

Analyse van beslissing EHRM, verzonden 8-9-2022, m.b.t. privacy in het OV

Zaaknummer EHRM: 12782/22 (Jonker v. Netherlands; privacy in public transport)

Door Michiel Jonker
30 september 2022

Inhoudsopgave:

- 1 Tekst beslissing EHRM (ECHR) tot niet-ontvankelijkheid
- 2 Tekst van de jurisprudentie waarnaar in de beslissing wordt verwezen
- 3 Tekst van artikelen 34 en 35 EVRM
- 4 Analyse
 - 4.1 Ontvankelijkheidscriteria artikel 34 en 35 EVRM
 - 4.2 Is er sprake van een "in wezen gelijke zaak"?
 - 4.3 Welke overeenkomsten zijn er tussen de eerdere zaken en de onderhavige zaak? (zeven hypothesen)
 - 4.4 Hypothese (8): het EHRM gelooft in "het contractrecht van de sterkste"
 - 4.5 Hypothese (9): geen positieve verplichting, wel margin of appreciation; bedrijfsbelang opgevat als "collectief" belang
 - 4.6 Hypothese (10): pragmatische onverschilligheid van het EHRM
 - 4.7 Conclusie ten aanzien van de beslissing van het EHRM: rechteloosheid
- 5 Voorbij wet en recht
 - 5.1 Overgangsgebied tussen recht naar rechteloosheid
 - 5.2 Voorbij wet en recht - menselijkheid en onmenselijkheid

1. Tekst beslissing EHRM (ECHR)

ECHR-LE11.00R 08/09/2022
ALD/RJO/msh

Application no. 12782/22
Jonker v. the Netherlands

The European Court of Human Rights, sitting in a single-judge formation, decided to declare the application referred to above inadmissible.

Please find enclosed the decision reached by the Court.

This decision is final and is not subject to appeal, whether this be to a Committee, a Chamber or the Grand Chamber. Consequently, no further correspondence will be sent by the Court in connection with this case. In accordance with the Court's archiving practice, the file will be kept no longer than one year after the date of the decision.

The Registry of the European Court of Human Rights

DECISION

CASE OF JONKER v. THE NETHERLANDS

(Application no. 12782/22)
introduced on 25 February 2022

The European Court of Human Rights, sitting on 1 September 2022 in a single-judge formation pursuant to Articles 24 § 2 and 27 of the Convention, has examined the application as submitted.

The Court, relying on its case-law (see, in particular, *Bărbulescu v. Romania* [GC], no. 61496/08, § 112, 5 September 2017, and *López Ribalda and Others v. Spain* [GC], nos. 1874/13 and 8567/13, §§ 116-17 and 122, 17 October 2019), finds in the light of all the material in its possession and in so far as the matters complained of are within its competence, that they do not disclose any appearance of a violation of the rights and freedoms set out in the Convention or the Protocols thereto and that the admissibility criteria set out in Articles 34 and 35 of the Convention have not been met.

The Court *declares* the application inadmissible.

Davor Derenčinović
Judge

2. Tekst van de jurisprudentie waarnaar in de beslissing wordt verwezen

Barbulescu v. Romania [GC] no. 61496/08, §112 (5 Sept. 2017)

112. While the boundaries between the State's positive and negative obligations under the Convention do not lend themselves to precise definition, the applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (see *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. [28955/06](#) and 3 others, § 62, ECHR 2011).

López Ribaldo and Others v. Spain [GC] no's 1874/13 and 8567/13, §§116-17 and 122 (17 Oct. 2019)

116. The Court is of the view that the principles established in the *Bărbulescu* judgment, a number of which came from the decision in *Köpke*, which concerned facts that were similar to those in the present case, are transposable, *mutatis mutandis*, to the circumstances in which an employer may implement video-surveillance measures in the workplace. These criteria must be applied taking into account the specificity of the employment relations and the development of new technologies, which may enable measures to be taken that are increasingly intrusive in the private life of employees. In that context, in order to ensure the proportionality of video-surveillance measures in the workplace, the domestic courts should take account of the following factors when they weigh up the various competing interests:

(i) Whether the employee has been notified of the possibility of video-surveillance measures being adopted by the employer and of the implementation of such measures. While in practice employees may be notified in various ways, depending on the particular factual circumstances of each case, the notification should normally be clear about the nature of the monitoring and be given prior to implementation.

(ii) The extent of the monitoring by the employer and the degree of intrusion into the employee's privacy. In this connection, the level of privacy in the area being monitored should be taken into account, together with any limitations in time and space and the number of people who have access to the results.

(iii) Whether the employer has provided legitimate reasons to justify monitoring and the extent thereof. The more intrusive the monitoring, the weightier the justification that will be required.

(iv) Whether it would have been possible to set up a monitoring system based on less intrusive methods and measures. In this connection, there should be an assessment in the light of the particular circumstances of each case as to whether the aim pursued by the employer could have been achieved through a lesser degree of interference with the employee's privacy.

(v) The consequences of the monitoring for the employee subjected to it. Account should be taken, in particular, of the use made by the employer of the results of the monitoring and whether such results have been used to achieve the stated aim of the measure.

(vi) Whether the employee has been provided with appropriate safeguards, especially where the employer's monitoring operations are of an intrusive nature. Such safeguards may take the form, among others, of the provision of information to the employees concerned or the staff representatives as to the installation and extent of the monitoring, a declaration of such a measure to an independent body or the possibility of making a complaint.

117. The Court will thus ascertain in the present case whether the domestic law, and in particular its application by the employment courts which examined the applicants' cases, provided sufficient protection, in weighing up the competing interests, of their right to respect for their private life.

(...)

122. The Court would begin by noting that the employment courts identified the various interests at stake, referring expressly to the applicants' right to respect for their private life and the balance to be struck between that right and the employer's interest in ensuring the smooth running of the company by exercising its management powers. It will thus ascertain how those courts took into account the factors listed above when they weighed up these interests.

3. Tekst van artikelen 34 en 35 EVRM

ARTIKEL 34

Individuele verzoekschriften

Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat. De Hoge Verdragsluitende Partijen verplichten zich ertoe de doeltreffende uitoefening van dit recht op generlei wijze te belemmeren.

ARTIKEL 35

Voorwaarden voor ontvankelijkheid

1. Het Hof kan een zaak pas in behandeling nemen nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, overeenkomstig de algemeen erkende regels van internationaal recht, en binnen een termijn van vier maanden na de datum van de definitieve nationale beslissing.
2. Het Hof behandelt geen enkel individueel verzoekschrift, ingediend op grond van artikel 34, dat
 - (a) anoniem is; of
 - (b) in wezen gelijk is aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht of reeds aan een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling is voorgelegd en geen nieuwe feiten bevat.
3. Het Hof verklaart elk individueel verzoekschrift, ingediend op grond van artikel 34, niet ontvankelijk, wanneer het van oordeel is dat:
 - (a) het verzoekschrift niet verenigbaar is met de bepalingen van het Verdrag of de Protocollen daarbij, kennelijk ongegrond is of een misbruik betekent van het recht tot het indienen van een verzoekschrift; of
 - (b) de verzoeker geen wezenlijk nadeel heeft geleden, tenzij de eerbiediging van de in het Verdrag en de Protocollen daarbij omschreven rechten van de mens noopt tot onderzoek van het verzoekschrift naar de gegrondheid ervan.
4. Het Hof verwerpt elk verzoekschrift dat het ingevolge dit artikel als niet ontvankelijk beschouwt. Dit kan het in elk stadium van de procedure doen.

4. Analyse

De motivering van de beslissing van het EHRM moet geacht worden tot doel te hebben om duidelijk te maken waarom het EHRM heeft besloten tot niet-ontvankelijkheidsverklaring van het verzoekschrift van Jonker.

4.1 Ontvankelijkheidscriteria artikel 34 en 35 EVRM

In de motivering wordt verwezen naar de ontvankelijkheidscriteria in artikelen 34 en 35 van het Verdrag (het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens, EVRM).

Jonker voldoet aan de het ontvankelijkheids criterium in **artikel 34**, omdat hij een natuurlijke persoon is die beweert slachtoffer te zijn van een aantal besluiten van de Nederlandse privacy-toezichthouder Autoriteit Persoonsgegevens (AP). Deze toezichthouder moet geacht worden deel uit te maken van de Nederlandse staat als verdragsluitende partij.

De betreffende besluiten van de AP strekken tot een weigering van de AP om onderzoek te doen naar en handhavend op te treden ten aanzien van door Jonker gemelde inbreuken op zijn privacy, die volgens Jonker onrechtmatig zijn. Jonker heeft in zijn handhavingsverzoeken (klachten) aan de AP verwezen naar nationale privacy-wetgeving (Wbp), Europese regelgeving (AVG) en artikelen 8 en 14 EVRM.

Jonker voldoet ook aan het ontvankelijkheids criterium in **artikel 35 lid 1**, want hij heeft alle nationale rechtsmiddelen uitgeput en zijn verzoekschrift binnen vier maanden daarna ingediend bij het EHRM.

Jonker voldoet aan het ontvankelijkheids criterium in **artikel 35 lid 2 onder (a)**, want hij heeft zijn verzoekschrift onder zijn eigen naam ingediend

Of Jonker voldoet aan het ontvankelijkheids criterium in **artikel 35 lid 2 onder (b)**, hangt af van de vraag of de door hem naar voren gebrachte zaak *"in wezen gelijk is aan een zaak die reeds eerder door het Hof is onderzocht of reeds aan een andere internationale instantie voor onderzoek of regeling is voorgelegd en geen nieuwe feiten bevat."* Mogelijk doelt het EHRM hierop wanneer in de beslissing wordt verwezen naar jurisprudentie over twee eerdere rechtszaken. Als dit zo is, en het EHRM die eerdere zaken "in wezen gelijk" acht aan de onderhavige zaak, dan was dit in een fatsoenlijke motivering **op zijn minst expliciet vermeld, en vervolgens op enige wijze onderbouwd**. Het verzuim van het EHRM om dit te doen (indien dit inderdaad de grond was voor niet-ontvankelijkheidsverklaring) toont **minachting voor de rechtzoekende en voor het principe van kenbaarheid van het recht**.

Hoe dat ook zij, ik zal op deze mogelijke grond voor niet-ontvankelijkheid verderop in deze analyse nader ingaan.

Jonker voldoet aan het **eerste ontvankelijkheids criterium van artikel 35 lid 3 onder (a)**, omdat zijn verzoekschrift verenigbaar is met de bepalingen van het Verdrag en de Protocollen, zoals uiteengezet in het verzoekschrift.

Jonker moet ook geacht worden te voldoen aan het **tweede en het derde ontvankelijkheids-criterium van artikel 35 lid 3 onder (a)**, omdat het in de rede had gelegen dat het EHRM expliciet zou hebben vermeld als Jonkers verzoekschrift "kennelijk ongegrond" was of "misbruik betekent van het recht tot indienen van het verzoekschrift".

