnstrueerd zijn om dit te ontmoedigen?

Nee, het klopt niet dat NS haar baliemedewerkers heeft geïnstrueerd om dit (het kopen van een internationaal vervoerbewijs zonder dat daarbij persoonsgegevens worden verwerkt) te ontmoedigen."

Ik zei tegen de baliemedewerkster dat NS dan kennelijk in deze brief niet de waarheid sprak.

In reactie daarop belde de baliemedewerkster met haar leidinggevende en vroeg om advies. Ze vroeg eerst om een bevestiging dat ze geen ticket mocht uitdraaien zonder mijn NAW-gegevens te vragen. Die bevestiging kreeg ze. Vervolgens vertelde ze aan haar

leidinggevende dat “het al vrij hoog is opgespeeld. De klant heeft een brief bij zich van NS waarin staat dat NS geen NAW-gegevens vraagt.”

Vervolgens zei de leidinggevende een aantal dingen waarop de baliemedewerkster reageerde met “Oh... aha... maar dan vraagt het systeem om zijn naam... Oh... oké... Dan zal ik het zo doen.”

Na afloop van het telefoongesprek richtte de baliemedewerkster zich weer tot mij en legde uit dat er toch een mogelijkheid was om mij een anoniem ticket verkopen, hoewel dat eigenlijk niet mocht volgens de regels. Zij zou gebruik maken van het “**ATB-systeem**”. Dat had haar leidinggevende in dit speciale geval goedgevonden, als uitzondering.

De baliemedewerkster legde uit dat het ATB-systeem het “oude” systeem is waarmee treintickets werden gegenereerd, zonder dat er NAW-gegevens werden gevraagd. Het ATB-systeem is nog wel operationeel, maar mag “volgens de regels” niet gebruikt worden. Tegenwoordig mag alleen het “**Atlantis-systeem**” gebruikt worden, dat wel de NAW-gegevens eist van kopers van treintickets.

Ik vroeg waarom het “Atlantis-systeem” NAW-gegevens en een email-adres eist. De baliemedewerkster antwoordde dat het Atlantis-systeem die gegevens nodig heeft om een “homeprint” te kunnen versturen naar de klant. Het ATB-systeem verstuurt geen “homeprint”, maar print gewoon een ticket uit (de baliemedewerkster vergeleek dat met een “vliegticket”). De door het ATB-systeem geprinte tickets zijn de bekende tickets die vele jaren standaard waren voor internationale reizen.

Ik vroeg: “Maar als ik nu helemaal geen homeprint wil, omdat ik met privacy wil reizen, maar alleen een vervoerbewijs?” De baliemedewerkster antwoordde dat het de bedoeling is dat het ATB-systeem gaat verdwijnen, en dat ik, als dat eenmaal gebeurd is, naar veel internationale bestemmingen alleen nog internationale tickets kan kopen als ik mijn NAW-gegevens afsta.

De uitzondering daarop vormt een aantal buitenlandse bestemmingen die vallen onder een derde systeem, het “**Binnenlandplus**”-systeem: daarvoor kunnen in Nederland kaartjes uit de automaten worden gehaald en ze kunnen ook aan de balie worden aangeschaft. Die kaartjes zien er hetzelfde uit als eenmalige OV-chipkaartjes voor binnenlandse bestemmingen, en worden in feite behandeld als binnenlandse kaartjes. Vandaar de naam “Binnenlandplus”. De baliemedewerkster legde uit dat ik dan moet denken aan grote, veelbezochte steden zoals Berlijn en Hamburg, of plaatsen in Duitsland en België dichtbij de grens met Nederland. Mogelijk ook enkele plaatsen in Luxemburg en Noord-Frankrijk, bijv. Lille.

Ze printte een ticket voor me uit door middel van het ATB-systeem. Ze benadrukte daarbij opnieuw, toch enigszins bezorgd, dat dit eigenlijk niet mocht volgens “de regels”. Ik vroeg welke regels. Ze antwoordde: “Nou, van NS”. Ik vroeg waar die regels van NS dan stonden. Dat wist ze niet. Ik vroeg: “Maar hoe weet u dan dat dit de regels zijn?” Dat had ze gehoord. Ik vroeg: “Van wie heb je dat dan gehoord?” Ze antwoordde: “Nou, van boven. Van het management.”

Ik zei opnieuw dat NS dan niet de waarheid had gesproken in die brief die ik haar had laten zien, en vroeg me hardop af wat ik moest doen als de NS het weer zou gaan ontkennen tegenover de AP. Toen bood de baliemedewerkster hulpvaardig aan om een screenshot te maken van het Atlantis-systeem, die uit te printen en er er iets bij te schrijven. U treft dat document aan als bijlage 1 bij deze aanvulling van mijn bezwaarschrift. De handgeschreven tekst van de baliemedewerkster luidt:

Rzg wou géén naamsgegevens geven gebeld met Verkoopondersteuning internationaal kan het nu nog alleen omzeilen door ATB ticket af te geven (heb ik ook gedaan) ATB gaat er binnen afzienbare tijd uit dus straks (wanneer?? onbekend) kan dit niet meer Homeprint tickets kunnen nl. alleen op naam

Met vr. Groet
[naam baliemedewerkster]
ticket & service
Arnhem

[paraaf en datumstempel: "Tickets & Service afd. Hispeed 31 jan. 2019 Arnhem"]

Ik bedankte haar voor deze informatie en vroeg hoe ik erachter kon komen naar welke buitenlandse bestemmingen ik door middel van het "Binnenlandplus"-systeem kon reizen. Dat wist zij niet en zij kon het ook niet achterhalen. Ze verwees me naar de klantenservice van NS Internationaal (telefoon: 030-2300023).

Ten slotte waarschuwde de baliemedewerkster me nog dat ik in de trein in het buitenland "moeilijkheden" zou kunnen krijgen als ik mijn ATB-ticket laat zien, omdat er "internationaal afgesproken is" dat zulke tickets niet meer worden verstrekt. Ik heb haar maar niet gevraagd wie dat dan "internationaal met elkaar afgesproken hebben". Het lijkt me beter dat de AP die vraag aan NS gaat stellen.

In diezelfde aanvulling d.d. 31 januari 2019 op mijn bezwaarschrift beschreef ik ook de informatie die ik later die dag na enig heen en weer bellen en doorverbinden kreeg van NS Internationaal:

Daar werd ik te woord gestaan door een aardig jongeman die zich voorstelde als "Jelle". Nadat ik mijn vraag opnieuw gesteld had, zette hij mij in de wacht, en na een aantal minuten met – opnieuw – ontspannen muziek nam hij mij weer terug. Hij meldde dat ik de door mij gevraagde informatie via de website van NS Internationaal kon vinden (www.nshinternationaal.nl), mits ik wist hoe ik daarnaar moest zoeken. Dat vertelde hij me dus ook:

- surf naar www.nshinternationaal.nl.
- klik rechtsboven de zoekfunctie aan.
- type de zoekterm "assortiment kaartautomaat" in en druk op <enter>.
- er verschijnen dan zoekresultaten, waaronder het resultaat "Assortiment kaartautomaat". Klik dat aan.
- Er verschijnt dan een lijst met bestemmingen in België, Duitsland en Luxemburg.

Zo bleek dat “Binnenlandplus” eigenlijk een mooi woord was voor “alle kaartjes die in Nederland uit de kaartautomaat komen”. Voor de lijst met bestemmingen, zie bijlage 2.

Ik zag dat er bij sommige bestemmingen in Duitsland een pijltje stond met daarachter het woord “Boek”. Ik vroeg wat dat betekende. Jelle legde uit dat dit hyperlinks waren, met behulp waarvan je deze bestemmingen online kunt boeken. Ook “bijna” alle bestemmingen zonder zulke hyperlinks vallen online te boeken, maar dan moet de klant zelf de naam van de betreffende bestemming intypen in het standaard tekstveld voor het boeken van een reis. Enkele bestemmingen (welke, kon hij niet zeggen) zijn nog niet online beschikbaar, maar daarvoor kunnen wel via de automaat of aan de balie kaartjes worden gekocht.

Ik vroeg waarom er geen Franse bestemmingen op de lijst stonden, bijvoorbeeld Lille of Parijs. Jelle antwoordde dat Frankrijk bereikbaar is door middel van de Thalys, en dat het bedrijf Thalys “niet mee wil doen”, omdat Thalys al zijn tickets zelf wil verkopen. Ik vroeg of Frankrijk dan niet ook bereikbaar was d.m.v. treinen van SNCF, de Franse equivalent van NS. Jelle’s antwoord daarop was me niet helemaal duidelijk, maar ik meende te begrijpen dat de weinige resterende niet-Thalys-treinverbindingen tegenwoordig nogal omslachtig en tijdrovend zijn, hoewel Jelle het tegelijk had over de TGV die door SNCF wordt “beheerd”.

Volgens Jelle verkoopt SNCF overigens wèl Thalys-kaartjes, maar beheert SNCF geen Thalys-treinverbindingen. Dit roept de vraag op of Thalys NAW-gegevens eist bij de aanschaf van tickets. Met andere woorden: is het in de praktijk nog mogelijk om met privacy per trein naar Frankrijk te reizen? In mijn bezwaarschrift d.d. 24 november heb ik reeds benadrukt dat de AP ook onderzoek moet doen naar de “derden” voor wie NS internationale vervoerbewijzen verkoopt.

Ten slotte concludeerde ik in deze aanvulling d.d. 31 januari 2019 op mijn bezwaarschrift:

Conclusies n.a.v. de informatie van de baliemedewerkster

Uit de informatie die ik vandaag van de baliemedewerkster kreeg, vallen twee conclusies te trekken:

- (1) NS heeft in zijn brief van 26 september 2018 aan de AP niet de waarheid gesproken over de instructies die het NS-management aan de baliemedewerkers geeft. Anders dan NS in die brief beweert, heeft het management van NS de baliemedewerkers wel degelijk geïnstrueerd om het privacy-vriendelijke ATB-systeem niet meer te gebruiken. Dit wordt aan de baliemedewerkers meegedeeld als zijnde “regels” waaraan zij zich dienen te houden. De AP moet, als onafhankelijke toezichthouder en handhaver, NS confronteren met deze poging om de toezichthouder te misleiden.
- (2) Achter de schermen is er door NS en andere (ook buitenlandse) treinvervoerders besloten om privacy-respecterende vormen van treinreizen te ontmoedigen en geleidelijk aan af te schaffen. Dit wordt niet gedaan via openlijke besluitvorming, maar door middel van de stille vervanging van privacy-vriendelijke computersystemen door systemen die persoonsgegevens opeisen. Zo worden

reizigers gechanteerd om hun privacy af te staan. De AP moet effectief optreden tegen deze privacy-schendende praktijk, die miljoenen Nederlanders raakt.

Conclusies n.a.v. de informatie van de klantenservice

- (3) Uit de informatie van de klantenservice blijkt opnieuw dat slechts naar een zeer beperkt aantal buitenlandse bestemmingen via de kaartautomaten vervoerbewijzen kunnen worden gekocht.
- (4) Omdat NS-kaartautomaten geen bankbiljetten accepteren, kunnen alleen op de weinige Nederlandse stations waar nog een ticket-balie is, nog met privacy internationale treintickets worden gekocht. De AP moet tegen deze grootschalige privacy-schending optreden.
- (5) De informatie m.b.t. Thalys roept de vraag op of Thalys, dat tegenwoordig kennelijk bijna een monopolie heeft op het treinvervoer naar Frankrijk, NAW-gegevens eist bij de aanschaf van tickets. Met andere woorden: is het in de praktijk nog mogelijk om met privacy per trein naar Frankrijk te reizen? In mijn bezwaarschrift d.d. 24 november heb ik reeds benadrukt dat de AP ook onderzoek moet doen naar de “derden” voor wie NS internationale vervoerbewijzen verkoopt.

Bij brief van **12 februari 2019 reageerde ik** naar de AP op antwoorden van NS d.d. 4 februari 2019 op vragen die de AP bij brief d.d. 21 januari 2019 had gesteld. Met betrekking tot de instructies van NS aan medewerkers voor het verstrekken van internationale vervoerbewijzen citeerde ik de vraag van de AP en het antwoord van NS, en gaf daarna mijn reactie.

Vraag van de AP:

Tijdens de hoorzitting heeft u kenbaar gemaakt dat de NS haar medewerkers niet heeft geïnstrueerd om de verkoop van internationale vervoersbewijzen zonder dat daarbij persoonsgegevens worden verwerkt, te ontmoedigen. Desgevraagd maakte u kenbaar dat de NS de juiste handelswijze voor de verkoop van vervoersbewijzen voor internationale treinreizen ook onlangs nog bij het personeel onder de aandacht heeft gebracht. De AP hoort graag van u op welke wijze dat gedaan is.

Antwoord van NS:

Instructies voor de verkoop van internationale vervoersbewijzen is onderdeel van de onboarding en training van verkopend personeel. Daarnaast staan betreffende instructies, handleidingen en werkwijzen ter naslag in het NS kennissysteem. Ook heeft NS International in het zogenaamde ‘Verkoopinformatiebulletin NS International’ van 18 mei 2017 onder het onderwerp ‘serviceberichten aan klanten’ schriftelijk de handelswijze voor de verkoop van vervoersbewijzen voor internationale reizen (wederom) onder de aandacht gebracht van haar medewerkers.

Reactie van Jonker:

3.1 NS geeft een zeer vaag en algemeen antwoord. Op deze manier wordt niet duidelijk waarom de uitlatingen van verschillende balie medewerkers in 2017, 2018 en begin 2019, zoals door mij gerapporteerd, in tegenspraak zijn met de instructies die volgens NS aan deze personeelsleden zijn en worden gegeven. Ook de informatie die de afdeling "Verkoopondersteuning internationaal" op 31 januari 2019 gaf aan de balie medewerkster die mij toen te woord stond, lijkt in tegenspraak met het beleid dat NS voorgeeft te voeren. Het heeft er de schijn van dat het formele beleid van NS, zoals verwoord in de brief van 26 september 2018 en op de hoorzitting op 17 januari 2019, verschilt van het beleid dat mondeling door managers wordt uitgedragen naar het balie personeel. Dit vereist nader onderzoek door de AP.

3.2 Ook verschaft NS met dit antwoord geen duidelijkheid over de gang van zaken met betrekking tot internationale vervoerbewijzen van derde partijen (bijv. Eurostar of Thalys) die door NS worden verkocht aan treinreizigers. Als die derde partijen de verwerking van persoonsgegevens eisen en daarover afspraken hebben gemaakt met NS, dan is NS ofwel de verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot die persoonsgegevens, ofwel de verwerker van die gegevens. Dit vereist nader onderzoek door de AP.

Per **email van 16 maart 2019 reageerde ik op antwoorden van TLS** op vragen die de AP op eigen initiatief aan TLS had gesteld (en niet aan NS). Ik benadrukte dat de poging van NS en TLS om door middel van een "wisseltruc" TLS alsnog te betitelen als "verwerkingsverantwoordelijke", niet in overeenstemming is met de AVG en ook niet met jurisprudentie van de rechtbank en uw Afdeling.

In haar **besluit op bezwaar d.d. 12 juni 2019** stelt de AP in hoofdzaak het volgende:

37. Uit de omschrijving van uw ervaringen bij servicebalies volgt dat u in elk van de gevallen een internationaal vervoersbewijs heeft kunnen koen zonder persoonsgegevens af te hebben moeten staan. (...) In deze situaties zijn dan ook geen persoonsgegevens van u verwerkt. De AP maakt hieruit op dat de NS in die situaties de AVG niet heeft overtreden.

38. Ten aanzien van uw bezwaargrond dat NS haar medewerkers zou instrueren om bij de verkoop van internationale vervoersbewijzen aan de balie persoonsgegevens te verwerken geldt het volgende. De NS betoogt dat internationale vervoersbewijzen kunnen worden aangeschaft zonder dat daarbij persoonsgegevens worden verwerkt in situaties waarin de NS verwerkingsverantwoordelijke is. (...) N stelt verder dat de juiste verkoopwijze van internationale vervoersbewijzen op 18 mei 2017 en in de week van 7 februari 2019 nogmaals bij haar personeel onder de aandacht is gebracht. Nu hieruit volgt dat u niet verplicht bent uw persoonsgegevens af te geven voor de aanschaf van internationale vervoersbewijzen en dat ook niet hebt gedaan of gaat doen, concludeert de AP dat uw persoonsgegevens niet zijn verwerkt bij het kopen van internationale vervoersbewijzen. (...)

39. Tevens merkt de AP op dat zij behoudens uw verklaring dat NS medewerkers u hebben verzocht om persoonsgegevens af te staan, geen andere informatie heeft ontvangen zoals signalen of AVG-klachten waaruit blijkt dat internationale vervoersbewijzen uitsluitend zouden kunnen worden aangekocht met verstrekking van persoonsgegevens. Uw verklaring is door NS gemotiveerd en met overleggen van tegenbewijs [ik neem aan dat de AP hiermee doelt op het beleid of een intern (niet openbaar) handboek van NS - noot MJ]

weerlegd. Nu u geen begin van bewijs heeft aangeleverd waaruit het tegendeel blijkt en ook anderszins niet aannemelijk is geworden dat NS toch persoonsgegevens zonder grondslag verwerkt, concludeert de AP dat NS de AVG niet heeft overtreden op dit punt.

(...) 42. In de situaties waarin de NS tickets verkoopt van derde partijen onder de door die partijen gestelde voorwaarden, bijvoorbeeld de afgifte van NAW-gegevens, is de NS niet aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke maar als verwerker. De derde partij bepaalt in dat geval immers het doel van de verwerking, hetgeen betekent dat deze derde partij op grond van artikel 4, aanhef en onder 7 van de AVG, daarbij verwerkingsverantwoordelijke is. Dit betoog valt daarom buiten de initiële klacht, die is gericht op gestelde overtredingen door de NS als verwerkingsverantwoordelijke, en kan daarom in het kader van deze procedure niet aan de orde komen.

In mijn **beroepschrift d.d. 1 juli 2019** bracht ik daartegen het volgende in.

- (1) Ik wees erop dat het lijkt of de AP de aanvullende feitelijke informatie negeert die ik op 31 januari 2019 aan de AP heb toegestuurd in de bezwaarprocedure. Ik merkte daarbij op dat de AP na de hoorzitting van 17 januari 2019 nog wel nieuwe informatie van NS heeft verwerkt, en op eigen initiatief zelfs nog vragen heeft gesteld aan TLS, hoewel die zich niet als belanghebbende had aangemeld in de bezwaarprocedure.
- (2) Ik wees erop dat NS mijn beschrijving van de feitelijke gang van zaken aan de balie niet heeft ontkend, en ook niet heeft weerlegd met enig "tegenbewijs".
- (3) Ik voerde aan dat ook een **poging tot misleiding** van NS, uitgevoerd door baliepersoneel, wel degelijk een overtreding van de AVG is, als daarmee wordt gepoogd op een onrechtmatige manier toegang te krijgen tot iemands persoonsgegevens. Ik wees erop dat met grote waarschijnlijkheid alle klanten van NS op die manier worden misleid wanneer ze aan de balie een internationaal vervoerbewijs aanschaffen. Daardoor voldoet de overtreding ook aan de prioriteringscriteria van de AP en had er feitenonderzoek moeten plaatsvinden, bijvoorbeeld in de vorm van in de bezwaarprocedure door mij al voorgestelde een "mystery guest".
- (4) Met betrekking tot het "call centre" waar de AP op eigen initiatief haar aandacht op richtte, betoogde ik dat dat geen privacy-vriendelijk alternatief vormt voor de ticketbalie, omdat er bij aanschaf van een vervoerbewijs via een call-centre altijd persoonsgegevens worden verwerkt.
- (5) Met betrekking tot de verkoop door NS van treintickets voor buitenlandse vervoerbedrijven (bijv. Thalys), wees ik erop dat de AP zwijgt over het feit dat zij zichzelf aanvankelijk ten onrechte onbevoegd verklaarde op dit punt.
- (6) Met betrekking tot de verkoop door NS van treintickets voor buitenlandse vervoerbedrijven wees ik er tevens op dat de AP in haar besluit op bezwaar ten onrechte stelt dat dit buiten het onderwerp van mijn initiële handhavingsverzoek valt. Ik citeerde het onderwerp van

mijn handhavingsverzoek: "**Poging tot misleiding van mij als klant dat identificatie verplicht zou zijn bij de aanschaf van vervoerbewijzen aan de stationsbalie voor alle internationale treinreizen binnen de EU.**" Dat is dus inclusief tickets van bijvoorbeeld Thalys of Deutsche Bahn.

Ik concludeerde in mijn beroepschrift ten aanzien van dit onderdeel van mijn handhavingsverzoek:

Met betrekking tot het onderdeel "aanschaf vervoerbewijs en identificatie bij internationale treinreizen" houdt de AP eveneens vast aan haar beslissing om zichzelf onbevoegd te verklaren, dit keer op grond van:

a) een weigering om het feitelijk handelen van NS te onderzoeken, ondanks aanwijzingen dat NS een ongeschreven beleid voert en implementeert dat afwijkt van het NS-beleid op papier - op grond waarvan de AP weer diezelfde cirkelredenering toepast (wij willen het niet onderzoeken, daardoor is er geen bewijs en daardoor zijn wij niet bevoegd het te onderzoeken); en

b) een moedwillig onjuiste opvatting van de aard en omvang van mijn handhavingsverzoek, waar het gaat om tickets die NS in Nederland aan de balie verkoopt voor derde partijen (buitenlandse vervoerbedrijven).

In het verweerschrift d.d. 3 december 2019 van de AP brengt de AP ten aanzien van internationale vervoerbewijzen de volgende argumenten naar voren.

[Het is Jonker uiteindelijk toch gelukt om met privacy internationale vervoerbewijzen te krijgen]

De heer Jonker heeft uiteindelijk - ook in de door hem gememoreerde gevallen - internationale vervoersbewijzen kunnen kopen aan de balie van de NS zonder zijn persoonsgegevens te hoeven verstrekken. Op de hoorzitting bij de AP heeft hij dit desgevraagd bevestigd. In deze situaties zijn er dus geen persoonsgegevens van de heer Jonker verwerkt en is de AVG niet overtreden.

[Het officiële NS-beleid vergt geen verwerking van persoonsgegevens] Op grond van het beleid van de NS is het dus mogelijk om internationale vervoersbewijzen te kopen zonder persoonsgegevens te verstrekken. Dat NS-medewerkers desondanks geïnstrueerd zouden zijn om klanten niet de optie te bieden van een ticket zonder verstrekking van persoonsgegevens, is de AP niet gebleken.

[Het handhavingsverzoek ging volgens de AP alleen over beleid en handelwijze NS] Het handhavingsverzoek van de heer Jonker is uitdrukkelijk gericht op het beleid en de handelwijze van de NS met betrekking tot de aanschaf van vervoersbewijzen en identificatie bij internationale treinreizen. De gevallen die de heer Jonker in zijn handhavingsverzoek heeft vermeld, hebben betrekking op de verwerking van persoonsgegevens waarvoor de NS het doel en de middelen vaststelt. (...) De AP heeft het handhavingsverzoek niet te beperkt opgevat. Eerst in de bezwaarfase heeft de heer Jonker naar voren gebracht dat zijn handhavingsverzoek ook betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens door derde partijen (buitenlandse vervoerders) in wier opdracht de NS tickets verkoopt, zoals Thalys. De eventuele verwerking van persoonsgegevens door de NS die uitsluitend geschiedt in opdracht van andere partijen valt buiten het

handhavingsverzoek. Nu de AP op de grondslag van de initiële aanvraag moest beslissen, is hier in het bestreden besluit niet verder op ingegaan.

In mijn **repliek d.d. 5 december 2019** op het verweerschrift van de AP, bracht ik het volgende naar voren.

(1) Zoals ik in mijn beroepschrift heb aangegeven, staat bij dit onderdeel van mijn handhavingsverzoek de vraag centraal of het beleid dat NS op papier heeft vastgelegd, overeenkomt met het beleid dat NS daadwerkelijk implementeert. Ik heb aanwijzingen naar voren gebracht dat dat niet het geval is. Op papier vraagt NS van reizigers die internationale tickets komen niet dat zij hun persoonsgegevens laten verwerken, maar in de praktijk, aan de balie, eist NS dat wel van zulke reizigers, en doet het ten onrechte voorkomen alsof dat onvermijdelijk is (een technisch systeemvereiste om tickets te kunnen genereren en uitprinten). Behalve een poging tot misleiding, is dat ook een verkapte poging tot intimidatie: "Als u uw persoonsgegevens niet afgeeft, krijgt u geen internationaal treinticket."

(2) De AP brengt nu, in navolging van NS, naar voren dat, omdat die poging tot misleiding en intimidatie in mijn geval niet heeft gewerkt, ondanks pogingen van het NS-baliepersoneel, er dus geen sprake zou zijn van een overtreding van NS. Dat is om twee redenen onjuist.

(3) Ten eerste is ook een poging om mensen ten onrechte te dwingen tot het laten verwerken van hun persoonsgegevens, in strijd met de AVG - los van de vraag of die poging slaagt of niet. (...)

(4) Ten tweede plaatst de AP mij als beschermwaardige burger op deze manier ten onrechte in de positie dat ik moet kiezen tussen:

- ofwel willens en wetens toestemmen in een invasie van mijn privacy, waardoor de verwerkingsverantwoordelijke een argument in handen krijgt om te gaan beweren dat er sprake zou zijn van vrijwillige instemming van mijn kant;
- ofwel niet toestemmen maar daarmee tevens mijn rechtsbescherming verliezen, omdat de poging tot illegale verwerking dan mislukt.

Dat is een Catch-22. Het construeren van een dergelijke Catch-22 ten koste van de bescherming van de privacy van burgers, is in strijd met het wettelijk vereiste "doeltreffende, volledige en hoge" beschermingsniveau.

(5) De AP stelt in haar verweerschrift onder randnummer [38] simpelweg:

Dat NS-medewerkers desondanks [d.w.z. ondanks het beleid zoals door NS op papier gezet] geïnstrueerd zouden zijn om klanten niet de optie te bieden van een ticket zonder verstrekking van persoonsgegevens, is de AP niet gebleken.

Een overtreding kan ook niet blijken als de toezichthouder, ondanks concrete aanwijzingen, haar ogen stijf dichtknijpt en weigert die aanwijzing serieus te onderzoeken. Het enige wat de AP doet, is verwijzen naar beweringen van NS. Dat is geen toezicht houden, maar het gedrag van een struisvogel die zijn kop in het zand steekt. En dat is nog een vriendelijke

vergelijking, want ik zou ook kunnen zeggen dat de AP in dit geval haar eerbiedwaardige hoofd in relatie tot NS ergens steekt "*where the sun don't shine*". Het is een voorbeeld van moedwillig taakverzuim van een toezichthouder.

(6) Onder randnummer [42] haar verweerschrift schrijft de AP, in flagrante strijd met de waarheid:

Eerst in de bezwaarfase heeft de heer Jonker naar voren gebracht dat zijn handhavingsverzoek ook betrekking heeft op de verwerking van persoonsgegevens door derde partijen (buitenlandse vervoerders) in wier opdracht de NS tickets verkoopt, zoals Thalys.

In mijn beroepschrift heb ik pagina 1 van mijn handhavingsverzoek geciteerd, waar ik de overtreding specificeerde waarop mijn handhavingsverzoek betrekking had:

"Poging tot misleiding van mij als klant dat identificatie verplicht zou zijn bij de aanschaf van vervoerbewijzen aan de stationsbalie voor alle internationale treinreizen binnen de EU."

Treinreizen buiten de EU vallen dus buiten het bereik van mijn handhavingsverzoek. Maar treinreizen binnen de EU vallen er dus binnen, ook als de tickets verkocht worden in opdracht van buitenlandse vervoerbedrijven, en ongeacht of NS die tickets verkoopt in de hoedanigheid van "verwerkingsverantwoordelijke", "mede-verwerkingsverantwoordelijke" of die van "verwerker". Waarom kan de AP niet gewoon integer handelen door dat toe te geven?

Ter **zitting van de rechtbank op 16 december 2019** werd volgens de zittingsaantekeningen van de rechtbank het volgende uitgewisseld over dit onderdeel:

Vz: Goed. Duidelijk. Bureauonderzoek. Fase I. Artikel 57 AVG.

AP: Dit was vó'ór AVG ook al zo. Vormt wel extra ondersteuning. Eerste helft dit jaar 15.000 klachten. Prioriteringsbeleid.

Vz: Wanneer méér onderzoek?

AP: Op moment dat wij aanleiding hebben te twijfelen aan reactie NS. Maar dat hebben we niet. Anders zouden we mystery guests inzetten.

AP: Verwerkingsverantwoordelijke moet zelf invulling aangeven en desgevraagd opgave aan ons doen.

Vz: Dhr. Jonker noemt concreet geval. Er kan worden opgetreden tegen verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers. Baliemedewerkers zijn verwerkers.

- AP: Nee. Verwerkers zijn niet in dienst. Baliemedewerkers NS zijn in dienst van NS. Salarisadministrateur bijv. is een verwerker.
- AP: Art. 4 onder 10 van de AVG. Definitie van derden staat onder 10. Toegerekend aan verantwoordelijke.
- Eiser: Baliepersoneel onder gezag van NS. Het gaat mij erom dat privacy beschermd wordt. NS heeft als verwerkingsverantwoordelijke verantwoordelijkheid t.a.v. baliepersoneel. AP moet onderzoeken of beleid klopt met werkelijkheid.
- AP: Heeft NS het als verwerkingsverantwoordelijke goed geregeld?
- Eiser: Verwerkingsverantwoordelijke ook verantwoordelijk voor zijn personeel.
- Vz: Goed geregeld in opleiding e.d.
- Eiser: Nee. NS moet nagaan wat er werkelijk is gebeurd en niet verwijzen naar beleid.
- NS: legitimatie + vervoersbewijzen. In Handboek staat: geen persoonsgegevens te noteren + systeem laat het niet toe. + brengen regelmatig onder aandacht [van medewerkers]. M.b.t internationale vervoersbewijzen ook onder aandacht gebracht, in kennissysteem genoteerd. Mail gestuurd op 7 februari [2019] aan personeel.
- Eiser: Is niet ingebracht, die mail. [Ik heb hem nooit gezien in de bezwaar- of beroepsprocedure.] Klopt niet bij wat baliemedewerkers vertelden. Die hebben indruk dat ze wèl gegevens moeten noteren.
- NS: Bereid mail te geven.
- Vz: Geeft u achteraf maar aan eiser. Onderling regelen. [Dit is nog niet gebeurd - noot MJ]
- NS: Bij internationale vervoersbewijzen wordt wel gevraagd of ze mogen noteren. Hoeft niet.¹⁰⁷
-

107

Zittingsaantekeningen rechtbank d.d. 16 december 2019 (handgeschreven; ARN 19 / 3510), pp. 3-5. Een tweede stuk over onderdeel "internationale treintickets" wordt geciteerd in paragraaf 6.3.2 van dit hoger-beroepschrift.