Jonker voldoet aan het ontvankelijkheids criterium in **artikel 35 lid 3 onder (b)** omdat hij schade heeft geleden en nog steeds lijdt in de vorm van (1) aantastingen van zijn privacy als deelnemer aan het openbaar vervoer, en (2) discriminatie als gevolg van prijsverhogingen die hij moet betalen wanneer hij als gebruiker van het openbaar vervoer kiest voor (zoveel mogelijk) behoud van zijn privacy.

Het EHRM heeft **niet** aangegeven dat enige vorm van ontbreken van schade een reden zou zijn voor niet-ontvankelijkheidsverklaring van Jonkers verzoekschrift, laat staan dat het EHRM iets dergelijks op enige wijze onderbouwt.

Conclusie: hoewel het EHRM niet de moeite neemt het duidelijk aan te geven, heeft het er bij ontbreken van andere plausibele mogelijkheden de schijn van dat het EHRM Jonkers verzoekschrift niet-ontvankelijk heeft verklaard op grond van **artikel 35 lid 2 onder (b)** van het Verdrag, namelijk dat Jonkers verzoekschrift gaat over een zaak die "in wezen gelijk" zou zijn aan eerdere zaken waarover het EHRM ooit al uitspraak heeft gedaan.

Het EHRM geeft Jonker **geen gelegenheid om gronden naar voren te brengen** waarom het in de onderhavige casus gaat om een in wezen **niet** gelijke zaak. Door dit niet te doen alvorens te beslissen tot niet-ontvankelijkheid, in de wetenschap dat Jonker daarna in rechte niet meer kan opkomen tegen deze beslissing en dus ook na afloop in rechte geen argumenten meer naar voren kan brengen, toont het EHRM aan **minachting te hebben voor een eerlijke rechtspleging** en zelf in strijd te handelen met het grondbeginsel van "eerlijke" behandeling van een zaak, dat nota bene is opgenomen in artikel 6 van het EVRM zelf.

Als de allerhoogste rechterlijke instantie weigert aan eerlijke rechtspleging te doen, rest een rechtzoekende niets anders dan zijn zaak voorleggen aan het grote publiek, zodat de ware aard van die rechterlijke instantie en/of het rechtssysteem beter zichtbaar wordt. Daarom zal ik mijn analyse van de beslissing van het EHRM hieronder voortzetten.

4.2 Is er sprake van een "in wezen gelijke zaak"?

De kennelijke aanname van het EHRM dat de door Jonker naar voren gebrachte zaak "in wezen gelijk" is aan de twee zaken waarnaar het EHRM in zijn beslissing verwijst, is onjuist en zelfs bizar.

In het ene geval (*Bărbulescu v. Romania*) ging het om privé-activiteiten die een werknemer in werktijd verrichte, met gebruikmaking van communicatiemiddelen v.d. werkgever (een werknemer die een berichtenfaciliteit van de werkgever gebruikte om met zijn verloofde intiem te communiceren), waarbij de werkgever die communicatie heimelijk monitorde. In het andere geval (*López Ribaldo and Others v. Spain*) ging het om vijf werknemers in een supermarkt die diefstal pleegden, hetgeen de werkgever monitorde met geheime bewakingscamera's.

In beide gevallen vochten de werknemers hun daaropvolgende ontslag aan omdat hun ontslag volgens hen op niet-eerlijke ("unfair") gronden had plaatsgevonden, omdat de werkgever hen niet tijdig op de hoogte had gesteld dat er (geheime, extra) monitoring plaatsvond.

Tussen de zaken vallen ten minste negen wezenlijke verschillen te constateren:

- (1) De door Jonker naar voren gebrachte zaak m.b.t. tot privacy in het OV heeft betrekking op de privacy van reizigers die als **privé-personen** op reis zijn. Jonker heeft in zijn verzoekschrift nadrukkelijk aangegeven, met verwijzing naar jurisprudentie, dat de **privésfeer** van reizigers ook de informatie over tijdstippen van hun individuele reizen en reisdoelen omvat.

De eerdere zaken waarnaar het EHRM verwijst, hebben betrekking op de privacy van **werknemers** tijdens het verrichten van werkzaamheden in hun werktijd. Hun privésfeer strekt zich **niet** uit tot het verrichten van deze werkzaamheden - de werkgever mag controleren of zij hun werkzaamheden naar behoren verrichten en tijdens werktijd niet verzuimen deze werkzaamheden uit te voeren.

- (2) De **relatie** tussen **reizigers en de het vervoerbedrijf** dat hun privacy dient te respecteren, is een wezenlijk andere dan die tussen **werknemers en een werkgever** die hun privacy dient te respecteren. In de relatie tussen een klant en een leverancier, beperkt de uitwisseling zich tot het doen van een betaling door een klant, in ruil waarvoor de leverancier een product of dienst levert.
 - De leverancier mag alleen een inbreuk maken op de privacy van de klant voor zover dat nodig is voor het leveren van de overeengekomen producten of diensten. In het geval van een reiziger die gebruik maakt van het openbaar vervoer, is het **niet** nodig om de persoonlijke reisgegevens van een reiziger (d.w.z. aan diens persoon gerelateerde tijdstippen en reisroutes) te verwerken. Die noodzaak kan pas ontstaan als de reiziger meer diensten geleverd **wil** krijgen, bijvoorbeeld "reisadviezen van deur tot deur" van de kant van het vervoerbedrijf.

In de relatie tussen een **werknemer en werkgever** is sprake van een complexere relatie, waarin enerzijds de werkgever betaalt in ruil voor het leveren van een dienst door de werknemer, terwijl anderzijds de werkgever al **tijdens het leveren van die dienst controleert en stuurt hoe die dienst wordt geleverd**. Dit laatste vereist inzicht in het gedrag

van de werknemer tijdens werktijd, voor zover zulk inzicht noodzakelijk is voor een adequate beoordeling van de manier van werken van de werknemer en van de resultaten van die manier van werken. Het verwerken van persoonsgegevens ten behoeve van zulk inzicht is gerechtvaardigd om drie redenen:

- de uitvoering van werkzaamheden door de werknemer behoort **niet** tot diens privésfeer;
- tijdens de uitvoering van werkzaamheden is de privésfeer van de werknemer in beginsel beperkt tot zijn eigen lichaam en geest, en strekt zich **niet** uit tot de omgeving of de omstandigheden waarin hij werkt, de tijdstippen waarop hij werkt of de doelen waarvoor hij werkt.
- indien er een gereede **verdenking** ontstaat dat de werknemer in een concreet geval fraudeert of op andere wijze regels overtreedt, **ontstaat er voor de werkgever een gerechtvaardigd belang** om een inbreuk op de privésfeer van de werknemer te maken voor zover dat nodig is om te achterhalen of die verdenking terecht is. De werkgever mag bijvoorbeeld bepaalde camera-beelden bekijken om erachter te komen of een werknemer eigendom van de werkgever steelt. Ook dan bestaan er echter nog bepaalde beperkingen aan de toelaatbaarheid van een inbreuk op de privésfeer van de werknemer. Een werkgever mag zich bijvoorbeeld niet eigenhandig toegang verschaffen tot de anus van een werknemer om te controleren of die daarin iets verstopt heeft. Een dergelijke controle kan alleen plaatsvinden na tussenkomst van de overheid, waarbij opsporingsautoriteiten na een juridische toets toestemming krijgen om dergelijk onderzoek te doen.

- (3) Een **arbeidscontract** tussen een werkgever en een werknemer komt op een wezenlijk andere manier tot stand dan de algemene voorwaarden die een vervoerbedrijf eenzijdig opstelt en waarop een OV-reiziger geen enkele invloed kan uitoefenen. Bij een arbeidscontract is er, althans in een democratische samenleving, sprake van een **vrije wilsuiting** van twee partijen die beiden ook een handtekening zetten. Om die reden kan er bij een arbeidscontract ook sprake zijn van een wilsgebrek dat het contract ongeldig maakt.

Bij het **kopen van een vervoerbewijs** is daarentegen sprake van een **noodgedwongen berusting** van een klant in de eenzijdig opgelegde voorwaarden van een partij die als monopolist op bepaalde routes beschikt over overmacht. Een eventueel wilsgebrek van de kant van de klant (de reiziger) maakt de transactie niet ongeldig, maar wordt van geen enkel belang geacht voor de geldigheid van het vervoerbewijs.

- (4) Openbaar vervoer is een **publieke dienst (een publieke nutsfunctie)** waarvan vele burgers afhankelijk zijn om **maatschappelijk te kunnen participeren**. Dit is van belang met het oog op het vereiste in artikel 8 lid 2 EVRM waarin staat dat er alleen een inbreuk mag worden gemaakt op het privéleven van mensen voor zover dat in een democratische samenleving noodzakelijk is. Zonder de mogelijkheid van iedereen om maatschappelijk vrij te kunnen participeren, kan een democratische samenleving niet bestaan. Daarom is in het openbaar vervoer juist het behoud van de privacy van reizigers noodzakelijk, met het oog op het behoud van de democratische samenleving.

Het verschaffen van werk door een willekeurige werkgever aan specifieke werknemers is daarentegen geen publieke dienst, maar een **particuliere activiteit**. Het staat zo'n

werkgever op ieder moment vrij zijn activiteit te beëindigen, juist ook in een democratische samenleving. Anders dan in het geval van het openbaar vervoer, kan van een willekeurige werkgever niet gevergd worden dat hij het belang van het behoud van een democratische samenleving voorop stelt. Een werkgever mag, binnen de grenzen van de wet, zijn eigen particuliere belang voorop stellen.

Dit verschil komt bijvoorbeeld tot uiting in de mogelijkheid van een particuliere werkgever om als wettelijke grondslag voor gegevens verwerking artikel 6 lid 1 onder f op te voeren, terwijl dat niet is toegestaan aan overheden. Ook de beoordeling of de wettelijke grondslag van artikel 6 lid 1 onder a AVG (vrijwillige instemming) van toepassing is, wordt in het geval van overheden anders beoordeeld dan in het geval van particuliere verwerkingsverantwoordelijken, omdat er bij overheden immers vaak sprake is van een machtspositie ten aanzien van burgers die de mogelijkheid van "ondubbelzinnig" vrijwillige instemming uitsluit. Diezelfde positie van overmacht bekleden openbaar-vervoer-bedrijven ten opzichte van burgers. Dat maakt de door Jonker in zijn verzoekschrift naar voren gebrachte zaak wezenlijk verschillend van de eerdere zaken waarnaar het EVRM verwijst. Er moet sprake zijn van een wezenlijk andere belangafweging.

- (5) De werkzaamheden van de betreffende werknemers vonden plaats op **terrein** dat het eigendom was van hun particuliere werkgever, namelijk in een gebouw van hun werkgever.