6.3.2 De argumentatie van de rechtbank

In zijn uitspraak **d.d. 4 februari 2020** over het onderdeel "internationale treintickets" gaf de rechtbank ten aanzien van de zes door mij aangevoerde gronden het volgende te kennen.

Het negeren van feitelijke informatie d.d. 31 januari 2019

Ad (1) schrijft de rechtbank niets over de feiten die ik op 31 januari 2019 aan de AP heb gemeld. De rechtbank zwijgt er simpelweg over. Dat is niet redelijk.

NS heeft feitelijke informatie van handhavingsverzoeker niet weerlegd

Ad (2) stelt de rechtbank het volgende:

5.2 Indien een reiziger bij een servicebalie van de NS een internationaal treinticket koopt waarvoor de NS verwerkingsverantwoordelijke is, is hij niet verplicht persoonsgegevens af te staan. Dit blijkt uit het in de brief van de NS van 26 september 2018 aangehaalde handboek. Daarin staat: "Baliemedewerkers lichten de (potentiële) klanten voor over de mogelijkheid om serviceberichten te ontvangen in geval van bijvoorbeeld vertragingen, wijzigingen, stakingen of calamiteiten" en: "De klant kan dus optioneel zijn persoonsgegevens aan de NS verstrekken enkel en alleen om serviceberichten met voornoemd karakter te ontvangen" en "Voorts is van belang om te benadrukken dat dit een additionele optie is voor de klant, met andere woorden het is nog steeds mogelijk een internationaal vervoerbewijs aan te schaffen door een (potentiële) klant zonder dat hij serviceberichten van NS ontvangt en dus persoonsgegevens aan NS verstrekt." Verweerder heeft uit deze brief mogen afleiden dat de NS bij de verkoop van internationale treintickets niet in strijd met de AVG handelt.

Wat hieruit vooral blijkt is dat de rechtbank, net als de AP, klakkeloos aanneemt dat een beleids- of instructietekst van NS overeenkomt met de werkelijke, mondelinge instructies van NS-managers aan baliemedewerkers en met het werkelijke handelen van baliemedewerkers. De feiten die ik heb aangedragen, en die door NS niet zijn weersproken, worden door de AP en nu ook de rechtbank simpelweg terzijde geveegd met een beroep op een algemene tekst die NS heeft opgeschreven. Overigens heb ik zelf geen inzage gekregen in het "handboek" van NS. De AP en de rechtbank wel? Of hebben ook zij alleen enkele citaten daaruit gehoord, via die brief van NS?

Ook een poging tot onrechtmatige verwerking is een overtreding van de AVG

Ad (3) De rechtbank vervolgt:

Eiser heeft een internationaal treinticket kunnen kopen zonder verstrekking van zijn persoonsgegevens. Dat daarbij een baliemedewerker volgens eiser mogelijk niet volledig volgens het Handboek van de NS heeft gehandeld, maakt niet dat verweerder daarin, gelet op zijn prioriteringsbeleid, aanleiding had moeten zien om nader onderzoek te verrichten.

Op deze manier creëert de rechtbank een Catch-22 voor mij. Als ik op 27 december 2017 en 31 januari 2019 de instructies van de baliemedewerkers had gevolgd, was mijn privacy geschaad. Maar nu ik die instructies niet had gevolgd, maar ondanks druk van hun kant heb volhard in mijn weigering persoonsgegevens te overhandigen, heb ik dus inderdaad die persoonsgegevens niet

overhandigd en is er volgens de AP en de rechtbank dus ook niks aan de hand. Hoe onjuist en kortzichtig dat is, zal ik in paragraaf 6.3.3 duidelijk maken aan de hand van recente, nieuwe feiten.

Ook beschouwt de rechtbank mijn ervaringen kennelijk als een soort "eenmalige incidentjes" en negeert de grote waarschijnlijkheid dat deze instructies door balie medewerkers aan alle klanten worden gegeven die aan de balie een internationaal ticket komen kopen - wat relevant is voor de toepassing van het prioriteringsbeleid van de AP. Immers, bij een groot aantal betrokkenen of een structurele overtreding is er sprake van meer prioriteit.

Het prioriteringsbeleid van de AP heb ik eerder besproken in mijn beroepschrift d.d. 10 september 2015, paragraaf 5.7.1 (pp. 39-40), waarover ook uw Afdeling beschikt in het dossier van mijn beroep d.d. 9 oktober 2019 (uw zaaknummer: 201907478), dat immers in het verlengde ligt van het hoger beroep waarover uw Afdeling op 20 september 2017 uitspraak heeft gedaan. Mogelijk is het prioriteringsbeleid van de AP inmiddels aangepast, maar dat is de rechtbank in de onderhavige zaak niet nagegaan, althans geeft daar geen blijk van.

De AP heeft zelf niet aangevoerd dat dit punt van mijn handhavingsverzoek aan haar huidige prioriteringsbeleid is getoetst. In plaats daarvan heeft zij aangegeven dat er gebleken zou zijn dat er geen sprake is van een overtreding van NS, en heeft het om die reden opnieuw afgewezen. De rechtbank geeft niet aan op welke wijze het prioriteringsbeleid van de AP voor dit onderdeel van mijn handhavingsverzoek dan toch relevant zou zijn. Dat is niet redelijk.

Call centre

Ad (4) schrijft de rechtbank in zijn uitspraak:

De stelling van eiser dat het callcenter persoonsgegevens van hem heeft verwerkt, heeft eiser niet onderbouwd. Deze beroepsgrond slaagt niet.

Dat heb ik echter nooit gesteld. Het is een fantasie van de rechtbank. Ik heb het call centre nooit benaderd, en raakte zelfs pas van het bestaan daarvan op de hoogte doordat de AP het noemde. Wat moet er gedacht worden van een rechtsstaat waarin rechters zonder enige noodzaak en zonder enige schaamte feiten uit hun duim zuigen?

Met betrekking tot het call center heb ik in essentie alleen aangevoerd dat dit geen privacy-vriendelijk alternatief vormt voor de stationsbalie, omdat er bij zo'n call center persoonsgegevens worden verwerkt. Dit i.v.m. het subsidiariteitsbeginsel. Dat heeft de AP ook niet betwist.

Verkoop van treintickets door NS voor buitenlandse vervoerbedrijven

Ad (5) en (6) schrijft de rechtbank het volgende:

5.1 Dit laatste onderdeel van het verzoek acht de rechtbank te onbepaald en onvoldoende concreet. Een verzoek om handhaving (klacht) op grond van de AVG kan alleen worden ingediend als sprake is van verwerking van persoonsgegevens van eiser zelf als betrokkene in de zin van de AVG en als belanghebbende in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Daarvan is ten aanzien van de NS als verwerker voor een buitenlandse maatschappij geen sprake, omdat eiser niet een internationaal treinticket heeft gekocht voor een reis waarbij de NS als verwerker is opgetreden. Wel heeft eiser een internationaal treinticket

gekocht voor een reis naar een door hem genoemde plaats in Duitsland, waarbij de NS verwerkingsverantwoordelijke is. Daarom heeft verweerder het verzoek terecht beperkt tot de NS als verwerkingsverantwoordelijke voor dit door eiser gekochte treinticket; verweerder heeft het handhavingsverzoek niet ruimer hoeven opvatten.

De rechtbank geeft hier de feiten verkeerd weer. Het treinticket dat ik op 31 januari 2019 kocht, zoals beschreven in mijn aanvulling diezelfde dag op mijn bezwaarschrift, had een reisbestemming (niet Bad Bentheim, maar veel verder) waarvoor NS niet zelf tickets verkocht. Het ticket was geldig voor een route die voor een deel alleen door Deutsche Bahn werd verkocht. Alleen het eerste deel van de route, tot een bepaalde, grote Duitse plaats, werd ook door NS verkocht. Dat wist de AP ook, want in de bijlage bij mijn email van 31 januari 2019 was dat zichtbaar. Ik heb de AP toen verzocht om dat onleesbaar te maken in de bijlage of de bijlage niet te delen met NS, vanwege de privacy van zowel mijzelf als de betreffende baliemedewerker. De AP gaf per email aan dat zij aan dat verzoek zou voldoen.¹⁰⁸

Bovendien moet de AP, vanuit de plicht om een hoog beschermingsniveau te creëren, niet alleen onderzoek doen naar overtredingen die reeds hebben plaatsgevonden, maar ook naar overtredingen die ertoe leiden dat betrokkenen worden gedwongen te kiezen om ofwel hun privacy af te staan, ofwel af te zien van bepaalde reizen omdat die zouden leiden tot privacy-schending. Ter zitting op 16 december 2019 heb ik tegenover de rechtbank aangegeven dat ik nabije familie heb in Frankrijk, en daarom met privacy per trein naar Frankrijk wil kunnen reizen.

In de (handgeschreven) zittingsaantekeningen van de rechtbank staat over dit onderdeel van mijn handhavingsverzoek te lezen:

Vz. Internat. vervoerbewijs?

Eiser: NS verkoopt ook vervoersbewijzen voor derden. Heb wèl gevraagd om handhaving.

AP: Het handhavingsverzoek is beperkt tot NS. Noemt geen traject of vervoerder. "Alle vervoerders" is -> later in verzoek getrokken. Verzoek nu veel te onbepaald. Buitenlandse vervoerders niet in Nederland gevestigd. AP moet dan klacht doorzetten naar dat land.

Vz: Handhavingsverzoek -> moet Rb beslissen. Omvang.

Eiser: Begrijp niet dat AP kan zeggen dat verzoek gericht is tegen NS. Begrijp ook niet dat verzoek onbepaald is. Gaat mij om verkoop van [vervoer-]bewijzen in Nederland aan de balies. Op dat moment is NS verwerker. Dan worden mijn persoonsgegevens verwerkt. Heeft AP een rol. AP kan niet zeggen: bedrijf in buitenland gevestigd. Heb familie in Frankrijk. Lastig voor mij.

108 Mail van behandelend ambtenaar d.d. 1 februari 2019 aan Jonker: "Dank voor uw bericht. Uw aanvulling zal bij het dossier worden gevoegd en aan de NS worden toegezonden. Zoals verzocht in uw vervolg e-mail van vrijdagmorgen 08:18 zal bijlage 1 van de aanvulling van uw bezwaarschrift niet aan de NS worden toegezonden. (...)" Ik ben bereid uw Afdeling vertrouwelijk informatie te verschaffen over de precieze bestemming van mijn beide reizen (aanschaf tickets van Deutsche Bahn: 31 januari 2019; februari 2020). In verband met mijn privacy noem ik die niet in dit hoger-beroepschrift. De AP is dus wel al op de hoogte van de bestemming van die eerste reis.

AP Handhavingsverzoek voor ons geen aanwijzing. Bad Bentheim-ticket verkoopt NS zèlf. Wrd géén gegevens verwerkt. Andere vervoerders waarvoor NS verwerkt: moeten wij doorzetten naar buitenland.

Vz: Thalys-tickets, bijv. -> NS?

NS We dwalen m.i. af. Verkoop van internationale vervoersbewijzen die NS doet. NS is verwerker bij Thalys tickets.¹⁰⁹

De AP zegt dus enerzijds dat mijn handhavingsverzoek "te onbepaald" was, maar anderzijds liet de AP de nadere bepaling die ik op 31 januari 2019 gaf, waarbij sprake was van een concreet ticket dat NS voor Deutsche Bahn verkocht, juist buiten beschouwing bij haar heroverweging van het besluit waartegen ik bezwaar had gemaakt. Dat is niet redelijk, en dat had de rechtbank moeten onderkennen. Maar de rechtbank heeft dat ten onrechte niet gedaan.

Op deze wijze miskent de rechtbank dat er bij een klacht of handhavingsverzoek aanvankelijk altijd sprake is van aanwijzingen die nader moeten worden onderzocht. Het is niet redelijk om van een burger te vergen dat die eerst zelf al een volledig onderzoek verricht over de aantasting, voordat hij een klacht of handhavingsverzoek indient bij de AP. Daar is de AP nu juist voor.

Wanneer tijdens zo'n onderzoek van de AP blijkt dat de verwerkingsverantwoordelijke met betrekking tot de privacy-inbreuk niet de organisatie is waarover de klacht gaat, maar een daarmee samenwerkende organisatie, en dat de eerste organisatie slechts de verwerker of een mede-verantwoordelijke is, dan is het niet redelijk om de klacht of het handhavingsverzoek dan af te wijzen omdat het zogenaamd niet over de betreffende inbreuk zou gaan. De klacht gaat over een inbreuk op de privé-sfeer van een burger. Primair moet tegen die inbreuk worden opgetreden. Wie de dader(s) is of zijn, is van groot, maar wel secundair belang. Daar komt nog het volgende bij. Ook in haar rol als verwerker of mede-verantwoordelijke is NS verantwoordelijk voor een rechtmatige omgang met persoonsgegevens, zoals voorgeschreven door de AVG en het EVRM.

In paragraaf 6.3.3 zal ik beschrijven wat er op 20 februari 2020 gebeurde toen ik voor dezelfde route opnieuw een internationaal ticket wilde aanschaffen aan dezelfde balie van NS. Daaruit zal blijken dat NS, namens Deutsche Bahn, sinds november 2019 wel degelijk de naam van de treinreiziger opeist en anders weigert het betreffende ticket te verkopen.

Conclusie ten aanzien van de uitspraak van de rechtbank op dit onderdeel

Geconcludeerd moet worden dat de uitspraak van de rechtbank voor dit onderdeel (privacy en internationale treintickets binnen de EU) van een kwalitatief bedroevend laag niveau is. De rechter negeerde feiten en verzon feiten, net zoals het hem uitkwam. De rechter stelde als norm eigenlijk dat de AP een overtreding pas hoeft te onderzoeken als die overtreding al precies is omschreven èn aangetoond ten tijde van het indienen van het handhavingsverzoek. Met andere woorden: de rechter verschuift de taak om toezicht te houden op privacy, van de AP naar individuele burgers.

Dat is niet in overeenstemming met de AVG of artikel 8 EVRM.

¹⁰⁹ Zittingsaantekeningen ARN 19 / 3510 (handgeschreven), pp. 5-6.

6.3.3 Nieuwe feiten bevestigen de gebreken in het oordeel van de rechtbank

Het oordeel van de AP in haar besluit op bezwaar dat er ook na de door mij op 31 januari 2019 aangevoerde feiten geen aanwijzing zou zijn dat er sprake is van structurele, gedwongen verwerking van persoonsgegevens bij de aanschaf van internationale vervoerbewijzen aan balies van NS, was niet redelijk, gezien de informatie die ik had verschaft (zie paragraaf 6.3.2).

De rechtbank negeerde die feitelijke informatie eveneens in zijn uitspraak. Ook dat was niet redelijk.