De reizen van OV-gebruikers vinden deels plaats op **openbaar en semi-openbaar terrein**. Het hoofdrailnet van Nederland is bijvoorbeeld in eigendom van de staat (via Pro-Rail), en zelfs Nederlandse Spoorwegen (NS) is voor 100% eigendom van de staat. Voorafgaand aan de pseudo-"privatisering" van NS waren de stations ondubbelzinnig openbaar terrein. De zeggenschap over het terrein waar personen zich bevinden, heeft een wezenlijke invloed op de voorwaarden waaronder er inbreuk mag worden gemaakt op de privésfeer van reizigers - als Nederlandse en internationale rechters zich althans iets gelegen zouden laten liggen aan de AVG en artikel 8 EVRM. Zie ook het voorafgaande punt (4).

- (6) In de door Jonker in zijn verzoekschrift naar voren gebrachte zaak, gaat het om de privacy van alleen al in de EU **honderden miljoenen burgers**, die jaarlijkse **miljarden keren** van het OV gebruik maken. Dat de eerdere zaken waarnaar het hof verwijst ging het om één, respectievelijk vijf werknemers die in twee specifieke gevallen door hun respectieve werkgevers van ongeoorloofd gedrag werden verdacht. Dit verschil in aantal is zo groot, dat het niet meer als louter een kwantitatief verschil kan worden gezien, maar moet worden beschouwd als een wezenlijk verschil.
- (7) In Jonkers verzoekschrift doet hij ook een beroep op artikel 14 EVRM inzake het verbod op **discriminatie**. Het gaat dan om discriminatie van mensen die waar mogelijk met behoud van hun privacy reizen, en die als gevolg daarvan nadelig behandeld worden door vervoerbedrijven. Zij moeten een hogere prijs voor tickets betalen en krijgen bij vertraging geen compensatie, tenzij zij alsnog persoonsgegevens afstaan en daarmee hun privacy verliezen.

In de eerdere zaken waar het EHRM naar verwijst, was discriminatie **niet aan de orde**. In zijn huidige beslissing zwijgt het EHRM volledig over het aspect discriminatie.

- (8) De **soorten persoonsgegevens** die worden verwerkt, verschillen van elkaar. In de eerdere zaken gaat het om berichtenverkeer van een betrokkene en om video-beelden van betrokkenen terwijl zij spullen van hun werkgever stalen. In Jonkers zaak gaat het om informatie over reistijden en reisroutes van betrokkene.
- (9) De **doelen waarmee persoonsgegevens worden verwerkt**, verschillen van elkaar. In de eerdere zaken gaat het om het controleren van gedrag van werknemers. In de door Jonker naar voren gebrachte zaak zijn door verwerkingsverantwoordelijken wisselende doelen naar voren gebracht, bijvoorbeeld registratie van betaaltransacties en (sociale) veiligheid.

Samengevat in tabelvorm:

Zaak privacy reizigers in het OV	Zaken privacy werknemers in werktijd
1. Privé-personen in privé-tijd	Werknemers in werktijd
2. Relatie reiziger/klant met vervoerbedrijf	Relatie werknemer met werkgever
3. Algemene voorwaarden vervoerbedrijf	Arbeidscontract tussen werknemer en werkgever
4. Openbaar vervoer als publieke nutsfunctie	Particuliere bedrijfsactiviteit van een werkgever
5. Openbaar / semi-openbaar terrein	Particulier terrein van de werkgever
6. Miljoenen reizigers, miljarden reisbewegingen	Vier van overtreding verdachte werknemers
7. Discriminatie mensen die vasthouden aan privacy	Geen sprake van enige (klacht over) discriminatie
8. Soort gegevens: reistijden, reisroutes	Soort gegevens: berichtenverkeer, video-beelden
9. Doel: registratie transacties	Doel: controle gedrag werknemers

Op grond van deze negen verschillen moet geconstateerd worden dat het op wezenlijke punten om verschillende zaken gaat die van de verwerkingsverantwoordelijken, de nationale toezichthouder(s) en de lagere rechters **wezenlijk verschillende soorten belangenafweging vereisen**.

Door zijn weigering om te onderkennen dat hier sprake is van zeer verschillende situaties die, in het licht van artikel 8 EVRM, een wezenlijk verschillende belangenafweging vereisen door zowel de nationale toezichthouder(s) als door rechters, diskwalificeert het EHRM zichzelf als hoeder van artikel 8 EVRM, dat beoogt de eerbiediging van het privéleven van mensen te waarborgen.

Zonder een deugdelijke inventarisatie van de betrokken belangen (publieke belangen, de belangen van betrokkenen en de belangen van verwerkingsverantwoordelijken) kan de door artikel 8 EVRM vereiste belangenafweging niet plaatsvinden.

Door het verzoekschrift van Jonker niet-ontvankelijk te verklaren, maakt het EHRM de vereiste, rechterlijke beoordeling of er door de verwerkingsverantwoordelijken, de toezichthouder of lagere rechters een deugdelijke belangenafweging heeft plaatsgevonden, onmogelijk.

Daarnaast maakt het EHRM op deze wijze voor Jonker, en daarmee voor honderden miljoenen Europese reizigers, onmogelijk om op dit punt m.b.t. artikel 8 EVRM rechtszekerheid te krijgen.

4.3 Welke overeenkomsten zijn er tussen de eerdere zaken en de onderhavige zaak?

Hoewel de beslissing van het EHRM summier en allerminst transparant is gemotiveerd, doe ik in deze analyse een poging om te doorgronden waarom het EHRM (voor zover uit die motivering tentatief valt op te maken) lijkt te denken dat het om een zaak ging die **"in wezen gelijk"** was aan de twee genoemde, eerdere zaken. Met andere woorden, welke mogelijke overeenkomsten tussen de verschillende zaken leidden ertoe dat het EHRM de verschillen tussen die zaken wenste te negeren - om zo tot niet-ontvankelijkheid van Jonkers verzoekschrift te kunnen beslissen?

Het EHRM zegt in de motivering van zijn beslissing geen woord over enige mogelijke overeenkomst, en faalt daarmee in zijn plicht om zorg te dragen voor kenbaar recht.

Bij gebrek aan een adequate motivering van de kant van het EHRM, rest mij in deze analyse niets anders dan zelf enkele hypothesen te opperen ten aanzien van door het EHRM mogelijk waargenomen overeenkomsten tussen de eerdere zaken en de onderhavige zaak:

- (1) Een eerste hypothese is dat het EHRM een wezenlijke overeenkomst ziet in het feit dat de rechtzoekenden zowel in de eerdere zaken als in de door Jonker naar voren gebrachte zaak klagen over **een schending van hun privacy**. Als dit de gedachtengang van het EHRM is, dan zou het EHRM daarmee **alle zaken die over privacy gaan "in wezen gelijk"** vinden. In dat geval zou het EHRM blijk geven van een enorme minachting ten aanzien van het belang van privacy in het algemeen. Het zou betekenen dat het EHRM in feite zou zeggen: "Wij hebben al één keer een beroep op het recht op privacy afgewezen, kom ons nu niet voor de tweede keer lastig vallen met alweer een beroep op dat recht."

Dit klinkt absurd, en dat zou het ook zijn als deze hypothese klopt. Maar het EHRM moet op zijn minst één aspect van een zaak als "wezenlijk" beschouwen, anders zou het EHRM niet kunnen spreken van zaken die "in wezen gelijk" zijn. Als dat wezenlijke aspect niet het feit van een "klacht over privacyschending" als zodanig is, wat is dat aspect dan wel?

- (2) Een tweede mogelijkheid is dat het EHRM een overeenkomst ziet in het feit het in alle drie zaken ging om een verwerking van persoonsgegevens waarmee de betrokkenen niet zelf hadden ingestemd, en waarover de betrokkenen meenden **niet, niet eerlijk of niet tijdig te zijn geïnformeerd**. Dit aspect komt aan de orde in de jurisprudentie waar het EHRM naar verwijst, namelijk §116 in zijn uitspraak in de zaak López Ribaldo and Others v. Spain:

116. (...) In that context, in order to ensure the proportionality of video-surveillance measures in the workplace, the domestic courts should take account of the following factors when they weigh up the various competing interests:

- (i) Whether the employee has been notified of the possibility of video-surveillance measures being adopted by the employer and of the implementation of such measures. While in practice employees may be notified in various ways, depending on the particular factual circumstances of each case, the notification should normally be clear about the nature of the monitoring and be given prior to implementation.

Het probleem met deze hypothese is dat het EHRM op geen enkele wijze duidelijk maakt waarom een belangenafweging over video-bewaking op de werkplek hetzelfde zou moeten uitvallen als een belangenafweging over het registreren van de reistijden en reisroutes van reizigers in het OV. Neemt het EHRM simpelweg aan dat, omdat video-bewaking in een bepaalde "context" toelaatbaar geacht mocht worden, het registreren van privé-reistijden en -reisroutes in een geheel andere context **dus** ook toelaatbaar geacht mag worden?

Dat is zoiets als stellen dat, omdat het voor persoon A toelaatbaar was om in de context van zelfverdediging geweld te gebruiken tegen iemand die haar wilde verkrachten, het **dus** ook toelaatbaar is voor persoon B om in de context van een sterk lustgevoelen geweld te gebruiken om iemand uit te schakelen die zich verzet tegen zijn poging haar te verkrachten. **Als** dit het niveau is van de logica van het hoogste Europese mensenrechtenhof, dan kunnen we het idee dat er in Europa sprake is van "the rule of law", maar beter zo snel mogelijk zien voor wat het in dat geval is: boerenbedrog.

- (3) Een derde mogelijkheid is dat het EHRM meent dat er sprake is van een "in wezen gelijke" zaak omdat er in alle drie de zaken sprake is van een **klacht over de mate waarin er een inbreuk wordt gemaakt op privacy**, in relatie tot het niveau van privacy in de ruimte die wordt gemonitord en in relatie tot het aantal mensen die toegang hebben tot de data ("the results"). Dit kwam aan de orde in de eerder genoemde §116 onder punt (ii):

116. (...) should take account of the following factors when they weigh up the various competing interests: (ii) The extent of the monitoring by the employer and the degree of intrusion into the employee's privacy. In this connection, the level of privacy in the area being monitored should be taken into account, together with any limitations in time and space and the number of people who have access to the results.

Deze hypothese kampt met ten minste drie problemen. Ten eerste gaat het om twee kwalitatief heel **verschillende, incommensurabele inbreuken op de privacy**. In het geval van *Lópes Ribaldo v. Spain* gaat het om een fysieke ruimte waarop video-camera's stonden gericht die beelden opnemen van werknemers. In het geval van *Jonker v. Netherlands* gaat het om geautomatiseerde registratie van reisdata die o.a. via betaalautomaten en toegangspoortjes op zeer verschillende locaties worden verzameld en betrekking hebben op reizigers.