Inmiddels zijn er nieuwe feiten voorhanden waaruit blijkt dat:

- a) er thans, zoals door de baliemedewerker op 31 januari 2019 reeds aangekondigd, voor een groot aantal internationale tickets persoonsgegevens geëist worden, bijvoorbeeld in Duitsland, Frankrijk en Engeland (waarbij moet worden opgemerkt dat Engeland sinds 31 januari 2020 geen deel meer uitmaakt van de EU, en thans dus niet meer relevant is voor mijn handhavingsverzoek);
- b) NS ter zitting van de rechtbank moedwillig heeft verzwegen dat wat NS eerder in de handhavingsprocedure had aangevoerd, op een cruciaal punt niet meer de waarheid was.

Ik zal nu eerst deze nieuwe feiten beschrijven, en daarna de implicaties daarvan voor de vraag naar de rechtmatigheid van de uitspraak van de rechtbank.

Nieuwe feiten m.b.t. omgang met persoonsgegevens bij aanschaf internationale tickets

Op 20 februari 2020 ging ik naar Station Arnhem Centraal om een internationaal treinticket aan te schaffen voor dezelfde route (minus een klein stukje) als het treinticket dat ik op 31 januari 2019 had aangeschaft. Het ging om een bestemming in Duitsland.

Omdat ik vermoedde dat ik net als vorig jaar aan de balie problemen zou krijgen, nam ik dit keer een getuige mee en maakte een geluidsopname van mijn eigen gesprek met de baliemedewerker.

Ik vroeg de baliemedewerker om informatie over mogelijkheden op de betreffende datum en gaf, na het bekijken van een uitgeprinte dienstregeling, aan dat ik het betreffende ticket wilde kopen. De baliemedewerker begon te typen en vroeg toen: "Mag ik uw naam?"

Ik antwoordde: "Nee."

De baliemedewerker zei dat dat nodig was omdat ze mij anders geen ticket kon verstrekken. Ze vroeg of ik mijn email-adres kon geven. Ik antwoordde dat ik ook mijn email-adres niet wilde geven en vroeg waarom dat nodig was. De baliemedewerker gaf aan dat ze me dan via email een bevestiging kon sturen. Ik zei dat dat niet nodig was. Het was voor mij voldoende om een papieren vervoerbewijs mee te krijgen.

De baliemedewerker zei dat ze me op deze manier geen ticket kon verstrekken. Ik zei dat het een jaar geleden nog wel had gekund, ook al had ik erg moeten aandringen voordat de toenmalige baliemedewerker had toegegeven dat het mogelijk was. Ik had toen een zogeheten "ATB-ticket" gekregen, de tickets die tientallen jaren standaard waren geweest voor internationale treinreizen.

"Ja!" antwoordde de baliemedewerker. "Maar ATB is eruit." Ze vertelde dat er sinds november 2019 geen ATB-tickets meer verkocht konden worden en dat het toen ook technische uit het systeem was gehaald. Ze liet me haar scherm zien, waarop geen mogelijkheid meer was om ATB-tickets te printen. Ze vertelde dat dat internationaal zo was afgesproken. Er konden nu alleen nog maar "Homeprints" worden verstrekt (tickets die worden geprint op een A4'tje), en dat daarvoor mijn naam vereist was. Als ik mijn naam niet gaf, kon zij geen ticket voor me printen en ging de aankoop dus niet door.

Ik zei dat ik wilde reizen met privacy, en dus zonder mijn naam te geven. De baliemedewerker zei: "Dat kan nu niet meer."

Ik legde uit dat ik een rechtszaak over privacy voerde en vroeg of ik haar leidinggevende mocht spreken. Ze antwoordde dat die "er niet was". Ik vroeg of ik haar leidinggevende dan mocht bellen. Ze antwoordde van niet. Ik kon wel de klantenservice bellen, maar die zouden precies hetzelfde zeggen als zij. Ze had instructies gekregen om dit bij klanten zo aan te geven.

Ik vroeg haar naar haar naam en initialen. Die wilde ze niet geven, vanwege de privacy... Ik vroeg hoe ik dan in mijn rechtszaak kon bewijzen dat mij daadwerkelijk een ticket was geweigerd omdat ik geen persoonsgegevens wilde afstaan. Daar had zij geen antwoord op.

Ze gaf me de tip dat ik het eerste stuk (in Nederland en naar een overstapstation in Duitsland) zonder reservering kon reizen. Daarna zou ik in Duitsland zelf waarschijnlijk een ticket kunnen kopen zonder mijn naam te hoeven geven. Maar in dat geval zou ik geen gebruik kunnen maken van de voordelige aanbieding (*Supersparpreis*) die zij nu op haar scherm had staan, en zou mijn reis aanzienlijk duurder worden (in de orde grootte van twee keer zo duur). Ook zou ik dan op een bepaald traject geen zitplaats kunnen reserveren, waardoor het niet zeker was of ik tot de betreffende trein toegang had.

Ik zei dat ik erover zou nadenken. Het was duidelijk dat de baliemedewerker wel sympathie voor me had, en we namen vriendelijk afscheid, waarna ik samen met de getuige het stationsgebouw verliet.

Een aantal dagen later, nadat ik had nagedacht, besloot ik dat er voor mij niets anders opzat dan toch een ticket te kopen, omdat ik anders te veel nadeel en onzekerheid zou ondervinden met betrekking tot de reis die ik wilde maken. Ik ging opnieuw naar de stationsbalie, waar nu een andere baliemedewerker zat, en kocht alsnog het betreffende ticket. Het bleek dat ik alleen mijn naam moest geven, mijn email-adres was niet nodig als ik geen bevestiging per email wilde krijgen.

Bij die gelegenheid kreeg ik van de baliemedewerker nog aanvullende informatie. De afschaffing van de ATB-tickets was niet centraal met de medewerkers gecommuniceerd, maar alleen in het programma aangepast. Ik vroeg hoe de baliemedewerkers dan op de hoogte waren geraakt. De baliemedewerker zei dat het misschien terloops was genoemd op één van de periodieke bijeenkomsten waar medewerkers geïnstrueerd worden m.b.t. technische aanpassingen van het systeem. Zo van: "Vanaf november zijn de ATB-tickets eruit, dan is er alleen nog Homeprint".

De baliemedewerker vertelde ook dat sinds "najaar 2019" buitenlandse vervoerbedrijven persoonsgegevens van reizigers eisten. In Duitsland alleen de naam, in Frankrijk naam + geboortedatum, en in Engeland naam + geboortedatum + telefoonnummer.

Wat uit deze nieuwe feiten kan worden afgeleid

Uit deze nieuwe feiten kan het volgende worden afgeleid:

- a) **Onrechtmatig.** De beslissing van de AP om mijn handhavingsverzoek niet te onderzoeken, ook niet na de feitelijke informatie die ik op 31 januari 2019 aanleverde, was destijds al onrechtmatig. Immers, de informatie die ik toen aanleverde, bevatte twee dingen:
- de schriftelijke mededeling van een baliemedewerker dat in de nabije toekomst de anonieme ATB-tickets niet meer verkrijgbaar zouden zijn, waardoor de anonimiteit van alle kopers van internationale treintickets zou worden opgeheven, had door de AP **toen** serieus moeten worden genomen. De AP had dat op grond van die informatie moeten onderzoeken, en zo'n onderzoek was ook waar ik in mijn handhavingsverzoek om had gevraagd. De feiten die **nu** boven tafel komen, maken duidelijk dat het negeren van een aanwijzing van een toekomstige afschaffing van een mogelijkheid tot privacy-vriendelijk reizen, inderdaad leidt tot het verlies van die mogelijkheid (*it's not rocket science*). Het toelaten van zo'n aangekondigd, structureel privacy-verlies is dus niet in overeenstemming met de wettelijke plicht van de AP om een hoog beschermingsniveau te realiseren en te waarborgen;
 - de informatie (inclusief schriftelijk bewijs daarvan) dat ik op 31 januari 2019 daadwerkelijk een internationaal treinticket had gekocht naar een bestemming in Duitsland waarvoor NS niet zelf een treinticket verkocht. Daardoor sneed het argument dat ik zelf geen belang had bij mijn handhavingsverzoek, **ook toen al** geen hout. De AP negeerde dat ten onrechte, waardoor ik **nu** persoonlijk alsnog ben geschaad in mijn grondrecht op privacy, zoals blijkt uit de nieuwe feiten.¹¹⁰
- b) **Misleiding.** Tijdens de rechtszitting op 16 december 2019 bij de rechtbank, heeft NS moedwillig verzwegen dat de mogelijkheid om zonder afgifte van persoonsgegevens ATB-treintickets naar de meeste EU-bestemmingen te kopen, in november 2019 was afgeschaft. De rechtbank heeft daardoor zijn uitspraak niet op accurate informatie kunnen baseren.
- (Of de AP daar op 16 december 2019 van op de hoogte was, zullen we waarschijnlijk nooit zeker weten. Ik vermoed van wel, omdat de vertegenwoordigers van NS voorafgaand aan de zitting uitgebreid en informeel met de vertegenwoordigers van de AP aan het praten waren. Gezellig onder elkaar! Maar het kan ook zijn dat NS het verstandiger vond om die kennis - in ieder geval formeel - pas na afloop van de zitting met de AP te delen.)*
- c) **Reikwijdte handhavingsverzoek.** NS had in de bezwaarprocedure aangegeven dat NS geen persoonsgegevens eiste bij de aanschaf van tickets die door NS zelf werden verkocht, maar zich niet uitgelaten over internationale tickets, verkocht in opdracht van een derde (zoals Thalys of Deutsche Bahn). Ik heb steeds aangegeven dat mijn handhavingsverzoek

110 Ik wil er met nadruk op wijzen dat ik op 20 februari 2020 niet een ticket ging kopen omwille van mijn lopende rechtszaak, maar geheel om redenen die daar niets mee te maken hebben. Anders was ik wel eerder gegaan.

betrekking had op alle internationale tickets binnen de EU die door NS aan de balie worden verkocht. Door de reikwijdte van mijn handhavingsverzoek **toen** te negeren, en vervolgens mijn handhavingsverzoek "te onbepaald" te noemen, heeft de AP er willens en wetens voor gezorgd dat mijn privacy **nu** concreet en specifiek is geschaad. Dat is het tegenovergestelde van de wettelijke taak die de AP geacht wordt te vervullen, en daarom onrechtmatig.

- d) **Risico van voldongen feit.** Door naar aanleiding van mijn handhavingsverzoek en de informatie van 31 januari 2019 geen actie te ondernemen, heeft de AP de weg vrijgemaakt voor de afschaffing van de privacy-vriendelijke ATB-tickets zonder dat daarvoor eerst een alternatief in gereedheid werd gebracht. Het is de vraag of de technische voorzieningen voor het verstrekken van ATB-tickets sinds november 2019 zodanig zijn ontmanteld dat ze nu niet meer te herstellen vallen. Dat risico is in ieder geval aanwezig, zolang we hierover niet meer informatie krijgen van NS en/of andere Europese vervoerbedrijven. Het lijkt erop dat de vervoerbedrijven een privacy-schendend voldongen feit hebben willen creëren, en dat de AP daarmee heeft gecolludeerd. Dat valt de AP zwaar aan te rekenen. En het valt de Rechtbank Gelderland aan te rekenen dat die dat, ondanks de informatie van 31 januari 2019, niet heeft willen toetsen en niet heeft willen onderkennen.

Om duidelijkheid te krijgen wat de technische mogelijkheden zijn om een privacy-vriendelijke, ook qua prijs niet-discriminatoire verstrekking van Europese treintickets op korte termijn te herstellen of te creëren, **verzoek ik uw Afdeling om een voorlopige voorziening** waarin de AP verplicht wordt om met betrekking tot dit specifieke punt van mijn handhavingsverzoek (privacy bij aanschaf van internationale treintickets) binnen twee maanden te onderzoeken welke technische mogelijkheden er voorhanden zijn of op korte termijn kunnen worden gerealiseerd om in ieder geval naar Frankrijk en Duitsland weer op een privacy-vriendelijke wijze met de trein te kunnen reizen. De spoedeisendheid is gelegen in het risico van een onomkeerbare, technische ontmanteling van het ATB-systeem.

6.4 Servicekosten bij laden OV-chipkaart met contant geld

6.4.1 Overzicht argumenten primaire fase, bezwaar en beroep

In mijn **handhavingsverzoek d.d. 9 juli 2018** verzocht ik de AP om op te treden tegen het "in rekening brengen van 'servicekosten' bij het laden/opwaarderen van anonieme OV-chipkaarten met behulp van contant geld (ontmoediging anonieme betaling)". In mijn bijgevoegde en ingelaste brief van 6 juli aan NS karakteriseerde ik de handelwijze van NS als "privacy-discriminatie" en betoogde het volgende:

Op 4 juli 2018 ontdekte ik bij één van de weinige resterende Nederlandse stationsbalies (tegenwoordig door NS aangeduid als "Tickets en service") dat NS sinds 2 juli jl. elke keer dat iemand aan de balie een (anonieme of persoonlijke) OV-chipkaart laat opwaarderen met contant geld, 50 eurocent per keer in rekening brengt. De volstrekt normale handeling van het betalen met contant geld wordt door NS nu dus opeens opgevat als een "extra service" waarvoor de klant ook nog eens moet betalen. De klant moet dus betalen om te mogen betalen.

Op zich is dit al een onfatsoenlijke behandeling van klanten, die opgevat moet worden als een oneerlijke handelspraktijk.

In deze brief richt ik me op de privacy-aspecten van deze oneerlijke handelspraktijk. Contant geld is, sinds we de ruil-economie hebben verlaten, al eeuwenlang het meest gebruikte middel om financiële transacties te verrichten. Het is tot op heden ook de enige manier waarop financiële transacties op basis van "zero knowledge" kunnen worden afgewikkeld: de deelnemers aan de transactie hoeven aan elkaar of derden geen persoonsgegevens te verstrekken. Dit maakt contante betaling tot veruit de meest privacy-vriendelijke methode om betalingen te verrichten.

Met de door NS per 2 juli jl. ingevoerde "servicekosten" worden treinreizigers die hun privacy willen behouden door met een "anonieme" OV-chipkaart te reizen, door NS gediscrimineerd. Door zulke reizigers extra kosten in rekening te brengen, zet NS hen onder druk hun grondrecht op privacy in het OV af te staan en hun persoonsgegevens te laten registreren, elke keer dat zij hun "anonieme" OV-chipkaart noodgedwongen opwaarderen.

Ik verwees in mijn brief van 6 juli aan NS ook naar de onfatsoenlijke invoeringsmethode, en naar expertise over de juridische aspecten van betaling met contant geld: het boek *Juridische aspecten van contant geld* van mr. drs. A.A. Scholten. Ik verzocht NS om met onmiddellijke ingang te stoppen met het in rekening brengen van "servicekosten" bij contante betaling voor diensten van NS.

In haar **primaire besluit d.d. 12 november 2018** wees de AP mijn handhavingsverzoek af op de volgende gronden.

(1) Ten eerste achtte de AP een wettelijke grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens, dan wel het financieel stimuleren van de verwerking van persoonsgegevens, aanwezig de vorm van artikel 6 lid 1 onder b) AVG: de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van een contract dat

NS, in de vorm van de door haar eenzijdig opgestelde algemene voorwaarden, eenzijdig met mij is "overeengekomen".

(2) Ten tweede betoogde de AP erop dat er een alternatief voorhanden zou zijn in de vorm van de mogelijkheid om een anonieme OV-chipkaart op te laden met muntgeld aan een automaat.