Om de "mate van inbreuk" in de door Jonker naar voren gebrachte zaak zelfs maar feitelijk te kunnen bepalen (nog los van een normatieve beoordeling daarvan), zou het nodig zijn de door Jonker geschetste situatie op zijn eigen merites te beoordelen. Dat lijkt de EHRM in het geheel niet te hebben gedaan. In plaats daarvan lijkt het EHRM simpelweg te hebben aangenomen dat er sprake is van een gelijksoortige situatie en een gelijksoortige inbreuk, terwijl dat manifest niet het geval is. Op deze manier kan de "mate van inbreuk" niet op geloofwaardige wijze worden vastgesteld, laat staan dat die kan worden vergeleken met de "mate van inbreuk" in de casus *Lópes Ribaldo v. Spain*.

Het tweede, samenhangende probleem dat deze hypothese oproept, is dat er in *Lópes Ribaldo v. Spain* gesproken wordt van een fysieke "ruimte" (*area*) die wordt gemonitord, terwijl er in het geval van *Jonker v. Netherlands* **geen sprake is van het monitoren van een fysieke ruimte**. Daardoor blijft het volstrekt onduidelijk wat het EHRM in de casus *Jonker v. Netherlands* zou kunnen bedoelen met de formulering dat er rekening gehouden moet worden met "*any limitations in time and space*". Doelt het EHRM hiermee op de buitengrenzen van de Europese Unie en het tijdstip van overlijden van OV-reizigers? En wat is dan de relevantie van die zeer ruime "beperkingen in tijd en ruimte" voor de beoordeling van de "mate van inbreuk" op de privacy van die reizigers? Ik zou zeggen: als jouw privé-reizen tot aan het einde van je leven in de hele EU kunnen worden bekeken, dan is dat een gigantische, disproportionele op jouw privacy.

Het derde probleem met deze hypothese over de relevantie die het EHRM mogelijk toekent aan subparagraaf §116(ii) van *Lópes Ribaldo v. Spain*, is dat het EHRM daar enerzijds aangeeft dat er rekening moet worden gehouden met "beperkingen in tijd en ruimte" alsmede met het "aantal mensen dat toegang heeft tot de verwerkte gegevens", terwijl anderzijds het **EHRM onmogelijk kan weten om welke beperkingen en welk aantal mensen het gaat** - omdat die beperkingen en die aantallen in alle rechtszaken die ik gedurende de afgelopen acht jaar heb gevoerd, niet duidelijk zijn geworden, omdat de nationale toezichthouder (de AP) weigerde daar serieus onderzoek naar te doen. Het EHRM heeft die gegevens dus niet kunnen halen uit het door mij aangeleverde, bijna duizend pagina's tellende dossier. Die gegevens waren immers ondanks mijn jarenlange inspanningen nog steeds niet voorhanden.

Dus als er volgens het EHRM wèl "rekening moet worden gehouden" met die aspecten, dan had het EHRM moeten constateren dat het **van het EHRM nader onderzoek vereist** om überhaupt te kunnen vaststellen of die feiten hadden kunnen worden achterhaald, en zo ja waarom de nationale toezichthouder en de nationale rechters dan verzuimd hebben om die feiten te (doen) achterhalen. Dat is op zich al een reden waarom de zaak *Jonker v. Netherlands* niet gelijksoortig is aan *Lópes Ribaldo v. Spain*., en waarom het EHRM de merites van de zaak *Jonker v. Netherlands* niet zonder nadere informatie kon beoordelen, en dus in redelijkheid ook niet zonder nadere informatie niet-ontvankelijk kon verklaren.

Vanwege de hier genoemde drie problemen met deze derde hypothese bestaan er maar drie mogelijkheden: (a) ofwel het EHRM acht subparagraaf (ii) van §116 van *Lópes Ribaldo v. Spain* niet relevant voor de zaak *Jonker v. Netherlands*, (b) ofwel het EHRM negeert de genoemde inconsistenties welbewust en handelt dus niet bona fide, (c) ofwel het EHRM heeft er niet goed over nagedacht en toont daarmee incompetentie, desinteresse, gemakzucht of een combinatie daarvan. Vooralsnog wil ik uitgaan van mogelijkheid (a).

- (4) Een vierde mogelijke hypothese is dat het EHRM verwijst naar subparagraaf (iii) van §116 van *Lópes Ribaldo and Others v. Spain*. Die subparagraaf luidt:

116. (...) domestic courts (...) should take account of (...) (iii) Whether the employer has provided legitimate reasons to justify monitoring and the extent thereof. The more intrusive the monitoring, the weightier the justification that will be required.

Inderdaad, daar zouden Nederlandse rechters rekening mee moeten houden. In Jonkers verzoekschrift en in zijn bijna duizend pagina's tellende dossier doet hij uitvoerig uit de doeken waarom de Nederlandse rechters niet voldaan hebben aan die plicht.

Het probleem met deze vierde hypothese is dat, **als** het EHRM van mening is dat de Nederlandse rechters, anders dan Jonker beweert, waarschijnlijk wél voldaan hebben aan deze plicht, het EHRM één van twee dingen had moeten doen. Ofwel het EHRM had in dat geval de zaak ontvankelijk moeten verklaren om partijen de gelegenheid te geven argumenten naar voren te brengen waarom Nederlandse rechters wel of juist niet voldaan hadden aan deze plicht. Ofwel het EHRM had in de motivering van de beslissing tot niet-ontvankelijk-verklaring duidelijk moeten maken waarom het EHRM het overduidelijk vindt dat de Nederlandse rechters wel hebben voldaan aan deze plicht. Er zou dan sprake zijn van "kennelijke niet-ontvankelijkheid" van Jonkers verzoekschrift.

Het EHRM heeft geen van beide gedaan. Opnieuw zijn daar maar drie mogelijke verklaringen voor: (a) ofwel het EHRM acht subparagraaf (iii) van §116 van *Lópes Ribaldo v. Spain* evenmin relevant voor de zaak *Jonker v. Netherlands*, (b) ofwel het EHRM negeert de genoemde inconsistenties welbewust en handelt dus niet bona fide, (c) ofwel het EHRM heeft er niet goed over nagedacht en toont daarmee incompetentie, luiheid, desinteresse of een combinatie daarvan. Vooralsnog wil ik uitgaan van mogelijkheid (a).

- (5) Een vijfde mogelijke hypothese is dat het EHRM subparagraaf (iv) van §116 van *Lópes Ribaldo and Other v. Spain* relevant acht voor de zaak *Jonker v. Netherlands*. Die subparagraaf luidt als volgt:

116. (...) domestic courts (...) should take account of (...) (iv) Whether it would have been possible to set up a monitoring system based on less intrusive methods and measures. In this connection, there should be an assessment in the light of the particular circumstances of each case as to whether the aim pursued by the employer could have been achieved through a lesser degree of interference with the employee's privacy.

Dit gaat over **doelen en de proportionaliteit en subsidiariteit van middelen**. Het probleem met de hypothese dat het EHRM deze subparagraaf relevant zou achten, is dat in de zaak *Jonker v. Netherlands* de verwerkingsverantwoordelijken (vervoerbedrijven) steeds hebben ontkend dat hun doel zou zijn om de reistijden en reisroutes van OV-reizigers te monitoren. Zij installeerden een technisch systeem waarmee dat gebeurde - eerst heimelijk in het geval van reizigers die zogenaamd "anonieme OV-chipkaarten" konden kopen, later toen het niet langer viel te ontkennen, alsnog min of meer openlijk. Maar ook toen was het **officiële doel van het OV-chipkaartsysteem niet het monitoren van het reisgedrag**, maar het registreren van betaaltransacties. Gaandeweg werden er nog andere, secundaire doelen opgevoerd, zoals "fraudepreventie", "veiligheid" e.d. Vanwege deze verschillende, soms wisselende doelen, vereist het in de OV-zaak zorgvuldig onderzoek om te kunnen achterhalen wat nu, in verschillende periodes, de werkelijke doelen waren en zijn, en hoe deze moeten worden gerelateerd aan de gepleegde inbreuken op de privacy van OV-reizigers. De veel simpeler zaak *Lópes Ribaldo v. Spain* biedt op dat punt geen adequaat vergelijkingsmateriaal.

Als het EHRM op het punt van "doelen en middelen van de gegevensverwerking" de zaak *Lópes Ribaldo v. Spain* toch "in wezen gelijk" wil achten, dan kan het EHRM dat, gezien de bovengenoemde, zeer verschillende kenmerken van de zaak *Jonker v. Netherlands*, alleen te kwader trouw doen. Ervan uitgaande dat het EHRM, zich bewust van zijn morele verantwoordelijkheid als allerhoogste Europees mensenrechtenhof, zijn beslissing te goeder trouw heeft genomen, moet hieruit worden afgeleid dat het EHRM in de motivering van zijn beslissing niet heeft bedoeld om te verwijzen naar de specifieke subparagraaf (iv) van §116 *Lópes Ribaldo v. Spain*.

- (6) Een zesde hypothese die kan worden onderzocht ter verklaring van het idee van het EHRM dat de zaak *Jonker v. Netherlands* "in wezen gelijk" zou zijn aan de zaak *Lópes Ribaldo and Others v. Spain*, is dat het EHRM (mede)doelt op subparagraaf (v) van §116 van *Lópes Ribaldo v. Spain*. Die luidt als volgt:

116. (...) domestic courts (...) should take account of (...) (v) The consequences of the monitoring for the employee subjected to it. Account should be taken, in particular, of the use made by the employer of the results of the monitoring and whether such results have been used to achieve the stated aim of the measure.

Het probleem met deze hypothese is dat de **consequenties van het registreren** van reistijden en reisroutes voor reizigers heel anders van aard zijn dan de consequenties van het monitoren van werknemersgedrag voor de betreffende werknemers. Het EHRM geeft er op geen enkele wijze blijk van enige aandacht te hebben besteed aan de vraag wat de consequenties van reisbewegingen nu eigenlijk inhouden voor OV-reizigers, en of die consequenties op enige wijze overeenkomen met de consequenties van video-opnames op de werkplek voor werknemers.

Er zijn maar twee mogelijkheden: ofwel het EHRM neemt simpelweg aan dat de consequenties van enige soort van monitoring of registratie altijd "in wezen gelijk" zijn, voor de betrokkenen - een absurd idee; ofwel het EHRM heeft niet bedoeld naar deze specifieke subparagraaf van §116 van *Lópes Ribaldo v. Spain* te verwijzen.

- (7) Een zevende hypothese die zou kunnen worden geopperd, is dat het EHRM (mede) doelt op subparagraaf (vi) van §116 van *Lópes Ribaldo and Others v. Spain*. Die gaat over "**waarborgen**" en luidt als volgt:

(vi) Whether the employee has been provided with appropriate safeguards, especially where the employer's monitoring operations are of an intrusive nature. Such safeguards may take the form, among others, of the provision of information to the employees concerned or the staff representatives as to the installation and extent of the monitoring, a declaration of such a measure to an independent body or the possibility of making a complaint.

Hier treedt hetzelfde probleem op als het eerder genoemde, derde probleem bij de derde hypothese, namelijk dat er door de weigering van de toezichthouder om adequaat onderzoek te doen, nog onvoldoende informatie voorhanden is om zelfs maar in kaart te brengen **of** *Lópes Ribaldo v. Spain* en *Jonker v. Netherlands* op dit punt vergelijkbaar zijn.