(3) Ten derde stelde de AP dat de "drempel" die met de servicekosten wordt opgeworpen, "niet zodanig hoog [is] dat het opladen van de niet op naam gestelde OV-chipkaart met contant geld redelijkerwijs geen reële optie meer kan worden geacht."

(4) Ten vierde achtte de AP het relevant dat ook mensen die een persoonlijke OV-chipkaart aan de balie willen laten opwaarderen met contant geld, of met een pinbetaling, dezelfde servicekosten betalen.

In mijn **bezwaarschrift d.d. 24 november 2018** bracht ik hiertegen het volgende in.

Ad (1): Ik bestreed dat er in dit geval sprake was van een wettelijke grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens in de vorm van artikel 6 lid 1 onder b) AVG, en verwees voor een verdere onderbouwing daarvan, waarover op dat moment een beroepsprocedure liep (ARN 18 / 1487). Thans ligt die zaak in hoger beroep voor aan uw Afdeling, uw zaaknummer: 201907478, waarnaar ik in dit hoger-beroepschrift al eerder heb verwezen.

Ad (2): Ten aanzien van het door de AP genoemde, vermeende alternatief, wees ik erop dat a) er op de meeste Nederlandse stations geen automaten voorhanden zijn die contante betaling accepteren, en b) de automaten die er op een aantal grote stations wel zijn, geen bankbiljetten maar alleen muntgeld accepteren (met verwijzing naar een bijlage met feitenmateriaal). Ik betoogde dat betaling met uitsluitend muntgeld onredelijk bezwarend is, gezien de bedragen die voor veel OV-reizen moeten worden betaald. Ik betoogde dat als NS dergelijke "service-kosten" in rekening wil brengen voor transacties aan de balie, NS eerst moet zorgdragen dat er voor alle functionaliteiten van die balie, inclusief functionaliteiten op het gebied van de bescherming van het grondrecht op privacy, een gelijkwaardig alternatief voorhanden is.

Ad (3): Ik stelde dat de "drempel" die met de servicekosten wordt opgeworpen, een vorm van discriminatie is voor mensen die met privacy willen reizen, zolang er geen privacy-vriendelijk alternatief voorhanden is. Ik wees op het verschijnsel "indirecte discriminatie" zoals dat in sommige Europese landen ook als juridische categorie is erkend. Ik verwees ook naar mijn beroepschrift d.d. 10 september 2015, paragrafen 5.6.4 (pp. 35-38) en 5.8 (pag. 42).¹¹¹ Dat deze discriminatie bedoeld is als een middel voor gedragsbeïnvloeding, maakt dat niet anders.

Ad (4): Ten aanzien van het argument van de AP dat ook mensen die geen aanspraak maken op hun privacy, aan de balie servicekosten betalen, wees ik erop dat deze mensen de mogelijkheid hebben om zonder extra privacyverlies en tevens gratis hun OV-chipkaarten op te laden aan automaten. Voor hen brengen de servicekosten aan de balie dus (dwang tot) geen privacyverlies met zich mee, omdat zij hun persoonsgegevens al eerder hebben afgestaan.

¹¹¹ Dat beroepschrift maakt deel uit van het dossier in mijn hoger beroep d.d. 9 oktober 2019, dat thans bij uw Afdeling in behandeling is (uw zaaknummer: 201907478; uw zaaknr. eerder hoger beroep: 201607123).

Op **17 januari 2019 vond de zitting van de bezwaarprocedure plaats** in Den Haag. Tijdens de hoorzitting vertelde de AP onder andere over mijn ervaring aan de stationsbalie op 8 januari 2019, waar een baliemedewerker mijn anonieme OV-chipkaart oplaadde zonder servicekosten in rekening te brengen. Daartoe had hij naar eigen zeggen de vrijheid.

Na de hoorzitting had ik bij terugkeer naar mijn woonplaats Arnhem aan de stationsbalie nieuwe bevindingen bij het opladen van mijn anonieme OV-chipkaart, en berichtte nog diezelfde dag de AP daarover, per email, als **aanvulling d.d. 17 januari 2019 op mijn bezwaarschrift**:

Bij terugkeer vandaag uit Den Haag in mijn woonplaats Arnhem, heb ik aan de stationsbalie mijn anonieme OV-chipkaart laten opladen, tegen betaling van contant geld. Deze keer moest ik daar, in tegenstelling tot de vorige keer (8 januari, zoals gemeld tijdens de hoorzitting), weer wel "service-kosten" voor betalen. Ik vroeg de baliemedewerkster of het haar vrijstond om zelf te beslissen of zij mij servicekosten in rekening bracht, of dat dit dwingend werd bepaald door regels of beleid van hogerhand. Zij antwoordde dat zij het niet zelf kon bepalen, maar dat de regel was dat mensen van meer dan 70 jaar oud en "mensen met een beperking" door de NS werden vrijgesteld van betaling van servicekosten, omdat zij door NS geacht werden "moeilijkheden" te kunnen hebben met "het omgaan met automaten".

Dit roept verschillende vragen op:

- Dit is opnieuw een nieuw verhaal van een baliemedewerker, vergeleken met de baliemedewerker op 8 januari en de in mijn handhavingsverzoek en bezwaarschrift genoemde baliemedewerkers. Dit versterkt de indruk dat NS ofwel geen duidelijk beleid voert inzake servicekosten, ofwel niet in staat is over het beleid eenduidig naar baliemedewerkers te communiceren.
- Als dit nieuwste verhaal van een baliemedewerker klopt, dan getuigt het beleid van NS van willekeur en van (leeftijds-)discriminatie. Een leeftijdscriterium hoeft niets te zeggen over iemands vaardigheid om met een stationsautomaat om te gaan.
- Bovendien blijkt hieruit opnieuw dat het NS met de zogenaamde "servicekosten" niet werkelijk te doen is om het in rekening brengen van kosten, maar om beïnvloeding van (een bepaalde categorie) klanten, ten koste van hun privacy.
- Ten slotte roept dit de vraag op of de stationsautomaten voldoende gebruiksvriendelijk zijn, als NS zelf van mening blijkt te zijn dat ze niet geschikt zijn voor verschillende categorieën reizigers.

Bij brief van **12 februari 2019 reageerde ik** naar de AP op antwoorden van NS d.d. 4 februari 2019 op vragen die de AP bij brief d.d. 21 januari 2019 had gesteld. Met betrekking tot het in rekening brengen van "servicekosten" bij het opladen van een anonieme OV-chipkaart aan de balie schreef NS het volgende:

Sinds 2 juli 2018 rekent NS een servicevergoeding van EUR 0,50 voor het laden van saldo op de OV-chipkaart aan de balie, ongeacht of dit een naamloze of persoonlijke OV-chipkaart betreft. De servicevergoeding kan betaald worden met alle aan de balie geaccepteerde betaalmiddelen. Na overleg, onder andere met het Landelijk Overleg Consumentenbelangen Openbaar Vervoer, zijn er drie groepen reizigers vastgesteld die de betaalautomaat of anderekanalen niet (goed) kunnen bedienen. Dit zijn de navolgende 3 groepen:

1. Rolstoelgebruikers; 2. Reizigers met een visuele beperking; 3. Reizigers met een hoge leeftijd (75+).

Baliemedewerkers zijn voorafgaand aan de implementatie van dit beleid uitvoerig geïnformeerd over de op handen zijnde maatregelen en het te volgen beleid. Medewerkers zijn niet vrij in hun keuze om deze servicekosten wel of niet in rekening te brengen. Alleen bovengenoemde groepen komen in aanmerking voor deze vrijstelling.

Wellicht geheel ten overvloede wil NS er nogmaals op wijzen dat het onderwerp 'betalen van servicekosten aan de balie' geen relatie heeft met de AVG.

In mijn brief d.d. 12 februari 2019 reageerde ik daarop als volgt:

4.1 De groepen reizigers die NS vrijstelt van de verplichting tot het betalen van servicekosten, zijn niet helemaal dezelfde als de baliemedewerkster mij op 17 januari 2019 vertelde (die noemde reizigers van "70+", niet "75+", en "mensen met een beperking" (zonder nadere kwalificatie). Ook verklaart dit niet waarom de baliemedewerker op 8 januari 2019 zich vrij voelde om mij geen servicekosten in rekening te brengen. Ten slotte verklaart dit niet waarom NS wel "servicekosten" in rekening brengt bij contante betaling voor het laden van saldo op een OV-chipkaart, maar niet bij contante betaling voor de aanschaf van een railrunner-kaartje voor kinderen. Het gaat kennelijk niet werkelijk om kosten, maar om een **niet** kostengerelateerde poging tot gedragsbeïnvloeding van arbitrair geselecteerde groepen.

4.2 NS maakt niet duidelijk waarom de groep van reizigers die met privacy reizen, niet vrijgesteld zou kunnen worden van servicekosten, zolang er nog geen privacy-vriendelijke alternatieven zijn (voldoende, en ook voldoende klantvriendelijke, nabije automaten die bankbiljetten accepteren bij het laden van saldo op anonieme OV-chipkaarten).

4.3 NS beweert dat het onderwerp "betalen van servicekosten aan de balie" geen relatie zou hebben met de AVG. Daarmee probeert NS, zonder enige onderbouwing, te ontkennen dat het eisen van extra betaling voor de enige relatief privacy-vriendelijke manier van betalen een ontmoedigend effect heeft op reizen met behoud van privacy. Kennelijk is het kwartje bij NS nog steeds niet gevallen. De oorzaak lijkt te zijn dat NS, net als de overige Nederlandse vervoerders en talloze andere bedrijven, aanstuurt op een toekomstig verdienmodel waarbij er ook los van het vervoer winst kan worden gemaakt met persoonsgegevens van reizigers.

4.4 Dat verdienmodel wordt beschreven in het eerder genoemde *The Age of Surveillance Capitalism*. Openbaar vervoer zou in dat model veranderen van primair een dienst, in primair een aanvoerroute ("supply route") van een bruikbaar overschot aan data over het gedrag van reizigers ("behavioral surplus") - data die geld en/of wederdiensten waard zijn.¹¹² Mijn handhavingsverzoeken aan de AP zijn er niet alleen op gericht om de afzonderlijke, door mij gemelde overtredingen tegen te gaan, maar ook om de AP ertoe te

112 [Voetnoot in brief 12-2-2019:] Zuboff: "In this new context, goods and services are merely surveillance-bound supply routes. It's not the car; it's the behavioral data from driving the car. It's not the map; it's the behavioral data from interacting with the map." (Uit: *The Age of Surveillance Capitalism*, pag. 132).

bewegen om de samenhang tussen die overtredingen te onderkennen, te erkennen en daar op een integrale wijze tegen te gaan optreden. Want dat is de enige manier om de privacy van burgers effectief te beschermen.

Per **email van 16 maart 2019 reageerde ik op antwoorden van TLS** op vragen die de AP op eigen initiatief aan TLS had gesteld (en niet aan NS). Ik benadrukte dat de poging van NS en TLS om door middel van een "wisseltruc" TLS alsnog te betitelen als "verwerkingsverantwoordelijke", niet in overeenstemming is met de AVG en ook niet met jurisprudentie van de rechtbank en uw Afdeling.

In haar **besluit d.d. 12 juni 2019 op bezwaar** wees de AP mijn handhavingsverzoek opnieuw af voor wat betreft het onderdeel "servicekosten", en voerde daarbij de volgende gronden aan:

De kaarthouder kan met contante betalingen saldo op zijn niet op naam gestelde kaart laden, bijvoorbeeld bij een kaartautomaat of bij een servicebalie. Contant opladen is gratis bij kaartautomaten, waar alleen met muntgeld betaald kan worden. Als de kaarthouder de kaart oplaadt bij een servicebalie wordt € 0,50 aan servicekosten in rekening gebracht. Dit geldt voor zowel houders van persoonlijke OV-chipkaarten als houders van niet op naam gestelde OV-chipkaarten. Deze servicekosten worden berekend voor extra handelingen die door de servicebaliemedewerkers worden verricht. Uit het voorgaande blijkt dat er diverse kaartautomaten zijn waar u kosteloos uw kaart kunt opladen en u in andere gevallen bij een servicebalie uw kaart kunt opladen tegen een relatief geringe vergoeding die ook geldt voor alle andere kaarthouders waaronder reizigers met op naam gestelde OV-chipkaarten. De AP ziet in uw bezwaren geen aanleiding om op dit punt anders te oordelen dan in het primaire besluit. Deze bezwaargrond komt om die reden niet voor toewijzing in aanmerking.

In mijn **beroepschrift d.d. 1 juli 2019** bracht ik het volgende naar voren.

[Privacy-discriminatie - kern van het probleem] Ten eerste is de kern van het probleem volgens mij niet dat het opladen middels een pinbetaling bij een kaartautomaat "alleen" bij houders van "niet op naam gestelde kaarten"¹¹³ een verlies van privacy met zich meebrengt. De kern van het probleem is wel dat reizigers die met privacy willen reizen en daarom een zo anoniem mogelijke kaart gebruiken, vanwege de door NS in rekening gebrachte servicekosten hogere kosten moeten betalen in vergelijking tot reizigers die berusten in het verlies van hun privacy. Dat is een vorm van discriminatie.

Immers, wie zijn "anonieme" OV-chipkaart wil opladen zonder dat zijn betaalgegevens worden verwerkt, is genoodzaakt met contant geld te betalen. En de enige mogelijkheid voor een inwoner van Arnhem (zoals ik) om op een niet onredelijk bezwarende manier met contant geld te betalen, is door middel van betaling met bankbiljetten aan de balie van het NS-station Centraal te Arnhem.

[Beschikbaarheid kaartautomaten met contante betaling] Ook geeft de AP mijn bezwaren aanzien van de geringe beschikbaarheid van kaartautomaten niet goed weer, door te stellen dat ik er bezwaar tegen zou hebben dat deze automaten "niet overal" beschikbaar

113 [Voetnoot in beroepschrift:] De AP heeft de driekwart jaar geleden door NS voor het eerst veranderde terminologie hier overgenomen - het was altijd "anonieme" OV-chipkaart. Dit is een onderdeel van de gewinningsstrategie die NS hanteert en waardoor de AP zich zeer gewillig laat inpakken - zie ook paragraaf 3.5 van dit beroepschrift.

zijn. Dat is een poging mij als onredelijk veeleisend af te schilderen. Mijn bezwaar is echter gebaseerd op het feit dat er in de hele stad Arnhem op slechts één locatie (namelijk station Arnhem Centraal) zo'n automaat beschikbaar is, waar bovendien niet met bankbiljetten kan worden betaald. En als ik bijvoorbeeld vanaf station Velperpoort, Presikhaaf of Arnhem-Zuid wil vertrekken, dan kan ik zelfs met muntgeld mijn OV-chipkaart niet opladen.

[Causale relatie servicekosten en privacyverlies] De AP memoreert (...) dat "NS zich op het standpunt stelt" dat het betalen van servicekosten geen relatie heeft met de AVG. Maar de AP geeft nergens expliciet aan of de AP dat standpunt wel of niet onderschrijft. Dit is welbewuste vaagheid van de kant van de AP, in strijd met de wettelijke plicht van de toezichthouder om de naleving van kenbare wetgeving (de AVG) op een kenbare manier te bewaken en te handhaven. Ik heb steeds aangevoerd dat er wel degelijk een relatie is.