Wat daarentegen wel vast staat, is dat de Nederlandse vervoerbedrijven die het OV-chipkaart-systeem in gebruik namen, negen jaar lang (van 2010 tot 2019) aan zowel reizigers als het Nederlandse parlement hebben **misleid** dat het mogelijk was om te reizen zonder dat individuele reistijden en reisroutes konden worden getraceerd. Als het gaat om een waarborg in de vorm van "het voorzien van reizigers van informatie over de mate van monitoring", lijkt er in de casus *Jonker v. Netherlands* dus **niet** te zijn voldaan aan zelfs maar de meeste elementaire waarborgen.

Het EHRM had hieruit de conclusie moeten trekken dat er geen sprake was van "in wezen gelijke" zaken. Immers, werknemers mogen verwachten dat hun werkgever hun activiteiten tijdens werktijd controleert, terwijl reizigers een **niet** hoeven te verwachten dat een vervoerbedrijf controleert wanneer zij als privépersoon naar welke plekken reizen - en al helemaal niet als vervoerbedrijven jarenlang te kennen geven dat een dergelijke controle niet plaatsvindt.

De enige manier waarop het EHRM op een consistente wijze tot de conclusie had kunnen komen dat er sprake was van "in wezen gelijke zaken", was door de opvatting aan te hangen dat zelfs de meest elementaire waarborgen (zoals dat verwerkingsverantwoordelijken niet liegen tegen betrokkenen) niet nodig zijn ten aanzien van privacy-bescherming. Dat zou natuurlijk wel een beetje een vreemde opvatting zijn geweest voor een internationaal gerechtshof dat geacht wordt juridische normen te stellen ten aanzien van de toepassing van artikel 8 EVRM (bescherming van het privéleven). De juridische norm die het EHRM dan zou stellen, zou erop neerkomen dat de substantie van artikel 8 EVRM wat het EHRM betreft mag worden afgeschaft, zolang dit artikel op papier maar blijft voortbestaan.

Ervan uitgaande dat de afschaffing van de substantie van artikel 8 EVRM niet de bedoeling is van het EHRM, en ervan uitgaande dat het EHRM te goeder trouw zijn beslissing heeft genomen, valt daaruit af te leiden dat het EHRM in de motivering van zijn beslissing niet heeft beoogd te verwijzen naar de genoemde subparagraaf (v) over de plicht van nationale rechters om de vraag naar "waarborgen" in beschouwing te nemen in hun beoordeling van de toelaatbaarheid van gegevensverwerking.

De bovengenoemde zeven hypothesen zijn geen van alle houdbaar, **tenzij** als verklaring zou worden geaccepteerd dat het EHRM ofwel te kwader trouw, ofwel op incompetente wijze zijn beslissing zou hebben genomen in de zaak *Jonker v. Netherlands*, ofwel geen waarde hecht aan enig substantieel recht op privacy, ondanks het feit dat artikel 8 EHRM dit recht heet te beschermen.

De zeven hypothesen zijn allemaal gerelateerd aan de door het EHRM genoemde jurisprudentie en hebben allemaal betrekking op de vraag of de onderhavige zaak, waar het gaat om het vereiste van een deugdelijke belangenafweging of het ontbreken daarvan, "in wezen gelijk" is aan de twee andere genoemde zaken. Die vraag moet ontkennend worden beantwoord op grond van het verschil tussen de inhoud en de context van de verschillende zaken. Daardoor valt een dergelijke "gelijkheid" als reden weg, en kan hooguit nog ingezet worden als **voorwendsel** indien het EHRM alleen een voorwendsel nodig acht om de zaak terzijde te kunnen schuiven. Uitgaande van de aanname dat het EHRM te goeder trouw is, is er daarom nog een andere hypothese nodig.

4.4 Hypothese (8): het EHRM gelooft in "het contractrecht van de sterkste"

Zoals hiervoor in paragrafen 4.2 en 4.3 beschreven, biedt de jurisprudentie waar het EHRM naar verwijst (zie paragraaf 2) geen eenduidige aanknopingspunten voor hypothesen over hoe het EHRM heeft kunnen concluderen dat de zaak *Jonker v. Netherlands* "in wezen gelijk" is aan de twee eerder door het EHRM behandelde zaken waarnaar het EHRM verwijst.

Om toch tot een adequate verklaring voor de beslissing van het EHRM te kunnen komen, zal ik mij daarom op iets gladder ijs moeten wagen en eigen achtergrondkennis moeten toevoegen aan de summiere informatie in de motivering van het EHRM. Als ik dat doe, biedt een ander deel van de jurisprudentie waar de motivering naar verwijst, mogelijk een aanknopingspunt. Het gaat dan om §122 van de uitspraak in de zaak *Lópes Ribaldo and Others v. Spain*. Die luidt als volgt:

122. The Court would begin by noting that the employment courts identified the various interests at stake, referring expressly to the applicants' right to respect for their private life and the balance to be struck between that right and the employer's interest in ensuring the smooth running of the company by exercising its management powers. It will thus ascertain how those courts took into account the factors listed above when they weighed up these interests.

De hier geciteerde tekst bevat een verwijzing naar "*het soepele aansturen van het bedrijf door middel van het uitoefenen van de management-bevoegdheden daarvan*" als belang dat in beschouwing moet worden genomen.

Als ik nu even voorbij ga aan de discrepantie dat een vervoerbedrijf geen werkgever is van zijn klanten (de reizigers), dan zou ik deze tekst kunnen betrekken op een belang dat een vervoerbedrijf hierbij heeft, geheel los gezien van wie er door het nastreven van dat belang ook maar wordt geraakt - werknemers, klanten of wie dan ook.

Mijn hypothese nummer (8) zou dan zijn, dat het EHRM kennelijk bijzonder veel waarde hecht aan het belang van een vervoerbedrijf om door middel van zijn algemene voorwaarden klanten te kunnen dwingen om zich te voegen naar de opvattingen van het bedrijf over wat een "soepele bedrijfsvoering" inhoudt.

In die opvatting van het EHRM zou het dan niet meer uitmaken wie er door een verwerking van persoonsgegevens wordt geraakt, wat de bedrijfsexterne gevolgen daarvan zijn (bijvoorbeeld voor de openbare ruimte of voor een publieke nutsfunctie) of wat het officiële doel van die gegevensverwerking is. Van cruciaal en allesoverstijgend belang is alleen het feit dat een maatregel in de ogen van het management van het bedrijf bijdraagt aan een soepele bedrijfsvoering.

Vanuit die invalshoek bekeken verschilt het monitoren van verdachte werknemers niet wezenlijk van het monitoren van klanten of reizende burgers. Dat is allemaal één pot nat ("in wezen gelijk"). Het gaat erom dat het management van een bedrijf zoveel mogelijk middelen mag aanwenden om alle bedrijfsrelevante personen te controleren en aan te sturen in het belang van een soepele bedrijfsvoering, inclusief middelen waarmee de privacy van willekeurige mensen wordt aangetast.

Als dit de benadering van het EHRM is, dan volgt het Hof een neoliberale en Hobbesiaanse benadering, waarin eigenlijk het recht van de sterkste centraal staat, mits dat wordt uitgeoefend via de weg van het opstellen van een "contract" dat de sterkere aan de zwakkere oplegt. Op deze wijze wordt een oorlog van allen tegen allen voorkomen. Leviathan (d.w.z. Google, Microsoft, Amazon, Facebook, de NSA, de EU etc.) is een noodzakelijk kwaad en daarmee *goed*.

Vervolgens wordt, in die opvatting, van de zwakkere verwacht dat die zich **moreel gebonden** acht aan het naleven van dat afgedwongen contract, met op de achtergrond de mogelijkheid van straffen als men zich niet houdt aan die vorm van moraal. Van diegene die zich onderwerpt aan een de vigerende macht, wordt geëist dat hij of zij die onderwerping ook **internaliseert** door te gaan geloven in de morele juistheid van de machtsuitoefening. In tijden ver na die van Thomas Hobbes is deze door Hobbes gewenste attitude ook wel aangeduid als het "Stockholm-syndroom".

In paragraaf 6 van mijn engelstalige verzoekschrift aan het EHRM heb ik de manier waarop deze benadering tot uiting komt in de onderhavige casus, kort besproken onder de titel "Abuse of the concept of a contract" (misbruik van het contractbegrip). Of het EHRM dat ook gelezen heeft, is de vraag. Het EHRM geeft daar in ieder geval in zijn beslissing geen enkel blijk van.

Een neoliberale, Hobbesiaanse benadering staat op gespannen voet met de beginselen die ten grondslag liggen aan mensenrechtenverdragen - bijvoorbeeld het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waaraan ook het EHRM zijn bestaansrecht ontleent. Immers, in een mensenrechtenverdrag staat de waardigheid van individuele mensen centraal. Die mag niet ondergeschikt worden gemaakt aan de macht van heersers - ongeacht of die deze macht nu uitoefenen met het zwaard of (in aanvulling daarop) door middel van afgedwongen "contracten".

Een mensenrechtenverdrag is in fundamentele zin het tegenovergestelde van een Hobbesiaans contract, omdat zo'n verdrag juist borg staat voor zaken die niet aan enig contract mogen worden onderworpen. Een mensenrechtenverdrag is in de kern een anti-contract-contract, waarin wordt bepaald dat bepaalde, wezenlijke rechten nooit aan een op macht gebaseerd contract onderhevig mogen worden gemaakt. Dat is inderdaad paradoxaal - in dienst van onze humaniteit.

Daarom zou het eigenlijk vreemd zijn als het EHRM, in zijn hoedanigheid als mensenrechtenhof, in zijn beslissing ten aanzien van de zaak *Jonker v. Netherlands* een Hobbesiaanse benadering zou hebben gevolgd. Het valt echter niet uit te sluiten dat het Hof, of juristen die besluiten van het Hof voorbereiden, neoliberale uitgangspunten zo sterk hebben geïnternaliseerd dat ze een particulier contract boven de in het EVRM opgenomen grondrechten plaatsen - door deze grondrechten zo te interpreteren dat ze in de praktijk ondergeschikt worden gemaakt aan de wensen van machtige bedrijven die aan burgers "contracten" (d.w.z. algemene voorwaarden) kunnen opleggen.

Dat zou een zeer onaangename situatie zijn. Het EHRM zou in dat geval in de praktijk mentaal gekaapt zijn ("gegroomed") door neoliberale machthebbers, en daarmee eigenlijk zijn legitimiteit verloren hebben.

Deze hypothese is zo onaangenaam, dat ik toch nog verder wil zoeken naar mogelijke andere verklaringen waarom het EHRM de zaak *Jonker v. Netherlands* niet-ontvankelijk heeft verklaard.