[Privacy-discriminatie - er is geen grond voor uitsluiten reizigers met privacy] De AP memoreert (...) voorts dat drie groepen klanten aan de balie geen servicekosten hoeven te betalen voor het opladen van hun "anonieme" OV-chipkaart. Maar de AP geeft nergens expliciet aan wat dan de grond zou kunnen zijn om een vierde groep reizigers, namelijk reizigers die hechten aan behoud van hun privacy, uit te sluiten van deze voorziening. En dat terwijl de AP er juist is om het grondrecht van deze vierde groep te beschermen...

[Formele beleid NS versus gedrag balied medewerkers] Ook zwijgt de AP hier over op de door mij geconstateerde, feitelijke discrepantie tussen het formele NS-beleid en het gedrag van balied medewerkers die voor zichzelf kennelijk wel discretionaire ruimte zien om al dan niet servicekosten in rekening te brengen.

[Alleen muntgeld is onredelijk bezwarend] De AP zwijgt (...) ten onrechte over wat ik in mijn bezwaarschrift (pp. 5-6) te berde heb gebracht over het feit dat het laden met alleen muntgeld onredelijk bezwarend is, gezien de bedragen die voor gewone treinreizen in rekening worden gebracht.

[Aanwijzingen: werkelijke doel van NS niet kostenreductie, maar privacy-reductie] De AP zwijgt (...) ten onrechte over [in mijn bezwaarschrift genoemde] aanwijzingen dat het werkelijke doel van NS met deze servicekosten niet het in rekening brengen van reële kosten is, maar het onder druk zetten van reizigers om te berusten in het verlies van hun privacy ten aanzien van hun betalingen van vervoerbewijzen (treinkaartjes).

[Misleidende formuleringen] Opnieuw hanteert de AP (...) misleidende formuleringen:

- "...diverse kaartautomaten waar u kosteloos uw kaart kunt opladen" is niet hetzelfde als: **één locatie in de hele stad waar u alleen met muntgeld uw kaart kunt opladen.**
- "...een relatief geringe vergoeding" is niet hetzelfde als: **een toeslag van 5% elke keer dat u uw kaart met tien euro wilt opladen.**
- "...vergoeding die ook geldt voor alle andere kaarthouders waaronder reizigers met op naam gestelde OV-chipkaarten" is niet hetzelfde als: **een vergoeding die kaarthouders kunnen vermijden als ze maar berusten in het verlies van hun privacy.**

We zien hier hoe de AP niet een onafhankelijke, op feiten gerichte terminologie hanteert, maar meegaat in het manipulatieve taalgebruik en de "framing" van een overtreder, en daar zelf nog fijne taalkundige foefjes aan toevoegt.

[De AP zwijgt over nieuwe info over samenhang met OV-chipkaartsysteem als geheel]

Bovendien zwijgt de AP geheel over de nieuwe informatie over de feitelijke aard van het systeem met anonieme OV-chipkaarten die voor het eerst naar voren is gekomen in de antwoorden van TLS d.d. 14 maart 2019, en die door mij is besproken in mijn aanvulling d.d. 16 maart 2019 op mijn bezwaarschrift. Op die manier weigert de AP óók om zich te verhouden tot deze nieuwe informatie. [Dit is] in strijd met de wettelijke plicht van de AP om haar besluit naar aanleiding van mijn bezwaarschrift (integraal) te heroverwegen.

Immers, een "heroverweging" is niet hetzelfde als een herhaling van een reeds eerder ingenomen standpunt. Als dat wel zo zou zijn, dan zouden de Algemene wet bestuursrecht en alle overige voor bestuursorganen relevante wetgeving, hun betekenis verliezen, en zouden we niet meer in een rechtsstaat leven.

We zouden dan in een "rechtsorde" leven waarin, als het gaat om de relatie tussen burger en overheid, alleen nog het recht van de sterkste geldt. Als een burger in zo'n situatie bezwaar maakt tegen een besluit van een overheid, kan die overheid simpelweg zeggen: "Ik besluit dat toch", en de burger voor de rest negeren. Immers, de simpele herhaling van het in het primaire besluit reeds ingenomen standpunt zou dan rechtens gelden als een "heroverweging", ongeveer zoals in sommige vormen van pre-modern Islamitisch recht een man van zijn vrouw kan scheiden door driemaal in het bijzijn van getuigen te verklaren dat hij haar verstoot.

Ik hoop dat uw rechtbank het onderscheid tussen enerzijds een "heroverweging" en anderzijds een "herhaling van een eerder ingenomen standpunt" in uw uitspraak wilt benadrukken. Op die manier kunt u de AP wellicht bewegen om op dit punt de Middeleeuwen achter zich te laten en de moderne tijd in te stappen.

[De AP verspilt kostbare tijd en geld aan wegstijven in plaats van toezichthouden] In plaats van elke casus aan te grijpen om het belang van privacy te ondersteunen, privacy te handhaven en haar eigen functie als toezichthouder te versterken, doet de AP het omgekeerde:

- De AP doet er alles aan om de publieke perceptie van het belang van privacy te verzwakken door het begrip privacy op te vatten als een verzameling losse, procedurele kruimels, met elk waarvan separaat zo snel mogelijk moet worden afgerekend om een façade van quasi-privacy te herstellen.
- De AP doet er alles aan om privacy niet te handhaven, maar juist excuses te verzinnen om in elke als losse kruimel opgevatte casus niet te hoeven handhaven.
- De AP verzwakt op die manier elke keer haar eigen positie als toezichthouder en handhaver door a) de zaak waarvoor zij zou moeten staan (een goede privacy-bescherming) te ondermijnen, en b) haar eigen geloofwaardigheid, legitimiteit en aanzien te ondermijnen.

(...) 3. Met betrekking tot het onderdeel "servicekosten bij laden anonieme OV-chipkaart met contant geld" doet de AP het volgende:

a) De AP probeert met behulp van bagatelliserend taalgebruik (zie paragraaf 3.4 van dit beroepschrift voor mijn analyse daarvan) ten onrechte de indruk te werken dat er geen sprake zou zijn van ontmoedigingsbeleid voor reizigers die hun privacy willen behouden, in de vorm van verschillende obstakels: extra servicekosten, het ontbreken op de meeste relevante locaties van automaten die contant geld accepteren, en het beperken van het geaccepteerde contante geld tot muntgeld. In combinatie met elkaar maken deze obstakels de aanschaf van een vervoerbewijs dat door de NS tot voort kort als enige "anonieme" optie werd gepresenteerd, onredelijk bezwarend.

b) Nu uit de antwoorden van TLS op vragen van de AP is gebleken dat die jarenlang door NS als "anoniem" gepresenteerde optie in feite niet anoniem is, omdat het saldo niet "op de kaart" wordt geladen, maar op een server in de back-office van het bedrijf TLS, concludeert de AP ten onrechte NIET dat er dus sprake is van een grootschalige, al jaren durende privacy-schending, waartegen dringend moet worden opgetreden, maar negeert deze nieuwe informatie geheel en al in haar besluit op bezwaar.

Deze zogenaamde "conclusies" van de AP stonden al vast voordat de schamele overwegingen in het besluit op bezwaar door de AP erbij werden bedacht in een poging om een machtige lobby van overtreders te bedienen. De AP rekent er als zogenaamd, maar niet echt "onafhankelijke" toezichthouder mogelijk op dat macht in de praktijk boven recht gaat, en dat ook rechters zich daarom, ondanks hun formele onafhankelijkheid, zullen schikken naar de wensen van deze lobby.

Het is ook mogelijk dat de AP stiekem hoopt dat rechters voor de AP de kolen uit het vuur halen, door alsnog zaken te benoemen en regels toe te passen, omdat de AP dat zelf niet durft te doen. In dat geval kan de AP tegen de machthebbers zeggen: "Don't shoot me. I'm just the piano player," en naar de rechters wijzen als de "bad guys". Dat zou betekenen dat de AP zichzelf heeft uitgeschakeld als serieus onderdeel van de "checks and balances" die onze democratische rechtsstaat in balans moeten houden.

In haar **verweerschrift d.d. 3 december 2019**, gericht aan de rechtbank, herhaalde de AP voor wat betreft dit onderdeel van mijn beroepschrift slechts de inhoud van haar besluit op bezwaar.

In mijn **repliek d.d. 5 december 2019** schrijf ik naar aanleiding daarvan het volgende.

Op dit punt herhaalt de AP in haar verweerschrift onder randnummer [44] een hele reeks beweringen die zij al eerder heeft gedaan, en die ik in paragraaf 3.4 van mijn beroepschrift al heb weerlegd.

De AP houdt hier een monoloog, waarmee zij alles waarover zij in die monoloog zwijgt, stilzwijgend ontkent.

Als uw rechtbank de AP en andere bestuursorganen met dergelijke monologen weg laat komen (zoals u in uw eerder genoemde uitspraken van 5 september 2019 deed), dan biedt u aan burgers geen serieuze rechtsbescherming.

6.4.2 De argumentatie van de rechtbank

In zijn uitspraak d.d. 4 februari 2020 verklaart de rechtbank mijn beroep voor wat betreft dit onderdeel ongegrond, met verwijzing naar drie deels impliciet gehouden argumenten:

(1) Het eerste argument is dat de servicekosten volgens de rechtbank "**niet onevenredig bezwarend**" zijn:

6.1 Zoals de rechtbank heeft overwogen in haar hiervoor genoemde uitspraak van 5 september 2019 worden bij een niet op naam gestelde OV0chipkaart aan de hand van het unieke pasnummer van de kaart weliswaar reisgegevens verwerkt, maar worden bij het met contant geld kopen of opladen van een OV-chipkaart geen betaalgegevens bekend die aan de gebruiker van de kaart kunnen worden gekoppeld. Ook heeft de rechtbank het in die uitspraak niet onevenredig bezwarend geacht dat hiervoor muntgeld moet worden gespaard, of dat tegen een licht hogere prijs (€ 05,0) met bankbiljetten saldo kan worden geladen bij een NS-balie.

Met dit argument gaat de rechtbank ten onrechte voorbij dat elke onnodige vorm van nadelige behandeling van OV-reizigers die voor privacy kiezen, ongerechtvaardigd is. De rechtbank miskent hierbij dat er veel mensen zijn die financieel zo krap zitten dat elke 50 cent een verschil maakt. Dit zijn vaak ook juist de mensen die hun anonieme OV-chipkaart slechts met kleine bedragen zullen opladen, bijvoorbeeld tien euro, waardoor het gaat om een prijsverhoging van ca. 5% op de volle ritprijs (op dit moment ook nog: zonder voordeelurenkorting - want daarover gaat dat andere hoger beroep van mij dat thans bij u voorligt - uw zaaknummer: 201907478). Het ontbreekt de goed-gesalarieerde rechters van de Rechtbank Gelderland kennelijk aan voorstellingsvermogen waar het de omstandigheden van minder gefortuneerde mensen betreft.

Ook miskent de rechtbank het collectieve, cumulatieve effect van zo'n vorm van "lichte" discriminatie. Dat effect is dat steeds meer mensen zullen kiezen voor het afstaan van hun privacy, waardoor een proces van gewenning en normalisering ontstaat. En dat is precies de bedoeling van NS en andere vervoerbedrijven. Over enige tijd zullen zij dan concluderen dat er "bijna geen vraag meer is" naar privacy-vriendelijk reizen, en dan proberen te verdoezelen dat het hun eigen, bewuste beleid is om die vraag steeds verder af te knippen. Van de toezichthouder (de AP) en van de rechter mag worden verwacht dat deze ook het individuele belang meewegen dat ik als burger heb bij het instandhouden van collectieve voorzieningen die noodzakelijk zijn voor de instandhouding van mijn privacy. Als de toezichthouder en de rechter dat niet doen, worden zij medeplichtig aan de feitelijke afschaffing van privacy. Zij kunnen dan niet achteraf zeggen: "Dat hebben we niet geweten."

(2) Het tweede argument van de rechtbank is dat er **geen sprake zou zijn van discriminatie**, omdat de servicekosten ook in rekening worden gebracht bij het opladen van een persoonlijke OV-chipkaart.

Hierbij miskent de rechtbank dat discriminatie niet moet worden afgemeten aan het formele doel van maatregelen alsof dat los zou staan van hun effecten op bepaalde groepen, maar juist moeten worden afgemeten aan de feitelijke effecten ervan in relatie tot (leden van) bepaalde groepen.

Bovendien heb ik in mijn bezwaarschrift d.d. 24 november 2018 gewezen op het bestaan van "indirecte discriminatie". Ik zal daarvan voor alle duidelijkheid een voorbeeld geven. Er was na de invoering van de Adoptiewet 1956 een tijd (tot 1998) waarin alleen getrouwde echtparen kinderen mochten adopteren. In die tijd bestond het homohuwelijk nog niet, en kon een homo-stel dus alleen al om die reden geen kinderen adopteren, althans niet op een manier die een door de wet erkende ouderschapsband creëerde.¹¹⁴ Stel dat twee homoseksuele partners een verzoek om toestemming indienden voor het adopteren van een kind, en het werd afgewezen op grond van het feit dat ze niet met elkaar getrouwd waren. Was dat nu discriminatoir of niet?

Volgens de manier waarop de rechtbank nu in mijn beroepszaak heeft geredeneerd, zou zo'n feitelijk, getraptd adoptieverbod voor homoseksuele stellen geen discriminatie zijn, omdat er voor "iedereen" immers dezelfde regel gold: als je met elkaar getrouwd was voor de wet, kwam je in beginsel in aanmerking om kinderen te mogen adopteren, en anders niet. De redenering van de rechtbank is: als de direct van toepassing zijnde formele regels voor iedereen hetzelfde zijn, is er dus geen sprake van discriminatie. De rechtbank zou het argument van het homo-stel dat het op die grond ontzeggen van het recht op adoptie discriminatoir was, dus hebben verworpen, omdat het om een "tweetraps-discriminatie" ging en de rechtbank alleen de eerste, meest directe trap in beschouwing nam ("Zijn jullie getrouwd of niet?"), maar niet de tweede, indirecte trap ("Kunnen homo's eigenlijk wel trouwen?"). Het effect daarvan was wel degelijk discriminatoir (uitgaande van een gelijke geschiktheid van homo's, hetero's etc. voor het opvoeden van kinderen) - en dat is één van de redenen geweest waarom de Nederlandse wet in 2001 is veranderd.

Als het om discriminatie gaat, moet de betekenis worden gehanteerd zoals bedoeld in artikel 14 EVRM en het bijbehorende protocol nr. 12 (waarbij Nederland zich heeft aangesloten). Het discriminatieverbod is een verbod op een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling met betrekking tot "elk in de wet vastgelegd recht". In dit geval gaat het om mijn recht op privacy. Ik heb bij mijn handnavingsverzoeken aan de AP steeds aangegeven dat ik behoor tot de groep "*burgers die hun privacy wensen te behouden, onder andere ook in het openbaar vervoer*". In plaats van te toetsen hoe ik als lid van die groep word behandeld, nemen de AP en de rechtbank een andere groep in beschouwing, namelijk de groep "*OV-reizigers die hun chipkaart aan de balie willen opladen*", en zeggen dan dat de regels voor alle leden van die laatste groep gelijk zijn, en dat er dus geen sprake is van discriminatie. Dat is een afleidingsmanoeuvre om het probleem niet onder ogen te hoeven zien. Het is vergelijkbaar met de absurde stelling dat Rosa Parks in 1955 niet gediscrimineerd werd toen er van haar geëist werd dat ze haar zitplaats in de bus afstond aan een blanke, "*omdat in een volle bus iedereen wel eens moet staan*".¹¹⁵

(3) Het derde argument van de rechtbank gaat over het wegwuiven van het ontbreken van privacy-vriendelijke alternatieven voor contante betaling aan de balie. De rechtbank schrijft:

¹¹⁴ Sinds 1998 kunnen ongehuwd samenwonenden en alleenstaanden ook kinderen adopteren. In 2001 kregen ook paren van gelijk geslacht dit recht. Het aantal gewone adopties door paren van gelijk geslacht en alleenstaanden blijft echter klein, omdat de meeste andere landen deze vormen van adoptie verbieden. Bron: <https://rechtennieuws.nl/12249/vijftig-jaar-adoptiewet-in-nederland/> (geraadpleegd: 5 maart 2020).