4.5 Hypothese (9): geen positieve verplichting, wel margin of appreciation; bedrijfsbelang opgevat als "collectief" belang

In mijn zoektocht naar een aanknopingspunt voor nog een andere verklaring voor de beslissing van het EHRM ten aanzien van de zaak *Jonker v. Netherlands* grijp ik nu naar het enige stuk wat nog rest van de jurisprudentie waarnaar het EHRM in zijn beslissing verwijst, namelijk §112 van de uitspraak van het EHRM in de zaak *Bărbulescu v. Romania*. Die luidt als volgt:

112. While the boundaries between the State's positive and negative obligations under the Convention do not lend themselves to precise definition, the applicable principles are nonetheless similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (see *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. [28955/06](#) and 3 others, § 62, ECHR 2011).

Met het oog op zorgvuldigheid heb ik ook naar de zaak *Palomo Sánchez and Others v. Spain* gekeken. Die zaak ging opnieuw over het ontslag van een werknemer door diens werkgever. In die zaak beriepen de ontslagen werknemers zich echter niet op artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé- en familielevens), maar op artikelen 10 en 11 EVRM, die gaan over respectievelijk het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op vrijheid van bijeenkomst. Dit werd door het EHRM in de betreffende uitspraak als volgt samengevat:

33. The applicants, who are members of the executive committee of the trade union Nueva Alternativa Asamblearia (NAA), complained that they had been dismissed on account of the content of the union's newsletter of March 2002. They claimed that the company P. had not verified their individual level of participation and personal responsibility. They alleged that they had been dismissed by way of reprisal for the union's demands and that the allegedly offensive content of the newsletter had served as a pretext. They took the view that the cartoons and two articles in question had not overstepped the limits of admissible criticism under Article 10 of the Convention, because the impugned expressions had been used in a jocular spirit and not with any intent to insult. The applicants relied on Articles 10 and 11 of the Convention (...)

De relevantie van die zaak voor het oordeel van het EHRM in de zaak *Jonker v. Netherlands* lijkt te zijn gelegen in het (overigens niet-unanieme) oordeel van het EHRM in de zaak *Palomo* dat er voor de verdragsstaat (i.c. Spanje) geen "positive obligation" (positieve verplichting) bestond om de werknemers te beschermen tegen ontslag. Wellicht vindt het EHRM dit vergelijkbaar met het ontbreken van een positieve verplichting van toezichthouder AP om Jonker te beschermen tegen de privacy-schendende acties van vervoerbedrijven. Als dit klopt, dan maakt het EHRM gebruik van vier concepten om tot de conclusie te komen dat burgers niet beschermd hoeven te worden tegen privacy-aantastingen door vervoerbedrijven: (a) positieve verplichting; (b) belangenafweging; (c) het gelijkstellen van het belang van (het management van) een vervoerbedrijf aan "het belang van de gemeenschap als geheel"; (d) de bestuurlijke beoordelingsmarge (*margin of appreciation*).

In mijn hypothese no. (9) zal ik beschrijven op welke wijze het EHRM die concepten in de zaak *Jonker v. Netherlands* mogelijk met elkaar verbindt. De redenering van het EHRM zou in dat geval ongeveer als volgt zijn:

- A De vraag of er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM door een vervoerbedrijf dat zonder noodzaak de persoonlijke reisgegevens van klanten verwerkt, is voor het EHRM minder belangrijk dan de vraag of de toezichthouder tegen zo'n (al dan niet vermeende) schending zou moeten optreden.
- B De vraag of de toezichthouder tegen zo'n schending zou moeten optreden, hangt volgens het EHRM af van de vraag of er voor de nationale staat waar die toezichthouder deel van uitmaakt, een "positieve verplichting" bestaat om tegen zo'n schending op te treden.
- C De vraag of er voor die nationale staat een "positieve verplichting" bestaat, hangt af van de verhouding tussen de grootte van het belang van de burger en de grootte van het belang van het vervoerbedrijf.
- D De grootte van het belang van het vervoerbedrijf moet worden gelijkgesteld aan de grootte van het belang van "de gemeenschap als geheel" van alle mensen in die nationale staat.
- E Ergo, het belang van het vervoerbedrijf bij het schenden van de privacy van de burger is hoe dan ook groter dan het belang van de burger bij het behouden van zijn privacy. Daarom staat artikel 8 EVRM, dat het privéleven beschermt, niet in de weg aan zo'n aantasting van datzelfde privéleven.
- F Bovendien mag de betreffende nationale staat de relatieve grootte van de betreffende belangen eigenlijk gewoon zelf bepalen omdat het EHRM op eigen initiatief aan die staat een "bestuurlijke beoordelingsmarge" toekent. Deze beoordelingsmarge houdt in dat een nationale staat het niet fout kan doen, tenzij de uitkomst van het handelen van de staat zo'n negatief beeld oproept in de publiciteit, dat de regering van die staat het eigenlijk zelf ook wel een beetje prettig vindt om door het EHRM te worden teruggefloten - zodat de politici van die staat daarvoor niet zelf verantwoordelijkheid hoeven te nemen.

Het zal duidelijk zijn dat, als het EHRM een dergelijke redenering zou volgen (of enige variatie daarvan, de details maken weinig verschil), het EHRM daarmee de betekenis van artikel 8 EVRM voor de rechtsbescherming van burgers eigenhandig zou uitschakelen.

Ook deze hypothese is daarom, net als de voorafgaande hypothese over een mogelijke, neoliberal-Hobbesiaanse rechtsopvatting van het EHRM, bijzonder onaangenaam.

Misschien heb ik me bij het opstellen van mijn hypotheses laten misleiden door de verwijzing van het EHRM naar jurisprudentie. Ik heb die verwijzing serieus genomen, met als mijn uitgangspunt dat het EHRM voorstander is van een betekenisvolle, effectieve interpretatie en toepassing van artikel 8 EVRM. Maar is dat wel zo? Die aanname van mij leidt telkens tot niet-plausibele of zeer onaangename uitkomsten. Bovendien leidt het ertoe dat ik mijn hypotheses telkens ingewikkelder moet maken, waardoor ik misschien niet meer voldoe aan het principe van "Occam's Razor". Is er ook een eenvoudiger verklaring mogelijk voor de beslissing van het EHRM.

4.6 Hypothese (10): pragmatische onverschilligheid van het EHRM

Als ik het idee loslaat dat het EHRM zich werkelijk zou laten leiden door de inhoud van de jurisprudentie waarnaar het EHRM verwijst, dan schept dat ruimte voor een tiende hypothese ter verklaring van de beslissing van het EHRM om mijn verzoekschrift niet-ontvankelijk te vinden.

Deze hypothese luidt als volgt. Het EHRM, met zijn enorme werklast en structureel gebrek aan personeelscapaciteit, wil om heel pragmatische redenen zoveel mogelijk zaken niet-ontvankelijk verklaren, en zoekt dus naar redenen - desnoods voorwendselen - om dat te kunnen doen.

Dus dan denkt zo'n rechter: waar vind ik jurisprudentie waarmee ik deze zaak terzijde kan schuiven? Wie zoekt zal vinden, en als zo'n rechter dan iets ziet wat op het eerste gezicht bruikbaar lijkt, dan denkt-ie: waarom niet? Dat het dan om een heel ander soort zaak gaat (ontslag werknemers in plaats van discriminatie en privacy-schending van reizigers), maakt voor zo'n rechter dan niet uit, want de indiener van het verzoekschrift kan in rechte toch niets meer doen als de zaak eenmaal door het EHRM niet-ontvankelijk wordt verklaard. Volgens deze hypothese kan de directe reden voor de niet-ontvankelijkheidsverklaring dus heel oppervlakkig en pragmatisch zijn.

Er hoeft dan geen sprake te zijn van welbewuste kwade trouw van het EHRM. Het kan gaan om een soort terugtrekkende beweging, waarbij het EHRM om pragmatische redenen zoveel afstand neemt van de zaak dat de kenmerken daarvan zelfs door een vergrootglas niet goed meer vallen te onderscheiden, en dus ook niet meer in beschouwing hoeven te worden genomen.

Onverschilligheid en weggijken is niet hetzelfde als kwade trouw, zolang het maar niet bewust gebeurt.

Gezien de problemen die de andere negen hypothesen oproepen, vind ik deze tiende hypothese eigenlijk heel plausibel. Bovendien hoeft hij niet in tegenspraak te zijn met bijvoorbeeld hypothesen (8) en (9).

Immers, in feite zijn ook de in hypothesen (8) en (9) genoemde benaderingen voorbeelden van een terugtrekkende bewegingen, namelijk het zich terugtrekken van de mens als rechtzoekend rechtssubject, zodat alleen nog de belangen van grote organisaties in beeld blijven, of dat nu bedrijven zijn die algemene voorwaarden opstellen (hypothese 8) of verdragsstaten die de wensen van bedrijven zwaarder vinden wegen dan de grondrechten van burgers (hypothesen 8 en 9).

4.7 Conclusie ten aanzien van de beslissing van het EHRM: rechteloosheid

Ongeacht het antwoord op de vraag of één of meer van de hiervoor genoemde hypothesen juist zou blijken te zijn, kan ten aanzien van de beslissing van het EHRM in ieder geval het volgende worden geconcludeerd:

- (1) De beslissing is niet op een zodanige wijze gemotiveerd, dat de redenen hiervoor kenbaar zijn. Er is dus geen sprake van kenbaar recht of kenbare rechtsvorming.
- (2) Door mijn verzoekschrift op deze wijze niet-ontvankelijk te verklaren, ontnemt het EHRM mij als rechtzoekende tevens de mogelijkheid om tijdens de behandeling van de zaak te wijzen op onduidelijkheden en te vragen om meer duidelijkheid op specifieke punten.
- (3) Ook elimineert het EHRM op deze wijze de laatste mogelijkheid om argumenten en vragen van mijn kant die door lagere rechters (Nederlandse rechtbank en de Nederlandse Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) niet geadresseerd werden, alsnog te adresseren. Deze argumenten en vragen worden nu ook in allerhoogste rechterlijke instantie onbehandeld terzijde geschoven.

De slotconclusie moet dan ook zijn dat het Nederlandse en internationale rechtssysteem, in samenhang met elkaar, aan mij als burger in deze zaak geen serieuze rechtsbescherming bieden.

Alle fraaie bepalingen in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) en het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) blijken in deze zaak als puntje bij paaltje komt geen knip voor de neus waard. Ze zijn in de praktijk(!!!) het papier niet waard waarop ze geschreven zijn.

Deze ontwaarding van de rechtsbescherming komt voort uit keuzes van de rechters op alle niveaus. Ik heb, met onderbouwing van argumenten, wetsinterpretaties aangedragen die door de rechters onbesproken terzijde zijn geschoven. Zij volgende slechts, in een telkens herhaalde monoloog, een bepaald verhaal, een bepaald "narratief" zoals dat tegenwoordig wordt genoemd.

Het feit dat dit in verschillende door mij gevoerde privacy-zaken op alle rechterlijke niveaus is gebeurd, wijst er bovendien op dat het hier niet om één of enkele incidentele rechterlijke dwalingen gaat, maar om een structureel optredend fenomeen.

Als burger en als reiziger in Nederland en de EU wiens grondrecht op privacy langdurig wordt aangetast, blijf ik rechteloos achter, net als miljoenen andere trein- en busreizigers in Europa.

5 Voorbij wet en recht

Als gevolg van het ontbreken van een functionerende rechtsbescherming in de door mij gevoerde privacy-rechtszaken, ontkom ik aan het eind van deze analyse niet aan de vraag, hoe ik mij als burger dan tot deze situatie kan en wil verhouden. Ik zal dit doen met citaten uit motiveringen van mijn hoger beroepen bij de Raad van State.

Daarbij zal ik een onderscheid maken tussen twee situaties. In paragraaf 5.1 zal ik ingaan op de situatie waarin we mijns inziens nu verkeren, namelijk die van een grijze zone, een overgangsgebied tussen recht en rechteloosheid. In paragraaf 5.2 zal ik ingaan op de implicaties van een situatie waarin de rechtsstaat (in materiële zin, dus los van eventuele resterende, institutionele symbolen) niet meer bestaat en de rechten van individuele mensen feitelijk niet meer worden beschermd.

5.1 Overgangsgebied tussen recht naar rechteloosheid

In mijn hoger-beroepschrift van 6 maart 2020, getiteld "*Lof der individualiteit - Privacy, connectiviteit en autoritair denken*", gericht aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, besprak ik in paragraaf 4.1 enkele implicaties van het boekje *De rechtsstaat voor beginners* van Dorien Pessers, hoogleraar rechtsfilosofie en rechtstheorie:

[Pessers] 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.¹

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

¹ Dorien Pessers, *De rechtsstaat voor beginners*, Uitgeverij Balans, Amsterdam, 2011, pag. 7.

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 negentiende eeuw een algemeen gedeelde overtuiging van de politieke elite. Het systeem van een representatieve democratie berust nog steeds op die overtuiging.²

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.³

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."⁴ Enerzijds wil ik meer verbinding leggen tussen het

² Ibid., pp. 8-9.

³ Ibid., pp. 10-11.

⁴ Ibid., pag. 43.

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.

Natuurlijk kunnen de talrijke invasies in het privéleven van gewone mensen dankzij nieuwe, digitale technieken zodanig worden uitgevoerd en geregisseerd 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.⁵

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 (...).⁶

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.

⁵ Ibid., pp. 37-38.

⁶ Ibid., pag. 70.

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 houterige 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?

De vragen die ik begin maart 2020 aan de Afdeling bestuursrechtspraak stelde ("Hoe kunt u ervoor zorgen dat...?") kan ik met evenveel recht aan het Europese Hof voor de Rechten van de Mens stellen. De kans dat ik daar van deze hoge rechtscolleges in enige vorm antwoord op krijg, acht ik inmiddels echter uitermate klein. Het lijkt of de rechters van deze hoge college's het ideaal van een sociaal contract, oftewel wederkerigheid in de betrekkingen tussen het gezag en de burgers, stilzwijgend achter zich hebben gelaten en zich samen met een bestuurlijke elite terugtrekken in een ivoren toren, vanwaaruit zij de samenleving proberen te manipuleren.

Manipulatie (in het geval van rechters met rechterlijke uitspraken als instrument) is een wezenlijk andere activiteit dan rechtspraak - ook als die manipulatie in de taal van de elite met het woordje "rechtspraak" wordt aangeduid. Dat is zo iets als wanneer een vader het woordje "opvoeding" of "onderwijs" gebruikt wanneer hij zijn kinderen een pak slaag geeft of ze langdurig opsluit zonder voedsel.

Er ontstaat dan een voedingsbodem voor verzet - het verzet dat door Pessers wordt genoemd. Als zulk verzet gaat groeien, gebeurt dat nooit binnen de netjes aangeharkte, conceptuele perkjes van het zittende bewind (in de brede zin van het woord - commerciële, gouvernementele en judiciële machthebbers). Het is immers *verzet*, en diegenen die zich verzetten, beseffen dat de bestaande spelregels zo zijn ingericht dat zij niet kunnen winnen als zij zich daaraan houden ("the game is rigged").

Enkele films die de kronkelige manier aanschouwelijk maken waarop verzet tegen onrecht kan groeien, zijn *The Cook, the Thief, His Wife and Her Lover* (Peter Greenaway, 1989), *Porte Aperte* (Gianni Amelio, 1990), *Festen* (Thomas Vinterberg, 1998) en *Dogtooth* (Yorgos Lanthimos, 2009).

Deze films laten ook zien dat achter de vraag naar recht, onrecht en verzet altijd een diepere vraag schuilgaat, namelijk de vraag naar (on)menselijkheid, menselijk samenleven en menselijk "(samen)doden" - ook voorbij het domein van gearticuleerd, kenbaar "recht".

Hierop zal ik in de volgende paragraaf ingaan.

5.2 Voorbij wet en recht - menselijkheid en onmenselijkheid

Op dit moment is het me nog niet duidelijk of we het ideaal van de democratische rechtsstaat waarin de grondrechten van individuele burgers worden gerespecteerd, moeten zien als "zinkend cultuurgood" dat over enige tijd nog slechts geschiedenis zal zijn, of als een ideaal dat weliswaar onder druk staat en ernstig beschadigd is geraakt, maar wat nog steeds levensvatbaar genoeg is om straks opnieuw tot bloei te komen.

In mijn eerder genoemde hoger beroepschrift van 6 maart 2020, getiteld "*Lof der individualiteit - Privacy, connectiviteit en autoritair denken*", ben ik ingegaan op de vraag wat ons nu tot mensen maakt, en kwam tot de conclusie dat onze menselijkheid afhangt van de toekenning van een menselijke identiteit door diegenen die de macht hebben om dingen te effectueren. In sommige situaties zullen wij genoodzaakt te zijn het één en ander te doen of na te laten om onze menselijkheid te kunnen behouden of te kunnen herwinnen.

Er zijn verschillende boeken geschreven door mensen die in onmenselijke situaties hun menselijkheid geheel of deels hebben weten voort te zetten en dat tevens hebben overleefd. Ik noem nu alleen Viktor Frankl en zijn beroemde boek *De zin van het bestaan; een inleiding tot de logotherapie*

Diegenen die hun menselijkheid verloren, of die menselijk bleven maar het niet overleefden, hebben (na afloop) niet zulke boeken geschreven.

In mijn nadere motivering d.d. 29 april 2020 van mijn hoger beroepen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ben ik ingegaan op de mogelijkheid dat we toegaan naar een "post-humane" samenleving. Daarbij heb ik onder andere enkele aspecten van het gedachtengoed van Rosi Braidotti kritisch besproken. Het idee om een "*enfleshed becoming-machine*" te worden, spreekt mij persoonlijk niet aan.

Wie werd er nu een "*enfleshed becoming-machine*" - dokter Mengele, diens slachtoffers, of zowel hij als zij?

In diezelfde nadere motivering heb ik, mede naar aanleiding van de toen zojuist uitgebroken corona-crisis, aan de orde gesteld wat er dreigt te gebeuren als we de lessen van Hannah Arendt vergeten en humane wetgeving en rechtspraak werkelijk achter ons laten. Ik citeer paragraaf 4.2 van die motivering, "Banaliteit en het derde kwaad: eliminatie van humaan bewustzijn":

De ethica Susan Neiman schreef haar spraakmakende geschiedenis van de filosofie, *Evil in Modern Thought*, aan de hand van twee kantelpunten in de geschiedenis van de Europese filosofie: de aardbeving van Lissabon (1755) en de ontdekking en het besef van de omvang van wat er in Auschwitz was gebeurd (vanaf 1945).

Met betrekking tot Lissabon ging het om de culturele schok dat een als almachtig, alwetend en goed/liefdevol beschouwde en vertrouwde God een aardbeving toestond die duizenden

onschuldige slachtoffers maakte - zonder ze zelfs maar een kans te geven om te ontsnappen.

Met betrekking tot Auschwitz ging het om de culturele schok dat de als zeer beschaafd volk bekend staande Duitsers volledige bevolkingsgroepen en volken, waaronder met name de Joden, in koelen bloede volledig konden ontmenselijken en op een georganiseerde, industriële wijze konden vermoorden.

In beide gevallen ging het niet alleen om schokkende gebeurtenissen, maar ook om een tijd die rijp was om daardoor geschokt te worden. In 1755 waren de ideeën van de Verlichting aan het opkomen, en vanaf 1918 waren ideeën over internationaal recht, oorlogsrecht en burgerrechten opgekomen - ondanks het feit dat deze vanaf de jaren dertig in allerlei delen van Europa opnieuw op grove wijze werden verworpen door autoritaire regimes en hun aanhang.

Na 1945 is ons denken over het kwaad in belangrijke mate gevormd door de theorievorming van Hannah Arendt daarover. Zij introduceerde het concept van "de banaliteit van het kwaad" - het kwaad dat mogelijk wordt gemaakt door ondergeschikten die hun eigen geweten uitschakelen bij het opvolgen van opdrachten, of die achteraf hun verantwoordelijkheid proberen te ontlopen door als verontschuldiging naar voren te brengen dat zij slechts opdrachten opvolgden.

Neiman schrijft over Arendts ideeën op dit punt onder andere het volgende:

In a letter to Gershom Scholem, Arendt wrote that evil resembles a fungus.

"Evil possesses neither depth nor any demonic dimension. It can overgrow and lay waste the whole world precisely because it spreads like a fungus on the surface."

Arendt was far too sophisticated - and too determined to avoid causal explanation in the moral realm - to suggest that, like bacteria, evil could be given a genuinely scientific explanation. The metaphor is an attempt to defuse the *conceptually* threatening element in contemporary evil. Biological warfare could destroy humankind, but it is not the bacteria that call the value of life into question.

The fungus metaphor thus signals evil that can be comprehended. It also indicates an object that has no intention whatsoever. This, we saw, was Arendt's greatest break with modern philosophical tradition - particularly Kant's work, to which she was otherwise much indebted. Here the use of naturalist, nonintentional vocabulary is an attempt not to avoid responsibility but to develop new idioms for assuming it. Arendt was convinced that evil could be overcome only if we acknowledge that it overwhelms us in ways that are minute. Great temptations are easier to recognize and thus to resist, for resistance comes in heroic terms. Contemporary dangers begin with trivial and insidious steps. Once these are taken, they lead to consequences so vast they could hardly have been foreseen. The claim that evil is banal is a claim not about magnitude but about proportion: if crimes that great can result from causes that small, there may be hope for overcoming them.⁷

Wat ik nu, met verwijzing naar dit citaat en naar de door mij ingediende hoger-beroepen tegen privacy-schendingen, aan uw Afdeling wil voorleggen en in overweging geven, is dat de huidige, sluipende maar grootschalige aantasting van privacy van een steeds groter deel van de

⁷ Susan Neiman, *Evil in Modern Thought*, pp. 301-302.

wereldbevolking, zo'n vorm van banaal kwaad is waarop Arendt doelt: het "overweldigt ons op minuscule manieren" (*overwhelms us in ways that are minute*), als een schimmel die zich steeds verder uitbreidt en uiteindelijk ons morele landschap verandert van een weelderig bos in een stinkende semi-woestijn, en van onze sociale cohesie en vrijheid weinig overlaat. Het gaat hierbij niet alleen om het binnendringen van ieders privé-sfeer, maar ook en vooral om het elimineren van ons humane bewustzijn, dat wil zeggen: ons bewustzijn van wat het betekent om mens te zijn, en waarom dat waardevol is.