¹¹⁵ **Rosa Louise Parks-McCauley** (Tuskegee (Alabama), 4 februari 1913 – Detroit (Michigan), 24 oktober 2005) was een Amerikaans burgerrechtenactiviste. Ze is vooral bekend geworden door haar verzetsdaad in 1955 waarbij ze weigerde haar zitplaats in het voor zwarten gereserveerde deel achterin af te staan aan blanke passagiers. Dit gebeurde toen het voor blanken gereserveerde voorste deel van de bus vol raakte. (Bron: Wikipedia)

Het aantal automaten waar contant kan worden opgeladen is weliswaar beperkt, maar leidt niet tot de conclusie dat sprake is van mogelijke overtreding van de AVG. Verweerder heeft hiernaar dan ook geen nader onderzoek hoeven doen. Deze beroepsgrond slaagt niet.

Met deze tekst motiveert de rechtbank niets, onderbouwt niets, maar doet twee dingen:

In reactie op mijn betoog dat het aantal automaten waar contant kan worden opgeladen, veel te klein is en dat daardoor een onredelijk bezwarende situatie ontstaat voor burgers die met privacy willen reizen, vervangt de rechtbank "*veel te klein aantal*" op puur subjectieve gronden door het eufemistische "*beperkt aantal*". Dat is een woordspelletje. Tjonge, ik wist niet dat rechtspreken zo makkelijk was! Dat kan ik ook, een beetje *framen* en *goochelen* met woorden...

Vervolgens leidt de rechtbank uit dat woordspelletje af dat de aldus gemodificeerde beschrijving "niet leidt tot de conclusie dat er sprake is van mogelijke overtreding van de AVG". Daarmee spant de rechtbank het paard achter de wagen. Als iemand een klacht op grond van de AVG indient, moet het uitgangspunt zijn dat er op dat moment sprake is van een mogelijke overtreding van de AVG, en dat de AP die mogelijkheid voldoende moet onderzoeken. De uitkomst van het eerste onderzoek kan dan zijn dat die mogelijkheid ofwel redelijkerwijs kan worden uitgesloten (dan kan de klacht worden afgewezen), ofwel niet kan worden uitgesloten maar ook nog niet bevestigd (dan moet er nader onderzoek volgen), ofwel wordt bevestigd (dan moet er worden gehandhaafd). Tijdens het onderzoek moet de verwerkingsverantwoordelijke, conform artikel 5 lid 2 AVG, aantonen dat hij voldoet aan de eisen die de AVG stelt, met name de eisen in artikel 5 lid 1 AVG en artikel 6 lid 1 AVG. De rechtbank begrijpt kennelijk zelfs de basis niet van de verhouding die de AVG creëert tussen burger, toezichthouder en verwerkingsverantwoordelijke.

In navolging van de AP probeert de rechtbank op deze manier om de bewijslast inzake de vraag of er wel of niet sprake is van een overtreding, in strijd met artikel 5 lid 2 AVG te verplaatsen naar de betrokkene (de burger die een klacht heeft ingediend), terwijl die bewijslast bij de verwerkingsverantwoordelijke hoort te liggen. Maar ach, de AVG is maar een wet, en papier is geduldig...

Conclusie ten aanzien van dit onderdeel van de uitspraak van de rechtbank

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de rechtbank ook voor wat betreft het onderdeel "servicekosten bij contante betaling aan de balie voor opladen saldo OV-chipkaart", overgaat tot het wegwuiven van mijn argumenten, en niet tot een serieuze beoordeling ervan. Dit is geen rechtspraak, maar het bedienen van machtige partijen zoals NS, de AP en waarschijnlijk vooral de achterliggende ministeries - die NS en de AP niet hardop hoeven te noemen.

7 Conclusies en verzoeken aan de Afdeling Bestuursrechtspraak

7.1 Conclusie: vier aantastingen

Op hoofdpunten samengevat kunnen ten aanzien van de vier onderdelen van de twee rechterlijke uitspraken van 4 februari 2020 (ARN 19 / 2901 en ARN 19 / 3510) die het onderwerp vormen van dit hoger beroep, de volgende conclusies worden getrokken.

Weigering contante betaling in de bus

De rechtbank beschouwt de door vervoerbedrijf Connexion als monopolist eenzijdig opgestelde algemene voorwaarden als een "overeenkomst" in de zin van artikel 6 lid 1 onder b) AVG, en beschouwt zo'n "contract", los van de wijze van totstandkoming of het doel ervan, als een wettelijke grondslag die op zichzelf al een vrijbrief vormt voor welke verwerking van persoonsgegevens ook.

Daarnaast beschouwt de rechtbank de algemeen geformuleerde doelstelling(en) van "(sociale) veiligheid" als voldoende "welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd" om de structurele verwerking van persoonsgegevens van alle OV-reizigers op alle buslijnen in Nederland te rechtvaardigen.

Als dit in rechte standhoudt, vormt dat voor particuliere verwerkingsverantwoordelijken een vrijbrief om over te gaan tot willekeurige, ongebreidelde verwerking van persoonsgegevens, zolang daar maar een algemeen doel als etiket op kan worden geplakt (*aim-washing*).

Dat is niet in overeenstemming met het "hoge, doeltreffende en volledige beschermingsniveau dat artikel 8 EVRM en een in overeenstemming daarmee geïnterpreteerde AVG voor elke EU-lidstaat vereisen. Als de AP en de rechter dit laten gebeuren, zijn de AVG en artikel 8 EVRM niet geloofwaardig meer.

Legitimatie-eis bij teruggave saldo anonieme OV-chipkaart

Pas in de beroepsfase, ter zitting van de rechtbank op 16 december 2020, verschaftte NS duidelijkheid over het doel waarmee legitimatie geëist wordt van mensen die vragen om teruggave van saldo op een anonieme OV-chipkaart. Het doel bleek een vorm van afschrikking te zijn. Zo'n legitimatie-eis raakt het privéleven van mensen (art. 8 EVRM). Uitgaande van ex-tunc-toetsing van het besluit op bezwaar, had de rechtbank dat besluit moeten vernietigen, eventueel met instandlating van de rechtsgevolgen, omdat de AP had verzuimd om NS te vragen naar het doel van die legitimatie-eis, en niet zonder duidelijkheid op dat punt mijn bezwaarschrift had mogen afwijzen.

Ook had de rechtbank duidelijkheid moeten vragen of verschaffen wie de bevoegde toezichthouder is als het gaat om handhaving in geval van onbevoegden die legitimatie eisen. Dat had de rechtbank in zijn uitspraak moeten vermelden, met het oog op mijn rechtszekerheid. Nu heeft de rechtbank willens en wetens de schijn van een gat in de rechtsbescherming laten voortbestaan.

De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat TLS verwerkingsverantwoordelijke zou zijn bij verwerking van persoonsgegevens bij teruggave van saldo (in ieder geval boven € 30,00), en op die onjuiste grond mijn beroep op dat punt buiten beschouwing gelaten en ongegrond verklaard.

Verwerken van persoonsgegevens bij aanschaf internationale treintickets aan de balie

De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat de AP als toezichthouder niet verplicht is om serieuze, concrete aanwijzingen te onderzoeken dat baliepersoneel in afwijking van formeel NS-beleid klanten misleidt ten aanzien van een zogenaamde plicht of noodzaak om persoonsgegevens te laten verwerken bij de aanschaf van door NS verkochte internationale treintickets (van NS of van buitenlandse vervoerbedrijven binnen de EU).

De rechtbank heeft ook ten onrechte geoordeeld dat mijn handhavingsverzoek inzake internationale treintickets "te onbepaald was" waardoor de AP volgens de rechtbank niet hoefde te onderzoeken of er sprake was van onrechtmatige (eisen van) gegevensverwerking voor wat betreft tickets afkomstig van buitenlandse vervoerbedrijven zoals Thalys of Deutsche Bahn.

In mijn handhavingsverzoek heb ik het onderwerp daarvan duidelijk aangegeven. Het had op de weg van de AP gelegen om mij daarover al in de primaire fase nader te bevragen indien de AP het "te onbepaald" achtte. Dat heeft de AP niet gedaan. In plaats daarvan verklaarde de AP zichzelf ten onrechte "onbevoegd" voor wat betreft buitenlandse vervoerbedrijven, en nam van die stellingname niet expliciet afstand, zelfs niet nadat ik in de bezwaarfase had verwezen naar artikelen in de AVG waaruit blijkt dat de AP wel degelijk bevoegd is.

Ook is het niet redelijk om, zoals de AP deed, ervan uit te gaan dat het onderwerp van een handhavingsverzoek beperkt is tot de organisatie die aanvankelijk de verwerkingsverantwoordelijke lijkt te zijn, als tijdens het onderzoek blijkt dat die organisatie handelt in de rol van een verwerker die in opdracht van andere (buitenlandse) verwerkingsverantwoordelijken handelt. In dat geval moet het handhavingsverzoek geacht worden betrekking te hebben op alle organisaties die verantwoordelijkheid dragen voor de betreffende inbreuk op de privacy, dat wil zeggen: alle verwerkingsverantwoordelijken en verwerkers.

Op 20 februari 2020 en een aantal dagen later is gebleken dat bij de verkoop door NS van tickets van vervoerbedrijven Deutsche Bahn en Thalys sinds november 2019 persoonsgegevens worden geëist (naam; of naam en geboortedatum). Dit was voorzienbaar op grond van concrete informatie die ik op 31 januari 2019 kreeg en diezelfde dag in het kader van de bezwaarprocedure doorgaf aan de AP. Ten onrechte heeft de AP die informatie genegeerd bij de heroverweging naar aanleiding van mijn bezwaarschrift, en ten onrechte heeft de rechtbank dat verzuim van de AP ook weer genegeerd in zijn uitspraak ten aanzien van het besluit op bezwaar.

Servicekosten bij contante, privacy-vriendelijke betaling aan de balie

De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat privacy-discriminatie toelaatbaar is in de vorm van het berekenen van service-kosten voor de enige privacy-vriendelijke betalingsmogelijkheid die niet onredelijk bezwarend is. Ook hebben NS, de AP en de rechtbank niet duidelijk gemaakt waarom er voor bepaalde groepen (ouderen, gehandicapten) wel een uitzondering kan worden gemaakt, maar niet voor mensen die belang hechten aan hun privacy.

Ten onrechte is de rechtbank op subjectieve, bagatelliserende wijze voorbij gegaan aan het gebrek aan alternatieve, geschikte betalingsmogelijkheden. Kaartautomaten die bankbiljetten accepteren zijn in andere Europese landen wel voorhanden (o.a. ons buurland Duitsland). Noch NS, noch de AP, noch de rechtbank hebben aannemelijk gemaakt dat dat in Nederland niet zou kunnen.

7.2 Conclusie: sociaal contract of wurgcontract?

In paragraaf 4.1 heb ik hoogleraar Dorien Pessers geciteerd die de rechtsstaat beschrijft als een "utopisch Verlichtingsproject dat bijna driehonderd jaar geleden in de studeerkamer van filosofen als een politiek denkmodel werd ontworpen en vervolgens na revoluties werd ingevoerd in Amerikaanse en West-Europese naties."

Gezien vanuit een meer huis-tuin-en-keuken-perspectief kon de rechtsstaat ontstaan en groeien als gevolg van het feit dat eigenwijze burgers vanaf het eind van de achttiende eeuw niet langer het gezag van rechters als vanzelfsprekendheid accepteerden, zelfs niet als een rechterlijke ambt al generaties in de familie was, of als de rechter een vorst was. Men verlangde rechtspraak met aandacht en respect voor de belangen van gewone burgers. Als de rechtspraak niet aan dat verlangen voldeed, ging men die rechtspraak en de rechters die hem bedreven, bekritisieren.

Ik ben zo'n eigenwijze burger. En wat ik zie, is dat er in het Nederlandse (bestuurs)recht opnieuw een soort ambtsadel ("*noblesse de robe*") is ontstaan die weliswaar niet op grond van biologische afkomst is samengesteld, maar wel in te hoge mate op grond van maatschappelijke klasse en conformiteit, een daaraan te sterk gerelateerd opleidingsniveau en daaraan te sterk gerelateerde sociale connecties. Dat heeft geleid tot een te sterke affiniteit tussen bestuursrechters en het bestuur dat door hen voldoende in toom zou moeten worden gehouden.

Mede als gevolg daarvan is het ongeschreven "sociale contract" tussen bestuur en burgers de afgelopen decennia geleidelijk en stilletjes steeds meer vervangen door iets anders, namelijk wetten, "algemene voorwaarden" en wetsinterpretaties die zijn gemaakt door het bestuur (de overheid, allerlei semi-staatsbedrijven, het "maatschappelijke middenveld" en een aantal zeer invloedrijke grote bedrijven), en die steeds meer het karakter aannemen van een wurgcontract. waarmee het recht van de sterkste opnieuw wordt geïnstitutionaliseerd. Dat gebeurt zeker ook op het gebied van privacy.

Daarom wil ik er hier, in mijn conclusie, op te wijzen dat de wortels van de rechtsstaat nog veel verder teruggaan dan de Verlichting in de achttiende eeuw. Eén van die wortels is het rationalisme en de redelijkheid die in de vijfde eeuw voor Christus opkwamen bij de oude Grieken. Een tweede aanzet waren oud-Romeinse ideeën over burgerschap in combinatie met de uniformering en explicitering van bepaalde wetten. En een derde aanzet ontstond in de vorm van het Christendom, waarin het idee van gelijkheid van alle mensen voor God centraal stond, evenals een ethiek van liefde en dienstbaarheid. Dat betekende het begin van het einde van het recht van de sterkste en van de slavernij, die in de tijd van het Romeinse Rijk nog bijna vanzelfsprekend waren.

Dus als we het ongeschreven "sociale contract" stilletjes vervangen door een netjes in een groot aantal kleine lettertjes vastgelegd wurgcontract, dan is dat in sommige opzichten een nog veel grotere terugval dan die naar drie eeuwen geleden. Het is een terugval naar barbarij die met schijnbaar beschaafde wetsteksten en beschaafd jargon sprekende rechters wordt gecamoufleerd. Het verdedigen van reële privacy is mijn manier om daar als eigenwijze burger tegen op te komen.

Het is natuurlijk niet de eerste terugval, en het zal waarschijnlijk ook niet de laatste zijn. Zo'n tachtig jaar geleden hebben we de culminatie van een vorige, ernstige terugval gezien in de vorm

van het Nazisme, de Tweede Wereldoorlog en de Holocaust. Dat heeft vervolgens een impuls gegeven aan het idee van mensenrechten, inclusief het recht op eerbiediging van het privéleven.