De dienaren van dit "derde kwaad" (na Lissabon en Auschwitz) handelen zo mogelijk op nog banalere wijze dan de dienaren van het tweede kwaad, maar ze zijn niet minder schadelijk. Dit keer is niet alleen de menselijkheid en het fysieke overleven van specifieke bevolkingsgroepen en volken in het geding, maar het besef van iedereen van wat menselijkheid is, en daarmee het voortbestaan van het verschijnsel "menselijkheid" zelf.

Als we gereduceerd worden tot een soort door algoritmes, machinale protheses (bijvoorbeeld geïmplanteerde chips) en gemechaniseerde "begeleiding" (denk aan de hekken en poortjes van het OV-chipkaart-systeem of de "sluizen" aan de ingang van voetbalstadions, maar dan overall) gecontroleerde en aangestuurde slaven, dan komen we terecht in een grote, quasi-gouden kooi, een verguld concentratiekamp, een Matrix, en krijgt de vonk van onze menselijkheid steeds minder zuurstof om te branden. We worden dan een soort half-levende doden, zombies. En het helpt dan niet om het, zoals Braidotti voorstelt, te hebben over "enfleshed becoming-machines".

De doodsdrift die mensen gedurende hun hele geschiedenis, naast hun levenslust, heeft gekenmerkt, neemt dit keer niet de vorm aan van het optuigen van een enorme machinerie om mensen fysiek te doden (die is er al, en op de achtergrond aanwezig), maar de vorm van het optuigen van een enorm digitaal netwerk om mensen geestelijk te doden, door hen het bewustzijn af te nemen van wat het betekent om mens te zijn, en wat het waard is om mens te zijn.

Op dit punt komen de banale pogingen tot pervertering van ethiek door ECP en de daarbij aangesloten lobbyisten, ambtenaren en zogenaamde "ethische experts", zoals Peter-Paul Verbeek, samen met het in essentie wanhopige, escapistische posthumanisme van Rosi Braidotti.

Ik zie Braidotti's posthumanisme niet als een alternatief voor het nog steeds grotendeels patriarchale, neoliberale systeem dat bezig is onze maatschappij en ons milieu om zeep te helpen, maar als een *capitulatie* daarvoor. Niet een capitulatie in theorie, want Braidotti spiegelt ons een vaag, maar in zekere zin verlokkelijk utopia voor met een nieuw soort posthumane "(levens-)bevestigende politiek" en "relationele ethiek"⁸; maar wel een capitulatie in de praktijk. Want in de praktijk kunnen politiek en ethiek alleen werkingskracht ("handen en voeten") krijgen als ze eerst worden gedacht en verwoord - en dat kunnen alleen mensen doen. Misschien ziet Braidotti een posthumane situatie voor zich waarin mensen niet langer individuen zijn, maar alleen nog een soort denk- en spraakorganen van "niet-unitaire, machine-bemiddelde subjecten".

Maar dat zou alleen "werken" als deze denk- en spraakorganen niet bij machte zijn zich een eigen wil te vormen waarmee ze zich kunnen verzetten tegen die "niet-unitaire, machine-bemiddelde subjecten" waarvan ze deel uitmaken. Met andere woorden: als ze zijn gereduceerd tot een soort Winston Smiths, deel uitmakend van een sociaal-machinaal "systeem" dat op een vergelijkbare

⁸ Rosi Braidotti, *The Posthuman*, bijv. pp. 103-104 (*affirmative politics*) en p. 191 (*acceptance of relationality*).

manier functioneert als de machtsstructuren zoals die worden beschreven in Orwells 1984. Of, wat recenter, als een soort Neo's in een Matrix - maar dan zonder pil die de illusie doorbreekt.

Bovendien, de mensen die op dit moment controle hebben over de technische en digitale systemen die ze tot een soort Matrix willen laten uitgroeien - en dat is in de praktijk een groep patriarchaal ingestelde mannen, net als overigens destijds in het Nazi-rijk en talloze andere imperia - zullen die controle niet vrijwillig opgeven. De enige manier om die controle weer in handen van de gemeenschap te brengen, is via de publieke discussie, wetgeving, rechtspraak en legitieme handhaving die kenmerkend zijn voor democratische rechtsstaten.

Het heeft pas zin om mogelijkheden voor posthumanisme te verkennen, als we eerst de controle hebben teruggenomen van de machthebbers die transhumanisten en posthumanisten op dit moment gebruiken als "nuttige idioten", omdat ze ideologieën verspreiden die de machthebbers faciliteren bij het breken van de maatschappelijke weerstand tegen een steeds verdere uitbreiding van hun digitale systemen, naar alle sleutelposities in het bestuur, en steeds dieper in de privélevens van al diegenen die zij opvatten als hun onderdanen - dat wil zeggen: alle mensen die niet tot hun eigen club behoren.⁹

Op dit moment is het voor uw Afdeling, gesteund door privacy-beschermende wetgeving van de meest robuuste rechtsgemeenschap ter wereld, nog mogelijk om die wetgeving op een effectieve manier van toepassing te verklaren en daarmee deze derde vorm van kwaad te beteugelen.

Want dit derde kwaad, de sluipende eliminatie van humaan bewustzijn, kan niet op spectaculaire wijze bedwongen worden met tanks of raketten, maar alleen door middel van aanwending van individueel en collectief bewustzijn, de daaruit voortvloeiende collectieve wil, en de daar weer uit voortvloeiende wetgeving, rechtspraak en wetshandhaving.

Op 10 november 2021 werd het duidelijk dat dit pleidooi de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet had kunnen overtuigen of zelfs maar interesseren. De heren (de meervoudige kamer bestond uit drie heren) hadden enkele maanden eerder ter zitting bij mij ook niet de indruk gewekt zich diepgaand met de consequenties of implicaties van hun rechtspleging bezig te houden. Video-opnames van de drie zittingen op 5 juli 2021 kunnen worden bekeken via:

<https://potkaars.nl/blog/2021/7/7/de-veronderstelling-dat-je-het-recht-hebt-anoniem-door-het-leven-te-gaan-ter-discussie-gesteld-door-de-ns>

Nu het Europese mensenrechtenhof op 8 september 2022 heeft besloten de zaak niet eens te zullen behandelen, is het duidelijk dat de Europese rechtsorde haar handen niet alleen heeft afgetrokken van het grondrecht op privacy, maar ook van privacy als voorwaarde voor de voortzetting van humaniteit. Uit de **daden** van het EHRM blijkt dat wij van het EHRM best mogen veranderen in "enfleshed becoming-machines" - met andere woorden, in een soort cyborgs.

⁹ Mensen die *off-grid* zijn worden door deze data-machthebbers op een vergelijkbare manier beschouwd en benaderd als Europese bestuurders in het verleden "Indianen" of "Negers" beschouwden en benaderden, namelijk als populaties van nog onontgonnen gebied, die vroeger of later door de Europese bestuurders zouden worden onderworpen en vervolgens (als ze overleefden) ingepast in Europese "verdienmodellen" (sorry voor het anachronisme).

Dit betekent dat onze menselijkheid, hoewel in naam en in theorie nog steeds beschermd, in de praktijk "juridisch ondergronds" zal moeten zien te overleven. Mogelijk zal er in de toekomst weer een maatschappelijke en judiciële orde ontstaan waarin onze humaniteit alsnog weer "effectief juridisch bovengronds" komt. Maar iedereen die heeft gezien wat er de afgelopen tweeënhalve jaar (sinds maart 2020) is gebeurd, weet dat zo'n uitkomst geen vanzelfsprekendheid is.

Bemoedigend is wel dat er in die tweeënhalve jaar een grote groep mensen (inclusief ik zelf) zich bewust of nog meer bewust is geworden van de nabijheid van het gevaar en de urgentie van actie.

Gezien de omstandigheden, zal die actie grotendeels buiten de huidige judiciële orde moeten plaatsvinden, dat wil zeggen in informeel contact tussen mensen. Hoe of waar weet ik niet, maar er zullen informele verbanden ontstaan die invloed zullen uitoefenen op het bewustzijn van mensen en de inrichting van de maatschappij.

Veel mensen hebben nooit veel belang gehecht aan een democratische rechtsstaat, maar alleen aan bepaalde uitkomsten die in het verleden zijn bevochten. Bijvoorbeeld brood op de plank, een warm huis. Het maakt hen niet zoveel uit of die uitkomsten door middel van democratisering en rechtsstatelijkheid worden gerealiseerd, of op een andere wijze. Veel Chinezen vinden het heden ten dage bijvoorbeeld niet zo belangrijk of het Chinese bewind wel of niet democratisch of rechtsstatelijk is - als hun persoonlijke levensomstandigheden maar verbeteren.

Maar zonder adequate *feedback-loops* heeft elk bewind de neiging om te vervreemden van zijn onderdanen, bij gebrek aan tijdige en kwalitatief goede feedback. Die vervreemding gaat ten koste van de kennis en de effectiviteit van het bewind, en daarmee uiteindelijk ten koste van de legitimiteit of althans de maatschappelijke acceptatie ten aanzien van het bewind.

Uiteindelijk komt elk bewind voor de keuze te staan: ofwel er wordt (opnieuw) een verbond nagestreefd tussen bewind en bevolking, inclusief *feedback-loops*, ofwel het bewind tracht de instemming van de bevolking geheel irrelevant te maken, bijvoorbeeld met technische middelen die aan het bewind absolute overmacht geven - de technocratische droom, die tevens een autoritaire droom is.

De technocratische, autoritaire droom vereist geen wijziging van de institutionele inrichting van een maatschappij. Het vereist alleen een wijziging van gedrag, van belevingswereld, van de gerichtheid van de emoties en het denken van mensen, waardoor ze gaan geloven in technocratie als enige serieuze bieder van oplossingen. Dan is het niet meer nodig om een redelijke service aan treinreizigers te bieden, maar alleen nog om ze via poortjes, hekjes en camera's elke minuut te bewaken, zodat hun mate van tevredenheid irrelevant wordt, of althans elke eis ten aanzien van betere prestaties wordt geformuleerd in termen van betere *technische* prestaties. Er wordt dan niet langer geëist: "Bedien ons beter!" of "bescherm ons beter!", maar alleen nog: "Bewaak ons strenger zodat we niets verkeers meer kunnen doen!"

Zo bezien valt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) als instituut prima in te passen in een technocratische, autoritaire bestuursvorm waarin mensen geen rechten hebben.

* * *