De huidige terugval is subtieler en geleidelijker, en daardoor in sommige opzichten juist gevaarlijker. De afgelopen veertig jaar, vanaf het begin van het nieuwe schooljaar in medio 1980, heb ik die terugval langzaam op gang zien komen, inclusief alle loze geruststellingen en rechtvaardigingen van mensen, om wat er gebeurde maar niet onder ogen te hoeven zien. Vanaf de tweede helft van de jaren tachtig ging het zogenaamd "goed" met onze economie, terwijl ondertussen ons sociale kapitaal en het milieu in de uitverkoop werden gedaan, zonder goede verklaring waarom dat nodig was als we "allemaal steeds rijker" werden. Ook voor mij was er uiteindelijk geen andere keuze, als ik als individu overeind wilde blijven, om enigszins mee te bewegen met die ontwikkeling en mezelf een plek te verwerven in de winkel waar die gigantische uitverkoop gaande was.

Inmiddels is een groot deel van dat sociale tafelzilver en de milieurijkdom verdwenen in de geldpakhuisen en de machtsbolwerken van een kleine elite (ja, ik durf het woord "elite" in de mond te nemen). Nu zijn, in het verlengde daarvan, delen van die elite begonnen aan een nieuwe uitverkoop, namelijk die van ieders individuele privéleven (het wordt voor dat doel eerst geroofd door middel van een combinatie van digitale technieken, propaganda-technieken, "nudging", marktmonopolisering en overheidsmaatregelen). Tegelijk beginnen er tegenkrachten te ontstaan, omdat het steeds meer mensen in de één of andere vorm begint te dagen dat het sociale contract door belangrijke delen van de elite niet meer wordt gehonoreerd en daarmee feitelijk is opgezegd.

Het thans voorliggende hoger-beroepschrift, waarin ik opkom tegen vier aantastingen van mijn privé-sfeer, is een voorbeeld van die tegenkrachten.

Ook steeds meer vooruitziende leden van elites beginnen zich bij die tegenkrachten te voegen, deels uit oprechte bezorgdheid en deels uit welbegrepen eigenbelang met het oog op de langere termijn. Dit heeft bijvoorbeeld bijgedragen aan de totstandkoming van nieuwe privacywetgeving (de AVG) in de Europese Unie.

De vraag is nu tot welk deel van de elite uw Afdeling wil behoren, met name ook als het gaat om privacy. Wilt u behoren tot het vooruitziende deel, of wilt u meewerken aan het camoufleren van het privacy-aantastende wurgcontract terwijl dat door overheden en bedrijven steeds strakker wordt aangetrokken rond de nek van een steeds groter deel van de bevolking?

Dat is in essentie een rechtspolitieke keuze. In mijn beroepschrift van 24 mei 2019 (ARN 19 / 2901; Connexion) heb ik reeds gesproken van rechtspolitieke vragen, en ook in paragraaf 5.3 van dit hoger-beroepschrift. Zo'n rechtspolitieke keuze valt in een rechtsstaat met een scheiding der machten niet af te dwingen, maar kan alleen plaatsvinden door middel van de door Pessers genoemde "zelfbinding", in dit geval zelfbinding van het hoogste bestuursrechtelijke rechtscollege.

Om te illustreren dat het hier gaat om een zeer actuele keuze met praktische implicaties, wil ik tot slot een passage uit een nieuwsbericht citeren dat ik zojuist in *The Guardian* aantrof. In een bericht met de kop "Barnier warns of grave differences between EU and UK in trade talks", wordt gemeld:

He [Barnier] said the UK had informed him that “they do not wish formally to commit to continuing to apply the European convention on human rights, nor do they wish to permit the European court of justice to play its full role in interpreting EU law”.

Barnier said that on issues such as the exchange of personal data, including DNA, the UK’s formal commitment to the convention on human rights and the recognition in any trade deal of the role of the court of justice as the arbiter of EU law was a “must have”.

“This is serious, I say this is grave, because if the United Kingdom’s position does not move it will have an immediate and concrete effect on the level of ambition of our cooperation,” he said.¹¹⁶

Michel Barnier laat zich altijd heel respectvol en diplomatiek uit over zijn onderhandelingspartners. Zonder de pretentie te hebben daar aan te kunnen tippen, wil ik hem parafraseren vanuit mijn positie als gewone burger (muis) ten overstaan van uw Afdeling als hoge vertegenwoordiger van de rechtsstaat (olifant):

"Dit is ernstig, ik zeg dat dit ernstig is, omdat als de positionering van het Nederlandse polderbestuur op het gebied van privacy niet verandert, en artikel 8 EVRM niet serieus wordt genomen, dan zal dat een onmiddellijk en concreet effect hebben op het ambitieniveau van onze samenwerking... Maar even los daarvan: wat stampen wij samen toch lekker, hè?"

116 <https://www.theguardian.com/politics/2020/mar/05/barnier-warns-of-grave-differences-between-eu-and-uk-in-trade-talks> (geraadpleegd 5 maart 2020)

7.3 Verzoek m.b.t. ARN 19 /2901 (de zaak m.b.t. Connexion)

Op grond van het voorgaande, met name paragraaf 5 van dit hoger-beroepschrift, verzoek ik aan uw Afdeling:

- om de uitspraak van de rechtbank te vernietigen;
- om in de motivering van uw uitspraak aan te geven dat algemene voorwaarden die door een regionale monopolist zoals Connexion zijn opgesteld, alleen voldoende zijn om te kunnen dienen als wettelijke grondslag in de zin van artikel 6 lid 1 onder b) AVG indien er is voldaan aan drie voorwaarden, namelijk:
 - a) dat het doel van de gegevensverwerking die in de algemene voorwaarden is opgenomen, aantoonbaar in overeenstemming is met alle criteria van artikel 5 lid 1) AVG, en met name het criterium dat het doel "welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd" moet zijn;
 - b) dat er ofwel sprake is van ondubbelzinnige, vrijwillige instemming van de betrokkene met het contract, ofwel van een objectiveerbare, specifieke, concrete noodzaak van de betreffende gegevensverwerking voor het bereiken of nastreven van het met het contract beoogde welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doel
 - c) dat de verwerkingsverantwoordelijke het onder a) en b) gestelde heeft aangetoond, conform het vereiste in artikel 5 lid 2) AVG;
- om in de motivering van uw uitspraak aan te geven dat een algemeen geformuleerd doel zoals "(sociale) veiligheid" niet voldoet aan de criteria "welbepaald" en "uitdrukkelijk omschreven";
- om in uw motivering aan te geven dat uit een niet-genoemd en niet-gespecificeerd aantal veiligheidsincidenten op niet-genoemde buslijnen in niet specifiek genoemde regio's, geen noodzaak kan worden afgeleid om generiek in alle Nederlandse buslijnen contante betaling te gaan weigeren;
- dat uit het weigeren van contante betaling in de bus als één van 23 maatregelen in een maatregelenpakket dat sinds 2016 is ingevoerd, in combinatie met statistieken uit de periode 2008-2015, geen conclusies vallen te trekken over het effect van de weigering van contante betaling in de bus;
- om in de motivering van uw uitspraak aan te geven dat de AVG moet worden geïnterpreteerd in overeenstemming met artikel 8 EVRM, en dat besluiten van de AP over handhavingsverzoeken getoetst moeten worden aan zowel de AVG als artikel 8 EVRM;
- om de AP als bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van mijn proceskosten (die naar verwachting zullen bestaan uit de door mij in beroep en hoger beroep betaalde griffierechten, alsmede mijn reiskosten naar Den Haag ten behoeve de zitting van uw Afdeling in hoger beroep).

7.4 Verzoek m.b.t. ARN 19 / 3510 (de zaak m.b.t. NS)

Op grond van het voorgaande, met name paragraaf 6 van dit hoger-beroepschrift, verzoek ik aan uw Afdeling:

- om de uitspraak van de rechtbank te vernietigen;
- om aan te geven of de eis van een onbevoegde tot legitimering moet worden gezien als een schending van de eerbiediging van iemands privéleven zoals bedoeld in artikel 8 EVRM;
- om aan te geven bij welke toezichthouder en rechterlijke instanties ik als Nederlandse en Europese burger (rechts)bescherming heb tegen dat soort aantasting van mijn privéleven;
- om in de motivering van uw uitspraak aan te geven dat de AP als toezichthouder, in het licht van de door mij in mijn handhavingsverzoek en op 31 januari 2019 aangeleverde informatie, alsnog het opeisen van persoonsgegevens door de buitenlandse vervoerbedrijven Deutsche Bahn en Thalys moet gaan onderzoeken, in samenwerking met andere nationale toezichthouders, conform de door mij genoemde bepalingen van de AVG;
- om in de motivering van uw uitspraak aan te geven dat de AP met spoed, in overleg met de EDPB (Europees Comité voor Gegevensbescherming, voorheen WP29) aan alle Europese vervoerbedrijven en hun samenwerkingsverbanden moet communiceren dat het ATB-systeem voor het verschaffen van tickets weer beschikbaar moet worden gemaakt en technisch niet ontmanteld mag worden voordat er een privacy-vriendelijk alternatief voorhanden is, dat door de toezichthouders in de EU-lidstaten is goedgekeurd;
- om in de motivering van uw uitspraak aan te geven dat er geen "servicekosten" mogen worden geheven voor laden saldo OV-chipkaart aan de balie zolang er geen privacy-vriendelijk alternatief voorhanden is dat breed beschikbaar en niet onredelijk bezwarend is;
- om in de motivering van uw uitspraak aan te geven dat discriminatie in enige vorm (d.w.z. een onnodig nadelige behandeling) van mensen die hun privacy willen behouden, in strijd is met de bedoeling van artikel 8 EVRM en de AVG - mede gezien het doel om een hoog beschermingsniveau te creëren dat alleen realiseerbaar is door middel van een collectieve infrastructuur en collectieve normen van respect voor (d.w.z. eerbiediging van) ieders privéleven;
- om de AP als bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van mijn proceskosten (die naar verwachting zullen bestaan uit de door mij in beroep en hoger beroep betaalde griffierechten, alsmede mijn reiskosten naar Den Haag ten behoeve de zitting van uw Afdeling in hoger beroep).

7.5 Verzoek om voorlopige voorziening m.b.t. ARN 19/ 3510, onderdeel internationale treintickets

Ik verzoek uw Afdeling, op grond van hetgeen ik naar voren heb gebracht in paragraaf 6.3 (internationale treintickets) om een voorlopige voorziening te treffen die ertoe strekt dat de AP als toezichthouder op grond van de AVG verplicht is onverwijld, maar in ieder geval binnen vier weken na dagtekening van dit hoger-beroepschrift:

- aan alle relevante vervoerbedrijven binnen de EU, maar in ieder geval aan Deutsche Bahn, Thalys en SNCF, bericht te sturen dat de AP een onderzoek start naar de verwerking van persoonsgegevens bij de verkoop van internationale treintickets in Nederland, en aan de betreffende vervoerbedrijven verzoekt de technische infrastructuur ten behoeve van de verstrekking van ATB-treintickets in stand te houden lopende dat onderzoek - dit om te voorkomen dat deze infrastructuur wordt ontmanteld met onomkeerbare of moeilijk omkeerbare gevolgen;
- zo'n onderzoek te starten, naar aanleiding van mijn handhavingsverzoek d.d. 9 juli 2018 en de door uw Afdeling getroffen voorziening. Als tijdens dat onderzoek vervolgens blijkt dat er privacy-vriendelijke alternatieven voorhanden zijn voor het ATB-ticket-systeem, kan de AP eventueel alsnog instemmen met een vervanging van het ATB-systeem door een privacy-vriendelijk alternatief.

Ik wijs er met nadruk op dat het hier gaat om een voorlopige voorziening ten aanzien van een verplichting voor de AP om zonder verder uitstel op te treden als toezichthouder. De voorziening waarom ik verzoek, strekt dus niet tot enige rechtstreekse verplichting voor NS of andere (al dan niet internationale) vervoerbedrijven. Doel van de voorziening zou zijn om het risico van technische onomkeerbaarheid van het privacy-verlies bij aanschaf van internationale tickets te voorkomen indien en voor zover dit nu nog mogelijk is, en te waarborgen dat de AP erop toeziet dat dit ook in de komende periode niet gaat gebeuren, zolang het onderzoek van de AP nog niet is afgerond.

Noot: Door omstandigheden zal ik de eerstkomende weken niet of nauwelijks in de gelegenheid zijn om persoonlijk een zitting van uw Afdeling bij te wonen inzake mijn verzoek om voorlopige voorziening. Ik heb mijn verhinderdata reeds bij uw Afdeling aangeleverd in het kader van twee andere hoger-beroepen die thans bij u in behandeling zijn (uw zaaknummers: 201906880 en 201907478). Ik vertrouw erop dat de motivering in de hoger-beroepschrift voldoende informatie biedt voor uw beoordeling van mijn verzoek.

8 Ingelaste documenten, ondertekening, bijlagen

Het dossier van mijn hoger-beroepschrift dd. 9 oktober 2019 (gemotiveerd 29 oktober 2019; uw zaaknummer: 201907478), inclusief het dossier van mijn daaraan voorafgaande hoger-beroepschrift d.d. 22 september 2016 (uw zaaknummer: 201607123) moet worden geacht te zijn ingelast in en deel uit te maken van het onderhavige hoger-beroepschrift.

Disclaimer

Ik heb dit omvangrijke hoger-beroepschrift geschreven in de periode 8 februari t/m 5 maart 2020. Het is in essentie een eerste versie. Helaas heb ik voorafgaand aan de indieningstermijn door omstandigheden geen tijd om het nogmaals door te nemen. Ik bied alvast mijn excuses aan voor eventuele fouten, lacunes of andere onvolkomenheden, maar vertrouw erop dat uw Afdeling daar doorheen zult lezen.

Met vriendelijke groet,

Michiel Jonker

Bijlagen:

- 1 "Privacy, vrijheid en diftar (4)": inbreng Jonker d.d. 2 september 2019 voor gemeenteraadsvergadering Arnhem d.d. 4 september 2019 (hierin ga ik in op de autoritaire benadering van de gemeente Arnhem met betrekking tot afvalscheiding - zie paragraaf 3 van dit hoger-beroepschrift. Omdat de zoekfunctie van de gemeentelijke website (het bestuursinformatiesysteem "ibabs") bij het intypen van mijn naam sommige door mij aan de gemeenteraad toegestuurde documenten niet toont, heb ik het hier voor uw Afdeling bijgevoegd).
- 2 Pleitnota Michiel Jonker d.d. 20 augustus 2019 (zaaknr's ARN 18/546 en ARN 18/1487)
- 3 Michiel Jonker, *OV-data-jacht: op weg met surveillance corporatism* (7 oktober 2019)
- 4 Pleitnota Michiel Jonker d.d. 16 december 2019 (zaaknr's. ARN 19/2901 en ARN 19/3510)
- 5 Nieuwsbericht in *De Gelderlander*, 3 maart 2020, inzake "OV-ambassadeurs" en gespreksverslag plus info website "Ervaar het OV"

Versiebeheer: 13 maart 2020 na correctie van: geconstateerde typefouten in hoofdtekst en voetnoten; errata in voetnoten; ontbrekende datum en zaaknummer in paragraaf 8)